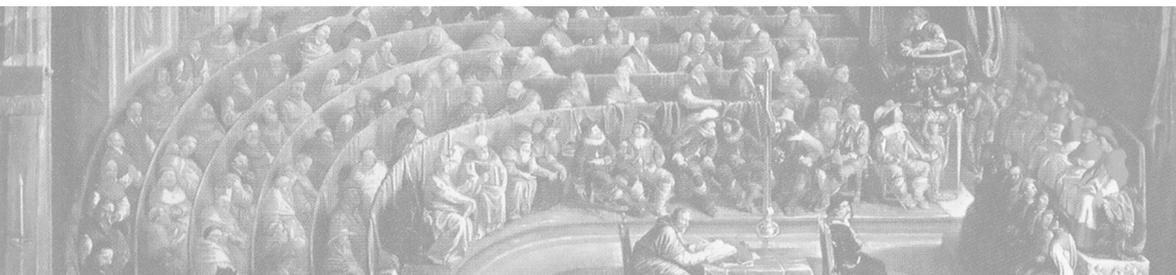




NOMOS

REVISTA DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO - UFC

Solicita-se permuta
Pídese canje
On demande l'échange
Si richiede lo scambio
We ask for exchange
Wir bitten um Austausch.



NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC

Fortaleza

2010/2

NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC

Volume 30.2 – jul/dez – 2010/2

Editora Chefe

Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes (UFC)

António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra)

Charles D. Cole (Samford University)

Denise Lucena Cavalcante (UFC)

Elizabeth Salmón (PUC/PERU)

Eros Grau (USP)

Federico Di Bernardi (Universidad Nacional de La Plata)

Fernando Facury Scaff (UFPA)

Francisco Queiroz Cavalcanti (UFPE)

Gilles Lebreton (Université du Havre)

Hugo de Brito Machado (UFC)

João Luis Nogueira Matias (UFC)

Jorge Miranda (Universidade Católica Portuguesa)

José Luis Caballero (Universidad Iberoamericana de México)

Juarez Freitas (PUC-RS)

Paulo Bonavides (UFC)

Willis Santiago Guerra Filho (PUC/SP)

Wolf Paul (Universität Frankfurt am Main)

Cordenação de Design

Jônatas Barros

Diagramação

Alex Keller

Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC.
V. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral.
Órgão oficial do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal
do Ceará.

ISSN - 1807-3840

1 - Direito-periódico.

1 - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito.

Curso de Mestrado em Direito.



SOBRE OS AUTORES

António Carlos dos Santos

Doutor em Direito. Professor da Universidade Autónoma de Lisboa. Membro do Gabinete de Estudos da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, do centro de investigação SOCIUS (ISEG) e do IDEFF (FDUL). Jurisconsulto.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo

Livre- Docente em Direito Ambiental pela PUC/SP. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP É o 1o professor Livre- Docente em Direito Ambiental do Brasil. Assessor científico da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, parecerista ad hoc do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, professor efetivo da Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, Coordenador e professor do Programa de Pós Graduação em Direito da Sociedade da Informação(Mestrado) do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU e professor efetivo da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, do Estado de Santa Catarina, do Estado do Mato Grosso e do Instituto Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro. Professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar- PORTUGAL(Tutela jurídica do Patrimônio Cultural em face do Direito da Sociedade da Informação). Elaborador, coordenador e professor do I e II Curso de Especialização em Direito Ambiental da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo(ESA-OAB/SP) bem como Coordenador Acadêmico do Curso de Pós Graduação em Direito Ambiental do Instituto Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro(ISMP). Professor do MBA Direito Empresarial promovido pela FUNDACE vinculada à Universidade de São Paulo(USP). Titular da cadeira 43 da Academia Paulista de Direito. Presidente e Coordenador da Revista Brasileira de Direito Ambiental e da Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo(BRASIL)e membro convidado do Conselho Editorial da Revista Aranzadi de Derecho Ambiental(ESPANHA).Integrante do Comitato Scientifico do periódico Materiali e studi di diritto pubblico da Seconda

Università Degli Studi Di Napoli bem como do Comitê Científico do Instituto Internacional de Estudos e Pesquisas sobre os Bens Comuns, com sede em Paris(Institut International d Etudes et de Recherches sur les Biens Communs) e Roma(Istituto Internazionale di ricerca sui beni comuni). Membro da UCN, the International Union for Conservation of Nature.

Clotilde Celorico Palma

Doutora em Ciências Jurídico Económicas pela Faculdade de Direito de Lisboa. Advogada especialista em Direito Fiscal. Docente Universitária em Lisboa.

Fábio Carvalho Leite

Professor de Direito Constitucional dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-Rio. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio) e Doutor em Direito Público (UERJ). Coordenador do Núcleo de Estudos Constitucionais da PUC-Rio. Assessor Jurídico da Reitoria da PUC-Rio. Secretário Geral da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-RJ.

Fernanda Sola

Mestre em Direito Ambiental na Universidade Católica de Santos. Professora da Universidade Federal de São Carlos.

Francisco Régis Frota Araújo

Professor da disciplina Direitos fundamentais, cinema e Literatura na pós-graduação da UFC.

Gilberto Stürmer

Advogado, Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito da PUCRS – Graduação e Pós-Graduação, Coordenador do Curso de Pós-Graduação – Especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho na Faculdade de Direito da PUCRS; Mestre em Direito pela PUCRS, Doutor em Direito do Trabalho pela UFSC.

Jairo Rocha Ximenes Ponte

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (FDR/UFPE), e bolsista do CNPq.

José Augusto Fontoura Costa

Doutor e Livre Docente em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito de São Paulo da Universidade de São Paulo, Professor da Universidade Católica de Santos e da Universidade do Estado do Amazonas.

Luiz Henrique Borges Varella

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia/

MG. Professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas/MG – UNIPAM.

Maria Edelvacy Pinto Marinho

Advogada, consultora, Doutora em Direito pela Universidade Paris 1- Panthéon Sorbonne.

Maria Eugenia Bunchaft

Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora da UNIFOA – Centro Universitário de Volta Redonda. Autora do livro “O patriotismo constitucional na perspectiva de Jürgen Habermas”, publicado pela Editora Lumen Juris, 2010

Sarah Carneiro Araújo

Mestranda em Direito da UFC. Professora substituta de Direito Ambiental da UFC.

Tarin Cristino Frota Mont'alverne

Professora Pesquisadora Da Universidade Federal Do Ceará (Capes/PNPD). Doutora e Mestre Em Direito Internacional Pela Universidade Paris V



EDITORIAL

O Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará tem a satisfação de apresentar este segundo volume de 2010 da Revista Nomos, periódico semestral de grande relevância acadêmica.

O ilustre Professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo inicia esse volume com o artigo “Tutela jurídica do ar(vento) e a energia eólica em face do direito ambiental brasileiro”, seguido pelo artigo de Fábio Carvalho Leite denominado “O papel do advogado-geral da união no controle abstrato de constitucionalidade: curador da lei, advogado público ou parecerista?.” Na seqüência, constam os artigos de Gilberto Stürmer com “Trabalho, emprego e crise”, de Jairo Rocha Ximenes Ponte com “O público não-estatal na comunicação social como possibilidade de aprofundamento da democracia constitucional brasileira”, de José Augusto Fontoura Costa e Fernanda Sola com “fragmentação do direito internacional e o caso da convenção das nações unidas sobre o direito do mar e organização marítima internacional”. Também escrevem neste volume Luiz Henrique Borges Varela com o artigo “As concepções clássicas de constituições” e Maria Edelvacy Pinto Marinho com “Processo de internacionalização dos direitos: a criação de um direito comum”.

Ainda na doutrina nacional, colaboram a Maria Eugenia Bunchaft com “Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a doutrina de equal protection na jurisprudência da suprema corte americana”, seguido por Sarah Carneiro Araújo e Francisco Régis Frota Araújo com o artigo “Do romantismo literário ao naturalismo imagético, um passeio sobre “inocência”: do texto de taunay ao filme de walter lima júnior.

Destaca-se, ainda, a relevante participação dos professores estrangeiros Clotilde Celorico Palma e Antônio Carlos dos Santos com os seguintes artigos: “O código de conduta da fiscalidade das empresas e a boa governança fiscal e “planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal: o fiscalista no seu labirinto.”.

Ao disponibilizar aos estudantes, tanto da pós-graduação quanto da graduação em direito, e aos profissionais da área, a versão impressa e eletrônica de mais um número da Revista NOMOS objetiva-se a publicação de trabalhos científicos consistentes e atualizados servindo como um importante instrumento de pesquisa.

Os editores.



SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

TUTELA JURÍDICA DO AR(VENTO) E A ENERGIA EÓLICA EM FACE DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO <i>Celso Antonio Pacheco Fiorillo</i>	15
O PAPEL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: CURADOR DA LEI, ADVOGADO PÚBLICO OU PARECERISTA? <i>Fábio Carvalho Leite</i>	25
TRABALHO, EMPREGO E CRISE <i>Gilberto Stürmer</i>	71
O PÚBLICO NÃO-ESTATAL NA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO POSSIBILIDADE DE APROFUNDAMENTO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA <i>Jairo Rocha Ximenes Ponte</i>	85
FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O CASO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR E ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL <i>José Augusto Fontoura Costa</i> <i>Fernanda Sola</i>	109
AS CONCEPÇÕES CLÁSSICAS DE CONSTITUIÇÃO <i>Luiz Henrique Borges Varella</i>	123
PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS: A CRIAÇÃO DE UM DIREITO COMUM <i>Maria Edelvacy Pinto Marinho</i>	137
JUDICIALIZAÇÃO E MINORIAS: UMA REFLEXÃO SOBRE A DOCTRINA DE EQUAL PROTECTION NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA <i>Maria Eugenia Bunchaft</i>	151
DO ROMANTISMO LITERÁRIO AO NATURALISMO IMAGÉTICO, UM PASSEIO SOBRE “INOCÊNCIA”: DO TEXTO DE TAUNAY AO FILME DE WALTER LIMA JÚNIOR <i>Sarah Carneiro Araújo</i> <i>Francisco Régis Frota Araújo</i>	171

AS INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS E O REGIME INTERNACIONAL SOBRE ACESSO E REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS

Tarin Cristino Frota Mont'alverne195

DOCTRINA ESTRANGEIRA

O CÓDIGO DE CONDUTA DA FISCALIDADE DAS EMPRESAS E A BOA GOVERNANÇA FISCAL

Clotilde Celorico Palma211

PLANEAMENTO FISCAL, EVASÃO FISCAL, ELISÃO FISCAL: O FISCALISTA NO SEU LABIRINTO.

António Carlos dos Santos227

DOUTRINA NACIONAL



TUTELA JURÍDICA DO AR(VENTO) E A ENERGIA EÓLICA EM FACE DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a tutela jurídica do ar(vento), bem como da energia eólica numa perspectiva do direito ambiental brasileiro. Objetivou-se abordar a energia eólica como bem ambiental e, por conseguinte, como atividade destinada a produzir energia elétrica com o uso dos ventos, demonstrando a importância da exigência constitucional do estudo prévio de impacto ambiental para sua instalação. Por fim, concluiu-se que quem operar atividades vinculadas ao uso dos ventos(usinas eólicas) e ocasionar lesão ao meio ambiente (patrimônio genético, meio ambiente cultural, meio ambiente artificial, meio ambiente do trabalho e meio ambiente natural) estará sujeito não só a sanções penais e administrativas como também deverá reparar os danos causados.

¹ Livre- Docente em Direito Ambiental pela PUC/SP. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. É o 1º professor Livre- Docente em Direito Ambiental do Brasil. Assessor científico da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, parecerista ad hoc do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, professor efetivo da Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, Coordenador e professor do Programa de Pós Graduação em Direito da Sociedade da Informação(Mestrado) do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU e professor efetivo da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, do Estado de Santa Catarina, do Estado do Mato Grosso e do Instituto Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro. Professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar- PORTUGAL(Tutela jurídica do Patrimônio Cultural em face do Direito da Sociedade da Informação). Elaborador, coordenador e professor do I e II Curso de Especialização em Direito Ambiental da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo(ESA-OAB/SP) bem como Coordenador Acadêmico do Curso de Pós Graduação em Direito Ambiental do Instituto Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro(ISMP). Professor do MBA Direito Empresarial promovido pela FUNDACE vinculada à Universidade de São Paulo(USP). Titular da cadeira 43 da Academia Paulista de Direito. Presidente e Coordenador da Revista Brasileira de Direito Ambiental e da Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo(BRASIL)e membro convidado do Conselho Editorial da Revista Aranzadi de Derecho Ambiental(ESPAÑA). Integrante do Comitato Científico do periódico *Materiali e studi di diritto pubblico* da Seconda Università Degli Studi Di Napoli bem como do Comitê Científico do Instituto Internacional de Estudos e Pesquisas sobre os Bens Comuns, com sede em Paris(Institut International d Etudes et de Recherches sur les Biens Communs) e Roma(Istituto Internazionale di ricerca sui beni comuni).Membro da UCN, the International Union for Conservation of Nature.

1. ENERGIA EÓLICA COMO BEM AMBIENTAL

A denominada energia eólica é a energia obtida pelo movimento do ar(vento) sendo certo que os ventos “são manifestações indiretas da energia solar,pois são produzidos pelas diferenças de aquecimento entre as várias regiões da superfície da Terra.Assim o ar quente de uma dada região,por ser mais leve que o ar frio,se eleva,e o espaço vago deixado por ele é preenchido por ar frio proveniente de outra região.O deslocamento desse ar frio produz o vento”².

Conforme explica o Dicionário das Ciências, “os navegadores reconheceram muito cedo a existência dos ventos alísios³ dos quais tiraram proveito na época das grandes descobertas. Entretanto as tentativas de compreensão e explicação dos fenômenos ligados aos movimentos do ar só se desenvolveram, realmente, a partir do século XVIII com, em particular, o jurista inglês e esclarecido amador das ciências naturais, George Hadley”.⁴⁵

De qualquer forma cabe destacar que a energia eólica vem sendo empregada na história da civilização não só para mover barcos ou moer grãos⁶;

² Vide “Enciclopédia do Estudante, Física Pura e Aplicada: dos modelos clássicos aos quanta”, 1ª edição, Moderna, 2008, pág. 101.

³ “Ventos predominantes do leste que sopram em direção ao equador a partir das latitudes 30 graus norte e sul do equador. Também chamados de alísios do nordeste e alísios do sudeste. Os ventos alísios impeliram os navios que exploravam as Américas, e levavam para as Américas os navios cargueiros da África e Europa”.

Vide Dicionário de Ecologia e Ciências Ambientais, Henry W. Art, Melhoramentos, 1998, pág.536.

⁴ Dicionário das Ciências, Lionel Salem, Vozes/Petrópolis/Editora Unicamp/São Paulo, 1995, pág.106.

⁵ “Uma das primeiras contribuições ao modelo clássico de circulação geral é de George Hadley, em 1735. Hadley estava ciente de que a energia solar impulsiona os ventos. Ele propôs que o grande contraste de temperatura entre os pólos e o equador cria uma circulação térmica semelhante àquela da brisa marítima”.

Vide <http://fisica.ufpr.br/>

⁶ Conforme estudo de Ricardo Ferreira e Breno Moreira da Costa Leite “Acredita-se que foram os egípcios os primeiros a fazer uso prático do vento. Em torno do ano 2800 AC, eles começaram a usar velas para ajudar a força dos remos dos escravos. Eventualmente, as velas ajudavam o trabalho da força animal em tarefas como moagem de grãos e bombeamento de água.

Os persas começaram a usar a força do vento poucos séculos antes de Cristo, e pelo ano 700 DC, eles estavam construindo moinhos de vento verticais elevados ou *panemones*, para ser usado como força nas mós, na moagem de grãos.

Outras civilizações do oriente médio, mais notavelmente os muçulmanos continuaram onde persas deixaram e construíram seus próprios moinhos de vento. Com o retorno das cruzadas, pensou-se que eles tinham trazidos idéias sobre moinhos de vento e desenhos para a Europa, mas provavelmente foram os holandeses que desenvolveram o moinho de vento horizontal, com hélices, comuns nos campos dos holandeses e ingleses.

A força do vento e da água logo tornaram-se a fonte primária da energia mecânica medieval

como informam Reis, Fadigas e Carvalho, "a geração elétrica a partir da energia eólica tem aumentado significativamente em termos mundiais, principalmente devido ao custo atrativo. Grandes fazendas eólicas podem ser encontradas, por exemplo, nos Estados Unidos, Alemanha, Dinamarca, Espanha, entre outros países⁷. No Brasil, já estão em funcionamento e em fase de expansão centrais

inglesa. Durante esse período, os holandeses contaram com a força do vento para bombeamento de água, moagem de grãos e operações de serraria.

Através da idade média, os melhoramentos técnicos continuaram a ocorrer em tais áreas, como na fabricação de lâminas aerodinâmicas, desenhos de engrenagens e de forma geral os desenhos dos moinhos de vento. As máquinas mais velhas eram os moinhos de vento em pilar com o propelente montado no topo do pilar assentado no chão. O pilar servia como *pivot* que permitia ao obreiro direcionar seu moinho de vento da melhor forma na direção do vento.

Os desenhos dos moinhos em poste, ou pilastra, logo foram envolvidos dentro de um capitel, no qual os mancais eram partes do capitel que seguravam as lâminas. As pessoas tinham que direcionar sua máquina de vento até a invenção, em 1750, da ventoinha, um direcionador automático direcionado e acionado pelo próprio vento. Os primeiros moinhos de vento nas novas colônias inglesas eram duplicatas das máquinas inglesas. Muitos dos desenhos melhorados na Holanda, eram virtualmente ignorados. Pelos anos de 1850, Daniel Halliday começou a desenvolver o que se tornou no famoso moinho de vento americano de fazenda. Usado principalmente para bombear água, essa máquina é o familiar moinho de vento multi-lâmina, ainda visto hoje em muitas áreas rurais. Mesmo hoje, as fazendas de gado, não seriam possíveis em muitas partes da América, Europa e Austrália, sem essa máquina. A geração de eletricidade pelo vento começou em torno do início do século, com alguns dos primeiros desenvolvimentos creditados aos dinamarqueses. Pelo ano de 1930, em torno de uma dúzia de firmas americanas estavam fazendo e vendendo esses "carregadores de vento", na maior parte aos fazendeiros do ventoso Great Plains. Tipicamente, essas máquinas poderiam fornecer até 1000 watts (1kW) de corrente contínua quando o vento estava soprando. Então chegou a Administração Rural de Eletrificação (ARE), um programa subsidiado pelo governo americano com a finalidade de estender linhas de força às fazendas e propriedades rurais em lugares remotos. Muitos países europeus construíram enormes geradores de vento. Durante os anos 1950 e 1960, os franceses construíram desenhos avançados de unidades de 100 kW a 300 kW. Os alemães construíram geradores de vento para prover força extra para sua linha de utilidades, mas por causa da rígida competição dos geradores de fluído fóssil, essas máquinas experimentais foram eventualmente descartadas. Uma das mais memoráveis máquinas de vento, foi a máquina de Smith-Putman, construída perto de Rutland, Vermont- USA, durante os anos 1940. Esta enorme máquina com lâminas de 50 m, foi desenhada para fornecer 1250 kW, para a malha de forças de Vermont. Por um período curto de tempo ela entregou 1500 kW, mas a escassez de material devido a época da guerra e a carência de dinheiro trouxe um fim a este projeto depois que os ventos quebraram uma das duas lâminas de 8 toneladas." Vide www.fem.unicamp.br/, "*Aproveitamento de energia eólica*"

⁷ O estudo de Ferreira e Leite citado anteriormente explica que a "Dinamarca investiu, neste 15 anos, mais em energia elétrica que qualquer outro país europeu. Isto é decorrente da longa tradição da utilização do vento como forma de energia. A primeira turbina que gerou eletricidade foi construída em 1891. O programa energético dinamarquês de hoje ainda faz parte do estabelecido em 1976. O principal objetivo deste é fazer a Dinamarca menos dependente de suprimento de energia importada. Subseqüentemente, argumentos em defesa do meio ambiente estão sendo levados em conta. Dinamarca é uma peça chave no mercado das turbinas de vento. O país é responsável por cinco empresas que supriram 60% de toda a demanda mundial no ano de 1996. Estas cinco empresas empregam mais de 2000 pessoas no país, e via terceirização, um adicional de 10000 empregos. Apenas em 1996, a indústria vendeu 1360 turbinas, dentre as quais 944 para 21 países diferentes. Os maiores compradores são Alemanha (26%), Espanha (12%), e Inglaterra (10%). O total de vendas alcançou um pico em 1997 com 1654 turbinas, representando uma geração de 968 MWA Dinamarca, em 1997 conseguiu um recorde anual com a instalação de 533 novas turbinas no seu território gerando 300 MW. Isto contribui

eólicas no litoral do Ceará, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul e no interior dos Estados do Paraná e Minas Gerais”⁸.

Destarte são os movimentos de ar, a saber, a mistura de gases que forma a atmosfera da Terra”⁹10 que são usados para obtenção de energia elétrica através das denominadas usinas eólicas, ou seja, nas usinas eólicas, o vento é usado para obtenção de energia elétrica.

Na medida em que juridicamente a atmosfera é definida como recurso ambiental não só em face do que estabelece a Lei 6938/81 (Art.3º ,V) como em virtude do que determina a Lei 9985/00 (Art.2º ,IV) resta evidente sua natureza jurídica constitucional de bem ambiental submetendo-se destarte a energia

para um total de 4850 turbinas de vento, que equívale a 7% de toda a energia consumida pela Dinamarca. A indústria espera que a produção total de energia gerada pelo vento alcance 2500 MW por ano em 2005, dentre as quais 750 serão de instalações continentais. Com relação à França o principal impasse da expansão na utilização de energia eólica “ tem sido o poder público que não deseja dividir com empresas privadas e pagar uma tarifa comparável ao custo de geração de energia elétrica. *Électricité de France* (EDF), controla toda demanda para o mercado. Depois de uma iminente falta de energia durante a década de 80, a França reinaugurou um pequeno projeto de implantar a utilização de energia eólica durante o começo dos anos 90. A mudança chegou a tempo, justamente quando a França enfrentava a constante pressão da Comunidade Européia para abrir o seu mercado de eletricidade para competição e o surgimento de novas questões relativas à dependência da energia nuclear. O programa desenvolvido pela *Agence de l’Environnement et de la Maîtrise de l’Énergie* (ADEME), estava concentrada no uso de pequenas turbinas geradas à diesel que se localizavam no além mar da costa francesa, em áreas remotas no continente Francês, e duas usinas eólicas interligadas com as linhas de EDF.

Apenas 2,5 MW foram instalados até 1994, a maioria na primeira usina eólica francesa. Localizada em Port-la-Nouvelle no Sul da França a pequena usina de apenas 5 turbinas rende 5,1 milhões de kWh de produção anual. Seguindo a instalação de uma turbina na costa de Dunkerque no começo de 1990, um segundo projeto seria completado em 1995 perto da fronteira com a Bélgica. Como o projeto atual da França se baseia na utilização de energia atômica e como muitos dos núcleos geradores de energia atômica estão perto do seu tempo de vida útil a EDF terá que mudar o seu projeto de energia ou senão terá que investir em um novo projeto de elevado custo na construção de usinas nucleares. Já em relação aos Estados Unidos da América a energia eólica é muito difundida sendo “ recursos que se distribuem desde o nível menos classificado até a mais alta classificação. Como exemplo tem-se Dakota do Norte, que sozinha, possui a capacidade de produzir energia que conseguiria suprir 36% da eletricidade de 48 estados. Alguns projetos que estão em andamento nos EUA atingiram uma meta que é muito importante para o desenvolvimento futuro da utilização da energia eólica, conseguiu diminuir drasticamente o custo do kWh, que variam de 3,9 centavos (em algumas usinas nos Texas) a 5 centavos ou mais (no Pacífico Noroeste). Estes custos são similares de muitas formas convencionais de geração de energia, e se espera que tais custos diminuam ainda mais em um intervalo de 10 anos. Atualmente a energia eólica é responsável por apenas 1% de toda energia produzida no país. O Departamento de Energia espera um aumento de 600% na utilização de energia eólica nos próximos 15 anos. Espera-se que no meio do próximo século o vento possa ser responsável por 10% de toda energia norte-americana, o mesmo que a parcela produzida pela energia hidrelétrica.”

⁸ Vide “Energia, recursos Naturais e a Prática do Desenvolvimento Sustentável”, Manole, 2005, pág.78.

⁹ Dicionário de Ecologia e Ciências Ambientais, Henry W. Art, Melhoramentos, 1998, pág.36.

¹⁰ “A atmosfera terrestre é um envelope gasoso muito fino em relação às dimensões da terra. Distingue-se dois componentes do ar: O ar seco, que é uma mistura diferente de gases, e a água.

eólica aos mandamentos constitucionais do direito ambiental e evidentemente às determinações infra constitucionais aplicáveis.

Senão vejamos.

2. USINA EÓLICA COMO ATIVIDADE DESTINADA A PRODUZIR ENERGIA ELÉTRICA COM O USO DOS VENTOS: A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA SUA INSTALAÇÃO. O USO DOS VENTOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

As atividades vinculadas ao uso dos ventos também necessitam de estudo prévio de impacto ambiental para que possam efetivamente ser instaladas (Art.225, parágrafo 1º, inciso IV da CF).

Com efeito.

Como sabemos o uso da energia eólica para obter eletricidade teria inconvenientes merecedores de grande atenção; "o maior inconveniente dessas instalações é o fato de sua utilização ser condicionada a um fator: a localização geográfica, uma vez que as centrais eólicas somente são rentáveis em regiões onde o vento é intenso e regular. Sua implantação exige também grandes extensões de terreno.

Alem disso, as usinas eólicas aumentam consideravelmente a poluição sonora local e, em alguns casos, prejudicam a rota de pássaros migrantes".¹¹Elas alteram também paisagens com suas torres e hélices "sendo seu principal problema a poluição visual"¹².

Todavia o uso dos ventos **não está vedado constitucionalmente** desde que se observem nas instalações de obras ou atividades vinculadas ao uso de referidos bens ambientais a aplicação do **princípio da prevenção**.

Conforme já tivemos oportunidade de dizer, nossa Constituição Federal de 1988 expressamente adotou o princípio da prevenção¹³, ao preceituar, no caput do art.225, o dever do Poder Público e da coletividade de proteger e preservar os bens ambientais, de natureza difusa, para as presentes e futuras gerações.

Com efeito.

O princípio da prevenção é um dos princípios mais importantes que norteiam o direito ambiental brasileiro.

De fato, a prevenção é preceito fundamental, uma vez que os danos

¹¹ Vide "Enciclopédia do Estudante, Física Pura e Aplicada: dos modelos clássicos aos quanta", 1ª edição, Moderna, 2008, pág. 101.

¹² Vide Roger A. Hinrichs e Merlin Kleinbach, "Energia e Meio Ambiente", tradução da 3ª edição norte-americana, Thomson pág.318.

¹³ Vide "Curso de Direito Ambiental Brasileiro", 11ª edição, 2010, passim.

ambientais, na maioria das vezes, são irreversíveis e irreparáveis. Diante da impotência do sistema jurídico, incapaz de restabelecer, em igualdades de condições, uma situação idêntica à anterior, adota-se o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como sustentáculo do direito ambiental, consubstanciando-se como seu *objetivo fundamental*.

Vale observar que, embora sem validade normativa no âmbito de nosso direito positivo, desde a Conferência de Estocolmo, em 1972, o princípio da prevenção, como “princípio” da Declaração do Rio de Janeiro, tem sido objeto de profundo apreço por parte dos defensores da tutela jurídica da vida em todas as suas formas, içado à “categoria de megaprincípio” do direito ambiental.

Na ECO-92, encontramos-lo presente:

Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992):

“Para proteger o meio ambiente medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente”.

Ratificando matéria já indicada em várias outras oportunidades, a nossa Constituição Federal de 1988 expressamente adotou o princípio da prevenção, ao preceituar, no *caput* do art. 225, o dever do Poder Público e da coletividade de *proteger e preservar* o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

A prevenção e a preservação devem ser concretizadas por meio de uma *consciência ecológica*, a qual deve ser desenvolvida através de uma política de educação ambiental.

De fato, é a consciência ecológica que propiciará o sucesso no combate preventivo do dano ambiental.

Todavia, deve-se ter em vista que a nossa realidade ainda não contempla aludida consciência, de modo que outros instrumentos jurídicos tornam-se relevantes na realização do princípio da prevenção.

Para tanto, observamos como já afirmado anteriormente instrumentos como o estudo prévio de impacto ambiental (EIA/RIMA), o manejo ecológico, o tombamento, as liminares, as sanções administrativas etc. Importante ainda refletir que o denominado Fundo de Recuperação do Meio Ambiente passa a ser um mal necessário, porquanto a certeza de destinação de uma condenação para ele mostra-nos que o princípio da prevenção do meio ambiente não foi respeitado.

Além disso, a efetiva prevenção do dano deve-se também ao papel exercido pelo Estado na punição correta do poluidor, pois, dessa forma, ela passa a ser um estimulante negativo contra a prática de agressões ao meio ambiente.

Uma legislação severa que imponha multas e sanções mais pesadas

funciona também como instrumento de efetivação da prevenção. Para tanto, é imprescindível que se leve em conta o poder econômico do poluidor, de modo a não desvirtuar o princípio através de um simples cálculo aritmético. Isso significa dizer que as penalidades deverão estar atentas aos benefícios experimentados com a atividade degradante, bem como com o lucro obtido à custa da agressão, de modo que essa atividade, uma vez penalizada, não compense economicamente.

Oportuno salientar ainda que não se quer com isso inviabilizar a atividade econômica, mas tão-somente excluir do mercado o poluidor que ainda não constatou que os recursos ambientais são escassos, que não pertencem a uma ou algumas pessoas e que sua utilização encontra-se limitada na utilização do próximo, porquanto o bem ambiental é um bem de uso *comum* do povo.

O princípio da prevenção encontra-se presente ainda na ótica de atuação do Poder Judiciário e da Administração.

Com efeito, a aplicação da jurisdição coletiva, que contempla mecanismos de tutela mais adaptados aos direitos difusos, objetivando impedir a continuidade do evento danoso, bem como a possibilidade de ajuizamento de ações que apenas visem uma atuação preventiva, a fim de evitar o início de uma degradação (através de liminares, de tutela antecipada), a aplicação do real e efetivo acesso à justiça e o princípio da igualdade real, estabelecendo tratamento paritário entre os litigantes, são instrumentos utilizados com vistas a salvaguardar o meio ambiente e a qualidade de vida.

Sob o prisma da Administração, encontramos a aplicabilidade do princípio da prevenção por intermédio das licenças, das sanções administrativas, da fiscalização e das autorizações, entre outros tantos atos do Poder Público, determinantes da sua função ambiental de tutela do meio ambiente.

Destarte, o comando constitucional determina claramente a necessidade de preservar os bens ambientais evidentemente em harmonia com os fundamentos (Art.1º da CF) bem como objetivos (Art.3º da CF) explicitados como princípios constitucionais destinados a interpretar o direito ambiental constitucional brasileiro sempre em harmonia com a ordem jurídica do capitalismo (Art.1º,inciso IV da CF).

Ocorre que algumas normas infraconstitucionais em nosso País indicam a existência do denominado “princípio” da precaução, como, por exemplo, a diretriz indicada no art.10 da Lei 11.105/05, gerando interpretações equivocadas com forte viés destinado à paralisia total das atividades econômicas.

Com efeito.

Ao tratar da denominada proteção internacional do Meio Ambiente, Accioly,Silva e Casella, citando as conferencias de Estocolmo (1972), Rio (1992) e Johannesburgo (2002),explicam a origem do termo precaução no Princípio 15 da declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento destacando que:

“...tradicionalmente os tratados ambientais costumavam ser não-precaucionários.

Espécies ameaçadas só seriam protegidas se houvesse prova científica da sua ameaça, assim como atividades poluentes só seriam consideradas degradantes se provada de forma concreta a relação de causalidade entre o dano e a atividade.

Tal cenário começou a mudar com o início das negociações para a Convenção de Viena para a proteção da Camada de Ozônio, de 1985, quando incertezas científicas poderiam impedir a adoção de medidas voltadas à restrição da produção e comercialização de gases que destroem a camada de ozônio.

Falta de comprovação científica sempre foi argumento para retardar ações de preservação do meio ambiente ou mesmo para impedi-las.

A partir da década de 1980 vários tratados e documentos passaram a fazer referencia a tal princípio, muitas vezes de forma quase confundida com deveres gerais de prevenção de danos (grifos nossos).

De qualquer forma, o princípio da precaução, representado pelo Princípio 15 da Declaração do Rio, também sofre de incipiente especificação de conteúdo normativo (grifos nossos).

Na forma como conhecida hoje, o princípio apenas limita-se a afirmar que a falta de certeza científica não deve ser usada como meio de postergar a adoção de medidas preventivas, quando houver ameaça séria de danos irreversíveis.

Daí se extrai orientação normativa antes política que jurídica (grifos nossos).

Não se pode dizer, com base exclusivamente neste princípio, qual a conduta a ser tomada ante a ocorrência da atividade concreta que tenha potencial de degradação irreversível do meio ambiente.

Deste se obtém somente mandamento para a tomada de iniciativas de precaução, seja por parte do estado, dos Parlamentos ou da própria comunidade internacional, ainda que o risco de dano não possa ser cientificamente demonstrado.

Esse princípio foi objeto de algumas decisões internacionais, em especial no âmbito da OMC, mas **seu status jurídico** – se *soft Law*, princípio geral de direito ou norma consuetudinária – **permanece incerto**”.

De fato, como esclarece Teresa Ancona Lopes, o “princípio” antes mencionado estaria dentro de uma proposta mais ampla destinada a gerenciar ou atenuar riscos de dano na chamada sociedade de riscos sendo certo que teria sido introduzido pelo direito ambiental alemão na década de 70 com vistas à proteção ambiental – é o *Vorsorgeprinzip*.

De qualquer forma, para a mencionada autora **o princípio da precaução está colocado dentro do princípio da prevenção** (grifos nossos) e ambos fazem parte da prudência”.

Reiteramos, portanto posição já manifestada que pretender desenvolver no plano constitucional brasileiro uma diferença entre prevenção e precaução seria, em nossa opinião, despicendo.

E mais. Se considerarmos o “princípio da precaução” com base no “padrão” jurídico euro-centrista, antes referido, estaríamos diante de evidente violação dos Arts. 3º, 5º II, 5º LVI bem como 218 e 219 da Constituição Federal.

Fácil perceber que importar a cultura alienígena, com argumentos antes políticos que jurídicos, na feliz expressão de Accioly, Silva e Casella, muitas vezes leva o interprete a observar o uso dos combustíveis nucleares de forma contrária aos princípios fundamentais indicados nos Arts.1º a 4º da Constituição Federal.

Assim concluímos que no plano constitucional o Art. 225 estabelece efetivamente o princípio da prevenção sendo certo que o chamado “princípio da precaução”, se é que pode ser observado no plano constitucional, estaria evidentemente colocado dentro do princípio constitucional da prevenção.

Cabe ainda destacar, em harmonia com decisão da Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ainda que possível argumentar no plano infraconstitucional a existência de um chamado “princípio” da precaução, não deve ele ter base apenas em possibilidade teórica de risco de degradação ambiental; deve prevenir e evitar situação que se mostra **efetivamente** apta à causação desse dano.

Em resumo devemos salientar que a Constituição Federal autoriza o uso dos ventos desde que vinculados ao princípio da prevenção indicados no Art.225 da Carta Maior.

3. SANÇÕES PENAIS, SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E OBRIGAÇÃO DE REPARAR OS DANOS CAUSADOS POR ATIVIDADES QUE USEM O VENTO (USINAS EÓLICAS)

O parágrafo 3º do art. 225 da Constituição Federal estabelece que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Assim quem operar atividades vinculadas ao uso dos ventos(usinas eólicas) e ocasionar lesão ao meio ambiente (patrimônio genético, meio ambiente cultural, meio ambiente artificial, meio ambiente do trabalho e meio ambiente natural) estará sujeito não só a sanções penais e administrativas como também deverá reparar os danos causados.

No âmbito das sanções penais deverão ser aplicados aos infratores/poluidores os critérios constitucionais que iluminam o direito criminal ambiental¹⁴ observando-se ainda o que estabelece a lei 9605/98.

¹⁴ Vide “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, 11ª edição, 2010, passim

No que se refere à obrigação de reparar os danos causados, o infrator/poluidor estará enquadrado no plano constitucional no Art.3º, I(responsabilidade solidária) sendo certo que em sede infraconstitucional aplicam-se os dispositivos da Lei 6938/81.

Claro está que as regras infraconstitucionais mencionadas terão validade somente se observadas de forma compatível com a Constituição Federal de 1988.



O PAPEL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: CURADOR DA LEI, ADVOGADO PÚBLICO OU PARECERISTA?

Fábio Carvalho Leite^{1}*

RESUMO

O dever imposto pela Constituição ao Advogado-Geral da União para defender incondicionalmente a constitucionalidade de uma lei impugnada em processo de ação direta de inconstitucionalidade – mesmo quando a lei contraria interesses da União ou quando é manifestamente inconstitucional – tem se revelado um tema bastante polêmico na prática do controle de constitucionalidade. Recentemente, o STF decidiu que este dever deveria ser interpretado como um direito de manifestação do AGU sobre a constitucionalidade da norma. Afinal, qual é o papel do Advogado-Geral da União no controle abstrato de constitucionalidade: curador da lei, advogado público ou mero parecerista?

Palavras-Chaves

Controle de constitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade. Advogado-Geral da União. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The duty that the Brazilian Constitution imposes to the Attorney General of the Union to defend unconditionally the constitutionality of an act in the action of unconstitutionality – even when the act affects the interests of the Union or when it is clearly unconstitutional – has been a very polemical issue when it comes to judicial review practice. Recently, the Supreme Court decided that this duty should be interpreted as an Attorney's right to pass sentence upon the constitutionality of the act. After all, what is the role of the Attorney General of the Union in the abstract control of constitutionality: guardian of the act, attorney general or just a counsel?

Keywords

Judicial review. Action of unconstitutionality. Attorney general of the Union. Supreme Court.

¹ Professor de Direito Constitucional dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-Rio. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio) e Doutor em Direito Público (UERJ). Coordenador do Núcleo de Estudos Constitucionais da PUC-Rio. Assessor Jurídico da Reitoria da PUC-Rio. Secretário Geral da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-RJ.

“Meu paletó virou estopa
E eu nem sei mais com que roupa
Com que roupa eu vou,
Pro samba que você me convidou”
(Noel Rosa)

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, ao dispor sobre a ação direta de inconstitucionalidade, estabeleceu que “quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”. Deixando de lado, num primeiro momento, o debate em torno da distinção entre regras e princípios, ou da forma como se relacionam, o que inclui a não aplicação de regras quando eventualmente superadas considerando-se as razões, valores ou princípios que lhes dão embasamento², parece claro que se está diante de uma regra constitucional que, em uma primeira análise, não oferece caminhos alternativos à sua leitura mais óbvia: sempre que o STF realizar a fiscalização abstrata (“apreciar a inconstitucionalidade, em tese”) da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, estará obrigado a (“deverá”) citar previamente o Advogado-Geral da União (doravante AGU), que, por seu turno, estará obrigado a defender (“que defenderá”) a constitucionalidade do ato normativo impugnado.

No início de 2008, a prova de Direito Constitucional do exame nacional da OAB trazia, em uma das questões, a seguinte afirmativa, considerada verdadeira, de acordo com o gabarito do concurso:

“A jurisprudência do STF entende que, nas ações diretas de inconstitucionalidade, o advogado-geral da União não está obrigado a fazer defesa do ato questionado, especialmente se o STF já tiver se manifestado pela inconstitucionalidade.” (grifei)

A afirmativa, que se refere expressamente ao entendimento jurisprudencial do STF, de fato, procede, e não se pretende aqui externar nenhuma crítica ao exame da Ordem, tampouco ao recurso à jurisprudência do STF em provas de direito constitucional, uma vez que certas posições firmadas pela Corte passam necessariamente a integrar o direito constitucional do País, o que se reconhece sem qualquer juízo de valor a respeito do conteúdo destas posições. O recurso ao enunciado da questão justifica-se apenas pela simbologia que carrega, pois a sua

² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 26-55 (2.2 e 2.3); STRUCHINER, Noel. **O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações**. In: RODRIGUEZ, J.R.; COSTA, C.E.B.S.; BARBOSA, S.R. (Org.) **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

redação, embora correta, parece dizer exatamente o oposto do que dispõe a norma constitucional, revelando, no ano em que a Constituição completaria duas décadas de vigência, uma construção jurisprudencial no mínimo bastante curiosa.

Nesse sentido, e partindo do enunciado acima destacado, pode-se afirmar que a interpretação dada pelo STF ao dispositivo [“quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, *que defenderá o ato ou texto impugnado*”] é a de que “quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que, *não está obrigado a defender o ato ou texto impugnado, especialmente, mas não apenas, se o STF já tiver se manifestado pela inconstitucionalidade*”.

O contraste entre a interpretação literal (e mais óbvia) do dispositivo e o entendimento firmado pelo STF é indiscutível, e já seria suficiente a justificar um estudo a respeito das razões que levaram o Tribunal a uma interpretação de resultado tão peculiar a um dispositivo aparentemente tão claro em seu propósito. Ocorre que, nos últimos anos, a prática adotada pela Advocacia-Geral da União, com a aquiescência do STF, tem sido não apenas a de “não defender a constitucionalidade”, mas a de, *a partir de argumentos próprios*, sustentar a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado. E se esta postura, por si só, já seria questionável à luz do que dispõe o art. 103, §3º, acrescente-se a este confuso estado de coisas o seguinte elemento: o AGU tem defendido, com argumentos próprios, a inconstitucionalidade de *leis ainda não declaradas inconstitucionais pelo STF*.

Neste contexto, cabe perguntar: afinal, qual é o papel do AGU no controle abstrato de constitucionalidade – curador da presunção de constitucionalidade das leis, advogado da União ou parecerista?

2. O AGU NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: PRIMEIRAS IMPRESSÕES

Se é correta a idéia de que o Brasil apresenta hoje um verdadeiro “sistema” de controle de constitucionalidade, tal não se deve às mudanças trazidas *pela* Constituição de 1988, em seu texto original, mas a um conjunto de

fatores mudanças ocorridos a *partir* do novo texto constitucional³. As novidades trazidas pela Constituição de 1988 se deram apenas no controle concentrado, e se resumiram basicamente⁴ (i) à ampliação do rol dos legitimados para a propositura da Adin, (ii) à independência do Procurador-Geral da República, em relação ao Poder Executivo federal, (iii) à previsão de um órgão responsável pela defesa da constitucionalidade da norma impugnada, (iv) à criação da ação de inconstitucionalidade por omissão e (v) à previsão de controle abstrato-concentrado no âmbito dos Estados-membros⁵. Estas mudanças, embora de relevância indiscutível para o aperfeiçoamento e democratização do controle abstrato de constitucionalidade, não afetaram o controle difuso, realizado por juízes e tribunais, na análise de casos concretos, de modo que o “controle de constitucionalidade no direito brasileiro” continuou sendo caracterizado como um modelo misto, resultante da adoção de dois modelos distintos (concreto-difuso e abstrato-concentrado), apresentados, em sede doutrinária, de forma quase estática, com origens e características distintas, e sem pontos de contato.

Neste contexto, pode-se afirmar que a novidade trazida pela Constituição de 1988 ao estabelecer que o Advogado-Geral da União deveria, nos processos de ação direta de inconstitucionalidade, defender a constitucionalidade do ato normativo impugnado foi vista como um aperfeiçoamento do controle abstrato de constitucionalidade (restrito, à época, basicamente à ADIn) na medida em que assegurava o contraditório num processo onde, eventualmente, apenas os

³ “O sistema não foi trazido pela Constituição de 1988, mas foi se formando paulatinamente a partir dela e, embora seja fruto de tudo o que foi pensado, publicado, discutido e também decidido em sede de controle de constitucionalidade das leis desde a entrada em vigor do texto constitucional, é possível apontar ao menos quatro acontecimentos significativos para a formação e o aperfeiçoamento deste ‘sistema’, a saber: 1) a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) pela Emenda Constitucional n.º 3/93; 2) o advento da lei que regulamenta o processo e o julgamento da ADIN e da ADC; 3) a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); e 4) as alterações proporcionadas pela Emenda Constitucional n.º 45/04 (conhecida como Reforma do Poder Judiciário). Todos estes fatores combinados deram fim à caracterização simplista do controle de constitucionalidade no Brasil como um modelo híbrido, composto pelos controles difuso e concentrado – modelo que, se não era simples em sua natureza, era ao menos assim apresentado.” (LEITE, Fábio Carvalho. **ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta**. In: Revista de Direito do Estado (RDE), vol. 10, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, pp. 67-99).

⁴ Seria possível apontar outras inovações (como o faz CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 72), mas estas, sendo as mais relevantes, são suficientes para sustentar a afirmação que inicia este tópico.

⁵ A EC 16/65 previa a possibilidade desta modalidade de controle em âmbito estadual, tendo como parâmetro a Constituição do Estado. Contudo, a referida ação teria por objeto apenas as leis municipais. Além disso, a adoção deste modelo deveria ser criada por lei, o que não ocorreu até o advento da Constituição de 1967, que, por seu turno, deixou de conferir aos Estados tal competência. A Constituição de 1988, portanto, “inovou” por estabelecer expressamente que os Estados deveriam adotar o controle abstrato concentrado e por determinar que este teria como objeto leis municipais e estaduais. Sobre o tema, v. LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de Constitucionalidade Estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007 (item 2.1 Antecedentes do controle de constitucionalidade estadual no direito brasileiro, pp. 36-45).

argumentos pela inconstitucionalidade seriam apresentados – o que poderia ocorrer em casos onde não houvesse interesse e/ou empenho na defesa do ato por parte dos órgãos responsáveis pela edição da norma (que poderiam ter, no momento do ajuizamento da ação, composição política, ideológica e partidária distinta daquela efetivamente responsável pela edição ato) e o parecer do Procurador-Geral da República fosse também pela inconstitucionalidade da lei objeto da ação.

Com o intuito de ilustrar esta abordagem acerca da novidade trazida pela Constituição, vale citar a manifestação de José Afonso da Silva, em seu clássico *Curso de Direito Constitucional Positivo*, destacando que a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos “foi reforçada pela Constituição pelo teor do art. 103, §3º, que estabeleceu um contraditório no processo de declaração de inconstitucionalidade, em tese, impondo o dever de audiência de Advogado-Geral da União, que obrigatoriamente defenderá o ato ou texto impugnado”⁶ – ou quando concorda com o entendimento do STF pela não observância deste dever nas ações declaratórias de constitucionalidade, uma vez que “[a] participação do Advogado-Geral da União, em tal caso, não formaria o contraditório que justifica a sua intervenção no processo que tenha por objeto a declaração de inconstitucionalidade”.⁷

Embora este tenha sido o entendimento que efetivamente se consolidou na doutrina constitucionalista, não passou totalmente despercebida, já nos primeiros anos de vigência da Constituição, a situação potencialmente contraditória em que eventualmente se encontraria o Advogado-Geral da União por ter de acumular o dever de “representar a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo—lhe (...) as atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo [federal]” (art. 131, CRFB) e a obrigação de defender todo e qualquer ato normativo (mesmo as leis estaduais) que fosse objeto de ADIn. O acúmulo de tais atribuições pode não ser absurdo, e seria até bastante razoável no caso de uma ADIn ajuizada imediatamente após a edição de uma medida provisória, quando então o Advogado-Geral da União estaria, de certo modo, a um só tempo defendendo a constitucionalidade do ato normativo (em atenção ao art. 103, §3º, CRFB) e os interesses do Poder Executivo federal. Mas em diversas outras hipóteses – e talvez até probabilisticamente mais freqüentes – o conflito entre as duas atribuições constitucionais seria flagrante, como no caso de uma ADIn ajuizada contra lei estadual (e a federação brasileira compreende 27 Estados, além do Distrito Federal) sob a alegação de usurpação de competência legislativa da União federal.

Nesse sentido, observou José Cretella Jr., em seus *Comentários à Constituição*, que:

se o exame de *norma legal* (lei) ou de *ato normativo*, em tese, isto é,

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 53.

⁷ p. 59.

ainda sem efeitos concretos, revelar choque evidente da medida com regra jurídica constitucional, o Supremo Tribunal Federal apreciará a inconstitucionalidade argüida e, ato contínuo, citará previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o texto impugnado (=norma legal) ou o ato (=o ato normativo). “Defenderá” ou “fará esforço para defender” porque se a *inconstitucionalidade em tese* for patente, clara, nítida, falará mais alto o espírito científico do Advogado-Geral da União que, em busca da verdade, admitirá, sendo o caso, a procedência da argüição feita, aceitando a impugnação argüida.⁸

Manoel Gonçalves Ferreira Filho também destacou o problema:

Em tese, não caberia chamar para todas as ações diretas de inconstitucionalidade o Advogado-Geral da União, já que em muitas o Poder Executivo federal poderá não ter qualquer interesse. A sua citação, portanto, a sua chamada à ação, deveria ser exigida apenas quando existisse interesse do Poder Executivo no feito. Mesmo porque, de acordo com o §1º deste artigo, em todas as ações diretas é ouvido o Procurador-Geral da República, ao qual compete “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Pior, a norma em exame, ao pé da letra, obriga o Advogado-Geral a defender o ato ou texto impugnado. Ou seja, está ele obrigado a sustentar a constitucionalidade, mesmo de atos ou textos que não sejam da responsabilidade do Executivo federal, eventualmente contra os interesses deste Poder, ou contra o seu senso jurídico. Na verdade, impõe-se aqui uma interpretação restritiva, ao menos para dispensar o Advogado-Geral da União de defender a constitucionalidade de ato contrário aos interesses legítimos do Poder Executivo federal, como seria um ato normativo estadual que lhe ferisse a competência. Do contrário, não cumpriria ele o papel de Advogado do Executivo federal.⁹

⁸ CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Vol. VI (arts. 92 a 144). 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 3111.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Vol. 2 (arts. 44 a 103), São Paulo: Saraiva, 1992, p. 232. É possível citar também os comentários feitos pelo constitucionalista Pinto Ferreira, que demonstram que o autor percebeu o problema, embora não tenha sido muito claro ao explicitá-lo: “Sempre que o STF apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o advogado-geral da União, que defenderá o ato ou o texto impugnado. É possível que o legislador constituinte quisesse inovar, instituindo um processo contraditório. (...) O advogado-geral da União é figura distinta do procurador-geral da República, e ele representa a União judicial e extrajudicialmente. Acontece então a seguinte situação singular: o Presidente da República é um dos órgãos dotados de *legitimação ativa*, para provocar o pedido de apreciação do controle abstrato de normas no STF (art. 103, I), mas na forma do art. 131, *caput*, o advogado-geral da União presta serviços e exerce atividade de consultoria e assessoramento jurídico ao Presidente. Como é possível que, por um lado, preste serviço na elaboração de uma lei pelo Presidente da República, como seu assessor jurídico, e, por outro lado, seja obrigado a impugnar [sic] o ato que ele ajudou a editar e formular? O dispositivo peca evidentemente pela sua grave concepção teratológica.” (FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. Vol. 4, arts. 92-126, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 341.).

Na prática, esta questão foi levantada, junto ao STF, já no ano seguinte à promulgação da Constituição, antes mesmo da instalação da Advocacia-Geral da União, quando então a atribuição do art. 103, §3º era confiada ao Procurador-Geral da República – o que em tese poderia gerar a curiosa situação onde o Procurador-Geral da República ajuizaria uma ADIn (defendendo a inconstitucionalidade da lei), atuaria como curador da legitimidade da norma (defendendo sua constitucionalidade) e depois daria seu parecer, que poderia ser, por hipótese, pela inconstitucionalidade parcial da lei em questão (situação, no entanto, que foi evitada pela decisão do Procurador-Geral da República de delegar a competência prevista no art. 103, §3º a um dos Subprocuradores-Gerais da República). Em 1989, o STF julgou questão de ordem na ADIn n. 97, devido ao fato de a Subprocuradora-Geral da República Odília Ferreira da Luz Oliveira, no exercício da função de curadora da presunção de constitucionalidade da norma, haver restituído ao STF os autos do processo sem pronunciar-se pela constitucionalidade do ato normativo impugnado – no caso, uma lei do Estado de Rondônia. Em síntese, alegou que o §3º do art. 103 da Constituição deveria ser interpretado de acordo com o art. 131, de modo que ao AGU caberia a defesa apenas dos atos normativos federais. Até porque, como afirmou a Subprocuradora, em alguns casos “seria manifesta a incompatibilidade da defesa do ato estadual com a defesa da União em juízo ou fora dele e, por vezes, com a consultoria prestada ao Poder Executivo federal”¹⁰. A defesa dos atos normativos estaduais, segundo a Subprocuradora, deveria ficar a cargo das Procuradorias dos Estados. Em suas palavras:

(...) dentro do esquema federativo, os Estados têm seus próprios órgãos de defesa e consultoria, constitucionalmente previstos (art. 132).

A interpretação ampla da função prevista no art. 103, §3º, porque estende a defesa exercida pelo Advogado-Geral da União e, ao mesmo tempo, restringe injustificadamente a competência dos Procuradores dos Estados, fere, sem dúvida, os interesses das unidades federadas.

Não é razoável supor que a intenção do legislador constituinte tenha sido essa e por isso entendo que a norma em questão deva ser interpretada de modo a limitar a defesa exercida pelo Advogado-Geral da União à sua competência também constitucional de defesa da União em juízo.

Há dois pontos aqui que, embora relacionados na argumentação

É manifesta a confusão feita pelo autor, pois o Advogado-Geral da União não está obrigado a impugnar o ato normativo, mas sim a defender a constitucionalidade – e, de todo modo, não haveria problema algum em defender o ato que “ajudou a editar e formular”. Embora não tenha sido feliz no exemplo, é indiscutível que o autor percebeu o problema.

¹⁰ A Subprocuradora manifestou-se exatamente da mesma forma na ADIO 23, julgada em 9/08/89, mas naquele julgamento o STF firmou a jurisprudência de que não cabe manifestação da Advocacia Geral da União em Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

apresentada, devem, contudo, ser distinguidos: (1) a posição eventualmente conflituosa do Advogado-Geral da União na defesa da constitucionalidade de leis estaduais, e (2) a atribuição da defesa destes atos normativos aos Procuradores dos Estados. É claro que o ponto 2 é a solução encontrada pela Subprocuradora para o problema do ponto 1, e tem o mérito de melhor concretizar o valor que sustenta a regra do art. 103, §3º, a saber: o princípio processual do contraditório. Se não é certo, é ao menos provável que a Procuradoria do Estado de onde emanou o ato normativo tenha, em razão do interesse, melhores argumentos em favor da constitucionalidade da lei.

A proposta, no entanto, esbarra tanto no que foi positivado pela Constituição (pois o art. 103, §3º, não diferencia atos federais e atos estaduais), como pelo que não foi (pois não há nenhum dispositivo estabelecendo tal competência à Procuradoria-Geral do Estado).

Em seu voto, o relator da ação, Ministro Moreira Alves, destacou que a interpretação literal do dispositivo não permitia que se fizesse distinção entre ato normativo federal e estadual, e que “a esse mesmo resultado conduzem os elementos lógicos da exegese desse parágrafo”. O Ministro destacou tratar-se de processo objetivo, sem partes defendendo interesse jurídico próprio, razão pela qual “não há que se pretender que nele, por causa do dispositivo constitucional em exame, o Advogado-Geral da União atue na sua função normal – como prevista no artigo 131, caput, da Carta Magna – de chefe da instituição que, diretamente ou por meio de órgão vinculado, representa a União judicial ou extrajudicialmente”. O ministro, portanto, orienta sua leitura a partir da *distinção absoluta entre as funções* de assessoria jurídica do Poder Executivo federal e de curador da presunção de constitucionalidade da norma – funções que, embora distintas, foram atribuídas pela Constituição a um mesmo órgão. Esta leitura, que, como conseqüência, afasta a necessidade de justificar o exercício de uma função a partir da outra, não seria estranha, ao que parece, à nossa ordem constitucional brasileira. Afinal, como compreender que o Senado, uma das casas legislativas no âmbito federal, tem competência para suspender, no todo ou em parte, lei ou ato normativo (de qualquer espécie e origem) declarado inconstitucional pelo STF no âmbito do controle concreto-difuso de constitucionalidade? Certamente não seria possível relacionar esta competência com nenhuma outra conferida à Câmara alta do Poder Legislativo federal.

De todo modo, reconhecendo a dificuldade do Advogado-Geral da União de, em determinados casos, exercer a atribuição de defensor da constitucionalidade da norma, o ministro propôs que, nestes casos, fosse

designado um Advogado da União, pelo próprio chefe da instituição, para exercer tal competência¹¹. E concluiu seu voto assinalando que:

poder-se-á criticar a conveniência da norma do parágrafo 3º do artigo 103 da Constituição Federal, mas não se poderá deixar de aplicá-lo ou de reduzir-lhe o seu alcance com base nas atribuições constitucionais normais da Advocacia-Geral da União que são incompatíveis com a natureza da ação direta de inconstitucionalidade do ato normativo em tese, mas que, de alguma forma, impedem que em texto expresso – como é o citado dispositivo constitucional –, lhe seja outorgada a atribuição de curador especial da presunção de constitucionalidade da norma atacada.

Este trecho é digno de nota porque deixa claro que a interpretação jurídica adequada do dispositivo não implica a defesa do seu conteúdo ou a aquiescência em relação à decisão tomada pelo legislador constituinte – um prudente alerta em tempos de ativismo judicial desmesurado e sem controle. Ademais, esta crítica – ou ao menos um incômodo – em relação ao dispositivo foi ressaltada pela maioria dos ministros, que, no entanto, acompanharam o relator, entendendo que o dispositivo não permite outra leitura que não aquela disposta expressamente.

Nesse sentido, o Min. Sepúlveda Pertence destacou que “é um cochilo, essa atribuição, a meu ver, mas enquanto não alterada, ela cabe ao Advogado-Geral da União. Quero apenas marcar, para reflexões futuras, essa anomalia do texto constitucional, acompanhando, porém o voto do relator”. Assim também o Ministro Francisco Rezek, que afirmou que “há uma profunda coerência entre o incômodo causado por esta norma e a gênese da própria norma”, mas que, “com todos os seus defeitos, ela não chega a sabotar o sistema”¹². O Ministro Aldir Passarinho, após reconhecer o conflito entre as atribuições, asseverou: “mas a norma, realmente, é imperativa”¹³. E o Ministro Sidney Sanchez, embora tenha acompanhado o relator, manifestou a seguinte preocupação:

¹¹ “Se o Advogado-Geral da União assessorar o Presidente da República na proposição de uma ação direta de inconstitucionalidade, nada impede que ele, por isso, designe, entre os Advogados da União, um para exercer a função de curador especial, como aliás, está ocorrendo atualmente em que, por acumular a procuradoria-geral da República, provisoriamente, as funções da Advocacia-Geral da União, o eminente Procurador-Geral da República – como sempre fez em casos semelhantes – designou um dos Subprocuradores-Gerais para o exercício da função prevista no artigo 103, parágrafo 3 da Constituição da República.”

¹² “Eu me sentiria menos seguro se o Ministério Público fosse forçado, pelo texto constitucional, a exercer esse encargo; se ao fiscal da lei, aquela instituição cujo comprometimento maior é com a ordem jurídica, se houvesse imposto esse ônus. As dificuldades me parecem superáveis no caso da Advocacia-Geral da União.”

¹³ Acredito que, na defesa a que está obrigada a Advocacia-Geral da União, pelo art. 103 da Constituição, encontrará ela o caminho prudente para exercer suas funções, sem que ao mesmo tempo se viole, quando achar dificuldade na defesa de norma absolutamente inconstitucional, pois, embora a presunção de constitucionalidade de leis, a preocupação maior deverá ser a preservação da norma fixada na Constituição Federal, pois esta é que deve prevalecer.

Penso que pode acontecer o Advogado-Geral da União ou quem lhe faça às vezes, sentir-se tão constrangido, não se sentir em condições de funcionar e pedir substituição. É possível que um dia nenhum Advogado da União se disponha a defender o ato acoimado de inconstitucional. Aí teremos de resolver o problema, que, no caso, ainda não surgiu.

Os demais ministros basicamente seguiram e justificaram a leitura feita pelo relator, a partir da *distinção das funções* exercidas pelo Advogado-Geral da União¹⁴.

A questão foi novamente suscitada na ADIn 72, julgada em 22/03/1990, quando, mais uma vez foram encaminhados os autos ao STF, pela mesma Subprocuradora da República, sem a defesa do ato impugnado. O relator, Min. Sepúlveda Pertence, reiterou o entendimento de que o Advogado-Geral da União, em nome do princípio do contraditório, tem o dever de defender a constitucionalidade do ato impugnado, manifestando-se, ao final, pela devolução dos autos ao Procurador-Geral da República para que este designasse outro membro do Ministério Público Federal para satisfazer a exigência do art. 103, §3º. Segundo o ministro:

Na ação direta de inconstitucionalidade ao Ministério Público se pede um parecer, cabendo-lhe, segundo a sua convicção, 'dizer de direito', livremente, pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade do ato questionado. Não, porém, ao Advogado-Geral da União: a este se reclama que seja o veículo de manifestação nos autos dos argumentos possíveis em favor da constitucionalidade da validade da norma impugnada: não pugna imparcialmente pela Constituição, mas, também no interesse público, lhe incumbe ser parcial e, por isso, garante da contraditoriedade da discussão do problema constitucional posto. Missão nobre, que a ninguém pode diminuir.

O Ministro distinguiu, assim, o papel do Ministério Público do papel exercido pelo Advogado-Geral da União, enfatizando que só ao primeiro cabe emitir um "parecer". Este ponto foi reforçado pelo Ministro Celso de Mello,

¹⁴ Ministro Celso de Mello: "A indeclinabilidade do exercício dessa atividade constitucionalmente deferida ao AGU não lhe permite, em conseqüência, exonerar-se desse especial encargo constitucional que lhe foi cometido. Trata-se aí de função anômala e extraordinária do Advogado-Geral da União, que não atua, no processo de ação direta, como representante judicial dessa pessoa estatal, mas como defensor impessoal da validade dos preceitos infraconstitucionais, quer emanados da própria União federal, quer editados pelos Estados-membros." Ministro Célio Borja: "(...) de um lado olhamos para a União, para os Estados, para os Municípios, como instituições capazes de adquirir direitos, de serem titulares de direitos subjetivos, de interesses legítimos ou de simples interesses. De outro lado, vemos o Estado como ordem normativa. E o que se pede ao Advogado-Geral da União, de acordo com o preceito do art. 103, 3, é que ele atue como o curador da ordem normativa, partindo da presunção de sua validade. Ministro Octavio Galotti: "Penso, Sr. Presidente, que, na norma imperativa do art. 103, 3, o legislador constituinte quis dar, à Advocacia-Geral da União, uma função especial, extraordinária ou anômala como aqui foi dito, diferente daquela função orgânica, estrutural, prevista no art. 131. Essa função especial não se confunde com a defesa subjetiva da União, como parte em juízo, mas se vincula ao interesse da União, pela integridade jurídica da Federação."

ao observar que ao Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, “não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República”. E concluiu: “é preciso enfatizar que a causa única da atuação processual do Advogado Geral da União é a defesa, perante o STF, do ato normativo impugnado em sede de ação direta”.

O tribunal, por unanimidade, decidiu pela devolução dos autos ao Procurador-Geral da República para defesa do ato impugnado.

Embora a jurisprudência do STF tenha se pacificado a este respeito, e a Lei Orgânica da AGU, aprovada em 1993, tenha definido de forma expressa que “são atribuições do Advogado-Geral da União”, dentre outras, “**defender, nas ações diretas de inconstitucionalidade, a norma legal ou ato normativo, objeto de impugnação**” (art. 4º, IV, LC 73/93), o tema retornou no julgamento da ADIn 242, em 20/10/1994, quando os procuradores da República Gilmar Ferreira Mendes (hoje Ministro do STF) e Arthur Castilho Neto, ambos no exercício das funções da Advocacia Geral da União, protestaram, segundo o relator, ministro Paulo Brossard:

contra o dever de ofício previsto no art. 103, §3º da Constituição, dizendo que se a intenção do legislador foi a de criar um processo contraditório, não obteve êxito, pois o mesmo órgão que presta consultoria e assessoria jurídica ao Presidente da República, que é titular da ação direta de inconstitucionalidade, será, neste caso, obrigado a defender o ato impugnado. Acrescentam que não se pode exigir de um órgão instituído pela Constituição que defenda um ato manifestamente inconstitucional, sob as penas de violação do postulado da fidelidade constitucional e de se estar desenvolvendo a nova instituição da *Advocacia da Inconstitucionalidade*. Acrescentam, ainda, que a defesa da constitucionalidade da lei não deve ser levada ao plano do desvario e da irracionalidade, pois esta conduta acabaria por desqualificar a seriedade da posição institucional do Advogado Geral da União.

E concluíram os referidos Procuradores, afirmando que “deve ser reconhecido o direito do Advogado Geral da União não se manifestar sobre o mérito, quando estiver plenamente convencido da ilegalidade do ato, inclusive quando a defesa se põe contra a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal”. Trata-se, portanto, do mesmo protesto, mas sob novo argumento: o Advogado-Geral da União não pode ser obrigado a defender a *constitucionalidade de norma manifestamente inconstitucional*. Nestes casos, e, sobretudo, quando a defesa da constitucionalidade da norma “*se põe contra a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal*”, o Advogado-Geral da União, de acordo com tal entendimento, deve ter o direito de “*não se manifestar sobre o mérito*”. É importante ressaltar este ponto, pois, salvo melhor juízo, “*não se manifestar sobre o mérito*” não pode significar o mesmo que *emitir parecer pela inconstitucionalidade*.

O relator, Min. Paulo Brossard, não deu importância à ausência de defesa da constitucionalidade da norma e pronunciou-se sobre o mérito da

ação, votando pela procedência da ADI. Em seguida ao voto do relator, o min. Sepúlveda Pertence suscitou uma questão preliminar, alegando que, em respeito ao que fora decidido nas ADIns 97 e 72 (julgadas nesta ordem), os autos deveriam retornar à Advocacia-Geral da União para a defesa do ato normativo. A posição assumida pelo ministro Sepúlveda Pertence é ainda mais interessante se considerarmos que, na ADIn 97, o ministro atribuiu essa competência do Advogado-Geral da União a um “cochilo” do legislador constituinte, qualificando-a como uma “anomalia do texto constitucional”, mas que, de todo modo, deveria ser cumprida, “enquanto não alterada”.

O relator, contudo, entendeu que não era necessário o pronunciamento pela constitucionalidade da lei, alegando já haver jurisprudência do STF a respeito da questão apreciada no caso, “de modo que, por mais brilhante que fosse a defesa, poderia ser de duas linhas, e já estaria atendida a exigência do §3º do art. 103 da Constituição no que concerne à defesa do ato impugnado”.

Na seqüência, o Min. Sidney Sanches manifestou-se pelo acolhimento da preliminar, “porque, bem ou mal, a Constituição diz que o Advogado Geral da União, na ação direta de inconstitucionalidade ‘defenderá o ato ou o texto impugnado’.” E concluiu: “penso que norma tão clara não comportaria interpretação, embora lamentavelmente que isso possa conduzir a situações paradoxais”.

E o Tribunal então, por maioria, acolheu a preliminar e determinou o retorno dos autos para que fosse apresentada a defesa da norma impugnada, de acordo com o §3º do art. 103 da Constituição.

A partir daí pode-se dizer que se consolidou a jurisprudência do STF no sentido de que ao Advogado-Geral da União, nos processos de ação direta de inconstitucionalidade, cabe, sempre e sem qualquer exceção, defender o ato impugnado. Consolidou-se, assim, a idéia de que (i) a ação direta de inconstitucionalidade demanda um contraditório, e (ii) o constituinte atribuiu esta função ao Advogado-Geral da União, sem que isso tenha qualquer relação com as suas funções de representação judicial e extrajudicial da União e de assessoria e consultoria jurídica ao Presidente da República. A interpretação consolidada do dispositivo constitucional, de fato, é a mais correta tecnicamente – até porque, como afirmado na introdução deste trabalho, trata-se de uma regra que não oferece caminhos alternativos à sua leitura mais óbvia. No entanto, é curioso notar que mesmo alguns dos que defendem esta interpretação da norma constitucional reconhecem os problemas causados pelo legislador constituinte, qualificando o disposto no art. 103, §3º como um “cochilo” (Min. Sepúlveda Pertence), uma “anomalia” (Min. Sepúlveda Pertence), talvez um inconveniente (Min. Moreira Alves), causador de um “incômodo” (Min. Francisco Rezek), defeituoso (Min. Francisco Rezek), que pode “conduzir a situações paradoxais” (Sidney Sanches). De certo modo, pode-se afirmar que o STF deixou bem claro que seu dever é o de “dizer” o direito e não o de “defender” o seu conteúdo – no caso, de responsabilidade exclusiva do legislador constituinte. Daí o desabafo do Min. Sepúlveda Pertence de que esta “anomalia do texto constitucional”

deveria ser cumprida “enquanto não alterada”, ou do Min. Sidney Sanches, reconhecendo que, “bem ou mal”, foi esta a atribuição dada pela Constituição ao Advogado-Geral da União: defender, sem restrições, a legitimidade de todo e qualquer ato normativo impugnado em ação direta de inconstitucionalidade.

Esta foi a posição também assumida pelo constitucionalista Clèmerson Clève, em sua clássica obra *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* (cuja reedição é há tempos aguardada por todos que se dedicam seriamente ao tema), onde afirma:

Não foi feliz o constituinte ao trazer essa novidade. A posição difícil na qual permanece o Advogado-Geral da União ao acumular as atividades de representação judicial da União e consultoria jurídica do Poder Executivo com a de curador de normas impugnadas, ainda que estaduais, por via de ação direta; o fato de que o processo objetivo desencadeado pela ação de inconstitucionalidade prescinde da atuação de um curador especial encarregado de exercer o contraditório (trata-se, em princípio, de um processo não contraditório) e, mais, o direito que possuem os órgãos ou autoridades de apresentar informações em defesa dos seus atos normativos, quando combatidos em sede de jurisdição concentrada, tudo está a indicar a desnecessidade do encargo atribuído ao Advogado-Geral da União. Não seria demais, então, sugerir-se, de *lege ferenda*, a supressão do art. 103, §3º da Constituição.¹⁵

O dispositivo, vale frisar, quando não foi alvo de críticas, ou interpretado literalmente, sem maiores reflexões quanto às suas implicações para a atividade do Advogado-Geral da União, foi objeto de leituras (algumas bastante) heterodoxas, dispensando ao Advogado-Geral da União o dever de defender a constitucionalidade da norma quando a inconstitucionalidade for (i) patente, clara, nítida (José Cretella Jr.), manifesta (Gilmar Ferreira Mendes e Arthur Castilho Neto), levando a defesa “ao plano do desvario e da irracionalidade” (Gilmar Ferreira Mendes e Arthur Castilho Neto), ou (ii) quando a defesa se puser “contra a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal” (Gilmar Ferreira Mendes e Arthur Castilho Neto), ou (iii) quando o ato for “contrário aos interesses legítimos do Poder Executivo federal” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho), ou (iv) quando o ato não fosse federal (Odília Ferreira da Luz Oliveira), cabendo a defesa dos atos estaduais às Procuradorias dos Estados (Odília Ferreira da Luz Oliveira).

Seja pelas (fundadas) críticas dirigidas à decisão do legislador constituinte pelos que, isso nada obstante, defendem a interpretação literal do dispositivo constitucional, seja pelas leituras propostas pelos que pretendem driblar os inconvenientes da norma, em alguns casos apoiados em especulações a respeito da intenção do legislador constituinte, torna-se imperativo questionar: afinal, o que pretendeu a Assembléia Nacional Constituinte ao aprovar este dispositivo?

¹⁵ Op. cit., pp. 131-132.

O que foi debatido a este respeito? Que considerações foram feitas quanto aos inconvenientes da norma? Houve voto vencido? Houve alternativas ao texto da norma? Quais? Sob que justificativa?

A resposta (*no singular* mesmo), como se verá, é assustadora – sem deixar de ser esclarecedora.

3. O ART. 103, §3º NO PROCESSO CONSTITUINTE: REVELAÇÕES E PERPLEXIDADES

O processo constituinte de 1987-88 seguiu uma forma de organização bastante peculiar, envolvendo um procedimento inequivocamente complexo, embora também democrático e inclusivo, tornando-se assim original em nossa história. Rejeitando a idéia de trabalhar a partir de um anteprojeto¹⁶, a Assembléia Nacional Constituinte, composta por 487 deputados e 72 senadores, optou pela organização segundo a distribuição de seus membros em oito comissões temáticas, sendo cada uma delas subdividida em três subcomissões, bem como uma Comissão de Sistematização, conforme dispunha o Regimento Interno da Constituinte (Resolução n.º. 2 – 87)¹⁷. O

¹⁶ Cumpre recordar que a ANC efetivamente rejeitou a idéia de desenvolver seus trabalhos a partir de um anteprojeto elaborado por uma Comissão, como em geral ocorrera na história constitucional do País. A este respeito, observou João Gilberto Lucas Coelho: “A rejeição à idéia de um Projeto prévio era muito disseminada na opinião pública e constara, em geral, do discurso de campanha dos constituintes. Direita e esquerda, conservadores e progressistas, moderados e radicais, quase todos haviam criticado a “comissão dos notáveis” ou rejeitado a idéia de um projeto inicial, como perigoso instrumento de controle sobre a Assembléia, quer partisse do governo, dos notáveis ou de uma comissão interna. Tecnicamente, o Projeto prévio ajudaria muito na elaboração e na organização dos trabalhos, sendo muito comum nos processos constituintes anteriores ou em outras nações. Politicamente, porém, tinha uma ampla rejeição. Partir sem projeto era dar um salto imprevisível, um criativo e arriscado desafio.” (COELHO, João Gilberto Lucas. **O Processo Constituinte**. In. GURAN, Milton (coord.). **O Processo Constituinte 1987-88**. Brasília: AGILA, 1988, pg. 43.)

¹⁷ “Art. 15. As Comissões e Subcomissões são as seguintes: I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; a) Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; b) Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias; c) Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais; II – Comissão da Organização dos Estados; a) Subcomissão União, Distrito Federal e Territórios; b) Subcomissão dos Estados; c) Subcomissão dos Municípios e Regiões; III – Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; a) Subcomissão do Poder Legislativo; b) Subcomissão do Poder Executivo; c) Subcomissão do Poder Judiciário; IV – Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; a) Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos; b) Subcomissão da Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança; c) Subcomissão da Garantia da Constituição, Reformas e Emendas; V – Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; a) Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das receitas; b) Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira; c) Subcomissão do Sistema Financeiro; VI – Comissão da Ordem Econômica; a) Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime de Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica; b) Subcomissão da Questão Urbana e Transporte; c) Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária; VII – Comissão da Ordem Social; a) Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos; b) Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente; c) Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias; VIII – Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação; a)

caminho a ser percorrido pelo Projeto da Constituição, conforme engendrado pelo Regimento Interno, consistia, basicamente, na elaboração de um anteprojeto por cada subcomissão e que, uma vez aprovados, deveriam ser reapresentados no seio da Comissão Temática, junto aos demais anteprojetos oriundos das outras subcomissões que a compunham, para, enfim, receber a aprovação do plenário da referida Comissão. Os trabalhos aprovados pelas Comissões Temáticas deveriam convergir para a Comissão de Sistematização, de onde nasceria “o primeiro esboço articulado de anteprojeto”¹⁸ da Constituição. Uma vez aprovado, pela Comissão de Sistematização, o projeto de Constituição, este seria encaminhado para aprovação do plenário da Assembléia Nacional Constituinte em dois turnos de votação, sendo que o segundo turno seria destinado basicamente¹⁹ a emendas supressivas e de correção, sem a possibilidade de apresentação de novas proposições.

Para a análise do histórico do dispositivo constitucional que atribui ao Advogado-Geral da União o dever de defender a constitucionalidade dos atos normativos impugnados em ação direta de inconstitucionalidade, o caminho a ser seguido envolve: (i) Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público; (ii) Comissão de Organização dos Poderes; (iii) Comissão de Sistematização; e (iv) plenário. Como a Comissão de Sistematização, por razões que não cabe aqui comentar²⁰, seguiu um caminho por vezes distinto daquele traçado pelas normas do Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte, seu processo estendeu-se por um tempo maior do que o previsto e resultou em nada menos que cinco textos ao longo desta fase do processo constituinte: o *anteprojeto* (resultado da reunião dos projetos aprovados pelas Comissões), o *projeto* de Constituição (após a aprovação de emendas de adequação), o 1º *substitutivo* do relator Bernardo Cabral (texto apelidado – pelo próprio – de *Cabral 1*), o 2º *substitutivo* do relator (*Cabral 2*) e o texto finalmente aprovado (*Projeto A*) a ser submetido ao plenário para votação em dois turnos. Desse modo, e considerando que o *anteprojeto* nada mais era do que o resultado do que fora aprovado pelas Comissões, o caminho a ser investigado deve ser assim detalhado: (iii) Comissão de Sistematização: (iii.1) Projeto de Constituição; (iii.2) *Cabral 1*; (iii.3) *Cabral 2*; e (iii.4) Projeto A. E o (iv) Plenário, por seu turno, deve ser subdividido em: (iv.1) Projeto B (texto aprovado em 1º turno), (iv.2) Projeto C (texto aprovado em 2º turno, após discussão e votação de emendas supressivas) e (iv.3) Projeto D (texto aprovado após emendas de redação).

Diante deste itinerário a ser percorrido – e que, na prática, contrariando

Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes; b) Subcomissão de Ciência e Tecnologia; c) Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso; IX – Comissão de Sistematização.”

¹⁸ BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3.ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 456.

¹⁹ Este ponto será mais bem explicitado adiante.

²⁰ Para uma compreensão detalhada dos eventos, v. PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris/Editora PUC-Rio, 2008, (cap. 5).

as previsões regimentais, se estendeu por quase dois anos! –, poder-se-ia imaginar que não faltaram fóruns e oportunidades para discussões e debates em torno do dispositivo que resultou no art. 103, §3º da Constituição promulgada, sobretudo na primeira fase, onde a subcomissão, composta por apenas 27 membros, deveria se debruçar exclusivamente sobre os temas relacionados ao Poder Judiciário e ao Ministério Público (o que inclui, é claro, acesso à justiça, Defensoria Pública, advocacia). Até porque as chances de debates profundos sobre tema tão específico nas fases posteriores, quando os projetos abordavam também outros temas, eram bastante reduzidas.

Isso nada obstante, a pesquisa realizada junto aos anais da Constituinte e a todos os nove textos aprovados ao longo do processo (i, ii, iii.1, iii.2, iii.3, iii.4, iv.1, iv.2 e iv.3) revelou que o dispositivo que atribuía ao Advogado-Geral da União o dever de defender a constitucionalidade da norma impugnada em ação direta de inconstitucionalidade não consta nem no projeto da subcomissão (i), nem no projeto da Comissão (ii), nem no projeto da Comissão de Sistematização (iii.1), nem no 1º substitutivo do relator (iii.2), nem no 2º substitutivo do relator (iii.3), nem no Projeto A, aprovado pela Comissão de Sistematização (iii.4), nem no projeto B, aprovado pelo Plenário em 1º turno de votação!

Esta primeira constatação já revela que não houve debate a respeito do dispositivo constitucional que, como visto no tópico anterior, gerou, na prática, tanta polêmica. Além disso, constatou-se que, até a aprovação do projeto B pelo plenário (em 1º turno), não houve em nenhum dos projetos aprovados nas fases anteriores (i, ii, iii.1, iii.2, iii.3 e iii.4) qualquer dispositivo estabelecendo a competência, a quem quer que fosse, para defender a constitucionalidade do ato normativo impugnado em ação direta de inconstitucionalidade. Isso significa dizer que, até a aprovação do projeto C pelo plenário (em 2º turno), que efetivamente introduziu o dispositivo que atribui ao Advogado-Geral da União o dever de defender a constitucionalidade do ato impugnado em ação de inconstitucionalidade, não houve nenhuma discussão sobre a necessidade de se estabelecer o *contraditório* na fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis ou de se definir um curador da presunção de constitucionalidade das leis em processo (objetivo) de ação direta de inconstitucionalidade.

Contudo, a ausência de debates e discussões em torno do tema ao longo de quase dois anos de processo constituinte, embora cause certo espanto, torna-se quase irrelevante se comparada, no quesito *revelações e perplexidades*, ao fato de que o 2º turno de votação em Plenário era destinado basicamente a emendas supressivas e de correção, e não a emendas aditivas, que efetivamente inovassem o texto do projeto. Vale frisar que no documento no qual os constituintes deveriam redigir as emendas nesta fase do processo constituinte estava escrito o seguinte:

Queira assinalar a natureza da emenda:

() *Supressiva – Se for de expressão ou palavra, não deverá inverter o sentido do dispositivo. Exemplo: no texto, suprimir o advérbio “NÃO”, passando a ser emenda modificativa e não supressiva.*

() *Omissão – Objetiva restabelecer matéria aprovada no 1º turno e não incluída na redação do vencido.*

() *Erro – Redação do vencido que não corresponda ao que foi aprovado no 1º turno.*

() *Contradição – Dispositivos contraditórios entre si e sobre a mesma matéria*

() *Correção de linguagem – Sanar vício de linguagem, defeito, erro manifesto a corrigir, ou de técnica legislativa.*

É notório que uma emenda introduzindo a atribuição do Advogado-Geral da União de defender a constitucionalidade do ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade não se enquadraria em nenhuma das hipóteses assinaladas, pois não seria o caso de emenda supressiva, nem de omissão, nem de erro, e tampouco de contradição ou de correção de linguagem. Como, então, foi apresentada a proposta que resultou no art. 103, §3º da Constituição vigente?

Na 327ª sessão da Assembléia Nacional Constituinte, ocorrida em 26 de agosto de 1988, o Presidente Ulisses Guimarães anunciou ao plenário que seria colocada em votação “uma reunião de emendas de cerca de 20 Srs. Constituintes”, passando, em seguida, à leitura do texto, que tinha a seguinte apresentação:

Os firmatários, abaixo assinados, vêm requerer, nos termos das normas regimentais, a reunião dos destaques e emendas infra-referidos, para votação simultânea, relativo ao texto dos arts. 79 a 103 para: supressões e correções, restando o texto com a seguinte redação: (...)

Os dispositivos afetados pelas emendas reunidas eram: o art. 79, §3º (relativo ao segundo turno para a eleição ao cargo de Presidente da República), o art. 86, incisos XIV (relativo à competência privativa do Presidente da República para exercer comando supremo das Forças Armadas, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos) e XVII (nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União), art. 90 (que estabelecia que o Presidente, no exercício de seu mandato, poderia ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício da sua função), art. 98, incisos II, “d” (relativo à apuração de antiguidade nos tribunais, para fins de promoção) e XI (relativo à constituição de órgão especial nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores), art. 99 (relativo ao denominado *quinto constitucional* nos Tribunais Federais e Estaduais), art. 101, II, alíneas “a” e “b” (relativas à competência do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça para propor ao Poder Legislativo respectivo a alteração do número de membros dos tribunais interiores e a criação e extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros), inciso III do mesmo artigo (relativo à competência dos Tribunais de Justiça para o julgamento dos juizes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como dos membros do Ministério Público que junto a eles oficiem, nos crimes comuns e de responsabilidade), art. 103, I (relativo à criação de juizados especiais) e, por fim, o art. 109, §3º, que passaria a ter a seguinte

redação: “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade em tese de norma legal ou ato normativo, ouvirá, previamente, o Advogado-Geral da União que defenderá o ato ou texto impugnado”.

Em seguida à leitura das emendas, o constituinte Nelson Jobim informou que:

(...) tendo em vista o entendimento de que a questão de dois turnos e a inelegibilidade vão ser votadas amanhã à tarde, então, nesta fusão, que foi distribuída em plenário, fica excluído o art. 79, 3, porque diz respeito a dois turnos, como também a parte relativa à supressão do art. 90. (...)

Excluídas, portanto, as emendas relativas a estes dois dispositivos – emendas que seriam apreciadas em outra sessão –, o Presidente Ulisses Guimarães apresentou sumariamente aos constituintes em plenário quais as modificações estavam sendo propostas em relação a cada um dos dispositivos. Assim, por exemplo, após citar a redação proposta ao art. 86, XIV, relativo à competência do Presidente da República para “*exercer comando supremo das Forças Armadas, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos*”, esclareceu o ponto modificado pela emenda, a saber: “ao invés de ‘das três Armas e nomear seus comandantes’”. Em relação ao inciso XVII do mesmo artigo, relativo à competência para “nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União”, explicou que o objetivo era uniformizar a nomenclatura adotada pela matéria, já que a redação original referia-se ao Procurador-Geral da União, e a nomenclatura havia sido alterada em 1º turno, no dispositivo relativo à advocacia pública. Em seqüência, foram esclarecidas, uma a uma, as modificações que estava sendo propostas, e todas efetivamente se enquadravam em uma das categorias de emenda permitidas no 2º turno de votação (supressiva, omissão, erro, contradição ou correção de linguagem) – todas, à exceção do artigo 109, §3º. Quanto a este dispositivo, justamente o dispositivo que inovava em relação ao texto aprovado em 1º turno, o Presidente da Assembléia Constituinte nada disse, concluindo sua fala com a frase: “é o texto” – e passando em seguida à votação da reunião de emendas, o que foi aprovado sem nenhum voto contrário (em razão de um acordo das lideranças partidárias), mas com cinco abstenções, dentre as quais a do constituinte João Menezes (PFL-PA), que assim se manifestou: “Sr. Presidente, acabei de verificar que esta emenda é daquelas que chamo de coquetel. Então meu voto é ‘abstenção’, porque fere tudo quanto é Regimento, mistura tudo”²¹.

O curioso caso do dispositivo em questão, todavia, não se encerra aí. A “reunião de emendas de cerca de 20 Srs. Constituintes”, apresentada e

²¹ Em resposta, o constituinte Nelson Jobim (PMDB) pediu a palavra para enfatizar: “Sr. Presidente, esta emenda fez parte de um grande acordo, de um grande entendimento, e tem acolhimento regimental que possibilita a votação simultânea de destaque. Portanto, o PMDB mantém-se no acordo e vota ‘sim’.” Outros membros dos outros partidos recomendaram às suas respectivas bancadas que votassem sim. O resultado foi “sim-374, não-0, abstenção-5, total 379” (pp. 13283-13284)

lida pelo Presidente Ulisses Guimarães, informava, ao final, quais emendas especificamente haviam sido reunidas, o que permitira identificar, dentre elas, a emenda que introduziu o dispositivo relativo à participação do Advogado-Geral da União no processo da ação direta de inconstitucionalidade, bem como a justificativa apresentada pelo proponente (no documento no qual os constituintes deveriam redigir as emendas havia um campo intitulado *justificativa*) e a natureza da modificação (supressiva, omissão, erro, contradição ou correção de linguagem).

Foram 24 emendas reunidas, dentre as quais 5 referiam-se ao art. 109, §3º. É importante esclarecer, no entanto, que o §3º do art. 109, tal como aprovado em 1º turno, tinha a seguinte (e também curiosa) redação:

“Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, comunicará o teor da decisão declaratória ao Senado Federal para cumprimento do disposto no artigo 53, X.”

Portanto, o que o §3º do art. 109 estabelecia, até então, era que as decisões de inconstitucionalidade, mesmo aquelas proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, deveriam ser comunicadas ao Senado Federal, para que este órgão suspendesse a execução, no todo ou em parte, da lei que fora objeto da ação – o que, se aprovado, implicaria indiscutível retrocesso na história da jurisdição constitucional brasileira.

É diante deste quadro que se deve compreender o propósito das 5 emendas apresentadas, todas supressivas, tendo por objeto o referido dispositivo: (i) Emenda 199 (autor: Maurício Correa): *suprimir o §3º do artigo 109*; (ii) Emenda 1841 (autor: Genésio Bernardino): *suprima-se do §3º do artigo 109, a expressão “em tese”*; (iii) Emenda 1603 (autor: Nelson Jobim): *suprimir integralmente o §3º do artigo 109*; (iv) Emenda 1605 (autor: Wagner Lago): *suprimir do §3º do artigo 109, a expressão final “para cumprimento do disposto no art. 53, X”*; (v) Emenda 064 (autor: Paulo Pimentel): *suprimir o §3º do artigo 109*.

Se todas as emendas relativas ao §3º do art. 109 tinham o exclusivo propósito de *suprimir* o dispositivo integral ou parcialmente, cabe a pergunta: de onde surgiu o texto que impunha ao Advogado-Geral da União o dever de defender a constitucionalidade do ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade? Resposta (até prova em contrário): de lugar nenhum!

Deve-se registrar que, em 17 de setembro de 1988, quando o processo constituinte encontrava-se em fase de “emendas de redação”, foram apresentadas duas emendas relativas ao “novo” §3º do art. 109 – emenda nº 00339, de autoria do constituinte Aluizio Campos, e emenda nº 00642, de autoria do constituinte Antonio Mariz –, sendo que apenas a primeira efetivamente limitava-se a propor uma mudança de forma, sem afetar o conteúdo, como se espera de uma emenda de redação²². A emenda apresentada pelo constituinte Antonio Mariz, talvez

²² Emenda 00339: “O Supremo Tribunal Federal, antes de apreciar a inconstitucionalidade, em tese,

já prevendo alguns dos problemas que aquela idéia (aparentemente irrefletida e seguramente não discutida) introduzida no projeto de Constituição em 2º turno poderia acarretar, visava modificar o texto do dispositivo, especificando que a defesa da constitucionalidade da lei pelo Advogado-Geral da União só ocorreria quando o objeto da ação de inconstitucionalidade fosse “norma legal ou ato normativo federal”²³. Ambas foram rejeitadas.

Diante do que foi aqui revelado, não procede a leitura histórica a respeito do dispositivo tal como relatada pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI 3916 (onde a interpretação desta norma constitucional foi discutida em questão de ordem) – história que teria sido contada pelo Ministro Moreira Alves a fim de resgatar a *mens legislatoris* do art. 103, §3º da Constituição. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes:

Ele [o Min. Moreira Alves] dizia que, em algum momento da fase final do processo constituinte, incorporou-se ao texto uma fórmula segundo a qual, em qualquer hipótese, a decisão do Supremo estaria submetida ao Senado Federal – a fórmula do artigo 52, X –, para controle concreto e abstrato. Portanto, isso ficou expresso no texto. E se viu que isso era um absurdo, porque, no processo objetivo, a decisão tem de ser dotada de eficácia *erga omnes, per se*, não dependendo da intervenção do Senado.

Então, dizia-se que, naquele momento – pelo menos essa foi a explicação que surgiu –, já não se podia mais fazer uma emenda puramente supressiva; tinha-se de substituir, fazer uma emenda de caráter substitutivo. E foi o que se deu. Então, se fez esta fórmula do Advogado-Geral da União, que causa muitos problemas, porque ele não é um órgão isento; ao contrário, ele representa os interesses da União em juízo e, mais do que isso, ele é também o conselheiro jurídico do Presidente da República. Daí, os problemas suscitados.

A leitura não procede por dois motivos basicamente. A fórmula segundo a qual, em qualquer hipótese a decisão do STF estaria submetida ao Senado não foi incorporada “em algum momento da fase final”: ela estava presente nos projetos aprovados desde a subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, e assim permaneceu até o 2º turno de votação em plenário. É também incorreto afirmar que “naquele momento já não se podia mais fazer uma emenda puramente supressiva”. O 2º turno de votação em plenário era destinado *justamente e exclusivamente* às emendas supressivas. Tanto que as cinco emendas apresentadas tendo por objeto o referido dispositivo eram de caráter supressivo. Portanto, a “*fórmula do Advogado-Geral da União*”, para utilizar a expressão do Ministro, não encontra, no processo constituinte, absolutamente nenhuma justificativa (ao menos explícita).

de norma legal ou ato normativo, ouvirá o Advogado-Geral da União que defenderá o ato ou texto impugnado”. Extraído do site www.senado.gov.br (legislação – bases históricas).

²³ Emenda 00642: “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade em tese de norma legal ou ato normativo federal, ouvirá, previamente, o Advogado-Geral da União que defenderá o ato ou texto impugnado”. Extraído do site www.senado.gov.br (legislação – bases históricas).

Assim, conclui-se que a tragicômica história do atual artigo 103,§3º da Constituição de 1988 revela, ao que aqui interessa, que: (i) não houve absolutamente nenhum debate a respeito da idéia de se estabelecer um contraditório em ação direta de inconstitucionalidade, tampouco sobre a conveniência de se atribuir tal dever ao Advogado-Geral da União; (ii) o dispositivo foi aprovado em flagrante violação ao Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte, seja (ii.1) por ter sido aprovado numa fase do processo constituinte que não admitia inovações de conteúdo, seja (ii.2) por sequer ter sido objeto de emenda formal.

Embora assustadora (em determinados aspectos), a história é, ao mesmo tempo, esclarecedora, pois ajuda a compreender como foi possível a aprovação de um dispositivo que, logo após a entrada em vigor do texto constitucional, suscitou, em sede doutrinária, forte polêmica, e sofreu, na prática, leituras diversas e dificuldades em sua aplicação, tendo recebido, pelos próprios ministros do STF, qualificativos como *defeituoso*, *anomalia* e *cochilo*, *causador de incômodo*, *potencial causador de situações paradoxais*.

A história aqui revelada traz elementos que justificam as críticas acima, mas não parece oferecer argumentos para uma nova interpretação do dispositivo. Isso nada obstante, foi justamente este o caminho tomado pelo STF a fim de contornar os compreensíveis inconvenientes da norma, cabendo agora uma análise dos argumentos utilizados pela Corte para justificar tal mudança de interpretação.

4. A FUNÇÃO DO AGU REEXAMINADA PELO STF: CURADOR, ADVOGADO PÚBLICO OU PARECERISTA?

Como visto no item 2, *supra*, em que pese todos os problemas relativos à atribuição, ao Advogado-Geral da União, do dever de defesa da constitucionalidade de todo e qualquer ato normativo submetido ao controle abstrato de constitucionalidade – problemas que, como visto no item 3, *supra*, não foram debatidos no processo constituinte –, o STF, sempre que provocado pela Advocacia-Geral da União (ainda exercida pela Procuradoria-Geral da União), manifestou-se no sentido de não admitir qualquer exceção à regra do art. 103, §3º da Constituição. Firmou assim a jurisprudência segundo a qual a ação direta de inconstitucionalidade demanda um *contraditório*, e que este dever, por decisão soberana do legislador constituinte, recaiu sobre o Advogado-Geral da União, tratando-se de *função autônoma*, que não guarda nenhuma relação com o fato de ser aquele o advogado público da União federal.

A decisão tomada pelo STF em outubro de 1994, no julgamento da ADI 242, como visto, revelou uma pequena dissidência em relação a uma posição até então unânime da Corte, pois o Min. Paulo Brossard, divergindo da jurisprudência firmada, concordou com os argumentos levantados pelos então Procuradores da República Gilmar Ferreira Mendes e Arthur Castilho Neto (no exercício da função da Advocacia-Geral da União), no sentido de que “deve ser

reconhecido o direito do Advogado Geral da União não se manifestar sobre o mérito, quando estiver plenamente convencido da ilegalidade do ato, inclusive quando a defesa se põe contra a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal". A unanimidade tinha aí a sua primeira goteira.

De acordo com este entendimento divergente, e tomando por base o trecho acima transcrito, haveria duas hipóteses que afastariam o dever imposto ao Advogado-Geral da União pelo art. 103, §3º da Constituição, a saber: (i) quando a norma fosse manifestamente inconstitucional e (ii) quando a norma já tivesse sido declarada inconstitucional, em controle difuso, pelo próprio STF. Deve-se ressaltar que, embora eventualmente possam coincidir, são hipóteses, a rigor, distintas, pois, enquanto esta última envolve um fato – a existência de declaração de inconstitucionalidade pelo STF em controle difuso –, impondo ao Advogado-Geral da União o simples dever de apontar o julgado, a primeira hipótese envolve um juízo de valor acerca da constitucionalidade da norma, o que poderia implicar a imposição ao Advogado-Geral da União do dever de justificar, por meio de argumentação jurídica, que se trata de norma manifestamente inconstitucional. Esta distinção deve ser ressaltada, sobretudo, em razão de um outro ponto que se pode extrair da manifestação dos Procuradores da República, acompanhada pelo Ministro Paulo Brossard, a saber: que nestes casos “deve ser reconhecido o direito do Advogado-Geral da União *não se manifestar sobre o mérito*”, o que, como afirmado anteriormente, não parece se confundir com o *direito de defender a inconstitucionalidade* da norma através de parecer jurídico. Se, em tese, é possível conciliar este direito (de não se manifestar sobre o mérito) com a primeira hipótese, não parece tão simples conciliá-lo com a segunda, onde o Advogado-Geral da União talvez tivesse que *demonstrar*, de forma argumentativa, a manifesta inconstitucionalidade da norma impugnada, pois, a despeito do que o qualificativo “manifesta” poderia sugerir, trata-se necessariamente de uma avaliação subjetiva. Como admitir então que o Advogado-Geral da União “não se manifeste” sobre a norma por entender que se trata de “norma manifestamente inconstitucional” ou, nas palavras dos referidos Procuradores da República, por estar “plenamente convencido da ilegalidade do ato”? Deve o Advogado-Geral da União expor as razões de seu convencimento? Não estaria, neste caso, “manifestando-se sobre o mérito”? E também oferecendo um autêntico “parecer” pela inconstitucionalidade da norma? E se o fizesse, seria com a autonomia de um jurista (a partir da sua livre convicção jurídica)? Ou ofereceria este “parecer” na condição de advogado público da União federal, defensor dos interesses desta entidade federativa?

Estas perguntas aqui formuladas ficaram sem resposta, diante da posição firmada, agora não mais por unanimidade, pelo STF. No entanto, este “voto vencido” tornou-se, anos mais tarde, a posição majoritária do Tribunal, sem que as questões aqui levantadas tivessem sido respondidas, nem sequer enfrentadas, o que, como se verá, gerou um desentendimento generalizado por parte dos ministros a respeito da interpretação do art. 103, §3º da Constituição, de modo que a posição majoritária que se firmou foi fruto de posições convergentes quanto ao resultado, mas divergentes quanto ao fundamento.

Embora não tenha realizado uma pesquisa jurisprudencial a partir da ADI 242, de 1994, acompanhando eventuais mudanças de posições dos membros do STF, resultantes ou não das mudanças na composição da Corte, assumo como marco da nova orientação jurisprudencial sobre o tema a decisão proferida no julgamento da ADI 1616, de 24/05/2001²⁴. E o faço com base nas manifestações do Advogado-Geral da União ao longo desta década, onde, sempre que se posicionou pela inconstitucionalidade da norma e, por conseguinte, pela procedência do pedido deduzido na ação direta de inconstitucionalidade, fez expressa referência a este julgado como espécie de *leading case* da nova interpretação do §3º do art. 103 da Constituição.

Reforço este entendimento em razão de um fato ocorrido, no julgamento da ADI 2101, em abril do mesmo ano (um mês antes, portanto). O relator da ação, Min. Maurício Correa, havia registrado em seu relatório que:

o Advogado-Geral da União, não obstante o comando do §3º do artigo 103, da Constituição, entendendo que não lhe cabe defender a constitucionalidade de determinado ato normativo quando existe decisão desta Corte considerando-o inconstitucional, manifesta-se pela “aparente ilegitimidade da Lei n. 2.012/99, do Estado do Mato Grosso do Sul”.

Ao proferir seu voto, o Ministro relator sustentou que “razão assiste ao AGU ao expor seu entendimento sobre o §3º do art. 103 da Constituição”. Após manifestar sua concordância com a jurisprudência firmada pelo STF até aquele momento (tendo citado expressamente os julgados da ADI-QO 72 e da ADIMC 1434), o Ministro acrescentou:

creio, porém, que falta ainda examinar a hipótese em que a norma legal atacada tiver sido declarada inconstitucional. Tenho como contra-senso exigir do Advogado-Geral da União que ele permaneça inarredável da posição contrária ao requerente da ação direta de inconstitucionalidade, mesmo quando o Supremo Tribunal Federal já tiver decidido em sentido contrário. Nessa hipótese, esta Corte estaria impingindo ao Advogado-Geral da União exercer missão impossível: defender perante o Tribunal tese declarada inconstitucional. (grifei)

²⁴ A ADIn 1.254 (AgReg), julgada em 1996, reforça este entendimento: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO (...) – FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – (...) FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – A função processual do Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é eminentemente defensiva. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de órgão agente, posto que *lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República*. Atuando como verdadeiro curador (defensor legis) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de origem estadual, e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito positivo, *não cabe ao Advogado-Geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento do “munus” indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República. Precedentes.*” (grifei)

Este julgado não representou uma mudança jurisprudencial, mas foi uma provocação inicial para uma revisão do posicionamento assumido até então, pois, como assinalou o Ministro:

A questão deverá voltar a debate quando a Corte estiver com sua composição completa. Quero, no entanto, manifestar-me, desde já, a favor do entendimento de que o Advogado-Geral da União não está vinculado à defesa do ato tal qual está expresso quando o Supremo Tribunal Federal já tiver firmado jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade da norma impugnada.

O prenúncio de uma mudança, no entanto, já poderia ser identificado a partir da manifestação do então Presidente do STF, Min. Carlos Veloso, que aproveitou a ocasião para também deixar registrado seu entendimento de que, “se já existente decisão do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade da lei impugnada, não me parece deva ele [o Advogado-Geral da União] sustentar o contrário do já decidido pela Corte Constitucional”.

Embora se tratasse de questão que, nas palavras do Min. Maurício Correa, deveria futuramente “voltar a debate”, esta primeira manifestação, ainda que precária, permite já algumas reflexões sobre pontos obscuros que, como se verá, estão presentes no posicionamento posteriormente firmado pelo STF.

O Advogado-Geral da União havia manifestado entendimento de que “*não lhe cabe defender a constitucionalidade de determinado ato normativo quando existe decisão desta Corte considerando-o inconstitucional*”. O Min. Maurício Correa, após manifestar concordância com a jurisprudência firmada pelo STF até aquele momento, acrescentou que “*falta ainda examinar a hipótese em que a norma legal atacada tiver sido declarada inconstitucional*”, para, em seguida, manifestar-se de acordo com o entendimento sustentado pelo Advogado-Geral da União. Ambas as manifestações (interpretadas literalmente) sugerem o seguinte: se a lei objeto da ADIn já tiver sido declarada inconstitucional pelo STF (em sede de controle difuso, obviamente), o Advogado-Geral da União não estará obrigado a defendê-la. Ao que parece, a declaração de inconstitucionalidade em controle difuso *dispensaria* o Advogado-Geral da União do dever imposto pelo §3º do art. 103 da Constituição quando este dever se revelasse, por qualquer razão, inconveniente, avaliação que caberia exclusivamente ao próprio Advogado-Geral da União, pois *estar dispensado* não se confunde com *estar impedido*. Uma solução talvez criativa.

Contudo, neste caso, as coisas definitivamente não são o que parecem ou sugerem. Embora tanto o Advogado-Geral da União, como o Min. Maurício Correa e também o Presidente do STF, Min. Carlos Veloso, tivessem afirmado expressamente que o Advogado-Geral da União não estaria obrigado a defender a constitucionalidade da lei objeto de ADIn quando o STF já tivesse declarado a inconstitucionalidade da lei *impugnada* (Min. Carlos Veloso), *atacada* (Min. Maurício Correa), no caso em questão, a lei objeto da ADI 2101 *não havia sido declarada inconstitucional pelo STF!* Ou seja, a própria ADI 2101 não

permitiria a dispensa do dever, pelo Advogado-Geral da União, e defender a constitucionalidade da norma, uma vez que esta não havia, até aquele momento, decisão do STF pela inconstitucionalidade da *lei impugnada*. Em seu voto, o relator cita alguns julgados do STF, mas nenhum tem por objeto a lei em questão. Os julgados são, inclusive, anteriores ao ano em que a lei impugnada entrou em vigor. Não fosse o bastante, as leis declaradas inconstitucionais nos julgados citados pelo relator não são sequer semelhantes à lei objeto da ADI, a não ser pelo fato de serem estaduais e versarem sobre o tema “trânsito”.

Desse modo, cai por terra a leitura sugerida de que o entendimento ali firmado seria o de que “o Advogado-Geral da União não estaria obrigado a defender a constitucionalidade da lei impugnada em ADI apenas quando já houvesse decisão do STF pela inconstitucionalidade da lei”, embora isto tenha sido afirmado no próprio julgado. O STF permitiu que o Advogado-Geral da União defendesse, em ADI, a inconstitucionalidade de uma lei estadual sem que a Corte tivesse, até aquele momento, declarado a sua inconstitucionalidade ou a de qualquer outra norma de mesmo teor.

Talvez a chave para entender este contra-senso esteja em outras expressões utilizadas pelo Min. Maurício Correa, como: (i) “o Advogado-Geral da União não está *vinculado* à defesa do ato” (o que poderia sugerir maior discricionariedade para se manifestar sobre a lei), (ii) “quando o STF já tiver *decidido em sentido contrário*”, ou “*tese declarada inconstitucional*”, ou “quando o Supremo Tribunal Federal já tiver firmado jurisprudência *no sentido da inconstitucionalidade da norma impugnada*” – expressões que poderiam sugerir que o Advogado-Geral da União estaria dispensado de defender a norma (ou poderia sustentar a sua inconstitucionalidade) a partir de entendimentos, teses, posicionamentos adotados pelo STF que permitiriam concluir pela inconstitucionalidade da lei em questão. Se este foi efetivamente este o entendimento do STF que permitiu o contra-senso apontado acima, trata-se de uma interpretação no mínimo ousada (considerando-se o texto da norma constitucional) e que, de todo modo, deveria ter sido explicitada pela Corte.

Em maio de 2001, esta questão, como já foi antecipado, retornou no julgamento da ADI 1616, que se firmou como *leading case* da nova interpretação do §3º do art. 103 da Constituição. A referida ação, que visava à declaração de inconstitucionalidade da resolução administrativa do TRT 6ª Região, tinha, de início, a peculiaridade de ter sido ajuizada pelo Procurador-Geral da República *por provocação do Advogado-Geral da União*. O ato normativo impugnado (deixando-se aqui de lado o seu conteúdo) havia sido editado pela referida Corte trabalhista a partir de uma interpretação do artigo 62 da Constituição segundo a qual uma medida provisória não aprovada no prazo de trinta dias perderia eficácia, ainda que tivesse sido reeditada no prazo assinalado – interpretação que contrariava a jurisprudência do STF a respeito do tema.

O Advogado-Geral da União alegou não caber exercer, neste caso, a atribuição prevista no §3º do art. 103 da Constituição Federal, “porquanto

a iterativa jurisprudência desse Egrégio Tribunal elide a presunção de constitucionalidade a ser defendida". A *iterativa jurisprudência* a que se referiu, no entanto, não envolvia o ato normativo impugnado, mas apenas a interpretação a respeito da eficácia de medidas provisórias reeditadas. Nota-se, assim, que o caso não se enquadra na "*hipótese que a norma legal atacada tiver sido declarada inconstitucional*" (ADI 2101).

O relator da ação, novamente o Min. Maurício Correa, pediu vênia em seu voto "para fazer uma breve divagação" a respeito do §3º do art. 103 da Constituição. Após julgar esta imposição constitucional como "de inutilidade total", que "parece padecer de bom siso", que "não tem significado lógico nem a ampara algum sinal de razoabilidade, sobretudo em certas ações em exame neste tribunal, como a da espécie, em que a jurisprudência já se firmou de modo iterativo, contudo contrário ao ato cuja defesa a Constituição lhe cometeu o encargo de promover", o relator concluiu:

Ora, se o Supremo Tribunal Federal exerce a altíssima competência de guarda da constituição (CF, art. 102) e dá a palavra final de como deve ser compreendida e interpretada, não há nenhum sentido para que o Advogado-Geral da União, não obstante a exigência constitucional, venha a pronunciar-se contra o que, em verdade, deve defender.

O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, §1º) ao que penso, deve, pela obviedade das hipóteses em que, de modo reiterado a jurisprudência do Tribunal já consolidou a favor de tese contrária ao ato impugnado, ser entendido com temperamentos, de tal sorte que a manifestação do Advogado-Geral da União não se converta, em casos dessa ordem, como gesto insurrecional, mas de lógica e de bom senso. (grifei)

Dois pontos merecem destaque nesta manifestação do ministro relator: (i) a possibilidade de o Advogado-Geral da União "*pronunciar-se contra o que, em verdade, deve defender*" e (ii) o entendimento de que tal possibilidade de manifestação pela inconstitucionalidade da norma deve ocorrer quando "*a jurisprudência do Tribunal já consolidou a favor de tese contrária ao ato impugnado*".

Sobre o primeiro ponto, é curioso registrar que o relator, de certo modo, foi além do que aparentemente pretendeu o próprio Advogado-Geral da União, que, no caso, e a rigor, não "se pronunciou" contra o ato normativo, ou seja, não ofereceu parecer *argumentando* pela sua inconstitucionalidade; apenas deixou de exercer a atribuição prevista no §3º do art. 103 da Constituição. Conforme anotou o próprio relator:

Na presente hipótese, entretanto, [o Advogado-Geral da União] não emitiu juízo conclusivo, limitando-se a juntar prova das reedições da medida provisória, expedidas nos prazos da Constituição, e a própria lei em que se converteu, advertindo, inclusive, sobre a jurisprudência predominante no Tribunal que pacificou a temática de que cuida a ação. Daí porque entendeu

inexigível o exercício da atribuição constitucional (CF, artigo 103, §3º), o que me parece razoável.

Quanto ao segundo ponto, nota-se que houve uma mudança sensível no que tange à hipótese que permitiria ao Advogado-Geral da União deixar de exercer a atribuição de defensor da constitucionalidade das leis, ou até mesmo pronunciar-se contra elas. A jurisprudência do STF que permitiria ao Advogado-Geral da União atuar nesse sentido não se limitaria a eventual declaração anterior pela inconstitucionalidade da lei impugnada, podendo se referir simplesmente a uma *tese contrária* ao ato normativo objeto da ADI, um permissivo seguramente mais amplo (e potencialmente bem mais amplo) que a idéia defendida anteriormente. Este entendimento, vale registrar, ficou registrado na ementa deste *leading case*:

Ementa: (...) 4. O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, §1º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade. (grifei)

O Tribunal julgou a ação procedente, mas por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. No entanto, em seu voto divergente, o Ministro Marco Aurélio manifestou-se exclusivamente sobre o mérito, externando seu entendimento pela inconstitucionalidade da reedição de medidas provisórias. Este fato poderia sugerir que a interpretação acerca do dever atribuído ao Advogado-Geral da União no processo de ADI havia sido endossada por todos os ministros da Corte. Contudo, em 2005, quando foi relator da ADI 3522, o Ministro Marco Aurélio manifestou-se contrário à atuação do Advogado-Geral da União, que, no caso, apoiando-se em dois precedentes do Tribunal, havia defendido a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado. Ainda mais curioso é o fato de que, embora os demais ministros não tenham se pronunciado sobre esta questão, e nem o próprio Min. Marco Aurélio tenha proposto o retorno dos autos ao Advogado-Geral da União, para cumprimento do disposto no §3º do art. 103 da Constituição, a ementa do acórdão foi assim redigida:

PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO.

Consoante dispõe a norma imperativa do §3º do art. 103 da Constituição, incumbe ao AGU a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. (grifei)

A “nova interpretação” do dispositivo constitucional, portanto, não estava pacificada, e o tema voltou a ser enfrentado no julgamento da ADI 3916, em 03/02/2010, mas desta vez contou com a manifestação expressa dos ministros a respeito. A ação tinha por objeto norma do Distrito Federal, que, segundo o

Advogado-Geral da União, invadia o campo de competência da União²⁵. Após o voto do relator, Min. Eros Grau, que se voltou ao mérito, sem questionar a atuação do Advogado-Geral da União, o Min. Marco Aurélio suscitou questão de ordem, confessando não poder “silenciar a respeito” daquela questão preliminar, ressaltando que “com todas as letras, está no §3º do artigo 103 da Constituição Federal:

‘Art. 103..... §3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar’ – é o caso – ‘a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União’ – para quê? Para atuar com independência absoluta, podendo atacar ou defender o ato normativo? Não. Vem a cláusula final – ‘que defenderá o ato ou texto impugnado’.

O curador não pode atacar o curatelado. O papel da Advocacia-Geral da União é o de proteção ao ato normativo atacado, como está na parte final.”

O Ministro então propôs (“talvez fique vencido, pouco importa, mas ficará nos anais do Tribunal a minha posição, a minha leitura do texto, que está em bom vernáculo, no §3º do artigo 103 da Constituição Federal, quanto ao objeto da atuação do Advogado-Geral da União”) que fosse determinado o retorno do processo à Advocacia-Geral da União para a observância do disposto no §3º do artigo 103 da Constituição.

O Ministro Gilmar Mendes reconheceu que aquela era a interpretação literal do dispositivo, a qual havia orientado a jurisprudência original do STF a respeito do tema. Mas, recordando o período em que atuara como Advogado-Geral da União, ressaltou peculiaridades e algumas dificuldades encontradas para o exercício desta atribuição em determinadas situações, como a existência de jurisprudência pacífica do Tribunal a respeito da matéria ou “a possibilidade de o Advogado-Geral da União ter que se colocar, de alguma forma, no pólo ativo, subsidiando, de alguma maneira, uma eventual ação direta de inconstitucionalidade que venha a ser feita”. Após observar que, por estas razões, a defesa a ser feita pelo Advogado-Geral da União “muitas vezes (...) fica sem consistência”, concluiu que deveria ser feita uma *interpretação adequada* do dispositivo (ainda que seu texto fosse “expresso, claro, tal como sustentou o Min. Marco Aurélio”), “uma interpretação sistêmica, que concede ao Advogado-Geral da União um direito de manifestação”. Segundo esta leitura, “não há uma obrigatoriedade de fazer a defesa do ato impugnado, até porque, em muitos casos, nós podemos ter uma situação quase que de conflito.” E insistiu na idéia de um “*direito de manifestação*”, alegando que, “salvo engano”, esta posição havia sido aceita pelo STF em questão de ordem já examinada pela Corte. O Ministro ainda observou: “talvez não tenha sido a melhor opção do constituinte ter

²⁵ De acordo com o relatório do Min. Eros Grau “(...) 9. O Advogado-Geral da União manifesta-se pela procedência do pedido. O disposto no artigo 21, XIV, cumulado com o artigo 32, §4º, da Constituição do Brasil, não permitiria ao Distrito Federal legislar a propósito da organização e da manutenção das Polícias Civil e Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal.”

designado o Advogado como curador, porque, a rigor, ele é, na verdade, uma parte protagonista desta cena”.

O ponto que merece aqui ser ressaltado, para as reflexões a serem desenvolvidas na conclusão deste trabalho, refere-se a este “*direito de manifestação*” citado pelo Ministro. É possível aceitar que, no fim das contas, este tenha sido efetivamente o papel desempenhado pelo Advogado-Geral da União, se não antes, ao menos a partir de 2001 (v. ADI 2101 e 1616), mas isso não significa que a questão tenha sido assim colocada, ao menos não expressamente, pelo STF. A idéia de um “*direito de manifestação*” do Advogado-Geral da União demandaria no mínimo uma justificativa, que nem a jurisprudência firmada até então, nem tampouco o dispositivo constitucional parecem oferecer. A afirmação de que o Advogado-Geral da União é “*uma parte protagonista desta cena*” só tem sentido para os casos em que o Presidente da República deflagra o processo de ADI ou quando a União tem algum interesse envolvido, o que pode ocorrer, mas não apenas, quando sua competência legislativa é afetada. Nesse sentido, também seria correto dizer que o Procurador-Geral do Estado é “*uma parte protagonista desta cena*” nos casos em que a ação é ajuizada pelo chefe do Poder Executivo estadual, ou quando o Estado-membro tem algum interesse envolvido ou quando sua competência é afetada. E nem por isso a Constituição estabeleceu dispositivo impondo a participação dos Procuradores-Gerais dos Estados, nem a jurisprudência do STF a eles conferiu um “*direito de manifestação*” – embora se possa até identificar este entendimento na sugestão da Subprocuradora-Geral da República Odília Ferreira da Luz Oliveira, no exercício da função atribuída ao Advogado-Geral da União, no julgamento da ADI n. 97 (item 2, *supra*).

Em seguida, o Min. Ricardo Lewandowski observou a existência de um conflito entre os arts. 131 e 103, §3º da Constituição, reacendendo, assim, o velho debate sobre a *distinção das funções*, já apreciado pelo STF na ADI 97. O debate é o mesmo, mas a composição da Corte é outra, o que, como veremos, levará a um novo entendimento sobre a questão. De fato, nas manifestações que se seguiram, é possível identificar uma compreensão pacífica a respeito da *distinção das funções* atribuídas pela Constituição, superando assim a polêmica levantada nos primeiros anos de vigência do texto constitucional, mas, por outro lado, também uma maior sensibilidade com a dificuldade de se impor este dever ao Advogado-Geral da União em todos os casos indistintamente. A este segundo aspecto, acrescentaria ainda que, ao longo dos anos, talvez a partir de 2001 (ADI 2101 e 1616), o STF, ao relativizar a leitura do §3º do art. 103 da Constituição, acabou permitindo, na prática, que o Advogado-Geral da União exercesse este “*direito de manifestação*” a que se referiu o Min. Gilmar Mendes. É que, embora a nova interpretação do dispositivo constitucional fosse apenas a de que o Advogado-Geral da União não estaria obrigado a defender a constitucionalidade da norma legal quando houvesse jurisprudência do STF pela inconstitucionalidade do ato normativo, não houve, como visto acima, maior controle por parte da Corte a respeito destes *standards* – ou mesmo o Tribunal não foi muito claro sobre que parâmetros seriam estes: jurisprudência

pela inconstitucionalidade do ato impugnado significa que o STF já declarou alguma vez a inconstitucionalidade da lei em questão ou que simplesmente construiu uma tese que implicaria a inconstitucionalidade da norma? Neste caso o Advogado-Geral da União estaria dispensado de defender ou poderia pronunciar-se pela inconstitucionalidade? Estas questões mal-resolvidas, nunca efetivamente respondidas, acabaram permitindo a prática de um direito de manifestação do AGU – uma práxis carente de teoria. E este *fato consolidado*, ao que parece, condicionou o voto de alguns ministros.

O Min. Cezar Peluso, que se manifestou em seguida, endossou o entendimento pela *distinção de funções*, tal como decidido pelo STF nos primeiros julgados, e até com as ressalvas feitas à época, sobre eventual inconveniência na decisão tomada pelo legislador constituinte, que “pode não ter sido uma boa escolha ou uma boa opção político-jurídico-constitucional, mas, enfim, foi o que o constituinte entendeu como sendo o órgão que deveria exercer essa função de curadoria”. Ainda na defesa, ao menos a princípio, deste dever criado pelo legislador constituinte, esclareceu que, a rigor, não se tratava de uma função de curadoria, mas uma função “que atende ao caráter objetivo da ação direta de inconstitucionalidade, à qual, portanto, falta, por princípio, uma parte oposta interessada, capaz de exercer o contraditório” (...), que “atende à necessidade de instrução do processo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade, para concretizar contraposição de argumentos que permita à Corte examinar com mais profundidade a arguição”.

Esta distinção feita pelo Ministro toca num ponto que parece fundamental para a compreensão do problema, ainda que talvez seja – e assim me parece – irrelevante para a sua solução. A análise da *mens legislatoris* deste dispositivo, como visto (item 3, *supra*), a nada conduz. Mas se alguma contribuição puder ser identificada nesta inovação trazida pelo legislador constituinte, há de ser justamente a de permitir levar ao processo, argumentos contrários à tese da inconstitucionalidade que fundamenta a ADI. É importante, contudo, esclarecer que este não é o propósito da norma, mas apenas uma de suas conseqüências e, ao que me parece, a mais, se não a única, positiva. Desse modo, assumindo-se a princípio que o §3º do art. 103 da Constituição de fato impõe ao Advogado-Geral da União o dever de defender a constitucionalidade da norma impugnada em qualquer situação, teremos o seguinte: (i) no caso em que há interesse da União na improcedência da ação, haverá um efetivo *contraditório*, com a apresentação de argumentos que contribuem para a decisão a ser tomada pela Corte, e, (ii) no caso em que não há interesse da União, será apresentada, pelo AGU, a “defesa sem consistência” a que se referiu o Min. Gilmar Mendes. Estas considerações que, como dito, não solucionam o problema, serão, contudo, úteis para as reflexões a serem desenvolvidas na conclusão deste trabalho.

Em que pese esta concordância inicial com a idéia de *distinção de funções*, o Ministro Peluso entendeu que em determinados casos, como o que estava em julgamento, “o Advogado-Geral da União não poderia abdicar do seu papel de

Defensor da União”. O argumento apresentado pelo Ministro para esta ressalva, contudo, não se justifica. Segundo o Ministro, a defesa da União deve ser feita pelo AGU “porque não há outro para exercê-lo dentro do processo”²⁶.

A crítica que se pode opor a este argumento refere-se ao fato de que não existe no processo de ação de inconstitucionalidade (ao menos não como algo inerente a ele) esta “função de defesa da União”. Na fiscalização abstrata de constitucionalidade, a atuação do Advogado-Geral da União *como advogado público* ocorre apenas nos momentos em que presta consultoria jurídica ao chefe do Poder Executivo federal – seja na elaboração da petição inicial, quando o Presidente da República ajuíza a ação, seja na apresentação de informações, quando o objeto da ação é ato normativo federal que tenha resultado da atuação do Poder Executivo, exclusiva (medida provisória, v.g.) ou concorrentemente (lei ordinária sancionada pelo Presidente, v.g.) –, mas nunca no exercício da competência prevista no §3º do art. 103 da Constituição. A ação direta de inconstitucionalidade pode ter por objeto atos normativos tanto federais como estaduais, de modo que nada justificaria que apenas a União tivesse, neste processo objetivo, um “direito de defesa”, a ser exercido pelo órgão que a representa judicialmente.

Ao lado deste argumento, o Ministro apresentou o que chamou de “problema de ordem prática”, a saber:

a Corte não tem competência para impor nenhuma sanção, porque nenhuma está prevista na Constituição, quando a Advogado-Geral da União não exerce a função que lhe é reservada. (...) a mim me parece que seria demais criar um constrangimento, determinando que o Advogado-Geral da União se manifeste em sentido contrário, quando a sua convicção jurídica é outra. Ele irá – se quiser – exercer um papel puramente formal, alinhando dois ou três argumentos sem nenhuma consistência, ou, então, não vai dizer nada, porque o tribunal não pode obrigá-lo. Entendo que fica a observância da norma, como tal, para ser ponderada pela Advocacia-Geral da União.

Este argumento, ao menos da forma como foi desenvolvido, também é passível de críticas. Segundo o Ministro, ao que parece, como não haveria sanção em caso de descumprimento, o STF não poderia obrigar o AGU a exercer competência prevista no §3º do art. 103 da Constituição, embora pudesse constrangê-lo a tanto. Por outro lado, como o constrangimento poderia levá-lo a produzir *uma defesa puramente formal, sem nenhuma consistência*, ou mesmo a

²⁶ “Não há outro para fazer, não obstante a ação tenha sido de iniciativa da Procuradoria-Geral da República. Mas, enfim, exigir que, neste caso em que o interesse da União coincide com o interesse do autor – porque aí é interesse jurídico da União –, parece-me que seria retirar da Advocacia-Geral da União a sua função primordial, que é defender os interesses da União.”

não se pronunciar, então... a Corte deveria aceitar como legítima a manifestação do Advogado-Geral da União pela defesa da inconstitucionalidade da norma impugnada, se esta fosse a sua “*convicção jurídica*”. Ou seja, o Ministro não apenas reforça a idéia de que a Constituição assegurou à União – e à União apenas – um direito de defesa através de seu Advogado-Geral, como também acrescentou que este pode se manifestar de acordo com a sua *convicção jurídica*.

Esta leitura foi, de certo modo, acompanhada pela Min. Carmen Lúcia, mas com alguns argumentos próprios. Após fazer um registro histórico do posicionamento do STF sobre o tema, ressaltando a primeira jurisprudência firmada pela Corte, segundo a qual “*competete à advocacia pública apenas a defesa, e não alguma manifestação*”, a Ministra alegou que em julgamentos posteriores, ao enfrentar novamente a questão, o STF teria concluído “*que realmente a defesa aqui era no sentido de apresentar a argumentação que lhe parecesse adequada*”. E acrescentou:

tanto que, na esteira dessa jurisprudência, sobreveio o art. 8º da lei 9.868 – Vossa Excelência [Min. Gilmar Mendes] atuou na Comissão que deu origem a ela –, que afirma que à manifestação sucessiva serão ouvidos e que deverão manifestar-se o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República – agora já sem falar em defesa, porque prevalecia essa jurisprudência. Então, até aqui, acho que há realmente uma tentativa de se fazer, de alguma forma, harmonizar o dito constitucional com a finalidade buscada pela lei.

Alguns pontos merecem aqui ser levantados. A Ministra não informa quando e/ou a partir de que julgado teria ocorrido a mudança na jurisprudência do Tribunal a respeito do tema, mas afirma que este novo entendimento teria sido reproduzido na lei 9.868, que foi aprovada em 1999. Como afirmado anteriormente, não fiz um levantamento de julgados entre os anos de 1994 e 2001 (embora tenha identificado um julgado em 1996 onde o STF reiterava a jurisprudência inicial), mas as próprias razões que me autorizaram a não fazê-lo permitem contestar esta leitura histórica feita pela Ministra. Na ADI 242, julgada em 1994, o STF manteve a jurisprudência firmada até então, pela obrigatoriedade imposta ao Advogado-Geral da União de defender o ato impugnado em ação de inconstitucionalidade – vencido apenas o Min. Paulo Brossard, que concordara com o entendimento dos Procuradores da República que estavam no exercício da função da AGU, dentre os quais o hoje Min. Gilmar Mendes (que, como ressaltou a Ministra Carmen Lucia, participou da comissão que elaborou o projeto do qual resultou a lei que regulamenta o processo da ADI). Se correta a leitura proposta pela Ministra, a mudança jurisprudencial teria ocorrido depois de 1994 ou 1996, e se consolidado ao longo dos anos seguintes, a ponto de influenciar a elaboração da lei 9868, de 1999. Mais: se correta a referida leitura, a nova jurisprudência seria no sentido de que a “*defesa*” imposta pelo dispositivo constitucional deveria ser interpretada como o dever do AGU de “*apresentar a argumentação que lhe parecesse adequada*”. Esta leitura, no entanto, deixaria praticamente sem sentido as manifestações do STF nos julgamentos das ADIs

2101 e 1616, ambas de 2001. Como visto anteriormente, em ambos os julgados, houve ministros (que formaram inclusive a maioria) defendendo a mudança na interpretação constitucional, segundo a qual o AGU estaria obrigado a defender a constitucionalidade da lei – o que ao menos sugere que, até então, o Tribunal mantinha a jurisprudência firmada em 1989 e confirmada em 1994 e em 1996. Além disso, o entendimento fixado pelo Tribunal no julgamento da ADI 1616 foi, de acordo com o enunciado na ementa, que “o Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade”. Independentemente do que se possa entender por este enunciado (como visto, é passível de diferentes interpretações, ou ao menos assim tem se revelado), está longe de significar que o AGU pode ou deve “apresentar a argumentação que lhe parecesse adequada”. Por fim, vale recordar que em todas as manifestações do AGU que pesquisei, nas quais este se pronuncia pela inconstitucionalidade do ato impugnado, há referência expressa ao que fora decidido na ADI 1616 (como espécie de *leading case*)²⁷, e eventualmente algumas decisões posteriores, mas absolutamente nenhuma anterior ao ano de 2001.

Desse modo, se a intenção da Comissão (da qual o Min. Gilmar Mendes fez parte) que elaborou o projeto que resultou na lei 9.868 foi a de permitir ao AGU “apresentar a argumentação que lhe parecesse adequada”, não se pode alegar que estivesse reiterando uma jurisprudência firmada pelo STF, mas talvez – e isto é apenas uma hipótese – estabelecendo na lei uma tese que o Tribunal até então rejeitava. Se a hipótese levantada estiver correta, torna-se ainda mais questionável a idéia de que se deva tentar, “de alguma forma, harmonizar o dito constitucional com a finalidade buscada pela lei”.

A Ministra, após ressaltar que a Constituição estabelece que “é preciso haver a manifestação [do AGU]”, mas que, de acordo com o STF “essa defesa não significa argumentos defensivos da lei”, concluiu seu voto nos seguintes termos:

De toda sorte, Senhor Presidente, acho que o encaminhamento dado pela jurisprudência me parece mais consentâneo com o que se põe numa ação que, eventualmente, não se tem nem a obrigação de o AGU ter de dizer contra, quando ele não tem o que dizer, e que essa consolidação se fez exatamente em face dos casos em que se mostraram que a defesa, no sentido de apresentar que aquela lei era constitucional, sabendo-se que não o era, poderia, inclusive, acabar se transformando no que se transformou: ausência de manifestação, sem que, como o Ministro Cezar Peluso lembrou, houvesse como obrigá-lo, sequer, a comparecer. (...) peço vênia para me manter no sentido de que, principalmente num caso como este, prevaleceria a possibilidade de o AGU se manifestar segundo o que lhe parecesse de conveniência da defesa da constitucionalidade, digamos, e não da lei propriamente.

²⁷ Poderia ainda acrescentar que os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes fizeram referência, em suas manifestações, à ADI 1616, o que reforça a idéia de que foi neste julgamento que ocorreu a mudança da jurisprudência do STF.

É digna de registro, para as reflexões que serão desenvolvidas na conclusão, a idéia defendida tanto pela Ministra Carmen Lúcia como pelo Ministro Cezar Peluso de que é melhor uma manifestação do AGU pela inconstitucionalidade da lei (se esta for sua convicção jurídica) do que não haver manifestação alguma.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, apoiou-se basicamente em dois aspectos: (i) a interpretação da expressão “defender a lei”, que, segundo o Ministro, deveria “ser interpretada *cum grano salis*”, sob o argumento de que “há situações em que a lei é indefensável, quando há jurisprudência pacífica, assentada, do Supremo Tribunal Federal num determinado sentido”²⁸, e (ii) a plena autonomia de que goza o Advogado-Geral da União, “para se manifestar como qualquer advogado recém-formado e recém-ingressado nos quadros da OAB”, o que impediria o STF de “impor a ele qualquer tipo de constrangimento”. O Ministro retoma o problema do constrangimento, levantado pelo Min. Peluso, embora com um tratamento distinto, pois enquanto para este o STF poderia, mas não deveria constranger o AGU, ressaltando não haver sanção para o descumprimento do imperativo constitucional, para o Min. Lewandowski, o Tribunal não poderia constrangê-lo por se tratar de advogado, que, no exercício de suas atribuições, manifesta com autonomia sua livre convicção jurídica.

A partir destes argumentos, o Min. Lewandowski entendeu que, num caso em que o AGU convenceu-se de que a lei impugnada “milita contra os interesses da União, bate frontalmente com a competência que ele entende que a Constituição assinala, consigna, outorga à União” não se deve obrigá-lo a defender a lei. “Parece-me”, e assim concluiu seu voto, “que esta expressão ‘defender a lei impugnada’ comporta uma interpretação, uma hermenêutica dentro dos quadros da razoabilidade”.

O Ministro Joaquim Barbosa acompanhou o voto do Min. Marco Aurélio, declarando preferir alinhar-se “a uma leitura ortodoxa da Constituição (...), pois o texto da Carta é muito claro, com a devida vênia”.

O Ministro Ayres Britto, num primeiro momento (antes da manifestação do Min. Lewandowski), inclinara-se pela leitura do Min. Marco Aurélio, que, segundo ele, estaria “forrado de razão”. Em que pese esta declaração expressa, a leitura defendida pelo Ministro apoiava-se mais no elemento teleológico do que no elemento literal de interpretação, destacado pelo Ministro Marco Aurélio. De acordo com o Min. Ayres de Britto, a defesa do ato impugnado seria necessária em razão do caráter excepcional, *contramajoritário* do controle de constitucionalidade exercido pelo STF. É dizer, considerando-se que do controle de constitucionalidade das leis pode resultar a declaração de nulidade de um ato normativo aprovado por órgão(s) representativo(s) – daí o seu caráter *contramajoritário* –, o STF só deveria julgar a ADI “depois de um órgão jurídico

²⁸ O Ministro Marco Aurélio contestou este argumento indagando se, em ações criminais, onde houvesse imputações também indefensáveis, poderia o defensor técnico “pedir a condenação”.

por excelência defender a constitucionalidade da lei”, e por isso entendeu que “é preciso que o AGU defenda o ato”.

Esta leitura se aproxima da idéia do *contraditório* (conforme destacado pelo min. Peluso em suas considerações iniciais), ainda que o Ministro Ayres Britto não tenha feito nenhuma menção ao termo, justificando seu posicionamento a partir do caráter contramajoritário do controle de constitucionalidade e alegando que a previsão representava “uma cautela da Constituição em prol da harmonia dos poderes”. Trata-se, portanto, de uma leitura que, buscando a finalidade do dispositivo, ressalta a importância da apresentação de argumentos contrários à tese de inconstitucionalidade sustentada na ADI, como condição necessária à decisão do STF, em razão, é claro, das consequências em caso de procedência da ação.

O Ministro, no entanto, não concluiu sua posição neste primeiro momento, mas somente após as já citadas manifestações dos ministros Ricardo Lewandowski e Carmen Lucia, quando, então, embora tenha reiterado suas considerações iniciais, o Ministro Ayres Britto declarou estar “muito impressionado com a argumentação” do Min. Gilmar Mendes “no sentido de que o Advogado-Geral da União, tendo vista do processo, tendo a oportunidade de se manifestar, já realizou o desígnio do §3º, ou seja, a norma constitucional incide também quando o advogado tem oportunidade e não defende o ato no sentido rigoroso da expressão, porque também não podemos colocar o AGU numa situação constrangedora”. O constrangimento, segundo o Ministro, ocorreria nas “situações em que a inconstitucionalidade é patente, é evidente”, quando então o AGU estaria na “defesa da lei menor e em combate da Lei Maior”, no que foi contestado pelo Min. Marco Aurélio, que alegou que o AGU “não tem o poder de nenhum julgamento. (...) Quem o tem é o Supremo”.

O Ministro Ayres Britto, alegando que o preceito deveria ser interpretado seguindo o modelo lógico (que, em suas palavras, “serve para policiar, reciclar o modelo literal de interpretação jurídica”), sustentou a seguinte leitura do dispositivo constitucional: “*que a AGU defenderá o ato ou texto impugnado quando possível, quando viável*”. E, após um debate com o Min. Marco Aurélio sobre métodos de interpretação – eis que este alegara que não estava se valendo apenas do elemento literal, mas também do elemento teleológico de interpretação, de modo que a defesa do ato impugnado seria “o contraponto para ter-se o julgamento, tal como se requer, também no processo-crime quanto à defesa” –, o Min. Ayres de Britto concluiu que “o ponto de arremate é o sistemático”, e que “o método sistemático de alguma forma prestigia a interpretação que deu o Presidente [Min. Gilmar Mendes]”. Resolveu assim “a questão de ordem no sentido de interpretar esse texto como satisfeito com a oportunidade de manifestação, nos autos, dada ao Advogado-Geral da União”.

A questão de ordem foi, assim, decidida por maioria – vencidos os ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa.

Mas o que efetivamente foi decidido pela Corte?

Objetivamente: que a interpretação não deveria ser a literal, defendida pelos Ministros que restaram vencidos no julgamento. Derrubou-se, assim, e agora de forma explícita, a jurisprudência inicialmente firmada pelo STF.

A clareza do que foi decidido, contudo, termina aí.

Não há dúvida de que a decisão foi pelo “*direito de manifestação* [do AGU]”, defendido pelo Ministro Gilmar Mendes, que, ao encerrar a questão de ordem, pediu vênua ao Min. Marco Aurélio, reconhecendo que “realmente, o texto é até enfático no sentido de que será citado para defender o ato”, mas que “uma interpretação sistemática há de levar para entender que isso aqui é um direito de manifestação”.

Tampouco se discute, a partir dos casos relatados e das hipóteses levantadas – que decorreram ou decorreriam da interpretação literal do dispositivo –, o que motivou a Corte a substituir o “dever de defesa da norma” pelo “direito de manifestação”.

A questão que restou em aberto é justamente o ponto fundamental da nova interpretação dada pelo STF ao dispositivo: o que é “direito de manifestação”?

5. O AGU E O DIREITO DE MANIFESTAÇÃO

O Tribunal, como visto, decidiu que o AGU “não tem o dever de defender a norma impugnada”. Mas isso permitiria reconhecer ao AGU o direito de *atacar* a norma impugnada? Afinal, quem “ataca” certamente “não defende”. Por outro lado, permitiria também ao AGU *não se manifestar* sobre a lei em julgamento? Pois quem “não se manifesta” também “não defende”.

A dúvida surge por conta da ambigüidade que a expressão “direito de manifestação” assume neste contexto. Diante das hipóteses levantadas acima, a expressão poderia significar tanto “*direito* (e não mais *dever*) de se manifestar pela constitucionalidade” como “direito de se manifestar *sobre* a (e não mais *pela*) constitucionalidade”. No primeiro caso, a consequência seria a possibilidade de o AGU não se manifestar (daí “direito de manifestação”) quando entendesse que a norma impugnada é realmente inconstitucional. No segundo caso, a consequência seria a possibilidade de o AGU se manifestar pela inconstitucionalidade (daí também “direito de manifestação”) da lei objeto da ação.

Esta ambigüidade é relevante para o caso, pois aparentemente ambos os entendimentos se fizeram presentes nas manifestações dos Ministros que formaram a maioria, o que, embora seja irrelevante para se entender o que a Corte rejeitou (a interpretação literal do dispositivo), é fundamental para se identificar o que, afinal, ela aprovou, assumindo-se, é claro, que os entendimentos sejam inconciliáveis ou ao menos assim tenham sido percebidos pelos Ministros que se manifestaram em um ou outro sentido.

A fim de comprovar a hipótese aqui levantada, destaco a manifestação do Min. Ayres de Brito, que oferece elementos que permitem identificar no

direito de manifestação um *direito* de defender a constitucionalidade, e não de se manifestar *sobre* a constitucionalidade, ou seja, um direito de se omitir, mas nunca de atacar a norma. Em suas considerações iniciais, o Ministro tratou de justificar o “dever de defesa” (“*é preciso que o AGU defenda o ato*”) a partir de argumentos teleológicos. Mas, após manifestações em sentido contrário, o Ministro declarou estar “muito impressionado com a argumentação” do Min. Gilmar Mendes. Esta argumentação do Min Gilmar Mendes seria, segundo o Min. Ayres de Brito, “no sentido de que o Advogado-Geral da União, tendo vista do processo, tendo a oportunidade de se manifestar, já realizou o desígnio do §3º, ou seja, a norma constitucional incide também quando o advogado tem oportunidade e não defende o ato no sentido rigoroso da expressão, porque também não podemos colocar o AGU numa situação constrangedora” [grifei]. Ao debater com o Min. Marco Aurélio, sustentou a leitura do dispositivo constitucional deveria ser “*que a AGU defenderá o ato ou texto impugnado quando possível, quando viável*”. E concluiu sua manifestação “*no sentido de interpretar esse texto como satisfeito com a oportunidade de manifestação, nos autos, dada ao Advogado-Geral da União*”. Assumindo-se que há fortes elementos para se identificar aqui a leitura de que o AGU teria o *direito de se omitir* (evitando “situações constrangedoras”, quando “a inconstitucionalidade é patente, é evidente”) e que em momento algum o Ministro afirmou que o AGU poderia *atacar* a norma impugnada (o que representaria talvez uma contradição muito forte com as suas considerações iniciais na interpretação teleológica do dispositivo), resta saber se este também foi o entendimento do Min. Gilmar Mendes, ao qual o Min. Ayres de Brito afirmou expressamente estar aderindo.

A simples sugestão de que o Min. Gilmar Mendes seria contrário a um direito de o AGU *atacar* a norma impugnada, em casos de flagrante inconstitucionalidade, por exemplo, já parece improvável, considerando-se suas manifestações tanto em âmbito doutrinário como no exercício da Advocacia-Geral da União (ou de suas funções, antes de constituído o órgão). De todo modo, é curioso observar que neste julgamento em particular o Ministro sequer mencionou a hipótese de o AGU defender a inconstitucionalidade da lei impugnada, limitando-se a defender “*uma interpretação sistêmica, que concede ao Advogado-Geral da União um direito de manifestação*”. Seria até possível argumentar que o Ministro, ao menos neste julgado, se aproximou mais do *direito de se omitir* do que do *direito de atacar a lei*, ao afirmar que, segundo a leitura que estava propondo, “*não há uma obrigatoriedade de fazer a defesa do ato impugnado, até porque, em muitos casos, nós podemos ter uma situação quase que de conflito*”, ou quando lembrou que muitas vezes a defesa apresentada pelo AGU ficava “*sem consistência*”. É improvável, no entanto, que seja esta a posição do Min. Gilmar Mendes sobre o tema.

De todo modo, para demonstrar que o STF não assumiu uma posição clara e definida a respeito deste ambíguo “direito de manifestação” do AGU, é suficiente recordar o voto da Min. Carmen Lúcia, que, justamente por não concordar com as eventuais omissões do AGU em processos de ADI, afirmou

que, segundo a Constituição, “é preciso haver a manifestação [do AGU]”, mas que “essa defesa não significa argumentos defensivos da lei”. A posição aqui é duplamente clara: não apenas pelo *direito de atacar* a lei impugnada, mas também contra o *direito de se omitir* sobre ela.

Embora a expressão direito de manifestação admita estas duas leituras aqui propostas, e embora seja possível identificar elementos que apontam para ambas nas manifestações dos Ministros que formaram a maioria, entendo que a decisão adotada pela Corte foi no sentido de compreender o “direito de manifestação” como o *direito de se manifestar sobre a constitucionalidade da lei*, admitindo-se, portanto, a possibilidade de o AGU atacar a norma impugnada. Deve-se recordar que a questão de ordem foi suscitada justamente porque o AGU havia, naquele caso, se manifestado pela inconstitucionalidade da lei (o que, aliás, já se tornara relativamente freqüente²⁹), e não houve por parte dos Ministros que formaram a maioria nenhum protesto a este respeito. Ademais, se entre os que sustentaram o direito de manifestação do AGU não houve nenhuma crítica explícita à idéia de um *direito de atacar a norma*, o mesmo não pode ser dito em relação ao *direito de se omitir*, idéia que foi expressamente rechaçada pela Min. Carmen Lúcia.

6. CONCLUSÃO: DUAS PROPOSTAS PARA UM PROPÓSITO

A novidade consagrada no §3º, do art. 103 da Constituição de 1988 revelou-se de difícil compreensão desde a entrada em vigor do texto constitucional, o que se pode constatar tanto em algumas manifestações doutrinárias (por vezes até idiossincráticas) como no posicionamento adotado pela Procuradoria-Geral da República, ainda no exercício da função da Advocacia-Geral da União. E os argumentos que justificam a dificuldade de aplicação desta regra (embora indiscutivelmente clara em seu enunciado) parecem bastante razoáveis. Não por outro motivo, passadas mais de duas décadas de vigência do texto constitucional, o STF, embora tenha modificado sua jurisprudência inicial, ainda não conseguiu firmar posição unânime a respeito do tema.

A causa deste problema pode ser identificada na origem do dispositivo constitucional, que, como visto, surgiu *misteriosamente* na última fase do processo constituinte, por meio de emenda inexistente, sem autoria, sem justificativa, sem debate e, portanto, desrespeitando em diversos aspectos o Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte. Não se sabe quem teve a idéia, qual era o propósito, nem se as contradições ou ao menos as inconveniências que a aplicação do dispositivo poderia suscitar foram sequer cogitadas. Nada. A não ser uma tentativa claramente intempestiva de, através de emenda de redação, modificar o dispositivo, restringindo a atuação do AGU aos casos em que a lei impugnada fosse *federal*.

²⁹ Apenas a título de exemplo: ADI nº 3.189, ADI nº 3.609, ADI nº 3.649-1, ADI nº 3.714, ADI nº 3.751, ADI nº 3.767.

E, assim, promulgada a Constituição, o debate que deveria ter ocorrido no processo constituinte migrou para o STF, que, mesmo quando reconheceu que o dispositivo deveria ser aplicado literalmente, não deixou de fazer críticas à previsão constitucional. A posição assumida pelos ministros da Corte, no sentido de que *a norma deve ser respeitada “enquanto não alterada”* (Min. Sepúlveda Pertence – ADI 97), embora represente mero reconhecimento do princípio da separação dos Poderes, parece hoje, em tempos de ativismo judicial desmesurado e sem controle, digna de aplausos.

De todo modo, reconhece-se que, em razão de sua origem esdrúxula no texto da constituição, sem qualquer justificativa tanto formal (eis que não resultou de emenda formal), como material (uma vez que, por não ter sido objeto de debate, deixou diversos questionamentos em aberto), e dos problemas decorrentes de sua aplicação literal (que não foram enfrentados pela Assembléia Constituinte), alguma interpretação menos rígida deste dispositivo poderia ser formulada. Mas qual?

O entendimento de que o Advogado-Geral da União não estaria obrigado a defender a constitucionalidade do ato impugnado quando já houvesse decisão do STF pela inconstitucionalidade da lei em questão (através de controle concreto, é claro) revela-se uma interpretação criativa e razoável. E parecia ser este o entendimento a ser adotado pela Corte a partir da ADI 2101, quando o min. Maurício Correa (relator da ação) havia suscitado a possibilidade de se fazer outra leitura do dispositivo constitucional na “hipótese em que a norma legal atacada tiver sido declarada inconstitucional” (embora, como visto, a posição do Ministro neste mesmo julgado talvez não tivesse sido tão estrita, permitindo já uma leitura mais ampla ao tratar de “jurisprudência *no sentido* da inconstitucionalidade da norma impugnada, o que é coisa diversa).

A rigor, no entanto, a posição consolidada pelo STF na ADI 1616 – e que serviu de precedente para os julgados que se seguiram – foi mais ampla (e potencialmente *bem mais ampla*) do que a leitura razoável sugerida acima. Ao permitir que o AGU não defendesse a constitucionalidade da lei e até apontasse a sua inconstitucionalidade a partir de *teses* ou *entendimentos* firmados pelo STF, a Corte abriu as portas para uma manifestação do AGU pela inconstitucionalidade da norma que deveria, a princípio, defender. E, como o problema com abrir portas é que não se pode controlar o que entra, o AGU passou a trazer aos processos *argumentos pela inconstitucionalidade da norma*, sempre com a cautela de apontar como base um ou outro julgado do STF no mesmo sentido, numa atuação (na melhor das hipóteses) muito próxima à de advogado público da União. Esta atuação é criticável por uma série de motivos. Se for possível identificar uma razão que sustenta a regra (*rule’s purpose*) do §3º, do art. 103 da Constituição de 1988, certamente não seria a de uma manifestação do AGU enquanto procurador da União federal. Ao permitir, no entanto, que o AGU atuasse desta forma, o STF criou uma situação de desigualdade em relação aos demais entes da federação, ao menos nos casos em que a lei impugnada fosse estadual (ou distrital). E

isso porque não há previsão de manifestação de Procurador-Geral do Estado, reunindo argumentos jurídicos pela constitucionalidade do ato impugnado.

Além disso, deve-se ainda frisar, no que tange à questão da inconstitucionalidade formal por invasão de competência da União, que em muitos casos a definição do ente federativo competente para legislar sobre determinada matéria é polêmica, não estando clara no texto constitucional, e que a jurisprudência do STF a este respeito é, com a devida vênia, extremamente centralizadora, deixando aos Estados um campo muito registro para o exercício da sua autonomia no campo da auto-legislação (em que pese a ilusão proporcionada pela idéia de que aos Estados cabe legislar sobre *tudo o que não for de competência da União nem dos Municípios...*). Portanto, além de questionável a permissão dada pelo STF ao AGU, ela é ainda prejudicial à interpretação da Constituição em questões relativas à distribuição de competência legislativa na federação brasileira.

Por estas razões, permito-me aqui encaminhar duas propostas, voltadas a um único propósito. E são duas as propostas porque, em respeito ao princípio da separação dos Poderes, cada qual é direcionada exclusivamente ao órgão constitucionalmente competente para o que se propõe.

(i) Ao Congresso Nacional:

Considerando-se o tragicômico histórico do dispositivo constitucional no processo constituinte, as contradições ou inconveniências que a sua aplicação literal enseja, as dificuldades de se encontrar uma interpretação pacífica para o dispositivo, e os problemas que o entendimento firmado pelo STF pode acarretar, entendo que o STF deveria aprovar emenda constitucional revogando o §3º, do art. 103 da Constituição de 1988. Esta supressão não impediria que o próprio Congresso Nacional definisse, por meio de legislação ordinária, um novo procedimento para a ADI, desta vez a partir do democrático e necessário *debate* que não houve no processo constituinte, avaliando pontos positivos e negativos que esta irrefletida atribuição imposta ao AGU trouxe à jurisdição constitucional, incorporando, inclusive, criativas idéias que foram formuladas desde a entrada em vigor da Constituição a fim de atenuar os inconvenientes do dispositivo – como a sugestão da Subprocuradora-Geral da República Odília Ferreira da Luz Oliveira (ADI 97) de que a defesa dos atos normativos estaduais deveria ficar a cargo das Procuradorias dos Estados.

Agindo desta forma, o Congresso revogaria um dispositivo desnecessário, inconveniente e problemático, sem prejuízo de, por meio de um processo legislativo seguramente mais simples (lei ordinária), definir um procedimento adequado e democrático, aproveitando do dispositivo o que houver de aproveitável.

(ii) Ao Supremo Tribunal Federal:

Enquanto a emenda (acima sugerida) não vem, o STF deve, a princípio, retomar a jurisprudência inicial – clara e segura, e dentro do que a Constituição

permite. As críticas à idéia de defesa incondicional da lei impugnada – críticas corroboradas inclusive pelos ministros que firmaram a jurisprudência inicial – deviam-se ao dispositivo (daí a proposta de emenda, acima sugerida), mas não à sua interpretação. O constitucionalista Clèmerson Clève, como visto, embora tenha dirigido diversas críticas ao dispositivo, em momento algum sugeriu outra leitura que não aquela permitida pela norma, concluindo sua manifestação pela necessidade de uma emenda constitucional que suprimisse o §3º do art. 103 da Constituição. Ao identificar neste dispositivo, a partir de uma questionável leitura sistemática do texto constitucional, um obscuro “direito de manifestação” do AGU, o STF chamou a si as críticas outrora voltadas ao dispositivo, e, na tentativa de resolver um problema, criou outro ainda maior.

Explico.

Se algum mérito pode ser atribuído ao o §3º do art. 103 da Constituição, este há de ser o de viabilizar, numa ação que visa exclusivamente impugnar um ato normativo por alegada inconstitucionalidade, a apresentação de argumentos jurídicos que permitam outra leitura tanto da norma impugnada como da própria Constituição. A idéia de se atribuir este dever a um único órgão, e justamente àquele a quem cabe a defesa da União, foi péssima, ou no mínimo relativiza o valor do mérito identificado no dispositivo constitucional. A interpretação feita pelo STF, sob o pretexto de harmonizar este artigo com o disposto no art. 131 da Constituição, simplesmente fulminou o único ponto positivo identificável no §3º do art. 103. Não houve, a rigor, uma harmonização dos dispositivos (e, ao que tudo indica, é até questionável se seria possível alcançar esta harmonização almejada pela Corte – daí a sugestão da supressão do dispositivo). Sem dizê-lo de forma expressa (embora se possa inferir das manifestações de alguns ministros), o STF basicamente estabeleceu que o art. §3º do art. 103 deveria ser interpretado *de acordo* com o art. 131, o que na prática significa dizer que o AGU vai defender o ato normativo quando for de interesse da União fazê-lo. Ou seja, o AGU deve atuar... como AGU.

A partir desta leitura, pode-se dizer que a idéia de um *curador da norma impugnada* – sem importar a origem do ato normativo ou a quem ele interesse – foi totalmente distorcida. No exercício desta atribuição, o AGU, de acordo com a leitura do STF, não atuará, a rigor, na *defesa da norma*, mas na *defesa da União*, sendo aquela mera consequência desta. Afinal, o que seria um “direito de manifestação” de quem, nos termos do art. 131, tem o dever de defender a União? Se fosse um simples parecer sobre a (e não pela) constitucionalidade da norma, então o AGU não apenas não estaria cumprindo o dever imposto pelo art. §3º do art. 103, nem aquele estabelecido pelo art. 131, como ainda estaria exercendo atribuição que cabe ao Procurador-Geral da República.

Por todas estas razões, verifica-se que a idéia de um “direito de manifestação” (seja como advogado da União, seja como parecerista), com o devido respeito aos Ministros que formaram maioria na ADI 3916, é simplesmente insustentável.

Afirmo que o STF criou um problema ainda maior do que o que pretendeu resolver porque, ao permitir que o AGU exercesse um direito de manifestação, acabou gerando um grande desequilíbrio na apresentação de argumentos a serem considerados para a avaliação da constitucionalidade do ato normativo impugnado por via de ação direta, se não em todos os casos, ao menos naqueles que envolvem leis estaduais que supostamente teriam invadido competência da União. Além disso, esta interpretação assume que em todo e qualquer processo de ADI, independentemente do objeto da ação, haverá a manifestação do Advogado (procurador) da União, ao passo que em absolutamente nenhum destes processos haverá a manifestação dos Procuradores dos Estados. Quando a norma impugnada for estadual, haverá manifestação do Advogado da União (provavelmente pela inconstitucionalidade, se o caso envolver suposta invasão de competência) e do(s) órgão(s) estadual(is) responsável(is) pela edição da norma. Quando a norma impugnada for federal, haverá apenas manifestação do Advogado da União e do(s) órgão(s) federal(is) responsável(is) pela edição da norma (provavelmente pela constitucionalidade, se o caso envolver invasão de competência estadual). E assim, pode-se dizer que a União teria *sempre* seus interesses defendidos por argumentos jurídicos apresentados pelo AGU, ao passo que os Estados, somente quando a norma impugnada fosse estadual e, neste caso, somente pelos órgãos responsáveis pela edição da norma. Nem a mais frágil teoria sobre federação justificaria tamanha desigualdade entre União e Estados.

Reconheço, contudo, a partir de argumentos ou mesmo fatos trazidos em alguns julgados do STF, que a jurisprudência inicial da Corte, firmada a partir de uma interpretação literal do art. 103, §3º, pode ser relativizada em alguns pontos, sem o risco de gerar a desigualdade apontada acima. São estas as sugestões:

a) *Quando a lei impugnada já tiver sido declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso, o AGU estaria “dispensado” do dever de defender o referido ato normativo.*

A péssima idéia de se atribuir este dever ao órgão incumbido de defender judicial e extrajudicialmente a União Federal acabou por transformar uma idéia a princípio interessante em um (às vezes, pesado) fardo àquele órgão. Assim, o fato de o próprio STF já haver declarado, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade do ato normativo em questão, relativizando assim a sua presunção de constitucionalidade, poderia autorizar o AGU a não ter que defender a lei impugnada. *Mutatis mutandis*, é o que ocorre quando um órgão fracionário de um tribunal, convencido da inconstitucionalidade de uma lei, encontra-se, por força do que permite o art. 481, parágrafo único do CPC, dispensado de encaminhar a questão constitucional ao Pleno (ou ao órgão especial), por já haver uma decisão deste ou mesmo do STF (em controle difuso) pela inconstitucionalidade da referida lei. Afinal, sendo a *ratio* da cláusula de reserva de plenário justamente a presunção de constitucionalidade das leis, impedindo assim que um simples órgão fracionário declare a sua nulidade, a lei processual considerou que a declaração de inconstitucionalidade já pronunciada pelo Tribunal Pleno (ou órgão especial) ou pelo STF relativizaria ainda mais

aquela presunção (que nunca foi absoluta), afastando, portanto, a razão que sustenta a regra. Reconheço que a analogia não é perfeita, se considerarmos que o mérito do §3º do art. 103 da Constituição é, como dito anteriormente, o de viabilizar a apresentação de argumentos jurídicos que permitam outra leitura tanto da norma impugnada como da própria Constituição.

De todo modo, a leitura aqui proposta pode ser razoável se considerarmos: (i) que o Tribunal que irá julgar a ADI já se pronunciou pela inconstitucionalidade da norma, (ii) que o AGU estaria apenas “dispensado” do dever imposto pela Constituição, o que não o impediria de exercê-lo, e, por fim, (iii) que o AGU não poderia se manifestar pela inconstitucionalidade da norma.

b) *Quando a lei impugnada for manifestamente inconstitucional, o AGU também estaria “dispensado” do dever de defender o referido ato normativo.*

Esta sugestão decorre de argumentos mais práticos do que teóricos. Reconheço, com a devida vênia dos Ministros que recorreram ou se renderam ao argumento, que a idéia de “inconstitucionalidade manifesta”, “patente” ou “evidente” é problemática. Ainda que se possa cogitar de exceções, em regra a inconstitucionalidade será *manifesta, patente e evidente* diante de determinada interpretação que se faça da Constituição. Vale lembrar que alguns julgados do STF declarando a inconstitucionalidade formal de leis estaduais (por invasão de competência reservada à União) contam com votos vencidos de alguns Ministros. Como falar em inconstitucionalidade manifesta, patente e evidente sem com isso simplesmente *desprezar* outra interpretação do texto constitucional feita por Ministros da mesma Corte?

No entanto, mesmo assumindo que o argumento é falho ou ao menos passível de contundentes críticas, razões de ordem prática (destacadas pelos ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso) levam à conclusão de que em determinados casos seria mais prudente dispensar o AGU do dever imposto pela Constituição. Refiro-me à possibilidade de o AGU apresentar uma defesa “sem consistência” (Min. Gilmar Mendes) ou, nas palavras do Min. Peluso, “exercer um papel puramente formal, alinhando dois ou três argumentos sem nenhuma consistência”. O STF pode determinar que o AGU defenda a constitucionalidade da lei impugnada, tal como determina o §3º do art. 103, mas não pode avaliar a qualidade ou a consistência desta defesa, razão pela qual talvez fosse mais prudente dispensá-lo deste dever. Nestes casos, o AGU, de acordo com o que aqui se propõe, deveria simplesmente informar que não iria exercer a defesa por se tratar de norma manifestamente inconstitucional. E mais nada. Obrigá-lo ou constrangê-lo a fundamentar esta posição implicaria permitir ao AGU praticamente defender a inconstitucionalidade da norma impugnada, o que se daria necessariamente a partir de uma construção argumentativa, uma vez que se deve desconsiderar, ao menos em regra, a existência de normas manifestamente inconstitucionais.

O direito de se manifestar pela inconstitucionalidade da norma, sustentado

expressamente pelos Ministros Cezar Peluso e Carmen Lucia, deve ser em qualquer hipótese afastado. Aliás, a idéia sustentada pelos referidos Ministros de que é melhor uma manifestação do AGU pela inconstitucionalidade da lei (se esta for sua convicção jurídica) do que não haver manifestação alguma não apenas não encontra amparo no que dispõe o §3º do art. 103, como ainda gera a injustificada desigualdade apontada anteriormente, entre a União e os demais entes da federação. Aqui talvez valha o dito popular: *“muito ajuda quem não atrapalha”*.

Pode-se argumentar que a sugestão (b) é mais abrangente e até engloba a sugestão (a), tornando esta desnecessária ou sem sentido. É dizer: se o AGU está dispensado de defender a constitucionalidade da norma porque a seu exclusivo juízo esta seria manifestamente inconstitucional, qual o sentido de se afirmar que ele estaria também dispensado deste dever quando já houvesse declaração de inconstitucionalidade pelo STF? Reconheço a redundância. A apresentação das duas sugestões, no entanto, deve-se a um destes raros momentos em que a confiança supera o ceticismo. Se o AGU tiver o senso democrático que lhe permita reconhecer que sempre há e sempre haverá argumentos pela constitucionalidade de uma lei, argumentos que ele pode buscar inclusive junto a outros órgãos e entidades³⁰, sem que isso comprometa o seu juízo a respeito da norma (tal como o Procurador-Geral da República, quando, a partir de representação que lhe é encaminhada, ajuíza a ADI e posteriormente defende a constitucionalidade da lei impugnada), e que a apresentação destes argumentos não tem outra consequência a não ser a de tornar mais democrático o processo, então as sugestões (a) e (b) servirão como standards para que o AGU avalie quando estará dispensado do dever imposto pela Constituição, sem com isso sacrificar um processo mais democrático de fiscalização de constitucionalidade das leis.

Reconheço, por fim, que a proposta aqui defendida, voltada ao STF, distancia-se da clara redação do art. 103, §3º da Constituição. Este foi, no entanto, o resultado possível e realista (com uma leve dose de esperança), diante de outras questões que o dispositivo constitucional oculta.

Ademais, é bom lembrar que este é o preço que se paga quando, por razões obscuras, violam-se regras regimentais e um dispositivo constitucional é aprovado sem debate, sem discussão, sem o imprescindível confronto de idéias que toda democracia demanda.

³⁰ Na ADI 1254, que tinha por objeto um decreto legislativo do Estado do Rio de Janeiro, foi interposto um recurso de agravo por uma entidade de direito privado que pretendia juntar uma petição para se somar à defesa feita pelo AGU. O recurso foi indeferido, é claro. Mas os argumentos pela constitucionalidade do ato normativo impugnado, que a entidade tanto insistia em apresentar, poderiam ter sido aproveitados pela AGU, de acordo com o que aqui se propõe.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3.ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COELHO, João Gilberto Lucas. **O Processo Constituinte**. In: GURAN, Milton (coord.). **O Processo Constituinte 1987-88**. Brasília: AGILA, 1988.
- CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Vol. VI (arts. 92 a 144). 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Vol. 2 (arts. 44 a 103), São Paulo: Saraiva, 1992.
- FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. Vol. 4, arts. 92-126, São Paulo: Saraiva, 1992.
- LEITE, Fábio Carvalho. **ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta**. In: Revista de Direito do Estado (RDE), vol. 10, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.
- LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de Constitucionalidade Estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris/Editora PUC-Rio, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STRUCHINER, Noel. **O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações**. In: RODRIGUEZ, J.R.; COSTA, C.E.B.S.; BARBOSA, S.R. (Org.) **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010.



TRABALHO, EMPREGO E CRISE

Gilberto Stürmer¹

RESUMO

O artigo examina o sistema de proteção à relação de emprego vigente no Brasil, previsto na Constituição federal de 1988, mas sem efetividade até os dias de hoje por falta de previsão infraconstitucional, como determinado pela própria Carta. É abordada, também, a questão do emprego e da sua proteção neste período de crise internacional surgido ao final de 2008.

Palavras-chave

Despedida arbitrária. Proteção à relação de emprego.

ABSTRACT

This paper analyses the labor relation protection system in force in Brazil, foreseen in the 1988 Federal Constitution Bill, but still without effectiveness on account of the absence of infra-constitutional legislation already determined by the Bill. It also contains an approach of the labor relation and its legal protection in the period of the world crisis arisen by the end of 2008.

Key words

Arbitrary dismissal. The labor relation protection.

II. INTRODUÇÃO

Desde o início do primeiro mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, tem-se discutido os temas “Reforma Trabalhista” e “Reforma Sindical”. Inicialmente há que se dizer que este autor entende esta classificação de forma distinta: “Reforma Trabalhista”, tratada como reforma das relações individuais de trabalho é gênero, das quais são espécies a “reforma das relações individuais de trabalho” e a “reforma sindical”.

É preciso deixar claras as diferenças e, ainda que o tema esteja constantemente na pauta desde o início de 2003, até hoje pouco ou nada foi feito. De qualquer forma, do ponto de vista eminentemente técnico, a reforma das relações individuais de trabalho deve ser discutida depois da efetiva reforma

¹ Advogado, Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito da PUCRS – Graduação e Pós-Graduação, Coordenador do Curso de Pós-Graduação – Especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho na Faculdade de Direito da PUCRS; Mestre em Direito pela PUCRS, Doutor em Direito do Trabalho pela UFSC.

sindical. É que, alteradas as relações coletivas de trabalho, haverá espaço para discussão das relações individuais de forma distinta, ou seja, deverá ser possível examinar necessidades específicas das diferentes categorias² de empregados³.

De qualquer forma, um tema específico das relações individuais de trabalho, as despedidas arbitrária e sem justa causa, tem previsão constitucional como garantia fundamental desde que a atual Constituição Federal foi promulgada, em 05 de outubro de 1988⁴.

Desde então, o tema seguidamente volta ao debate. Foi assim no Governo Fernando Henrique Cardoso e voltou no ano de 2008, quando o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva relançou a discussão acerca da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.

É que, reitera-se, a proteção contra a despedida arbitrária é direito fundamental, em tese, de aplicabilidade imediata.

Entende-se, todavia, que, ainda que a proteção contra a despedida arbitrária, inserida no artigo sétimo da Constituição Federal, faça parte dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988, a sua aplicabilidade não é imediata, já que a própria Constituição determinou que a regulamentação da matéria se dê por lei complementar.

O que cabe à sociedade exigir, isto sim, é a regulamentação do inciso primeiro do artigo sétimo da Constituição Federal (dentre outros) que, por absoluta falta de vontade política, passados quase vinte e um anos da promulgação da Carta ainda não se tornou efetivo.

Não se pode atropelar o bom senso e o processo legislativo sob pena de, mais uma vez, tornar letra morta a já abalroada Constituição.

A idéia aqui é, portanto, tentar demonstrar do ponto de vista estritamente jurídico, que a única proteção hoje existente contra a despedida arbitrária é a indenização prevista no artigo dez, inciso primeiro, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988. Não há previsão legal de outra hipótese e, definitivamente, não se aplica no ordenamento interno, a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, ainda que se discuta a circunstância desta ser um Tratado internacional de direitos humanos.

Importante referir, ainda, que no final do ano de 2008, com a crise mundial decorrente das quebras de bolsas de valores e instituições financeiras, voltaram à pauta os temas do emprego, a sua estabilidade e a tentativa de evitar o desemprego.

² O termo categoria, conforme o artigo 511, parágrafos 1º e 2º da CLT, diz respeito à solidariedade de interesses econômicos e profissionais dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, e dos que, em condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, a elas aderem.

³ Utiliza-se propositalmente o termo “empregado” àqueles que prestam serviços a empregador (tomador de serviços), nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT por se entender que o termo “trabalhador” é gênero do qual “empregado” e “empregador” são espécies.

⁴ Art. 7º, inciso I.

Por esta razão, o presente artigo trata dos conceitos jurídicos de dispensa arbitrária e dispensa sem justa causa, da indenização no caso da ruptura do pacto laboral, examina a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho e o artigo quinto, parágrafo terceiro da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e, por fim, a crise mundial do final de 2008 e seus reflexos no emprego e na manutenção do emprego.

II. DISPENSA ARBITRÁRIA E SEM JUSTA CAUSA

Em 1923, o Deputado Federal Elói Chaves, oriundo da categoria dos trabalhadores em estradas de ferro, apresentou e conseguiu aprovação no Congresso Nacional, lei que ficou conhecida com o seu nome: Lei Elói Chaves. A lei dispunha que os trabalhadores em estradas de ferro que completassem dez anos de efetivo serviço no mesmo emprego, tornar-se-iam estáveis, somente podendo ser despedidos por justa causa ou força maior.

Em 1935 o direito se estendeu a outros trabalhadores e, em 1943, através do Decreto-Lei número 5.452, de 1º de maio, ingressou na Consolidação das Leis do Trabalho⁵. Foi também a então nova CLT que dispôs que os trabalhadores que não tinham dez anos de serviço e fossem despedidos imotivadamente, receberiam uma indenização de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses⁶.

Em 13 de setembro de 1966, foi promulgada a Lei 5.107, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Referida lei, que com a *vacatio legis* entrou em vigor em 01 de janeiro de 1967, apresentou a alternativa denominada coexistência de sistemas, ou seja: os trabalhadores poderiam se manter no sistema anterior (indenização/estabilidade), ou optar pelo novo sistema denominado Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, onde abririam mão da estabilidade decenal e, uma vez despedidos, receberiam a título de indenização, a liberação dos depósitos efetuados mensalmente pelos empregadores no curso do contrato de emprego (oito por cento sobre a remuneração paga ou devida), mais uma multa de dez por cento sobre os referidos depósitos corrigidos e com a incidência de juros.

A coexistência de sistemas durou quase vinte e dois anos. Em 05 de outubro de 1988, promulgada a Constituição Federal que, entre outras modificações, dispôs que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço passaria a ser direito de todos os trabalhadores urbanos e rurais⁷, ou seja, a nova Carta não recepcionou os artigos 478 (indenização) e 492 (estabilidade) da CLT.

⁵ Art. 492. O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovada.

⁶ Ver art. 478 da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁷ Art. 7. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: III – fundo de garantia do tempo de serviço.

A idéia dos constituintes era definir todas as regras decorrentes da extinção e da proteção do emprego através da lei complementar a que se refere o inciso primeiro do artigo sétimo da Constituição Federal, que dispõe: “relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Ensina Sússekind⁸, que a proteção de que cogita a Carta Magna corresponde a um conjunto de normas aplicáveis à despedida arbitrária ou sem justa causa: indenização compensatória (inciso I), seguro-desemprego (inciso II), levantamento dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (inciso III) e aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (inciso XXI). De qualquer forma, tais direitos (com exceção da proporcionalidade do aviso prévio) são efetivos desde a promulgação da Constituição.

Ocorre, todavia, que a proteção e a indenização pretendidas pelo inciso primeiro do artigo sétimo, dependem de lei complementar, inexistente até hoje.

Vejamos o dispositivo dividido:

- a. proteção da relação de emprego contra as despedidas arbitrária ou sem justa causa...;
- b. ...nos termos de lei complementar...;
- c. ...que preverá indenização compensatória...;
- d. ...dentre outros direitos.”

Ante a lacuna existente pela ausência de lei complementar, cabe, através da analogia, inicialmente conceituar “despedida arbitrária” e “despedida sem justa causa”. É certo que o constituinte de 1988, ao separar as duas hipóteses, pretendeu emprestar maior proteção à forma arbitrária, o que deve (ria) ocorrer a partir da promulgação da lei complementar até hoje inexistente.

Determina a Lei de Introdução ao Código Civil⁹ que, quando a lei for omissa¹⁰, a analogia será uma das formas do juiz e o intérprete do direito resolver as questões de lacunas¹¹.

Na falta de leis específicas a conceituarem as duas espécies de despedida, por analogia tem-se utilizado o artigo 165 da CLT¹² que, ao tratar da proteção do emprego dos dirigentes das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPAs), dividiu e clareou as definições: “Os titulares da representação dos empregados nas CIPAs não poderão sofrer despedida

⁸ Sússekind, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 105.

⁹ Art. 4. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹⁰ Da mesma forma, dispõem os artigos 126 do Código de Processo Civil e 8, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.

¹¹ Segundo Norberto Bobbio, “lacuna” é a falta de uma norma. Ver Bobbio, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: Editora UNB, 1996, 7 edição, p. 115.

¹² Esta é a posição de Arnaldo Sússekind, citando também Délio Maranhão. Ver ob. Cit., p. 107.

arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.”

Assim, tem-se que a despedida arbitrária é aquela absolutamente imotivada, ou seja, a chamada “denúncia vazia” do contrato. As outras hipóteses dividem-se em disciplinar – que trata das hipóteses de justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador¹³ - e aquelas que têm motivo técnico, econômico ou financeiro e que, embora não estejam enquadradas nas chamadas hipóteses de justa causa, constituem motivo não arbitrário para despedida.

Ainda que parte respeitável da doutrina desconsidere a diferença entre as duas hipóteses, entende-se bem clara a distinção hoje existente. O que não tem distinção, ante a ausência de lei complementar¹⁴, é a atual forma de indenização nas hipóteses de despedida arbitrária ou sem justa causa, a ser tratada no seguinte tópico.

III. INDENIZAÇÃO E PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA

Não há no ordenamento jurídico brasileiro, reitera-se, outra espécie de indenização ou de proteção contra a despedida arbitrária, que não a inicialmente prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, posteriormente, na Lei 8.036, de 11 de maio de 1990 (atual lei do FGTS).

Como já referido, a proteção pretendida pela Constituição Federal depende de lei complementar, ainda inexistente. Todavia, já são efetivos os direitos à indenização, ao seguro-desemprego, à liberação dos depósitos do fundo de garantia do tempo de serviço e ao aviso prévio.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no seu artigo 10, assim dispõe: “Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, inciso I, da Constituição: I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, caput, e parágrafo primeiro, da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966. Como visto anteriormente, a Lei 5.107/66, que instituiu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, previa, para os então optantes pelo sistema, multa de dez por cento sobre os depósitos da contratualidade em caso de despedida imotivada. O ADCT passou a referida

¹³ Ver art. 482 da CLT.

¹⁴ Na visão de Uadi Lammêgo Bulos, “não há sequer indício de quando virá a lei complementar referida no inciso, nem em longo prazo. A, nem em longo prazo. A experiência atesta que esse preceito de eficácia contida jamais será regulamentado, devido à heterogeneidade do Congresso Nacional e do torvelinho de interesses multiformes e conflitantes que nele circulam. Assim, a definição específica do que seja despedida arbitrária ou sem justa casa, em nível de legislação infraconstitucional, continuará em aberto. E, enquanto não promulgada a lei complementar prevista, impera o disposto no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

indenização em quarenta por cento, mantida posteriormente pela Lei 8.036/90¹⁵ (atual Lei do FGTS).

É certo que o constituinte de 1988 pretendeu proteger a relação de emprego contra a despedida arbitrária. Mas é certo, também, que esta proteção foi remetida à reserva de lei complementar, até hoje inexistente.

Resta, portanto, a indenização. Atualmente, no Direito do Trabalho brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa (de qualquer forma hipóteses de despedidas motivadas por ato do empregador), geram ao empregado a título de indenização, a multa incidente sobre os depósitos do FGTS durante a contratualidade. Compõem, ainda, a indenização, a liberação dos depósitos do fundo de garantia, o aviso prévio, se não trabalhado¹⁷ (se trabalhado é salário) e, por parte do poder público, o seguro-desemprego.

IV. CONVENÇÃO 158 DA OIT E O ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

Em 23 de novembro de 1985, a sexagésima oitava reunião da Conferência Internacional do Trabalho da OIT (Organização Internacional do Trabalho), aprovou a Convenção número 158, que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador.

Entre outras disposições, a Convenção 158 determinou que “não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (art. 4). A Convenção 158 procurou, portanto, proteger os trabalhadores contra a despedida arbitrária (sem motivo). Os motivos de ordem técnica, econômica ou financeira ficaram afastados da previsão convencional.

¹⁵ Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais.

Parágrafo Primeiro. Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a 40% (quarenta por cento) do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

¹⁶ A Lei Complementar n. 110, de 29 de junho de 2001, dispôs sobre uma contribuição social de 10% (dez por cento) sobre o montante dos depósitos devidos, referentes ao FGTS, durante a vigência do contrato de trabalho, acrescido das remunerações aplicáveis às contas vinculadas (art. 1). Esta alíquota aumentou a multa para 50% (cinquenta por cento), mas o trabalhador continuou recebendo, para fins de indenização, 40% (quarenta por cento) sobre os depósitos da contratualidade no FGTS. Os dez pontos percentuais previstos pela LC 110/01 se destinam ao pagamento de correções devidas por ocasião de planos econômicos.

¹⁷ Dispõe a CLT no art. 487, parágrafo primeiro, da CLT: “A falta de aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.”

A Convenção 158 foi aprovada pelo Congresso Nacional em 17 de setembro de 1992 (Decreto Legislativo n. 68), sendo ratificada pelo Governo brasileiro em 04 de janeiro de 1995, para vigorar doze meses depois. Entretanto, a pretendida eficácia jurídica no território nacional só pode ser verificada a partir do Decreto número 1.855, de 10 de abril de 1996, quando o Governo Federal publicou o texto oficial no idioma pátrio, promulgando a sua ratificação.

Havia, contudo, um vício formal. Os tratados e convenções internacionais estão no patamar de lei ordinária. “Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal, em sede de medida liminar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) número 1.480/DF, acatando alinhá argumentativa esposada pelos adeptos da inaplicabilidade da Convenção 158 da OIT. Chegou-se à conclusão de que seria inadmissível uma convenção internacional suprir a ausência de lei complementar, prevista, *in verbis*, no Texto Maior (art. 7º, I). Com efeito, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, decidiram, por maioria de votos, ‘deferir, parcialmente, sem redução do texto, o pedido de medida cautelar, para, em interpretação conforme a Constituição, e até o final do julgamento da ação direta, afastar qualquer exegese, que, divorciando-se dos fundamentos jurídicos do voto do Relator (Ministro Celso de Mello), e desconsiderando o caráter meramente programático das normas da Convenção 158 da OIT, venha a tê-las como auto-aplicáveis, desrespeitando desse modo, as regras constitucionais e infraconstitucionais que especialmente disciplinam, no vigente sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores’ (STF, ADIn, 1.480/DF, medida liminar, rel. Min. Celso de Mello, decisão 04/09/1997).”¹⁸

Anteriormente à decisão do STF, o Governo Brasileiro denunciou a ratificação da Convenção 158 mediante nota enviada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, assinada pelo Embaixador Chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra (Ofício número 397, de 20 de novembro de 1996). Com o Decreto número 2.100, de 20 de dezembro de 1996, o Presidente da República promulgou a denúncia, anunciando que a mencionada convenção deixaria de vigorar no Brasil a partir de 20 de novembro de 1997.

De qualquer forma, no curto período de “vigência” da Convenção 158 no Brasil, as discussões acerca da inconstitucionalidade da mesma foram inúmeras, o que, na prática, fez com que a convenção não produzisse efeitos.

A discussão já não é sobre a constitucionalidade ou não da vigência da Convenção 158 no Brasil, uma vez que ela deixou de fazer parte do ordenamento jurídico interno. Discute-se, sim, a eficácia do inciso primeiro do artigo sétimo da Constituição Federal. Pretendida a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária, há reserva de lei complementar (quorum qualificado de votação no Congresso Nacional). Enquanto não houver a referida lei

¹⁸ Ver Uadi Lammêgo Bulos, ob. Cit., p. 364.

complementar, o que efetivamente depende de vontade política, não há falar em proteção, mas tão somente em indenização, eis que prevista pelo ADCT.

O retorno da matéria à pauta por iniciativa do Presidente da República no ano passado, continuará encontrando óbices do ponto de vista jurídico. Muito mais fácil, seria regulamentar o inciso primeiro do artigo sétimo da Constituição Federal através da lei complementar nele prevista.

V. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004¹⁹

A Emenda Constitucional número 45, de 08 de dezembro de 2004, entre outras alterações, acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo quinto, com a seguinte redação:

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 Convenção 158 da OIT, que trata de proteção contra a despedida arbitrária, se enquadra na nova regra, acima referida. A manutenção e a proteção do emprego se enquadram do feixe dos direitos humanos.

Neste sentido, a lição de SARLET²⁰:

Neste sentido, assume atualmente especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, inobstante tenha também ocorrido uma confusão entre os dois termos. Neste particular, não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). Fosse apenas por este motivo, impor-se-ia a utilização uniforme do termo “direitos humanos” ou expressão similar, de tal sorte que não é nesta circunstância que encontraremos argumentos idôneos a justificar a distinção.

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal,

¹⁹ Ver STÜRMER, A liberdade Sindical da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

²⁰ SARLET, 1998, p. 31.

independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Sendo, portanto, o direito ao emprego um direito fundamental, tratando a Convenção 158 da OIT de sua proteção contra a despedida arbitrária e, sendo, ainda, a referida convenção um documento internacional, efetivamente trata de direitos humanos.

É de PEREZ LUÑO²¹ o conceito que dá amplitude à expressão “direitos humanos”:

Um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional²². (tradução livre do autor)

Não há dúvida de que, nos pontos nucleares propostos por PEREZ LUÑO – dignidade, liberdade e igualdade, – indiscutivelmente está presente a proteção ao trabalho e ao emprego. Portanto, a Convenção 158 da OIT é um tratado de Direitos Humanos.

Importante referir, contudo, que o texto constitucional faz referência expressa à questão formal. Assim, não basta a simples aprovação da Convenção pelo Congresso Nacional, ou ainda por Decreto Legislativo e posterior Decreto Presidencial. Como determina a Carta Maior, há necessidade de aprovação nas duas Casas do Congresso Nacional (Senado e Câmara dos Deputados), em dois turnos em cada uma, por três quintos dos membros, para que o texto tenha *status* de Emenda Constitucional e, portanto, possa produzir efeitos jurídicos no ordenamento interno.

VI. CRISE, DESEMPREGO E MANUTENÇÃO DO EMPREGO

Como já referido na introdução, no final do ano passado, mais uma vez discutiram-se reformas na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) e nas relações trabalhistas em geral. O tema não é novo. Pelo contrário. As discussões são antigas e o governo tem “empurrado o problema com a barriga” para evitar descontentamento dos dois lados da chamada relação capital e trabalho: por um lado, os sindicalistas não querem discutir redução de direitos por eles entendidos como adquiridos; de outro lado, a classe empresarial advoga a tese de que os encargos são demasiados e, por esta razão, entre outras, os produtos brasileiros perdem competitividade.

²¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999, p.48.

²² O texto no original é: ...un conjunto de faculdades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”

Desta vez, contudo, o motivo da retomada do debate, foi a crise internacional. O empresariado prevê onda de dispensas se não houver desoneração trabalhista a curto prazo.

A imprensa vem noticiando, entre outras, a discussão denominada “queda de braço” entre empresários e sindicalistas. A categoria econômica²³ propõe redução da duração do trabalho com a conseqüente redução dos salários, entre outras hipóteses. A categoria profissional²⁴, liderada pelas centrais sindicais, concorda com a redução da duração do trabalho, mas não com a redução dos salários. Casos recentes, contrariando a tendência, aceitaram negociar aplicando-se a regra contida no artigo 7º, incisos VI e XXVI, da Constituição Federal de 1988, reduzindo duração do trabalho e salários, para evitar o desemprego²⁵.

É importante destacar que, em relação ao binômio “horário/salário”, é desnecessária qualquer interferência do poder público, seja o executivo, seja o legislativo. Mais. A discussão desta matéria não precisa ser geral ou nacional, podendo ser restrita a cada categoria de empregadores e empregados no seu âmbito interno e de acordo com as suas reais necessidades. É que a Constituição Federal que completou vinte anos em 2008, prevê desde a sua promulgação que pode haver redução salarial por negociação coletiva de trabalho (art. 7º, inciso VI) e que a negociação coletiva de trabalho (acordos coletivos de trabalho entre empresas e sindicatos de empregados ou convenções coletivas de trabalho entre sindicatos de empregadores e sindicatos de empregados) é reconhecida como direito dos trabalhadores (art. 7º, inciso XXVI). Desta forma, os ajustes em cada setor podem e devem ser feitos entre os interessados.

A verdade é que, com crise ou sem crise, ao final da primeira década do século XXI, o mais importante é lembrar que a tese de que capital e trabalho são inconciliáveis está fora de moda e de contexto no mundo globalizado. O moderno Direito do Trabalho é aquele que necessária e obrigatoriamente une o social e o econômico. As soluções já existem e dispensam a presença do “pai Estado”.

Neste contexto, a regulamentação da proteção da relação de emprego prevista no inciso I, do artigo 7º da Constituição Federal, seja por lei complementar, seja por emenda constitucional, pode incluir a negociação coletiva de trabalho, com o objetivo de dar tratamento distinto a casos distintos.

VII. CONCLUSÃO

É importante diferenciar “reforma trabalhista” de “reforma sindical”. A primeira é gênero da qual a segunda, juntamente com o a reforma do Direito Individual do Trabalho, é espécie.

²³ Ver art. 511, º 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

²⁴ Ver art. 511, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

²⁵ Nesse sentido, ver recente matéria “Para onde vai o Emprego”, na Revista Exame, São Paulo, Ed. Abril, nº 936, de 11/02/2009, p. 89-93.

A Constituição Federal de 1988 pretendeu proteger a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, remetendo a situação à lei complementar.

Inexistente a lei complementar a que se refere o inciso I, do artigo sétimo da Constituição Federal, por analogia ao artigo 165 da CLT, entende-se arbitrária aquela despedida imotivada e, sem justa causa, as que tenham motivo técnico, econômico ou financeiro, diferentes da despedida por justa causa, que decorre de motivo disciplinar.

A indenização compensatória, também prevista na Constituição Federal, foi remetida ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que, no seu art. 10, inciso I, dispôs que a multa incidente sobre os depósitos do FGTS da contratualidade, inicialmente de 10% (dez por cento), passaria a 40% (quarenta por cento). A multa foi confirmada pela Lei n. 8.036/90 (atual lei do FGTS).

Compõe a indenização, além da multa e da liberação dos depósitos do FGTS, o aviso prévio quando não trabalhado e o seguro-desemprego;

A pretendida proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária inexistente no ordenamento jurídico pátrio, eis que dependente de lei complementar até hoje não promulgada;

A tentativa de regulamentação da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária pela Convenção 158 da OIT, que chegou a ser ratificada pelo Brasil, restou frustrada, já que, segundo interpretação do Supremo Tribunal Federal, tratados e convenções internacionais têm status de lei ordinária e a proteção da relação de emprego demanda lei complementar (art. 7, I, da Constituição Federal de 1988);

Não bastasse a discussão acerca da constitucionalidade ou não da Convenção 158 da OIT no Brasil, a mesma acabou denunciada em 1996, encerrando qualquer possibilidade de aplicação no Brasil.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, ao acrescentar o parágrafo 3º ao artigo 5º, referindo que os tratados de direitos humanos que forem aprovados na Câmara dos Deputados e no Senado da República em dois turnos por três quintos dos membros, terão *status* de Emenda Constitucional, abriu uma possibilidade de regulamentação da proteção contra a despedida arbitrária.

É que a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho efetivamente é um tratado de direitos humanos por cuidar do emprego e da sua proteção contra dispensas arbitrárias. A questão é a forma de ingresso da Convenção no nosso ordenamento jurídico. Não basta simples decreto legislativo, decreto presidencial ou lei comum, todas com *quorum* simples. Há necessidade de *quorum* qualificado nas duas casas em dois turnos, o que dificulta a pretensão.

Por fim, importante tratar do contexto de crise internacional surgida no final de 2008 e seus reflexos no trabalho, no emprego e na proteção de ambos. Discutem-se estes temas muito antes desta ou de outras crises. O fato é que a

preocupação com o trabalho em geral aumentou e a sociedade procura respostas e saídas. Entende-se que o melhor caminho de implantação da proteção contra a despedida arbitrária no sistema jurídico brasileiro, para além das hipóteses de lei complementar (art. 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988) ou emenda constitucional (art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988), é a negociação coletiva (art. 7º, incisos VI e XXVI, da Constituição Federal de 1988), tratando situações diferentes de formas diferentes.

VIII. REFERÊNCIAS

AVILÉS, Antonio Ojeda. *Compendio de Derecho Sindical*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

BATALHA, Wilson de Souza Campos e BATALHA, Sílvia Marina Labate. *Sindicatos – Sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1994.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *As Ideologias do Poder em Crise* (trad. João Ferreira). Brasília: UNB, 1999, 4 edição.

_____. *Igualdade e Liberdade*. (trad. Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

_____. *Liberalismo e Democracia*. Brasília: Editora Brasiliense, 1995.

_____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB, 7ª edição, 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CHIARELLI, Carlos Alberto. *O Trabalho e o Sindicato – Evolução e Desafios*. São Paulo: LTr, 2005.

CUEVA, Mário de la. *Panorama do Direito do Trabalho*. (tradução de Carlos Alberto Gomes Chiarelli). Porto Alegre: Sulina, 1965.

EXAME. *Revista Semanal de Economia e Negócios – Edição 936*. São Paulo: Ed. Abril, 11/02/2009.

GIUGNI, Gino. *Direito Sindical*. (tradução de Eiko Lúcia Itioka). São Paulo: LTr, 1991.

GOMES, Orlando. *A Convenção Coletiva de Trabalho*. São Paulo: LTR, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

GUERRERO, Euquerio. *Manual de Derecho Del Trabajo*. México: Porrúa, 13ª edição, 1983.

HOBSBAWM, Eric J. *Os Trabalhadores – Estudos sobre a História do Operariado*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

- LAIMER, Adriano Guedes. O Novo Papel dos Sindicatos. São Paulo: LTr, 2003.
- LEBRE, Eduardo Antonio Temponi. Direito Coletivo do Trabalho. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MAGANO, Octávio Bueno. Manual de Direito do Trabalho – *Volume III*. São Paulo: LTr, 1984.
- MANGLANO, Carlos Molero. Derecho Sindical. Madrid: Editorial Dykinson, 1996.
- MARANHÃO, Délio e CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 17ª edição, 1998.
- MARTINS, Sergio Pinto. Contribuição Confederativa. São Paulo: LTr, 1996.
- _____. Contribuições Sindicais. São Paulo: Atlas 4ª edição, 2004.
- _____. Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 19ª edição, 2004.
- _____. Flexibilização das Condições de Trabalho. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES FILHO, Evaristo e MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 8ª edição, 2000.
- _____. O problema do sindicato único no Brasil. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de Direito Sindical. São Paulo: LTr, 2ª edição, 2000.
- OLEA, Manuel Alonso. Introducción al Derecho del Trabajo. Madrid: Civitas, 5ª edición, 1994.
- OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. A Universalidade do Princípio da Liberdade Sindical. Revista da Faculdade de Direito da UFSC. Porto Alegre: Síntese, v. 1, p. 139-156, 1998.
- _____. e STÜRMER, Gilberto. As Concepções do Direito de Ronald Dworkin e a Liberdade Sindical no Brasil. Revista LTr. São Paulo: LTr, v. 11/04, p. 1338-1342, 2004.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 6ª edición, 1999.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O Moderno Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1991.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1996.
- ROMITA, Arion Sayão. Direito do Trabalho – Temas em Aberto. São Paulo: LTr, 1998.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. Princípios Gerais de Direito Sindical. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

STÜRMER, Gilberto. A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Convenções da OIT. São Paulo: LTr, 1994.

_____. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____, VIANNA, José de Segadas, MARANHÃO, Délio. Instituições de Direito do Trabalho, *Volumes 1 e 2*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

STÜRMER, Gilberto. A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

URIARTE, Oscar Ermida e AVILÉS, Antonio Ojeda (coordenadores). El Derecho Sindical en America Latina. Madrid: Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

VIANNA. Luiz Werneck. Liberalismo e Sindicato no Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 3ª edição, 1978.

VILLATORE, Marco Antônio César e HASSON, Roland (coordenadores). Direito Constitucional do Trabalho – *Vinte Anos Depois – Constituição Federal de 1988*. Curitiba: Juruá, 2008.



O PÚBLICO NÃO-ESTATAL NA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO POSSIBILIDADE DE APROFUNDAMENTO DA DE- MOCRACIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

*Jairo Rocha Ximenes Ponte*¹

RESUMO

Os direitos fundamentais e as demais cláusulas pétreas, mecanismos de preservação do espírito da constituição e das minorias dentro de uma sociedade política, não existem concretamente senão mediante sua interpretação e aplicação pela jurisdição constitucional. Não é possível desconsiderar o forte teor político da jurisdição constitucional, ainda mais quando se tem em vista que direitos fundamentais são normas principiológicas de conteúdo indeterminado, determináveis apenas no caso concreto, o que dá ao julgador uma grande margem de escolha. Para que a jurisdição constitucional não se afaste completamente dos anseios da comunidade política, redundando em ruptura do princípio democrático, Härbele propõe a participação da comunidade de interpretes no preenchimento do sentido do texto constitucional. Se por um lado o modelo de sociedade aberta de interpretes é mais democrático, por outro é também mais vulnerável a influxos de uma ideologia hegemônica. Surge a necessidade de compreender o fenômeno da comunicação de massas pela sua grande capacidade de uniformizar de representação da realidade, como também refletir sobre a situação de grande concentração no setor da comunicação social no Brasil, tendo em vista as discussões internacionais sobre a nova ordem mundial da informação e da comunicação. Para que se possa alcançar uma realidade em que os *media* funcionem mais para o aprofundamento da democracia que no seu escamoteio, discute-se a importância e as possibilidades de um sistema de comunicação público não estatal, em complementaridade com os sistemas estatal e privado.

Palavras-chave

Comunicação. Democracia. Interpretação constitucional. Público não estatal.

ABSTRACT

The fundamental rights and the other stony clauses, mechanisms of preservation of the spirit of the constitution and the minorities inside of a political society, only exist throughout their interpretation and application by the constitutional jurisdiction. It is not possible to disregard the strong political aspect of the constitutional jurisdiction, even more when we have in sight that fundamental rights are principiological norms with indeterminate content, which is determinable only in the concrete case, what gives the judge a great edge of choice. To do not let the constitutional jurisdiction completely move away from the yearnings of the political community, resulting in rupture of the democratic principle, Härbele proposes the participation of the community of interprets in the fulfilling of the meaning of the constitutional text. If, on the one hand, the model

¹ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (FDR/UFPE), e bolsista do CNPq.

of open society of you interpret is more democratic, on the other hand, it is also more vulnerable the influxes of a hegemonic ideology. It is necessary to understand the phenomenon of the mass communication because of its great capacity of uniform the representation of the reality, as well as to think about the situation of the great concentration in the sector of the communication in Brazil, having in sight the international debate on the new world order of information and communication. With the goal to establish a reality where the *media* function more for the increase of democracy that for its decrease, this work discusses the importance and the possibilities of a public non-state communication system, side by side with the state and private systems.

Communication. Democracy. Constitutional interpretation. Public non-state.

1. INTRODUÇÃO

São numerosos os estudos sobre comunicação e democracia ou comunicação e política que fazem uma correlação entre a concentração do poder midiático e as interferências nos processos democráticos majoritários de escolha, como as eleições periódicas. Poucos, contudo tem se preocupado como a interferência dessa conjuntura dos meios de comunicação nos aspectos da democracia que estão, pelo menos teoricamente, fora das disputas majoritárias. Num padrão de democracia constitucional, tão importante quanto escrever a constituição é interpretá-la e aplicá-la. Em sede de jurisdição constitucional, ante a natural abstração e generalidade que caracteriza boa parte das normas constitucionais, o julgador possui uma grande margem de escolha, sendo muito difícil estabelecer mecanismos que constriam sua liberdade interpretativa. Quando se trata de um tribunal supremo, última instância das questões constitucionais, o STF no caso brasileiro, a decisão é bem menos um ato de vontade e bem mais uma escolha política, visto que, não raro, produzem repercussões para muito além da relação concreta em análise. Assim sendo política, apesar de fora dos padrões das disputas majoritárias, a jurisdição constitucional necessita de algum influxo legitimador da sociedade sobre o tema que está sendo julgado.

A comunicação social, em especial a radiodifusão, tem grandes potencialidades e poderia facilitar o processo de discussão sobre os temas difíceis que são submetidos à análise das cortes constitucionais. Contudo numa realidade como a brasileira, em que quatro emissoras privadas oligopolizam o sinal de televisão, e o sistema estatal de comunicação é drasticamente minoritário, quase invisível, profundas dúvidas pairam sobre a capacidade de ambos os sistemas de comunicação, o privado e o estatal, de darem conta dessa tão nobre função de viabilizar o debate sobre temas fundamentais.

Existirá algum sistema de comunicação intermediário, que sofra menos as pressões de mercado como sofre o sistema privado, e que esteja menos vulnerável aos humores dos governos de ocasião, como está o sistema estatal? Depois devidamente estruturados e compreendidos os problemas precedentes, é essa é a pergunta que se pretende responder com este trabalho: haverá um sistema público não estatal de comunicação?

2. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL ENTRE ESTABILIDADE E RUPTURA: O PROBLEMA DOS PRINCÍPIOS

Dentre as várias possibilidades de denominar o atual padrão do Estado Brasileiro temos a denominação de Estado Democrático Constitucional de Direito. Esta expressão contempla ao mesmo tempo a limitação do Estado por uma Constituição e por leis emanadas do poder deliberativo popular, e a limitação desse poder soberano popular pela mesma Constituição por ele elaborada. BRANDÃO explica este paradoxo:

Embora, na prática, se constate uma forte interdependência entre constitucionalismo e democracia – soando como um *nonsense*, cogitar-se, i.e., de um a democracia não constitucional – as democracias constitucionais, verdadeiros modelos institucionais de justiça política nas sociedades ocidentais contemporâneas, guardam em seu âmago um paradoxo entre compromissos colidentes, a saber: o ideal de um governo limitado pelo direito (constitucionalismo em sentido estrito) e o de um governo do povo (democracia). (BRANDÃO, 2007. p. 6)

A limitação da possibilidade de deliberação do poder popular não significa necessariamente uma contradição com o princípio democrático. Essa limitação representa na verdade a própria condição de efetivação da democracia, que requer, “além da participação política plena e irrestrita, a observação e o respeito a determinados valores indispensáveis para o desenvolvimento e a proteção da pessoa humana” (CALAZANS, 2002, p.183-184). Com efeito, a limitação do poder político, ao lado da preocupação com os direitos fundamentais (proteção da pessoa humana), é uma das preocupações centrais da Filosofia Constitucional².

As cláusulas pétreas, dentre elas os direitos fundamentais, se prestam para “garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais” (PEDRA, 2006, p. 137). No caso brasileiro, a limitação do poder de emenda constitucional, também chamado de poder constituinte derivado ou reformador, é expressamente previsto no texto constitucional:

Art. 60. (...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

² “Há três eixos de análise possível: a) aproximação conceitual: existência de um arcabouço teórico comum entre os fundamentos da teoria constitucional e os pressupostos epistemológicos da teoria da justiça; b) objetivos e finalidades: centralidade da Constituição, preocupação com a limitação do poder político e com os direitos fundamentais e, acima de tudo, a busca constante pela construção de uma democracia constitucional; e, c) o liberalismo renovado: irá permitir uma continuidade do discurso liberal e, ao mesmo tempo, a sua renovação devido às características singulares do tema”. (LOIS, 2005, p. 124)

- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

É relativamente recente no constitucionalismo a inserção de direitos e garantias fundamentais na lista de limitações explícitas ao poder de reforma (BRANDÃO, 2007, p. 2). Essa tendência de inserir garantias inerentes à dignidade da pessoa humana entre as cláusulas pétreas, com eficácia jurídica, vem “em resposta à banalização do mal e à descartabilidade do ser humano verificadas no nazismo” (BRANDÃO, 2007, p. 6), e desde então passaram a ter centralidade como limitação do princípio majoritário-democrático.

Contudo, apesar de uma teoria consistente sobre cláusulas pétreas e direitos fundamentais, o problema da estabilidade constitucional não está resolvido. O texto constitucional não pode ser tão inflexível que o impeça de acompanhar as mudanças³ da sociedade política que ele regula. Este distanciamento é tão instabilizante quanto a ausência completa de limitações.

No que concerne às cláusulas pétreas, é sabido que estas são concebidas para garantir o ordenamento constitucional e a sua necessária estabilidade, de forma ainda mais agravada. Entretanto, quando essas limitações materiais impedirem a Constituição de acompanhar a evolução social, acabarão por cumprir exatamente o papel contrário àquele que se prestavam, uma vez que a ruptura do ordenamento far-se-á inevitável, daí decorrendo o abandono do texto constitucional e a instabilidade social. (PEDRA, 2006, p. 136-137)

Nota especial deve ser dada às percepções de Gilmar Ferreira Mendes sobre o fenômeno, não por sua eventual capacidade intelectual, mas precisamente pelo cargo de presidente do STF que ocupa atualmente. Ele explica que a aplicação “ortodoxa dessas cláusulas, ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar sua ruptura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do regime da imutabilidade” (MENDES, 1994, apud PEDRA, 2006, p. 137). PEDRA (2006, p. 144) ainda colaciona o pensamento de outra ministra do STF, Min. Carmem Lúcia Antunes Rocha, a respeito da interpretação das cláusulas pétreas:

Penso – mudando opinião que anteriormente cheguei a externar – que as cláusulas constitucionais que contêm os limites materiais expressos não podem ser consideradas absolutamente imutáveis ou dotadas de natureza tal que impeçam totalmente o exercício do poder constituinte derivado de reforma. Pelo menos não em um ou outro ponto. (...) De outra parte, considero imprescindíveis que,

³ “Mas a Constituição deve estar em harmonia com a realidade, e deve manter-se aberta e dinâmica através dos tempos. Isso porque uma Constituição não é feita em um momento determinado, mas se realiza e efetiva-se constantemente. As mudanças constitucionais são necessárias como meio de preservação e conservação da própria Constituição, visando ao seu aperfeiçoamento, buscando, em um processo dialético, alcançar a harmonia com a sociedade. Se a sociedade evolui, também o Estado deve evoluir”. (PEDRA, 2006, p. 136)

num sistema democrático, a reforma deste ponto nodular central intangível, inicialmente, ao reformador dependerá, necessária e imprescindivelmente, da utilização de instrumentos concretos, sérios e eficazes de aferição da legitimidade da reforma, instrumentos estes de democracia direta, pois já então não se estará a cogitar da reforma regularmente feita segundo parâmetros normativos previamente fixados, mas de modificações de gravidade e conseqüências imediatas para um povo, que se insurge e decide alterar o que se preestabelecera como, em princípio, imodificável. (ROCHA, 1993, p.181-182, apud PEDRA, 2006. p. 144)

Diante destas reflexões, instaura-se outra ordem de problemas. Por um lado, o poder que tudo pode (soberania popular) estabeleceu limites para o seu próprio poder de deliberação (cláusulas pétreas) a fim de preservar o âmago e o espírito de suas deliberações, por outro lado, a aplicação dessas limitações à revelia da conjuntura pela qual passa a sociedade política regulada pelo texto constitucional pode ser igualmente fonte de instabilidade. A questão que surge nesse momento repousa sobre quem responde pela interpretação e aplicação dessas limitações e de que forma se dá esse processo.

Diante disso, fica claro que a limitação ao poder deliberativo depende de outra instância para sua efetiva existência. Há necessidade de que esta instância esteja fora das disputas majoritárias ao mesmo tempo em que não esteja distante da dinâmica e dos anseios políticos e sociais da comunidade política. Ora, se é um ato político o estabelecimento das limitações ao poder deliberativo soberano, não pode deixar de ser político também a o ato de interpretar e aplicar tais limitações. Os olhos se voltam para a jurisdição constitucional.

Na atual conjuntura do pensamento jurídico ocidental, não se compreende a jurisdição constitucional, em especial quando se fala de cláusulas pétreas e direitos fundamentais, sem atentar para nova dimensão de importância dos princípios e de sua interpretação (MORAES, 2004, p. 185 a 187). A partir das importantes contribuições teóricas a respeito da normatividade ou positividade de princípios (GUERRA FILHO, 2005, p. 67), se pode posicioná-los, não mais como meras orientações ou anseios, mas como normas jurídicas cogentes e exigíveis, ao lado das antigas disposições, agora batizadas de regras. A teoria sobre a normatividade dos princípios constitucionais inaugurou o que se usou chamar de pós-positivismo⁴.

A Constituição é o lugar por excelência de normas-princípios, dentre elas, temos aquelas que descrevem direitos fundamentais (GUERRA FILHO, 2005, p. 69). Distinguem-se regras e princípios quanto à interpretação e aplicação. As primeiras, por terem maior grau de concretude e conteúdo determinado,

⁴ "A teoria dos princípios sedimentou-se e determinou o surgimento de novo modelo jurídico, o póspositivismo, em que os princípios são considerados 'normas-chaves de todo o sistema jurídico' (Paulo Bonavides), 'fundamento da ordem jurídica' (Frederico de Castro), 'super-fonte' (Flórez-Valdez), verdadeiros "mandamentos de otimização" da ordem jurídica" (Robert Alexy)". (PAES, 2008)

podem ser preferidas umas em relação às outras em caso de conflito entre elas “com base em critérios que, em geral, são fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico” (GUERRA FILHO, 2005. p. 71). Já os princípios, “na medida em que não disciplinam nenhuma situação específica, considerados da forma abstrata como se apresentam para nós, no contexto constitucional, não entram em choque diretamente”, (GUERRA FILHO, 2005. p. 71) sendo compatíveis, ou compatibilizáveis na análise do caso concreto. Assim, em caso de colisão entre princípios, é necessária a adoção de um método diferenciado, que preserve a existência dos princípios em choque.

MORAES (2004, p. 185) afirma que “as constituições, à medida que veiculam princípios (= valores), (...) demandam constantes revisões”. Se por um lado, o Direito por valores (por princípios) é mais rico, por outro é também mais complexo e sensível, visto que os conceitos de valor são freqüentemente indeterminados (MORAES, 2004, p. 185). Para interpretar e aplicar este Direito por princípios, notadamente a nível constitucional, “exige-se um juiz a um só tempo racional e em sintonia com os valores da sociedade, obsequioso com as normas, porém também criativo e atento e sensível à dinâmica dos fatos sociais” (MORAES, 2004, p. 186). Citando José Alfredo de Oliveira Baracho, MORAES assevera que “o juiz constitucional não é apenas o instrumento que faz aplicar a Constituição, mas também participa das funções de uma democracia contínua” (MORAES, 2004, p. 187). É porque as decisões que envolvem aspectos constitucionais, quase nunca são decisões de conteúdo propriamente técnico, como revelam as chamadas escolhas dramáticas⁵ ou *hard cases* (casos difíceis) (GUERRA FILHO, 2005, p. 73).

Neste contexto, as clausulas pétreas, dentre elas os direitos fundamentais, sem embargo possam eventualmente funcionar como regras, são normas eminentemente principiológicas e, como tais, atraem toda a complexidade e a politicidade que lhe são peculiares quando de sua interpretação e aplicação em sede de jurisdição constitucional.

Assim sendo fortemente política a jurisdição constitucional, reforça-se a necessidade de que as instâncias dela incumbidas tenham em vista os anseios e necessidades da sociedade política, sem deixar sua independência das disputas políticas majoritárias. Contudo, LIMA (2001) esclarece que, no caso brasileiro, nos anos posteriores a promulgação da Carta de 1988, houve uma afinação do Supremo Tribunal Federal com a conjuntura momentânea do poder político e um distanciamento da sociedade e do povo. Segundo LIMA (2001, p 185), em vários casos “em que convocado [o STF] pela população para dirimir questões complexas e de suma relevância para a nação, quedou-se inerte ou optou pela pior forma social”.

⁵ Para o pensamento de Ronald Dworkin “O tribunal em face dos *hard cases* (casos difíceis) deve admitir e reconhecer princípios jurídicos obrigatórios, ao invés de pautar sua decisão em discricionariedade em face da ausência de normas. Então, na ausência de normas jurídicas aplicáveis os juízes deveriam se valer dos princípios que juntamente com as normas integram o direito, os princípios teriam uma função deontológica de validade.” (ROCHA, 2008)

Mesmo considerando as mudanças legislativas, em especial a emenda constitucional nº 45, e modificação dramática na composição da Corte nos últimos anos, o que poderia implicar em alguma melhoria na qualidade dos julgados, os problemas fundamentais da jurisdição constitucional não parecem ainda superados. Parece ser estrutural e não conjuntural a natureza do problema. É que, por exemplo, a interpretação das normas constitucionais com vistas ao preenchimento do seu conteúdo, por ser indeterminado, deixa um grande espaço de escolha ao julgador. Apesar de não se tratar de uma disputa de tipo majoritária, a interpretação constitucional não deixa de se tratar de um verdadeiro exercício da política:

As relações que a norma constitucional, pela sua natureza mesma, costuma disciplinar, são de preponderante conteúdo político e social e por isso mesmo sujeitas a um influxo político considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável. (BONAVIDES, 1993. p. 378).

Apesar da bibliografia farta sobre interpretação de normas constitucionais e de direitos fundamentais, ainda há dificuldade de por amarras ou constringer o papel criador do jurista, em especial o do juiz constitucional, na produção do Direito. A grande margem de escolha na interpretação das normas constitucionais, trás para a cena a peculiaridade da experiência constitucional contemporânea:

O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la. (BONAVIDES, 1993. p. 378).

3. ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO: O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE

Ora, se decisões sobre matéria constitucional são decisões de natureza política, notadamente quando se tratam de cláusulas pétreas e direitos fundamentais, surge a necessidade de outra dinâmica na interpretação e na aplicação da Constituição, de modo que se contemple os anseios da sociedade que se orienta pelo texto constitucional. ROCHA (2008), ao analisar as cortes supremas e a interpretação constitucional, discorre sobre o pensamento liberal de John Rawls a respeito do tema:

Segundo Rawls em uma sociedade liberal o “uso público da razão” se reflete em valores políticos compartilhados por todos os seus cidadãos, implícitos na cultura política democrática, acordados por toda a sociedade. Isto posto, a Constituição é aquilo que o povo diz que é, e não o que a Suprema Corte decide. Então, a função da Suprema Corte é assegurar que a vontade democrática do povo, inscrita na Constituição, não seja desvirtuada por procedimentos majoritários que ultrapassam o âmbito do “uso público da razão”, esse é o pensamento expressado na obra de Rawls. (ROCHA, 2008)

Contudo, o modelo liberal, guiado eminentemente pelo mecanismo do *judicial review*, não parece dar conta das particularidades, cuja manutenção se apresenta como fundamental para uma sociedade pluralista e multicultural. Essa é a crítica que os Comunitários fazem do pensamento liberal:

Tanto Taylor como Walzer recusam a teoria do direito proposta por Dworkin que defende instituto do *judicial review*, uma vez que criam obstáculos aos particularismos das identidades culturais. Pertence ao povo o papel de interpretar a Constituição manifestado pelo processo de soberania popular. O instituto da *judicial review* é legítimo na medida em que preserva as decisões provenientes da autoridade de um povo mobilizado, que soberanamente delibere e institua normas e princípios que regulam suas próprias relações. (ROCHA, 2008)

O que parece faltar ao modelo liberal é um mecanismo que efetive este ideal rawlsiano de “uso público da razão”. ROCHA (2008), mais adiante, esclarece sobre o modelo procedimentalista de Habermas, dando uma importante pista par enfrentar este problema:

Então, Habermas resgata o conceito de “comunidade de intérpretes da Constituição”, formulado por Hårbele, segundo o qual os cidadãos, autores e destinatários de seu próprio direito, e devem fazer uso dos procedimentos jurídicos visando à concretização de direitos; é a sociedade civil se auto-regulando. É nesta idéia de poder comunicativo mobilizado que Habermas ancora o direito de “comunidade de intérpretes da Constituição” proposta por Hårbele, especialmente porque os princípios e o sistema de direitos fundamentais abstratamente configurados na Constituição ganham densidade e corporificação através de um processo hermenêutico do qual todos devem participar.

O modelo de sociedade aberta de intérpretes de Hårbele parece dar conta da carência do modelo liberal, ao mesmo tempo em que responde à principal queixa dos comunitários. Para Hårbele, “uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema ‘Constituição e a realidade constitucional’” (HÅBERLE, 1997, p. 12). Por esta razão, Hårbele aponta a necessidade da construção de uma hermenêutica constitucional adequada a essa sociedade pluralista, o que ele mesmo chama de “sociedade aberta”. Esse ideal de Hårbele parece ter influenciado a atual configuração do STF na utilização da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Em mais de uma oportunidade foi permitida a fala de não advogados nas sessões de julgamento do STF. Nota especial seja dada à audiência pública no julgamento da ADIn nº 3510, que impugnou o artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, conhecida como ‘ADIn das células-tronco’, como também a oportunidade de manifestações do ex-ministro Francisco Rezek e da indígena Joênia Batista de Carvalho, um contrário a outra a favor da demarcação contínua da reserva indígena Raposa Serra do Sol.

Contudo, ainda não parece superado o problema fundamental da jurisdição constitucional de equilibrar, de um lado, a independência de disputas majoritárias e, de outro, alguma permeabilidade aos anseios da comunidade, reforçando de alguma forma o princípio democrático. Se a jurisdição constitucional, dentro de um modelo de sociedade aberta de intérpretes, parece mais adequada à afirmação da democracia, aponta também a necessidade de que haja um efetivo debate social das questões em análise. É que, em um regime que se diga democrático, “as decisões tem que ser permanentemente ‘fundamentadas’ e justificadas e dependem da anuência para que possam ser efetivadas” (COSTA, 1995, p. 55).

4. COMUNICAÇÃO PARA DEMOCRACIA E A DEMOCRATIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO

O ideal rawlsiano de uso público da razão, ou mesmo a proposta de Häberle de sociedade aberta de intérpretes, só podem se viabilizar na dinâmica da esfera pública. As disputas na esfera pública pode ser melhor compreendidas a partir da idéia gramsciniana de hegemonia:

Para Antonio Gramsci, o conceito de hegemonia caracteriza a liderança cultural-ideológica de uma classe sobre as outras. As formas históricas da hegemonia nem sempre são as mesmas e variam conforme a natureza das forças sociais que a exercem. Os mundos imaginários funcionam como matéria espiritual para se alcançar um consenso reordenador das relações sociais, conseqüentemente orientado para a transformação. O caráter processual do conceito gramsciano — o “por vir” — tem conexão com a utopia blochiana do “ainda-não-ser”. Ambos intentam deslocamentos e seqüências acumulativas de posições. (MORAES, 2008)

A hegemonia, para Gramsci, é marcada e em certa parcela determinada pela cultura. A importância dos mundos imaginários como força para alcançar o consenso social não é uma abstração ingênua, como pode parecer a primeira vista. ARENDT (2005, p.60) traça um paralelo entre a esfera pública e a noção coletiva da realidade, esclarecendo uma parte desse mecanismo:

A presença de outros que vêem o que vemos e ouvem o que ouvimos garante-nos a realidade do mundo e de nos mesmo; e, embora a intimidade de uma vida privada plenamente desenvolvida, tal como jamais se conheceu antes do surgimento da era moderna e do concomitante declínio da esfera pública, se intensifica e enriquece grandemente toda a escala de emoções subjetivas e sentimentos privados, esta intensificação sempre ocorre às custas da garantia da realidade do mundo e dos homens.

Neste diapasão, ganha sobre importância os mecanismos e instrumentos que uniformizam o que é visto e ouvido, na medida em que “o que cada pessoa faz não é baseado em conhecimento direto e seguro, mas em imagens feitas por ela ou dadas a ela”. (LIPPMANN, 1922, apud, LIMA, 2004, p. 190). Neste contexto vislumbra-se a

importância da comunicação social para o processo de socialização política. (LIMA, 2004, p. 189). Dentre os veículos de comunicação social, importância especial deve ser dada aos veículos que se utilizam do espectro eletromagnético, notadamente à televisão, visto que em pesquisas na década de 1980, “86% (1989) e 89% (1990) dos entrevistados declaram que tomam conhecimento sobre os acontecimentos políticos pela televisão” (LIMA, 2004, p. 194).

Os deputados constituintes de 1988 parecem ter tido atenção a esta realidade⁶, posto que inseriram no texto constitucional regras e princípios para a comunicação social, estabelecendo explicitamente que “os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio” (art. 220, §5º, CF/88).

Por um lado as liberdades de imprensa e de expressão, enquanto corolários⁷ da democracia, podem ser potencializadas através das tecnologias da comunicação. Por outro, um sistema injusto de acesso efetivo ao espaço midiático, ao lado de uma grande concentração na propriedade dos veículos redundam em violação dessas liberdades. Vê-se a necessidade de discutir mais que as velhas liberdades clássicas, passando a uma perspectiva de direito a comunicação.

Apesar de não estar plenamente consagrada a perspectiva de “direitos a comunicação” no ordenamento brasileiro⁸, esta questão não é recente nos debates internacionais. Desde os primeiros documentos fixadores de direitos, dentre eles a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução

⁶ “No caso brasileiro é desnecessário salientar a situação particular que vivemos na mídia, com uma imprensa diária que manteve em termos proporcionais, praticamente a mesa tiragem durante os últimos 20 anos, e uma televisão consolidada nacionalmente (aparelhos disponíveis em 87% dos domicílios) e dominada por um ‘virtual monopólio’ de audiência e de verbas publicitárias de uma única rede, que lidera também, tanto horizontalmente como verticalmente, vários outros setores da indústria, inclusive aqueles ligados às novas tecnologias de comunicações como a TV a Cabo e a DHT, televisão direta e via satélite” (LIMA, 2004. p. 194.)

⁷ “Por último, pôde ser analisada a liberdade de expressão em sua dúlice dimensão de virtude cívica e de direito inerente à própria manifestação essencial do homem na sociedade. A liberdade de expressão, dada sua suprema relevância para o processo democrático, tanto em seu aspecto jurídico-subjetivo, quanto jurídico-objetivo, é verdadeira condição de possibilidade para o exercício da autonomia dos cidadãos, porquanto através dela se fazem presentes as diversas concepções morais existentes em uma sociedade plural e complexa, assim como, por um discurso político voltado para o entendimento, permite-se legitimar as decisões coletivas, não somente pelo equacionamento das diferenças existentes proporcionado, mas também pela necessidade de justificação ou motivação destas decisões e pela possibilidade de permanente reexame quanto à sua validade. A liberdade de expressão e manifestação de pensamento é, outrossim, garantia circular do regime democrático e do bem-estar da sociedade, já que é do questionamento das diretrizes e ações implementadas pelo poder público que se pode efetivamente garantir um regime democrático livre e assegurar que as finalidades últimas colimadas pela sociedade e transcritas na Constituição estão de facto sendo observadas.” (CALAZANS, 2002, p.183-184)

⁸ “Reivindicar o reconhecimento do “direito a comunicação” revela um pressuposto: inexistir hoje a sua consagração constitucional. Porém, a Constituição da República Federativa do Brasil traz um capítulo, na ordem social, especialmente voltado aos problemas da comunicação social. Neste texto buscamos identificar o direito fundamental à comunicação em nossa Constituição e, ao mesmo tempo, indicar possibilidades hermenêuticas e insuficiências no tratamento constitucional da matéria” (SANTOS, 2008).

Francesa, se menciona a comunicação enquanto direito, junto às demais liberdades civis⁹. Naquela conjuntura, o direito a comunicação (se é que podemos chamá-lo assim naquele momento histórico) ainda estava centrado na figura no emissor¹⁰, enfatizando o aspecto individual, o que era bem adequado ao cenário de consolidação do liberalismo e do capitalismo.¹¹

Um segundo momento do discurso normativo internacional¹² do direito a comunicação é marcado pela proeminência dos atos normativos emanados pela Organização das Nações Unidas. A norma inaugural seria a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Apesar de se tratar de outro momento no discurso normativo internacional, a comunicação ainda é tratada apenas no aspecto interpessoal, impregnada pelos ideais liberais e burgueses da Revolução Francesa.¹³

A Convenção Inter Americana sobre Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi mais além no tratamento do direito comunicação, repudiando meios indiretos de restrição da liberdade de expressão via “abuso de controles oficiais ou particulares de papel de

⁹ “As Declarações de Direitos da Revolução Francesa, em 1789, diferenciam-se das Norte Americanas pelo conjunto de princípios e valores dedicados a proteger direitos e liberdades que não estavam restritos aos indivíduos do país em questão. Ao contrário dos americanos que somente olharam para as mudanças internas, os franceses tiveram a pretensão de anunciar uma revolução de direitos para o mundo. É o primeiro documento de direitos humanos com uma perspectiva universalista, e que traz a palavra comunicação explicitamente relacionada com as liberdades de opinião, expressão e de imprensa.” (GOMES: 2007, p. 45)

¹⁰ “A concepção da comunicação, nos documentos de 1789, 1791 e 1793, está centrada na figura do emissor, o homem que tem a liberdade de pensar e expressar suas opiniões (1789); o homem que tem a liberdade de utilizar meios diversos para disseminar seus pensamentos (1791); e o homem que pode, pela imprensa, manifestar seus pensamentos e opiniões (1793). O acesso à informação, através da imprensa, livros, panfletos, enfim dos meios impressos da época, não se faz presente em nenhum dos documentos.” (GOMES: 2007, p. 55)

¹¹ “O discurso sobre os direitos humanos na França da revolução, não era em hipótese alguma o pensamento do povo francês, senão da classe em ascensão, a burguesia liberal. Todas as liberdades estavam sendo garantidas para a manutenção e o desenvolvimento do ideal capitalista, que tinha como centro o indivíduo livre das amarras do Estado regulador, livre para acumular capital e livre para expressar o seu modo de vida, mesmo que isso representasse a exploração do outro e por conseguinte o cerceamento de sua liberdade.” (GOMES: 2007, p. 54)

¹² “O segundo momento acontece no século XX, com o marco legal estabelecido sob a égide da Organização das Nações Unidas (ONU). São os textos normativos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966), e da Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), pertencentes ao Sistema Global⁹; e a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969), referente ao Sistema Regional Interamericano¹⁰. Estas normas internacionais (Declarações) e não outras foram escolhidas por serem, respectivamente, a primeira e a última do século XX, que abordam de forma geral os direitos humanos. Os Pactos, de 1966, completam a segunda etapa do processo de institucionalização dos direitos humanos em âmbito universal. No caso da Convenção Americana, por ser o primeiro e o último tratado, de conteúdo geral, amplo e não apenas temático, também no século passado, do Sistema Regional Interamericano.” (GOMES: 2007, p. 50 e 51.)

¹³ “De qualquer maneira, ainda de forma predominante, a concepção da comunicação, na Declaração de 1948, ainda está forjada nos ideais liberais dos revolucionários franceses. Restringe a comunicação a um processo interpessoal e não considera a força verticalizadora dos meios de massa, já concentrados nas mãos do capital privado ou próprio do Estado”. (GOMES, 2007, p. 58)

imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação”¹⁴, detalhando também meios de proteção da honra e da reputação (art. 13 e 14). Apesar dos avanços, o texto ainda não ultrapassou a compreensão individualista de comunicação. Contudo, detalhou e conseqüente ampliou o conceito. (GOMES, 2007, p. 62 e 63)

Ao longo do pós II Grande Guerra, o cenário geopolítico influenciaria o discurso internacional sobre o direito a comunicação:

Neste mesmo período, países da Ásia e África, viviam um processo de descolonização e, juntamente com a América Latina, estavam dispostos a formarem um outro bloco de interesses políticos e econômicos. Iniciou-se a emergência de um outro conjunto de sujeitos políticos que formaram o então chamado Terceiro Mundo, alcançando uma posição realmente ativa nas Nações Unidas, durante as décadas de 1960 e 1970, quando o Movimento dos Países Não-Alinhados, tornou-se um ator decisivo para as mudanças no debate internacional da comunicação. (GOMES, 2007, p. 83 e 84)

Iniciavam-se os debates sobre uma Nova Ordem Mundial da Informação e Comunicação. O palco deste debate é a UNESCO (Organização das Nações Unidas para Educação Ciência e Cultura) que, com efeito, é uma organização mais antiga que a própria ONU. Num primeiro momento, o debate foi fortemente marcado pela hegemonia da doutrina Norte-Americana de livre circulação de informação no mundo, até fins dos anos 1960 (GOMES: 2007, p. 79).

No segundo momento da UNESCO, se dão os debates sobre a Nova Ordem Mundial da Informação e Comunicação (NOMIC), protagonizada, sobretudo, pelos países não alinhados¹⁵. No auge da guerra fria, a década de 1970 foi um período de intensa elaboração a respeito da informação e da comunicação.

O discurso da UNESCO mostrava-se mais claramente definido. O campo central estruturou-se em cima de sete pilares inter-relacionados: a cooperação à reivindicação de uma nova ordem econômica internacional; as aplicações concretas e definição do conceito de uma Nova Ordem Mundial da Informação e Comunicação (NOMIC); uma deontologia dos meios de comunicação social; o aprofundamento e redefinição do papel que

¹⁴ Trecho do item 3 do art. 13 do Pacto de San José da Costa Rica.

¹⁵ Era o ápice da guerra fria “quando o sistema internacional e as unidades que o compunham entraram em outro período de extensa crise política e econômica” (HOBBSBAWN, 1995, p. 225). Os países do bloco capitalista defendiam a priorização da efetivação dos Direitos Humanos Cívicos e Políticos e os que integravam o bloco comunista reivindicavam os Direitos Humanos Econômicos Sociais e Culturais. Em meio a este embate bilateral, o Movimento dos Países Não-Alinhados, sob a égide da UNESCO, conseguiu fissurar a pauta dominante, ampliando o debate, com um tema que já estava lá, de alguma forma, mas tornou-se mais contundente e polêmico, ou melhor, interdependente, indivisível e correlacionado aos demais: “A introdução das primeiras propostas sobre a Nova Ordem Internacional da Informação (NOII), que no final da década passou a denominar-se, nos documentos oficiais da UNESCO, Nova Ordem Mundial da Informação e da Comunicação (NOMIC)”. (GOMES:2007, p. 89)

desempenhavam os meios e os processos de comunicação nas sociedades contemporâneas; a proposta, definição e articulação da complementaridade entre cultura e comunicação; a formulação de políticas e planos de comunicação no âmbito nacional, regional e internacional; e a emergência da investigação sobre o direito à comunicação. (GOMES, 2007, p. 90)

As discussões levadas a baila naquela década, materializadas nas resoluções da UNESCO, sobretudo no que diz respeito aos meios de comunicação de massa, tem seus princípios fundamentais reunidos na Declaração sobre os Princípios Fundamentais relativos à Contribuição dos Meios de Comunicação de Massa ao Fortalecimento da Paz e da Compreensão Internacional, à promoção dos Direitos Humanos e a Luta contra o Racismo, o Apartheid e a Incitação à Guerra, de 1978 (GOMES, 2007, p. 99). O novo documento introduzido no marco legal internacional, todavia, não deu conta de várias questões polêmicas, como a democratização dos meios, tratando de forma escassa a respeito da participação do público na produção da informação. Contudo, serviu para confirmar a importância dos meios de comunicação de massa na promoção dos direitos humanos. (GOMES, 2007, p. 100).

A década de 1980 se inicia de maneira muito promissora. Desde 1977, uma comissão da UNESCO composta por representantes de 16 países e presidida pelo irlandês Seán MacBride vinha realizando um estudo sobre os problemas da comunicação, tendo sido entregue o texto final em abril de 1980 e aprovado por consenso na 21ª Conferência Geral da UNESCO, em Belgrado. Batizado em inglês de “Muitas Vozes, Um Mundo – a caminho de uma nova ordem mundial de informação e comunicação, mais justa e mais eficiente”¹⁶, também conhecido como Relatório MacBride, o documento serviu para consolidar o debate capitaneado pelos países não alinhados na década anterior, apontando para ações concretas.¹⁷

A série de resoluções propondo mudanças e estratégias para redistribuir e equilibrar os fluxos de informação entre países ricos e subdesenvolvidos, consoante com o relatório MacBride, significou importante avanço em relação ao novo direito humano ainda sem conceituação definitiva (direito a comunicação, direito e comunicar, etc) (GOMES, 2007, p. 104). Contudo, o rumo do discurso acabou gerando uma crise dentro da UNESCO, ocasionando a saída de importantes membros como Estados Unidos e Reino Unido. A partir

¹⁶ Tradução literal. Versão em português: “Um Mundo e Muitas Vozes – Comunicação e Informação na Nossa Época”, (GOMES: 2007, p. 90)

¹⁷ “Após mais de uma década de estudos, investigações e debates, que deram origem a programas e planos voltados para diagnosticarem e contribuírem com a resolução dos problemas da comunicação e informação – com destaque para o informe MacBride – a UNESCO enveredou por um caminho de viabilização das soluções concretas. Já se tinha um excelente apanhado da situação, e existia o apoio generalizado dos Países do Terceiro Mundo, com destaque para os Países Não-Alinhados. Embora o bloco capitalista e o comunista tivessem ressalvas sobre alguns temas espinhosos, não deixaram de participar das discussões e resoluções. Um exemplo é a Declaração dos Meios de Comunicação aprovada por unanimidade.” (GOMES, 2007, p. 101)

de 1989 “volta um discurso que se preocupava, predominantemente, com a função, o conteúdo, os usos e efeitos dos meios de comunicação ao avançar das novas tecnologias, em detrimento da práxis da comunicação como um direito humano” (GOMES, 2007, p. 106). A ênfase era a preparação do cidadão para ser consumidor, deixando a complexidade política e econômica do tema de lado¹⁸. No início do século XXI não houve retomada dos debates sobre direito a comunicação, deixando inalterado o discurso da década de 1990¹⁹.

Daí em diante não houve nenhuma outra normativa internacional que diga respeito a questões relacionadas à comunicação de forma mais específica. Em 1993, na Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena, foram produzidos uma Declaração e um Programa de Ação que ainda reforçaram a compreensão instrumental da comunicação. Foi quando “se cogitou na promoção de *uma sociedade civil pluralista e proteger grupos vulneráveis*, reconhecendo a importância de pensar o indivíduo não isolado, sendo apenas um emissor ou receptor, mas inserido em diversos contextos”. (GOMES, 2007, p.63)

De qualquer forma, no discurso normativo internacional, o direito a comunicação não ultrapassou o direito de informar e ser informado. (GOMES, 2007, p. 65) Mais especificamente, pode-se dizer que os documentos internacionais positiveram três direitos humanos: liberdade de expressão, acesso à informação e proteção da privacidade. “Respectivamente a eles, correspondem três padrões pertinentes aos desenvolvimentos informacionais: a disseminação, a consulta e o registro. A ausência do quarto padrão, a conversação, deixa excluído o direito à comunicação.” (GOMES, 2007, p.63)

Na conjuntura brasileira, podemos dizer que há uma dupla carência no que diz respeito a comunicação: por um lado é difícil o acesso a mecanismos que visibilize opiniões de grupos minoritários ou secundarizados; por outro lado falta regulação e controle sobre os atores mais forte que conduzem a comunicação social no Brasil. Poderíamos traduzir as duas demandas em duas pautas: 1) democratização dos meios; e 2) controle social e regulação.

¹⁸ “A prioridade, agora, era fomentar o espírito crítico dos usuários e estimular a faculdade de reação das pessoas e dos povos diante de conteúdos deturpados, que evidenciasse qualquer forma de manipulação. Os meios de comunicação prestavam um serviço e, portanto, os usuários deveriam saber exigir seus direitos de consumidor. O debate econômico e político sobre as questões que envolviam a NOMIC silenciou”. (GOMES, 2007, p. 106)

¹⁹ “Como na década de 1990, o peso do seu discurso estava na promoção do acesso equitativo à informação e ao conhecimento, com especial atenção aos de domínio público; no Programa Informação para Todos, que visava reduzir as disparidades no âmbito eletrônico (“brecha digital”); e no fortalecimento do Programa Internacional para o Desenvolvimento da Comunicação (PIDC). Embora tenha contribuído, de forma considerável, com a construção dos conceitos de “sociedades do conhecimento”, domínio público e desafios éticos suscitados pelos avanços das TIC, não voltou a discutir, no âmbito das suas Conferências Gerais, o tema do direito à comunicação. Os princípios adotados foram a “liberdade de expressão, educação de qualidade para todos, acesso universal à informação e ao conhecimento, e respeito à diversidade cultural e lingüística”. (GOMES, 2007, p. 106)

No que diz respeito à democratização dos meios tivemos algum avanço legislativo nas últimas décadas. A Lei nº 9.612, de 1998, que instituiu o Serviço de Radiodifusão Comunitária, avançou ao estabelecer as finalidades²⁰ do serviço. Já a Lei 8.977, de 1995, regulamentada pelo Decreto nº 2.206, de 1997, obriga a todas as operadoras de TVs por assinatura a cabo, na sua área de prestação de serviços, a abrirem um canal comunitário por município para uso livre de entidades não-governamentais e sem fins lucrativos.

Ocorre que nenhuma das duas previsões legais efetivamente democratizaram a comunicação. No caso da radiodifusão comunitária, política adotada pelo poder executivo federal não deu a devida atenção ao processamento dos pedidos de concessão desse serviço, resultando em processos sem conclusão e o fechamento da grande maioria das rádios comunitárias. O caso parece ainda mais grave quando se tem em vista que, em regra, as rádios comunitárias funcionavam regularmente e que passaram à irregularidade pela omissão (para dizer o mínimo)²¹ da Administração Federal no processamento de renovação das concessões. Outra questão diz respeito às limitações impostas a este tipo de serviço, só podendo operar com transmissores de baixa potência, com um raio de alcance de até 1 Km, considerado insuficiente para alcançar suas finalidades. Também a lei não garante nenhuma proteção da frequência das comunitárias diante dos chamados sinais primários, emitidos pelas rádios comerciais. Isso significa que em caso de interferência no sinal de uma comunitária causado por uma rádio comercial, prevalece o sinal da comercial. Outro aspecto ainda, que dificulta a existência das comunitárias, é a questão do custeio. É que a lei proíbe a publicidade comercial, só autorizando o chamado apoio cultural, e ainda assim de estabelecimentos instalados na área de alcance do sinal (raio de 1km). Isso significa que não é possível veicular os anúncios tradicionais, como reclame, vinheta ou *jingles*, tornando o veículo bem menos atrativo.

Já no caso das TVs comunitárias a primeira queixa é análoga à da radiodifusão comunitária: os canais comunitários só são acessados por assinantes de TV a cabo, o que afasta o acesso do público cuja comunicação esse

²⁰ Art. 3º O Serviço de Radiodifusão Comunitária tem por finalidade o atendimento à comunidade beneficiada, com vistas a:

- I - dar oportunidade à difusão de idéias, elementos de cultura, tradições e hábitos sociais da comunidade;
- II - oferecer mecanismos à formação e integração da comunidade, estimulando o lazer, a cultura e o convívio social;
- III - prestar serviços de utilidade pública, integrando-se aos serviços de defesa civil, sempre que necessário;
- IV - contribuir para o aperfeiçoamento profissional nas áreas de atuação dos jornalistas e radialistas, de conformidade com a legislação profissional vigente;
- V - permitir a capacitação dos cidadãos no exercício do direito de expressão da forma mais acessível possível.

²¹ Há casos em que o pedido de concessão tramita há mais de dez anos. Como a concessão depende de aprovação do Congresso Nacional a demora é ainda maior, conforme matéria "Rádios Comunitárias enfrentam dificuldades para se legalizarem", de 30 de maio de 2008, publicada no Portal do Aprendiz, disponível em <http://aprendiz.uol.com.br/content/freslethih.mmp>

veículo deveria facilitar. Quanto ao repasse do sinal em si, não parece haver problemas, havendo até boa vontade das empresas de TV a cabo nesse sentido. O grande limitante na verdade é o alto custo de produção dos conteúdos e as dificuldades no custeio. Analogamente ao que ocorre nas rádios comunitárias, as possibilidades das TVs comunitárias de arrecadar com publicidade é restrita. Pelo regulamento de TV a cabo, decreto nº 2.206/97, no item 7.2.1, é vedada a publicidade comercial nos canais básicos de utilização gratuita (dentre eles os canais comunitários), sendo permitida, no entanto, a menção de patrocínio de programas. Em razão disso, há apenas 40 canais comunitários ativos em 215 empresas operadoras de TV a cabo funcionando no Brasil, de acordo com a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).²²

Desde 2008, há uma expectativa de que a ANATEL reveja esses critérios possibilitando que sejam veiculados anúncios de patrocínios semelhantes ao que se tem hoje na publicidade institucional existente nas TVs educativas.

Em relação a segunda pauta do direito a comunicação, qual seja, o controle e a regulação, a situação é um pouco mais dramática. Em 20 anos de Constituição, apenas recentemente tivemos a institucionalização²³ de uma primeira ação concreta no campo da regulação da radiodifusão, que foi a classificação indicativa de conteúdos pelo Ministério da Justiça. Note-se que mesmo esta pequena iniciativa já foi suficiente para mobilizar as principais empresas que atuam no campo da comunicação social, alardando uma suposta volta da censura federal e pregando a auto-regulação (ROMÃO, 2008, p. 179). O que parece ser sintomático no comportamento dos grandes grupos que atuam na comunicação social, especialmente em rádio e televisão, é a aversão a qualquer forma de intervenção regulatória, preferindo desacreditar qualquer proposta que ingressar efetivamente no debate, propondo sempre a saída fácil da auto-regulação. BOLAÑOS (2008, p. 19) dá um panorama da difícil relação entre as grandes corporações midiáticas e a regulação democrática da comunicação:

A situação é particularmente difícil quando as grandes corporações midiáticas se prevalecem da velha ideologia da liberdade de informação dos idos do capitalismo liberal dos séculos XVIII e XIX para defender-se dos controles democráticos mais elementares sobre o monopólio da fala, ao mesmo tempo em que exercem forte censura privada sobre os conteúdos que pautarão o debate político, influenciarão os processos eleitorais, determinarão estilos de vida, moldarão as estrutura de pensamento.

5. ENTRE O ESTADO E O MERCADO: O PÚBLICO NÃO ESTATAL

Ao que tudo indica, temos ainda um longo caminho a percorrer para

²² Fonte: http://www.arede.inf.br/index.php?option=com_content&task=view&id=227&Itemid=99

²³ ROMÃO (2008, p.178) sustenta que já se tenta institucionalizar a classificação indicativa há 17 anos.

efetivamente distribuir o poder associado a comunicação. Uma realidade de concentração, típico de um mercado sem regulação, e ausência de controle social como temos no Brasil, vulnerabiliza a própria democracia. Parece que a liderança do processo de democratização da comunicação deve ser assumida pela sociedade civil, já que o Estado não tem demonstrado capacidade de dar conta desta demanda, apesar da aparente mudança de orientação ideológica nas principais instâncias da burocracia estatal. Por outro lado, as empresas que dominam a radiodifusão não parecem estar interessadas em qualquer tipo de regulação de mercado que leve a mudar o estado de coisas.

Esse debate sobre Estado e Mercado não é novo. O Estado moderno, na época do seu surgimento, era o principal violador de direitos relacionados à comunicação, como a liberdade de expressão e de imprensa. Em reação a violação reiterada das liberdades é que se estruturou o discurso liberal que fundamentou os diplomas definidores de direitos proclamados pelas revoluções burguesas, das quais a mais famosa é a francesa. Esses diplomas são de profunda relevância para o avanço das liberdades. Contudo o modelo econômico liberal, caracterizado pela concorrência completamente imune a qualquer regulação que não seja a autorregulação do mercado, não parece ser eficiente para criar, na comunicação social, a diversidade esperada para um ambiente democrático. KÖSTER e KÖSTER (2002, p. 97-100) concordam sobre a insuficiência da competição de mercado para prover efetivamente diversidade. Tratando de produtos informativos, eles apontam o fato de “tanto a televisão e o rádio como a imprensa se financiam através da publicidade e não através da venda do produto” (p. 98). Essa conjuntura leva os veículos a preferir não contrariar seus patrocinadores, como também leva à seleção das notícias mais pela sua capacidade chamar atenção, como ocorre com escândalos ou vidas de celebridades, que pela relevância que possam ter para a convivência democrática.

WAKSO (2006, p. 40) opina que “enquanto que um mercado concorrencial é objetivo explícito do capitalismo, há uma tendência inevitável para a concentração dos mercados”. MASTRINI e AGUERRE (2007) também comentam o problema da competição de mercado dizendo que “a intensificação global da competição resulta em menos competição a longo prazo” (p. 55). Num modelo de mercado orientado pelo *laissez-faire*, a pluralidade de atores em competição não parece ser a questão central, mas sim o lucro, mesmo que em detrimento da diversidade.

Se o ritmo do mercado é insuficiente para o surgimento de uma comunicação democrática, também o é o Estado. Deixar a comunicação sob o domínio do Estado não parece ser uma boa saída. Em que pese ser o espectro eletromagnético um bem público e os serviços de radiodifusão em geral um concessão gerenciada pelo Estado, isso não parece ser motivação bastante para deixar a comunicação prioritariamente a cargo do Estado. Não se pode perder de vista que o Estado não funciona como um autômato, sendo definido em boa dose pela vontade do núcleo de poder que o conduz. Deixar os meios de comunicação “somente nas mãos do Estado importa em substituir a liberdade

de expressão por um serviço estatal de comunicações que irá necessariamente selecionar conteúdos e tendências com uma única voz, uma única mão e, é claro com a forte influência dos delineamentos dos agentes que operam no interior desse Estado” (MARTINEZ, 2008, p. 17).

A preocupação com um equilíbrio entre a comunicação pautada no mercado e uma comunicação fora desse marco parece estar presente no texto constitucional. O art. 223, ao estabelecer a competência do Poder Executivo para outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão, estabeleceu também observância do princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. Aqui surge uma diferenciação aparentemente proposital entre público e estatal, o que nem sempre é percebido pela doutrina constitucional brasileira.²⁴ Partindo da hipótese que esta separação não foi acidental, surge a demanda de conceituar o que seria o sistema público não estatal. Antes de estabelecer um conceito de público não estatal para a comunicação social, é necessário compreender o que vem a ser o público não estatal em seu aspecto político e social.

BATISTA (2006) percebe o surgimento (ou ressurgimento) de uma esfera ou espaço público não estatal num contexto de crise do Estado moderno, fortemente influenciado pelas teses críticas anárquicas. Embora, à primeira vista, pareça haver uma confluência destas teses com os fundamentos do neoliberalismo, o autor assevera que o espaço público não estatal “surge como resultado das lutas dos movimentos sociais e das instituições da sociedade civil” (BATISTA, 2006, p. 339). É que, apesar de o Estado moderno ter se tornado “o vilão comum dos interesses do capital internacional, bem como do dos interesses dos movimentos sociais democráticos e objeto de críticas de ambos” (BATISTA, 2006, p. 338), o desmantelamento do Estado atende aos interesses do capital internacional de ausência de regulação econômica, possibilitando lucros sem fronteira, enquanto que, para os movimentos reivindicatórios da sociedade civil, o enfraquecimento do Estado desarticula o discurso de efetividade de direitos. Assim, enquanto a articulação de movimentos sociais num cenário de crise do Estado moderno produz um espaço político independente por fora do Estado, “democratizando as instituições políticas tradicionais e fazendo com que elas busquem uma legitimação permanente de sua representatividade através da interação com a sociedade civil organizada” (BATISTA, 2006, p. 339), o desejo do capital internacional é a supressão de todas as barreiras que os Estados poderiam opor ao fluxo das riquezas.

²⁴ Ives Granda Martins, comentando o art. 223 da Constituição de 1988, a respeito da presença dos termos “público” e “estatal” no texto, opina o seguinte: “É de se lembrar que os vocábulos ‘público’ e ‘estatal’ são idênticos, visto que toda atuação pública é uma atuação estatal. Nem se diga que o constituinte pretende cuidar das empresas estatais, visto que estas também compõem a Administração Pública indireta. No caso, a sinonímia entre os dois vocábulos é absoluta.” (BASTOS e MARTINS, 1998, p.866-867). É curioso o fato de a única hipótese que surge ao comentarista na compreensão de público e estatal é pelo viés do direito administrativo, esquecendo completamente a ciência política, tipo de saber muito aproximado ao constitucionalismo. A percepção do autor é superficial e restrita.

Destas reflexões se conclui que um espaço público não estatal estaria, a um mesmo tempo, fora da dinâmica do Estado e do mercado, se mantendo independente mas não impermeável a essas duas outras esferas. Essa conclusão ajuda a compreender como funciona esse conceito na comunicação social, mas encerra a questão.

BATISTA prossegue em suas reflexões sobre o público não estatal analisando o papel de movimentos e entidade da sociedade civil na construção da esfera pública não estatal. “Em meio à crise institucional, surgem os movimentos sociais e as organizações não governamentais, defendendo interesses relevantes que não são plenamente satisfeitos pela simples atuação do Estado” (BATISTA, 2006, p. 341). Essas entidades e movimentos passam a assumir funções de interesse público, com a defesa do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural, dos direitos humanos, etc. Não se trata, contudo de substituir a atuação do Estado nas atividades públicas essenciais, como saúde, segurança, educação, o que configuraria uma privatização disfarçada (BATISTA, 2006, p. 342). No paradigma da democracia participativa, o espaço público não estatal asseguraria a participação autônoma, representativa e democrática na gestão pública.

A partir destas outras reflexões, algumas questões ficam mais claras. O espaço público não estatal significaria a radicalização e a ampliação da vivência democrática. Podemos ensaiar uma conclusão a respeito dos entes que atuam no espaço público não estatal de que eles teriam como objeto mediato ou imediato o aprofundamento da democracia. Se tomarmos o conceito habermasiano de esfera pública burguesa (HABERMAS, 1994, p. 27) perceberemos que essa era exatamente a esfera em que pessoas privadas se juntam enquanto um público e não uma esfera propriamente estatal. Na verdade, a esfera pública burguesa se posiciona acima das próprias autoridades públicas, inserindo-as no debate. Era o espaço do uso público da razão. Aqui se vislumbra um diálogo entre o conceito de Habermas e a teoria constitucional de John Rawls.

Disso podemos esboçar o que vem a ser o sentido de público não estatal como sistema de comunicação social. Primeiramente, tratar-se-ia de um sistema cuja dinâmica não seria pautado nem pela concorrência de mercado, nem pela vontade estatal. Teria como objetivo mediato ou imediato o aprofundamento da democracia e a ampliação da esfera pública, no sentido de espaço do uso público da razão. Assim, os veículos desse sistema não podem ser geridos como os do sistema privado, de acordo com o gosto do “dono”. Parece que para preservar o sentido de público, além de se preocupar com questões de interesse público, há que haver algum tipo de mecanismo que viabilize a formação de uma coletiva, algo como uma democracia interna.

Embora superficial, esta elaboração pode servir para acumular em outros estudos sobre público não estatal na comunicação social. Depois de melhor estudado e conceituado, esse sistema de comunicação, tendo em vista sua previsão constitucional, pode vir a funcionar como meio para enfrentar, ao mesmo tempo, os desequilíbrios provocados pelo mercado, típico do sistema privado, e os humores dos governos que gerem o sistema estatal.

6. CONCLUSÕES

Não se espera que uma mera elaboração teórica produza o milagre de equilibrar o acesso e distribuir o poder associado aos *media*. Contudo, em se tratando de um dispositivo constitucional, essas pesquisas podem servir para fundamentar modificações legislativas, quem sabe até a regulamentação do sistema público não estatal.

Por hora o que precisa ser compreendido é que a democratização da comunicação é fundamental para concretizar a democracia, ainda mais quando se trata de um padrão de democracia constitucional, em que a concretização da vontade constitucional passa em grande medida pela jurisdição constitucional, e que esta, por sua vez, tem que ser ao mesmo tempo independente das disputas do tipo majoritárias e permeável aos anseios da comunidade política que o texto constitucional regula. Ambos os aspectos podem ser facilitados e aprofundados através de um sistema de comunicação efetivamente diversificado com a participação de uma pluralidade de atores. Seria a viabilização da proposta de Hårbele de sociedade aberta de intérpretes.

Por outro lado, um cenário de concentração dos meios prejudica não somente a realização das propostas mais modernas de democracia. Até o velho processo eleitoral periódico, através do sufrágio universal, pode ser desvirtuado numa realidade de extrema concentração dos meios. As tensões de um mercado sem regulação apontam para esse resultado: oligopólios, diminuição de diversidade e, no caso do Brasil, baixa regionalização da programação²⁵, entre outros problemas.

Assim, tendo em vista as duas pautas principais para a democratização da comunicação (facilitar o acesso dos grupos contra hegemônicos a veículos de comunicação e implementar uma regulação capaz de coibir os abusos dos atores mais forte da comunicação social) espera-se do poder público que enfrente com afinco as duas.

Por fim, no que diz respeito ao sistema público não estatal, além do que já foi dito a respeito de suas possibilidades de servir de mecanismo para enfrentar simultaneamente os excessos do Estado e do mercado, necessário seria ressaltar que já possuímos no Brasil serviços de radiodifusão que carregam os elementos de um sistema público não estatal. É o caso do serviço de radiodifusão comunitária. As determinações da lei que instituiu o serviço deixam isso claro. Os objetivos do art. 3º, especialmente o de dar oportunidade à difusão de idéias, elementos de cultura, tradições e hábitos sociais da comunidade (inciso I); o de permitir a capacitação dos cidadãos no exercício do direito de expressão da forma mais acessível possível (inciso V); além da vedação do proselitismo de qualquer natureza (§1º), da obrigatoriedade de pluralismo na programação opinativa (§2º) e do direito de voz de qualquer cidadão da comunidade (§3º), tudo isso confirma que se trata de um

²⁵ Segundo o estudo “Produção Regional na TV Aberta Brasileira” do Observatório do Direito à Comunicação. Disponível em www.direitoacomunicacao.org.br/novo/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=441

espaço público, cujo “dono” é a comunidade. Outras diferenças, como a gestão através de conselho comunitário, também ressaltam que a *res é pública*. O formato de veículo comunitário abre grandes possibilidades, algumas delas já foram contatadas no 1º. Encontro de rádios comunitárias da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), ocorrida em Guiné Bissau em março de 2006. Lá se pode constatar, dentre outras coisas que “as rádios comunitárias têm permitido a criação de espaços de debate e de confrontação de idéias entre os diferentes grupos sociais, políticos e econômicos, com visões e interesses diferentes, tendo em conta a falta local de instâncias democráticas”.²⁶

Uma porção de outros aspectos aponta para a mesma conclusão, o que indica que a elaboração de um sistema de comunicação público não estatal não está tão distante do ponto de vista teórico. Explorar esse conceito pode contribuir consideravelmente na democratização da comunicação e, por consequência, no aprofundamento da experiência democrática brasileira como um todo.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários a constituição do Brasil. 8º. Volume. São Paulo: Saravia, 1998.

BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita. Crise do Estado moderno, neoliberalismo e democracia participativa. In: LYRA, Rubens Pinto. Estado e cidadania: de Maquiavel à democracia participativa. P. 309-348. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2006.

BERTRAND, Claude-Jean. O arsenal da democracia: sistemas de responsabilização da mídia. Tr. Maria Leonor Loureiro. Bauru: EDUSC, 2002.

BOLAÑOS, Cesar. Uma introdução ao debate Estado e comunicação. In: RAMOS, Murilo César; DEL BIANCO, Nelia R. (orgs.). Estado e comunicação. P. 17-24. Brasília: Editora UNB, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito constitucional. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____, Paulo. Teoria do Estado. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOURDIEU, Pierre. Sobre a televisão. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1996

BRAGA, Leonardo Carvalho. A justiça internacional e o dever de assistência no “Direito dos Povos” de John Rawls. Dissertação (mestrado) – Rio de Janeiro: PUC, Instituto de Relações Internacionais, 2002.

BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. In:

²⁶ Item “e” das “Recomendações do 1º Encontro das Rádios Comunitárias da CPLP” (documento final do encontro). Disponível em http://www.adbissau.org/renarc/festivais/Renarc_CPLP_Declaracao.pdf

REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 10 – abril/maio/junho de 2007. Salvador, 2007.

CALAZANS, Paulo Murillo. Democracia deliberativa, legitimação e efetividade dos princípios fundamentais. Dissertação (mestrado), orientadora: Gisele Citadino. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2002.

COSTA, Sérgio. A democracia e a dinâmica da esfera pública. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, v. 1995, n. 36, p. 55-66. São Paulo: CEDEC, 1995.

GOMES, Raimunda Aline Lucena. A comunicação como direito humano: um conceito em construção / Dissertação (mestrado). Recife: O Autor, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 4ª ed. rev. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HABERMAS, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere*. Cambridge: Polity Press, 1994.

KÖSTER, Claudia Raussel; KÖSTER, Pau Raussel. Democracia, información y mercado – propuesta para democratizar el control de la realidad. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

LIMA, Venício A. de. Mídia, teoria e política. 2ª ed. São Paulo: Ed. Perseu Abramo, 2004.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. O Supremo Tribunal Federal na crise institucional Brasileira (estudo de casos – abordagem interdisciplinar). Fortaleza: ABC Fortaleza, 2001.

MARTINEZ, Angela Vivanco. A concentração dos meios de comunicação em sociedades democráticas: perigo para a liberdade democrática ou condição de subsistência? In: Cadernos Adenauer VIII, n. 4 – A mídia entre a concentração e a regulação, p. 9-38. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2007.

MASTRINI, Guillermo; AGUERRE, Carolina. Muitos problemas para muitas vozes: a regulamentação da comunicação no século XXI. In: Cadernos Adenauer VIII, n. 4 – A mídia entre a concentração e a regulação, p. 39-62. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional de Administração Pública. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAES, Dênis de. Imaginário social e hegemonia cultural. Disponível em <http://www.acesa.com/gramsci/?page=visualizar&id=297>. Acesso em 20/12/2008

NUNES JÚNIOR, Amandiro Teixeira. A teoria rawlsiana da justice. In: Brasil (Senado Federal). Revista de informação legislativa, v.42, nº 168, p. 215-225, out./dez. Brasília: Brasil (Senado Federal), 2005.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. In: Revista de informação legislativa, v. 43, n. 172, p. 135-148, out./dez. Brasília: Brasil (Senado Federal), 2006.

PAES, Arnaldo Bóson. A normatividade dos princípios constitucionais. Disponível www.trt22.gov.br/institucional/gabinetes/gdabp/estudos/normatividade.pdf Acesso em 20/12/2008

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Lisboa: Editorial Presença, 1993.

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. As cortes supremas e a interpretação constitucional. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 215. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1738>> Acesso em: 24/12/2008.

ROMÃO, José Eduardo Elias. Todos ganham com a classificação indicativa (até mesmo os que afirma perder dinheiro). In: SARAIVA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio Mattos; PIERANTI, Octavio Penna (Orgs.). Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa. P. 117-194. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Direito fundamental à comunicação e princípio democrático. Disponível em www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Gustavo%20Ferreira%20Santos.pdf . Acesso em: 22/12/2008.

WAKSO, Janet. Estudando a economia política dos media e da informação. In: SOUSA, Helena, org. Comunicação, economia e poder., p. 29-60. Porto: Porto Editora, 2006.



FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O CASO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR E ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL

JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA¹
FERNANDA SOLA²

RESUMO

O Direito Internacional abarca um conjunto crescente de normas e instituições, as quais, ao cabo, cobrem matérias sobrepostas. Isto cria inconsistências potenciais, uma vez que o sistema jurídico internacional é operado por instituições diferentes que se apóiam em tratados distintos. Este fato subjacente é denominado fragmentação do Direito Internacional pela Comissão de Direito Internacional da ONU. Como as relações entre a CNUDM e a OMI parecem ser descritas por este conceito, seu caso é objeto de análise jurídica no presente ensaio.

Palavras-chave

Fragmentação do Direito Internacional. Organização Marítima Internacional. CNUDM. Regimes internacionais. Direito ambiental internacional.

ABSTRACT

International Law encompasses a growing set of norms and institutions, which eventually cover overlapping issue areas. It creates potential inconsistencies, since the international legal system is run by different institutions that rely in distinct treaties. This underlying fact is known as the fragmentation of international law by the UN International Law Commission. As the relations between the UNCLOS and IMO look to be described by this concept, their case is to be object of a legal analysis in this essay.

Keywords

Fragmentation of the international law. International Maritime Organization. UNCLOS. International regimes. International environmental law.

¹ Doutor e Livre Docente em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito de São Paulo da Universidade de São Paulo, Professor da Universidade Católica de Santos e da Universidade do Estado do Amazonas.

² Mestre em Direito Ambiental na Universidade Católica de Santos. Professora da Universidade Federal de São Carlos.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas o Direito Internacional vem se adensando, no sentido de que cada vez mais aspectos da vida humana vêm sendo, direta ou indiretamente, influenciados por ele. Vários fenômenos têm oferecido sua parcela de contribuição, como a globalização, o desenvolvimento dos trabalhos das Organizações Internacionais, com importante protagonismo da ONU, e a crescente participação da sociedade civil organizada, para ficar em uns poucos exemplos.

A este adensamento se seguem algumas novas questões técnicas. Em especial, é possível se falar de uma fragmentação do Direito Internacional³, espalhado por um grande número de acordos, originados de processos de negociação e instituições diferentes, em muitos casos sem referência cruzada formal e sujeitos a instâncias diversas de solução de controvérsias. Quando apenas um punhado de questões é objeto efetivo do Direito Internacional, esta fragmentação não chega a se apresentar como um problema. Pelo contrário, a sensibilidade dos negociadores e a maestria dos arquitetos institucionais podem criar instrumentos adequados à matéria, às partes e ao momento histórico.

No entanto, para o bem e para o mal, já não são apenas umas poucas questões aquelas cuidadas por instituições e instrumentos internacionais. Isso faz com que âmbitos materiais se sobreponham. Além disso, a consciência crescente da inter-relação dos problemas e a capacidade científica e tecnológica de tomar em conta os efeitos cruzados leva a sobreposições de fato. Como cuidar de temas econômicos sem se referir às questões ambientais? Como tratar de meio ambiente sem falar de Direitos Humanos? Como discutir o domínio marítimo sem levar em conta a navegação e o meio ambiente marinho?

É exatamente neste ponto que se põe o tema da inter-relação entre a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) e as normas e padrões resultantes da atividade da Organização Marítima Internacional (OMI), sobretudo mediante os tratados e resoluções referentes à segurança no mar e ao meio ambiente marinho.

Embora formalmente constituídas por instrumentos diversos e contando com universos de membros diferentes, não podem evitar âmbitos materiais comuns.

O presente artigo, portanto, discute a inter-relação entre um tratado geral – a CNUDM – e o arcabouço jurídico e institucional de uma Organização Internacional – a OMI – que nem foi criada, nem se apresenta como uma instância operacional da referida convenção.

Deste modo, após breves descrições da OMI e da CNUDM, passar-se-á a analisar as suas relações.

³ CDI, 2006, p. 403-5.

2. OMI: ASPECTOS GERAIS E PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES

A OMI foi criada pela Convenção para a Organização Marítima Internacional, adotada na Conferência Marítima das Nações Unidas, aos seis de março de 1948 (Convenção OMI), em Genebra, a qual entrou efetivamente em vigor em 1958. Havendo sido denominada, originalmente, Organização Marítima Consultiva Inter-Governamental, mudou sua denominação para Organização Marítima Internacional com as resoluções da Assembléia 358(IX) e 371(X) de 1975 e 1977.

Com sede em Londres, a OMI dispõe de uma estrutura orgânica formada por uma Assembléia, um Conselho e cinco Comitês. A primeira, composta por representantes de todos os membros, é o principal órgão, responsável, inclusive, pela eleição do Conselho⁴.

O Artigo 1 da Convenção OMI estabelece a competência para, em âmbito global, cuidar dos temas referentes à segurança e combate à poluição, bem como à eficiência e disponibilidade de serviços de navegação. O Artigo 59 confirma estas competências, ao definir a OMI como agência especializada da ONU para o transporte e seus efeitos no ambiente marinho⁵.

Suas principais contribuições se dão no campo da navegação, da segurança marítima e do meio ambiente marinho, com ênfase na poluição originada de navios. Neste sentido, a OMI preparou vários tratados e suas atualizações.

Entre tratados e protocolos, há 53 textos aprovados, 14 dos quais aguardam as ratificações necessárias para sua entrada em vigor.

Destacam-se, entre estes, as seguintes convenções:

1. Convenção Internacional para a Segurança da Vida no Mar de 1974 (SOLAS);
2. Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição de Navios, de 1973, modificada pelo Protocolo de 1978 (MARPOL); e
3. Convenção Internacional sobre Padrões de Treinamento, Certificação e Fiscalização para Pessoal Marítimo de 1978 (STCW).

A SOLAS estabelece uma série de padrões mínimos a respeito da construção, equipamentos necessários e funcionamento dos navios, os quais devem ser certificados pelo Estado da bandeira e podem ser controlados pelos Estados de porto. Entrou em vigor em 1980. Contava, em dezembro de 2007, com 158 membros, representando 98,80% do total mundial de tonelagem mercante. Foram agregados dois protocolos, em 1978 e em 1988, ambos em vigor, com 111 e 89 membros, representando 95,65% e 90,14% da tonelagem mercante, respectivamente⁶.

⁴ Informações gerais no sítio de Internet da OMI: www.imo.org

⁵ OMI, 2007, p. 3.

⁶ <http://www.imo.org/>, consultado em 4 de fevereiro de 2008.

A MARPOL, por seu turno, dispõe sobre a poluição originada em navios, com exceção da descarga voluntária de resíduos ao mar (dumping)⁷. Organiza seu objeto em seis anexos, tratando de óleo (principalmente o resultante de resíduos de lubrificação e da limpeza de tanques de combustível), substâncias líquidas nocivas transportadas a granel, substâncias perigosas empacotadas, resíduos (SOx e NOx, inclusive), lixo e poluição aérea. Os anexos I e II são obrigatórios para todas as partes da Convenção, sendo os demais de adesão facultativa⁸. Até dezembro de 2007, este tratado somou 146 partes, as quais representam 98,73% da tonelagem mercante mundial⁹. Embora a poluição originada em navios não seja a mais significativa, representando apenas 12% do total da poluição marinha, é de se ressaltar que seu controle a partir do sistema da MARPOL é considerado eficiente¹⁰.

A STWC estabelece padrões mínimos de treinamento do pessoal marítimo, que deve, a cada cinco anos, obter um certificado, emitido um Estado membro, o qual dá conta de sua capacidade física, experiência no mar e aprovação em um teste com questões sobre navegação, prevenção, cuidados médicos e Direito Marítimo. Aplica-se pelo Estado do porto a navios de quaisquer bandeiras, independentemente da adesão à Convenção, garantindo-se que não será dado tratamento mais favorável a navios de Estados não membros. Em vigor desde 1984, até dezembro de 2007 a convenção contava com 151 ratificações, as quais representam 98,77% da tonelagem mercante mundial. Foram propostas emendas significativas em um protocolo de 1995, o qual ainda não está em vigor¹¹.

Estes tratados, portanto, se apresentam como uma importante mostra das atividades da OMI, a qual se apresenta, destarte, como a agência das Nações Unidas com mandato para cuidar dos vários aspectos referentes à segurança na navegação e proteção do meio ambiente marinho, com ênfase naquela originada de navios.

3. CNUDM: ADOÇÃO, ESTRUTURA E CARACTERÍSTICAS

A III Conferência das Nações Unidas para o Direito do Mar (III CNUDM) se iniciou em 1973 e teve como resultado de seus trabalhos a formulação da Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar (CNUDM), adotada em Montego Bay, em 1982.

A sua efetiva entrada em vigor, no entanto, teve de esperar por mais de dez anos. O principal impasse se referia à Parte IX, que tratava dos fundos

⁷ Este tema é objeto de outra Convenção da OMI, a Convenção sobre a Prevenção da Poluição Marinha por Descarga de Resíduos e Outros Materiais, conhecida como Convenção de Londres de 1972, havendo sido emendada por um protocolo de 1996.

⁸ Louka, 2006, p 154-8.

⁹ <http://www.imo.org/>, consultado em 4 de fevereiro de 2008.

¹⁰ Louka, 2006, p. 140-4.

¹¹ <http://www.imo.org/>, consultado em 4 de fevereiro de 2008.

marinhos e seu status de herança comum da humanidade, o qual não gozava do apoio dos países industrializados. Conforme o Artigo 308 (1), o vigor depende do depósito do 60º instrumento de ratificação. Isto, porém, apenas se consolidou depois da adoção de um Acordo sobre a Implementação da Parte XI, criado aos 28 de Julho de 1994. Assim, a CNUDM entrou, finalmente, em vigor aos 16 de Novembro de 1994. Conta, hoje, com 157 Membros.¹²

A CNUDM contém 320 artigos, distribuídos em 17 partes, que tratam de diversos temas relativos ao mar. Sua principal função é estabelecer o domínio marítimo, ou seja, quais das áreas estão sob o poder soberano dos Estados costeiros (águas internas e mar territorial e plataforma continental) e onde estes gozam de direitos especiais (zona contígua e zona econômica exclusiva), além de estabelecer um regime econômico para os fundos oceânicos pautado pela noção de herança comum da humanidade.

Deste modo, a CNUDM impacta tanto sobre os direitos relativos à navegação, consagrada a passagem inocente e restringidos os direitos dos Estados costeiros em impedi-la, quanto sobre os referentes a regimes econômicos de apropriação de recursos naturais. Traz, ainda, regras sobre a proteção do meio ambiente marinho e sobre a realização de pesquisas científicas.

A CNUDM cria um Tribunal do Mar, mas sua jurisdição é facultativa. Com efeito, o sistema de solução de controvérsias se compõe de quatro possíveis âmbitos: o próprio Tribunal do Mar, a Corte Internacional de Justiça e dois sistemas de arbitragem. A jurisdição depende, em larga medida, de opções das partes.

Pode-se observar, portanto, a grande amplitude do âmbito material da CNUDM, o qual abarca, inclusive, algumas das matérias especificamente abordadas pelos tratados da OMI.

Por manter aberta a possibilidade de adesão e ratificação, bem como pelo já amplo espectro de países que abrange, é considerada universal, do ponto de vista de seu alcance territorial. Por outro lado, como trata de uma vasta gama de temas, com destaque para a clara definição dos direitos e áreas referentes ao domínio marítimo, pode ser considerada como uma verdadeira Constituição do Mar, apodo que a acompanha em diversos documentos da ONU.

¹² Para dados sobre assinaturas, ratificação e vigor, veja-se http://www.un.org/Depts/los/reference_files/status2007.pdf, consultado em 17 de dezembro de 2007.

4. CNUDM E TRATADOS DA OMI

Conforme texto oficial da OMI¹³,

A CNUDM é reconhecida como uma “convenção guarda-chuva”, pois a maior parte de suas normas, sendo gerais, podem ser implementadas apenas mediante regras operativas específicas de outros acordos internacionais.

Assim, o principal campo de relações entre a CNUDM e os tratados da OMI se configura como relações de complementação, onde as disposições e atribuições de competência gerais da primeira orientam a estruturação dos segundos e, por seu turno, as normas mais precisas e completas destes são instrumentos de concretização daquela.

Deste modo, trataremos, inicialmente, do panorama histórico da utilização das regras da CNUDM para estabelecimento do domínio marítimo e sua influência nas atividades da OMI para, em seguida, discutirmos a extensão em que as disposições dos tratados da OMI são recebidas e potencializadas pela CNUDM.

4.1 Domínio marítimo e tratados da OMI

O Direito do Mar se apóia na classificação em Estados de bandeira, do porto e costeiros. Esta classificação, evidentemente, não se refere aos países em si considerados, mas à posição referente a regras e situações concretas. Assim, embora o Brasil disponha de portos, costa e matrícula de embarcações, será portuário em relação aos navios aí atracados, costeiro com referência à jurisdição sobre os navegantes em suas águas territoriais e de bandeira no que se refere às embarcações brasileiras, onde quer que estas estejam.

Esta classificação é importante para que se possa compreender o alcance efetivo de normas, internacionais ou internas, que visam regular as atividades marítimas. No caso, os tratados da OMI podem conter disposições que criam obrigações para o Estado do porto, da bandeira ou costeiro. As regras sobre poluição causada por óleo, por exemplo, obrigam os Estados portuários a controlar a certificação das embarcações e a dispor de infra-estrutura para o recolhimento dos lubrificantes, ao passo que o cumprimento das normas a respeito da segurança na navegação se concentra nos países de bandeira. Por outro lado, o estabelecimento de rotas marítimas e algumas ações de proteção ambiental dependem da distribuição de obrigações e responsabilidades também para os Estados costeiros.

Portanto, a extensão e o conteúdo do mar territorial, zona contígua e da zona de exploração econômica exclusiva têm impactos significativos sobre a ação da OMI. Como a CNUDM foi o primeiro instrumento universal a regular com clareza o domínio marítimo, podem ser descritos quatro períodos, três dos quais são importantes para as interações:

¹³ 2007, p. 3, T. do A.

1. Inexistência: da criação da OMI (1958) até o início da III CNUDM (1973);
2. Negociação: do início da III CNUDM até a assinatura da CNUDM (1982);
3. Latência: da assinatura à vigência da CNUDM (1994) e
4. Vigência.

Assim, de 1958 a 1973, a falta de um sistema internacional para a delimitação do domínio marítimo foi mitigada por um expediente técnico, pois os tratados da OMI se limitavam a criar obrigações para os Estados da bandeira e do porto. Nesse sentido, a Convenção sobre Linha de Carga, de 1966, não levantou questões de jurisdição. Porém, especialmente a partir do acidente do superpetroleiro Torrey Canyon, em 1967, questões que dependiam da definição da extensão do mar territorial, zona contígua e zona econômica exclusiva passaram a ter mais importância¹⁴.

De 1973 a 1982, durante as negociações daquela que viria a ser a Constituição do Mar, a OMI experimentou um de seus períodos mais prolíferos, no qual houve a celebração de alguns de seus mais importantes tratados: SOLAS, MARPOL e STCW. Para se colocar no mesmo diapasão da III CNUDM, a OMI realizou constantes consultas e introduziu cláusulas temporárias em seus tratados, as quais se voltavam a impedir que estes fossem prejudiciais a uma eventual convenção¹⁵.

No período posterior, entre a assinatura e o vigor da CNUDM, havia uma tensão entre a necessidade de buscar orientação em um instrumento mais geral e, ao mesmo tempo, a possibilidade de que este não chegasse a entrar em vigor. Não obstante, a necessidade de parâmetros para a regulamentação de rotas marítimas, com o fito de incrementar a segurança e reduzir os riscos ambientais, levou a OMI a se aproximar da convenção ainda latente. Em particular, a Resolução da Assembléia 572 (14), que estabelece normas gerais sobre rotas, deixa claro que estas não prejudicam as regras da CNUDM. De modo igualmente significativo, a Resolução da Assembléia 720, de novembro de 1991, reconhece a CNUDM, com exceção da Parte IX, como composta por direito internacional costumeiro amplamente aceito¹⁶.

Havendo iniciado seu vigor, a CNUDM passou a ser uma referência clara e necessária para a OMI, a qual pode lançar mão de normas claras a respeito do domínio marítimo. Nesta fase, desaparecidas as dúvidas a respeito da extensão geográfica e dos feixes de direitos referentes ao tema, as questões mais sensíveis passaram a focar o reconhecimento da OMI e as normas da CNUDM que regulam sua relação, como se verá logo adiante.

¹⁴ Blanco-Bazán, 2000.

¹⁵ Blanco-Bazán, 2000; OMI, 2007, p. 2.

¹⁶ Blanco-Bazán, 2000.

Não obstante, da análise do relacionamento histórico anterior à entrada em vigor é possível observar a difusão dos padrões da CNUDM, a despeito da falta de força jurídica especificamente embasada nas ratificações dos Estados Membros e, destarte, no vigor internacional. Quando ainda faltava um vínculo formal, a OMI enfrentou a indefinição do Direito do Mar, bem como a insegurança derivada desta, mediante estratégias diferenciadas em função das condições efetivamente enfrentadas. Durante as negociações, realizou consultas formais constantes, voltadas a informar e balizar suas decisões ao mesmo tempo em que criou salvaguardas para os Estados partes de seus tratados. Já no período de latência, após o ceticismo inicial, passou a fazer uso dos padrões de domínio marítimo estabelecidos e, com a finalidade de sedimentar uma base de segurança jurídica, editou uma resolução em apoio ao reconhecimento do caráter declaratório do costume das normas da CNUDM.

Assim, mesmo na fase de negociação e de latência, os trabalhos da III CNUDM e a CNUDM, respectivamente, tiveram importantes impactos na formulação dos tratados da OMI, o que se deveu à necessidade de padrões claros e seguros de distribuição de direitos e responsabilidades, a qual teve de se satisfazer com instrumentos sem positividade formal por mais de vinte anos.

4.2 A OMI na CNUDM

Como vimos, antes de sua entrada em vigor e, até mesmo, da conclusão das negociações, já havia referências à CNUDM nas Resoluções e tratados da OMI. Com a vigência, no entanto, passa a ser importante compreender como a Convenção se refere à Organização e seus instrumentos.

Há, com efeito, uma única menção textual à OMI na CNUDM, no Artigo 2 do Anexo VIII¹⁷, o qual trata da criação e manutenção de listas de especialistas para a arbitragem especial, cabendo à OMI fazê-lo no tocante a “navegação, incluída a poluição por navios e por descarga”¹⁸.

Há, porém, uma série importante de normas em que há referência indireta, mas inequívoca, à OMI¹⁹. Isto se dá, sobretudo, por meio da expressão “organização internacional competente”. Como a instituição em análise é, indubitavelmente, uma Organização Internacional e têm mandato universal para tratar dos temas da segurança e poluição marítima, é bastante difícil negar que esta se encontra designada, mesmo que por via oblíqua.

Por outro lado, fala-se em regras, padrões, regulamentos, procedimentos e práticas “geralmente aceitas”, o que, em alguns casos, parece se referir a normas e parâmetros estabelecidos pela OMI.

¹⁷ OMI, 2007, p. 2.

¹⁸ Para a lista, veja-se http://www.un.org/Depts/los/settlement_of_disputes/experts_special_arb.htm, consultado em 2 de Fevereiro de 2008.

¹⁹ Blanco-Bazán, 2000.

Por fim, há vezes em que ambas as expressões se encontra associadas, como nos Artigos 60 e 80, onde se lê “padrões internacionais geralmente aceitos pela organização internacional competente” e 216 (1), que utiliza a mesma linguagem, com a diferença de tratar de “regras e padrões”.

Em princípio, portanto, se apresenta um sistema de referências. A CNUDM indica, mesmo que indiretamente, os instrumentos da OMI como relevantes, seja quando estes são originados por uma “organização internacional competente”, seja quando são normas ou padrões “geralmente aceitos”.

Por seu caráter de guarda-chuva, a CNUDM deve ter sua compatibilidade com os instrumentos da OMI avaliada de duas maneiras:

1. Relação entre uma convenção geral e conjuntos de regras e padrões convencionais específicos, considerando a influência de um arcabouço de princípios da CNUDM sobre os demais tratados; e
2. Recepção e interpretação, o que diz respeito à compatibilidade das normas da OMI, como “organização internacional competente” e ao âmbito de aplicação de suas normas e padrões aos membros da CNUDM, com especial atenção aos que não são membros da OMI ou dos seus tratados.

Esta avaliação, para utilizar as categorias da Comissão de Direito Internacional da ONU (CDI) para o tratamento do tema da fragmentação do Direito Internacional²⁰, diz respeito à formação, ou não, de um “regime auto-contido” e da aplicação do “princípio de harmonização”.

A CDI não chega a definir um regime auto-contido, mas parece apontar para um conjunto normativo com unidade de objeto e finalidade, ao qual se dá coerência mediante princípios próprios e, por vezes, arcabouço institucional único ou compartilhado.

Com efeito, fala-se em três tipos de regimes auto-contidos²¹:

1. Aqueles em que normas substantivas são operacionalizadas por direito adjetivo;
2. Aqueles em que as normas criam obrigações especiais em uma determinada circunscrição geográfica ou material; e
3. Aqueles em que “todas as regras e princípios que regulam um certo campo de problemas são agrupadas de maneira a expressar um “regime especial”. Expressões como “direito do mar”, “direito humanitário”, “direitos humanos”, “direito ambiental” e “direito do comércio internacional”, entre outras, dão expressão a tais regimes. Para finalidades interpretativas, tais regimes devem, muitas vezes, ser considerados em sua integralidade.”

²⁰ CDI, 2006.

²¹ CDI, 2006, p. 410-1.

Ao que parece, portanto, a própria CDI reconhece que o Direito do Mar se configura como um regime especial, o qual, por conseguinte, deve ser considerado em sua integralidade. Não restam, ademais, dúvidas de que a CNUDM é a principal peça deste regime. O que resta saber, no entanto, é se, e em que medida, as contribuições da OMI o integram.

Neste sentido, tanto os aspectos históricos e o reconhecimento explícito da OMI a respeito dos padrões e princípios da CNUCED, quanto as referências direta e indiretas à Organização Internacional parecem corroborar a hipótese. Em outras palavras, por seu lado, a própria OMI se reconhece como parte de um regime jurídico estruturado a partir da CNUCED, enquanto, pelo outro, a CNUCED reconhece a função de normas e padrões estabelecidos por Organizações Internacionais para complementar o sentido de suas disposições.

Há, porém, um óbice importante a ser considerado. Não existe uma relação necessária entre a condição de membro da CNUDM e da OMI. De fato, embora ambas tenham uma abrangência geográfica grande, os conjuntos de membros não são coextensivos. Cotejando os dados da OMI e da ONU²², temos que de um total de 192 países, 55 dos quais não têm litoral, 157 são membros da CNUDM e 166 da OMI. Dos 137 com litoral, todos participam de alguma das duas, sendo que 135 são membros da OMI (Micronésia e Nauru são as exceções) e 122 da CNUDM. Dos 55 Estados sem acesso ao mar, 15 não são parte de nenhuma, 7 das duas, 9 apenas da CNUDM e 7 da OMI. Os dois casos mais relevantes são os dos Estados Unidos e da Libéria (país de bandeira da segunda maior tonelagem mercante no mundo²³), ambos membros da OMI, mas não da CNUDM.

A efetiva distribuição dos países parece revelar que, mesmo se considerando a quantidade e a importância relativa dos membros da OMI que não são membros da CNUDM, não se pode obstar a tomada em conta da participação desta Organização Internacional na formação de um regime auto-contido. Ressalve-se, no entanto, que o caráter de membro da OMI não implica, *per se*, adesão aos seus tratados, de maneira a se recomendar atitude prudente.

Com efeito, há elementos que favorecem o tratamento como um regime jurídico integrado, ao passo que outros apontam em outro sentido. Ambos podem ser sumarizados da seguinte maneira:

1. Âmbito material: embora o foco da CNUDM seja mais voltado ao domínio marítimo e o da OMI à regulamentação internacional da navegação, há convergências importantes, como a pressuposição de um sistema de domínio marítimo para as normas sobre rotas e poluição e, por outro lado, a necessidade de complementar as cláusulas da CNUDM por normas e padrões tecnicamente mais precisos e definidos;

²² http://www.un.org/Depts/los/reference_files/status2007.pdf e <http://www.imo.org/>, consultados em 3 de Fevereiro de 2008.

²³ The Economist, 2007, p. 76: 59,6 milhões de toneladas brutas.

2. Âmbito geográfico: ambas são abertas à adesão universal e, na prática, dispõem de um grande número de membros;
3. Finalidades: a pertinência de ambas ao sistema das Nações Unidas leva ao compartilhamento de finalidades e princípios gerais. Por compartilharem, parcialmente, o âmbito material, dividem também a necessidade de abordar os mesmos problemas;
4. Referências mútuas: a OMI se refere textualmente à CNUDM em vários instrumentos e a CNUDM faz uma referência direta e várias outras indiretas ao sistema da OMI;
5. Não obstante, não há um vínculo formal rígido que disponha a participação em uma delas como pressuposto da participação na outra.

Em face destes elementos e não obstante a necessidade de cautela em face de situações especiais, é razoável se afirmar que um regime jurídico auto-contido sobre o Direito do Mar, o qual é centrado na CNUDM, que, neste sentido específico, se assemelha a uma “Constituição do Mar”, congregando princípios gerais e estabelecendo a estrutura territorial necessária. A OMI, com seus tratados e recomendações, participa da composição deste regime jurídico, o que se apóia, inclusive, nas referências cruzadas. A forma e medida desta participação são pautadas, sobretudo, pela estrutura normativa da CNUDM e na sua intenção de capturar as normas e padrões estabelecidos para além do seu texto.

Aceitando-se, em princípio, a existência de um regime jurídico auto-contido, capitaneado pela CNUDM, pode-se, então, seguir para a análise específica da recepção das normas e padrões OMI nesse regime.

Para tanto, é importante retomar as referências convencionais a uma “organização internacional competente” e às normas e padrões “geralmente aceitos”.

A expressão “organização internacional” é usualmente aceita para referenciar as instituições internacionais formadas por Estados, a partir de um tratado constitutivo, capazes de expressar vontade própria e distinta da de seus membros, com personalidade jurídica de Direito Internacional e com estrutura orgânica regular. Em suma, trata-se das Organizações Internacionais no seu sentido próprio e não de organizações da sociedade civil, as chamadas organizações não governamentais. Neste sentido, a própria CNUDM, quando quer se referir a estas últimas, o faz como “organizações não-governamentais”, no contexto de seu Artigo 169. Ademais, várias vezes a expressão “organização internacional” vem acompanhada, alternativamente, da “conferência diplomática” competente, o que reforça seu caráter oficial e seu sentido clássico. A OMI é, sem dúvida, uma Organização Internacional e, neste sentido, em conformidade com as hipóteses referentes a “organização internacional competente”.

Onde, porém, vem descrita a competência da “organização internacional”? Não existem normas substantivas que definem esta competência no âmbito da

CNUDM. Deste modo, o termo, que compõe a hipótese das normas em que aparece, refere-se a dados externos à Convenção e que, portanto, devem ser buscados nos próprios instrumentos constitutivos da Organização Internacional. Aqui, porém, o termo “competência” deve ser entendido como a descrição do âmbito material de ação, mas não como fundamento da normatividade, a qual, para a CNUDM, deflui de suas próprias referências a um texto externo²⁴.

Este entendimento, no entanto, leva a uma questão importante: seria a Organização Internacional, cuja competência é definida em seus instrumentos constitutivos, também competente para os Membros da CNUDM, mas que não são membros do tratado relevante da OMI? Em respeito ao princípio que limita os efeitos de um tratado aos Estados membros, a resposta deve ser não. Entretanto, no caso da OMI, seu status de agência especializada das Nações Unidas pode ser utilizado para estender o âmbito de sua competência a todos os membros da ONU. Daí, aliás, a importância de se ressaltar que, nestes dispositivos da CNUDM, “competência” se refere à definição do âmbito, mas não à origem da cadeia de validade normativa.

No que concerne à “aceitação geral”, deve-se ter em conta que a expressão é bastante ampla e, em princípio, cobre o Direito Internacional costumeiro e os princípios gerais de Direito. Mas vai além disso, senão a própria necessidade de sua inclusão no texto convencional seria contestável. Em seu sentido mais correto, trata-se de uma cláusula aberta que se refere, também, a normas convencionais que atingiram um grau de aceitação que possa ser considerado geral, mesmo que não se comprove seu status de costume internacional.

Como as normas e padrões da OMI são mais específicos que os contidos na CNUDM, estes funcionam como fonte material complementar. Entretanto, nem sempre abrangerão toda sua extensão e detalhe, podendo ser recebidas na medida em que componham um mínimo denominador comum²⁵.

No que toca aos tratados, o número de ratificações e adesões deve ser considerado. Neste sentido, lembra Agustín Blanco-Bazán²⁶:

Os mais importantes dos tratados da OMI não apenas foram ratificados por um grande número de países, mas também refletem o consenso formal dado por estes estados para assegurar que algo entre 90 e 99 por cento da frota mercante do mundo cumpra com estas normas e padrões.

É possível, portanto, aplicar uma norma ou padrão da OMI no sistema da CNUDM, mesmo que em face de um Estado que não seja membro da primeira, ou signatário do tratado em tela. Esta aplicação, não obstante, se dá na medida autorizada e reconhecida pelo sistema receptor, qual seja o da CNUDM.

²⁴ Costa, 2000, p. 56-9.

²⁵ Blanco-Bazán, 2000.

²⁶ 2000, T. do A.

5. CONCLUSÃO

A CNUDM, o principal instrumento positivo do Direito do Mar, reconhece na OMI, em especial em suas recomendações e tratados, uma fonte material complementar para suas normas. Esse reconhecimento, indireto nas mais das vezes, é confirmado por várias manifestações da OMI, as quais remontam, inclusive, os períodos de negociação e latência da CNUDM.

Somando-se isso ao fato de que os temas cobertos pelo mandato da OMI são, pelo menos em grande medida, abrangidos pelo âmbito material da CNUDM e, além disso, o âmbito geográfico de ambas é amplamente coincidente, é possível considerar a existência de um regime auto-contido único. Por conseguinte, há integração sistêmica²⁷ sob o guarda-chuva oferecido da Convenção, o que implica a necessidade de uma interpretação que harmonize, na maior medida possível, as normas relevantes.

Não obstante, devido à abertura das cláusulas referentes à aceitação geral, deve-se tomar com cautela a absorção das normas e padrões da OMI pela CNUDM, sendo que esta não é necessariamente integral.

No que toca, portanto, à fragmentação do Direito Internacional, o caso analisado não causa preocupações. Há, como se viu, motivos razoáveis para considerar a existência de um regime auto-contido, o que favorece a harmonização mediante interpretação. Por outro lado, embora não exista um sistema formal de referências absolutamente claro, a leitura da CNUDM e de diversos atos da OMI permitem traçar linhas relativamente claras.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLANCO-BAZÁN, Agustín. (2000) “IMO interface with the Law of the Sea Convention”, in **23rd Annual Seminar of the Center for Ocean Law and Policy**. Charlottesville: University of Virginia. Disponível em http://www.imo.org/InfoResource/mainframe.asp?topic_id=406&doc_id=1077, consultado em 3 de fevereiro de 2008.

CDI. (2006) **Report of the Fifth-Eight Session – 2006**, A/61/10. Nova Iorque, Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas.

COSTA, José A. F. (2000) **Normas de Direito Internacional – Aplicação Uniforme do Direito Uniforme**. São Paulo: Atlas.

LOUKA, Elli. (2006) **International Environmental Law – Fairness, Effectiveness, and World Order**. Cambridge: Cambridge University Press.

OMI. (2007) **Implications of the United Nations Convention on the Law of the Sea for the International Maritime Organization**, LEG/MISC.5. Londres: Organização Marítima Internacional. THE ECONOMIST. (2007) **Pocket World in Figures**. Londres: The Economist.

²⁷ CDI, 2006, p. 413-6.



AS CONCEPÇÕES CLÁSSICAS DE CONSTITUIÇÃO

Luiz Henrique Borges Varella¹

RESUMO

O presente trabalho visa explorar as concepções clássicas de Constituição formuladas no fim do século XIX e início do século XX, quando da origem da Teoria da Constituição como ramo autônomo do conhecimento. A importância do estudo se justifica pelo fato de que, até os dias atuais, não se encontra uma definição imune a críticas do que seja (ou o que deve ser) uma Constituição, sendo importante, pois, focalizar as principais discussões de relevo sobre o tema, com o intuito de permitir o avanço teórico a respeito. Através de pesquisa bibliográfica, foram focalizadas as principais concepções de Constituição, se extraindo de Lassalle a concepção sociológica de Constituição, criticada por Hesse – que não admite a Constituição como mera “folha de papel” – e Kelsen, quem formula uma concepção jurídica de Constituição. Schmitt, por seu turno, desenvolve, por meio de sua teoria decisionista, a concepção política. Em contraposição, percebendo a complexidade do fenômeno constitucional, Heller propõe o realce da importância dos valores e defende que a Constituição se concebe por vários elementos, normais, normados juridicamente e extrajudicialmente, o que permite concluir que isolar a concepção de uma Constituição é um erro.

Palavras-chave

Constituição. Conceito. Definição. Sociológica. Jurídica. Política.

ABSTRACT

This paper aims to explore the classical concepts of Constitution made in the late nineteenth and early twentieth century, when the Theory of the Constitution as autonomous branch of knowledge born. The importance of the study is justified by the fact that, until today, no definition of what is (or what should be) a constitution is immune to critics, so it's very important to focus on main discussions about the theme, in order to allow theoretical advance it. Through literature review, were focusing on the main concepts of the Constitution, extracting from Lassalle's work the sociological conception of Constitution, that is criticized by Hesse – who didn't admits the Constitution as mere “piece of paper” – and Kelsen, who makes a juridical conception of Constitution. Schmitt, in turn, develops, through its decisionistic theory, the political conception. In contrast, perceiving the complexity of constitutional phenomenon, Heller proposes to highlight the importance of values and argues that the Constitution is conceived by many factors, normal, juridical normed and extrajudicial normed, which shows that isolate the design of a constitution is an error.

Keywords

Constitution. Concept. Definition. Sociological. Juridical. Political.

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia/MG. Professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas/MG – UNIPAM.

1. INTRODUÇÃO

A Teoria da Constituição, enquanto ramo próprio do conhecimento jurídico, com forte carga de influência da política e também da filosofia, teve sua origem na doutrina alemã que percebeu, pioneiramente, a necessidade de se buscar uma definição substancial de Constituição, ultrapassando a singela ideia que parece vigorar no senso comum jurídico de que Constituição é, por definição, a lei-mãe de um Estado.

Especialmente a partir de obras e embates clássicos em torno do que pode ser chamado de Constituição, tal como se vê entre Ferdinand Lassalle, com sua *Über das Verfassungswesen* (traduzida para o português com dois títulos diferentes: “O que é uma Constituição” e “A essência da Constituição”), e Konrad Hesse, com sua *Die normative Kraft der Verfassung* (traduzida para o português como “A força normativa da Constituição”), e também a partir do declarado enfrentamento da Teoria da Constituição como o fez Carl Schmitt em sua *Verfassungslehre* (traduzida para o espanhol como “Teoría de La Constitución”), à quem se atribui a origem dos estudos acerca do tema (CARVALHO, 2009, p. 50), observa-se uma preocupação cuja importância remanesce até hoje, especialmente devido a fatos históricos inolvidáveis como as duas grandes guerras mundiais e, igualmente, pela própria compreensão do papel do Estado em relação à sociedade.

Assim, o objetivo do presente trabalho se centraliza no estudo das principais obras e teorias de referência em torno do que é e também do que deve ser uma Constituição, ou seja, de tentar se alcançar, de acordo com cada perspectiva particular, uma concepção de Constituição. Não se tem, por meta, identificar um conceito que defina, de forma perfeita, o que é uma Constituição, até mesmo porque isso seria impossível por se inserir esta problemática na própria justificativa da filosofia constitucional. Pretende-se, contudo, exatamente diante da constatação de que não se pode chegar a uma definição que seja perfeita, investigar as propostas de definição de uma Constituição para se tentar criar uma abertura para novas reflexões a respeito do assunto, possibilitando a continuação da evolução da ciência jurídica neste particular.

Desta maneira, a fim de atingir os objetivos propostos, a pesquisa se desenvolverá por meio de revisão de bibliografia (pesquisa bibliográfica), considerando-se que a problemática é estreitamente ligada à filosofia constitucional, com a utilização do método dedutivo por se priorizar a análise em abstrato e em geral das controvérsias inerentes ao tema, sem abandonar por completo as incursões metodológicas indutivas, ainda que em menor escala, para fins de verificabilidade dos posicionamentos a serem expostos.

Registre-se, a título de delimitação do problema de pesquisa, que se as concepções de Constituição a serem analisadas serão, a título central, aquelas que se consegue extrair das obras já citadas de Ferdinand Lassalle, Konrad Hesse e Carl Schmitt, bem como as de Hans Kelsen – *General Theory of Law and*

State (traduzida para o português como “Teoria Geral do Direito e do Estado”) e *Reine Rechtslehre* (traduzida como “Teoria pura do Direito”) – e Hermann Heller – *Staatslehre* (traduzida para o português como “Teoria do Estado”) – dada sua particular importância clássica em torno da concepção material de Constituição. Naturalmente, buscar-se-á apoio em outras relevantes e contemporâneas referências da jusfilosofia constitucional, mas como forma de se destacar os principais méritos e críticas das concepções tratadas nos clássicos.

2. AS CONCEPÇÕES CLÁSSICAS DE CONSTITUIÇÃO

2.1 A dicotomia clássica: constituição formal e constituição material

Lassalle (2009, p. 19) afirma que em todos os lugares do mundo, a todo momento, fala-se e ouve-se falar da Constituição e seus problemas. Contudo, pouco se avançava sobre o que, de fato, representa a essência de uma Constituição, uma vez que, normalmente, ao se perguntar a um jurista, a resposta sobre o que é uma Constituição será algo no sentido de que se trata da lei fundamental ou lei-origem de um determinado Estado.

Pouco se resolve, é fato, ao se descrever a Constituição desta maneira, pois não se estará chegando ao problema de identificar o que torna algo uma Constituição, isto é, o que verdadeiramente torna uma lei, por exemplo, chamada de fundamental, como Constituição.

A partir de tal tipo de questionando desenvolveu-se ao longo da história uma concepção dicotômica a respeito de Constituição, diferenciando-a em Constituição em sentido formal e Constituição em sentido material.

Lê-se, em Kelsen (2000, p. 247), que Constituição em sentido material seria, considerando-se um Estado, o topo em termos de Direito positivo, n’onde se enxerga a(s) norma(s) positiva(s) através da(s) qual(is) é regulada a produção das normas jurídicas gerais. Diferencia-se a Constituição material, pois, da Constituição formal na medida em que a Constituição (escrita) retrata um documento que não só contém normas que regulam a produção de outras normas (legislação) mas também normas de assuntos politicamente importantes e preceitos de rigidez que tornam a Constituição especial, em termos de processo de alteração, fazendo-a mais rígida (*op. cit.*, p. 247-248).

A partir daí, e de acordo com Diniz (2003, p. 12), conclui-se que Constituição em sentido material é um complexo de normas constitucionais definidas conforme sua matéria, ou seja, normas básicas de indicação de como elaborar normas gerais. Já a Constituição formal abrange normas que pela forma, isto é, pelo simples fato de estarem previstas na Constituição, pouco importando sua matéria ou conteúdo, são adjetivadas de constitucionais (*op. cit.*).

Assim sendo, o interesse que desperta a investigação se relaciona ao

conceito material do que seja Constituição ou, como indagou Lassalle (2009, p. 20), do que representa a essência de uma Constituição, pois é preciso tentar se identificar o que está autorizado pela espécie (conteúdo), e não pela localização (forma), a figurar no bojo de uma Constituição. Isto porque, como bem adverte José Adércio Leite Sampaio, a teoria formal de Constituição se restringe ao plano das normas em potência, sem ocupar-se com sua relação com a vida prática, podendo um texto normativo pouco ou nada se faltar a ele bases reais de concretização, não adiantando pretender-se rígido e supremo, ou cercar-se de várias garantias jurídicas de proteção contra o arbítrio, se carecerem substratos políticos e sociais que dêem a ela a necessária vitalidade e fortaleza (SAMPAIO, 2004, p. 9).

2.2 AS TEORIAS CLÁSSICAS EM TORNO DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO MATERIAL

2.2.1 EM TORNO DO CONCEITO SOCIOLÓGICO DE CONSTITUIÇÃO

O pioneirismo acerca do enfrentamento do problema da conceituação material de Constituição pode ser creditado a Ferdinand Lassalle, que em sua *Über das Verfassungswesen* de 1863 buscou questionar o que retrata a essência de uma Constituição. Tal obra rendeu a Lassalle o título de pai da concepção sociológica de Constituição, haja vista que em sua opinião esta é concebida como fato social e não propriamente como norma.

Tal tipo de concepção sociológica também é defendida por Sismondi e de certo modo por Lorenz Von Stein, os quais vislumbram a Constituição como conjunto ou consequência dos mutáveis fatores sociais que condicionam o exercício do poder, como lei que rege efetivamente o poder político em certo país por virtude das condições sociais e políticas nele dominantes (MIRANDA, 2005, p. 341), bem como por Marx, para quem a Constituição seria um produto das relações de produção visando assegurar os interesses da classe dominante, isto é, seria um mero instrumento de dominação nas mãos desta

Segundo Lassalle (2000), o conteúdo da Constituição seria produto da realidade social de um país (Estado), das forças de natureza social que detém poder de influência sobre os rumos da sociedade, os chamados “fatores reais de poder” que são uma espécie de “força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são” (LASSALLE, 2009, p. 22). Tais fatores reais de poder são forças que atuam de forma predominantemente política e legítima, exercendo papel singular na determinação e conservação das instituições jurídicas num determinado contexto social, tais como, na ótica de Lassalle, a monarquia, a aristocracia, a grande e pequena burguesias, os banqueiros, a classe operária e até mesmo, implicitamente, a consciência coletiva e a cultura geral.

A ideia dos fatores reais de poder enquanto força determinante de identificação do conteúdo material de uma Constituição parte de uma singela constatação: uma Constituição escrita que possua normas ou diretrizes

contrárias ou não amparadas pelos fatores reais de poder é fadada à ineficácia. Lassalle (2000) emprega, a partir desta constatação, uma ácida denominação às Constituições escritas: mera folha de papel. Pouco importa o que esteja previsto na folha de papel (Constituição escrita). Não é o texto que transformará a realidade, mas sim a realidade que determinará o texto. Parafraseando uma metáfora adotada por Lassalle (2009, p. 47), se uma macieira tiver dependurada uma placa identificando-a como figueira, a macieira não passará a render figos apenas por causa disso. Assim ocorre com a Constituição escrita, a folha de papel. Seu texto não irá provocar mudanças na realidade social. De fato, tal concepção material “tem grande poder crítico, pois procura desmascarar as chamadas ‘Constituições semânticas’, que têm o claro propósito de maquiagem as relações de poder existentes” (SAMPAIO, 2004, p. 12).

Delineiam-se, a partir de Lassalle (2000), duas espécies de Constituição: a Constituição real, que retira seu sustentáculo dos fatores reais de poder, e a Constituição escrita, a folha de papel, que é mero documento, a materialização da Constituição. A Constituição escrita, pois, somente será boa e duradoura quando corresponder à Constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país, pois se a primeira não corresponder à segunda, inevitavelmente haverá um conflito que invariavelmente resultará na sucumbência da Constituição escrita perante a Constituição real e as verdadeiras forças vitais do país (LASSALLE, 2009, p. 43).

Conclui-se, então, que Lassalle enxerga a Constituição (real) como uma expressão de *ser*, e não de *dever ser*, porque sempre que a Constituição (escrita) se projetar para modificar a realidade não surtirá qualquer efeito, ante a ausência de sua força de modificar a sociedade que se organiza e se regula, na realidade, conforme os fatores reais de poder. A Constituição real será, pois, sempre um fato pré-normativo, sendo que “os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder” (LASSALLE, 2009, p. 51).

Reside aí, portanto, um dos pontos centrais das críticas cabíveis ao pensamento de Lassalle: a falta de capacidade da Constituição poder se constituir de normas que definem diretrizes a serem ainda alcançadas pela sociedade, de definir metas ou normas que ainda não vigoram, efetivamente, na realidade social.

Extrai-se da obra de Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, nascida de uma palestra proferida em 1959, um dos maiores contrapontos à teoria desenvolvida por Lassalle, pois a se concordar com ele “o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominante” (HESSE, 1991, p. 11). Ademais,

[...] a Constituição não configura apenas uma expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Consti-

tuição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social (HESSE, 1991, p. 15).

Por conseguinte, vincular a essência da Constituição unicamente aos fatores reais de poder tornaria impossível dissociar a ciência constitucional da sociologia, esquecendo-se que a ciência constitucional é normativa e não apenas uma ciência exclusivamente da realidade. É imprescindível reconhecer a capacidade da Constituição de se projetar na sociedade e provocar mudanças, isto é, reconhecer a sua força normativa ou, nas palavras de Bestor, que “a Constituição tem sempre uma função diretiva eminente” (2005, p. 151).

É certo, contudo, que os fatores reais de poder não podem ser desprezados. Afinal, uma completa dissociação entre eles e as disposições das normas constitucionais invariavelmente resultaria em ineficácia, contrariando a essência da Constituição que na visão de Hesse é a capacidade de concretizar-se, sendo condição da concretização estar em sintonia com as condições históricas de sua realização (HESSE, 1991, p. 24-27).

A Constituição, para ser efetiva, requer também uma consciência geral, tanto daqueles a quem ela se dirige como daqueles que tem por missão defendê-la, de que o cumprimento da Constituição deve ser um compromisso, um desejo, um horizonte, o que Hesse chamou de “vontade de Constituição”, que se origina de três vertentes diferentes: a) a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável; b) que tal ordem normativa necessita de constante legitimação; c) que a eficácia desta ordem depende de vontade humana (HESSE, 1991, p. 19-20). Trata-se, pois, de uma espécie de entranhamento afetivo por parte do povo em relação à Constituição, que suscita um entusiasmo chamativo, público e representativo que o constitucionalista espanhol Pablo Lucas Verdú chamou de sentimento constitucional, que consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade, mais ou menos consciente, porque se estimam (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência (*apud* BESTOR, *op. cit.*).

Portanto, é necessário se aperceber, que o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos complexos (judiciais, legislativos e administrativos, inclusive iniciativas dos cidadãos), “passa de uma *law in the books* para uma *law in action*, para uma *living constitution*” (CANOTILHO, 2003, p. 1163). Reduzir o fenômeno constitucional, pois, à expressão dos fatores reais de poder, de fato, não parece inteiramente acertado.

2.2.2 EM TORNO DO CONCEITO JURÍDICO DE CONSTITUIÇÃO

Também como maneira de estabelecer um contraponto à teoria lassalista, que nega ao direito e confere à política a solução para os problemas constitucionais, Hans Kelsen defende o Direito como estrutura unicamente

normativa, alheia à moralidade, religião, sociologia etc. “O Direito é sempre Direito positivo, e sua positividade repousa no fato de ter sido criado e anulado por atos de seres humanos, sendo, desse modo, independente da moralidade e de sistemas similares de normas” (KELSEN, 1992, p. 118).

Sendo, pois, o Direito uma estrutura puramente normativa, Kelsen delinea sua teoria assente na ideia de escalonamento de normas, uma vez que para ele o Direito é um sistema dinâmico de normas, ou seja, um sistema que se baseia na identificação de seus elementos (componentes) por atos próprios de vontade de indivíduos autorizados, e não por exercício mental de dedução por evidência inerente aos sistemas estáticos. Utilizando os exemplos do autor: a moral, como sistema estático de normas, pode ditar que não se deve mentir, sendo tal norma deduzida de outra mais abrangente que dita que se deve ser honesto (operação intelectual de dedução); já o sistema jurídico, como sistema dinâmico de normas, pode contar normas de qualquer espécie e com qualquer conteúdo, desde que as normas sejam criadas em conformidade com o que foi definido em uma norma fundamental (KELSEN, 1992, p. 117-118).

A partir dessa estrutura escalonada (hierárquica) do Direito, na qual se percebe que o fundamento de validade de uma norma será sempre outra norma (superior), identificam-se vários graus no processo de criação do Direito, já que a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, mas sim um sistema cuja unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma e assim sucessivamente até se chegar à norma última: a norma fundamental (KELSEN, 2000, p. 247).

Nesta ordem de ideias, Kelsen destacou dois sentidos para a palavra Constituição: o lógico-jurídico e o jurídico-positivo.

O sentido lógico-jurídico se refere à norma fundamental hipotética, que é pressuposta, não positivada, e serve de “fundamento lógico-transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva” (BESTER, 2005, p. 66). Já o sentido jurídico-positivo se refere à norma positiva superior, o conjunto de normas que regulam a edição de outras normas jurídicas (Constituição material) e ao conjunto de normas que, apesar de não tratar propriamente de como se fazem outras normas, merecem um modo especial de alteração (Constituição formal).

Justifica-se a utilização de tal duplo sentido pelo fato de que Kelsen não admite interferência no sistema do Direito de valores morais, políticos, religiosos e etc. A tarefa de estudar a repercussão de tais fatos cabe à sociologia e outras ciências, não a do Direito, que se funda em norma pura. Não se entenda, contudo, que Kelsen ignora por completo o fenômeno social. Ao contrário, admite que há condição de validade das normas (mas não seu fundamento), qual seja a eficácia da ordem jurídica total (KELSEN, 1992, p. 123), vez que a validade de uma ordem jurídica depende de sua concordância com a realidade (*op. cit.*, p. 125).

Assim, por se basear o Direito em norma, a justificação da validade da

Constituição deve ser a norma fundamental hipotética pressuposta, porque sem essa pressuposição de validade todas as normas do sistema não fariam sentido, já que “nenhum ato humano poderia ser interpretado como um ato jurídico e, especialmente, como um ato criador de Direito” (KELSEN, 1992, p. 121). Bobbio (2008, p. 211) afirma que a norma fundamental hipotética pressuposta é para o sistema jurídico o que os postulados são para os sistemas científicos: proposições primitivas de que se deduzem as outras, mas que por sua vez não são dedutíveis, sendo postos por convenção ou por suposta evidência. O conteúdo da norma fundamental, portanto, seria algo como “ ‘o poder constituinte é autorizado a emanar normas obrigatórias para toda a coletividade’ ou ‘a coletividade é obrigada a obedecer às normas emanadas do poder constituinte’ ” (BOBBIO, 2008, p. 208).

Destarte, ao contrário do que sustentou Lassalle, Kelsen advoga que a Constituição é puro *dever ser*, e não representação do *ser* (o que é), pois “se a validade do Direito é identificada com algum fato natural, torna-se impossível compreender o sentido específico em que o Direito é dirigido à realidade e, assim, se sobrepõe à realidade” (KELSEN, 1992, p. 125). No entanto, conforme se verá adiante, a concepção estritamente jurídica de Kelsen não está imune a críticas.

2.2.3 EM TORNO DO CONCEITO POLÍTICO DE CONSTITUIÇÃO

Considerando que o momento político de elaboração de uma norma sempre antecede a juridicidade da mesma, Carl Schmitt se destacou como o maior expoente da concepção política de Constituição, em sua *Verfassungslehre* (“Teoria da Constituição”) de 1928.

Schmitt, inicialmente, adverte a respeito da pluralidade de espécies conceitos que se pode atribuir à Constituição, distinguindo quatro tipos específicos: o conceito absoluto, o relativo, o positivo e o ideal.

O conceito absoluto se baseia na visão da Constituição como um todo unitário, podendo significar o modo de ser de qualquer unidade política existente ou a regulamentação legal fundamental, isto é, norma de normas, um *dever ser* normativo (SCHMITT, 1992, p. 30 e 33). Numa perspectiva relativa, Schmitt conceitua Constituição como uma pluralidade de normas particulares, leis constitucionais distintas porém formalmente iguais (*op. cit.*, p. 37). Em sentido positivo, o mais importante na visão de Schmitt, Constituição é uma decisão política de conjunto sobre o modo e a forma de determinada unidade política, ou seja, a Constituição surge por um ato de poder constituinte que é um ato de decisão política (decisão política fundamental). Consiste, pois, na “*determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política*” (*op. cit.*, p. 46). Por fim, o conceito ideal reside num sentido distintivo e por causa de um certo conteúdo de identificação de uma Constituição que seja verdadeira ou autêntica, verificando-se se há compatibilidade entre o que diz a Constituição e o que dita “um determinado padrão valorativo ou princípios ideais” (NEVES, 2007, p. 61).

Destas linhas mestras do pensamento de Schmitt se extrai duas

proposições centrais que o caracterizam: a) o decisionismo; b) a distinção entre Constituição e leis constitucionais.

O decisionismo é representado pela ideia de que a validade da Constituição não se apóia na justiça de suas normas, nem numa norma hipotética fundamental como assevera Kelsen, mas sim na decisão política que lhe confere existência, isto é, no ato do poder constituinte que dita, politicamente, como será o modo e a forma de existência de um Estado. O poder constituinte, conseqüentemente, equivale nesta ótica à vontade política.

Nesta ordem de ideias, a Constituição possui sentido político absoluto, já que sua essência não se encontra numa lei ou numa norma, mas sim por seu profundo valor existencial. Trata-se de verdadeiro polo contrário à concepção jurídica de Constituição professada por Kelsen, firmando-se aí o maior distanciamento no que diz respeito à compreensão do conceito de Constituição, uma vez que se abdica do culto à norma e das regras e se dá lugar ao culto do fato e dos valores existenciais (BONAVIDES, 2006, p. 104-105). Daí se afirmar, na ótica schmittiana, que “a Constituição não vale porque vale ou porque uma norma hipotética diz que vale, mas porque é produto de uma decisão constituinte” (SAMPAIO, 2004, p. 5). O político, destarte, prepondera sobre o jurídico.

Outra importante contribuição de Schmitt se refere à distinção entre Constituição e leis constitucionais, posto que segundo ele a Constituição se destina a estabelecer normas unicamente sobre matérias de grande relevância jurídica, fruto da decisão política fundamental, quais sejam a organização do Estado, o princípio democrático, os direitos fundamentais e etc. As demais normas integrantes do texto constitucional, portanto, denominar-se-ão leis constitucionais. A distinção repercute especialmente no aspecto da rigidez quanto à possibilidade de alteração das normas, pois enquanto as leis constitucionais estão sujeitas à modificação, a Constituição não, por ser oriunda da decisão política fundamental e, conseqüentemente, intangível (SCHMITT, 1992, p. 49-50).

2.2.4 UM PASSO ALÉM: A POSIÇÃO DE HERMANN HELLER

Foi possível perceber nas concepções elaboradoras por Lassalle, Kelsen e Schmitt um traço comum: todas as teorias destes autores primaram, de certa forma, por justificar ou explicar a Constituição com base em um elemento singular. Para Lassalle, Constituição é a representação dos fatores reais de poder; para Kelsen, a norma fundamental; para Schmitt, a decisão política fundamental. Chega-se, inclusive muitas vezes, a se perceber diálogos entre as teorias, especialmente para a formulação de críticas. Contudo, é possível que o mesmo pecado tenha sido cometido por todos, qual seja, o de tentar conceituar a Constituição com base em única origem.

Em sentido contrário, enxergando esse problema, Hermann Heller propõe a definição da Constituição como totalidade, baseada, conforme afirma Jorge Miranda, “numa relação dialéctica entre normalidade e normatividade e,

em segundo lugar, na procura da conexão entre a Constituição enquanto ser e a Constituição enquanto Constituição jurídica normativa” (2005, p. 344).

Aos conceitos “unilaterais” opõem-se as chamadas concepções “dialético-culturais” de Constituição, conforme as quais ela é definida como síntese abrangente das três dimensões básicas referidas. A Constituição do Estado resultaria da relação recíproca entre dever-ser constitucional (“ideal”) e ser constitucional (“real”). Em Heller, essa fórmula expressa-se através da dialética “normatividade/normalidade”. (NEVES, 2007, p. 62)

Portanto, ao buscar uma conceituação sincrética de Constituição, Heller apresenta três conceitos explícitos (Constituição jurídica destacada; Constituição política como realidade social e Constituição escrita) que, na realidade, apresentam cinco acepções diversas. Duas de fundo sociológico, duas de fundo jurídico e um meramente formal (CAVALCANTI, 1989, p. 175).

O primeiro conceito sociológico se refere à Constituição política como realidade social, quando diz que a Constituição de um Estado coincide com sua organização. O segundo, à Constituição normada juridicamente ou extrajudicialmente pelo costume, a moral, a religião, a moda etc. (HELLER, 1968, p. 295 e 298). Já quanto aos conceitos jurídicos,

Não só segundo uma acepção vulgar, mas também na linguagem jurídica, costuma entender-se por Constituição do Estado não a estrutura de um *status* político total, antes descrita, mas unicamente o *conteúdo normativo jurídico* destacado desta realidade; não uma estrutura social formada por normas, mas uma estrutura normativa sem sentido; não um *ser*, mas um *dever ser*”. É a *constituição jurídica destacada, projeção do sociológico no terreno jurídico* (grifo nosso), claramente diferenciada. Diz Heller: “Temos distinguido a constituição do Estado, como estrutura de efetividade política, de seu correlato objetivado no campo jurídico como Constituição jurídica objetivada. Com maior razão, porém, deve distinguir-se este do processo de nascimento incessantemente renovado da constituição política total, devendo ser concebida como a normação desse processo perante o qual surge com relativa objetividade. (CAVALCANTI, 1989, p. 175)

Por fim, relativamente ao conceito formal, Heller o proclama ao sustentar que “a Constituição moderna não se caracteriza, entretanto, propriamente, pela forma escrita, mas pelo fato de que a estrutura total do Estado deve ser regulada em um documento único” (1968, p. 318).

Consequentemente, a Constituição do Estado na concepção de Heller não é processo, mas produto; não é atividade, mas sim forma dela; é forma aberta, através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida de vida (*op. cit.*, p. 296).

A partir deste raciocínio se nota em Heller, fundamentalmente, que um dos traços marcantes de seu ponto de vista é a inserção dos valores (princípios éticos de direito) no âmbito da definição de Constituição, percebendo a dinâmica relação entre o normal e a normal, pois são os agentes constitucionais que vivem a Constituição, produzindo-a, atualizando-a e determinando-se e a ela segunda a expediência já vivida. Nas palavras de Cecilia Cabellero Lois, Heller “vê no mundo da vida que circunda a constituição uma outra dimensão que interage com a constituição jurídica, vivificando-a” (2003, p. 198), concluindo-se que “não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito de Constituição” (HELLER, 1968, p. 296).

3. CONCLUSÕES

Uma das tarefas da Teoria da Constituição é buscar resposta para o que seja e o que deva ser a Constituição. A resposta, em um primeiro momento, pode parecer simples, pois normalmente todos do meio jurídico trazem consigo, ainda que de forma pobre, uma ideia sobre o que é ou sobre qual seja o sentido de uma Constituição. Todavia, a reflexão em torno das muitas teorias a respeito, clássicas ou contemporâneas, afasta apenas uma dúvida: se é possível alcançar um conceito unívoco para Constituição, haja vista que possui ela, essencialmente, uma série de sentidos.

O presente trabalho teve, pois, como objetivo, que se espera ter sido alcançado, ainda que modestamente, realizar uma incursão sobre as principais teorias da Constituição que permearam os debates jusfilosóficos ocorridos, especialmente, na primeira parte do século passado, em torno do sentido material de Constituição.

Através da reflexão em torno dos pensamentos dos grandes e clássicos teóricos, cria-se uma oportunidade de se olhar para o passado a fim de enxergar novos rumos para o futuro, até mesmo porque, nas palavras de Canotilho, a teoria da Constituição não se limita à tarefa de investigação ou descoberta dos problemas políticos constitucionais, tampouco à função de elemento concretizador das normas da Lei Fundamental, antes servindo, também, para racionalizar e controlar a pré-compreensão constitucional (*apud* MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 4).

De tudo, extrai-se e conclui-se, na linha de pensamento de José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 54), que a Teoria da Constituição deve aceitar a pluridimensionalidade da Constituição, se ajustando às exigências tanto do Estado-nação, quanto do pós-nacional e á supraestatalidade, estando a pluridimensionalidade associada tanto à abertura espacial, temporal, semântica e pluralista da Constituição. Nesse sentido, se crê, a Teoria da Constituição avança, por ser impossível restringir o fenômeno constitucional a apenas uma face, seja política, jurídica, econômica, sociológica ou qualquer outra.

4. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BESTER, Gisela Maria. Direito Constitucional: fundamentos teóricos. v. I. São Paulo: Manole, 2005.
- BOBBIO, Norberto. Teoria geral do Direito. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CAETANO, Marcelo. Direito Constitucional. 2. ed. rev. e atual. por Flávio Bauer Novelli. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. 2ª reimpr. Coimbra/Portugal: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição e Direito Constitucional Positivo. 15. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. Teoria do Estado: Direito Constitucional I. Belo Horizonte: Del Rey, 1989.
- DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HESSE, Konrad. A forma normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- KELSEN, Hans. Teoria geral do Direito e do Estado. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- _____. Teoria pura do Direito. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- _____. O que é uma Constituição? Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2009.
- LOIS, Cecilia Caballero. A Teoria Constitucional no limiar do século XXI: mudança política e crise de racionalidade. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr8.pdf>>. Acesso em 10 jul. 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo

Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. 3ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. 1ª reimpr. Madrid/Espanha: Alianza, 1992.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.



PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS: A CRIAÇÃO DE UM DIREITO COMUM

Maria Edelvacy Pinto Marinho¹

RESUMO

O estudo sobre a formação de um direito comum tem se revelado como a busca pelo equilíbrio entre os aspectos econômicos e humanitário do processo de integração normativa. O presente se trata de uma abordagem que foge do binômio unificação/separação para adotar uma análise em que a aceitação de certo pluralismo é uma condição para a elaboração de um direito comum efetivo.

Palavras chaves

Internacionalização dos direitos. Direitos humanos. Direito do comércio internacional. Pluralismo.

RESUME

L'étude sur la formation d'un droit commun se montre comme la recherche de l'équilibre entre les aspects économique et humanitaire du processus d'intégration normative. L'article s'agit-il d'une approche que échape binôme unification/séparation pour adopter une analyse dont l'acceptation d'un certain pluralisme est une condition de la construct droit commun effectif.

Mots-clés

Intenationalisation des droits. Droit de l'homme e droit du commerce international. Pluralisme

I. INTRODUÇÃO

A formação de um direito efetivamente comum no âmbito internacional passa pela aceitação do pluralismo. De forma geral, o pluralismo é inerente ao direito² : Diversidade de interesses, diversidades de normas, de sujeitos, de objetos. Entretanto a noção de pluralismo vai além dessa conotação matemática de pluralidade, assumindo também uma conotação qualitativa³. A relevância dessa noção de pluralismo para a formação de um direito comum tem se tornado cada vez mais relevante no processo de internacionalização do direito,

¹ Advogada, consultora, Doutora em Direito pela Universidade Paris 1- Panthéon Sorbonne.

² SOREL, J-M « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et viceversa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », in **Droit et pluralisme**, p. 76-77 : M.-A. COHENDET, « Synthèse et conclusion », in **Droit et pluralisme**, Lauréline FONTAINE, Bruxelles : Bruyant, 2006, p. 375

³ MATHIEU-IZORCHE, M.-L. "Pluralisme et unité", in **Droit et pluralisme**, op.cit.

principalmente após a aceleração do processo de globalização, tido como vetor do pluralismo no direito internacional. Aceitar o pluralismo como elemento constitutivo do direito comum implica adequar o pluralismo à razão jurídica, ou seja, ordená-lo. O artigo proposto visa analisar primeiramente os efeitos do processo de globalização no direito, para em seguida abordar como a aceitação do pluralismo pode ser a via para a formação de um direito comum.

II. FORMAÇÃO DO DIREITO COMUM : ENTRE O DIREITO DA MUNDIALIZAÇÃO E A MUNDIALIZAÇÃO DO DIREITO

Vasta literatura tem analisado os efeitos da globalização no direito⁴: seja em razão da acentuação do processo de integração comercial a partir da década de 80, seja pela emergência de problemas de vocação universal que só podem ser solucionados pela coordenação dos Estados⁵. A globalização atua como catalisador para o processo de harmonização normativa e impõe um novo paradigma que afeta não somente o conteúdo, a forma e as modalidades de regulação jurídica, mas também obriga a repensarmos o direito.⁶

O processo de integração normativa concebido entre pós-guerra até o final da guerra fria difere do processo atual não só pelo aumento do número de países que hoje fazem parte do sistema multilateral de negociações, como também pela abrangência dos assuntos e pelo grau de integração das normas que são negociados. A globalização fez ressurgir no direito internacional ideologias compartilhadas e princípios comuns, sejam estes de ordem econômica ou de ordem humanitária.

Do ponto de vista econômico, a dualidade entre capitalismo e socialismo foi substituída pela prevalência do modelo capitalista liberal⁷. Essa fase da globalização que se vivencia atualmente é fruto das crenças

“ na superioridade dos mecanismos de mercado,[...]; nos benefícios da concorrência que obrigaria um esforço permanente em competitividade, em inovação e modernização, ; nos efeitos positivos da abertura das fronteiras e do desenvolvimento das trocas,

⁴ Sobre essa relação ver mais sobre: . CHEVALLIER, J “Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation”, in **Le droit saisi par la mondialisation**, Charles-Albert MORAND (org), Bruxelles :Bruyant, 2001 ;LAIDI, Z Mondialisation et droit, **Recueil Dalloz**, 2007, p. 2712 ; FRISON-ROCHE, M.-A «Le droit de deux mondialisations», **Archives de Philosophie du Droit**, Paris ; Dalloz, 2003 ; JOUANNET E., «Universalisme du droit international et impérialsme: le vrai faux paradoxe du droit international?» in **L’impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis**, Emmanuelle JOUANNET et Hélène RUIZ Fabris (org), , Paris : Sociéte de législation comparé, 2007.

⁵ Sobre a necessidade de coordenação dos Estados para resolução de problemas comuns ver : CASTELLS, M., **La société en réseaux: L’ère de l’information**, Oxford: Fayard, 1999

⁶ CHEVALLIER, J. “Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation”, in **Le droit saisi par la mondialisation**, Charles-Albert MORAND (org), Bruyant : Bruxelles, 2001, p.37- 38.

⁷ E importante distinguir que o Modelo Chinês assim como outros não se adequaria nem como modelo capitalista nem socialista, não havendo de fato unidade em torno do capitalismo.

que seriam um elemento essencial do dinamismo e da eficácia ; na obsolência de um protetorado do Estado, fator de rigidez e de esclerose, e doravante defasadas pela interpenetração cada vez maior das economias. »⁸

O “direito da mundialização”⁹ é a tradução dessas crenças econômicas para o ordenamento jurídico. Sua elaboração conta com uma forte presença de atores privados, principalmente empresas que contribuem com soluções para redução dos custos de transação no comércio internacional e na criação de normas baseada na eficiência e rentabilidade. Os Estados, por sua vez; garantem por meio de acordos a obrigatoriedade das normas geradas segundo esses princípios.

Outro efeito do processo de globalização sobre o direito consiste na idéia de que “pertencemos a um mesmo mundo”¹⁰. Esse sentimento de integração pode ser visto tanto na defesa dos direitos do homem quanto na proteção do meio ambiente de onde se podem extrair alguns princípios comuns que identificariam que bens deveriam ser de proteção mundial. A gestão desses “bens públicos mundiais”¹¹ só poderia ocorrer em um cenário de coordenação. A esse processo tem-se chamado de mundialização do direito.¹²

A “mundialização do direito” é caracterizada pela formação de princípios comuns, fruto da aproximação dos sistemas jurídicos em torno de valores comuns, sendo um direito com vocação universal¹³. O direito do homem é o núcleo e finalidade maior desse “direito comum”, mas o fenômeno da mundialização do direito pode ser percebido em outros campos jurídicos, como o direito do meio ambiente, por exemplo. O que torna esse direito comum é um conjunto de princípios diretores que guiam a interpretação das normas em diferentes ordenamentos jurídicos, e é justamente essa capacidade de ser aplicado de forma transversal que o torna universal.¹⁴

Apesar de diferentes esses dois processos são interdependentes¹⁵, ocorrendo de forma paralela : “ enquanto o direito da mundialização enraíza-se sobre um pedestal de valores comuns, a incorporação dos seus princípios nos direitos internos favorece a sua aproximação; esta dinâmica alimenta a tese da consolidação progressiva, “sob a dupla pressão da economia e dos direitos humanos”, de um direito comum” que integra as duas dimensões”¹⁶

⁸ CHEVALLIER, J. “Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation”, in **Le droit saisi par la mondialisation**, Charles-Albert MORAND (org), Bruxelles : Bruyant, 2001, p. 52

⁹ MORAND, C.-A “Le droit saisi par la mondialisation: définitions, enjeux et transformations”, in **Le droit saisi par la mondialisation**, Charles-Albert Morand, Bruxelles : Bruyant2001, p.85

¹⁰ Z.LAIDI, Mondialisation et droit, Recueil Dalloz, 2007, p. 2712

¹¹ RAPPORT CONSEIL D'ANALYSE ÉCONOMIQUE, **Gouvernance mondiale**, La documentation française, Paris, 2002, p. 58-62.

¹² RAPPORT CONSEIL D'ANALYSE ÉCONOMIQUE, op.cit.

¹³ MORAND, C.-A “Le droit saisi par la mondialisation: définitions, enjeux et transformations”, in **Le droit saisi par la mondialisation**, op.cit., p. 92-96.

¹⁴ MORAND, C.-A op.cit.

¹⁵ CHEVALLIER J., op.cit., p.39, 51.

¹⁶ CHEVALLIER, J. op. cit ; p 59

O paralelismo e a interdependência desses movimentos de internacionalização do direito podem resultar em um cenário de indeterminação, incoerência e instabilidade¹⁷ pela ausência de hierarquia entre as normas, pela diversidade de organizações internacionais que tratam de um mesmo tema por ângulos diferentes e pelas diferentes velocidades com que esses processos de internacionalização ocorrem no nível bilateral, regional e mundial.

III. EFEITOS DOS PROCESSOS DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS

A noção de pluralismo no direito não é homogênea. A depender do referencial pode-se adotar uma noção estrita ou mais ampla. A noção restrita define pluralismo no direito como sinônimo de pluralidade de fontes. Nesse sentido o « pluralismo jurídico », seria « a afirmação segundo a qual o direito não é produzido exclusivamente pelo Estado, mas também por outras fontes, não estatal».¹⁸ A relação entre pluralismo e direito residiria portanto em dois tipos de ligação : a primeira concretizaria o « o objetivo é fazer de modo que as fontes do direito sejam o produto de uma pluralidade de valores ou de interesses distintos »¹⁹, a segunda seria o resultado da admissão da “ diversidade das fontes do direito, ou mais exatamente os modos de expressão do direito através de diferentes apoios ”²⁰ A noção de pluralismo seria, dessa forma, limitada às fontes normativas : não mais se referindo à « os destinatários do direito, mas o seu modo de produção»²¹

Quando utilizado em sentido amplo o pluralismo traduz a diversidade no processo de internacionalização do direito : a diversidade de atores que participam no processo de criação e aplicação da norma²²; a pluralidade de

¹⁷ DELMAS-MARTY, M *Le pluralisme ordonné*, Paris : Editions du Seuil, 2006, p. 28.

¹⁸ COHENDET, M.-A., op.cit. , p. 387

¹⁹ COHENDET, M.-A op.cit. p. 387

²⁰ COHENDET M.-A, “Synthèse et conclusion”, in *Droit et pluralisme*, Lauréline Fontaine, Bruxelles : Bruyant, 2006, p. 387

²¹ COHENDET, M.-A.op.cit. p. 387

²² Certamente, o processo de globalização trouxe ao processo de negociação do direito internacional a participação de mais atores, contudo, essa pluralidade de atores não implica necessariamente em um processo de integração normativa pluralista. O reconhecimento do pluralismo no processo de internacionalização do direito implica na rejeição de um espaço normativo formado pela imposição de um Estado com vocação hegemônica sobre os demais. Contudo, deve se reconhecer que a mundialização pode ser um terreno para a imposição de modelos hegemônicos. JOUANNET, E. “Universalisme du droit international et impérialisme: le vrai faux paradoxe du droit international?” in *L’impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis*, op.cit. p. 31) Essa visão crítica do processo de integração normativa é útil para se verificar o que de fato é resultado do pluralismo do que é resultado do exercício do poder hegemônico de certos países. Há que se lembrar também que uma vez que a norma negociada entra em vigor ela passa a fazer parte de um amplo conjunto normativo. Os objetivos que primeiramente levaram a criação de um espaço normativo cujo conteúdo foi baseado pelo modelo desejado por um país hegemônico não serão necessariamente as bases que guiarão o desenvolvimento desse espaço normativo. Em contato com outros princípios do direito e como outros espaços normativos a norma « imperial » pode ser interpretada de modo que se reconheça espaços para as diferenças.

velocidades de integração entre diferentes Estados sobre uma mesma norma e em um mesmo espaço normativo ; a diversidade de espaços normativos que se entrecruzam (no nível nacional, bilateral, regional multilateral mundial, ou seja, o processo de integração se desenvolve segundo uma « geografia variável »²³) ; a diversidade de graus e sentidos de integração normativa que ocorrem de forma simultânea (segundo os graus de integração- cooperação, harmonização, unificação e segundo os movimentos ascendentes/descendentes : ou seja, o processo de integração se desenvolve segundo uma geometria variável²⁴). Entende-se, portanto, por pluralismo a “ a existência simultânea uma mesma ordem jurídica de regras de direito diferentes que são aplicáveis à situações idênticas”²⁵ Nessa perspectiva, o estudo da relação entre o direito e o pluralismo não se limita a compatibilidade de fontes, ele comporta a análise das interação dessas fontes, o processo de criação de uma norma comum, as técnicas jurídicas para essa integração, os mecanismos de controle capazes de tornar as variações decorrentes da aplicação da norma previsíveis. A essa relação entre direito e pluralismo Mireille Delmas-Marty denomina de “pluralisme ordonné”.²⁶

a. Ordenar o pluralismo?

A noção de “pluralisme ordonné” remete a idéia de coordenação ao invés de subordinação, sendo compatível com o atual cenário de crescimento da interdependência dos Estados. A depender do grau de integração, os Estados podem promover a formação de um espaço normativo comum pela coordenação par entrecroisement²⁷, pela harmonização por aproximação²⁸ ou pela unificação via processo de hibridação de normas nacionais. Enquanto a unificação busca tornar as normas nacionais idênticas, e conformes, o processo de harmonização par rapprochement visa apenas torna-las compatíveis. O processo de hibridação por exigir certo grau de identidade entre os institutos jurídicos é de difícil de aplicação no atual estágio do processo de integração normativa da maioria dos campos do direito.

Dessa forma, reconhecer o pluralismo como condição a formação de um direito comum, implica na adoção objetivos limitados de integração: não se almeja assim a conformidade normativa, apenas a compatibilidade entre os espaços normativos. Nessa perspectiva, « (...) o pluralismo é apenas a seqüência lógica da história do direito internacional caso se admita que este movimento significa não somente admitir as diferenças, mas também conciliá-las, ou mesmo ordená-las sem “estar esmagá-la”²⁹.

²³ C.MIALOT et P. DIMA EHONGO., “De l’intégration normative à géométrie et à géographie variable”, in *Critique de l’intégration normative: L’apport du droit comparé à l’harmonisation des droits*, Mireille DELMAS-MARTY,(org), Paris : PUF, 2004, p. 35.

²⁴ C.MIALOT et P. DIMA EHONGO., op.cit , p. 35.

²⁵ Arnaud, AJ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 1993.

²⁶ DELMAS-MARTY, M *Le pluralisme ordonné*, Paris : Editions du Seuil, 2006,

²⁷ DELMAS-MARTY, M. *Le pluralisme ordonné*, op.cit.

²⁸ C. MIALOT et P. DIMA EHONGO, « De l’intégration normative à géométrie et à géographie variable » op. cit. p.27

²⁹ SOREL, J-M « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu’il n’y paraît », in *Droit et pluralisme*, op.cit., p. 78.

Diante da ausência de um Estado supra-nacional, a hierarquia formal pela qual a ordem jurídica se baseia não assimila o pluralismo existente nos processos contemporâneos de internacionalização do direito.³⁰ Porém “ordonner le multiple” no plano internacional não significa criar uma ordem jurídica no sentido clássico. A noção de ordem que subjaz ao conceito de “pluralisme ordonné” indica a formação de um espaço normativo comum que apesar de reconhecer certo pluralismo define referenciais para o controle de compatibilidade das diferenças. Esses espaços normativos, por seu caráter heterogêneo, “ todos não podem ser analisados em relação à sistemas, suficientemente autônomos e específicos; estes não mais não constituem ordens jurídicas, dotadas de uma validade própria”. Caso se quisesse designá-lo por denominação comum, no máximo tratar-se-ia de esferas de competências, ou espaços normativos à geografia e de geometria variáveis.”³¹ Para ordenar o pluralismo é necessário primeiramente determinar seu papel no espaço normativo através de « conceitos reguladores », para em seguida se definir mecanismos de évaluation et contrôle que tornem as variações da aplicação desse direito compatíveis

b. Conceitos reguladores.

Os conceitos reguladores são “ noções que estão subjacentes aos diferentes modos de distribuição de competências e que tem por função servir de eixos de referência, com o objetivo de arranjar ou de corrigir a interpretação das regras de competência em cada situação específica”.³² Esse conceito foi desenvolvido por Denys Simon à partir da análise do sistema jurídico comunitário³³ e utilizado por Mireille Delmas-Marty como um ponto de referência para a análise do processo de integração do direito em uma perspectiva mundial. Os conceitos reguladores funcionam como um mecanismo jurídico que permitiria os ajustes e reajustes necessários entre os níveis normativos mundial, regional ou nacional. Os princípios da subsidiaridade, assim como a noção de equivalência funcional são exemplos de conceitos reguladores entre espaços normativos³⁴.

No plano nacional, o princípio da subsidiaridade garante a ordem pela hierarquia, tendo a constituição do Estado como norma suprema. No processo de integração vertical (nacional-internacional e vice versa) ele permitiria “ uma forma de articulação hierarquizada entre as competências nacionais e supranacionais”³⁵. Uma vez ratificado o tratado, os Estados assumem o compromisso de criar normas que sejam compatíveis com seus dispositivos. Porém, diante da omissão ou da generalidade da norma internacional, os Estados criariam ou adaptariam as normas segundo

³⁰ SOREL, J.-M. op.cit , p. 77

³¹ DELMAS-MARTY, M. “Plurijuridisme et mondialisation: vers un pluralisme ordonné”, in Le plurijuridisme, J.-L. BERGEL (org), Presses universitaires d’Aix- Marseille, 2003. P367-368

³² SIMON, D. **Le système juridique communautaire**, 3e éd., Paris : PUF, 2001, p. 146-147

³³ SIMON, D. Le système juridique communautaire, op.cit. p. 147-154.

³⁴ DELMAS-MARTY, M. **Le pluralisme ordonné**, Paris, op.cit., p. 268-272.

³⁵ MATHIEU-IZORCHE, M-L « Pluralisme et unité », in **Droit et pluralisme**, op.cit. p. 111-112.

suas necessidades desde que o resultado não contrariasse os objetivos assumidos no tratado³⁶.

O princípio da proporcionalidade introduz a idéia de gradação no processo de ajustes entre os espaços normativos. Ele permite que os órgãos de controle da transposição das obrigações dos tratados de apreciar a “intensidade da ação”³⁷ e de controlar a compatibilidade de normas nacionais no que concerne os objetivos do tratado.

Admitindo o interesse do Estado de permanecer membro do tratado, o princípio da subsidiariedade atuaria como um “conceito regulador” que permite delimitar o espaço reservado ao pluralismo, inserindo pela via de uma hierarquia « souple » uma idéia de ordem na relação Estado-Comunidade de Estados. Esses espaços funcionariam como uma espécie de margem de apreciação que Estados utilizariam durante o processo de transposição e transposição do tratado no plano nacional. Ao mesmo tempo em que concede a “liberdade” para legislar, o princípio da subsidiariedade limita essa liberdade a espaços determinados.

A norma é dotada de certa imprecisão que garante sua aplicação à situações, sujeitos e objetos diferentes. A margem de interpretação seria aquela que disporia o juiz para adequar a norma ao caso concreto, seria uma margem destinada ao usuário intermediário da norma.³⁸ A margem de apreciação se destina ao usuário final. No caso do direito internacional, o emissor da norma seria representado por um conjunto de Estados e o destinatário final seria o próprio Estado. A extensão da margem de apreciação determinaria a liberdade que disporia o Estado no momento da transposição da norma no ordenamento jurídico interno. Trata-se de fato “de um direito à diferença”.³⁹

Essa noção de margem de apreciação tem sido desenvolvida pelo Tribunal Europeu de direitos Humanos (CEDH) a partir da aplicação da Convenção Europeia de Direitos humanos.⁴⁰ O tribunal tem entendido que certos dispositivos da Convenção poderiam ser interpretados de modo diferente pelos Estados-partes de modo a se adequar com os valores culturais e históricos de cada um dos Estados⁴¹.

Essa doutrina formada em torno de uma margem nacional de apreciação ganha um interesse especial na análise da construção de um direito comum. A

³⁶ SIMON, D. *Le système juridique communautaire*, op.cit., p. 152-153

³⁷ SIMON, D. *Le système juridique communautaire*, 3e éd., Paris : PUF, 2001, p. 153-154.

³⁸ DELMAS-MARTY, M. e IZORCHE, M-L op. Cit. p. 774.

³⁹ MIALOT, C. e DIMA EHONGO, P. “De l’intégration normative à géométrie et à géographie variable”, in *Critique de l’intégration normative: L’apport du droit comparé à l’harmonisation des droits*, op.cit., p. 34-35.

⁴⁰ Caroline Picheral e Alain-Didier Olinga analisam do uso da doutrina na margem de apreciação pelo Tribunal Europeu de direitos humanos no artigo « La théorie de la marge d’appréciation dans la jurisprudence récente de la cour européenne des droits de l’homme ». *Revue Trimestrial de Droit de l’homme*, 1995, n. 24.

⁴¹ Caroline Picheral e Alain-Didier, op.cit.

depende do uso de margens nacionais de apreciação pode-se determinar os objetivos do processo de integração : unificação ou harmonização. Na unificação, as normas são dotadas de um espaço bastante reduzido para a modificação do destinatário final, pois busca-se com esse processo se garantir a conformidade das normas nacionais às internacionais. No processo de harmonização o objetivo é mais modesto : tornar as normas compatíveis, admitindo-se a existências de margens de apreciação do receptor da norma na fase de sua transposição para o ordenamento jurídico interno. Nesse caso « a compatibilidade repousa sobre uma exigência de proximidade, ou seja, a exigência de práticas suficientemente próximas para serem julgadas compatíveis” .⁴²

A aplicação das margens de apreciação exige a adoção de uma lógica de gradação, modificando a lógica binária de entre conforme e não conforme ou idêntico ou não. A lógica gradativa consiste em determinar o grau de proximidade da norma com o objetivo que se pretendia alcançar com a sua negociação, de modo a se determinar seu grau de compatibilidade.⁴³

A noção de margem nacional de apreciação é um mecanismo que permite a aceitação do pluralismo nos espaços normativos, porém não introduz, por si só, a natureza de ordem, própria dos espaços jurídicos. Para tanto, é necessário a adoção de princípios e referenciais comuns que permitam analisar o uso dessas margens de modo a garantir que as diferenças resultantes dos processos de transposição continuem compatíveis. Há portanto uma “transferência” de poder de decisão para a esfera nacional e para os juizes que controlarão na esfera internacional a compatibilidade dos dispositivos transpostos. Como consequência, o reconhecimento das margens de apreciação deve ser complementado com a criação de órgãos de controle de modo que se possa « ordenar o múltiplo ».

Assim os conceitos reguladores são « eixos de referência » que tornam possível a articulação entre espaços normativos e entre normas de diferentes níveis. Eles são utilizados para tal fim por meio das técnicas de regulação ⁴⁴.

c. Técnicas para ordenar o pluralismo.

A idéia de ordem deve ser resultante da combinação dos diferentes espaços normativos e das diferentes velocidades com que o processo de integração normativa se desenvolve. Ordenar o pluralismo demanda a utilização de técnicas de controle e avaliação, de modo a sincronizar essas velocidades e controlar as variações resultantes do uso das margens de apreciação pelos Estados.

ii. Sincronização pluralista

⁴² DELMAS-MARTY, M.; IZORCHE, M-L « Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste » ; *R.I.D.C.*, 2000, n. 4, p. 761.

⁴³ DELMAS-MARTY, M.; IZORCHE, M-L *op.cit* p. 761.

⁴⁴ DELMAS-MARTY, M. *Le pluralisme ordonné*, *op.cit.*, p.484

A arte de « combinar ritmos deferentes em uma harmonia comum »⁴⁵ demanda a criação de « instrumentos jurídicos que permitiriam frear ou acelerar as evoluções »⁴⁶ do processo de integração normativa. A relação entre espaços normativos e velocidades de integração pode ser caracterizada pela assincronia (diferentes espaços, diferentes velocidades) ou pela policronia (um espaço, varias velocidades)⁴⁷.

A assincronia pode ser observada pelas diferenças de velocidades do processo de integração entre as normas de cunho comercial e humanitário. Se vistas separadamente, as normas de direitos humanos negociadas na ONU e as normas de direito comercial negociadas na OMC se desenvolvem a velocidades diferentes. Entretanto, quando articulados, esses direitos promovem de forma indireta a sincornização de seus processos de integração. É comum que tratados comerciais tragam dispositivos que de alguma forma contribuam para o reconhecimento de outros direitos de origem humanitaria como as exceções previstas ao comercio em caso de ofensa ao meio ambiente ou a saúde. Mesmo que de forma indireta, a aceitação de tais exceções no plano internacional traz conseqüências no plano interno quando passam a integrar o ordenamento juridico nacional. Outros exemplos de assincronia podem ser percebido pela velocidade com que o processo de integração se desenvolve em diferentes níveis : nacional, bilateral e multilateral. Diante de bloqueios na negociação multilateral, os Estados interessados na elevação do nível de integração normativa passam a fazer uso com maior frequencia de acordos bilaterais e regionais para atingir esse objetivo.

Quando às diferenças de velocidades ocorrem em um mesmo espaço normativo, elas são admitidas como meio de adequar o processo de integração às capacidades de cada Estado, evitando assim o bloqueio das negociações. Um dos modos para ordenar o pluralismo é estabelecer periodos diferenciados para a entrada em vigor de um tratado ou de alguns dispositivos desse tratado segundo as dificuldades e capacidades dos Estados-membros para colocar em prática as obrigações assumidas internacionalmente. Parte-se do principio de que o processo de integração pode ocorre a velocidades diferenciadas sem que com isso se formem sub-espacos normativos que tornariam o direito internacional ainda mais fragmentado.

É o caso do principio da « responsabilidades comuns mas diferenciadas » da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, e os dispositivos existentes nos tratados que asseguram periodos diferenciados de transposição das obrigações dos tratados segundo o nível de desenvolvimento economico dos países como ocorre com o TRIPS(Acordo sobre aspectos de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio), administrado pela OMC. Essas soluções evitariam a escolha discricionária de cada Estado quanto

⁴⁵ DELMAS-MARTY, M. **Le pluralisme ordonné**, op.cit., p.484

⁴⁶ Ibidem

⁴⁷ Ibidem

às obrigações que assumiram no tratado, representado um tipo de compromisso « à la carte ». Dessa forma se garantiria um compromisso comum dos Estados com os objetivos do tratados, mesmo que estes sejam cumpridos em prazos diferenciados. Mais uma vez a lógica do « pluralismo ordonné » se utiliza da noção de gradação para tornar as diferenças compatíveis.

ii. Mecanismos de avaliação e controle.

Uma vez estabelecido o espaço e os limites para o pluralismo na construção de um direito comum resta para a formação de um “pluralisme ordonné” definir mecanismos de avaliação e controle que reduzam “o risco do arbitrário»⁴⁸.

Um dos mecanismos para se avaliar a compatibilidade das margens de apreciação consiste na verificação da equivalência entre as funções que os dispositivos transpostos em cada Estado se propõe a atender.⁴⁹ A aplicação da noção de “equivalence fonctionnelle” permitiria a análise da eficácia e da legitimidade da utilização das margens de apreciação pelos Estados. Assim, os resultados atendidos com a medida nacional podem servir como elemento de comparação, mas não podem ser o único o indicador para a apreciação da “equivalencia funcional”. Os meios para se atingir os resultados buscados com o dispositivo negociado no tratado devem ser legítimos: devem ter sido elaborados pela autoridade competente e devem ter sido aplicados de modo a não infringir outros compromissos já assumidos pelo Estado, como os tratados versando sobre os direitos humanos, tratados ambientais, etc.⁵⁰ Através da noção de equivalência funcional é possível avaliar a variabilidade das margens de apreciação, possibilitando a criação de referenciais para seu controle.

A variabilidade da margem poderia também ser dimensionada a partir de avaliações mutuas dos Estados em relação a transposição dos tratados no âmbito nacional. Seria um meio que permitiria posteriormente, caso se constatasse discrepâncias, a realização de um controle por um órgão competente.

Deve-se reconhecer que esses critérios de avaliação são úteis na promoção da coerência de um espaço normativo desde que haja um órgão de controle cuja legitimidade para o exercício dessa função seja reconhecida pelos Estados-partes. Uma vez reconhecida a legitimidade, a questão se volta para os métodos que cada “tribunal” disporia para tornar suas decisões efetivas. Por se submeterem de forma voluntaria a jurisdição internacional, a submissão dos Estados às decisões se explica pelo interesse deste de permanecer como parte do tratado. Trata-se portanto, de uma decisão política. Por meio de fundamentos jurídicos, o controle exercido pelas jurisdições internacionais busca coordenar, de certa forma, as decisões políticas sobre um assunto já regulado via tratado.

⁴⁸ DELMAS-MARTY M., **Le pluralisme ordonné**, Paris : Editions du Seuil, 2006, p. 267.

⁴⁹ Essa idéia de *équivalence fonctionnelle* foi trazida de forma mais evidente pela convenção da OCDE sobre Corrupção. DELMAS-MARTY, M. **Le pluralisme ordonné**, op.cit, p. 270-271.

⁵⁰ DELMAS-MARTY M., **Le pluralisme ordonné**, Paris : Editions du Seuil, 2006, p. 267.

Essa fragilidade do controle exercido por órgãos de controles de organizações internacionais se soma ao fenômeno da multiplicação das jurisdições internacionais de modo a reforçar a idéia de desordem do direito internacional. Em razão da inexistência de hierarquia entre jurisdições internacionais pode surgir um problema de coerência entre as decisões tomadas por diferentes órgãos em respeito a um mesmo objeto. A coerência entre os espaços normativos começa a ser efetuada via “diálogo dos juizes” que utilizam argumentos elaborados por outras cortes e compromissos assumidos por outros Acordos para decidir.⁵¹ Entretanto deve se reconhecer que esse método de interpretação cruzada ainda é imperfeito quanto ao objetivo de coerência.⁵² Seria uma fase intermediária que permitia a formação de uma comunidade de juizes, mas não uma comunidade de valores que poderia servir como elemento hierarquizante.⁵³

Esse cenário de atual “desordem” estimula a reflexão sobre as vias do processo de integração do direito e sobre a possibilidade de se desenvolver um espaço normativo “ordenado”, a partir de uma “hierarchy assoupli” pelas margens de apreciação. Nesse caso, o objetivo de “ordem” se restringe ao estabelecimento de um limiar de compatibilidade entre espaços normativos e o reconhecimento de um órgão de controle. Essa visão modesta de ordem se coloca como solução entre a “unidade utópica”⁵⁴ de um direito único, ordenando segundo uma hierarquia formal de fontes e de jurisdição e a “autonomia ilusória” do pluralismo de separação. De fato, os caminhos para a formação dessa ordem ainda estão em discussão e ainda longe de serem aplicados.

Esse desafio de pensar o processo de internacionalização do direito pela perspectiva do “pluralisme ordonné” conduz a análise desse processo segundo os processos de interações dos espaços normativos, os níveis de integração e as velocidades com que as transformações negociadas internacionalmente são aplicadas.

IV. CONCLUSÃO

O Binômio universalismo/imperialismo sempre esteve presente nas discussões sobre a formação de um direito comum. O Objetivo do presente artigo foi discutir uma perspectiva mais modesta na qual a formação de um direito comum poderia ser realizada de maneira a aceitar certas diferenças. A formação desse direito comum seria fruto de dois processos simultâneos de integração: a mundialização do direito e o direito da mundialização. Embora se possa ter a impressão de que o processo de globalização econômica dita a maneira segundo a qual a internacionalização do direito desenvolve-se, uma análise mais exaustiva do fenômeno indica que o processo de internacionalização do direito responde não somente a um pedido de integração econômico, mas

⁵¹ DELMAS-MARTY, M. op.cit. p. J-M. SOREL, op. cit, p. 92

⁵² DELMAS-MARTY, M **Pluralisme ordonné**, op.cit. p. 64-65.

⁵³ DELMAS-MARTY, M. **Pluralisme ordonné**, op.cit., p. 53.

⁵⁴ DELMAS-MARTY, M **Le pluralisme ordonné**, Paris : Editions du Seuil, 2006, p. 13

igualmente uma necessidade crescente de traduzir por normas a existência de uma divisão de sentidos entre os povos.

V. BIBLIOGRAFIA

ARNAUD, A] **Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit.** Paris : LGDJ, 1993.

C. PICHERAL, OLINGA, O. D. « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la cour européenne des droits de l'homme ». **Revue Trimestral de Droit de l'homme**, 1995, n. 24.

C.MIALOT et P. DIMA EHONGO., «De l'intégration normative à géométrie et à géographie variable», in **Critique de l'intégration normative: L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits**, Mireille DELMAS-MARTY(org), Paris : PUF, 2004.

CASTELLS, M., **La société en réseaux: L'ère de l'information.** Oxford: Fayard, 1999.

CHEVALLIER, J. «Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation», in **Le droit saisi par la mondialisation**, Charles-Albert MORAND (org), Bruxelles : Bruyant, 2001.

COHENDET M.-A, «Synthèse et conclusion», in **Droit et pluralisme**, Lauréline Fontaine (org), Bruxelles : Bruyant, 2006.

DELMAS-MARTY, M. **Le pluralisme ordonné.** Paris : Editions du Seuil, 2006.

DELMAS-MARTY, M. «Plurijuridisme et mondialisation: vers un pluralisme ordonné», in **Le plurijuridisme**, J.-L. BERGEL (org), Presses universitaires d'Aix- Marseille, 2003.

DELMAS-MARTY, M.; IZORCHE, M-L « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste » ; R.I.D.C, 2000, n. 4/

FRISON-ROCHE., M.-A «Le droit de deux mondialisations», **Archives de Philosophie du Droit.** Paris ; Dalloz, 2003.

JOUANNET, E. «Universalisme du droit international et impérialisme: le vrai faux paradoxe du droit international?» in **L'impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis**, Emmanuelle JOUANNET et Hélène RUIZ Fabris (org), , Paris : Société de législation comparé, 2007.

MORAND., C.-A «Le droit saisi par la mondialisation: définitions, enjeux et transformations», in **Le droit saisi par la mondialisation**, Charles-Albert Morand, Bruxelles : Bruyant, 2001.

RAPPORT CONSEIL D'ANALYSE ÉCONOMIQUE, **Gouvernance mondiale**, La documentation française, Paris, 2002

SIMON, D. **Le système juridique communautaire** 3^e éd., Paris : PUF, 2001.

SOREL, J-M « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », in **Droit et pluralisme**, Lauréline Fontaine (org), Bruxelles : Bruyant, 2006.

Z.LAIDI, Mondialisation et droit. **Recueil Dalloz**, 2007, p. 2712



JUDICIALIZAÇÃO E MINORIAS: UMA REFLEXÃO SOBRE A DOCTRINA DE EQUAL PROTECTION NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA

Maria Eugenia Bunchaft¹

RESUMO

No cenário constitucional contemporâneo, em face do aumento da complexidade dos conflitos sociais, houve uma inevitável ampliação da atuação do Poder Judiciário em questões políticas e morais, função anteriormente adstrita ao Legislativo e Executivo. Dentro de uma perspectiva ativista empreendida pela Suprema Corte, propugnamos diferenciar duas abordagens teóricas que irão explicitar o conteúdo da *Equal Protection*: o “Princípio da Anticlassificação” e o “Princípio da Antissubordinação”. Pretendemos demonstrar que o Princípio da Antissubordinação constitui um instrumento normativo mais sofisticado, capaz de atender ao caráter sutil da proteção ao princípio da igualdade, atendendo aos desafios de um Constitucionalismo sensível às demandas de grupos estigmatizados.

Palavras-chave

Ativismo judicial. Constitucionalismo. Minorias.

ABSTRACT

In the contemporary constitutional scenario, given the increasing complexity of social conflicts, there was an inevitable extension of the judiciary’s action in the political and moral role previously attached to the Legislative and Executive. Within an activist view taken by the Supreme Court, we intend to distinguish between two theoretical approaches that will clarify the content of the Equal Protection: the “Anticlassification principle” and the “Antisubordination principle”. We intend to demonstrate that the Antisubordination principle is a more sophisticated normative instrument, able to meet the subtle character of the principle of equal protection, given the challenges of constitutionalism sensitive to the demands of stigmatized groups.

Keywords

Judicial activism. Constitutionalism. Minorities.

¹ Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora da UNIFOA – Centro Universitário de Volta Redonda. Autora do livro “O patriotismo constitucional na perspectiva de Jürgen Habermas”, publicado pela Editora Lumen Juris, 2010. E-mail:mbunchaft@ig.com.br

1. INTRODUÇÃO

No cenário constitucional contemporâneo, em face do aumento da complexidade dos conflitos sociais, houve uma inevitável ampliação da área de atuação do Poder Judiciário em questões políticas e morais, função anteriormente adstrita ao Legislativo e Executivo. Um dos aspectos fundamentais das democracias constitucionais contemporâneas é a expansão da atuação jurisdicional, tendo em vista um maior protagonismo do Judiciário, que é incrementado por uma amplitude de possibilidades interpretativas decorrentes da consagração de princípios constitucionais.

De fato, abordagens substancialistas revelaram-se essenciais no combate à escravidão norte-americana, tendo em vista decisões da Suprema Corte, tais como *Brown v Board of Education*², pondo fim à segregação racial nas escolas. No direito constitucional norte-americano, o princípio da igualdade configurou-se por meio da formulação da *Equal protection doctrine*, cujo desenvolvimento decorreu da construção jurisprudencial desenvolvida pela Suprema Corte. A garantia constitucional da *Equal Protection* pretende justamente atender ao desafio de resguardar o tratamento igual entre indivíduos e grupos que estejam em uma mesma situação jurídica. Pretendemos analisar formas de judicialização, delineadas na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, voltadas para a proteção de minorias estigmatizadas.

Dentro de uma perspectiva ativista empreendida pela Suprema Corte, propugnamos diferenciar duas abordagens teóricas que irão explicitar o conteúdo da cláusula da *Equal Protection*, com diferentes consequências práticas relativamente a grupos minoritários. A primeira consiste na consagração do denominado “Princípio da Anticlassificação”, objetivando estabelecer um padrão de constitucionalidade mais rigoroso para as denominadas “classificações constitucionalmente suspeitas”, que são baseadas em distinções estabelecidas por critérios de raça, sexo, idade. A segunda perspectiva teórica, por sua vez, corresponde à consagração do “Princípio da Antissubordinação”, visando a declarar inconstitucionais determinados atos estatais aparentemente neutros, mas que incrementam situações fáticas configuradas por relações de subordinação, independentemente da existência de um propósito discriminatório.

Propugnamos demonstrar que o Princípio da Antissubordinação constitui um instrumento normativo mais sofisticado, capaz de atender ao caráter sutil da proteção ao princípio da igualdade, atendendo aos desafios de um Constitucionalismo sensível às demandas de grupos estigmatizados. No momento, importa apenas destacar que, no constitucionalismo norte-americano, a maior atuação da Suprema Corte foi legitimada na aferição de diferentes padrões de constitucionalidade, voltados para a proteção de grupos estigmatizados pelo processo político majoritário.

² *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

2. A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA E OS PARÂMETROS DE CONTROLE DA EQUAL PROTECTION DOCTRINE

De início, é premente elucidar que a concepção do direito ao igual tratamento, capaz de assegurar a igual consideração e respeito de todos os seres humanos, sem dúvida, assumiu um contorno teórico peculiar no constitucionalismo norte-americano, sendo uma das premissas fundamentais da atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos. É imperioso assinalar que, com o fim da Segunda Guerra Mundial, assume relevância - no processo de reconstrução das democracias constitucionais - o estabelecimento de princípios jurídicos que resguardassem a dignidade da pessoa humana, elemento basilar que estruturou os ordenamentos jurídicos de diversos países. A Constituição do Estados Unidos, além de consagrar as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção na Emenda XIV, assegura a dignidade da pessoa humana na Emenda VIII, por meio da qual as penas cruéis são vedadas no ordenamento jurídico.

Nesse cenário, a Cláusula da Igual Proteção, consubstanciada na Seção 2 da Emenda XIV, assume um papel fundamental no sistema constitucional americano, com o intuito de assegurar a todos os cidadãos o igual respeito e consideração. Insere-se, portanto, em uma trajetória constitucional marcada por lutas contra leis discriminatórias que expressavam a hostilidade e o desrespeito de maiorias opressoras em relação a minorias estigmatizadas.

Sob esse aspecto, no direito constitucional norte-americano, o princípio da igualdade configurou-se por meio da formulação da *equal protection doctrine*, cujo desenvolvimento decorreu da construção jurisprudencial desenvolvida pela Suprema Corte. A garantia constitucional da *Equal Protection* pretende justamente atender ao desafio de resguardar o tratamento igual entre indivíduos e grupos que estejam em uma mesma situação jurídica. Laurence Tribe, professor de Direito Constitucional da *Harvard Law School*, comentando a evolução jurisprudencial da *equal protection*, destaca que esta estabelece uma diferenciação entre o princípio da anticlassificação e o princípio da antissubordinação.³

Nessa abordagem teórica, compreendemos que o verdadeiro conteúdo do princípio da *Equal protection*, no direito constitucional norte-americano, constitui o princípio da antissubordinação, enquanto instrumento fundamental capaz de resguardar a garantia da igualdade. Indubitavelmente, a *equal protection doctrine* representa um instrumental jurídico capaz de contrapor-se a determinados atos estatais que subordinam certo grupo de pessoas, sob pena de defender-se a existência de cidadãos de segunda classe. De início, importa destacar que, até 1970, tendo em vista maior amplitude da cláusula da *Equal Protection*, as práticas de admissão nas universidades eram consideradas como classificações raciais sujeitas a uma presunção de inconstitucionalidade.

Assim, o critério denominado *strict scrutiny*, inerente ao “Constitucionalismo

³ TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, 2. ed. New York: Foundation Press, 1988, p, 1514-1521.

da Anticlassificação”, foi desenvolvido pela Suprema Corte, visando a avaliar medidas estatais que contemplem os denominados “critérios de diferenciação suspeitos”, submetidos a um controle de constitucionalidade mais rigoroso. No período da Corte Warren, estabeleceu-se uma investigação mais rigorosa sobre a constitucionalidade das leis, analisando a relação entre meios e fins, por influência de um antigo voto do Ministro Stone, no qual ele destaca a relevância de se julgarem determinadas matérias à luz da Constituição. Instituíram-se três níveis de abordagem para exame da constitucionalidade das leis, a depender da matéria veiculada pela lei. O nível superior, denominado *strict scrutiny*, requer um elevado grau de exigência na formulação do critério de diferenciação, com a comprovação da relevância do objeto, sendo imprescindível a devida fundamentação. Determinadas leis que adotam raça ou etnia como parâmetro de diferenciação, por exemplo, são consideradas constitucionalmente suspeitas.

Nessa perspectiva, o controle de constitucionalidade instituído pelo *strict scrutiny* cria uma presunção de que o critério de diferenciação não é adequado para alcançar um objetivo estatal legítimo, salvo se o poder público provar que se trata da existência de um interesse estatal cogente. Declara-se a inconstitucionalidade das leis, mesmo que tenham relação com um interesse estatal legítimo, a não ser que se prove que são imprescindíveis para evitar um resultado lastimável que não se possa evitar de outra maneira razoável. Os atos estatais que contemplem critérios de diferenciação suspeitos são objeto de um controle de constitucionalidade mais apurado, tendo em vista princípios substantivos consagrados na Constituição.

Antes de tudo, cumpre esclarecer que tal parâmetro de constitucionalidade foi proposto, visando a alcançar grupos minoritários estigmatizados que possuíam participação irrelevante no processo político, cujas pretensões não eram satisfeitas pelas instâncias deliberativas e submetidos a tratamento desigual. Analisando o alcance do *strict scrutiny*, Robert Wintemute, professor da *King's College London*, na Inglaterra, postula algumas exigências que devem ser satisfeitas por grupos minoritários para viabilizar a aplicação desse parâmetro de controle. Veja-se as condições estabelecidas por Robert Wintemute a respeito da aplicação do *strict scrutiny* a minorias estigmatizadas:

- (1) eles têm sofrido uma história de tratamento desigual intencional;
- (2) a classificação impõe-lhes um estigma que os qualifica como inferiores;
- (3) eles têm sido objeto de amplo preconceito e hostilidade;
- (4) o tratamento desigual que eles têm sofrido tem, muitas vezes, resultado em pressuposições estereotipadas sobre suas habilidades;
- (5) eles constituem uma minoria discreta e insular cuja participação política tem sido seriamente prejudicada em razão do

preconceito;

(6) a base da classificação é uma característica pessoal imutável (e quase sempre facilmente perceptível) que cada indivíduo possui;

(7) a característica é irrelevante para sua habilidade de desempenhar ou contribuir na sociedade (e a qualquer propósito público legítimo).⁴

Diante do exposto, infere-se que a proteção de minorias raciais, por exemplo, legitimou a utilização do *strict scrutiny*, de forma a considerar constitucionalmente suspeitos critérios raciais de diferenciação. Nesse particular, analisando o tema, Ronald Dworkin destaca que, tradicionalmente, os negros costumavam ter seus interesses derrotados na política, em razão da conjugação de dois fatores relacionados com a marginalização econômica, bem como a dificuldade de articulação política, razão pela qual a Suprema Corte considerou os negros como uma classe “suspeita”.⁵

Em suma, a Suprema Corte incluiu na lista de classes suspeitas as minorias étnicas e imigrantes. As normas que não adotam critérios de diferenciação suspeitos, são submetidas ao padrão mínimo do exame de constitucionalidade, cabendo ao autor comprovar a incompatibilidade com a Constituição. Como elucida Dworkin, “o grupo pode ser tão marginalizado financeira, social e politicamente, que lhe faltam meios para chamar a atenção dos políticos e dos outros eleitores para seus interesses e, assim, não exercer o poder nas urnas, ou em alianças ou barganhas com outros grupos...”⁶ Ademais, podem ser vítima de preconceitos e estigmas tão graves, “que a maioria queira reprimi-lo ou puni-lo por tal motivo, mesmo quando as punições não sirvam a nenhum outro interesse, mais respeitável ou legítimo, de outros grupos.”⁷

Nesse sentido, de acordo com a doutrina de Robert Wintemute, surgiram questionamentos sobre se *gays* e *lésbicas* possuíam poder político para alcançar proteção legislativa, inviabilizando o *strict scrutiny* ou se a orientação sexual não seria considerada como uma característica imutável. Nesse ponto, vale a pena transcrever o pensamento do professor da *King's College London*, que assevera:

⁴ WINTEMUTE. Robert. *Sexual Orientation and Human Rights – The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*. Oxford. Oxford University Press, 1995, p. 62.

⁵ Nesse contexto, revela o pensamento de Dworkin, a seguinte passagem: “Os negros sempre foram derrotados na política, por exemplo, não porque seus interesses fossem sobrepujados pelos de outros em competição justa, mas devido a uma combinação de dois outros motivos: porque eram econômica e socialmente marginalizados e faltavam-lhes a formação e os meios necessários para chamar a atenção dos políticos e dos eleitores, e porque muitos cidadãos brancos votavam em leis discriminatórias, não só para proteger seus próprios interesses rivais, mas porque desprezavam os negros e queriam subjugá-los. Assim, a Suprema Corte criou outra categoria especial que atrai o escrutínio elevado: declarou que os negros configuram uma classe “suspeita”, e que se deve derrubar qualquer lei que lhes proporcione especial desvantagem, a não ser que possa ser defendida por servir a alguma finalidade absolutamente irresistível.” DWORWIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 655.

⁶ *Ibidem*, p. 656.

⁷ *Ibidem*, p. 656.

(...) Não é claro se o elemento chave em sua formulação é a existência de preconceito contra a minoria, a existência de uma minoria discreta e insular, ou a inabilidade consequente da minoria de influenciar o processo político. Gays, lésbicas e pessoas bissexuais certamente enfrentam amplo preconceito e algumas Cortes têm se inclinado a descrevê-las como “discretas e insulares”. Mas a controvérsia tem surgido com relação ao que é provavelmente a substância do critério, isto é, a falta de poder político. Enquanto várias Cortes têm concluído que o critério é facilmente satisfeito, outros têm enfatizado que homossexuais não são sem poder político e têm habilidade de atrair a atenção dos legisladores. (...)⁸

Em síntese, o autor pondera que o status de uma classe como suspeita ou “quase suspeita” não depende do teste do poder político, de forma que gays e lésbicas são objeto de amplo preconceito na sociedade. A estrutura do *strict scrutiny* criou uma forte presunção de inconstitucionalidade da ação estatal que classificava com base na raça. É necessário assinalar, portanto, que a segunda hipótese de aplicação do *strict scrutiny* diz respeito à limitação ao exercício dos direitos fundamentais. A caracterização dos direitos fundamentais estabeleceu-se a partir da interpretação construtiva da Suprema Corte, com fundamento no *Bill of Rights*, que configura o conjunto das dez primeiras emendas à Constituição, onde são estabelecidos direitos dos indivíduos em face do Estado: direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade.

Destarte, percebemos que não se trata de um rol taxativo, pois decorreu de uma postura criativa da Suprema Corte, haja vista julgamentos históricos como *Roe v. Wade*⁹, no qual se discutiu o aborto sob a ótica do direito fundamental à privacidade ou *Griswold v. Connecticut*¹⁰, que tratou da vedação à utilização de anticoncepcionais. Esse representou um entre as dezenas de casos que tiveram de ser revistos pela Suprema Corte após a legalização do aborto consagrada em *Roe*. Após *Roe*, consagrou-se o entendimento de que o governo não tinha legitimidade para interferir em decisões pessoais relativas à procriação, ao casamento e a questões da vida familiar, tendo em vista o direito à privacidade. O rol de direitos fundamentais, portanto, sofreu uma evolução constitucional, ampliando seu âmbito de incidência sobre a concepção de privacidade, para contemplar situações originalmente não previstas no *Bill of Rights*.

Ademais, o segundo parâmetro de constitucionalidade da *Equal Protection* foi o *intermediate scrutiny*, que contempla as *semi suspect classifications* e os *important rights*. Surge uma nova categoria de análise, denominada “intermediária” e, por esse novo parâmetro, as diferenciações legais relacionam-se substancialmente a um importante interesse governamental. A partir da aplicação do *intermediate scrutiny*, a diferenciação somente passa a ser considerada legítima, se visar a

⁸ WINTEMUTE. Robert. *Sexual Orientation and Human Rights – The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter, op. cit.*, p. 64-65.

⁹ *Roe v. Wade*. 410 U. S. 113 (1973).

¹⁰ *Griswold v. Connecticut*. 381 U. S. 479 (1965).

um objetivo estatal relevante, devidamente comprovado mediante um juízo de ponderação proporcional, no qual a importância do objetivo estatal é confrontada com medidas discriminatórias aos indivíduos. Como a IV Emenda não abrangia todas as situações envolvendo pessoas, tornava-se necessário estruturar uma nova categoria de análise judicial que era indispensável para as distinções decorrentes do critério semissuspeito. Por meio do caso *Craig v. Boren*¹¹, a Suprema Corte considerou incompatível com a *Equal Protection*, a diferenciação sexual estabelecida por lei que vedava a venda de cerveja para homens com idade inferior a 21 anos e para mulheres menores de 18. O Tribunal argumentou, no caso, que o sexo não constituía um critério de diferenciação legítimo na aquisição de bebidas alcoólicas.

Nesse quadro teórico, a Suprema Corte criou uma categoria de classes “quase suspeitas” - entre as quais se incluem mulheres e filhos ilegítimos - e destacou que as leis incompatíveis com elas também serão objeto de controle “elevado”, embora não tão rigoroso como no caso das classes totalmente “suspeitas”. Estabeleceu-se novo parâmetro de diferenciação intermediário entre o *strict scrutiny* e o *rational relationship test*, encontrando âmbito de incidência nas diferenciações estabelecidas em razão do sexo, que demandavam uma investigação de constitucionalidade mais rigorosa que aquela estabelecida no *rational relationship*. Nessa perspectiva, a Suprema Corte estabeleceu a afirmação da primazia da proteção de grupos discriminados, em contraposição a objetivos estatais supostamente legítimos.

Em face desta estrutura conceitual, se o *intermediate scrutiny* se aplicava inicialmente às diferenciações sexuais, com o tempo passou a contemplar novas hipóteses de incidência, incluindo deficientes mentais, filhos concebidos fora do casamento e minorias estigmatizadas por seus atributos imutáveis, com representação parlamentar irrelevante. O *intermediate scrutiny* objetiva evitar que grupos minoritários sejam dominados e estigmatizados por outros, em razão de preconceitos reinantes, evitando assim que o *rational relationship* venha a encobrir situações discriminatórias, uma vez que estas demandam um controle de constitucionalidade mais apurado conforme o contexto histórico. Somente a situação fática pode determinar a forma de incidência do *intermediate scrutiny* e a legitimidade do critério de diferenciação.

Por fim, em contraposição ao parâmetro relativo ao exame rigoroso, no exame mínimo, que é o *rational relationship*, há uma presunção de constitucionalidade da lei, cabendo ao autor o ônus probatório da violação à Constituição. Tal parâmetro foi frequentemente utilizado nas classificações entre indivíduos, utilizadas no campo da regulação sócio-econômica, sendo necessária a prova da razoabilidade das distinções estabelecidas pelo legislador. A ação estatal somente será invalidada se não houver um nexo entre o ato estatal e o objetivo pretendido.

¹¹ *Craig v. Boren*. 429 U. S. 190 (1976).

Em face desta leitura, Peter Hogg¹² apresenta um exemplo interessante, no caso *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*¹³, no qual se discutiu a constitucionalidade de uma lei que determinava a aposentadoria compulsória para policiais que alcançassem os cinquenta anos. O autor da demanda alegou estar em perfeitas condições físicas, não havendo motivo que legitimasse seu afastamento. A Suprema Corte, todavia, reconheceu a constitucionalidade da lei, havendo um fundamento razoável para a classificação, pois, com o passar do tempo, haveria uma redução das habilidades físicas dos policiais, razão por que a remoção se legitimava como um meio de se alcançar um objetivo estatal relativo à integridade física da força policial. A Suprema Corte considerou improcedente o argumento de que o critério idade seria suspeito, não havendo razão para aplicação do exame rigoroso.

É importante salientar que, ainda dentro da abordagem substancialista desenvolvida pela Suprema Corte, existem duas perspectivas teóricas relativas ao conteúdo da *Equal Protection*, com implicações práticas diversas em relação a grupos estigmatizados: os princípios da antissubordinação e anticlassificação.

3. PRINCÍPIOS DA ANTISSUBORDINAÇÃO E ANTICLASSIFICAÇÃO

O Princípio da Anticlassificação visa a combater classificações fundamentadas em critérios baseados em raça, sexo e orientação sexual, que estabelecem tratamentos diferenciados, de forma incompatível com a neutralidade das medidas estatais. O Princípio da Antissubordinação, por sua vez, objetiva combater formas mais sutis de violação ao princípio da igualdade, superando atos aparentemente neutros que perpetuam contextos de subordinação. Assim, como assevera Roger Raupp Rios, assume relevância a XIV Emenda, que, ao vedar a diferenciação de tratamento, pretende “evitar que alguns se tornem “mais iguais” que outros, sendo de rigor afirmar que a garantia da igualdade, nesta tradição, contém mandamento de eliminação das condições que subjugam certos indivíduos e grupos diante dos demais.”¹⁴

Disso se infere, a nosso ver, que o Princípio da Antissubordinação não se limita apenas a vedar atos explicitamente discriminatórios, pois, segundo o autor, se assumíssemos apenas tal ponto de vista “estar-se-ia adotando a perspectiva daquele que discrimina, na medida que ela (a discriminação) é entendida como ato fundado em um preconceito presente no instituidor do tratamento diferenciado.”¹⁵ A ideia de antissubordinação (ou antissubjugação), para autores como Laurence Tribe, Reva Siegel e Jack Balkin, seria capaz de contemplar um conteúdo normativo mais amplo, no que se refere à plena

¹² HOGG, Peter. *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Carswell-Thompson Professional Publishing, 1997, p. 937.

¹³ *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*. 427 U.S. 307 (1976).

¹⁴ RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação – discriminação direta, indireta e ação afirmativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29.

¹⁵ *Ibidem*, p. 29.

garantia da dignidade humana para todos os grupos. Compreendemos, com base nos autores mencionados, que o Princípio da Antissubordinação constitui um instrumental jurídico potencialmente mais eficaz na proteção da dignidade humana e no combate a contextos de subordinação vivenciados por grupos historicamente discriminados. Nessa perspectiva, vale a pena transcrever passagem elucidativa que evidencia o pensamento de L. Tribe:

(...)O princípio da antissubordinação está mais preocupado com as responsabilidades impostas à ação estatal em face de grupos suspeitos do que com quais preconceitos se escondem nos corações e nas mentes dos agentes governamentais. O objetivo da *equal protection* não é acabar com pensamentos impuros, mas garantir uma medida plena de dignidade humana para todos. A Constituição pode ser ofendida não somente por atos individuais de discriminação racial, mas também por regras estatais, políticas ou práticas que eternizam a condição subordinada de qualquer grupo. Por meio do princípio da antissubjugação, a cláusula da *equal protection doctrine* indaga se certas condições, examinadas em seu contexto histórico e social, são uma manifestação ou um legado de opressão oficial.(...)¹⁶

Nesse ponto, o professor da *Harvard Law School* sublinha que “o tema mais promissor da doutrina da *equal protection* pode perfeitamente ser um Princípio da Antissubordinação, que objetiva quebrar os sistemas de subordinação legalmente criados ou reforçados que tratam algumas pessoas como cidadãos de segunda classe.”¹⁷ Diante do exposto, depreende-se que o princípio da antissubordinação diz respeito às relações entre a autoridade estatal e determinados grupos minoritários que sofrem discriminação por atores governamentais. Nesse contexto, na nossa compreensão, são considerados inconstitucionais, não apenas os atos de discriminação racial na sua dimensão individual, mas também práticas governamentais que institucionalizam a subordinação de status em relação a grupos minoritários.

Outrossim, assumiu especial relevância no constitucionalismo norte-americano, o artigo de Owen Fiss, intitulado “Groups and the Equal Protection”, inaugurando a tradição da antissubordinação no meio acadêmico por meio da articulação entre a teoria da igualdade e a proposta de combater a subordinação histórica dos negros. A cláusula da *Equal protection* passa ser compreendida como um instrumento capaz de evitar práticas que perpetuam a posição subordinada de grupos minoritários que se encontram em situação de desvantagem social.¹⁸

¹⁶ TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, 2. ed. New York: Foundation Press, 1988, p. 1514-1521.

¹⁷ *Ibidem*, p. 1515.

¹⁸ É relevante trazer as palavras do constitucionalista americano: “(...)A primeira é que os afroamericanos se encontram em uma péssima posição socioeconômica (em termos de bem-estar material, só se encontram atrás dos índios americanos), e também têm ocupado tal posição durante séculos. Em certo sentido, pode-se dizer que constituem na América do Norte uma classe permanentemente inferior. São estas duas características - a posição ocupada pelo grupo e o tempo durante o qual o mesmo tem ocupado tal posição - o que justifica a defesa

Nesse cenário, o constitucionalista desenvolve uma concepção peculiar acerca do Poder Judiciário, concebido como uma instância capaz de desenvolver o significado dos valores constitucionais e de potencializar determinados ideais sociais que protegem minorias insulares. Nas palavras do autor, “a atuação do poder judicial pode ser vista como uma intervenção capaz de ampliar a voz da minoria sem poder; como uma forma de retificar a injustiça do processo político.”¹⁹ O jurista norte-americano compreende a esfera judicial como um fator de poder capaz de atingir a verdade e a justiça na interpretação da *equal protection doctrine*. Percebemos a especial relevância o conceito de cultura constitucional na construção jurisprudencial do conteúdo da cláusula da *Equal Protection*.

Nesse particular, Siegel e Post analisam as lutas feministas nos EUA, visando a exemplificar formas de contestação política realizadas por movimentos sociais, como fatores que passam a interagir com o Judiciário, potencializando certos sentidos constitucionais. Até 1970, as distinções baseadas em sexo eram consideradas admissíveis na jurisprudência, porquanto a cláusula da *Equal Protection* era compatível com as discriminações sexuais. Inobstante, os movimentos sociais passaram a problematizar tal interpretação da cláusula da *Equal Protection*, de forma a articular novos valores constitucionais. A Suprema Corte, portanto, passou a interpretar a Décima Quarta Emenda de maneira diversa, exigindo o parâmetro do *strict scrutiny* para as classificações baseadas em sexo.²⁰

Nessa perspectiva, como salienta Reva Siegel, a cultura constitucional “explora as interações formais e informais entre cidadãos e governantes que guiam a mudança constitucional. Tais interações incluem, mas não são limitadas pela elaboração do direito e jurisdição.”²¹ Os movimentos sociais, a partir de interações com os governantes e o Judiciário, potencializam novos “significados constitucionais”, que passam a ser articulados a uma moralidade crítica capaz de reconstruir as práticas sociais vigentes. Percebemos que a cláusula de *Equal*

de esforços para melhorar o status do grupo...(...) (...) Não é só o nível socioeconômico dos afroamericanos como grupo que explica o papel peculiar que lhes corresponde dentro de uma teoria sobre a Igual Proteção. Isso se deve também à sua condição política. O poder político do afroamericanos encontra-se fortemente restringido. Durante os últimos séculos, o poder deste grupo foi restringido de formas mais diretas, por exemplo, através da privação de seus direitos políticos. (...) FISS, Owen. “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección”. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Derechos e Grupos Desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 140-141; A respeito da teoria de Owen Fiss, cf.: FORD, Richard Thompson. “Unnatural Groups: A reaction to the Owen Fiss’s “Groups and the Equal Protection Clause” In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003; ISSACHAROFF, Samuel and KARLAN, Pamela S. “Groups, Politics, and the Equal Protection Clause”. In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003; STURM, Susan. “Owen Fiss, Equality Theory, and Judicial Role”. In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003.

¹⁹ FISS, Owen. “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección”. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Derechos e Grupos Desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 142.

²⁰ A respeito, cf.: POST, Robert and SIEGEL, Reva. “Democratic Constitutionalism”. In: BALKIN, Jack & Siegel, Reva. *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 29.

²¹ SIEGEL, Reva. “Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA”. In: *California Law Review*, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006, p. 1324.

protection constitui um ideal suscetível a uma ampla gama de significados, capaz de inspirar diversos “sentidos constitucionais”. A ruptura com compreensões assimétricas de mundo, ao meu ver, depende de formas de judicialização voltadas para a proteção de grupos estigmatizados cujas pretensões normativas visam a corrigir as injustiças do processo político.

Nessa trajetória normativa, Owen Fiss propugna que a necessidade de retificação do processo político não se vincula “ao questionamento relativo a se essa lei incorpora uma classificação racial ou de outro tipo. Basta comprovar que a lei tem um efeito danoso aos afroamericanos.”²² Nessa percepção teórica, pretende contrapor-se à ideia segundo a qual o princípio da anticlassificação decorreria inevitavelmente da cláusula da *equal protection*, demonstrando que tal princípio implica uma concepção limitada acerca do judiciário que seria incompatível com o verdadeiro sentido da cláusula da *equal protection*.

Assim, vislumbramos a possibilidade de existência de determinadas condutas estatais capazes de subordinar certos grupos e que, consoante o Princípio da Anticlassificação, não seriam alcançadas pela cláusula da *Equal Protection*. Propugnamos que a doutrina da anticlassificação demanda julgamentos complexos e discricionários, pois as categorias consubstanciadas em termos de classificações suspeitas são insuscetíveis de atender aos desafios propostos por um Constitucionalismo sensível às demandas específicas de certos grupos subordinados. Indubitavelmente, há certas práticas estatais, portanto, que, por meio de critérios aparentemente neutros, suscitam efeitos discriminatórios sobre grupos em especial desvantagem.

Sob essa ótica, Owen Fiss exemplifica as situações potencialmente discriminatórias que surgem nas provas de admissão ou na proximidade geográfica das escolas, sendo necessário “formular uma teoria que permita vincular a prática ao status do grupo.” E conclui: “Certamente, tal teoria pode ser altamente problemática, uma vez que se poderia exigir algo mais que uma prova

²² *Ibidem*, p. 142-143; Nesse tópico, cabe trazer as explicações teóricas de Owen Fiss: “Está implícita à interpretação em relação ao que é vedado pela Cláusula da Igual Proteção, a ideia de que certas práticas estatais podem chegar a serem danosas para os membros de um grupo especialmente em desvantagem e, ainda assim, não prejudicar ou pôr em risco, ou agravar o status ou a posição do grupo. O que se requer, para que se possa considerar que uma certa prática estatal se encontra proibida pela Cláusula, é uma teoria sobre o dano de status, uma teoria que mostre que a prática desafiada tem este efeito no grupo. Desde esta perspectiva - que veda o dano ao status - poder-se-ia considerar a ação estatal discriminatória. A ação estatal discriminatória seria aquela conduta estatal que agrava o status de um grupo especialmente em desvantagem. A Cláusula da Igual Proteção proíbe ao Estado, por exemplo, utilizar a raça como critério de admissão nas piscinas públicas ou nos projetos de habitação coletiva, uma vez que, desse modo, há um agravamento da posição subordinada dos afroamericanos, ao excluí-los das facilidades outorgadas pelo Estado. O mesmo pode dizer-se em relação ao sistema escolar dual, isto é, à prática de isolar os estudantes nas escolas em razão de sua raça e com o objetivo de segregar alguns grupos. Novamente, estes tipos de ações estatais encontram-se proibidos pela Cláusula da Igual Proteção, uma vez que agravam a posição subordinada dos afroamericanos, e não porque a classificação não se encontra relacionada ou se encontra pouco relacionada a um propósito estatal.” *Ibidem*, p. 146-147.

meramente estatística para demonstrar que uma certa prática afeta mais os afro-americanos que a outros grupos (isto é, que tem um impacto desproporcional).²³ Em suma, na nossa compreensão, o princípio da anticlassificação revela-se como um instrumental jurídico incapaz de focalizar o caráter complexo de aspectos da política racial, como o tratamento preferencial e a subordinação racial implícita a critérios aparentemente neutros.

Sob esse prisma, inserindo-se no movimento acadêmico do “Constitucionalismo da Antissubordinação”, Reva Siegel ressalta acerca da perspectiva de Owen Fiss, que este “demonstrou que a objetividade, o individualismo e a não substantividade do discurso anticlassificação era apenas aspiracional, e que os valores da antissubordinação guiaram a elaboração doutrinária do princípio da anticlassificação em alterações cruciais.”²⁴ De fato, o autor defendeu que o Princípio da Anticlassificação não representa uma estrutura conceitual normativa capaz de solucionar a problemática jurídica decorrente de critérios estatais aparentemente neutros, mas com efeitos discriminatórios. A proposta do autor consistia justamente em impedir que o Estado, a partir de práticas aparentemente neutras, subordine grupos em condições de desvantagem. Em *Washington v. Davis*²⁵, por exemplo, a Corte aplicou a presunção contra a classificação restritivamente, limitando o alcance da aplicação da *equal protection* sobre danos infligidos pelo Estado.

Nesse caso, dois americanos africanos tinham se candidatado a integrar o Departamento de Polícia, Washington D.C, e foram recusados. Eles alegaram que o Departamento utilizou procedimentos discriminatórios por meio de testes baseados na habilidade verbal que afetavam de forma desproporcional americanos africanos. De fato, a ação estatal aparentemente neutra produziu um impacto desproporcional sobre os requerentes, sendo, entretanto, considerada constitucional. A Corte, de forma equivocada, considerou que o uso de tal teste não contrariava a *Equal Protection*, uma vez que a ação estatal não empregava uma classificação suspeita ou refletia um propósito discriminatório.

Diante do exposto, defendemos que os Princípios da Anticlassificação e Antissubordinação possuíam implicações práticas diversas, pois enquanto o primeiro demanda juízos discricionários, o segundo focaliza as práticas institucionalizadas de subordinação. O princípio da Anticlassificação contrapunha-se à ação afirmativa e legitimava práticas aparentemente neutras com impacto discriminatório; o Princípio da Antissubordinação, a seu turno, impugnava práticas estatais aparentemente neutras com efeitos discriminatórios. Nesse ponto, Jack Balkin e Reva Siegel, ambos professores da *Yale Law School*, inserem-se no movimento do constitucionalismo norteamericano que propugna

²³ *Ibidem*, p. 147-148.

²⁴ SIEGEL, Reva. “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”. In: *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 5. Cambridge: Harvard University Publications, 2004, p. 1535.

²⁵ *Washington v. Davis*. 426 U.S. 229 (1976).

a defesa do Princípio da Antissubordinação, compreendendo que “garantias da igual cidadania não podem ser realizadas sob condições de estratificação social difusa e argumentam que o direito deveria reformar as instituições e práticas que asseguram o status social secundário de grupos historicamente oprimidos.”²⁶ Em síntese, muitos sublinham a indeterminação do princípio da anticlassificação, razão por que, em inúmeras situações, este tem sido implementado pelas Cortes de forma a preservar relações de status.

Nessa trajetória constitucional, os autores lecionam que o Princípio da Anticlassificação não contempla várias questões importantes do direito antidiscriminação, sendo que, em inúmeros casos, as Cortes implementaram o referido princípio de forma incoerente. Os professores da *Yale Law School* compreendem que a aplicação do Princípio da Anticlassificação não seria fixa, podendo ser um instrumento de legitimação de estruturas normativas que subordinam certos grupos. Com efeito, há uma certa indeterminação inerente ao Princípio da Anticlassificação, envolvendo julgamentos subjetivos sobre significados sociais e normas de *status*, de forma que ambos destacam uma certa incoerência nas decisões das Cortes sobre o Princípio da Anticlassificação. A esse respeito, vale a pena mencionar o pensamento de Jack Balkin e Reva Siegel:

(...)...nós podemos observar como os juízes têm aplicado o princípio para acomodar valores sociais concorrentes e preservar instituições, práticas e compreensões ligadas ao *status*. O mesmo método de análise revela como os juízes têm modificado a aplicação do princípio da anticlassificação, em resposta a protestos sociais que desafiam práticas que impõem *status*. (...)²⁷

Nesse quadro teórico, Jack Balkin e Reva Siegel ponderam que este resolve muitas questões complexas não contempladas pelo Princípio da Anticlassificação, preenchendo lacunas teóricas. No domínio das questões raciais, por exemplo, o referido Princípio da Antissubordinação esclarece o verdadeiro sentido da ação afirmativa, explicitando por que motivo determinadas políticas que

²⁶ BALKIN, Jack and SIEGEL, Reva. “The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?”. In: *University of Miami Law Review*, vol. 58, n. 9. Florida: University of Miami School of Law Press, 2003-2004, p. 9; Nesse ponto, a seguinte passagem elucida o pensamento dos constitucionalistas: “Mais especificamente, com a expansão da agenda de direitos civis, o Judiciário tem aplicado o princípio da anticlassificação de maneira a dismantelar relações de status. Mais especificamente, nós mostramos como a aplicação do princípio da anticlassificação modifica-se o tempo todo, em resposta à contestação social. Como protestos sociais deslegitimam certas práticas, as Cortes frequentemente movem-se, consciente ou inconscientemente, por concepções de danos de status para embasar violações do princípio da anticlassificação onde eles anteriormente não perceberam...” *Ibidem*, p. 13-14.

Há ainda outros autores no constitucionalismo americano que têm considerado ser o conteúdo da *Equal Protection* melhor compreendido através do princípio da antissubordinação. Cf.: MacKINNON Catharine. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 32-45; BELL, Derrick. *And We Are not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice*. New York: Basic, 1987; MacKINNON, Catharine. *Sexual Harassment of Working Woman: A Case of Sex Discrimination*. New Haven: Yale University Press, 1979.

²⁷ *Ibidem*, p. 15.

desfavorecem brancos são menos assimétricas do que as que desfavorecem negros, bem como porque certos grupos raciais (negros e hispânicos) recebem tratamento preferencial, em detrimento de outros.²⁸

Em face desta estrutura conceitual, a compreensão da nação acerca do significado da discriminação com base em raça ou com base em sexo é uma construção social que se modifica em resposta aos protestos dos movimentos sociais. Para Jack Balkin, a aplicação do princípio da anticlassificação deve ser articulada a um “conjunto de especificações e regras” que levem em consideração as consequências práticas de sua implementação. Muitas vezes, as classificações raciais são aparentemente neutras, mas possuem efeitos discriminatórios. Em *Guinn v. United States*²⁹, por exemplo, discutiu-se a constitucionalidade de cláusula que restringia o direito a voto apenas a pessoas cujos ancestrais tivessem sido habilitados a votar antes da Reconstrução. A Constituição de Oklahoma aparentemente tratava todos os eleitores igualmente, mas favorecia eleitores brancos, enquanto desfavorecia eleitores negros cujos avós tinham sido escravos e inábeis para votar antes de 1866.

Em *Green v. County School Board*³⁰, a Corte sustentou que o sistema de “liberdade de escolha”, adotado pela *County Board School*, violava as exigências de *Brown v Board of Education*³¹. O sistema permitia que os pais escolhessem enviar suas crianças para uma entre duas escolas; mas as famílias brancas sempre escolhiam escolas identificadas como brancas, enquanto as famílias negras sempre escolhiam escolas identificadas como negras. A Corte aduziu que uma política aparentemente neutra de escolha da escola preservaria a distinção entre escolas para brancos e para negros, estimulando a segregação no sistema escolar e violando a Décima Quarta Emenda. Como salientam Balkin e Siegel, portanto, a implementação do princípio da antidiscriminação não pode limitar-se a questões de forma legal, tendo em vista que, muitas vezes, haveria classificações raciais implícitas e, por consequência, discriminatórias.³²

²⁸ No mesmo sentido dos constitucionalistas, posiciona-se L. Tribe, sendo oportuno transcrever o pensamento do professor da *Harvard Law School*: “(...) Mas, a subordinação de negros, mulheres e outros grupos que persiste hoje, não é habitualmente nem isolada nem histórica. Realmente, por razões puramente práticas, mesmo um sistema de casta sutil e informal poderia não ser tolerado muito tempo, se fosse necessário impor uma discriminação consciente, personalizada em todo membro do grupo vitimizado em uma base regular. Regimes de subordinação sustentada, portanto, geram deveres, instituições e circunstâncias que impõem laços e limites sobre o grupo alvo sem recorrer a ações discriminatórias individualizadas ou repetidas... (...) (...)O princípio da anticlassificação acolhe uma lacuna fundamental, porque ele identifica apenas um mecanismo de subjugação, o propósito, a adoção afirmativa ou o uso de regras que desfavorecem o grupo em questão. (...)” TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, 2. ed. New York: Foundation Press, 1988, p. 1518.

²⁹ *Guinn v. United States*, 238 U.S.347 (1915).

³⁰ *Green v. County School Board*. 391 U. S 430 (1968).

³¹ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

³² O trecho a seguir resume o pensamento dos autores: “Todos esses exemplos sugerem que a vedação da explicitação de classificações raciais exige uma injunção adicional nas classificações raciais ocultas ou implícitas, se ela pretende ter significado prático. Portanto, as Cortes

Em face desta leitura, no exame das modalidades de discriminação direta, se a Suprema Corte exige a comprovação da intenção discriminatória, tanto na elaboração do ato, como na sua aplicação, entendo que, muitas vezes, tal comprovação pode tornar-se difícil nas hipóteses em que o propósito discriminatório não se encontra explícito. Na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, o entendimento varia, havendo julgamentos nos quais o Tribunal examina a intenção discriminatória de atos legislativos, bem como situações em que considera tal análise descabida. A maior dificuldade, entretanto, reside justamente na comprovação da intenção discriminatória. Analisando tal problemática, o constitucionalista Roger Raupp Rios enfatiza o grau de indeterminação na comprovação da intenção discriminatória. Confira-se o seu argumento:

(...)Com efeito, em algumas circunstâncias, o conhecimento público do propósito da medida, por si só, já apresenta o efeito imediato e específico de fragilizar a consciência e o exercício de direitos, como acontece quando um ato legislativo é adotado com um propósito hostil a certos direitos, inclusive incentivando o grupo de pessoas beneficiadas a ignorar e desrespeitar os direitos daqueles prejudicados. Noutras hipóteses, a consideração dos propósitos pode evitar que danos futuros, muitas vezes irreparáveis ou de difícil reparação, venham a ocorrer. (...) ³³

Outrossim, de acordo com o constitucionalista, uma forma alternativa de exame da intenção discriminatória consiste no exame dos efeitos decorrentes da aplicação da medida, tendo em vista a sua adequação ao princípio da igualdade. Nessa perspectiva, assumiu especial relevância o caso *Poindexter v. Louisiana Financial Assistance Commission*³⁴, no qual se considerou inconstitucional lei que instituiu o financiamento público para escolas privadas, produzindo efeitos potencialmente discriminatórios. Tratava-se de uma medida aparentemente neutra, mas com um propósito discriminatório que objetivava financiar escolas privadas somente para brancos. Como destaca Raupp Rios, os fatores capazes de suscitar o escrutínio devem ser examinados conforme o contexto histórico em que a medida foi adotada, de acordo com a regularidade do procedimento legislativo que suscitou a edição do ato, bem como analisando “a história legislativa e as práticas administrativas pertinentes à questão discutida.” ³⁵

No ensejo, é fundamental investigar que a conceituação da denominada discriminação indireta (*disparate impact*) no direito norte-americano foi expressa no julgamento pela Suprema Corte do caso *International Brotherhood of Texas v. United*

inevitavelmente devem complementar o princípio da anticlassificação com a doutrina que proíbe tratamento desigual sob critérios aparentemente neutros.” BALKIN, Jack e SIEGEL, Reva. “The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?”. In: *University of Miami Law Review*, vol. 58, n. 9. Florida: University of Miami School of Law Press, 2003-2004, p. 21.

³³ RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação – Discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 104.

³⁴ *Poindexter v. Louisiana Financial Assistance Commission*. 389 U.S 571.

³⁵ RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação – Discriminação direta, indireta e ações afirmativas, op. cit.*, p. 105.

States.³⁶ O *disparate impact* decorre de medidas aparentemente neutras, mas com impacto diferenciado sobre os indivíduos, de forma incompatível com o princípio da igualdade, independentemente da comprovação do propósito discriminatório.³⁷

Nessa perspectiva, é premente considerar ainda que o debate relativo à discriminação indireta desenvolveu-se fundamentalmente no âmbito das relações trabalhistas. O julgamento mais importante em matéria de *disparate impact* é o caso *Griggs v. Duke Power Co.*³⁸, no qual o princípio da igualdade foi aplicado em face dos efeitos concretos das medidas, independentemente da intencionalidade do ato. Nesse caso, discutiu-se se a exigência do requisito escolar era considerado legítimo para efeito de contratação em certos cargos dentro da organização empresarial. Os autores alegaram que tal pressuposto, embora aparentemente neutro, era inconstitucional, tendo em vista que um maior número de negros era reprovado. Assim, o tribunal considerou ilegítimos os testes de inteligência, tendo em vista o efetivo impacto discriminatório.

Nesse ponto, a decisão ampliou o conceito de discriminação, contemplando não apenas as medidas com propósito discriminatório, mas também aquelas com impacto racial diferenciado. Com fundamento no Título VII do *Civil Rights Act*, o tribunal analisou a ilegalidade dos testes, em razão do seu efeito potencialmente discriminatório, de forma que os empregadores deveriam comprovar que tais testes são relacionados com a função para os quais são exigidos. O objetivo do Congresso no Título VII era alcançar a igualdade de oportunidades no emprego, sendo necessário remover as barreiras arbitrárias no emprego quando as mesmas impliquem efeitos discriminatórios, independentemente da intenção discriminatória.

Um outro caso jurídico emblemático foi o julgamento de *Words Cove Packing Company, Inc. v. Atonio*³⁹, no qual trabalhadores de uma empresa ajuizaram ação coletiva, aduzindo que estavam sendo discriminados indiretamente, visto que determinado grupo de trabalhadores não brancos exercia funções de menor destaque na empresa (enlatamento do peixe),

³⁶ *International Brotherhood of Texas v. United States*. 431 U.S. 324 (1977).

³⁷ Nesse contexto, analisando o tema, Daniel Sarmento, tece um dos mais lúcidos comentários a respeito dos impactos nefastos de medidas estatais aparentemente neutras: "Sem embargo, é certo que abundam medidas que, apesar de aparentemente neutras, produzem impactos nefastos e desproporcionais sobre a população afrodescendente, de forma incompatível com o princípio da igualdade. Para captar estas violações mais sutis à isonomia, é preciso aguçar o senso crítico, pois, muitas vezes, sob a máscara da generalidade e abstração de certas práticas e instituições, pode esconder-se o preconceito racial. E, mesmo quando não se cogite de racismo, é possível que políticas facialmente neutras insuspeitas causem aos afrodescendentes danos desproporcionais e inaceitáveis. Por isso, vale a pena chamar a atenção para duas formas de violação ao princípio da isonomia que não envolvem discriminações explícitas: a discriminação *de facto* na aplicação de normas racialmente neutras e a discriminação indireta, que envolve a aplicação da teoria do impacto desproporcional." SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 147.

³⁸ *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U. S. 424 (1971).

³⁹ *Words Cove Packing Company, Inc. v. Atonio* 490 U.S 642 (1989).

enquanto os trabalhadores brancos ocupavam postos de chefia socialmente mais valorizados e de melhor remuneração. A controvérsia entre os juízes direcionou-se para a distribuição do ônus da prova. Os requerentes alegaram que noventa por cento das funções de enlatamento eram desempenhadas por membros de minorias. O empregador argumentou, entretanto, que a disparidade de resultados era decorrente da insuficiência de empregados que pertenciam a minorias com habilidades necessárias para a função, aspecto com que a Corte Distrital do Distrito de Washington concordava.

Nesse aspecto, a Suprema Corte norte-americana sustentou que a Corte de Apelação havia se equivocado, pois a estatística comparativa do requerente era insuficiente para sustentar a existência de discriminação no emprego. O autor havia falhado em demonstrar seu *case prima facie*, pois limitou-se apenas a uma estatística que demonstrava o alto percentual de trabalhadores minoritários em funções menos valorizadas, quando, na verdade, casos como este demandavam a produção de prova estatística, não sendo suficiente a simples comparação entre percentual relativo ao grupo de trabalhadores brancos e não brancos. Assim, no direito norte-americano, passou-se a exigir o preenchimento de alguns requisitos estatísticos para a caracterização de um *prima facie case*, em se tratando de *disparate impact*.

4. CONCLUSÃO

Como analisamos, em determinadas situações estratégicas, o Poder Judiciário deve ser a vanguarda da sociedade, resguardando a esfera privada de minorias estigmatizadas cuja participação pouco expressiva no processo político inviabiliza a ampliação das condições institucionais de reconhecimento mútuo. O ativismo judicial da Suprema Corte, indubitavelmente, revelou-se como um mecanismo fundamental para resguardar direitos de grupos minoritários, que são alvo de preconceitos, hostilidades e sujeitos a um *déficit* de representação no processo político. A postura judicial construtiva da Suprema Corte na interpretação da cláusula da *equal protection*, portanto, viabilizou uma cultura constitucional capaz de corrigir o mau funcionamento do processo democrático que, muitas vezes, reflete os preconceitos inerentes às práticas assimétricas da cultura majoritária.

Diante do exposto, depreende-se que, se o processo político estabelecer classificações entre os indivíduos, partindo do pressuposto de que determinado grupo não deve ser tratado com igual consideração e respeito atribuídos aos demais, a inconstitucionalidade está configurada. A perspectiva da anticlassificação pressupõe a neutralidade dos atos estatutais que se refiram a determinados grupos, contemplando o ponto de vista do agente que discrimina. Não obstante, não se compatibiliza com a ideia de ações afirmativas, por exemplo, no sentido de que esta supostamente violaria o princípio da igualdade de tratamento. Tal princípio possui um *déficit* teórico que o torna insuscetível

de contemplar determinadas condutas estatais aparentemente neutras com um impacto de subordinação a certos grupos. De acordo com o princípio da anticlassificação, tais condutas não seriam abarcadas pela cláusula da *Equal Protection*. O princípio da antissubordinação, por sua vez, atinge condutas estatais que perpetuam contextos de subordinação em relação a grupos minoritários, configurando-se como um instrumento mais capaz de atender à complexidade do princípio da igualdade, atendendo de forma juridicamente sensível às pretensões normativas de grupos estigmatizados.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALKIN, Jack and SIEGEL, Reva. "The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?". In: *University of Miami Law Review*, vol. 58, n. 9. Florida: University of Miami School of Law Press, 2003-2004.

BELL, Derrick. **And We Are not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice**. New York: Basic, 1987.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FISS, Owen. "Grupos y la Cláusula de la Igual Protección". In: GARGARELLA, Roberto (org.). **Derechos e Grupos Desaventajados**. Barcelona: Gedisa, 1999.

HOGG, Peter. **Constitutional Law of Canada**. Toronto: Carswell-Thompson Professional Publishing, 1997.

FORD, Richard Thompson. "Unnatural Groups: A reaction to the Owen Fiss's "Groups and the Equal Protection Clause" In: **Issues in Legal Scholarship**. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003.

ISSACHAROFF, Samuel and KARLAN, Pamela S. "Groups, Politics, and the Equal Protection Clause". In: **Issues in Legal Scholarship**. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003.

MacKINNON, Catharine. **Sexual Harassment of Working Woman: A Case of Sex Discrimination**. New Haven: Yale University Press, 1979.

MacKINNON Catharine. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

POST, Robert and SIEGEL, Reva. "Democratic Constitutionalism". In: BALKIN, Jack & Siegel, Reva. **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação – discriminação direta, indireta e ação afirmativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIEGEL, Reva. "Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA". In: **California Law Review**, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006.

SIEGEL, Reva. "Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown". In: **Harvard Law Review**, vol. 117, n. 5. Cambridge: Harvard University Publications, 2004.

STURM, Susan. "Owen Fiss, Equality Theory, and Judicial Role". In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003.

TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**, 2. ed. New York: Foundation Press, 1988.

WINTEMUTE, Robert. **Sexual Orientation and Human Rights – The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter**. Oxford: Oxford University Press, 1995.



DO ROMANTISMO LITERÁRIO AO NATURALISMO IMAGÉTICO, UM PASSEIO SOBRE “INOCÊNCIA”: DO TEXTO DE TAUNAY AO FILME DE WALTER LIMA JÚNIOR

Sarah Carneiro Araújo¹
Francisco Régis Frota Araújo²

RESUMO

Este artigo pretende fazer uma incursão comparativa entre as linguagens literária e filmográfica de um relato oitocentista da ficção sertanista brasileira, em concreto, o romance *Inocência*, de Visconde de Taunay, de 1872, e sua adaptação cinematográfica homônima, que teve direção artística do cinemanovista Walter Lima Jr., mais de um século depois, em 1983, procurando fazer reflexões sobre o texto literário mencionado e caracterizar as especificidades de cada discurso, o literário e o cinematográfico, a partir dos caracteres típicos de cada discurso, ou seja, da narração, da ficção e da criação do texto de cada um desses meios artísticos, consoante a análise diegética de Ives Reuter visando compreender as conseqüências teóricas, práticas e estéticas de cada mudança fundamental da abordagem.

Palavras chave

Adaptação cinematográfica. Narratologia. Diegese. Narração, ficção e texto. Visconde de Taunay. Walter Lima Junior.

RESUMÉ

Cet article se donne dans l'intention de faire un voyage comparative entre les langues littéraire et cinématographique d'un Roman de la fiction sertaniste brésilienne, en concret, le texte *Inocência*, de Visconde de Taunay, publié l'année 1872, et sa adaptation filmique homonyme, qu'a eu comme metteur en scene (direction artistique) Walter Lima Junior, plus d'un siècle après, l'année 1987, en cherchant étudier et réfléchir a propos des transformations produit de chanchement de language ou moyen de la voix narrative d'un texte littéraire occasion de sa transposition au cinema, en caracterisant les especificités de chaque discours et, en particulier, les caracteristiques tipiques de la narration, de la ficcion et de la création du texte de chaqu'un de ces moyens artistiques, pour comprendre ainsi les consequences théoriques, pratiques et esthétiques de cet chanchement fondamental dans l'abordage, selon l'analyse diegetique proposé par Yves Reuter.

¹ Mestranda em Direito da UFC. Professora substituta de Direito Ambiental da UFC.

² Professor da disciplina Direitos fundamentais, cinema e Literatura na pós-graduação da UFC.

Mots-clés

Adaptacion cinemathographique. Narratologie. Diegesis. Narrative, fiction et texte. Visconde de Taunay. Walter Lima Junior.

1. INTRODUÇÃO: A NARRAÇÃO E O CINEMA BRASILEIRO

Muitos são os textos literários adaptados para o cinema, e tão antigos os filmes como a própria sétima arte; De fato, tanto no Brasil como no Exterior, se fizeram adaptações ou se praticaram transposições literárias para o cinema desde que esta expressão artística se firmou no panorama das artes dignas de apreciação pública como espetáculo e/ou diversão.

O cinema brasileiro, desde seus primórdios, valorizou também o recurso do texto literário como forma de adaptação ou transposição fílmica, umas adequando-se-lhes o conteúdo para os dias hodiernos, outras mantendo-se-lhes o sentido histórico e o espírito do tempo.

Este artigo se circunscreve no âmbito dos estudos comparados entre literatura e cinema e se propõe estudar e refletir sobre as transformações produto da mudança de linguagem ou meio da voz narrativa de um texto literário ao ser transposto ou adaptado para o cinema.

Estas reflexões serão levadas a termo analisando um texto literário em particular, *Inocência*, de Visconde de Taunay, confrontando-o com sua versão cinematográfica, o filme homônimo de Walter Lima Jr., caracterizando neles as especificidades de cada discurso e, em especial, as características próprias da narração, da ficção e de criação do texto de cada um destes meios artísticos, para compreender assim as conseqüências teóricas, práticas e estéticas deste cambio fundamental na abordagem diegética.

2. DO ROMANTISMO LITERÁRIO DE VISCONDE DE TAUNAY

O romance *Inocência* de Alfredo D'Escagnolle Taunay, o Visconde de Taunay, publicado em 1872, se constitui num clássico do fim do romantismo, ainda que muitos o considerem como um marco da transição para o naturalismo e o realismo. Uma das principais obras deste profícuo escritor romântico, juntamente com *A retirada da Laguna* (1871), o romance que nos propomos analisar obteve extraordinária popularidade, o qual além de traduzido para inúmeras línguas, mereceu transposição para o cinema brasileiro sob a direção artística de Walter Lima Jr., o que nos inspira a realizar este artigo e circunscrevê-lo no âmbito dos estudos comparados entre literatura e cinema, ao tempo de propor-nos estudar e refletir sobre as transformações produto da mudança de linguagem ou meio da voz narrativa de um texto literário ao ser transposto ou adaptado para o cinema.

De fato, tenha sido buscando inspiração na literatura francesa oficial quanto na brasileira incipiente, o cinematógrafo criado e desenvolvido sua

linguagem nos princípios do século XX, logo passou a ter mais da metade de suas películas efetivamente realizadas com base em texto precedente.

Por outro lado, diremos que a experiência de rever a película de Walter Lima Jr., passados vinte e sete anos de sua estréia, e adaptada de um romance de Visconde de Taunay, escrito e publicado em 1872, possibilita-nos apreender e refletir sobre o significado daquilo a que chamamos de sentido ou senso histórico.

Por outro lado, convém lembrar que Taunay é referido como integrante da literatura romântica brasileira, pioneiro na Ficção, por Alfredo Bosi³, do tipo sertaneja (a exemplo de *O sertanejo*, *O gaúcho*, de Alencar, *O Garimpeiro de Bernardo*, além de *O Cabeleira*, *O Maturo*, de Franklin Távora) em contraponto com a ficção do tipo indianista (*Iracema e Ubirajara*, de Alencar, *O Índio Afonso*, de Bernardo) e/ou mesmo a literatura ficcional romântica passadista ou colonial (como são exemplos ilustrativos os romances *As Minas de Prata*, *O Guarani*, de Alencar, *As mulheres de Mantilha*, *O Rio do Quarto*, de Macedo; *Maurício*, *O Bandido do Rio das Mortes*, de Bernardo Guimaraes, etc).

Bosi reconhece o valor de Taunay neste balanço sucinto:

Até aqui aludiu-se à correspondência entre as expectativas dos leitores e as respostas que lhes deram os ficcionistas: fato que explica quase sempre a polaridade realismo-idealismo que acompanha o romance da época. Mas, se reordenarmos em linha vertical o mesmo conjunto, veremos que não é tanto a distribuição de temas quanto o nervo do seu tratamento literário que deve oferecer o critério preferencial para ajuizar das obras enquanto obras. Teremos, no plano mais baixo, os romances que nada acrescentam aos desejos do leitor médio, antes excitam-nos para que se reiterem *ad infinitum*; é a produção de Macedo, de Bernardo, Távora e Alencarina menor (*A Viuvinha*, *Diva*, *A pata da Gazela*, *Encarnação*). Já Inocência de Taunay, e alguns romances de segunda plana de Alencar (*O Sertanejo*, *O gaúcho*, *O Guarani*) redimem-se das concessões às peripécias e ao inverossível pelo fôlego descritivo e pelo êxito na construção de personagens-símbolo: *Inocência*, Arnaldo, Canho, Peri fazem aflorar arquétipos de pureza e coragem que justificam a sua resistência às mudanças de gosto literário (...) ⁴

Adiante, o mesmo historiador da literatura brasileira reconhece o valor de Visconde Taunay (1843-1899), dentre os sertanistas ficcionistas como Bernardo Guimarães e Franklin Távora, que por temperamento e cultura, tinha condições de dar ao regionalismo romântico a sua versão mais sóbria:

[...] Homem de pouca fantasia, muito senso de observação, formado no hábito de pesar com a inteligência as suas relações com a paisagem e o meio (era engenheiro, militar e pintor), Taunay foi capaz de enquadrar a história de Inocência (1872) em um cenário

³ BOSI, Alfredo. História Concisa da Literatura Brasileira. 46 ed. São Paulo: Cultrix Editora, 2006.

⁴ BOSI, Alfredo. Op. Cit. Pg. 129.

e em um conjunto de costumes sertanejos onde tudo é verossímil. Sem que o cuidado de o ser turve a atmosfera agreste e idílica que até hoje dá um renovado encanto à leitura da obra (...) ⁵

3. VISCONDE DE TAUNAY E INOCÊNCIA: A ROMÂNTICA CRIAÇÃO DE UM TEXTO TRANSITÓRIO PARA O REALISMO E A DESCRIÇÃO DE UM RELATO NATURALISTA PELO NARRADOR/AUTOR

A literatura de Visconde de Taunay e em especial, a de sua obra *Inocência* (1872), consoante afirma o professor Carlos Alberto Iannone, da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Marília, ⁶ ocupa uma posição de relevo na literatura brasileira devidos a variados fatores: “a história romântica do amor contrariado, ligado à morte; a naturalidade dos tipos; a descrição “realista” de hábitos, costumes e cenas da vida sertaneja, a linguagem regionalista, os diálogos vivos e o estilo harmonioso”

Eis uma das características literárias de sua linguagem, à qual ressaltou, adiante, com a transcrição de rápido texto do livro, para iniciar a comparação dos dois universos lingüísticos, o literário e o cinético, a partir da incursão adaptativa de Walter Lima Júnior, cujas imagens cinematográficas naturalistas e objetivamente mostram (e não dizem), igualmente, do universo taunaysiano, na medida em que captam a relevância do relato naturalista elaborado pelo autor.

O trecho que transcrevo, abaixo, descreve o desespero de Pereira ao saber do romance entre Cirino e Inocência e deixa entrever os padrões morais que regiam a vida do sertanejo:

Aí o anão fez um gesto de negação e, apontando para o quarto de inocência, indicou que nada tinha ela com o alemão. Ficaram pasmos os dois. – Então, balbuciou Pereira, quem será?...Cirino, meu Deus?! – Sim...sim! gritou o anão com violento esforço abaixando muitas vezes a cabeça. – Qual! protestou Pereira, o doutor?....

Com muita habilidade e segurança Tico desenvolveu as provas que tinha.⁷

Como vimos, no texto aparece o anão Tico que circula desembaraçadamente pela casa, mas isso por não representar nenhuma sorte de perigo à ordem doméstica, já que quase se confunde com um bicho de estimação. Na aparência teratológica de Tico, como ressalta Coutinho⁸ percebe-se mais uma vez o culto à fealdade, recurso tão vastamente explorado pela estética romântica.

Convém, antes, sublinhar as razões pelas quais a relação cinema-

⁵ BOSI, Alfredo. Op. Cit. Pg. 145.

⁶ TAUNAY, Visconde de. *Inocência*. Coleção obra prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret Editora, 2004. Pg. 15.

⁷ TAUNAY, Visconde. *Inocência*. Op. Cit. Pg. 158.

⁸ COUTINHO, Fernanda. *Inocência de V. de Taunay*. Fortaleza: ABC editora. 1999. Pg. 5 do comentário crítico inicial.

literatura tem sido um dos campos de estudo privilegiados das diversas teorias cinematográficas e, a partir dos anos sessenta, dos estudos semióticos e estruturalistas, muito particularmente no campo da narratologia. Ora, como anunciado no resumo que faríamos um estudo sob a ótica analítica da diegética, entende-se aqui por Diegese como sendo um conceito da narratologia, dos estudos literários, dramatúrgicos, e de cinema que diz respeito à dimensão ficcional de uma narrativa. Os estudiosos e analistas⁹, a exemplo de estruturalistas como Ginette, Per Aage Brandt, David Lodge, Manuel Alcides Jofre e Etienne Souriau e Yves Reuter reconhecem que a diegese é a realidade própria da narrativa (“o mundo Ficcional”), a vida fictícia, à parte da realidade externa de quem lê(o chamado ou dito “mundo real” ou vida real.

Quem consultar a Wikipaedia no verbete diegese, verá que este conceito da narratologia conhece um tempo e um espaço dito diegéticos os quais, são, destarte, o tempo e o espaço que decorrem ou existem dentro da trama, com suas particularidades, limites e coerências determinadas pelo autor”¹⁰.

Este artigo se inscreve dentro do marco teórico da análise da narrativa proposta por Yves Reuter¹¹, ao propor uma análise prática de um romance e o filme homônimo *INOCÊNCIA* (de Visconde Taunay e Walter Lima Jr., respectivamente). Esse exercício prático consistirá na análise de um aspecto fundamental para ambos os textos literários e cinéticos, os meios e linguagens: a situação específica da narração como elemento de definição de veículos sígnicos ou significantes essencialmente diegéticos, é dizer, comunicadores de histórias e/ou tramas. Sobre a base das características particulares de cada tipo de discurso, procuraremos verificar como se vinculam ambas as disciplinas em tanto transmissoras ou comunicadoras de uma diegese ficcional, contudo ao mesmo tempo confrontando-as como formas discursivas divergentes, com formas de narrar de cada uma, e que, obviamente, não são equivalentes.

Para cumprimento deste objetivo específico, utilizarei a metodologia essencial dos estudos narratológicos, aquela proposta por Yves Reuter na obra “A Análise da narrativa”, como anteriormente anunciado, com vistas a adaptar ou produtivizar dito método no estudo comparado do cinema. Nesta análise me deterei essencialmente na mudança da prospecção semiótica ou narratológica que afeta à voz narrativa que sustenta o relato, estudando, então, as diferenças que

⁹ Conferir BRANDT, Per Age: “La diegesis, in Prada Oropeza Renato. *Linguística y Literatura* (xalapa, Mexico: Univ. Veracruzana, 1978; GENETTE, G.: “Figures III (1972), id.: *Nouveau discours du récit* (1983); JOFRE, Manuel Alcides: *Analysis textual de la diegesis*”, *Alpha: Revista das artes, letras y Filosofia*, 3(1987); DAVID, Lodge: *Mimesis and Diegesis in modern Fiction*” in *Essentials of the Theory of Fiction*, org. por Michael J. Hoffman e Patrick D. Murphy (2 edição, 1996); SOURIAU, Étienne: (org): *L’Univers filmique* (1953); REUTER, Yves: *A análise da narrativa – o texto, a ficção e a narração*, Difel, Rio de Janeiro, 2007.

¹⁰ Wikipédia, no verbete “Diegese”, consulta ao site www.wikipaedia feita dia 05.7.2010 Conf., a propósito, sobre o autor Alfredo D’Escragno Taunay.

¹¹ REUTER, Yves. *A Análise da narrativa – o texto, a ficção e a narração*. DIFEL, Coleção enfoques –Letras. 2 edição. Tradução de Mario Pontes. Rio de Janeiro: 2007. Pg. 13-14.

se produzem ao ser transposta ao cinema uma diegese originariamente literária, ou seja, ao adaptar-se ao fenômeno fílmico ou à linguagem cinematográfica um texto literário como conseqüência desta mudança de narração.

Ora, num breve comentário dos princípios essenciais da análise interna da narrativa de *Inocência*, tomando como base de referencia as lições de Yves Reuter¹², já percebemos que o narrador/autor se esmera em localizar a trama do romance, sob o título do primeiro capítulo, “o sertão e o sertanejo.”

Sendo, assim, um romance explicitamente regionalista, releva observar como inicia o primeiro parágrafo do livro, com referência a este projeto de situar a narrativa no mundo do sertão, a um imaginário realista obsedante do narrador/autor, que descreve com precisão meticulosa e reconstrói este universo que Taunay tão bem conheceu em sua vida militar, deixando ao leitor este legado: “Corta extensa e quase despovoada zona da parte sul-oriental da vastíssima província do Mato-Grosso a estrada que da vila de Sant’Ana do Paranaíba vai ter ao sítio abandonado de Camapoan”.

Nota-se pela largueza da ambiência, cuja abundância de extensão e de terras continua na frase seguinte, a enormidade da área coberta pelo relato naturalista de Taunay, a saber:

Desde aquela povoação, assente próximo ao vértice do ângulo em que confinam os territórios de São Paulo, Minas Gerais, Goiás e Mato-Grosso até ao rio Sucuruí, afluente do majestoso Paraná, isto é, no desenvolvimento de muitas dezenas de léguas, anda-se comodamente, de habitação em habitação, mais ou menos chegadas umas às outras, rareiam, porém, depois as casas, mais e mais, e caminha-se largas horas, dias inteiros sem se ver morada nem gente até ao retiro de João Pereira, guarda avançada daqueles solidões, homem chão e hospitaleiro, que acolhe com carinho o viajante desses alongados paramos, oferece-lhe momentâneo agasalho e o provê da matalotagem precisa para alcançar os campos do Miranda e Pequirí, ou da Vacaria e Nioac, no baixo Paraguay. Ali começa o sertão chamado bruto.

Veja-se que por retiro, antes referido, o autor chama àquela área que no Mato-Grosso se denomina ao local em que os criadores de gado reúnem as reses para as contar, marcar e dar-lhes sal, mediante nota aclarativa de Taunay, enquanto sertão bruto significa aquele “sem moradores”.

Fernanda Coutinho, mestre em literatura brasileira pela UFC, analisa muito bem o romance sob comentário, quando afirma que *Inocência* “organizado em trinta capítulos e um epílogo, faz o leitor deparar a principio não com os eventos iniciais da fabulação, como é mais corrente em obras ficcionais e sim com um texto descritivo, verdadeira radiografia do “sertão bruto”, com sua natureza áspera em que se deslocam habitantes cujo comportamento parece

¹² REUTER, Yves. Op. Cit. Pg. 20.

moldado pelas leis inflexíveis do meio em que vivem. Curioso observar é que “o sertão e o sertanejo”, capítulo de abertura de *Inocência* reapareceria em *Céus e Terras do Brasil*, obra não ficcional do Vinconde de Taunay, de 1882”.¹³

Comenta Bosi que, salvo a abertura de *Inocência*, onde o “descritor” resvala amiúde para o convencional ou para a aridez didática, o romance flui em diálogos naturalíssimos pelo tom e pelo vocabulário, cimentados por faixas de prosa narrativa admiravelmente funcionais. E diz mais:

É só rastrear as falas do generalista Pereira, pai de Inocência, para perceber o quanto de espontâneo elas comunicam à dinâmica do livro. Taunay sabia explorar na medida justa o cômico dos tipos como o naturalista alemão à cata de borboletas, o grotesco sombrio do anão Tico, a quem cabe apressar o desenlace, ou o patético de algumas cenas perfeitas como a fuga do leproso para a mata e a morte solitária de Cirino. No âmbito de nosso regionalismo, romântico ou realista, nada há que supere Inocência em simplicidade e bom gosto, méritos que o público logo lhe reconheceu, esgotando sucessivamente mais de trinta edições, sem falar nas que já no século passado, se fizeram em quase todas línguas cultas.¹⁴

Convém, contudo, voltar a descrever o espaço e tempo da ficção. De fato, os modos de análise do espaço e do tempo na narrativa podem se dar de diversos modos, ou seja, no caso específico do romance *Inocência* que nos interessa analisar, o espaço construído pelo autor – do qual o excerto transcrito anteriormente já dá uma idéia de sua imensidão geográfica, e não diegética-, por ser analisado por meio de alguns eixos fundamentais reuterianos, os quais tratamos de seguir:

- “as *categorias de lugares convocados*: correspondentes ao nosso mundo ou não; exóticas ou não; mais ou menos ricas; urbanas ou rurais, etc;

- o *número de lugares convocados*: um único lugar, vários lugares, uma multiplicidade de lugares etc;

- o *modo de construção dos lugares*: explícito ou não; detalhado ou não; facilmente identificável ou não (o leitor tem apenas que identificar os lugares; ele jamais sabe se trata dos mesmos); e,

- a *importância funcional dos lugares*: simples moldura, elemento determinante em diferentes momentos do desenrolar da história, até mesmo para as personagens constantes, etc.

¹³ COUTINHO, Fernanda: *Inocência*, apresentação do romance de Taunay, pela Editora ABC Fortaleza, Os clássicos, 1999, p. 3-6, em concreto, p. 3 Observe-se que Antonio Cândido, em “*Formação da Literatura Brasileira: momentos decisivos*” 6 edição, Itatiaia Edit., BH, 1981, “além de vários outros críticos (Maussad Moisés, José Mauricio Gomes de Almeida, etc) vêm no processo utilizado em *Inocência* um esboço do que viria a ser ampliado por Euclides da Cunha em *Os Sertões*, em que “*A terra*” e “*O Homem*” valem como antecipação à narrativa propriamente dita configurada em “*A Luta*”.

¹⁴ BOSI, Alfredo. Op. Cit. Pg. 145.

Ora, o próprio Yves Reuter¹⁵ reconhece que esses eixos da análise permitirão com precisão a maneira como o espaço participa do funcionamento das histórias, como veremos no caso concreto do romance *Inocência*, sob análise, em que estudaremos as diversas funções desenvolvidas pelo espaço, é dizer, “o mundo sertanejo e seu universo simples e rude, em que a vergonha e honra valem a vida de um homem. Um universo em que o amor não deve ultrapassar os limites da conveniência e acordos entre compadres, um mundo em que o sentimento é luxúria.” Visconde de Taunay cria seu relato em um espaço rural, rico em natureza exótica e tropical, variado em léguas tiranas, detalhado, jamais uma simples moldura na narrativa, porquanto todo ao contrário, elemento determinante em diferentes momentos do desenrolar da história de Cirino e Inocência.

Logo se percebe o dilema da direção artística encarregada da transposição para uma outra linguagem, no caso, a do filme ou cinematógrafo, tanto assim, que no roteiro cinematográfico e na adaptação fílmica de Walter Lima Jr. não há qualquer referência a esta dificuldade diegética dos diálogos, posto se tratar, na essência dificultosa da adaptação fílmica, da utilização de outro linguajar: o da imagem, o das luzes e sombras a substituir a construção da escrita.

Vittorio Storaro, Diretor de Produção internacionalmente conhecido, afirmava que “num filme estamos contando uma história com luz e sombra, cores e movimento. É aqui que encontramos o verdadeiro significado do que estamos fazendo”, eis que estamos no império dos sentidos, esta a experiência cinematográfica da construção de imagens, principalmente se adaptadas de um texto literário anterior, cuja fidelidade reprodutiva em geral, não se pretende afastar demasiado do espírito do autor da literatura, exceção nos casos de atualização necessária ao tempo presente.

Já se pode compreender quão felizada foi a transposição de *Inocência* ao cinema, vez que Walter Lima Jr. entendeu absolutamente que “a língua escrita não consegue dar conta do ímpeto de contador do narrador/autor” (*sic*) no texto literário ou no livro, quando ainda no cap. 1, observa que “pousos sucedem a pousos, e nenhum teto habitado ou em ruínas, nenhuma palhoça ou tapera dá abrigo ao caminhante contra a frialdade das noites, contra o temporal que ameaça, ou a chuva que está caindo. Por toda parte, a calma da campina não arroteada; por toda a parte, a vegetação virgem, como quando aí surgiu pela vez primeira.” (pg. 18)

No filme de Walter Lima Junior não se vê uma montagem desmontada; Nada de *flashbacks* excessivos, tão comuns nos filmes contemporâneos, a trama se situa do principio ao fim no presente narrativo como uma forma de exteriorizar o sentimento do narrador, como uma inteligente opção pela fidelidade ao velho naturalismo ou romantismo visconde taunaysiano.

Genette já dizia que não há história contada sem que alguém a conte.

¹⁵ REUTER, Yves. Op. Cit. Pg. 51-52

Reuter centra seus estudos na análise da ficção, da narração e da montagem do texto. E em que pese se poder pensar em uma narração cinematográfica, convém se contrapor ou por em tensão a idéia de uma *voz* ou um *narrador* para o cinema equivalente ao literário, porquanto o cinema tem uma linguagem direta, a percepção do espectador se faz de modo direto, através do que o filme *mostra* na tela e não através de uma instancia mediadora que sustenta o discurso fílmico, que entregue os dados relevantes deste mundo, que guie ou dirija a interpretação mediante juízos valorativos o mundo representado. Como observa Jean Luc Godard¹⁶ a história do cinema – por seu caráter de linguagem direta -, procurou não abordar certas realidades desagradáveis, como a do holocausto, por exemplo. Há pouca imagem divulgada do holocausto, para tanta realidade ocorrida de amargura e atrocidade humanas no período. Teria sido proposital que a arte cinematográfica olvidou de registrar/mostrar/interpretar mencionado período histórico do século passado? Porque enfim?

David Oubiña, da Faculdade de Filosofia e Letras da Universidade de Buenos Aires, coordenou interessante estudo intitulado “JLG: El pensamiento del cine”- cuatro miradas sobre Histoire(s) du cinéma¹⁷, no qual ressalta as idéias do cineasta e teórico do cinema no sentido de que “para que haja relato cinematográfico, deve haver ao menos uma instancia de enunciação.” Com efeito, os teóricos e estudiosos atuais¹⁸ da teoria cinematográfica coincidem em afirmar (aliás, contrariamente ao consenso do cinema mudo, quando nos inícios da teorização cinematográfica todos buscavam crer) que as imagens cinematográficas não se contam a si mesmas, como na vida real, senão que representam uma pseudo-realidade, esteticamente estruturada.

O estudioso Christian Metz, em seus “Ensaio sobre a significação no cinema”, discute este tema de modo exaustivo, quase dando o estado da situação no território da teoria no capítulo 8, “o cinema moderno e a narratividade”, quando faz um resumo das polêmicas em torno das idéias que quatro vozes (Pierre Billard, René Gilson, Michel Mardore e Marcel Martin) lançam acerca do cinema moderno e seus esquemas interpretativos. Após reflexões várias, Metz reconhece a “renovação da sintaxe cinematográfica moderna”:

(...) con el nuevo cine, más que a un *estallar* cataclísmico de La sintaxis del film asistimos a un amplio y complejo movimiento de renovación y enriquecimiento que se manifiesta em tres evoluciones paralelas: 1) algunas figuras son por el momento abandonadas en mayor o menor grado (ejemplo: La cámara lenta y la acelerada; 2)

¹⁶ Conferir “Histoire(s) du cinema”, conjunto de documentários dirigido pelo cineasta francês J.L.Godard, ou se quiserem, conjunto de vídeos realizado ao largo de 10 anos (entre 1988 e 1998) cujo “relato sobre o cinema e a história que põe a gravitar o campo dos estudos audiovisuais debaixo de uma luz completamente nova”.

¹⁷ SARLO, Beatriz/ Jorge La Ferla/ Rafael Filippeli/ Eduardo Gruner e David Oubiña : Jean Luc Godard: El pensamiento del cine- cuatro miradas sobre Histoire(s) du cinéma. Buenos Aires: Paidós, 2005.

¹⁸ Conferir, a propósito, Christian Metz: “Ensayos sobre la significación en el cine”, Editorial Tiempo contemporáneo, Buenos Aires, 1972; Mityr, J. : “Estética y psicología del cine”, vol. 1 e 2; Bordwell.

otras se mantienen, pero bajo variantes agilizadas que no deben impedir reconocer la permanencia de un mecanismo semiótico más profundo(ejemplos: El campo/contracampo, la escena, la secuencia, El montaje alternado,etc); 3) por último, aparecen nuevas figuras que vienen a engrosar las posibilidades expresivas del cine.¹⁹

Se há narração cinematográfica, esta é essencial e fundamentalmente, pelo menos em seu nível básico, uma narração muda ou silenciosa, posto que ninguém diz cinema (no sentido antes alertado de que Graciliano Ramos, por exemplo, diz texto ou literatura) e sim, mostra cinema (no sentido de que Walter Lima mostrará em Inocência, como demonstraremos a seguir). O mundo da diegese ou da “vida ficcional” da película que comentaremos, se mostra diretamente ao receptor, com uma aparência de imediatez, contudo, esteticamente organizado.

E, sem dúvidas, o maior mérito de Walter Lima Jr. será surpreender com imagens, sombras e luzes, palavras secas e diretas, diálogos sertanejos entre Manecão e Pereira, entre este e o hóspede alemão, a ascensão e queda do amor de Cirino (Edson Celulari) e Inocência (Fernanda Torres).

O ponteio da música folclórica de Catulo da Paixão Cearense (luar do sertão) e outras eruditas canções a enaltecer/pontuar o clima de suspense noturno dos encontros fortuitos do jovem médico com sua adolescente paixão, através de artimanhas medicamentosas aplicadas no pai ciumento, capaz de fazer Pereira cair em profundo sono, de escaladas na janela de Inocência, de esperas noturnas intermináveis pela amada no meio da mata virgem, somente realçará a força da imagem(e que imagem a valer mais que mil palavras, diríamos) da postura/imagem cinematográfica, diegética e infra-diegéticamente construída.

4. O TEMA DO FILME INOCÊNCIA, DE WALTER LIMA JR. (1983)

Poderíamos nos perguntar: qual o verdadeiro tema do filme INOCÊNCIA, dirigido pelo cinemanovista Walter Lima Jr?

O tema da película dirigida por Walter Lima Jr. É o autoritarismo patriarcal brasileiro versus a luta desesperada dos amantes *apaixonados* para seguir os ditames de seus corações. O filme de Walter Lima mostra uma realidade cruel, como pano de fundo, a da destinação pelos pais sertanejos de antigamente (séculos XVIII e XIX) dos casamentos de suas filhas, impedindo-lhes a manifestação eventual de desejo de acasalamento com outros pretendentes.²⁰

¹⁹ METZ, Christian. Ensayos sobre la significación en el cine. p. 321-322.

²⁰ Veja-se quão frequentes são na narrativa de Taunay as alusões ao demonismo feminino, materializado nas artes do engano e da dissimulação, consoante observado por Fernanda Coutinho, op. Cit, pag. 4. Tome-se como exemplo a seguinte fala de Pereira, no capítulo V, encimado dentre outras, por uma epígrafe de Menandro, comediógrafo grego: “Com gente de saia, não há que falar... Cruz! Botam famílias inteiras a perder, enquanto o demo esfrega um olho” in Inocência, op. Cit. 3 edição, Ática Edit., S. Paulo, 1973

Releva apreciar o naturalismo da fotografia do filme que tão bem captou o verde da paisagem dos gerais do mineiro triângulo (Uberaba e redondezas), as grossas árvores que compõem a paisagem em que vive *Inocência* (Fernanda Torres), no agreste e isolado mundo em que habita seu pai, Sr. Martinho *Pereira* (Sebastião Vasconcelos), inteiramente afastado da civilização e das cidades. A música folclórica utilizada, como dito antes (“luar do sertão”, de Catulo da Paixão Cearense, e outras canções folclóricas do sertão) pontua os aspectos *naturalistas* que a literatura de Taunay deixa entrever e que a câmara de Walter Lima tenta realçar, seja através do privilegiamento de uma natureza exuberante em que borboletas raras e belas voam e esvoaçam sobre as cabeças das pessoas, para intensa pesquisa e procura por parte do alemão *Meyer* (Rainer Rudolph), já seja pela clara divisão imagética de duas partes a pontuar o filme, a primeira parte (até a partida do alemão Meyer, deixando a suspeita de uma paixão proibida por *Inocência* (Fernanda Torres) em que a natureza exuberante e naturalista superdimensiona os aspectos florestais e desvendados de uma ambiência colonial, patriarcal, pacífica e aparentemente perene; já numa segunda parte, com as ameaças de Manecão (Ricardo Zambelli) de lavar a honra do pai de *Inocência*, de matar o intruso apaixonado de e por *Inocência* (F.Torres) o filme torna-se seco e direto, com paisagens semi-urbanas e descampados rios caudalosos a sugerir a ameaça que pesa sobre a sorte do médico Cirino (Edson Celulari), o qual ignorando seu destino fatal, vagueia pelas paisagens à espera da resposta do padrinho de sua paixão (Fernando Torres).

Ora, inicialmente, convém não confundir o tema de um filme com sua trama. O tema, enquanto aquele responde à indagação “sobre que é este filme”?, esta, a trama tenta responder à pergunta “como este tema é narrado”? Em outras palavras, o tema de *Inocência* (1983) é precisamente, como dito anteriormente, o amor impossível, a idéia romântica do amor ligado à morte.

Por outro lado, não está incorreto lembrar que será o Anão Tico (personagem hugoano d’*Inocência* com todas as características do realce da fealdade romântica) quem identificará dr. Cirino, levando-o à morte pelo tiro certo de Manecão. Recorde-se que Victor Hugo, em 1827, no prefácio de *Cromwell*, estabeleceria os postulados que abonariam na obra artística o à-vontade da mescla de elementos díspares como a beleza e a fealdade. A propósito, Massoud Moisés²¹ observa que no Anão Tico, de Visconde de Taunay traços hugoanos, reportando-se expressamente ao Quasímodo de *Nossa Senhora de Paris*. E Fernanda Coutinho fortalece a idéia elastecendo a comparação e incluindo, ainda que de forma tão contundente, o também hugoano Gwyplaine, protagonista do *O homem que ri*.

5. A PREMISA DO FILME

A premissa de um filme é o modo como seu tema se manifesta. A premissa de

²¹ MOISÉS, Maussad. História da Literatura Brasileira. Vol. 1. São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1984.

Inocência é constituído dos diversos elementos visuais e sonoros (muito especialmente a música folclórica sertaneja ressalta o clima de contraste entre a suavidade amorosa do casal Inocência/Cirino e de brutalidade autoritária de Manecão e Pereira, pai de Inocência, bem como o desapontamento crescente dos amantes quando *Inocência* (Fernanda Torres) faz ver a *Cirino* (Edson Celulari) que estava já prometida a Manecão, restando unicamente a opção da ajuda do padrinho, que ainda poderia se aproximar do pai Pereira, para informar-lhe da paixão de ambos.

Em um estudo preliminar mínimo sobre o processo de realização da película sob comentário, em suas fases de desenvolvimento, cujas principais etapas costumam ser – e o foram concretamente, devemos evidenciar, no caso de *Inocência*:

a) a aquisição de direitos (pitch, roteiro ou argumento ou obra já existente) autorais de adaptação à cena fílmica pela produtora.

b) análise de viabilidade com *breakdown* de custos (não foram muito elevados posto que poucos personagens e locações na floresta da Tijuca, em substituição ao deslocamento da equipe para os ambientes naturais e distantes de Minas ou Mato Grosso), análise da história (elenco, diretor sendo o próprio roteirista e produtor Walter Lima, gênero, público, etc); cronograma/data de entrega (devidamente cumprida);

c) agregação de talento (o diretor sempre foi conhecido, por seu caráter autoral/determinante, na qualidade de diretor estabelecido, já inteiramente profissional, à época da pré-produção, em condições de influenciar inclusive na escolha do elenco principal e que resultou em premiações nos festivais de Brasília e Cuba;

d) Polimento do roteiro, concretamente se baseou Walter Lima Jr. No livro de Taunay, com a liberdade de adaptação que sua experiência profissional indicou, tendo-o ajudado a definir o tom narrativo descritivo e naturalista da película;

e) preparação de um roteiro de trabalho (*shooting script*) e escolha preliminar de locações – desde o principio adotada a floresta da Tijuca, no Rio de Janeiro, para substituir as locações tropicais do texto de Taunay, onde permaneceu mais de mês toda a equipe essencial de técnicos (fotógrafo, iluminador, técnico de som e elenco).

O desenvolvimento da realização afetou o filme em virtude dos seguintes aspectos: pequeno orçamento, o qual se tivesse sido maior, logicamente teria dado ao filme mencionado, mais visibilidade de mercado, tendo contribuído para aumentar o sucesso de público, o qual, de fato, não foi muito grande, apesar do sucesso de crítica.

Se fossemos analisar os esquemas de pré-produção e pós-produção de *Inocência* consideraríamos: foi feito um *breakdown* do roteiro através de um plano de filmagem, segundo o próprio diretor Walter Lima Jr. este roteiro consistiu basicamente na adaptação do texto de Taunay para o cinema via argumento e roteiro fílmico de responsabilidade dele e do roteirista; outros aspectos que

concorreram para a realização do filme foram o planejamento de logística; o cronograma de produção; o estabelecimento do conceito visual e sonoro do filme através de *storyboards*, visualizações, padrão palheta de cores, lentes, película, ângulos, equipamento da produtora, figurinos e caracterizações.

Ora, por outro lado, convém verificar os dados e elementos da pós-produção de *Inocência*: Noutras palavras, os aspectos relacionados com a montagem, a adição de efeitos sonoros e visuais, a sonorização e a trilha sonora propriamente dita, com a composição musical de eruditos e folclóricas canções, antes descrita, os créditos ou letreiros (iniciais e finais, aliás, profundamente sugestivos visualmente, posto que fixados numa borboleta que recebeu a denominação de *Papilio Innocentia*, homenagem ao último capítulo do livro “*Reaparece Meyer*”, assim descrito:

No dia 18 de agosto de 1863, presenciava a cidade de Magdeburgo pomposo espetáculo há muito anunciado no mundo científico da sábia Germânia (...). Era uma sessão extraordinária e solene da Sociedade Geral Entomológica, a qual chamava a postos não só todos os seus membros efetivos, honorários, correspondentes, como muitos convidados de ocasião, a fim de acolher e levar ao capitólio da glória um dos seus mais distintos filhos, um dos mais infatigáveis investigadores dos segredos da natureza, intrépido viajante, ausente da pátria desde anos e de volta da América Meridional, em cujas regiões centrais por tal forma se embrenhara, que impossível havia sido seguir-lhe o roteiro, até nos mapas e cartas especiais do grande colecionador Simão Schropp. (pg. 166)

Ora, já se pode perceber que este último capítulo do romance, sob a forma de epílogo, dando conta da reunião solene da SGE- Sociedade Geral Entomológica germânica, não mereceu adaptação no filme de Walter Lima Jr., tendo em vista que ao roteirista interessava tão somente a realidade brasileira sertaneja retratada – lócus essencial da trama amorosa-, a não ser pela figuração da borboleta colorida que serve de pano de fundo para o aparecimento dos letreiros da película.

Os créditos revelam um a um todos os atores e atrizes, técnicos e diretores artísticos e visuais do filme, resumindo numa única imagem de uma linda borboleta aberta e colorida, fixa e imóvel, perenizando a descoberta científica do intruso alemão, hóspede de Pereira, e supostamente pelo pai da moça um *descarado* apaixonado por *Inocência*, mas que apenas pesquisava papilos e borboletas, e que, perante a sociedade entomológica germânica perpetuou o nome de *Inocência*.

Infelizmente, esta foi – e nalguns casos ainda continua sendo no presente-, a situação da produção e realização cinematográfica no Brasil dos anos 70/80. Não se pode afirmar tenha havido lugar para etapas tão importantes da pós-produção de uma película fílmica no país do cinema novo como o da retirada de cópias intermediárias para testes, da avaliação do resultado destes mesmos testes, de mudanças finais, da elaboração de campanha de lançamento –como *Inocência*.

A campanha de mídia também se mostra insuficientemente precária, vindo a prejudicar o lançamento do filme. Seguro que o lançamento de certos filmes brasileiros – dentre os quais, certamente *Inocência* foi um deles – juntamente com tantos outros do chamado ciclo do Cinema Novo brasileiro impediu que toda uma nova geração tenha tido conhecimento dessas clássicas experiências artísticas e literárias. Neste sentido, sua restauração como DVD ou lançado via internet da obra cinematográfica de Walter Lima Jr. se constitui um fator positivo, posto que possibilitará a toda uma geração conhecer o que até o presente, desconhecia, fatalmente.

6. A TRAMA DA PELÍCULA ADAPTADA

A trama de um filme se não confunde com seu tema. Como visto anteriormente, o tema de um filme é sobre o que ele é, enquanto a trama diz como esse tema é narrado.

Aqui nos encontramos com uma primeira interlocução conflitiva entre estas duas formas de linguagem, a literária e a cinematográfica. Embora tanto Vinconde de Taunay é normalmente visto como um mais importantes autores do século XIX, no Brasil, quanto Walter Lima Jr. seja igualmente considerado um dos mais importantes cineastas do cinema novo brasileiro, percebemos que o cineasta não tem interesse em discutir ou identificar a dificuldade que o personagem Meyer, o pesquisador alemão, de *Inocência*, no caso concreto, o papel encarnado pelo ator Rainer Rudolph – devidamente ressaltado por Visconde de Taunay em seu livro homônimo, sobretudo conforme relevado desde o capítulo epílogo da obra literária, no qual este personagem reaparece, após o desenlace amoroso de Dr. Cirino (Celulari) e Inocência (Fernanda Torres), com a morte de ambos jovens amantes.

A trama do romance e do filme homônimo é muito bem resumida por Zenir Campos Reis²², da USP, cujo estudo introdutório à edição da Editora Ática, de 1974, com o texto integral de *Inocência*, de Taunay, série bom livro, ao afirmar que: “o núcleo da é muito simples: o amor impossível de Cirino e Inocência, comprometida com Manecão Doca”.

Percebamos que o filme é composto de sons e músicas, ruídos, luzes e sombras, as quais compõem um painel de escuridão da alma humana nas brenhas do sertão, porquanto, a trama ou história de *Inocência-filme* se passa na década de meados de 1800, ou seja, em 1863 apresentou Meyer perante a Sociedade Geral Entomológica alemã os resultados de suas pesquisas naturalistas.

No romance, o autor/narrador dá voz ao médico dr. Cirino, encarnado por Edson Celulari (cuja imagem e voz compõem um apaixonado soberbo na história da interpretação cinematográfica brasileira extraídos dos romances naturalistas e românticos), enfim, o personagem central masculino de *Inocência*

²² REIS, Zenir Campos. Tradição e traição. p. 5.

tenta inutilmente perpetuar/viabilizar/revisitar sua paixão por Inocência, mas a “execução de Cirino (Edson Celulari) por Manecão Doca (Zambelli), o noivo traído, no final da história, com a plena anuência de Pereira (Sebastião Vasconcelos), o pai da jovem, vale como punição, principalmente pela violação das regras do pátrio poder. Como ressaltado por Fernanda Coutinho,²³ “na rusticidade do Brasil de antigamente esse poder se confunde com o absoluto aniquilamento da vontade pessoal da figura feminina, sem falar no extremo zelo pela palavra empenhada.”

Sem dúvidas, a tragicidade do desenlace é proporcional à tentativa de desestabilização das normas de conduta vigentes intentada pelo par amoroso do filme, daí também o enorme desconforto experimentado por Pereira (interpretado pelo ótimo ator secundário Sebastião Vasconcelos) quando das investidas, que tanto ao expectador quanto ao leitor soam cômicas, do desajeitado e desastrado Meyer (Rainer Rudolph), ao elogiar os encantos da moça, ao reclamar constantemente de seu enclausuramento, levando Pereira a tudo suportar em nome dos deveres da hospitalidade e mais ainda em deferência ao irmão que recomendara cuidados especiais ao sábio estrangeiro.

Até por ocasião da maior homenagem possível (o filme não faz, aliás, referência explícita, como afirmado, a este acontecimento) da parte do alemão, a denominação de “*Papilio Innocentia*” ao mais belo exemplar de borboleta encontrado pelos sertões do Brasil Central, perante a SGE germânica, o pai Pereira sofre desconfiças do forasteiro viajante. Com o desfecho trágico da trama do filme – assim como do livro em que se baseou-, fica restabelecido o poder vigorante naquelas ermas paragens, o qual, atrelado ao elemento masculino, tem por substrato os valores de uma ética familiar inarredável.

Submetida ao pai, Inocência está como que enclausurada. Vale observar a restrição espacial a que é limitada a mulher, já que transita com desenvoltura apenas nos compartimentos íntimos da casa, passando diretamente para o jugo do marido, escolhido e determinado pelo pai, naturalmente, o que recalca qualquer tipo de anseio que se desenquadre deste sólido perfil, como destaca Coutinho.²⁴

A gênese do êxito de Inocência estará talvez na fórmula, consoante observação do historiador de literatura brasileira Alfredo Bosi, de “arte cara ao romancista: o “realismo mitigado”. E acrescenta:

Há algo de diplomático, de mediador, na sua atitude em relação à matéria da própria obra. Taunay idealiza, mas parcialmente, porque o seu interesse real é de ordem pictórica: a cor da paisagem, os costumes, os modismos, que ele observa e foi como *típico*. Viajante mais sensual do que apaixonado, incapaz do empenho emotivo de um Alencar, a sua realidade é por isso mesmo mais tangível e mediana. Há quem veja nele um escritor de transição para o real-

²³ COUTINHO, Fernanda. Op. Cit. p. 4

²⁴ Idem, *ibidem*.

ismo. Não é bem assim. Quando maduro, criticou o naturalismo. E a postura fundamentalmente erótica, reflexa nos romances mundanos que se seguiram a *Inocência*, nos diz que se algo mudou foi a sociedade, não o estofo individualista do escritor.²⁵

Inocência, na verdade, encarna no romance a situação da mulher – bem diferente da situação do homem como Pereira, por exemplo, que é a própria personificação dos valores e comportamentos do homem rústico, pequeno proprietário, em suas relações com o grupo familiar e com os outros grupos – mulher esta Inocência que cercada de suspeitas, é segregada, sendo-lhe negado o acesso à educação que não seja a das tarefas domésticas, acostumada à obediência passiva, primeiro, ao pai, depois, ao esposo que aquele lhe escolhe.

Zenir Reis²⁶ lembra que, uma vez contratado o casamento, o noivo começa a ser admitido na intimidade da casa e da família e vai assumindo os encargos do patriarca, do novo chefe de família: é o caso de Manecão Doca. Este núcleo está já constituído antes da intervenção dos elementos estranhos, que são Cirino Edson Celulari e Meyer (Rainer Rudolph). De fato, vai ser Dr. Cirino o primeiro a perturbar o núcleo, ele que é auto-intitulado médico, tendo tido alguma instrução no respeitado Colégio de Caraça de Ouro Preto, foi prático de farmácia, possui um Chernoviz, ou seja, o famoso Dicionário de Medicina Popular do Dr. Pedro Luis Napoleão Chernoviz, e tem o trato com a medicina popular sertaneja.

Meyer (Rainer Rudolph) é o segundo elemento de desequilíbrio, pela única razão de desconhecer o código rústico de valores: é o homem urbano inteiriço, o naturalista alemão, o qual recebido na casa de Pereira (Sebastião Vasconcelos), na condição de hóspede, segundo o código de hospitalidade em uso na comunidade, muda de status graças à carta de recomendação que, mais uma vez, o acaso fornece: era do irmão mais velho de Pereira, Chiquinho, dirigida a antigo endereço daquele e tida já como inútil.

Ora, trecho da mencionada carta recomenda: “Peço que o agasalhes (a Mayer), não como a um transeunte qualquer, mas como se fosse eu em pessoa, teu irmão mais velho e chefe da nossa família”.

Meyer (Rainer Rudolph) ingenuamente vai criar o desequilíbrio quando, apresentado a Inocência vai elogiar a beleza da moça, em termos desmedidos para os padrões rústicos. Campos Reis²⁷ comenta, com propriedade, que os “dois caracteres inteiriços – Pereira (Vasconcelos), o sertanejo e Meyer (Rainer Rudolph), o homem urbano- confrontados, vão fornecer o contraste mais marcado, vivido por Pereira como contradição.”

Ficará Pereira dividido em dilema insolúvel de dilaceração entre o dever de obediência ao irmão mais velho e o dever de preservar a honra da família, a seu ver ameaçada por Meyer, o “galanteador”. Afinal, é esta contradição que

²⁵ BOSI, Alfredo. Op. Cit. p 145.

²⁶ CAMPOS REIS, Zenir. Op. cit. p. 6.

²⁷ CAMPOS REIS, Zenir. Op. cit. p. 7.

vai desviar Pereira e permitir o mascaramento da situação de Cirino (Edson Celulari) e Inocência (Fernanda Torres).

Em função de tudo isso pode-se aquilatar a gravidade da transgressão levada a cabo por Cirino, ao desdenhar de portas e taramelas, imiscuindo-se, com o franco consentimento de Inocência, é verdade, nos aposentos secretos da casa. Por outro lado, não há que esquecer que a literatura de Visconde de Taunay, integrante do romantismo, recorre, por vezes, à exploração do mórbido como no caso do leproso Garcia que, em Inocência, aceita estoicamente a sentença proferida pelo pseudomédico Cirino.

Evidente que sua charlatanice aponta no rumo do modelo de personagem dos escritores do Realismo – no que Taunay prenuncia e sendo tais personagens bem mais afeitos a ensombrecer os retratos dos indivíduos presentes em suas criações, embora não se possa negar que o mencionado romance transpira romantismo – mui especialmente no tocante ao desfecho, com os protagonistas Cirino (Edson Celulari) e Inocência (Fernanda Torres) praticamente se imolando por conta da solução infeliz que tiveram seus amores, a Romeu e Julieta.

A tensão atinge seu máximo com o afastamento de Meyer, a iminência da chegada de Manecão, o amor crescente de Inocência (Fernanda Torres) e Cirino, o qual irá procurar a intervenção de Antônio Cesário, padrinho de Inocência, que diz dele: “Papai lhe deve favores de dinheiro e faz tudo quanto ele manda...”

A resistência de Cirino e Inocência se faz, portanto, dentro dos limites e respeitando os valores do mundo familiar rústico. Mas estão em xeque a autoridade paterna e os direitos do noivo: um elemento urbano, progressista, a forma nova de encarar o amor e o casamento, ameaça aquela ordem, que se pretendia imutável, na interpretação da narrativa feita por Zenir Campos.

7. O GÊNERO CINEMATográfico NO QUAL SE ENQUADRA O FILME

Falar-se de gênero cinematográfico se trata de buscar identificar que recursos pré-existentes me ajudam a acompanhar esta História e atingir este Tema. Em qual gênero do cinema poderíamos enquadrar *Inocência*? Consoante afirma Yves Reuter “a ficção designa o universo encenado pelo texto: a história, as personagens, o espaço-tempo. Ela se constrói progressivamente, seguindo o fio do texto e de sua leitura.”²⁸

Em consequência prática disto, e neste nosso exercício prático de análise comparativa das linguagens cinematográfica e literária do *Inocência*, faz-se necessário trabalhar com a integralidade do texto (na literatura) e das imagens e sons (no filme) para melhor analisar a ficção e seus componentes. Por evidente, como toda história se compõe de *estados e ações*, convém analisar se as ditas cujas são numerosas ou não em *Inocência*, se enfim, apresentam-se sob diferentes formas.

²⁸ REUTER, Yves. Op. Cit. p. 27

7.1. A História: ações, sequências, intriga.

Há muitas ações, e elas são “externas”(o que em parte está ligado ao funcionamento do romance como gênero dramático e ao seu processo de conscientização/rememorização “coisificadora” do narrador Paulo Honório);

As ações são facilmente assinaláveis e explícitas:

- Trata-se das “idas e vindas” de dr. Cirino para adquirir a confiança de *Inocência* (apaixonar mesmo) e do seu padrinho, através das juras e empenhos de palavra de não procurá-la, por três dias, até que ele falasse com o pai Pereira de sua honestidade, fugindo da desconfiança de Manecão (Zambelli), o qual perturbado e enciumado ao ponto de matá-lo, sumariamente o executa.

- Essas ações se efetuam (desenrolar e desfecho), e se decompõem em frases e capítulos finais.

- Sua cronologia é clara e respeitada. Consoante assinalado por Roland Barthes²⁹ existem as distinções entre as *funções cardeais* (ou *nodais*), fundamentais para o desenrolar da história e o devir das personagens, e as *catálises* que preenchem, com um papel secundário, o espaço entre as primeiras. De verdade, as funções catalíticas são mais raramente conservadas nos resumos do que as funções cardeais, donde poderemos chamar a atenção sobre as ações se organizam para formar a história de *Inocência*, e assim distinguir as três formas essenciais de relações entre elas:

1) *as relações lógicas* – aquelas atitudes de personagens centrais e secundários (quando dr. Cirino trata da doença de *Inocência*, retira momentaneamente a desconfiança de Pereira, ou quando Meyer elogia a beleza da filha de Pereira, aumentando-lhe a suspeita de incherimento), ou seja quando a ação A é a causa ou a conseqüência da ação B;

2) *as relações cronológicas* – aquelas atitudes anteriores ou posteriores a outras (exemplo, quando o anão Tico gesticula para Manecão não executar ao Meyer, porquanto o amante de *Inocência* é outro e não, o viajante explorador estrangeiro (ação A) e prova que quem o desonrou foi o médico dr. Cirino, motivando sua execução imediata (ação B), ou seja, quando uma determinada ação A precede ou sucede a uma outra ação B; e

3) *as relações hierárquicas* - a ação A é mais importante ou menos importante do que a ação B, é dizer, como no caso anterior o fato de Manecão ter descoberto, casualmente, que o apaixonado de *Inocência* era o dr. Cirino e não, o alemão Meyer, o faz imediatamente transferir sua raiva, e necessidade de vingança para o desconhecido médico (ação A) teve muito mais importância no relato para o autor, que a acusação de traição do alemão, feita por Pereira, à noiva infiel e prometida (ação B), mostrando, destarte, uma relação hierárquica entre as

²⁹ BARTHES, Roland. Introduction a l'analyse structurale des récits (1966) em R. Barthes e outros, "Poétique du récit", Paris: Le seuil, 1977.

ações mencionadas, sem olvidar que tais relações, no romance, são essenciais para a articulação das ações na *intriga global* que, segundo Reuter (2007), em compensação, integra e dá sentido às múltiplas ações que a compõem.

A questão da intriga convida a nos demandarmos sobre a estrutura global da história de *Inocência*, como, aliás, fazem todos os teóricos (Propp, Adam, Greimas, Larivaille, etc) e estudiosos da narratologia.³⁰

O repertório das 31 funções da narrativa, segundo Vladimir Propp se mostrou eficaz na análise dos contos, contudo, insuficiente no caso de outras narrativas como na hipótese do texto de romance de Graciliano, para o qual nos socorremos do modelo mais simples e abstrato de Larivaille denominado ou conhecido como “*esquema canônico ou quinário da narrativa*.”

Ora, as cinco etapas do esquema quinário ou canônico da narrativa consistem na seguinte superestrutura: a) estado inicial; 2- complicação ou força perturbadora; 3- dinâmica; 4- resolução ou força equilibradora; e, 5- estado final. Concretamente, para ilustrar esse esquema de uma forma muito direta e simples digo que, no romance *Inocência*, de Vinconde de Taunay, a transformação consiste na decisão de Pereira de desconfiar do alemão Meyer, cuja tranqüilidade e honestidade não acionam seu desconfiômetro (complicação), possibilitando que o médico, dr. Cirino visite Inocência, embebede o pai, levando-o ao sono profundo e retirando-o, de conseqüência, da vigília noturna, possibilitando aos amantes encontros fortuitos para apaixonar a moça, a ponto de estar negar-se a noivar com o prometido Manecão (dinâmica), o qual, com a anuência do Pai Pereira, assassinará/executará aquele que lhe roubou a honra sertaneja (resolução). Essa transformação permite a passagem do *estado inicial* (Inocência está prometida pelo pai Pereira a casamento com Manecão, impedindo o amor de Cirino) em um *estado final inverso* (somente com o desfecho trágico do enredo, com a execução do médico pelo noivo traído, se restabelecerá o poder vigorante naqueles sertões distantes).

Apesar de Reuter alertar que do ponto de vista metodológico, a análise permanece incerta entre uma parte das unidades múltiplas e em grande parte calcadas no real, *as ações* e, de outro lado, unidades muito abstratas e globalizantes, *as etapas* do esquema quinário, lembramos a presença das seqüências (tanto as fílmicas de Walter Lima Jr. quanto as literárias de Visconde de Taunay) a se constituírem enquanto respostas como unidade de análise da narrativa. Os dois modelos mais conhecidos – os quais aplicamos neste exercício prático comparativo de meios, em *Inocência*-, são a seguir citados:

³⁰ Vide PROPP, Vladimir. *Morfologia do conto*. Moscou: 1928. O autor soviético isolou 31 funções na formalização da intriga das narrativas, em seu caso concreto, dos maravilhosos contos soviéticos ou russos. Segundo este autor, a partir de duas hipóteses estariam constituídas a base comum a essas narrativas estudadas: 1- “Para além de suas diferenças superficiais, todos esses contos se reduziram a um conjunto, finito e organizado em uma ordem idêntica de ações; e, 2- as ações (diferentemente das personagens e dos objetos, veja-se) seriam as unidades de base da narrativa.”

O primeiro e mais rígido considera que há sequência desde que uma unidade textual manifeste o esquema quinário atrás referido. Deste modo, em *Inocência*, o estado inicial pode ser considerado como a conjunção de suas sequências: uma, que explicaria o fato de dr. Cirino estar na posse da paixão por Inocência, objeto do desejo não somente dele, mas igualmente, da mocinha enclausurada, paixão esta escondida de seu pai, o sertanejo Pereira (- “Da parte de fora, agarrou-lhe Cirino nas mãos: - oh! Disse ele com fogo, doente estou eu agora... sou eu que vou morrer... porque você me enfeitiçou, e não acho remédio para o meu mal. – Eu... não, protestou Inocência. – Sim... você que é uma mulher como nunca vi... seus olhos me queimaram... sinto fogo dentro de mim... Já não vivo... o que só quero é vê-la... é amá-la, não conheço mais o que seja sono e, nesta semana, fiquei mais velho do que em muitos anos havia de ficar... E tudo, porque Inocência?” pg. 109)

O segundo modelo, mais flexível e em parte inspirado nas divisões do teatro clássico, segundo Reuter (2007), considera que há sequência desde que se possa isolar uma unidade de tempo, lugar, ação ou personagens. Vimos pelos comentários anteriores que, seja no texto literário de Visconde de Taunay, seja em sua transposição ao cinema de Walter Lima Jr., há poucas ações, muitas sequências e uma estúpida intriga.

Antes de entrarmos no estudo das personagens, façamos mais uma aplicação do método analítico da narrativa de Inocência, utilizando as noções atrás formuladas com base na teoria reuteriana: o estado inicial (a vida pacata da filha do sertanejo Pereira, Inocência, reclusa num quarto da casa do pai e, prometida em casamento a Manecão, bem antes da chegada/hospedagem fosse do alemão Meyer, mediante carta de recomendação do irmão do sertanejo, fosse do médico Cirino, que cura a moça de uma maleita, de passagem pela “estrada que da vila de Sant’Ana do Paranaíba vai ter aos campos de Camapoan” – pg. 25) é rompido pela *complicação* representada pelas desconfianças de Pereira face aos elogios do pesquisador alemão, entomologista emérito, dirigidos à beleza de Inocência, enquanto o jovem médico se apaixonava pela moça e planejava encontros furtivos com a mesma, ignorando a ameaça da vigília do anão Tico, e inclusive utilizando-se do seus medicamentos para fazer o pai e desconfiado Pereira dormir, deixando o campo livre para suas promessas de amor a Inocência.

A dinâmica dura até a chegada ou o retorno à casa de Pereira do noivo Manecão, o qual, uma vez rejeitado pela obstinação apaixonada de Inocência, decide liquidar os desafeto(s) traidor(es) com a conivência do pai da noiva prometida, para restauro da dignidade sertaneja e masculina (cap.XXX-Desenlace). Ela termina com a *resolução*: o crime de Manecão – “ah! Queres? Continuou Cirino com voz rouquejante, não é? ... pois bem!... De noite e de dia...minha alma há de estar contigo... sempre, sempre!” (pg. 163), ademais de restaurar o equilíbrio sertanejo com sua moral masculina, revela que o “conflito vivido pelo casal, que permanecera mascarado para as outras personagens até o afloramento, a eclosão e o mencionado desenlace descrito nos capítulos

XXVII a XXX, resultaria na morte de ambos os personagens centrais dentro da trama de Inocência – idéia romântica, a do amor ligado à morte- a demonstrar a transição para o naturalismo e o realismo narrativo.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSIVAS

Antes de concluirmos este artigo, fazemos agora umas considerações finais e conclusivas sobre a transposição fílmica que a narrativa romântica de Taunay sofreu sob a direção cinematográfica e artística de Walter Lima Jr.

Partimos da premissa de que “tudo o que está na tela, a qualquer momento, tem uma razão de ser”, consoante Ana Maria Bahiana, em curso sobre introdução à apreciação cinematográfica, ministrado em Fortaleza, no início de 2010, ou por outras palavras, “nada do que está na tela é gratuito ou por acaso”. E em se tratando de uma película adaptada de um texto romântico, da qual Walter Lima Jr. se esmerou em dirigir, artisticamente, convém ressaltar a arte, o “design” e o papel da câmara que o filme Inocência deixa entrever.

De plano, a criação das metáforas visuais, a realização plena do roteiro se mostram como recursos do diretor, em busca da consecução de sua narrativa específica. Walter Lima Jr., cinemanovista experiente e diretor cinematográfico desde os idos de 1963, quando foi assistente de Glauber Rocha, em *Deus e o Diabo na Terra do Sol*, e desde quando dirigiu seu primeiro longa-metragem, adaptado da literatura regionalista de José Linz do Rego, *Menino de Engenho* (1965), iniciou a caracterização de Inocência (1983) pela escolha do elenco, o qual seria dirigido, corretamente, auxiliado pelo enquadramento escolhido (utilizando lentes e ângulos sugestivos), pela textura da imagem, pela movimentação e ambientação, pela montagem e obtenção do ritmo do filme, pela trucagem e efeitos especiais que são, por acaso, muito poucos, e finalmente, pela sonorização e música.

Tendo em vista que a missão da direção de arte de Walter Lima Jr., era encontrar, de início, a expressão visual do filme Inocência, bem como criar-lhe suas metáforas visuais, criar as atmosferas do filme, estabelecer como os ambientes se relacionam com os personagens e a narrativa, enfim, estabelecer os pontos principais da caracterização dos personagens, o diretor carioca Walter Lima Jr. se preocupou em criar ambientes capazes de transmitir aos expectadores a atmosfera de romantismo e sertão profundo, antes mesmo dos personagens aparecerem. A experiência emocional do expectador comum – mesmo diante movimentos de câmara aparentes ou quando sejam mais imperceptíveis na película, se vê alterada pela firmeza de direção artística, porquanto muito se pode apreender apenas olhando a aparência (roupas, cabelo, chapéus, etc) dos personagens, sobretudo os centrais, Dr. Cirino (Edson Celulari) e Inocência (Fernanda Torres), cujo “design” os definiram como jovens amantes apaixonados, com olhares românticos e assustados ante a agressividade e adversidade do mundo e do tempo em que viveram seus romances, não surpreendendo que a solução

desse romance, ou seja, a *resolução* desta narrativa fílmica parece tender para eliminar o casal amoroso e o desequilíbrio por ele gerado.

A propósito, o epílogo literário (cuja expressão fílmica se reduz a mero fotograma da *papilio Innocentia* sobre o qual repousarão os créditos da película-uma imagem de fotografia falando mais que mil palavras..) representa a metáfora da transformação de Inocência: joga com a oposição morte/vida, pois Inocência, moça sertaneja, morre, mas é imortalizada, rediviva, como nome de borboleta – *papilio Innocentia*-, pelo naturalista Meyer, integrada, portanto, segundo Zenir Campos, ³¹ “no mundo da ciência, do progresso”.

Uma penúltima observação comparativa entre as duas linguagens, a literária de Taunay (1872) e a fílmica de Walter Lima Jr. (1983) se relaciona com o mundo concreto das realizações plausíveis: enquanto a trama textual do encontro de Pereira com Cirino se passa na “*estrada que da vila de Sant’Ana do Parnaíba vai ter aos campos de Camapoan*” (pag. 25), o processo de escolha das locações do filme determinou a floresta da Tijuca como cenário ou palco concreto – ao invés de deslocar toda uma equipe técnica de cinema para as brenhas de Mato Grosso ou Minas Gerais-, deste encontro casual de personagens, com palheta de cores definida (tons esverdeados como as árvores do local e amarelados por mudanças de estação), conceitualizações e visualizações eleitas com precisa determinação, a ponto de viabilizar as filmagens de reduzido orçamento, revelando, destarte, a situação do realizador cinematográfico e do próprio cinema brasileiro da época.

Por outro lado, há uma preocupação do autor/narrador de Inocência, o culto e enciclopédico Visconde de Taunay que, nem de longe atingiu ao diretor do filme homônimo: pontuar a narrativa (talvez porquanto a narrativa cinematográfica contemplou apenas a missão de mostrar e não ler) de um duplo sentido, o ético e o lingüístico, o qual, consoante Zenir Campos, ³² o célebre romancista solucionou pela utilização de notas de rodapé, ou seja, com notações aclarativas das condições distintas, a dele enquanto homem culto e urbano, e a de personagens sertanejos, como Pereira e Manecão, preconceituosos e possuidor/seguidor(es) do código do sertão, “entendido no duplo sentido de código lingüístico e código ético.” A comentarista indica, portanto, o papel das personagens, as grandes articulações do enredo e a situação do narrador, ao observar que Taunay utiliza a notação – da qual o livro está cheio-, “entendida como distanciamento em relação àqueles valores e comportamentos. O narrador marca, assim, sua condição de homem culto, que traduz para o leitor culto, a quem ele se dirige, o código do sertão...”

O filme de Walter Lima Jr. mostra-se, contudo, uma verdadeira peça de arte.

Não seria de todo estapafúrdia a relação comparativa entre o sertão retratado por Taunay em *Inocência* e aquele outro descrito por João Guimarães

³¹ REIS CAMPOS, Zenir. Op. cit. p. 7.

³² REIS CAMPOS, Zenir. Op. cit. p. 8.

Rosa em o “*Grande Sertão: veredas*”, cujo universo humano espelhado nesses lugares misteriosos ao homem comum e urbano, bem como suas tantas complexidades descritas por ambas literaturas que trazem e forjam, na alma do homem sertanejo, um ser tão próximo de Deus e, ao mesmo tempo, tão ligado ao Diabo. O texto rosiano é supremo, rico em descobertas e profundo em percepções, embora o mesmo já não se possa dizer do filme homônimo, dirigido pelos irmãos Santos Pereira, na década de 70, os quais transformaram a adaptação fílmica do “*Grande Sertão: Veredas*” numa verdadeira e mera película equívoca, apenas isto.

Entanto, o filme de Walter Lima Jr. que transpôs o texto de Taunay sob comentário se mostrou correto e fiel, onde enquadramentos inteligentes e sucintos, desde o *extreme long shot* ou plano geral das paisagens mineiras, sertanejas, extensas do Brasil interior revelam ao expectador onde estamos com os personagens se deslocando no interior da floresta, como descrito por Taunay, na “*estrada que da vila de Sant’Ana do Parnaíba vai ter aos campos de Camapoan*” (pag. 25); por outro lado, usa *long shots* ou planos abertos ao pretender passar a informação essencial, o clima, o ambiente, enfim, o distanciamento entre a moça enclausurada, a Inocência, e os passageiros hóspedes da casa do pai Pereira, o alemão Meyer e o médico Cirino, os quais serão apresentados através de *médium shots* ou planos médios, que dependendo do *blocking* e da movimentação descreve a relação entre eles. Como a película se permite pouca intimidade entre os personagens centrais, verifica-se pequena utilização de *close ups* ou primeiros planos nos enquadramentos, exceção a *Cirino* (*Edson Celulari*) e *Inocência* (*Fernanda Torres*), cuja paixão será retratada em planos próximos, cenas idílicas de beijos um tanto furtivos, a ressaltar a empatia, o susto e a surpresa dos mesmos ante a espreita dos bichos e do anão Tico, associados todos estes elementos ao mistério da noite e da floresta que cerca seus encontros proibidos.

Para muito além dos bonitos enquadramentos de Inocência, os recursos da direção de arte de Walter Lima Jr., tais como uma boa escolha de locações, cenários autênticos, *vestimenta*, ou seja, o “*design*” das locações do filme e sua paleta de cores, bem como o “*design*” dos personagens, fizeram da transposição fílmica do romance de Taunay uma obra com visão própria, com linguagem própria, a merecer, de fato e de direito, os prêmios obtidos em festivais no exterior e aqui no Brasil.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Francisco Regis Frota. Terra em transe. S. Paulo/Rio de Janeiro/Fortaleza: Editora ABC Fortaleza, 2007.

_____. Meios e Mensagens: história da Comunicação. Sobral: Edições UVA, 2006.

BOSI, Alfredo. História concisa da Literatura Brasileira. 46 edição. São Paulo: Editora Cultrix, 1994.

BRANDT, Per Aage. **La diegesis**, in Prada Oropeza Renato. *Linguística y Literatura*. Xalapa, Mexico: Univ. Veracruzana: 1978.

BARTHES, Roland. **Introduction a l'analyse structurale des récits**, (1966) em R. Barthes e outros, "Poétique du récit", Paris: Le seuil, 1977.

COUTINHO, Fernanda. **Inocência de V. de Taunay**, Fortaleza: ABC editora, 1999.

DAVID, Lodge. **Mimesis and Diegesis in modern Fiction in Essentials of the Theory of Fiction**, org. por Michael J. Hoffman e Patrick D. Murphy. 2 ed. 1996.

GENETTE, G. *Figures III* (1972), id.: *Nouveau discours du récit*: 1983.

JOFRE, Manuel Alcides. **Analysis textual de la diegesis**. Alpha: Revista das artes, letras y Filosofia. 1987.

LACERDA, Gabriel. **O Direito no Cinema**, Rio de Janeiro: FGV, 2007.

METZ, Christian. **Ensayos sobre la significación en el cine**. Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporâneo, 1972.

MOISÉS, Maussad. **História da Literatura Brasileira**, vol. 1, São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1984.

MONTENEGRO, Braga. Graciliano Ramos, **considerações à margem de uma tese**, in GR: reflexos de sua personalidade na Obra, Fortaleza: editora UFC. 1998.

MORAES, Denis de. **O Velho Graça, uma biografia de Graciliano Ramos**. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1992.

RAMOS, Graciliano: **São Bernardo**. 88 edição. Rio de Janeiro: Record Editora, 2009.

REIS, Zenir Campos. **Tradição e traição apud Visconde de Taunay**, Inocência, S. Paulo: editora Ática, 1974.

SARLO, Beatriz/ Jorge La Ferla/ Rafael Filippeli/ Eduardo Gruner e David Oubiña. Jean Luc Godard: El pensamiento del cine- cuatro miradas sobre **Histoire(s) du cinema**. Buenos Aires: Paidós, 2005.

SOURIAU, Étienne: (org): *L'Univers filmique*: 1953.

TAUNAY, Visconde de. Inocência, S. Paulo: Martin Claret Edit, 2004.

_____. Inocência. S. Paulo: Ática editora, 1974.

_____. Inocência. Fortaleza: ABC editora, 2007.



AS INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS E O REGIME INTERNACIONAL SOBRE ACESSO E REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS

Tarin Cristino Frota Mont'alverne¹

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar as instituições internacionais que analisam direta ou indiretamente o regime internacional de acesso e repartição de benefícios no âmbito da Convenção da biodiversidade, quais sejam, Organização Mundial do Comércio, Organização Mundial da Propriedade Intelectual e a Organização das Nações Unidas para a agricultura e alimento.

Palavras-chave

Biodiversidade. Acesso. Repartição de benefícios. Instituições Internacionais.

RESUME

Cette étude examine les institutions internationales qui analysent direct ou indirectement le régime international sur l'accès et partage des avantages auprès de la Convention sur la biodiversité: Organisation Mondiale du Commerce, Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et l'Organisation des Nations Unies pour l'agriculture.

Mots-cles

Biodiversité. Accès. Partage des avantages. Institutions Internationales.

1. INTRODUÇÃO

Garantir a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da utilização da biodiversidade é o terceiro objetivo da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB). Tal objetivo é muito importante para os países em desenvolvimento que têm grande parte da biodiversidade mundial, mas não se beneficiam de forma justa e eqüitativa dos benefícios derivados da exploração de seus recursos.

O acesso aos recursos genéticos e repartição dos benefícios decorrentes de sua utilização continua a ser uma das questões mais importantes e complexas da

¹ Professora Pesquisadora da Universidade Federal do Ceará (Capes/PNPd). Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Universidade Paris V

CDB, a despeito da importância de seus outros objetivos, a saber, a conservação e o uso sustentável da biodiversidade.

No entanto, tal questão interessa também outras organizações internacionais, tais como a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Organização para alimentação e agricultura (FAO), a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), e suscita um debate sem precedentes a nível regional e nacional. Em outras palavras, existe uma multiplicidade de negociações paralelas sobre o regime internacional sobre acesso e repartição de benefícios. Por conseguinte, a Conferência das Partes (COP) da CDB reconheceu a necessidade de prosseguir os trabalhos sobre esta questão em colaboração com estas e outras organizações.

É importante sempre conjugar os efeitos das atividades desenvolvidas no âmbito da CDB e os efeitos de outras convenções e acordos internacionais e regionais relacionados à biodiversidade. Portanto, o presente estudo propõe-se a compreender inicialmente a estrutura da CDB para, posteriormente, analisar as diferentes organizações internacionais que tratam também da questão sobre acesso e repartição de benefícios.

2. A ESTRUTURA DA CDB

A implementação da CDB baseia-se numa ação conjunta de diversas entidades que a compõem. Vários órgãos fazem parte da estrutura da CDB: a COP que reúne todos os Estados signatários, o Secretariado, o Órgão Subsidiário de Assessoramento Científico, Técnico e Tecnológico, o Centro de intercâmbio de informações, o Grupo de trabalho sobre biossegurança, o Grupo de trabalho sobre o conhecimento tradicional, o Grupo de trabalho sobre acesso e repartição de benefícios, o Grupo de Trabalho sobre a revisão da implementação da CDB, o Grupo de trabalho especial para desenvolver e negociar um regime internacional de ABS².

Neste estudo, vamos nos restringir à análise detalhada da COP e do Órgão Subsidiário de Assessoramento Científico, Técnico e Tecnológico. Analisaremos, ainda, os mecanismos de solução de controversas no âmbito da CDB.

2.1 Conferência das Partes

A Conferência das Partes (COP) é formada por 193 países que ratificaram a Convenção, denominados “Estados Partes”, reunindo-se a cada dois anos para examinar todas as questões relativas à implementação da Convenção. Adota decisões administrativas, financeiras e científicas que os Estados são obrigados a obedecer, bem como Protocolos³. A COP também pode alterar a Convenção,

² O regime sobre acesso e repartição de benefícios também é conhecido como regime ABS (*access and benefit sharing*).

³ art. 23 da CDB.

criar órgãos de assessoramento e de conhecimentos específicos e revisar os relatórios apresentados pelos países.

Na estrutura da CDB, foi criado um Secretariado permanente, com sede em Montreal, que, entre outras funções, organiza as reuniões da COP e assegura a coordenação com outros organismos internacionais⁴. Em outras palavras, o Secretariado executa tarefas administrativas e contribui com a COP nos seus trabalhos. Como a sua principal função é planejar e executar as reuniões da COP e de seus órgãos subsidiários, sobretudo a preparação de documentos especializados, o Secretariado também organiza reuniões temáticas de peritos para fornecer informações ou documentos para as reuniões do Órgão Subsidiário de assessoramento científico, técnico e tecnológico. Outro aspecto importante sobre as atribuições do Secretariado é o de criar parceria com outras convenções ambientais e instituições com o intuito de desenvolver programas de colaboração.

A admissão de observadores nas reuniões da COP é regida pelo artigo 23.5 da Convenção, que prevê a possibilidade de qualquer outro órgão ou organismo, governamental ou não-governamental, competente no campo da conservação e da utilização sustentável da diversidade biológica, informar ao Secretariado o seu desejo de se fazer representar como observador numa sessão da Conferência das Partes, podendo ser admitido, ao menos que um terço das Partes apresente objeção.

A CDB instituiu a COP como órgão central permanente habilitada a qualquer momento à monitorar a implementação da Convenção, adotar novos protocolos (art. 28) e, por consenso ou por maioria de 2/3, alterar a Convenção ou qualquer de seus Protocolos (art. 29).

Neste sentido, a COP é o principal órgão decisório para supervisionar a implementação da Convenção. As partes são obrigadas a apresentar relatórios sobre medidas que tenham tomado para implementar a Convenção. A COP já criou seis grandes grupos de trabalho sobre pontos específicos da Convenção: a biossegurança, o que levou a adoção do Protocolo de Biossegurança, o artigo 8 (j), o acesso e repartição de benefícios, a revisão de Implementação da Convenção⁵, as Áreas Protegidas e o regime internacional de ABS.

A COP possui sete programas de trabalho temáticos, abrangendo a biodiversidade marinha e costeira, agricultura, biodiversidade das florestas, biodiversidade insular, biodiversidade do interior das águas subterrâneas e biodiversidade das terras áridas e biodiversidade das montanhas. Cada programa estabelece princípios básicos para uma ação futura, identifica os resultados possíveis e sugere um plano de execução e os meios para alcançar esses resultados.

⁴ Art. 24 da CDB.

⁵ Em 2002, as Partes da CDB aprovaram o Plano Estratégico e comprometeram-se a implementar, de forma mais eficaz e coerente, os objetivos da Convenção com o intuito de atingir até 2010 uma redução significativa da taxa de perda da biodiversidade.

A COP também pode negociar e adotar protocolos⁶. Apenas um único protocolo foi aprovado até a presente data, o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança. O Protocolo entrou em vigor no dia 11 de setembro de 2003 e visa assegurar um nível adequado de proteção no campo da transferência, da manipulação e do uso seguros dos organismos vivos modificados, resultantes da biotecnologia moderna que possam ter efeitos adversos na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica, levando em conta os riscos para a saúde humana, e enfocando especificamente os movimentos transfronteiriços.

A COP tem um Órgão Subsidiário de assessoramento científico, técnico e tecnológico para tratar de questões técnicas que analisaremos a seguir.

2.2 O Órgão Subsidiário de Assessoramento Científico, Técnico e Tecnológico

Este órgão subsidiário da COP apresenta relatórios de orientação para garantir a implementação efetiva da Convenção. Este órgão deve estar aberto à participação de todas as Partes e deve ser multidisciplinar. Deve ser composto por representantes governamentais com competências nos campos de especialização pertinentes. Deve apresentar relatórios regularmente à Conferência das Partes sobre todos os aspectos de seu trabalho⁷. A COP pode, se necessário, esclarecer as funções, o mandato, a estrutura e o funcionamento deste órgão⁸.

É claro que muitos Estados-Partes têm necessidade de assistência técnica para implementar suas estratégias e planos de ação sobre a biodiversidade. Além disso, a falta de apoio e de compromisso político, as dificuldades na obtenção de financiamento para mobilizar recursos nacionais e externos, a ineficiência das instituições e das legislações nacionais e a falta de especialistas qualificados e experientes, são fatores que dificultam uma aplicação eficaz dos planos de ação sobre a biodiversidade em muitos países.

Portanto, o órgão subsidiário desempenha um papel importante na prestação de avaliações científicas e técnicas sobre o estado da biodiversidade, produz avaliações técnicas e científicas sobre os efeitos das diversas medidas tomadas à luz das disposições da CDB, identifica tecnologias e *savoir-faire* avançados, inovadores e eficazes na conservação e uso sustentável da biodiversidade, bem como formas de promover o desenvolvimento ou de garantir a transferência de tecnologia.

2.3 Mecanismo de solução de controversas

Não existe qualquer mecanismo formal para a solução de conflitos no âmbito da CDB. Na verdade, as obrigações são predominantemente de

⁶ Art. 28 da CDB.

⁷ Art. 25.1 da CDB.

⁸ Art. 25.3 da CDB.

natureza declaratória e discricionária, mesmo que a periodicidade dos relatórios previstos no art. 26 da CDB não é determinada, a tal ponto que os conflitos suscetíveis de surgir são difíceis de imaginar, mas se este for o caso, as partes serão encorajadas a procurar uma solução através da negociação. No entanto, se as partes envolvidas não chegarem a um acordo mediante negociação, podem conjuntamente solicitar os bons ofícios ou a mediação de uma terceira parte.

Além disso, as Partes Contratantes podem procurar uma solução por arbitragem de acordo com o procedimento estabelecido na Parte 1 do Anexo II da CDB ou submissão da controvérsia à Corte Internacional de Justiça⁹. Nenhuma parte ainda utilizou qualquer desses procedimentos.

Quanto ao disposto em dois acordos sobre a solução de controvérsias, o artigo 22.1 da Convenção dispõe que “as disposições desta Convenção não devem afetar os direitos e obrigações de qualquer Parte Contratante decorrentes de qualquer acordo internacional existente, salvo se o exercício desses direitos e o cumprimento dessas obrigações cause grave dano ou ameaça à diversidade biológica”. Por exemplo, não existe qualquer referencia em caso de conflito com o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (ADPIC)¹⁰. Da mesma forma, o ADPIC não faz qualquer referência explícita de sua relação com a CDB ou com outros acordos ambientais.

As Diretrizes de Bonn¹¹ acrescenta que, para a maioria das obrigações decorrentes do regime escolhido de comum acordo, os litígios decorrentes desses acordos devem ser resolvidos em conformidade com as disposições contratuais relativas ao acesso e repartição de benefícios e a legislação e práticas nacionais aplicáveis. Além disso, em caso de não respeito aos acordos sobre acesso e repartição de benefícios, conforme a CDB e os instrumentos jurídicos do país de origem dos recursos genéticos, aplica-se as penalidades previstas nos acordos contratuais¹².

3. A CDB E AS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Observa-se uma expansão da discussão sobre o acesso e repartição de benefícios no âmbito da OMC, FAO, OMPI e outras instituições internacionais. Por conseguinte, há uma diversidade de textos que tratam direta ou indiretamente sobre as questões relativas ao acesso e repartição de benefícios. As discussões são realizadas simultaneamente em diferentes fóruns internacionais. Limitar-nos-emos à análise de algumas organizações, mas sabemos que existem outras instituições que também discutem tais questões como a Convenção Internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais (UPOV), a Conferência das Nações

⁹ Art. 27.3 da CDB.

¹⁰ Em inglês, *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS).

¹¹ As Diretrizes de Bonn foram aprovadas pela COP em sua sexta reunião, em Haia, na Holanda, em abril de 2002 e constituem o principal instrumento de aplicação do artigo 15 da CDB.

¹² Parágrafos 59 e 60 das Diretrizes de Bonn.

Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), a Comissão sobre o Desenvolvimento Sustentável (CDS), organismos regionais ...

Na verdade, além da CDB, o debate sobre a questão do acesso e repartição de benefícios encontra-se presente na OMC através das discussões sobre o ADPIC, na FAO por meio do Tratado Internacional sobre recursos fitogenéticos para a alimentação e agricultura e na OMPI, especificamente no âmbito do Comitê Intergovernamental sobre propriedade intelectual, recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e folclore. Por isso, o debate sobre o regime internacional sobre o acesso e repartição de benefícios deve levar em consideração o papel desses elementos internacionais que existem fora da convenção. Neste sentido, é importante analisar o regime ABS no âmbito de tais organizações internacionais das Nações Unidas.

3.1 Organização Mundial do Comércio

No século XXI, podemos constatar que a sociedade civil não aceita mais que a preservação dos recursos naturais ceda a liberalização econômica. Não resta dúvida que a dimensão ambiental deve ser integrada na política econômica. Assim, a proteção do meio ambiente está se tornando cada vez mais presente nos debates públicos, e se o comércio continua a ser um grande problema para os próximos anos (principalmente no atual cenário de crise econômica na Europa), deve, naturalmente, também levar em conta as preocupações ambientais. A integração destas duas políticas aparentemente contraditórias está em curso. Após a Conferência do Rio e a adoção do Acordo de Marrakesh, as relações entre comércio e meio ambiente tornaram-se mais estreitas¹³.

3.1.1 Importantes desenvolvimentos institucionais: comércio internacional e meio ambiente

Após oito anos de negociações oficiais, o documento final da Rodada de Uruguai, foi assinado em Marrakesh, no dia 14 de abril de 1994, por 119 países. O fim da Rodada de Uruguai marca a transição do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) à OMC¹⁴. Assim, os ministros reunidos em Marrakesh para a assinatura do Ato do Uruguai tomaram uma importante decisão sobre comércio e meio ambiente. O preâmbulo do Acordo que cria a OMC estabelece que:

“As relações (das partes) no domínio comercial e econômico deveriam ser orientadas tendo em vista a melhoria dos níveis de vida, a realização do pleno emprego e um aumento acentuado e constante dos rendimentos reais e da procura efetiva, bem como o desenvolvimento da produção e do comércio de mercadorias e

¹³ GRANDBOIS, M. Le droit de l'environnement et le commerce international : quelques enjeux déterminants. *Les cahiers de droit*. vol.40, n°3, septembre 1999, p.547.

¹⁴ MESSERLON, P. *La nouvelle organisation mondiale du commerce*. Paris : Dunond, 1995, 148p.

serviços, permitindo simultaneamente otimizar a utilização dos recursos mundiais em consonância com o objetivo de um desenvolvimento sustentável que procure proteger e preservar o meio ambiente e aperfeiçoar os meios para atingir esses objetivos de um modo compatível com as respectivas necessidades e preocupações a diferentes níveis de desenvolvimento econômico”.

Neste contexto, o preâmbulo do Acordo que cria a OMC indica que, se o livre comércio é o instrumento de crescimento, deve ser utilizado em conformidade com os requisitos do desenvolvimento sustentável, respeitando a preservação do meio ambiente. O Preâmbulo concilia comércio e meio ambiente e, de forma geral, a questão do equilíbrio entre livre comércio e proteção dos interesses legítimos dos Estados. Busca, pois, a integração da dimensão ambiental no âmbito das relações comerciais internacionais¹⁵.

Neste sentido, entre as prioridades do pós-Marrakech, destacamos inequivocamente a relação entre comércio e meio ambiente¹⁶. Esta prioridade é assim formulada:

“Os Ministros [...] decidem: instituir junto ao Conselho Geral da OMC [...] um Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente aberto a todos os membros da OMC [...] com o intuito de identificar a relação entre medidas comerciais e medidas ambientais a fim de promover o desenvolvimento sustentável”¹⁷.

Esta decisão consagra a criação do Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente¹⁸. O mandato deste Comitê é amplo, pois tem a finalidade de “identificar a relação entre medidas comerciais e medidas ambientais a fim de promover o desenvolvimento sustentável (e) fazer recomendações apropriadas para determinar a alteração das disposições do sistema multilateral de comércio, de forma clara, equitativa e não discriminatória”¹⁹.

Na reunião de Doha, em 2001, a OMC deu início a um diálogo sobre a desmistificação das relações entre os regimes de comércio multilateral e de meio ambiente e o intercâmbio entre os comitês da OMC e os Secretariados dos Acordos multilaterais ambientais, e lançou negociações sobre a liberalização do comércio de bens e serviços ambientais²⁰.

Apesar de todos os incentivos, a relação entre a proteção ambiental e o comércio internacional não é tão clara e a integração das políticas ambientais e

¹⁵ LANFRANCHI, M. P. Quelles articulations entre les politiques commerciales et les politiques environnementales ? In: MALJEAN-DUBOIS, S. *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*. Paris : La Documentation française, 2002, p. 50.

¹⁶ DAMIEN, M. ; CHAUDHURI e BERTHAUD, P. La libéralisation des échanges est-elle une chance pour le développement durable ? *Revue Tiers Monde*. n°150, avril-juin 1997, p. 427.

¹⁷ GATT. *Résultat des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay*. Genève : Textes Juridiques, Secrétaire du GATT, novembre 1994, p. 494.

¹⁸ O GATT instituiu um grupo de trabalho sobre comércio e meio ambiente em 1971.

¹⁹ London, C. *Commerce et environnement*. Paris : PUF, coll. « Que sais-je ? », 2001, p.27.

²⁰ LE PRESTE, P. *Protection de l'environnement et relations internationales. Les défis de l'écopolitique mondiale*. Paris : Dalloz, 2005, p.351.

comerciais levanta muitas preocupações sobre a aplicação do direito ambiental²¹. Vários esclarecimentos ainda são necessários. Eles dependem da evolução da relação entre comércio internacional e proteção ambiental, da adaptação das regras do comércio internacional ao novo contexto de proteção internacional do meio ambiente e das tensões entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento.

Como ainda não existe uma única instituição internacional para questões ambientais e que a OMC não é uma organização internacional com o objetivo de proteger o meio ambiente, o desequilíbrio entre as regras comerciais e os compromissos ambientais são inevitáveis. Além disso, a criação de um mecanismo de solução de controvérsias da OMC²² e a desarticulação entre os acordos multilaterais ambientais suscitam também a falta de articulação entre as políticas comerciais e ambientais. Assim, não existe uma instituição supranacional capaz de impor tais normas, com exceção da OMC, onde as disputas entre os países são julgadas, dando lugar a aplicação de sanções contra os países. Neste contexto, surge a necessidade da criação de uma Organização Mundial para o meio ambiente²³.

3.1.2 As discussões sobre acesso e repartição de benefícios junto à OMC

O surgimento do direito internacional sobre a biodiversidade no âmbito da CDB apresenta dificuldades de articulação com as regras pré-existentes, as regras de comércio internacional no âmbito da OMC e as regras de direito de propriedade intelectual²⁴.

As negociações da CDB interagem com as discussões da OMC sobre as regras do comércio internacional porque o conflito entre as normas de comércio internacional e as Convenções destinadas à proteger a biodiversidade é objeto de debates doutrinários e diplomáticos desde a criação do OMC.

No que pertine mais especificamente à questão do acesso e repartição de benefícios, a Conferência das Partes convidou a OMC para reconhecer as disposições da CDB, tendo em conta o fato de que as disposições do ADPIC e da Convenção estão interligadas²⁵. A relação entre o TRIPS e a CDB é analisado no contexto dos debates do Conselho do TRIPS sobre a importância de rever o Acordo TRIPS. Enquanto alguns países acreditam que esses dois acordos são compatíveis, outros acreditam que o Acordo TRIPS, particularmente o seu artigo 27.3 (b), deve ser alterado para atender os objetivos da CDB.

Os últimos documentos no âmbito do Conselho do TRIPS da OMC têm indicado que os membros da OMC já concordam que é preocupante a relação

²¹ OCDE. *Rapport sur les échanges et l'environnement au Conseil de l'OCDE au niveau des ministres*. Paris, OCDE, 1995, p.5.

²² Cf. CANAL-FORGUES E. *Le règlement des différends à l'OMC*. 2^e éd. Bruxelles : Bruyant, 2004, 161p.

²³ Cf. HUGLO, C. e LEPAGE-JESSUA, C. Pour une ONU? (Organisation des Nations Unies pour l'environnement). *Revue Mensuelle LexisNexis Juris Classeur – Environnement*. Março 2005, p.3.

²⁴ de Sadeleer, N. *Droit international et communautaire de la biodiversité*. Paris : Dalloz, 2004, p.37.

²⁵ Parágrafo 2 da decisão V/26 B da COP.

entre o TRIPS e a CDB. No entanto, as opiniões divergem quanto à melhor maneira de resolver esses problemas e diferentes posições têm sido propostas pelos Estados durante as reuniões no âmbito da CDB e da OMC. Tais posições não são excludentes entre si, tanto que alguns membros são favoráveis em aceitar outras abordagens complementares. Esta divergência de idéias contribui para a existência de contradições sobre os temas discutidos pelos dois ramos do direito, quais sejam, direito internacional do meio ambiente e da propriedade intelectual.

O ADPIC é um obstáculo para as oportunidades e as promessas da CDB. Como os signatários de ambos os Tratados devem implementar ambos os acordos, as arestas entre a CDB e o TRIPS levantam sérias dificuldades.

Cumprir destacar que os dois instrumentos não possuem o mesmo objetivo e não é estranho quando da leitura de seus respectivos conteúdos constatar que há incoerência ou mesmo incompatibilidades de princípios. A CDB baseia-se na noção do bem comum, na proteção da biodiversidade e repartição de benefícios, já o TRIPS coloca em evidência a proteção das inovações e os princípios do comércio internacional. Assim, quando a CDB estabelece a repartição de benefícios, o TRIPS não faz qualquer referência. Enquanto a Convenção exige o consentimento prévio do Estado para o acesso aos recursos biológicos, para lutar contra a biopirataria, o TRIPS, não regulamenta a questão²⁶.

A Declaração Ministerial emitida no final da quarta sessão da Conferência Ministerial da OMC, realizada de 9 a 14 de novembro de 2001 em Doha (Quatar), aborda uma série de questões relevantes para a CDB. Na seção sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual, o Conselho do TRIPS foi instruído a considerar a relação entre o TRIPS e a CDB. Além disso, na seção sobre comércio e meio ambiente, foram lançadas negociações sobre uma série de questões relacionadas com os Acordos Ambientais Multilaterais, tais como a relação entre as atuais regras da OMC e as obrigações comerciais específicas contidas nos Acordos Ambientais Multilaterais, procedimentos para a troca regular de informações entre os secretariados dos acordos ambientais multilaterais e as comissões competentes da OMC.

3.2 Organização das Nações Unidas para alimentação e agricultura

Segundo o seu Estatuto, assinado em 16 de outubro de 1945, a Organização das Nações Unidas para alimentação e agricultura (FAO) tem a missão de elevar os níveis de nutrição e produção de alimentos e melhorar as condições de vida rural. Assim, é natural que a FAO se interesse pela conservação dos recursos naturais.

A FAO influencia a legislação de muitos países - especialmente aqueles em desenvolvimento - relativa à agricultura, silvicultura, pesca, conservação do solo. Todas estas questões estão intimamente relacionadas com o meio ambiente e, portanto, os trabalhos da FAO são tais que a questão ambiental pode ter um

²⁶ MALJEAN-DUBOIS, S. Biodiversité, biotechnologies, biodiversité: le droit international désarticulé. *Journal du Droit International*. 2000, n°4, p.966.

lugar significativo. Além disso, a FAO promove o desenvolvimento integrado da agricultura, incluindo a monitorização dos solos, o inventário dos recursos hídricos, o desenvolvimento das bacias hidrográficas e implementação de sistemas de cultivo particularmente adaptado²⁷.

Em relação às discussões sobre acesso e repartição de benefícios no âmbito da FAO, é importante analisar duas questões importantes: a evolução do processo de revisão do Compromisso Internacional sobre recursos fitogenéticos à adoção do Tratado Internacional sobre recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura, em novembro de 2001 e a criação da Comissão de recursos genéticos para a alimentação e a agricultura.

Na década de 1980, as primeiras discussões internacionais e intergovernamentais de acesso aos recursos genéticos aconteceram na FAO, em especial durante as negociações sobre a implementação do Compromisso Internacional sobre os recursos fitogenéticos.

O sistema global da FAO tem sido construído em torno do compromisso internacional que foi o primeiro acordo internacional que contemplou os recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura. Foi adotado como um acordo juridicamente não vinculante pela Resolução nº 8/83 da Conferência da FAO para promover a harmonização internacional das questões relativas ao acesso aos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura.

O compromisso teve como base o princípio, amplamente aceito na época de sua elaboração, de que o recurso fitogenético é um patrimônio comum da humanidade. Em 1992, a CDB reconhece o direito soberano dos Estados sobre seus recursos e a conservação da biodiversidade é estabelecida no preâmbulo do texto como “preocupação comum da humanidade”. Tal mudança de princípio abre a possibilidade para a revisão desse Compromisso da FAO.

Durante as negociações do Tratado sobre recursos fitogenéticos, a Conferência das Partes da CDB apoiou o processo e determinou em sua decisão VI/6, que “reconhece o papel importante que o Tratado Internacional sobre recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura terá, em harmonia com a Convenção sobre a Diversidade Biológica, para a conservação e uso sustentável deste importante componente da biodiversidade agrícola, na facilitação do acesso aos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura e a repartição justa e equitativa dos benefícios resultantes da sua utilização”.

Após sete anos de negociações, o processo de revisão conduziu finalmente à adoção do Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura pela Conferência da FAO (Resolução n. 3/2001) em 03 de novembro de 2001. Sua entrada em vigor ocorreu 29 de junho de 2004, noventa dias após o depósito do quadragésimo instrumento de ratificação.

Os objetivos do referido Tratado são a conservação e o uso sustentável

²⁷ Idem, p.81.

dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura, a repartição equitativa dos benefícios resultantes de sua utilização, em harmonia com a Convenção sobre diversidade biológica (art. 1.2 do Tratado da FAO), para garantir uma agricultura sustentável e segurança alimentar (art. 1.1 do Tratado da FAO). O sistema multilateral de acesso facilitado e repartição de benefícios é um dos principais componentes deste Tratado. Este modelo foi necessário devido à natureza específica e interdependente dos recursos genéticos para a alimentação e a agricultura.

Na estrutura da FAO, foi estabelecida a Comissão sobre recursos fitogenéticos, em 1983 (Resolução n. 9/83) para tratar de questões nesta área. Em 1995, seu mandato foi ampliado (Resolução n. 3/95) para abranger todos os elementos da agrobiodiversidade de relevância para a alimentação e a agricultura e tornou-se a Comissão sobre recursos fitogenéticos para a alimentação e agricultura (CGRFA). Atualmente, 168 países e a Comunidade Européia são membros associados da FAO. A cooperação entre a FAO e a CDB é importante e, portanto, a FAO é um dos principais parceiros envolvidos na implementação da CDB. A FAO tem prestado assistência técnica e orientações importantes para seus Estados-Membros, em conjugação com as atividades relevantes da CDB.

A Comissão de recursos genéticos para a alimentação e a agricultura é um fórum permanente onde os governos discutem e negociam questões relativas aos recursos genéticos relevantes para a alimentação e a agricultura. Seus principais objetivos são assegurar a conservação e o uso sustentável dos recursos genéticos e a repartição dos benefícios decorrentes de sua utilização em benefício das presentes e futuras gerações.

A Comissão supervisiona e facilita a cooperação entre a FAO e outros organismos intergovernamentais e não governamentais, incluindo a Conferência das Partes da CDB, o Instituto Internacional de recursos fitogenéticos (IPGRI) e a Comissão sobre Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas (CSD).

Desde a COP 2 da CDB, esta reconhece a importante contribuição que a FAO pode fornecer, por meio de sua experiência e *know-how* que lhe permitem lidar com questões importantes levantadas pela utilização dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura²⁸. As decisões mais recentes da COP fazem também referência á importância do papel da FAO nos debates. As Diretrizes de Bonn teve essa preocupação ao afirmar em seu parágrafo 10: “As diretrizes devem ser aplicadas de forma coerente e solidária ao trabalho das instituições e acordos internacionais pertinentes, como as disposições relativas ao acesso e repartição de benefícios do Tratado Internacional sobre recursos fitogenéticos para a alimentação e agricultura da FAO.

Em maio de 2005, a FAO assinou um Protocolo de cooperação com

²⁸ Decisão II/16 do doc. UNEP/CBD/COP/2/19.

o Secretariado da CDB, fornecendo um quadro para o desenvolvimento e fortalecimento da cooperação entre as duas instituições.

O Protocolo de Cooperação reconhece o papel da Comissão como um fórum internacional em que os governos lidam com todos os componentes da biodiversidade para a alimentação e a agricultura e o papel da Comissão para facilitar a cooperação entre a FAO e outras organizações internacionais governamentais e não governamentais envolvidas na conservação e uso sustentável dos recursos genéticos, sobretudo a COP da CDB.

3.3 Organização Mundial da Propriedade Intelectual

Os indicadores econômicos mostram que o potencial de criação de riqueza e preservação do patrimônio cultural das nações dependem do acesso à proteção da propriedade intelectual. Portanto, parece interessante entender esta instituição, uma vez que ela tem um papel importante nas negociações sobre acesso e repartição de benefícios.

A origem da OMPI remonta a 1883, ano da assinatura da Convenção de Paris para a proteção da Propriedade Intelectual. Em 1974, a OMPI torna-se uma agência especializada das Nações Unidas, com o mandato para administrar questões de propriedade intelectual. Desde então, a OMPI não cessou de demonstrar a importância dos direitos de propriedade intelectual no cenário internacional como um instrumento de desenvolvimento econômico, social e cultural de todos os países. A OMPI coordena um conjunto de convenções e tratados a fim de promover o sistema internacional de propriedade intelectual.

Cumprе salientar a importância da relação entre direito de propriedade intelectual e acesso e repartição de benefícios. Observa-se que as Diretrizes de Bonn levaram também em conta o trabalho da OMPI sobre as questões relativas ao acesso e repartição de benefícios²⁹. Além disso, a importância da participação da OMPI nas discussões sobre o terceiro objetivo da CDB foi reiterada por diversas vezes durante as COPs da CDB e, claro, durante as discussões dos grupos de trabalho da CDB.

É importante destacar que antes da criação do Comitê Intergovernamental sobre propriedade intelectual, recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e folclore, as questões de propriedade intelectual relacionadas aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais já eram objeto de atividades regulares realizadas no âmbito da OMPI, no âmbito do subprograma dedicado à "Biodiversidade e Biotecnologia", durante o biênio 1998-1999. As atividades sobre a problemática "Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos" começaram através de um estudo sobre o papel da propriedade intelectual na repartição dos benefícios decorrentes da utilização dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados. Estes assuntos também foram discutidos pelos

²⁹ Cf. parágrafo 10 das Diretrizes de Bonn.

Estados-Membros na terceira sessão do Comitê Permanente sobre Patentes (SCP), realizada em Genebra de 4 a 6 de setembro de 1999. O SCP solicitou ao Secretariado da OMPI para incluir a questão da proteção dos recursos genéticos na ordem de trabalhos do Grupo de Trabalho sobre invenções biotecnológicas, que se reuniria na OMPI, em novembro de 1999.

Dado o empenho demonstrado pelos Estados-Membros devido à necessidade de priorizar essas questões na vigésima-sexta sessão da Assembleia Geral da OMPI em setembro de 2000, os Estados-Membros decidiram criar um Comitê Intergovernamental sobre propriedade intelectual, recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e folclore. A primeira sessão desta Comissão foi realizada de 30 de abril a 3 maio de 2001. Participaram 102 Estados-membros da OMPI, 18 organizações intergovernamentais e secretariados, bem como 15 organizações não governamentais. O Secretariado da CDB participou da sessão como observador³⁰.

O Comitê Intergovernamental da OMPI sobre propriedade intelectual e recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e folclore é um fórum de debates dos Estados-membros da OMPI para analisar três temas principais: as questões relacionadas à propriedade intelectual no âmbito do acesso aos recursos genéticos e repartição de benefícios, a proteção dos conhecimentos tradicionais, associados ou não com esses recursos, e proteção das expressões do folclore.

Cada um destes temas intercepta diversos ramos do direito de propriedade intelectual e, portanto, não se enquadravam nos organismos já existentes na OMPI, quais sejam, o SCP, o Comitê Permanente dos Direitos de Autor e Direitos Conexos (SCCR), a Comissão sobre o Direito de Marcas, Desenhos Industriais e Indicações Geográficas (SCT) ou o Comitê Permanente das Tecnologias de Informação (SCIT). No entanto, os três temas estão interligados e nenhum pode ser analisado sem levar em consideração as particularidades de cada um.

As sessões do Comitê Intergovernamental sobre propriedade intelectual e recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e folclore têm a importante tarefa de assegurar a coerência de todas as instituições chamadas a examinar a interação entre as questões de propriedade intelectual e de biodiversidade para garantir uma abordagem coerente em todos os organismos internacionais, na medida em que os Estados-Membros se declararam favoráveis a analisar a proteção da propriedade intelectual associada ao conhecimento tradicional. Tal análise deve levar em conta a utilização das normas existentes de proteção da propriedade intelectual para conhecimentos tradicionais e das novas normas jurídicas, quais sejam, os mecanismos *sui generis* de proteção.

Vários documentos já foram elaborados pelo Secretariado deste Comitê Intergovernamental com o intuito de esclarecer algumas questões jurídicas e políticas e de fornecer elementos técnicos para facilitar os debates no âmbito

³⁰ Cf. Parágrafo 37 do doc. UNEP/CBD/COP/6/19.

da CDB e de outras instâncias: projeto técnico sobre a questão dos requisitos de divulgação dos pedidos de patentes relativos aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais³¹, os elementos constitutivos do sistema de proteção *sui generis* dos conhecimentos tradicionais, a proteção dos conhecimentos tradicionais³², o relatório sobre a revisão dos atuais sistemas de proteção dos conhecimentos tradicionais através da propriedade intelectual.

4. CONCLUSÕES ARTICULADAS

4.1 Diferentes fóruns e acordos internacionais têm um papel importante a desempenhar no que diz respeito ao estabelecimento de um regime internacional claro, simples e efetivo sobre o acesso e repartição de benefícios.

4.2 É evidente que qualquer regime internacional ABS³³ dependerá do conhecimento dos organismos e acordos nacionais e internacionais e que é impossível alcançar os objetivos da CDB se as negociações forem exclusivamente baseadas num tratado, acordo ou organização em particular.

4.3 Contudo, a sobreposição de responsabilidades das instituições internacionais no desenvolvimento de políticas em matéria de ABS suscita incertezas para o desenvolvimento deste regime.

³¹ Cf. o doc WIPO/GRTKF/IC/7/10.

³² Cf. O doc. WIPO/GRTKF/IC/7/10.

³³ O regime sobre acesso e repartição de benefícios também é conhecido como regime ABS (*access and benefit sharing*).

DOUTRINA ESTRANGEIRA



O CÓDIGO DE CONDUTA DA FISCALIDADE DAS EMPRESAS E A BOA GOVERNANÇA FISCAL

Clotilde Celorico Palma¹

RESUMO

Neste artigo procede-se a uma análise da recente Comunicação da Comissão sobre a boa governança fiscal e do futuro do Grupo do Código de Conduta da fiscalidade das empresas da União Europeia, concluindo-se que o Grupo deverá prosseguir os seus trabalhos.

Palavras chave

Grupo do Código de Conduta. Boa governança fiscal.

ABSTRACT

This article offers an analysis of the recent Commission Communication on Good Governance in Tax Matters and the future role of the EU Code of Conduct group of the European Union for business taxation, which leads to the conclusion that this group should develop its work.

Keywords

EU Code of Conduct group for business taxation. Good Governance in Tax Matters.

¹ Doutora em Ciências Jurídico Económicas pela Faculdade de Direito de Lisboa. Advogada especialista em Direito Fiscal. Docente Universitária em Lisboa.

1. EVOLUÇÃO DOS TRABALHOS DO GRUPO DO CÓDIGO DE CONDUTA

Há muito que não se ouvem notícias sobre os trabalhos do Grupo do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas constituído na União Europeia em 1998, na sequência da aprovação do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas, quase em simultâneo com o Fórum da OCDE para as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial, criado em sequência do Relatório da OCDE para as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial².

Em ambos os Grupos, o objectivo consiste em combater e controlar a concorrência fiscal prejudicial, identificando-se, no primeiro, as medidas prejudiciais e procedendo-se ao seu desmantelamento e congelamento e, no segundo Grupo, à identificação das medidas preferenciais e dos paraísos fiscais, cooperantes e não cooperantes e à respectiva monitorização.

² Como é sabido, as atenções das instâncias internacionais têm, em particular desde a segunda metade da década de 90, centrado as suas preocupações, no tocante à área da fiscalidade, nos problemas relacionados com os aspectos nefastos do fenómeno da globalização.

Assim, assistimos a uma preocupação crescente com os aspectos prejudiciais da concorrência fiscal. Neste contexto, e com especial interesse para a questão que nos ocupa, assinala-se a aprovação, em 1 de Dezembro de 1997, pelo Conselho da União Europeia e pelos ministros das finanças dos Estados membros, do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas, inserido no âmbito de um pacote mais amplo sobre a fiscalidade em que são igualmente contempladas a tributação da poupança e dos fluxos transfronteiriços de juros e royalties entre empresas (publicado no Jornal Oficial das Comunidades 272 de 6.1.98, como Anexo 1 às conclusões do Conselho Ecofin de 1 de Dezembro de 1997 em matéria de política fiscal).

Por sua vez, o Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE lançou o seu projecto no domínio da concorrência fiscal prejudicial, tendo, em 9 de Abril de 1998, sido aprovado o Relatório Sobre as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial (*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, Paris, France, OCDE, 28 de Abril de 1998). No âmbito do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas se pretendem combater as práticas da concorrência fiscal prejudicial. Este Código, aplicável unicamente no contexto da fiscalidade directa, pretende abranger as disposições legislativas, regulamentares e as práticas de natureza administrativa que tenham ou sejam susceptíveis de ter uma incidência sensível na localização das actividades económicas no espaço comunitário. Para o efeito prevê um processo de avaliação das medidas potencialmente prejudiciais que, a serem devidamente avaliadas enquanto tal, deverão ser objecto de desmantelamento. De referir que, para o efeito, foi constituído um Grupo – o Grupo do Código de Conduta-, cujos trabalhos têm vindo a lume sob a forma de relatórios. O relatório mais famoso é o de Novembro de 1999, também conhecido por Relatório Primarolo, de onde constam as medidas qualificadas como prejudiciais.

O Relatório da OCDE, é um documento muito mais elaborado que o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas e contém uma série de considerandos sobre os aspectos benéficos da concorrência fiscal, concluindo, todavia, que, em certas situações, poderá funcionar em termos prejudiciais, provocando situações indesejáveis de erosão das bases tributáveis nacionais. Contudo, este Relatório, contrariamente ao que se tem verificado até à data relativamente ao Código de Conduta, tem-se vindo a aplicar essencialmente a países não membros da OCDE qualificados como paraísos fiscais. O Relatório de 1998 trata-se de um compromisso de natureza política, à semelhança do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas. Note-se, todavia, que este facto não deverá ser menosprezado, dado que, muito embora se trate “simplesmente” de um compromisso de natureza política, o certo é que juridicamente os países membros se comprometem a adoptar uma série de medidas de “conformação” dos respectivos regimes fiscais, que obrigam, necessariamente, à assunção de obrigações jurídicas.

Quanto ao Grupo do Código de Conduta, depois de entregue o famoso Relatório Primarolo em 1998, dedicou-se essencialmente à avaliação das medidas dos novos Estados membros da União Europeia e ao *rollback* das medidas “qualificadas” como prejudiciais e ao acompanhamento do *standstill* relativamente a eventuais novas medidas³. Alguns Estados membros procederam à alteração das respectivas medidas qualificadas como prejudiciais de forma mais ou menos expedita (o que nos leva a questionar se houve efectivamente um desmantelamento de certos regimes). O certo é que houve um reajustamento dos regimes existentes e se conceberam novos regimes supostamente inócuos na perspectiva do Código. Em suma, as regras do jogo alteraram-se e a concorrência fiscal assumiu novas formas. Como em tudo na vida, houve ganhadores e perdedores e os dados não foram lançados em vão...

Com a adesão de novos Estados membros o exercício de qualificação das medidas foi repetido. Os dados oficiais indicam-nos que, nos termos do Código, cujos destinatários são os Estados membros e os seus territórios dependentes ou associados, foram, no total, avaliadas mais de 400 medidas relativas à fiscalidade das empresas, tendo 100 delas sido revogadas ou alteradas, por terem sido consideradas prejudiciais.

A questão que se suscitou seguidamente foi, naturalmente, a de saber qual o destino do Grupo. Deveria subsistir ou pura e simplesmente o seu escopo ter-se-ia esgotado? As opiniões dividiram-se. Houve quem defendesse convictamente a extinção do Grupo, sendo o mais veemente paladino a delegação belga. Venceu, contudo, uma posição de defesa da respectiva manutenção, dado, nomeadamente, o interesse em manter os trabalhos de controlo da concorrência fiscal prejudicial, nomeadamente o acompanhamento do desmantelamento efectivo das medidas qualificadas enquanto tal e o congelamento de novas medidas. Mas o interesse da manutenção deste Grupo não se esgota nestas questões. Existem uma série de questões relacionadas, directa ou indirectamente, com esta temática. Desde logo, todas as que se encontram relacionadas com os critérios de identificação dos regimes prejudiciais, como, por exemplo, a aplicação de cláusulas anti-abuso, nomeadamente as regras sobre preços de transferência e, naturalmente, a questão da transparência e dos acordos sobre trocas de informações. Para além disso, nunca se procedeu a uma revisão do Código, conforme o previsto no respectivo ponto N. Deverá o Código, que se encontra limitado à tributação directa das pessoas colectivas, ou seja, essencialmente ao imposto sobre as sociedades, ser revisto e alargado, por

³ O Relatório Primarolo veio a ser publicado em Portugal pelo Centro de Estudos Fiscais nos *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal* n.º 185 de 2000. Este Relatório deve o seu nome à Senhora Presidente do Grupo durante cerca de uma década - a Ministra inglesa Dawn Primarolo, e identifica 66 medidas consideradas como prejudiciais nos então quinze Estados membros da União Europeia, entre mais de 200 medidas inicialmente consideradas potencialmente prejudiciais. Saliente-se que este Relatório não é consensual e nunca chegou a ser formalmente aprovado pelo Ecofin.

exemplo, à tributação das pessoas singulares ou à tributação indirecta?⁴ Trata-se de questões muito sensíveis. Também nunca se concretizou o princípio previsto no ponto M do Código, segundo o qual o Conselho considera desejável que os princípios do Código se devam adoptar numa base geográfica o mais ampla possível, pelo que, para este efeito, os Estados membros se comprometem a promover a respectiva adopção em países terceiros e nos territórios aos quais o Tratado de Funcionamento da União Europeia não se aplica. Sempre nos questionámos quanto ao âmbito de aplicação do Código e à inércia do Grupo relativamente à adopção do previsto no ponto M, situação que, obviamente, é geradora de distorções de concorrência⁵.

O certo é que o ritmo de trabalhos foi sucessivamente abrandando durante a Presidência da Ministra inglesa Dawn Primarolo que conduziu os destinos deste Grupo desde a sua constituição em 1998 até 2007, quando deixou a pasta do Orçamento para assumir a pasta da Saúde. A sua sucessora no cargo, Jane Kennedy, também esteve por pouco tempo e não foi particularmente vigorosa de forma a dar um novo *elán* a um Grupo que se tornara, sucessivamente, pouco entusiasmante. Longe iam os tempos das reuniões que avançavam

⁴ Sobre esta matéria e o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas veja-se, em Portugal, António Carlos dos Santos, "A posição portuguesa face à regulação comunitária da concorrência fiscal", Conferência sobre Fiscalidade Internacional, Universidade Nova, Lisboa, 12 e 13 de Março de 2002, publicada no livro *Planeamento e concorrência fiscal internacional*, Fisco 2002.

⁵ Sobre esta matéria e o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas veja-se, em Portugal, António Carlos dos Santos, *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, tese de doutoramento publicada pela Bruylant, 2009, "A posição portuguesa face à regulação comunitária da concorrência fiscal", op. cit., "Point J of the Code of Conduct or the Primacy of Politics over Administration", *European Taxation*, vol. 40, n.º 9, 2000, António Carlos dos Santos e Clotilde Celorico Palma, "A regulação internacional da concorrência fiscal nefasta", *Ciência e Técnica Fiscal* n.º 395, Julho-Setembro de 99, Clotilde Celorico Palma, "O combate à concorrência fiscal prejudicial – Algumas reflexões sobre o Código de Conduta comunitário da Fiscalidade das Empresas", *Fiscália*, Setembro de 99, n.º 21, "A concorrência fiscal sob vigilância: Código de Conduta comunitário da Fiscalidade das Empresas versus Relatório da OCDE sobre as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial", *Revisores & Empresas*, Jan/Mar/99, "A OCDE, a concorrência fiscal prejudicial e os paraísos fiscais: Novas formas de discriminação fiscal?", "A OCDE, a concorrência fiscal prejudicial e os paraísos fiscais: Novas formas de discriminação fiscal?", *Ciência e Técnica Fiscal* n.º 403, Julho-Setembro de 2001, *Revista TOC* n.º 16, Julho de 2001, "A OCDE e o combate às Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial: ponto de situação e perspectivas de evolução", *Fiscalidade* n.º 16, Outubro de 2003, "Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas – O desafio dos novos Estados membros", in *15 anos da Reforma Fiscal de 1988/89*, Jornadas de homenagem ao Professor Pitta e Cunha, Almedina, Novembro 2005, "O controlo da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia: dois pesos duas medidas?", *Boletim informativo da Sociedade de Desenvolvimento da Madeira*, n.º 11, Outubro/Novembro 2005, "O controlo da concorrência fiscal na União Europeia", *Revista Fórum de Direito Tributário/RFDT* n.º 15, Maio-Junho 2005, "O controlo da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia – ponto de situação dos trabalhos do Grupo do Código de Conduta", *livro de homenagem ao Professor Xavier de Basto*, Coimbra Editora, Abril de 2006, "O controlo da concorrência fiscal prejudicial – Principais medidas conjuntas e unilaterais adoptadas por Portugal", *Revista Fórum de Direito Tributário/RFDT* n.º 26, Março Abril 2007 (relatório apresentado na 40ª Conferência Técnica do Centro Inter americano de Administrações Tributárias, em 2006), e Freitas Pereira, "Concorrência Fiscal Prejudicial – O Código de Conduta da União Europeia", *Ciência e Técnica Fiscal* n.º 390, Abril-Junho 98.

sem tradutores para o dia seguinte e em que os jantares se resumiam a umas sandes mal digeridas entre as discussões fervorosas dos diversos regimes que estiveram a ser analisados. Para quem assistiu ao desenvolvimento dos trabalhos deste Grupo, este dir-se-ia quase moribundo, perdido num cínico exercício de interesses entre os grandes e os pequenos Estados membros.

2. O IMPACTO DA CRISE ECONÓMICA NOS TRABALHOS DA CONCORRÊNCIA FISCAL PREJUDICIAL

Com a crise económica houve um recrudescimento dos trabalhos do Grupo do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas e do Fórum da OCDE para as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial. Volta a lançar-se com vigor o repto da necessidade efectiva de uma troca de informações e de sanções contra a opacidade. O G20 empenha-se no assunto e assiste-se à assinatura de diversos acordos de troca de informações baseados no modelo OCDE de 2002 e à renegociação de antigas convenções para evitar a dupla tributação com acolhimento da nova redacção conferida ao artigo 26.º da Convenção modelo da OCDE⁶. Assistimos, quase incrédulos, a uma mudança de atitude por parte de países como a Suíça, o Liechtenstein, Andorra e o Mónaco. De tal forma que a lista dos paraísos fiscais não cooperantes da OCDE está em branco, tendo sido substituída pela famosa lista do G20 em permanente evolução. Boas novas? Aparentemente... Não nos poderemos esquecer que uma coisa é a assunção de um compromisso, outra o seu cumprimento efectivo. Como nos poderemos assegurar que todos os acordos entretanto assinados irão realmente concretizar-se em trocas de informações atempadas e úteis?

Neste contexto, qual será o futuro do Grupo do Código de Conduta?

Ultimamente, já sob a presidência do Director Geral dos Impostos austríaco Noltz, o Grupo alargou os seus trabalhos à área das medidas anti-abuso, tendo sido constituído um subgrupo para o efeito cuja primeira reunião ocorreu em Outubro de 2009. Trata-se, no fundo, de implementar as preocupações suscitadas pela Comissão, em particular, na sua Comunicação de 2007 sobre a matéria⁷.

⁶ Sobre o papel da crise económica e acção do G20, veja-se Amaral Tomaz, "A reunião do G20 de 2 de Abril de 2009 e o futuro dos paraísos fiscais", *Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal*, Ano II, n.º2, Julho de 2009. Como conclui, a p. 41, "Em resumo, não é pacífico antecipar o que vamos ter pela frente no domínio da utilização dos paraísos fiscais para evitar o pagamento dos impostos devidos. Parece no entanto de concluir que, após o G20, nada será como de antes. A 'crise' que tem 'costas largas' poderá também contribuir, pela positiva, para que não se repitam os erros do passado e para alterar o paradigma que serve de modelo aos paraísos fiscais: a opacidade e o sigilo bancário".

⁷ Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu – A aplicação de medidas anti-abuso na área da tributação directa – na UE e em relação a países terceiros, COM/2007/0785 final, de 10 de Dezembro de 2007. Sobre esta matéria veja-se, da autora, "A Comunicação da Comissão Europeia sobre a aplicação de medidas anti-abuso", *Revista da Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas* n.º 114, Setembro 2009.

Como se salienta nesta Comunicação, a Comissão Europeia está interessada em explorar mais

Por outro lado, procedeu-se à actualização do estudo de 1999 apresentado no Grupo sobre práticas administrativas, em especial, sobre a aplicação de um sistema de *rulings* por parte dos Estados membros e fizeram-se trabalhos sobre os critérios da transparência e da troca de informações em matéria de regras sobre preços de transferência. Um outra preocupação recente a assinalar que ficou acordada no plano de trabalhos aprovado no Conselho dos Ministros da Economia e das Finanças da União Europeia (Conselho Ecofin) de 2 de Dezembro de 2008, é a da extensão das regras do Código a países terceiros, questão que assume particular melindre e que deverá ser adoptada progressivamente. Desde logo suscita-se a questão de saber como vincular países terceiros a um compromisso comunitário de natureza política. Como reforçar os argumentos que visam convencer as outras jurisdições a estabelecerem uma cooperação administrativa eficaz e efectiva com a UE?

Como é sabido, este exercício relativamente a países terceiros foi já levado a efeito no contexto dos trabalhos da OCDE sobre as práticas da concorrência fiscal prejudicial, prevendo-se um conjunto de sanções (medidas coordenadas e unilaterais) que deverão ser adoptadas pelos países membros⁸.

Se o trabalho levado a cabo pela OCDE, por um lado, pretendeu recensear, com vista ao seu desmantelamento, os regimes fiscais preferenciais dos seus 30 países membros, com base em critérios similares (embora com um âmbito de aplicação mais limitado) aos previstos pelo Código de Conduta, por outro, alargou o seu trabalho a países não membros, incluindo alguns «paraísos fiscais», tendo obtido o compromisso político de várias destas jurisdições quanto a uma cooperação leal com os países membros no tocante à transparência e ao intercâmbio de informações em questões fiscais. O certo é que, prevendo-se que na reunião do G20 de 2 de Abril de 2009 seria redigida uma lista das jurisdições em que não tivessem sido alcançados progressos suficientes na aplicação das normas fiscais internacionais desenvolvidas pela OCDE, diversas jurisdições, nomeadamente a Suíça, a Áustria, a Bélgica, o Luxemburgo, Hong-Kong, Macau, Singapura, Chile, Andorra, Liechtenstein e o Mónaco, comprometeram-se recentemente a também cumprir as referidas normas. Estes compromissos referem-se essencialmente ao respeito das normas internacionais da OCDE, que requerem o intercâmbio de informações, a pedido, em todas as questões fiscais relacionadas com a administração e com a aplicação da legislação

pormenorizadamente a possibilidade de soluções coordenadas específicas, em estreita cooperação com os Estados membros, com vista a: (i) desenvolver definições comuns de “abuso” e de “expedientes puramente artificiais”, tendo em vista uma orientação quanto à aplicação desses conceitos no domínio dos impostos directos; (ii) melhorar a cooperação administrativa para detectar e neutralizar mais eficazmente os abusos e esquemas fiscais fraudulentos; (iii) partilhar as melhores práticas que sejam compatíveis com o direito comunitário, em particular para garantir a proporcionalidade das medidas anti-abuso; (iv) reduzir potenciais discrepâncias que resultem numa não tributação involuntária; e (v) garantir uma melhor coordenação das regras anti-abuso em relação a países terceiros.

⁸ A este propósito veja-se, da autora, “A OCDE e o combate às Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial: ponto de situação e perspectivas de evolução”, op. cit.

fiscal nacional, independentemente de requisitos de interesse nacional ou de sigilo bancário para fins fiscais na jurisdição em causa. As normas da OCDE prevêem igualmente medidas de salvaguarda extensivas para proteger a confidencialidade do intercâmbio de informações⁹.

O *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* (que conta actualmente com 91 países, incluindo todos os países do G20, da OCDE e todos os centros *offshore*), tem um mandato de 3 anos para avaliar os regimes dos membros e de outras jurisdições que requeiram particular atenção. A OCDE actualmente está empenhada em associar outros países aos trabalhos, como a Argentina, o Brasil, a China, a Índia, e a África do Sul, em implementar programas de assistência técnica aos países e em desenvolver um sistema de avaliação da implementação dos acordos sobre troca de informações de forma a analisar as questões da efectividade da troca de informações (disponibilidade, acesso e troca das informações).

Note-se que actualmente não consta qualquer país da lista dos paraísos fiscais não cooperantes da OCDE (os 3 paraísos fiscais não cooperantes que restavam: Andorra, Liechtenstein e Mónaco, assumiram em Março de 2009 os *standards* de troca de informações), tendo tal lista sido substituída pela lista do G20 elaborada em colaboração com a OCDE.

A lista do G20 tem três níveis: o das jurisdições que implementaram substancialmente os *standards* internacionais de troca de informações (lista branca – caso tenham celebrado pelo menos 12 ADTs com países membros da OCDE)¹⁰; o das jurisdições que se comprometeram com os *standards* internacionais de troca de informações mas que ainda não os implementaram substancialmente (lista cinzenta), e o das jurisdições que não se comprometeram com os *standards* internacionais de troca de informações (lista negra). Actualmente, a lista do G20 de Abril de 2010 (a primeira era de Abril de 2009), não tem na lista negra nenhuma jurisdição que pertença ao *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*. Com efeito, as jurisdições do *Global Forum* que constavam da lista negra em Abril de 2009, comprometeram-se a implementar os *standards* (Costa Rica, Malásia, Filipinas e Uruguai). Por outro lado, 25 jurisdições passaram para a lista branca – Andorra, Anguilla, Antigua and Barbuda, Aruba, Áustria, The Bahamas, Bélgica, Bermuda, British Virgin Islands, Bahrain, Cayman Islands, Chile, Gibraltar, Liechtenstein, Luxemburgo, Malásia, Mónaco, Netherlands Antilles, St. Kitts and Nevis, St. Vincent and the Grenadines, Samoa, San Marino, Singapura, Suíça e as Ilhas Turks and Caicos.

⁹ Na sequência da cimeira do G20, a OCDE apresentou um relatório sobre a aplicação das normas fiscais internacionais pelas jurisdições que são objecto de um acompanhamento pelo Fórum Mundial da OCDE.

¹⁰ Os *standards* internacionais de troca de informações estavam inicialmente previstos no artigo 26.º da Convenção Modelo da OCDE e no Acordo Modelo de 2002 da OCDE para a Troca de Informações Fiscais. Os *standards* foram adoptados em 2004 pelo G20 na sua reunião de Berlim, e pelo *UN Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters* em Outubro de 2008 e servem de modelo a cerca de 3600 convenções bilaterais celebradas entre países da OCDE e não pertencentes à OCDE.

Em 2009 os *standards* foram assumidos pela Áustria, Bélgica, Luxemburgo e Suíça, que levantaram a sua reserva ao artigo 26.º da Convenção modelo da OCDE. Todos os países não OCDE que tinham uma reserva ao referido artigo da Convenção modelo levantaram-na, incluindo o Brasil, o Chile e a Tailândia. Só em 2009 foram assinados 200 TIEAs e 110 ADTs.

3. A COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO PARA PROMOVER A BOA GOVERNANÇA EM QUESTÕES FISCAIS

A 28 de Abril de 2009, a Comissão Europeia apresentou uma Comunicação para promover a boa governança em questões fiscais¹¹.

Mas, afinal, o que é que se pretende com esta Comunicação e qual a sua relação com os trabalhos da concorrência fiscal prejudicial, em particular, com o Código de Conduta? A Comunicação pretende lançar uma reflexão sobre uma série de medidas para promover a boa governança na área fiscal, que implica acções a desenvolver quer ao nível interno quer externo da UE, bem como ao nível de cada Estado membro. Conforme a Comissão salienta, tendo em consideração o pleno respeito pelo princípio da subsidiariedade, deve ser assegurada uma maior coerência entre as posições individuais dos Estados membros da União Europeia nas instâncias internacionais em matéria fiscal e os princípios de boa governança acordados, como os consagrados nas convenções fiscais bilaterais com os países terceiros e nas instâncias internacionais. Ora, este objectivo requer um maior grau de coordenação a nível comunitário. Neste contexto, a Comissão pretende manter um diálogo construtivo com todas as partes interessadas sobre os princípios e a aplicação prática das medidas previstas na Comunicação e, ainda no decurso deste ano, reapreciará a situação e apresentará um relatório.

Tal como se salienta, a ameaça crescente que os orçamentos e os sistemas fiscais nacionais sofrem no actual contexto de crise financeira e económica, fez da necessidade de cooperação fiscal e da adopção de normas comuns ao nível internacional (ou seja, da «boa governança na área fiscal») um assunto recorrente dos debates internacionais.

A globalização apresenta vantagens de desvantagens. Ora, do ponto de vista fiscal, regista-se um aumento preocupante da fraude e evasão fiscais¹².

Neste contexto, a preocupação centraliza-se nos «paraísos fiscais» e nos centros financeiros internacionais insuficientemente regulados que se recusam aceitar os princípios de transparência e de intercâmbio de informações. Em causa está, essencialmente, a opacidade de determinados regimes. Segundo

¹¹ COM (2009) 201 final.

¹² Sobre esta questão e em particular no tocante ao Imposto sobre o Valor Acrescentado, veja-se, nomeadamente, Miguel Silva Pinto, "A luta contra a fraude ao IVA na União Europeia, desenvolvimentos", *Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal*, Ano II, n.º 2, Julho de 2009.

uma estimativa da OCDE realizada no final de 2008, os vários paraísos fiscais ao nível mundial atraíram entre 5 e 7 bilhões de dólares de activos, embora o grau de sigilo relativo a estas contas torne difícil determinar com exactidão os montantes localizados em cada uma destas jurisdições.

Face a este cenário, na perspectiva da UE, dever-se-á celebrar acordos com países terceiros numa base geográfica o mais ampla possível, tendo em vista a adopção de normas comuns e a cooperação, nomeadamente, em questões fiscais. Fala-se, assim, na promoção de sistemas fiscais justos e eficazes, necessária não apenas para garantir a equidade das relações económicas, do comércio e do investimento, como para constituírem a base financeira de todas as despesas públicas.

É neste contexto que se fala na boa governança na área fiscal, não apenas como um meio essencial para combater a fraude e a evasão fiscais transfronteiras, mas igualmente para reforçar a luta contra o branqueamento de capitais, a corrupção e o financiamento do terrorismo. Os ministros das Finanças da UE, no Ecofin de 14 de Maio de 2008, consideraram os princípios da transparência, do intercâmbio de informações e da concorrência fiscal leal como os elementos que definem a boa governança na área fiscal. As palavras de ordem passaram a ser três: a transparência, o intercâmbio de informações e a concorrência leal em matéria fiscal.

É neste três aspectos fortemente interligados que os Estados membros se devem concentrar e adoptar medidas coordenadas. Não sendo exactamente o mesmo interrelacionam-se profundamente, sendo a troca de informações o aspecto crucial. Não há transparência nem concorrência leal sem troca de informações¹³.

Os países do G20, no seu plano de acção de Novembro de 2008, concordaram em trabalhar na aplicação internacional de regras de transparência em questões financeiras e de cooperação administrativa na área fiscal. No documento que apresentaram na reunião do Conselho Europeu de Dezembro de 2008, os Ministros das Finanças da UE apelaram à continuação da luta contra os riscos financeiros ilícitos decorrentes da falta de cooperação de certas jurisdições e contra os paraísos fiscais. Na contribuição para a reunião dos Ministros e dos Governadores dos Bancos Centrais do G20 de 14 de Março de 2009, os Ministros das Finanças da UE sublinharam a necessidade de se proteger o sistema financeiro contra jurisdições pouco transparentes, não cooperantes e dotadas de legislação pouco rigorosa, solicitaram a criação de um «conjunto de sanções» e sublinharam a necessidade de intensificar as «acções destinadas a alcançar uma boa governança internacional na área fiscal». O Conselho Europeu

¹³ Neste contexto veja-se o que defendeu a Administração Bush no domínio do Fórum da OCDE para as Práticas da concorrência fiscal prejudicial. Sobre esta questão veja-se, da autora, "O controlo da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia: dois pesos duas medidas?", op. cit., "A OCDE e os paraísos fiscais: uma brecha num equilíbrio desequilibrado", *Semanário Económico*, 5 de Novembro de 2003, "A OCDE, a concorrência fiscal prejudicial e os paraísos fiscais: Novas formas de discriminação fiscal?", op. cit.

de 19 e 20 de Março de 2009 confirmou esta linha de acção. Na cimeira do G20 de Londres de 2 de Abril de 2009, os líderes, declarando que «*a era do sigilo bancário tinha terminado*», comprometeram-se a «*tomar medidas contra as jurisdições não cooperantes, incluindo os paraísos fiscais*» e manifestaram-se «*prontos a aplicar sanções para proteger as (suas) finanças públicas e os (seus) sistemas financeiros*». É neste contexto que a Comunicação visa recensear a contribuição concreta da UE para a boa governança na área da fiscalidade directa, tendo em atenção como pode ser melhorada a governança na UE e os instrumentos especiais de que a União Europeia e os Estados membros dispõem para promover a boa governança ao nível internacional, e as possibilidades de uma acção dos Estados membros mais coordenada, para apoiar, simplificar e complementar as medidas adoptadas por outras instâncias internacionais como a OCDE e a ONU.

Neste âmbito, no que se reporta às diversas acções para promover a uma melhor governança em matéria fiscal na UE apontam-se os seguintes domínios: (i) Cooperação administrativa, nomeadamente através do intercâmbio de informações, onde se indicam a Directiva relativa à assistência mútua¹⁴, a Directiva relativa à cobrança de créditos fiscais¹⁵ e a Directiva relativa à tributação dos rendimentos da poupança¹⁶; (ii) Concorrência fiscal prejudicial, onde ressalta o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas; (iii) Auxílios de Estado¹⁷ e (iv) Transparência.

3.1 Debates internacionais relativos à cooperação fiscal

Tal como se salienta, o trabalho da UE para a melhoria da cooperação fiscal reflecte muitos dos princípios que implicitamente, desde há vários anos, têm regido a acção da OCDE contra a concorrência fiscal prejudicial.

A «Declaração de Doha para o financiamento do desenvolvimento», adoptada no âmbito da Conferência Internacional de Acompanhamento sobre o Financiamento do Desenvolvimento, organizada pelas Nações Unidas para examinar a aplicação do Consenso de Monterrey, consagra compromissos firmes em matéria de reforma fiscal e defende que sejam empregues esforços no sentido de aumentar as receitas fiscais através de sistemas fiscais

¹⁴ Directiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1977, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 2004/56/CE do Conselho, de 21 de Abril de 2004, que prevê o intercâmbio de informações em matéria de tributação directa entre as autoridades fiscais.

¹⁵ Directiva 2008/55/CE do Conselho, de 26 de Maio de 2008, que institui um regime de acordo com o qual um Estado membro pode solicitar a assistência de outro em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e quotizações.

¹⁶ Directiva 2003/48/CE do Conselho de 3 de Junho de 2003, que permite a troca automática de informações entre as administrações fiscais e abrange exclusivamente os rendimentos da poupança sob a forma de juros pagos a pessoas singulares.

¹⁷ Salientando-se a Comunicação da Comissão Europeia 98/C 384/03, Jornal Oficial C384 de 10.12.1998, e o «Relatório sobre a implementação da Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade directa das empresas», C (2004) 434 de 9.2.2004.

modernizados, de uma cobrança de impostos mais eficaz, do alargamento da matéria colectável e do combate eficaz contra a evasão fiscal¹⁸.

A política da UE no domínio da boa governança na área fiscal evoluiu ao longo dos anos com base numa série de iniciativas da Comissão, que permitiram a adopção de conclusões nesta matéria pelos Ministros das Finanças da UE.

O Conselho Ecofin reconheceu a necessidade de promover, numa base geográfica tão ampla quanto possível, os princípios de boa governança na área fiscal. Por esta razão, solicitou que fosse incluída uma disposição sobre a boa governança na área fiscal nos acordos pertinentes celebrados pela UE e pelos seus Estados membros com países terceiros ou grupos de países terceiros. O objectivo desta medida não é lutar contra paraísos fiscais enquanto tais, mas chegar a acordo com o maior número possível de países terceiros sobre princípios comuns em matéria de cooperação e de transparência.

Por outro lado, na sua contribuição para o Conselho Europeu de Dezembro de 2008, o Conselho Ecofin deu um impulso adicional a esta medida ao comprometer-se, em conformidade com o trabalho realizado a nível internacional em várias instâncias, a prosseguir a luta contra os riscos financeiros ilícitos com origem em jurisdições não cooperantes e contra os paraísos fiscais. Neste contexto, apela-se para que os Estados membros adoptem o mais rapidamente possível as propostas apresentadas pela Comissão sobre as directivas relativas à cooperação administrativa, à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos e à tributação dos rendimentos da poupança, bem como para que continuem a dar a prioridade adequada ao desmantelamento dos regimes fiscais prejudiciais no domínio da fiscalidade das empresas¹⁹.

¹⁸ Declaração de Doha, de 29 de Novembro a 2 de Dezembro, 2008.

¹⁹ Em Fevereiro de 2009, a Comissão apresentou uma proposta para substituir a directiva actualmente em vigor na União Europeia em matéria de assistência mútua (COM (2009) 29, de 2 de Fevereiro de 2009). Esta proposta, além de prever novos instrumentos práticos para intensificar a cooperação administrativa (organização, formulários, modelos e canais comuns), introduz dois novos elementos importantes que a Comissão considera indispensáveis para reforçar a acção da UE a nível internacional contra a fraude e a evasão fiscais. Em primeiro lugar, estabelece uma cláusula de nação mais favorecida, nos termos da qual os Estados membros seriam obrigados a prestar a outro Estado membro o nível de cooperação que aceitaram em relação a um país terceiro. Em segundo, e de maior importância, a proposta proíbe que os Estados membros invoquem o sigilo bancário para não residentes como fundamento da recusa de fornecerem informações relativas a um contribuinte ao seu Estado membro de residência.

Em simultâneo com a proposta relativa à assistência mútua, a Comissão apresentou outra proposta para substituir a directiva em vigor relativa à cobrança de créditos fiscais (COM (2009) 28, de 2 de Fevereiro de 2009). Esta proposta visa aumentar a eficácia da assistência, reforçando a capacidade de cobrança dos impostos não pagos pelas administrações fiscais, contribuindo, assim, para a luta contra a fraude fiscal. Esta proposta foi aprovada, tendo dado origem à Directiva 2010/24/EU, de 16 de Março de 2010, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e outras medidas, publicada no JO n.º L 84/1, de 31.03.2010.

Em 2008, a Comissão apresentou uma proposta que tinha por objectivo alterar a Directiva relativa à tributação da poupança (COM (2008) 727, de 13 de Novembro de 2008), alargando o âmbito de aplicação desta directiva a alguns pagamentos de juros a residentes da UE efectuados através de estruturas intermediárias isentas de imposto estabelecidas em países que não são membros

3.2 Acções em curso na UE

Quanto a acções em curso, a UE adoptou uma série de acções em diferentes áreas a fim de garantir a adesão dos países terceiros aos princípios de boa governança ou a outros princípios conexos. Neste contexto indica-se, nomeadamente, a tributação dos rendimentos da poupança²⁰, as relações com os países do Espaço Económico Europeu (EEE) (Islândia, Liechtenstein e Noruega) e com a Suíça²¹, a política de alargamento²², a aplicação das conclusões do Conselho Ecofin de Maio de 2008, e a política de cooperação para o desenvolvimento, tendo em vista a prestação de apoio aos países em vias de desenvolvimento dispostos a aderir aos princípios da boa governança, nomeadamente na área fiscal²³.

É neste elenco de medidas que se salienta o papel desempenhado pelo

da UE. Nesta proposta são igualmente feitas outras sugestões para melhorar as medidas sobre tributação da poupança.

²⁰ Em alguns países terceiros e em territórios dependentes ou associados dos Estados membros, alguns dos quais foram já identificados pela OCDE como paraísos fiscais, são aplicadas medidas fiscais similares ou equivalentes às consagradas na Directiva relativa à tributação dos rendimentos da poupança. Além disso, tendo em vista a aplicação de disposições equivalentes às previstas na Directiva relativa à tributação dos rendimentos da poupança, a Comissão, com base num mandato do Conselho Ecofin, conduziu negociações exploratórias com Hong-Kong, Macau e Singapura.

²¹ A legislação da UE relativa ao mercado interno aplica-se directamente aos países do Espaço Económico Europeu (EEE), ao passo que as normas equivalentes às normas comunitárias em matéria de auxílios estatais são consagradas pelo Acordo EEE e aplicadas pelo Órgão de Fiscalização da EFTA. Normas similares são aplicáveis à Suíça nos termos do acordo de comércio livre celebrado entre a UE e a Suíça em 1972. Deste modo, limitam-se os regimes fiscais geradores de distorções nestes países, tendo a Comissão, aliás, denunciado recentemente alguns regimes suíços de tributação de empresas que prevêm a concessão de benefícios que a Comissão considera auxílios estatais.

²² A política de alargamento exige que os países candidatos e potenciais candidatos procedam à transposição gradual da legislação comunitária nas suas ordens jurídicas nacionais, designadamente no âmbito da fiscalidade. Aquando da sua adesão à UE, os países candidatos são instados a aplicar plenamente a totalidade do seu acervo legislativo. A este respeito, a boa governança é uma das áreas a que a estratégia de alargamento está particularmente atenta desde uma fase inicial do processo de pré-adesão.

²³ O mecanismo de governança da Política Europeia de Vizinhança e de Parceria, baseado nos artigos 2.º, n.º 1, e 7.º do Instrumento Europeu de Vizinhança e Parceria (IEVP), prevê um financiamento suplementar, para além das dotações nacionais, para os países parceiros que se considere terem alcançado maiores progressos na consecução dos objectivos relativos à governança estabelecidos nos seus programas de reforma, conforme definidos nos seus planos de acção PEV (que consagram compromissos, tanto de carácter geral como específico, em matéria de reformas no âmbito da governança). O 10.º Fundo Europeu de Desenvolvimento (FED), que abrange o período de 2008 a 2013, prevê igualmente uma medida de incentivo no âmbito da iniciativa de governança, através da qual a UE oferece financiamento suplementar para apoiar o diálogo e as reformas em matéria de governança, nomeadamente na área fiscal. Os países elegíveis para a ajuda ao desenvolvimento que, após avaliação baseada na elaboração de um perfil de governança, assumem compromissos (circunstanciados no plano de acção de governança) podem receber uma dotação suplementar em função do teor do seu compromisso. Alguns países das Caraíbas e do Pacífico já assumiram compromissos desse tipo, ao passo que outros recusaram esta via ou ainda não decidiram optar por ela. Alguns países e territórios ultramarinos (PTU), em relação aos quais os Estados membros têm responsabilidades assumiram compromissos com a OCDE em matéria de transparência e de intercâmbio de informações.

Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas e da promoção dos seus princípios junto dos países terceiros. Neste contexto, salienta-se que deveria prosseguir-se o trabalho de congelamento e de desmantelamento das medidas fiscais prejudiciais nos Estados membros da UE.

3.3 A boa governança e os países terceiros

É prestada especial atenção à questão da implementação da boa governança em matéria fiscal nos países terceiros. Tal como referimos, para o efeito faz-se apelo à adopção de uma estratégia coordenada dos Estados membros que passa, nomeadamente, pela celebração e implementação de acordos da UE com países terceiros e pela questão dos incentivos à cooperação para o desenvolvimento, isto é, da ajuda da UE aos respectivos sistemas fiscais.

Quanto aos acordos, recomenda-se, designadamente, que a boa governança na área fiscal deve ser referida o mais cedo possível no processo de negociações, por exemplo nas directrizes de negociação do Conselho à Comissão e que tais acordos prevejam, se necessário, disposições semelhantes às aplicáveis na UE em matéria de auxílios estatais. Equaciona-se ainda o facto de deverem ser considerados acordos antifraude específicos na área fiscal, que previsssem, se necessário, disposições em matéria de transparência e de intercâmbio de informações para fins fiscais a nível comunitário para acelerar o processo de aplicação dos compromissos assumidos por certas jurisdições com vista a uma maior transparência e ao intercâmbio de informações²⁴.

Relativamente ao Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas, a Comissão considera que o Grupo deveria, prioritariamente, desenvolver uma política coerente de acção coordenada relativamente à aplicação de medidas anti-abuso no que se refere a países terceiros que exercem práticas prejudiciais.

No contexto dos incentivos relativos à cooperação para o desenvolvimento, a Comissão considera que importa, nomeadamente, avaliar a execução dos compromissos assumidos por alguns países em favor da boa governança na área

²⁴ A Directiva relativa à tributação dos rendimentos da poupança consagra um mecanismo especial que permita à Bélgica, à Áustria e ao Luxemburgo tributar os titulares de contas estrangeiras residentes na União Europeia através de retenção na fonte, em vez de proceder ao intercâmbio de informações com outros países. Desde 1 de Janeiro de 2010 que a Bélgica passou a trocar informações ao abrigo da Directiva. O Liechtenstein, a Suíça, o Mónaco, Andorra e São Marinho celebraram com a UE acordos em matéria de tributação da poupança que prevêem igualmente a retenção de um imposto na fonte, em vez do intercâmbio de informações. A Directiva prevê que, a longo prazo, todos os Estados membros procederão ao intercâmbio de informações de modo automático de informações segundo modalidades que dependem da adopção, pelos países terceiros supramencionados, das normas estabelecidas em 2002 pela OCDE em matéria de intercâmbio de informações. Neste contexto, é necessário prosseguir as discussões com outros países terceiros, nomeadamente Singapura, Hong Kong e Macau, à luz do novo consenso que se desenha em matéria de transparência e de intercâmbio de informações, a fim de estudar com estas jurisdições a aplicação de medidas adequadas equivalentes às consagradas na Directiva relativa à tributação da poupança.

fiscal e, eventualmente, reafectar fundos em benefício dos países que cumpram os seus compromissos de forma satisfatória e cancelar os fundos afectados a países que não os tenham cumprido. Neste contexto, salienta a relevância do fornecimento da assistência técnica necessária para ajudar os países a cumprir os seus compromissos em matéria de boa governança na área fiscal, o que pode passar pela concepção de um sistema fiscal, para os países que o solicitarem, que lhes permita utilizar mais eficazmente os seus recursos disponíveis.

A Comissão pretende igualmente considerar a viabilidade de introduzir um critério adicional para avaliar a elegibilidade para a concessão de fundos no âmbito dos instrumentos comunitários de ajuda externa actualmente em vigor, critério esse que estaria dependente da aplicação dos princípios de boa governança na área fiscal por países terceiros. Além disso, poderia reflectir-se sobre a eventual concessão de uma dotação adicional às jurisdições cooperantes no âmbito das próximas Perspectivas Financeiras, destinada, por exemplo, a assistência técnica ou ao destacamento de peritos.

Para a Comissão, é essencial garantir a coerência política em relação aos países terceiros para o desenvolvimento dos princípios de boa governança na área fiscal, pelo que os Estados membros devem adoptar medidas semelhantes às expostas supra no âmbito dos respectivos programas de ajudas bilaterais.

Na Comunicação sobre a boa governança, a Comissão vem ainda apelar à conveniência em apurar também qual o grau de coerência entre os princípios de boa governança na área fiscal e as políticas fiscais dos próprios Estados membros, incluindo os tratados fiscais bilaterais celebrados com países terceiros. Tal como nota, seria importante garantir que, através destes tratados fiscais bilaterais, os Estados membros não criam novas oportunidades para elidir a receita fiscal de outros Estados membros ou para contornar o disposto nas directivas da UE. Paralelamente, a consagração de obrigações em matéria de boa governança em acordos celebrados entre a UE e os países terceiros reforça o poder de negociação dos Estados membros nas suas negociações bilaterais com esses países.

Como salienta a Comissão, os Estados membros deveriam igualmente estabelecer uma estratégia mais harmonizada em relação aos países terceiros em função da eventual adesão destes aos princípios de boa governança na área fiscal. Por exemplo, um país terceiro que aplicasse os referidos princípios poderia ser retirado das respectivas «listas negras nacionais», deixando as suas práticas fiscais de estar sujeitas a medidas anti-abuso. Distintamente, as jurisdições que não aplicam de maneira satisfatória os aspectos essenciais em matéria de boa governança na área fiscal aplicados pelos Estados membros da UE poderiam ser objecto de contra medidas coordenadas. A Comissão considera que uma melhor coordenação das posições dos Estados membros da UE nos debates da OCDE, no G20 e na ONU, no que diz respeito à boa governança internacional na área fiscal, é imprescindível para assegurar uma maior pressão nas negociações com países não cooperantes.

Numa linha coerente de preocupações, tenha-se em consideração a posterior apresentação pela Comissão da Comunicação sobre Fiscalidade e Desenvolvimento²⁵, que vem fazer apelo à adopção dos mesmos princípios de cooperação com os países em desenvolvimento para implementar a boa governança em matéria fiscal, bem como as conclusões do Conselho Desenvolvimento sobre “Boa Governança e Desenvolvimento”, de dia 14 de Junho 2010, relativas à aludida Comunicação.

4. CONCLUSÕES

A decisão de manutenção do Grupo do Código de Conduta afigura-se-nos adequada, particularmente tendo em consideração a realidade actual em que a crise agudizou as preocupações sobre a sustentabilidade dos sistemas fiscais em ambiente de globalização. Neste contexto, a promoção da boa governança na área fiscal numa base geográfica tão ampla quanto possível tem um relevante papel a cumprir.

Independentemente do contexto actual, sempre achamos que confinar os princípios decorrentes do Código ao espaço da União Europeia e aos territórios dependentes seria uma visão reduccionista que contribuiria para o aparecimento de novas distorções fiscais. Trata-se, contudo, de uma tarefa melindrosa e os trabalhos da OCDE neste domínio são um bom exemplo desse facto. Neste âmbito, os trabalhos sobre as práticas administrativas e sobre a aplicação das regras anti-abuso parecem-no extremamente importantes.

Para além disso, a monitorização do congelamento e do *stanstill* são necessários (embora se reconheça que este papel pudesse ser cometido à Comissão).

A UE e os seus parceiros têm actualmente o maior interesse em fomentar a cooperação fiscal e a adopção de normas comuns numa base geográfica tão ampla quanto possível. Uma maior coerência e coordenação das políticas ao nível comunitário contribuirá para promover a boa governança na área fiscal numa base geográfica tão ampla quanto possível.

Resta saber se todo este trabalho será levado a cabo de uma forma equilibrada, não servindo, uma vez mais, para alterar as regras do *level playing field* a favor de interesses de alguns países em detrimento de outros, precisamente o que supostamente se pretende evitar com todo este exercício...

²⁵ *Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil et au Comité Économique et Social Européen, Fiscalité et développement afin d'encourager la bonne gouvernance dans le domaine fiscal*, SEC (2010) 426, 21 de Abril de 2010.



PLANEAMENTO FISCAL, EVASÃO FISCAL, ELISÃO FISCAL: O FISCALISTA NO SEU LABIRINTO (*)

António Carlos dos Santos¹

RESUMO

Este artigo procura traçar as fronteiras, com base no direito português, entre planeamento fiscal (gestão fiscal lícita), evasão fiscal (conceito ligado a comportamentos fiscais delituosos, criminais ou contra-ordenacionais) e elisão fiscal (objecto de sanções não criminais nem administrativas). Para esse efeito distingue o planeamento fiscal dos contribuintes (interno e internacional) do planeamento fiscal estadual. Uma das formas de planeamento fiscal estadual é a luta contra o planeamento fiscal abusivo, uma forma de controlo *a posteriori* da elisão fiscal. O artigo termina com uma análise crítica do regime português do planeamento fiscal agressivo.

Palavras chave

Gestão fiscal. evasão fiscal. elisão fiscal.

ABSTRACT

On the basis of the Portuguese law, this article looks for tracing the borders between tax planning (allowed tax management), tax evasion (a concept linked to delictual tax behaviors) and illegitimate tax avoidance (a concept linked to an illegitimate behavior which is not punished with criminal or administrative sanctions). For this purpose a distinction is made between (internal and international) taxpayers' tax planning and the state tax planning. One of the forms of the state tax planning is the fight against the aggressive tax planning, a form of control *a posteriori* of the tax avoidance. The article finishes with a critical analysis of the Portuguese law concerning the aggressive tax planning.

Keywords

Tax planning. Tax evasion. Illegitimate tax avoidance.

¹ Doutor em Direito. Professor da Universidade Autónoma de Lisboa. Membro do Gabinete de Estudos da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, do centro de investigação SOCIUS (ISEG) e do IDEFF (FDUL). Jurisconsulto.

1. PLANEAMENTO FISCAL: UM TEMA COMPLEXO E CONTROVERSO

1.1 A questão terminológica

A noção de planeamento evoca uma acção voluntária e programada, dirigida a atingir determinados fins ou objectivos prefixados. O termo anda em regra associado à acção das empresas (planeamento empresarial) ou do Estado (planeamento estatal).

Quando referida à fiscalidade, esta expressão aparece normalmente ligada a uma acção dos contribuintes (normalmente, empresas) destinada a obter uma economia ou poupança fiscal. Mas esta aproximação peca por excesso, pois nem todas as formas de obtenção de uma economia ou poupança fiscal decorrem de actos de planeamento fiscal.

A primeira dificuldade na análise do planeamento fiscal dos contribuintes é a da sua distinção em relação a figuras afins. Não há uma definição inequívoca de planeamento fiscal, nem tão pouco uma valoração consensual deste fenómeno. A terminologia varia muito de sistema jurídico para sistema jurídico e mesmo, no quadro de um determinado sistema, de autor para autor.

² Expressões como gestão fiscal, engenharia fiscal, economia de opção, opção

(*) Este artigo resulta da fusão e aprofundamento de três comunicações apresentadas em 2008, uma no Porto, em Abril, para o ISCAP sobre o tema do *Planeamento fiscal abusivo*, outra em Maio, num seminário sobre *A inspecção tributária* organizado em Lisboa pelo IFE sobre o tema *Os limites legais do planeamento fiscal* e a terceira sobre o tema *Planeamento fiscal: conceitos, figuras afins, limites*, em Outubro, em Lisboa, na III Conferência Internacional CTOC/IDEFF. Agradeço à OTOC a autorização para a publicação deste artigo.

² Já em 1984, GOMES, N. Sá, *Lições de Direito Fiscal*, vol. II, Lisboa: FDUL, p. 143 e ss., dava conta deste fenómeno. Vejamos, entre nós, alguns exemplos mais recentes. Assim, para SANCHES, Saldanha (*Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e forma no Direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 21), “o planeamento fiscal consiste numa técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por acção intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais”. Segundo o mesmo autor, este planeamento pode ser legítimo ou ilegítimo, sendo ilegítimo nos casos de fraude fiscal e de fraude à lei fiscal. O primeiro designa “o comportamento que viola um dever de cooperação do sujeito passivo, ao qual corresponde uma sanção penal ou contra-ordenacional”, enquanto o segundo, também conhecido por “elisão fiscal”, designa “os comportamentos que consistem em contornar a lei fiscal sem expressamente a infringir (*fraus legis*)”. Neste contexto, a expressão “evasão fiscal” seria de evitar. O autor vê no planeamento fiscal “o exercício de uma liberdade de conteúdo económico (a escolha do negócio jurídico e a determinação do seu resultado fiscal)”, sujeita a restrições. Segundo o autor, “o planeamento fiscal constitui hoje uma dimensão essencial do planeamento económico e o seu limite é a fraude à lei”. “Estamos perante uma limitação que, partindo da natureza teleológica das liberdades económicas (atribuídas como condição de existência da economia de mercado) como direitos subjectivos públicos, considera que podemos ter um abuso do direito de conceber livremente os contratos quando a escolha da forma negocial tem como único ou principal objectivo a redução ou eliminação da carga tributária”. (*ibidem*, p. 107) Diferente é a terminologia (e filosofia) de outros autores. Assim, PIREZ, Manuel (in *Direito Fiscal, Apontamentos*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 168 e s.) analisa esta questão sob a epígrafe

fiscal, evitação fiscal, prevenção fiscal, elisão fiscal são comumente utilizadas para dar conta da questão do planeamento fiscal. Na linguagem política e da comunicação social, o planeamento fiscal é, aliás, muitas vezes acriticamente equiparado a fuga ao fisco, a formas de evasão e mesmo de fraude fiscal.

Muitos dos estudos internacionais assentam em distinções provenientes

“evasão fiscal”. Para este autor, existem quatro comportamentos conducentes a evitar o imposto: a abstenção fiscal (o contribuinte não actua, para evitar produzir o pressuposto da tributação); a fraude (violação patente da lei, que se verifica, por exemplo, na economia subterrânea); a evasão fiscal (o contribuinte, aproveitando-se do disposto numa lei de cobertura, mas não em perfeita conformidade com ela, evita a aplicação de uma outra, a lei evadida, que normalmente regularia a situação, embora atinja o mesmo resultado económico) e o planeamento fiscal (também denominado “economia de opção” ou “opção fiscal”) em que o contribuinte organiza a sua actividade de modo a minimizar o imposto, mas sem violar a letra ou o espírito da lei. O que aproximaria a evasão do planeamento é o facto de, num caso e noutro, o acto celebrado ter sido querido, conduzindo à não verificação do pressuposto da tributação. O que os afastaria seria o facto de no planeamento fiscal o negócio jurídico utilizado não ser anormalmente deformado. A evasão fiscal, para Manuel PIRES, equivale, no fundo, a elisão fiscal. Cf. ainda a posição de NABAIS, Casalta, *Por um Estado Fiscal Suportável, Estudos de Direito Fiscal*, vol. II, Coimbra: Almedina, p. 106 e ss. que defende um conceito amplo de evasão fiscal, englobando nesta quer a evasão ilícita (evasão em sentido estrito) quer a evasão lícita (isto é, a elisão fiscal que constitua um abuso da liberdade de planeamento e gestão fiscais). Vide, por fim, CAMPOS, Diogo Leite de/ ANDRADE, João Costa, *Autonomia Contratual e Direito Tributário (A Norma Geral Anti-Elisão)*, Coimbra: Almedina, 2008, que analisam sobretudo a noção de elisão fiscal a partir da noção de “autonomia privada/ liberdade pessoal vista como competência e legitimidade para prosseguir um projecto pessoal de vida ou a gestão de uma empresa” (p. 6). Segundo estes autores, o Estado fiscal contemporâneo e o Estado-taxador “assentam em sociedades abertas, em que a liberdade contratual e a propriedade privada, mais do que meros fundamentos e veículos da actividade económica, decorrem da própria natureza da pessoa humana como ente auto-criador que se vai construindo – e ao meio envolvente – através de um projecto de vida criado (e recriado constantemente) por si mesma. Há que excluir qualquer obrigação do cidadão-contribuinte de se «colocar no lugar que o legislador lhe assinalou»; de se comportar como o legislador previu (e desejou), celebrando os actos jurídicos que aquele espera. Não há qualquer direito ou expectativa jurídica do Estado à produção de certa riqueza pelo almejado contribuinte; ou à celebração por este de negócios que originem uma certa realidade tributável” (p. 32). Embora estes dois autores não se refiram expressamente à questão do planeamento fiscal, infere-se de exposto a sua concordância com Cesar Garcia NOVOA (que citam expressamente a p. 6), quando este se refere a um “direito à planificação fiscal”. Vide, por último, OLIVEIRA, A. Fernandes, *A Legitimidade do Planeamento Fiscal, As Cláusulas Gerais Anti-Abuso e os Conflitos de Interesse*, para quem a legitimidade do planeamento fiscal radica na liberdade individual, inalienável, de cada um organizar a sua vida e interesses do modo que julgue mais conveniente (p.30), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, AMORIM, José de Campos, “Algumas medidas de combate à evasão fiscal”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, ISCAP, n.º 12, 2007, p. 7-23 e SOUSA, A. Frada de, “A luta contra a fraude, evasão e abusos na jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria fiscal – Algumas notas, *Ciência e Técnica Fiscal (CFT)* n.º 420, p. 7 e ss, em especial a nota 2. Para uma posição próxima da defendida no presente trabalho, cf. ainda SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais, Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 42 e ss. e COURINHA, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário, Contributos para a sua Compreensão*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 15, que faz corresponder o conceito de elisão fiscal ao de planeamento fiscal abusivo, ou seja, “a acção planeada do contribuinte que se traduz num comportamento aparentemente lícito, geradora de uma vantagem fiscal não admitida no ordenamento tributário. Embora a conduta não seja contrária à lei, o resultado obtido não é admitido. E aí residiria igualmente a distinção desta noção face àquela outra de planeamento fiscal lícito ou direito ao negócio menos oneroso”.

de experiências anglo-saxónicas, que não coincidem necessariamente com os termos prevalentes nos direitos continentais. Assim, frequentemente a doutrina anglo-saxónica fala de *tax evasion*, *tax fraud*, *tax planning*, *tax minimizing*, *tax mitigation*, *tax avoidance*, mas nem sempre com grande clareza terminológica. Em regra, *tax planning* designa os actos e negócios que conduzem a uma economia fiscal *intra legem*, enquanto a *tax avoidance* é uma expressão que ora pretende dar conta de todas as formas de minimização da carga fiscal, ora se refere a situações que conduzem a uma economia fiscal *extra legem*, entre as quais os actos e negócios que podem configurar abuso de liberdade de planeamento e gestão fiscais (*illegitimate tax avoidance*).³ Por sua vez a doutrina germânica costuma distinguir entre *Steuerhinterziehung* (evasão fiscal), *Steuervermeidung* (evitação fiscal) e *Steuerumgehung* (elisão fiscal).⁴

Quanto à doutrina espanhola, é frequente, ao lado da expressão *planificación fiscal*, a referência ao conceito de *economía de opción*, que engloba economias explícitas e tácitas (estas chamadas *economias fiscales*). A *economía de opción* é vista como um espaço de liberdade do contribuinte, tendo como limites a *fraud de ley tributario*, as *anomalías negociales*.⁵

Perante esta *babel* terminológica, mais do que importar termos alheios, há que repensar a noção de planeamento fiscal e a sua relação com figuras afins, agora também à luz do Decreto-Lei nº 29/2008, de 25 de Fevereiro, que ao introduzir a figura do *planeamento fiscal abusivo*, deu foros de cidade à noção de planeamento fiscal.

O ponto de partida é necessariamente o reconhecimento da existência de vários tipos de actos dos contribuintes que visam a eliminação ou a redução da carga fiscal típica de uma determinada actividade. De entre esses actos, há alguns que são ilícitos, constituindo um delito ou uma infracção, merecendo, por isso, um sinal vermelho por parte do ordenamento jurídico, outros que são lícitos perante o direito no seu conjunto (e, não raro, até desejáveis), merecendo um sinal verde, outros ainda que, sem constituírem um delito ou infracção

³ Assim, a título de exemplo, NOVOA, César Garcia, "Relatoría General. La Elusión Fiscal y los Médios para Evitarla.", in ILAD/ AVDT, *Memorias, XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Venezuela, 2008, p. 54 e ss. Entre nós, vide GAMA, J. Taborda, "Acto elisivo, acto lesivo. Notas sobre a admissibilidade de combate à elisão fiscal no ordenamento jurídico português", *Revista da Universidade de Direito da Universidade de Lisboa*, XL, 1999, n.º 1 e 2, p. 289 e ss. Como refere GOMES, N. S., *op. cit.*, p. 22, há "actos que não violam as leis fiscais, e que, portanto, não são ilícitos, mas que a lei fiscal considera fiscalmente irregulares, podendo ser corrigidos pela Administração Fiscal por darem origem à elisão fiscal." Este autor qualifica tais actos "de antijurídicos, mas lícitos". Esta licitude afasta a possibilidade de existirem consequências penais ou contra-ordenacionais em relação a tais actos. Mas a sua anti-juridicidade pode justificar uma reacção sancionatória de outro tipo. Cf. igualmente, do mesmo autor, *Evasão Fiscal, Infracção Fiscal e Processo Penal Fiscal*, Cadernos CTF n.º 177, 1997, p. 18 e ss., bem como *Estudos sobre a Segurança jurídica na Tributação e as Garantias dos Contribuintes*, Lisboa: CEF/DGCI, Cadernos de CTF n.º 169, 1993, p. 151 e ss.

⁴ Cf. TIPKE, Klaus, "An den Grenzen der Steuerberatung: Steuervermeidung, Steuerumgehung und Steuerhinterziehung" in Fachinstitut der Steuerberater (ed.), *Steuerberater-Jahrbuch 1972/73*, Editorial Dr Otto Schmidt, Colónia, 1973, p. 510.

⁵ Sobre o tema, cf. CLEMENTE, J.-F. Pont, *La economía de opción*, Madrid: Marcial Pons, 2006.

fiscal, poderão infringir outros normativos (não penais ou contraordenacionais). São estes últimos comportamentos, situados numa zona de fronteira (a que corresponderia a emissão de um sinal amarelo), que devem ser objecto de uma análise mais aprofundada.

1.2 A dimensão espacial do planeamento fiscal dos contribuintes: o planeamento interno e internacional

1.2.1 Noções

Várias distinções podem ser efectuadas a propósito do *planeamento fiscal empresarial* (em sentido amplo). Uma delas distingue entre planeamento fiscal interno e internacional.⁶

Numa primeira aproximação, estamos perante planeamento fiscal *interno* (em sentido amplo) quando uma empresa procura otimizar a sua factura fiscal numa dada jurisdição, recorrendo a mecanismos legislativos ou administrativos existentes no quadro desse único espaço fiscal ou jogando com a imprecisão ou ambiguidade da lei interna.

Nuns casos, limitar-se-á a utilizar certos benefícios fiscais, exclusões ou reduções que o legislador põe à sua disposição. Noutros casos, limitar-se-á à escolha da opção fiscalmente mais favorável entre duas ou mais soluções que a própria lei fiscal lhe proporciona (alternativas fiscais), como, por exemplo, nos casos em que o quadro legal permita a opção entre possuir ou não contabilidade organizada, entre ser tributada em imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (IRS) por taxas liberatórias ou por englobamento de rendimentos ou entre integrar ou não um regime simplificado, etc. Por vezes, perante uma lei ambígua, que comporta vários sentidos, o contribuinte procura escolher aquele que lhe é fiscalmente menos prejudicial. Outras vezes ainda, procurará a via do negócio fiscalmente menos oneroso para atingir um determinado resultado económico.

Ao lado deste planeamento fiscal interno (em sentido amplo), existe o *planeamento fiscal internacional*. Como o termo indica, este envolve necessariamente o contacto com mais que uma jurisdição fiscal. As relações económicas são hoje cada vez mais relações internacionais. As empresas que nelas intervêm são frequentemente empresas multinacionais ou transnacionais. Daí que as relações económicas entre empresas ou no seio de empresas transnacionais tenham elementos de conexão com mais de uma jurisdição fiscal. A coexistência de

⁶ Sobre o tema, vide, em geral, FINNERTY, C./ MERKS, P/ PETRICCIONE, M./ RUSSO, R., *Fundamentals of International Tax Planning*, Amsterdam: IBFD, 2007, em especial, p. 49 e ss. GRECO, Marco Aurélio, *Planejamento Tributário*: São Paulo: Dialética, 2004; ADONNINO, Pietro, “La pianificazione fiscale internazionale”, in UCKMAR, V. *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova: CEDAM, 2002, p. 57 e ss.; LAMORTTE, T./ RASSAT, P., *Stratégie Fiscale Internationale*, Paris: Maxima, 1997; REIJA, L. C./ REIJA, *Planificación fiscal internacional*, Madrid/ Barcelona: Centro de Estudios Financieros; J. C. OCDE, *L'évasion et la fraude fiscales internationales*, Paris, 1987; COURT, J.F./ ENTRAYGUES, *Gestion fiscale internationale de l'entreprise*, Paris: Montchrestien, 1986.

sistemas fiscais nacionais distintos abre as portas aos contribuintes para que estes optem por jurisdições com regimes de tributação mais benévolos.

Este facto, facilitado pela liberalização, a nível mundial, dos movimentos de capitais, pode propiciar localizações e deslocalizações de empresas ou de investimentos, tendo em vista a procura de uma poupança fiscal acrescida.⁷ Contrariamente a um princípio de neutralidade defendido pela teoria económica dominante, os movimentos empresariais não decorrem então apenas (ou essencialmente) de factores económicos, ligados ao processo de produção ou de distribuição, mas de diferenças de tributação existentes entre diversas jurisdições fiscais.⁸ Este planeamento, seja ele proporcionado por uma actividade de consultores fiscais, seja realizado pelos departamentos fiscais das empresas, pode, porém, ocasionar reduções substanciais de receita fiscal para alguns Estados que, por essa razão, procuram combatê-lo, por vários meios, entre os quais a adopção de medidas contra o chamado “planeamento fiscal agressivo”.⁹ É neste sentido que OWENS afirma que a globalização “abriu novas avenidas para técnicas de planeamento fiscal agressivo, envolvendo o uso de sofisticados produtos financeiros, arbitragem fiscal, e, frequentemente, centros financeiros *off-shore*”.¹⁰

1.2.2 Razões das diferenças de sistemas e regimes de tributação entre as jurisdições

Os fundamentos do combate contra o planeamento fiscal internacional são de natureza mais política que jurídica. Em qualquer caso, raramente são tidas em consideração as origens ou razões, múltiplas e diversas, que presidem à criação, pelas jurisdições fiscais, de regimes, gerais ou específicos, de reduzida tributação.

Nuns casos, tais razões derivam do facto de algumas jurisdições preferirem ter menos despesa pública e, conseqüentemente, menos impostos (por exemplo, optando por uma segurança social privada). Noutros casos, as jurisdições procuram captar investimentos produtivos ou financeiros ou mesmo receitas fiscais futuras, através de incentivos fiscais ou de uma fiscalidade-regra baixa, elegendo uma estratégia de concorrência fiscal activa. Noutros ainda, procuram responder com reduções de impostos à concorrência fiscal que lhes é movida por outras jurisdições, consolidadas como zonas de baixa ou nula

⁷ Existem várias modalidades de elisão fiscal internacional, em função do elemento de conexão utilizado: *subjectiva* quando a elisão opera por meio de um elemento de conexão subjectivo, como a residência ou a sede estatutária de uma empresa; *objectiva* quando opera através de um elemento objectivo da norma de conflitos, como o local da fonte de um rendimento, tendo em vista neste caso a sua imputação, em todo ou em parte, a uma jurisdição com regime fiscal mais favorável.

⁸ A questão que se põe então é a de saber até que ponto é (ou não) legítimo que as decisões empresariais possam ser tomadas por razões exclusivamente fiscais ou, pelo menos, possam não ser tomadas por razões estritamente económicas. Vide, a propósito, entre outros, o acórdão do TJCE de 12 de Setembro de 2006, *Cadbury Schweppes*, proc. C-36/02, Col. 2006, p. I-9609 e ss.

⁹ Este tema será analisado no último ponto deste estudo.

¹⁰ OWENS, Jeffrey, “Abusive Tax Shelters: Weapons of Tax Destruction?”, *Tax Notes International*, December, 5, 2005, p. 873.

tributação (*concorrência fiscal defensiva*) ou procuram simplesmente imitar o que consideram ser boas práticas de outros espaços fiscais (*mimetismo fiscal*).¹¹ Casos há, igualmente, de jurisdições que, por possuírem outras fontes de rédito (por exemplo, as provenientes do jogo ou do petróleo) que lhes permitem satisfazer, no essencial, os níveis de despesa pública, não sentem necessidade de recorrer a impostos gerais sobre o rendimento. Como existem igualmente Estados cuja independência política não foi acompanhada de suficiente sustentação económica, pelo que o único “produto” que têm para oferecer no mercado internacional são impostos nulos ou muito reduzidos. Ao lado destes casos, outros há de jurisdições que, a coberto da soberania ou autonomia fiscal, optam por configurar-se, não apenas como zonas de baixa ou nula tributação, mas como verdadeiros paraísos fiscais, opacos, dotados de regimes inexpugnáveis de sigilo bancário, renitentes quanto à troca de informações fiscais, operando com frouxos ou nulos controlos, quer no plano da supervisão financeira, quer no plano das inspeções tributárias.¹²

Por fim, em muitos casos ainda, as diferenças de níveis, estruturas e sistemas fiscais advêm de factores históricos e culturais ou de diferentes graus de eficiência dos aparelhos fiscal e judicial. Aparelhos mais eficientes tenderão a propiciar condições para uma diminuição competitiva das cargas fiscais.

Como quer que seja, as empresas (mormente as empresas transnacionais) utilizam com frequência paraísos fiscais ou certas jurisdições de menor tributação, incluindo certos regimes fiscais privilegiados, para obterem uma menor tributação dos seus rendimentos. Várias técnicas são utilizadas com esta finalidade.¹³ Um exemplo clássico é o de, por razões fiscais, a sociedade-mãe (sociedade de base) criar filiais ou sucursais em jurisdições de baixa tributação, aí exercendo as suas actividades, enquanto a sociedade de base reserva para si uma pequena parte do processo produtivo ou, sendo constituída por uma *holding*, limita-se mesmo a centralizar os lucros ou a dirigir e fiscalizar as operações do grupo. Uma das formas de atingir este resultado é através do mecanismo dos preços de cessão interna (ou “preços administrativos” intra-grupo) que as administrações fiscais, erigindo-se numa espécie de autoridade da concorrência, procuram combater com base no instituto de preços de transferência, moldado por princípios e práticas difundidos pela OCDE.

¹¹ Sobre estas estratégias, cf. SANTOS, A. Carlos dos, “Concorrência fiscal e competitividade, a never ending story”, AAVV, *Competitividade e concorrência fiscal*, Conferência Internacional de 2006, CTOC/IDEFE, 2008, p. 15 e ss.

¹² Acerca dos paraísos fiscais, vide, em perspectivas muito distintas, CHAVAGNEUX/PALAN, *Les paradis fiscaux*, Paris : La Découverte, 2006; DUHAMEL, G., *Les paradis fiscaux*, Paris: Grancher, 2006 ; CENTRE DE DROIT INTERNATIONALE, *Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale*, Bruxelles: Bruylant, 2001; SILVA, J. B. *Os Paraísos Fiscais. Casos Práticos com Empresas Portuguesas*, Coimbra: Almedina, 2000;

¹³ Para além da bibliografia já citada na nota 3, ver também, entre nós, LEITÃO, L. T. Menezes, “Evasão e fraude fiscal internacional”, XXX Aniversário do CEF, Colóquio *A Internacionalização da economia e a fiscalidade*, CEF/DGCI, 1993, p. 300 e ss.

1.2.3 Fundamentos dos limites ao planeamento fiscal internacional

A principal dificuldade em distinguir planeamento fiscal internacional lícito do ilícito (este também designado de elisão fiscal internacional) consiste em saber se e quando será legítimo, perante as normas de fonte internacional ou interna do Direito Internacional Tributário, o contribuinte dispor dos elementos de conexão de forma a obter uma tributação menos pesada ou mesmo a não incidência de impostos.¹⁴

No plano internacional, na ausência de uma ordem fiscal internacional imposta pela ONU ou mesmo de normas vinculativas da OCDE (para os Estados que integram esta organização internacional), e num quadro de livre circulação de capitais, é difícil haver consenso sobre quais são os princípios internacionais que regem a tributação. Em bom rigor, só haverá elisão fiscal internacional (ilícita) se reconhecermos como princípios de direito internacional fiscal o “*single tax principle*” caracterizado pela ideia de que um determinado rendimento deve ser tributado uma vez, e não mais nem menos que uma vez, o *benefits principle*, que pressupõe um consenso sobre a fórmula de partilha do direito a tributar (à jurisdição da residência competiria o direito primário a tributar os rendimentos passivos, enquanto à jurisdição da fonte competiria a tributação dos rendimentos activos) e a proibição da “*tax arbitrage*”.¹⁵

Pragmaticamente, o combate à elisão fiscal internacional faz-se normalmente no quadro das Convenções para evitar a dupla tributação e de outros acordos, em regra bilaterais (ou de instrumentos comunitários) relativos à assistência mútua.

No plano do direito interno, a acção dos Estados para contrariar o planeamento fiscal internacional, ainda que possa estar sujeita a limites, como os que advêm, na União Europeia, do direito comunitário, tem, em teoria, bases mais sólidas.¹⁶ No entanto esta acção, quando unilateral, revela-se, na prática, difícil ou insuficiente.

De facto, estas formas de planeamento fiscal – baseadas na oferta de diferentes formas de tributar (ou não tributar) figuras idênticas ou afins por parte de jurisdições distintas – não são inteiramente controláveis por uma só jurisdição. Elas exigem entendimento, cooperação, concertação interestadual, não sendo fácil que as diferentes jurisdições se ponham de acordo não só

¹⁴ Sobre os elementos de conexão, vide XAVIER, Alberto (com a colaboração de Clotilde Celorico Palma e Leonor Xavier), *Direito Tributário Internacional*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 223 e ss.

¹⁵ Sobre estes princípios, cf. AVI-YONAH, Reuven S., *International Tax as International Law, An Analysis of the International Tax Regime*, New York: Cambridge University Press, 2007, p. 8 e ss.

¹⁶ Sobre os limites comunitários à acção unilateral dos Estados para combater a concorrência fiscal prejudicial indutora de planeamento fiscal internacional, cf. OCDE, *Concurrence fiscale dommageable, Un problème mondial*, Paris, 1998, p. 45 e ss.; PINTO, Carlo, *Tax Competition and EU Law*, The Hague/London/ New York: Kluwer, 2002, p. 295 e ss.; KIEKEBELD, Ben, *Harmful Tax Competition in the European Union*, Kluwer, 2004, p. 92 e ss. e, entre nós, SANCHES, S., *op. cit.*, p.259 e ss. e SANTOS, A. C., *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, Bruxelles/Paris: Bruylant/LGDJ, 2009.

sobre o carácter prejudicial de certos regimes ou sobre a ilicitude de certos comportamentos dos contribuintes que visam explorar essas mesmas diferenças, mas também sobre os meios para os combater. No limite, esse controlo exigiria, mormente em espaços económicos unificados (em particular, num mercado único) políticas avançadas de harmonização fiscal. Mas tais políticas chocam com as diferenças de estrutura económica dos Estados, as quais podem aconselhar a não convergência dos sistemas fiscais, em particular da tributação sobre os rendimentos das pessoas físicas e mesmo das colectivas. Chocam ainda com preocupações soberanistas dos Estados que procuram guardar para si alguns instrumentos de política económica como a fiscalidade.

Por isso, para além do recurso à *soft law*, como ocorre com certas recomendações comunitárias ou da OCDE, ou a instrumentos políticos multilaterais, de que é exemplo o Código de Conduta sobre a fiscalidade directa das empresas, os Estados adoptam frequentemente medidas unilaterais que tendem a contrariar o que consideram prejudicial para os seus interesses financeiros e que podem assumir várias formas.¹⁷ Uma delas é a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, tributando directamente os sócios ou a desconsideração da qualificação das operações efectuada pelas empresas; outra é a criação de listas negras de paraísos fiscais; outra ainda, a definição de presunções de transferências indirectas de lucros. Muitas das cláusulas anti-abuso criadas unilateralmente pelos Estados têm, aliás, aqui a sua origem. Algumas, como a nossa cláusula geral anti-abuso, foram mesmo incentivadas pela OCDE ou pelo Grupo do Código de Conduta sobre a fiscalidade das empresas.¹⁸

1.3 A tensão entre o planeamento fiscal dos contribuintes e o planeamento fiscal estadual

Até agora temos falado do planeamento fiscal dos contribuintes (mormente das empresas) e das suas dimensões interna e internacional. Nada impede, porém, que se possa (e deva) falar de um planeamento fiscal por parte do Estado (do legislativo ou do executivo), destinado a prever e cobrar, em cada ano, um determinado nível de receitas fiscais, socorrendo-se, para esse efeito, de vários instrumentos, jurídico-políticos, administrativos e de natureza gestonária.

¹⁷ Cf. OCDE, *op. cit.*, p. 45 e ss.; UNIÃO EUROPEIA, *Código de conduta no domínio da fiscalidade directa das empresas*, aprovado por Resolução do Conselho e dos Representantes dos Estados-membros, reunidos no Conselho de 1 de Dezembro de 1997 (publicado em anexo às conclusões do Conselho ECOFIN da mesma data (JOCE n.º C 2, de 6 de Janeiro de 1998, p. 2), Sobre o tema do controlo da concorrência fiscal prejudicial através de instrumentos de *soft law*, cf. SANTOS, A. C., *L'Union européenne*, *op. cit.*, Bruxelles/Paris: Bruylant/ L.G.D.J., 2009.

¹⁸ Vide em particular a letra L do Código de Conduta sobre a Fiscalidade Directa das Empresas: "O Conselho observa que as disposições anti-abuso ou as contramedidas incluídas nas legislações fiscais e nas convenções relativas à dupla tributação desempenham um papel fundamental na luta contra a evasão e a fraude fiscais".

Existe, de facto, um planeamento fiscal estadual, interno ou exercido em conjunto com outros Estados (através da cooperação bilateral ou multilateral), que visa, entre outras coisas, precaver o fenómeno da perda (imprevisível) de receitas derivada da acção dos contribuintes. No plano interno, os Estados prevêem nos Orçamentos certas metas de receita fiscal para fazer face à despesa projectada e calculam, ao mesmo tempo, os níveis de despesa fiscal concedida. As administrações fiscais definem anualmente estratégias para a cobrança das receitas projectadas. Nesse afã, podem ater-se à lei ou, para atingirem metas de cobrança, por vezes irrealistas, definidas por unidade de cobrança, podem ser tentadas a ultrapassar a linha que divide a cobrança lícita da ilícita, entrando num terreno movediço em que os direitos e garantias dos contribuintes deixam de ser devidamente salvaguardados.¹⁹

O confronto entre estes dois tipos de planeamento (estadual vs. empresarial) reflecte uma certa tensão, de natureza política e sociológica, entre a cultura das administrações tributárias e a cultura das organizações empresariais (e de defesa dos contribuintes). Esta tensão revela-se no facto de o planeamento fiscal estadual visar a maximização da receita tributária e o planeamento fiscal empresarial a minimização da factura fiscal.

Assim, as administrações fiscais tenderão a diminuir o campo do planeamento fiscal, empurrando algumas das suas formas (mais gravosas) para a esfera de da ilicitude (não penal ou Contra-ordenacional fiscal), isto é, circunscrevendo o planeamento lícito ao mínimo possível, enquanto os contribuintes (mormente, as empresas com acesso a aconselhamento fiscal mais sofisticado) procurarão estender o campo de legitimação do planeamento fiscal, de forma a alargar o espaço de economia e poupança fiscal lícita.

Esta tensão tem reflexos na doutrina jurídico-fiscal e na jurisprudência. A sociologia do direito mostra-nos que os juristas tendem frequentemente a alinhar as suas posições em função da pré-compreensão que tenham dos fenómenos em jogo, no caso, do papel do papel dos impostos na sociedade e da função do Estado na organização sócio-económica. Nos extremos, poderemos encontrar autores que defendem teses muito próximas da concepção da

¹⁹ Ao longo dos últimos anos, múltiplos exemplos deste tipo foram denunciados entre nós, incluindo por entidades oficiais como o Provedor de Justiça ou por associações públicas como a OTOC (ex-CTOC), nomeadamente em 2007, no âmbito de um seminário sobre as prerrogativas da Administração Fiscal e os direitos dos contribuintes. No caso dos Estados membros da União Europeia, estes comportamentos “agressivos” podem ter como causa próxima a necessidade de cumprimento dos critérios de convergência previstos genericamente no Pacto de Estabilidade e de Crescimento (PEC) e, em concreto, nos diversos programas de convergência que são regularmente apresentados às instituições comunitárias. O combate ao planeamento fiscal empresarial é, como vimos, uma das razões avançadas para justificar a introdução de medidas de planeamento fiscal estadual, como as cláusulas anti-abuso, as listas negras de paraísos fiscais ou o regime do planeamento fiscal abusivo. No plano jurídico, a questão central é a de saber se estas medidas estão ancoradas no direito nacional e comunitário ou, se, elas também, podem violar ilicitamente normas ou princípios jurídicos, nomeadamente os relativos às liberdades económicas fundamentais ou o princípio da proporcionalidade.

Fazenda Pública como um poder proeminente sobre os súbditos/contribuintes, enquanto outros apresentam-se como paladinos de uma concepção quase libertária da acção dos contribuintes/cidadãos.

2. DO PLANEAMENTO FISCAL

2.1 Uma distinção essencial: os comportamentos fiscais delituosos (evasão fiscal) e os comportamentos fiscais sem risco (gestão fiscal)

Alguns comportamentos dos contribuintes com o objectivo de obter uma poupança fiscal são manifestamente ilícitos, constituindo verdadeiros delitos ou infracções, sendo, por isso, objecto de sanção penal ou administrativa (evasão fiscal em sentido amplo, abrangendo crimes e contraordenações).²⁰ Outros, pelo contrário, são perfeitamente lícitos, estando em total conformidade com o ordenamento jurídico.

No primeiro caso, estamos perante comportamentos culposos que a lei tipifica como merecedores de um juízo de censura ética particularmente intenso, ou porque ferem valores basilares protegidos pelo direito penal ou porque violam deveres acessórios da obrigação fiscal, podendo tais comportamentos pôr em causa o funcionamento do próprio sistema tributário.²¹ Estes comportamentos que, por meios ilícitos, procuram escapar à obrigação de imposto, causando dano ao valor jurídico “Fazenda Pública”, integram a esfera da evasão fiscal em sentido amplo (por definição, ilícita). Neste quadro, os comportamentos fraudulentos (em sentido amplo), isto é, susceptíveis de qualificação como ilícito penal fiscal, são vistos como as formas mais graves de evasão fiscal.²²

É, em primeiro lugar, o caso dos comportamentos dos contribuintes que violem os tipos legais de crime aduaneiros, fiscais ou contra a segurança social previstos no Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT). Assim, por exemplo, se determinados comportamentos são susceptíveis de serem

²⁰ Ao lado das sanções punitivas (coimas, multas, prisão), o Direito Fiscal conhece, como sublinha GOMES, Nuno Sá (*Evasão Fiscal, Infracção Fiscal e Processo Penal Fiscal, op. cit.*, p. 18 e 19) sanções de outra natureza (reconstitutivas, preventivas, compensatórias e compulsórias) decorrentes da violação de ilícitos fiscais distintos da infracção fiscal. Também no sentido de que o ilícito fiscal não se confunde com a infracção fiscal, SOUSA, Susana Aires de, *op. cit.*, p. 48 e ss.

²¹ Cf. o n.º1 do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT), introduzido pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, que define infracção fiscal como “todo o facto típico, ilícito e culposo declarado punível por lei tributária anterior”, enquanto o n.º 2 divide estas infracções em crimes e contraordenações. É certo que, por vezes, objectivamente a mesma conduta parece poder cair no âmbito do ilícito penal ou do ilícito fiscal, mas o ilícito penal exige sempre uma *intenção* de faltar que o ilícito fiscal não exige. Por outro lado, a fraude à lei é um instituto de direito civil que não envolve sanções penais ou contra-ordenacionais, mas apenas a nulidade do negócio.

²² Saldanha SANCHES, *op. cit.*, p. 21 e ss, prefere usar o termo fraude fiscal em vez de evasão fiscal para dar conta dos comportamentos considerados como infracções fiscais, aproximando, por sua vez, o conceito de elisão fiscal do de fraude à lei fiscal. Mas sublinha, ao mesmo tempo, não ser possível encontrar “uma arrumação satisfatoriamente dicotómica e inteiramente exacta para a fraude à lei e a fraude fiscal” (p. 24).

qualificados como fraude fiscal (em sentido estrito), como é o caso da celebração de negócio simulado (art. 103.º, al. c) do RGIT), ou como burla tributária (art.º 87), ou como frustração de créditos (art.º 88.º) ou como abuso de confiança fiscal (art. 105.º), estaremos, sem margens para dúvidas, perante ilícitos fiscais de natureza penal (fraude em sentido amplo).²³ É, em seguida, o que ocorre com os comportamentos que constituam *ilícito administrativo*, isto é, que possam ser qualificados como contra-ordenações. Estes comportamentos (como, por exemplo, a falta ou atraso de declarações ou a falta de entrega de prestação tributária) traduzem também formas de incumprimento (ilícito) da obrigação tributária, considerados por uma importante parte da doutrina como de evasão fiscal (em sentido estrito).²⁴

Num caso e noutro, tais comportamentos ilícitos (fraudulentos ou simplesmente evasivos), nos planos penal e Contra-ordenacional, extravasam, *por definição*, a noção de planeamento fiscal. Estamos, em qualquer caso, perante actos *contra legem*, dos quais resultará uma poupança fiscal ilícita, em que os contribuintes desfrutam de verbas que, em rigor, não lhes pertencem (evasão em sentido amplo).

Ora, por definição, a noção de planeamento fiscal, ligada à autonomia privada, implica uma não violação de normas penais ou contra-ordenacionais, gerais ou específicas, da fiscalidade. Isto é particularmente claro em relação a comportamentos permitidos por lei, caso em que o comportamento do contribuinte está acima de qualquer suspeita.

No plano interno, assim se passam as coisas quando a poupança fiscal obtida pelos contribuintes é, expressa ou implicitamente, querida ou sugerida pelo próprio legislador através da criação de normas impeditivas ou redutoras de tributação (regimes derogatórios, exclusões tributárias, deduções específicas, abatimentos à matéria colectável, isenções fiscais, zonas francas, etc.), legitimadas por objectivos não financeiros, que os contribuintes poderão ou não utilizar. De facto, é frequente o próprio legislador procurar, por via fiscal (*despesa fiscal programada*), dirigir o comportamento dos contribuintes, incentivando-os a investir em certos sectores económicos, em certas regiões ou em certas funções

²³ Sobre o tema, cf., entre outros, CAMPOS, D. L./ ANDRADE, J. C., *op. cit.*, p. 83 e ss.; POMBO, Nuno, *A Fraude Fiscal. A norma incriminadora, a simulação e outras reflexões*, Coimbra: Almedina, 2007; SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infracções Tributárias*, Cadernos IDEFE, n.º 5, Almedina, 2006; POMBO, Nuno, *A Fraude Fiscal. A norma incriminadora, a simulação e outras reflexões*, Coimbra: Almedina, 2007; ANTUNES, “A evasão fiscal e o crime de fraude fiscal no sistema legal português”, in TEIXEIRA, Glória (coord.), *Estudos de Direito Fiscal* (Teses Seleccionadas do I Curso de Pós-Graduação em Direito Fiscal), FDUP/ CIJE, Coimbra: Almedina, p. 61 e ss.

²⁴ Ver, contudo, CAMPOS, D. L./ ANDRADE, J. C., *op. cit.*, p. 87, os quais escrevem: “O Direito Penal, que constitui ele próprio espaço de liberdade, não aceitará, pois, as escolhas do contribuinte cujo planeamento fiscal integre qualquer uma destas formas de actuação sancionadas nos vários tipos legais de crime. O mesmo já não acontecerá no plano da contra-ordenação referida que, podendo ser sancionada porque praticada a título doloso ou negligente, não acolhe o grau de ilicitude e a intensidade de ataque ao bem jurídico protegido que inerem àqueles crimes. Condutas que, afastada a proibição legal, emergem como ético-socialmente neutras (...)”.

gerais da empresarialidade (*behaviourismo* fiscal).²⁵ O contribuinte pode ou não corresponder a esse apelo, pode ou não utilizar os incentivos proporcionados, mas, caso o faça, o seu comportamento é isento de risco. Este comportamento, para além de lícito (*intra legem*), é desejável no plano político.

Noutros casos, podemos observar que o legislador permite, expressa ou implicitamente, directa ou indirectamente, a opção entre dois regimes jurídicos distintos, de onde resultam consequências fiscais diversas. Aqui não se procura incentivar um comportamento, mas permitir que o contribuinte tome uma decisão em função dos seus próprios interesses. Neste caso poderemos estar perante uma de duas hipóteses: ou é a própria lei fiscal que põe na disponibilidade do contribuinte tais escolhas ou opções fiscais ou é a lei civil ou comercial que permite optar entre figuras alternativas com consequências fiscais distintas.²⁶

Tomemos, como exemplo do primeiro caso, a possibilidade de sujeitos passivos de IVA, em relação a transmissões de direito de propriedade de prédios urbanos sujeitas a imposto municipal sobre a transmissão onerosa de imóveis efectuadas a favor de outros sujeitos passivos, estarem autorizados a optar entre a sua sujeição a IVA, embora como operação isenta, e a renúncia à isenção.²⁷ Tomemos, como exemplo do segundo, a possibilidade de os contribuintes optarem por formas jurídicas distintas na constituição de empresas ou por modalidades diferentes no seu financiamento, daqui resultando consequências fiscais diferentes, mas não postas em causa pela lei fiscal.

Noutros casos ainda, podemos estar perante situações em que o contribuinte, para impedir uma consequência fiscal que considera indesejável (isto é, não compatível com os seus interesses patrimoniais), evita o facto tributário, não realizando o acto ou o negócio que determinam a sujeição a imposto ou uma carga fiscal mais onerosa. É o caso de não serem efectuadas certas doações ou não o serem pela quantia desejada para não ser desencadeada tributação em sede de imposto de selo (*evitação fiscal*). Nestas situações, é irrelevante que a motivação do comportamento seja de natureza exclusivamente fiscal: um exemplo seria a realização de um casamento ou de uma separação conjugal para obter uma situação fiscal mais favorável.

Em todas estas ocorrências, a licitude do comportamento do contribuinte é pacífica: são comportamentos com luz verde por parte do poder político. Por uma questão de clareza terminológica, este tipo de planeamento fiscal (inequivocamente *intra legem*) poderá ser designado de mera *gestão fiscal*. No

²⁵ Em relação aos incentivos fiscais atribuídos a empresas por Estados membros da União Europeia, pode ainda dar-se o caso de, ao abrigo do regime dos auxílios de Estado, poderem ser considerados ilegais (por não terem sido objecto de prévia notificação à Comissão) ou incompatíveis com o mercado comum (por não terem sido autorizados por aquela instituição comunitária). Sobre o tema, cf., entre nós, SANTOS, A. Carlos dos, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 286 e ss.

²⁶ A doutrina espanhola fala a este respeito de opções fiscais.

²⁷ Cf. a alínea 30) do artigo 9.º do CIVA e o n.º 5 do artigo 12.º do mesmo diploma.

plano das empresas, esta gestão integra a gestão corrente, constituindo mesmo uma obrigação dos seus gestores ou administradores perante os sócios.²⁸

2.2.0 pomo da discórdia: a fronteira entre planeamento fiscal e elisão fiscal

Em muitos casos, os actos ou negócios efectuados pelos contribuintes com fins de poupança fiscal não são objecto de qualquer sanção penal ou administrativa por não integrarem a previsão de qualquer infracção fiscal, mas podem estar em contravenção com outras normas ou princípios (civis, fiscais) e que, por essa razão, podem originar uma reacção por parte da administração fiscal.

Ultrapassamos aqui a fronteira da mera gestão fiscal, sem risco, para entramos numa zona potencialmente conflitual. Estes comportamentos de planeamento fiscal de risco (não queridos nem sugeridos pelo legislador), tanto podem, no final de uma análise mais profunda, revelar-se em total conformidade com a lei, como podem desembocar em comportamentos a-jurídicos, sancionáveis por violação de um ilícito sem natureza de infracção fiscal. Esta fronteira entre *planeamento fiscal de risco* (juridicamente lícito, embora porventura susceptível de reprovação social) e elisão fiscal (em que a eleição de um acto, facto ou negócio é efectuada em condições abusivas e artificiosas, dando lugar a sanções de tipo distinto do penal ou Contra-ordenacional) é difícil de traçar, exigindo uma análise casuística.²⁹

Há, por exemplo, casos em que os contribuintes, deparando-se com leis mal feitas, com omissões legislativas involuntárias, com conceitos imprecisos, escolhem a via fiscalmente menos onerosa. De facto, todos sabemos que a obesidade legislativa, a má qualidade das leis, a sua profusão e dispersão, possibilitam interpretações divergentes, se não mesmo contraditórias, criam insegurança e fomentam conflitos interpretativos entre a administração fiscal

²⁸ Afirma PEREIRA, M. Freitas (in *Fiscalidade*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 385) que a *gestão fiscal* “consiste em minimizar os impostos a pagar (*traduzindo-se* em aumento de rendimento depois de impostos) por uma via totalmente legítima e lícita, querida até pelo legislador ou deixada por este como opção ao contribuinte (...) Trata-se de escolher a via fiscalmente menos onerosa consistente com a gestão normal dos negócios pessoais ou empresariais”. Mais longe vai ainda NOVOA, César, *op. cit.*, p. 70, quando escreve que os administradores que não utilizem as vias de planificação fiscal lícita ou economias de opção, provocando assim um custo acrescido para a empresa derivado do incremento da carga fiscal, poderiam ser responsabilizados pelos sócios “já que poderia entender-se que não agiram com a diligência devida para maximizar o lucro”. Cf. igualmente, FERREIRA, Rogério M. F/ PINTO, Cláudia Saavedra, “A evasão fiscal e os meios anti-evasivos”, in ILADT/ AVDT, *op. cit.*, p. 588, para quem o planeamento constitui “um direito do contribuinte” e “um imperativo de racionalidade económica e de boa gestão”. Note-se contudo, como veremos, que a gestão fiscal não esgota, em nosso entender, toda a esfera do planeamento fiscal lícito, mas diz apenas respeito a casos de planeamento fiscal claramente *intra legem* e, portanto, desprovidos de qualquer risco.

²⁹ No primeiro caso estaremos perante a existência de planeamento fiscal em sentido estrito, por contraponto ao planeamento fiscal em sentido amplo que abrange, para além das situações de planeamento fiscal em sentido estrito, igualmente as situações de gestão fiscal. Os limites deste planeamento em sentido estrito são os da elisão fiscal.

e os contribuintes.³⁰ Em situações deste tipo, a questão decisiva é a seguinte: quem deve, em última instância, suportar o risco da imperfeição ou da incerteza da lei, o contribuinte, assumindo uma factura fiscal mais elevada, ou o Estado, assumindo a perda de receitas?

Outras vezes o contribuinte, para atingir uma poupança fiscal, recorre a figuras jurídicas anómalas, a construções inusitadas (não tributadas ou menos tributadas), preterindo aquelas que o ordenamento jurídico lhe oferece ou possibilita como normais para atingir o mesmo fim económico. Será juridicamente aceitável que um contribuinte se socorra destas figuras ou construções, não para atingir os fins para que elas foram criadas, mas para pagar menos impostos?

A questão que está em jogo é a de saber se o uso de tais figuras (exclusiva ou predominantemente) para fins de minimização do imposto a pagar não se traduz numa forma de contornar o sentido das normas de incidência (fraude à lei fiscal) ou se não é justo que tal negócio seja posto em causa (para efeitos fiscais) por poder ser considerado como abusivo.

Tratar-se-ia, pois, de um planeamento fiscal (visto como um direito ou como uma liberdade), que, como todos os direitos e liberdades, pode dar lugar a um exercício abusivo ou desviante. O planeamento fiscal teria assim limites, a partir dos quais já não poderíamos, em bom rigor, falar de planeamento fiscal, mas sim de elisão fiscal.

A linha que separa as duas figuras é ainda a linha que divide os actos lícitos dos actos ilícitos, mas agora não já dos ilícitos penais ou administrativos, mas de ilícitos civis ou fiscais. Assim, o comportamento do contribuinte seria ilícito sempre que permitisse accionar cláusulas anti-abuso, gerais ou especiais (ou, na ausência destas cláusulas, entrasse em colisão com os institutos da fraude à lei ou do abuso de direito). Nestes casos, os actos ou negócios praticados pelo contribuinte, embora se mantivessem válidos para outros efeitos, seriam inválidos para efeitos fiscais.

Se tal comportamento não violasse qualquer norma do ordenamento jurídico no seu conjunto e, conseqüentemente, não fosse susceptível de qualquer sanção, deveria ser considerado como válido para o direito fiscal (mesmo que, no limite, fosse um comportamento tolerado ou mesmo censurado no plano moral).

Ou seja: a delimitação da noção de planeamento fiscal (em sentido estrito) far-se-ia, no fundo, mais pela negativa que pela positiva, isto é, por contraposição a situações de elisão fiscal. Daí a importância de, em cada ordenamento concreto, se verificar quais são os comportamentos que, violando normas fiscais ou

³⁰ De forma cáustica, afirmam CAMPOS, D.L./ ANDRADE, J. C., *op. cit.*, p. 57, que “a relativa imaturidade e imprecisão do Direito fiscal, mais instrumento de ganância de políticos do que regra de justiça assente na técnica, é contemporânea da proliferação de textos muitas vezes contraditórios e mal elaborados, a suscitarem cada vez mais lacunas e imprecisões e a facilitarem a sua própria “elisão”.”

privadas, poderão ser tidos por elisivos. A elisão fiscal, traduzida na violação, pelos contribuintes de princípios ou normas de natureza distinta das penais ou Contra-ordenacionais, seria pois o limite do planeamento fiscal em sentido estrito.

Embora com críticas de vários quadrantes, o Direito Fiscal português parece evoluir neste sentido, sobretudo após a introdução da cláusula geral anti-abuso e, agora, do novo regime do planeamento fiscal abusivo.³¹

3. A FUNDAMENTAÇÃO DO PLANEAMENTO FISCAL E DOS SEUS LIMITES

3.1 Os fundamentos jusfilosóficos e ideológicos

O planeamento fiscal tem, pois, limites. Mas quais são os fundamentos do planeamento e dos seus limites?

Em última instância, a resposta a esta questão é fortemente influenciada por pressupostos jusfilosóficos e ideológicos, nomeadamente pelo lugar que se atribua na relação jurídico-política ao Estado e aos cidadãos (contribuintes).

Em teoria, numa visão liberal típica, que dê predominância aos indivíduos e às suas organizações (à esfera privada), tudo o que é ilícito deve ser claramente definido em nome do princípio da segurança jurídica e tudo o que não é ilícito deverá ser permitido.

O Estado deveria assim evitar o mais possível imiscuir-se na esfera privada, na vida dos cidadãos e das empresas. No plano do Direito fiscal, visto como um direito de ingerência restritivo do direito de propriedade, estes pressupostos estariam na base de uma clara enunciação das regras de incidência, do primado da interpretação literal, da proibição da analogia das normas de incidência e da não admissão da retroactividade, como se direito criminal se tratasse. Logo, o planeamento fiscal, mesmo *extra legem*, tenderia a ser encarado como um direito ligado à gestão da vida económica privada. Numa visão mais radical, este direito nem deveria ser objecto de limitações por parte da acção do fisco: ao poder legislativo (e apenas a este) competiria decidir o que deve e não deve ser tributado. As normas de incidência, enquanto normas restritivas do direito de propriedade, deveriam basear-se num princípio de tipicidade fechada do facto gerador de imposto. Numa visão mais moderada, que tem acabado por prevalecer, procura-se conciliar a esfera privada com a esfera pública: a regra seria ainda a do direito ao planeamento, a excepção, a definição de limites a

³¹ Entre nós, a cláusula anti-abuso está actualmente prevista no artigo 38, n.º 2 da Lei Geral Tributária, cuja redacção é a seguinte: “São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultados de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas a aplicação da cláusula geral anti-abuso”.

certas formas de planeamento fiscal tidas, à luz do ordenamento jurídico no seu conjunto, por anómalas ou abusivas.

Pelo contrário, numa visão a que, por comodidade, designaremos de social-comunitária, em que os fins e tarefas do Estado, como representante da colectividade, delimitam a esfera de intervenção privada e em que se parte da natureza convencional da propriedade, a tendência seria para impedir ou cercear o planeamento fiscal privado em sentido estrito (*extra legem*), aproximando-o da mera gestão fiscal (planeamento *intra legem*).³²

Na realidade, tem-se assistido, mesmo nos Estados que se auto-representam como mais liberais, à adopção de uma visão que oscila entre a visão liberal mitigada e a óptica social-comunitária.

As diferenças entre elas encontram-se sobretudo no plano dos métodos propostos ou adoptados para cercear o planeamento fiscal e alargar o campo da elisão fiscal.³³

Eis alguns exemplos. Um é a admissão da analogia relativamente às regras de incidência do imposto. Outro diz respeito às técnicas de interpretação da norma fiscal, com aceitação, não apenas da interpretação extensiva, mas da interpretação teleológica ou mesmo, em alguns sectores da doutrina, da interpretação económica proposta por Becker. Estas técnicas aliadas ao recurso, na feitura das leis, de conceitos indeterminados e de cláusulas abertas, permitiriam que a Administração Fiscal (ainda que sob controlo dos Tribunais) alargasse o sentido das normas de incidência.³⁴ Nos países anglo-saxónicos tende-se a ir mais longe. Nos Estados Unidos, a intervenção judicial admitiu a teoria da predominância da substância sobre a forma (*substance over form*), cuja variante mais recente é o *Business Purpose Test* e, no Reino Unido, a “*step transaction doctrine*”.

Nos países de tradição romano-germânica, o caminho foi, em regra, outro. Tratou-se de apelar para figuras, provenientes do direito civil, como a simulação e, sobretudo, a fraude à lei (*fraus legis*) e o abuso de direito.³⁵

³² É, de algum modo, a consequência da posição de MURPHY, L. e NAGEL, T (*O mito da propriedade, Os impostos e a justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 11): “a propriedade privada é uma convenção jurídica definida em parte pelo sistema tributário; logo, o sistema tributário não pode ser avaliado segundo seus efeitos sobre a propriedade privada, concebida como algo dotado de existência e validade independentes. Os impostos têm de ser avaliados como um elemento do sistema geral de direitos de propriedade que eles mesmo ajudam a criar. A justiça ou injustiça na tributação não pode ser outra coisa senão a justiça ou injustiça no sistema de direitos e concessões proprietárias que resultam de um determinado regime tributário”.

³³ Cf. Sobre o tema, NOVOA, C., *op.cit.*, p. e ss; CAMPOS, D.L. / ANDRADE, J. C., *op. cit.*, p. 15 e ss (que analisam os actos normais de gestão, a simulação, o abuso de direito, a fraude à lei, os negócios fiduciários, os negócios indirectos e a cláusula geral anti-elisão) e, em geral, PISTONE, P., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Milan: Cedam, 1995.

³⁴ Assim, há mais de 30 anos, CORTE-REAL, C. Pamplona, “A interpretação extensiva como processo de reprimir a fraude à lei no direito fiscal português”, *CTF* n^{os} 152/153, 1971, p. 43 e ss. Vide hoje, sobre este tema, DOURADO, Ana Paula, *O Princípio da Legalidade Fiscal, Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Coimbra: Almedina, 2007.

³⁵ Cf., já em 1971, NEGREIROS, Maria F. T. “A evasão legítima e o abuso de direito no sistema

Mais recentemente tem vindo a crescer em muitos Estados, entre os quais o nosso, o recurso à adopção de *cláusulas anti-abuso*, de carácter geral ou de carácter específico, bem como o recurso a presunções e ficções ou à inversão do ónus da prova.³⁶

Nos países anglo-saxónicos, como melhor se verá adiante, têm vindo igualmente a ser adoptadas medidas preventivas contra o chamado planeamento fiscal “agressivo”, que Portugal acaba de importar.

As necessidades financeiras do Estado ou razões de justiça fiscal (o princípio da igualdade) estariam na base das restrições a outros direitos, como o de propriedade e de iniciativa privada e, conseqüentemente, à autonomia privada e à liberdade de gestão, incluindo o planeamento fiscal.

Note-se, porém, que nem todos aqueles métodos são admitidos (nem admissíveis) num ordenamento fiscal concreto. Entre nós, embora a querela teórica prossiga, há entre a maioria dos autores um certo consenso quanto à inadmissibilidade de alguns métodos (adopção da analogia nas normas de incidência, interpretação económica, interpretação funcional), por serem dificilmente conciliáveis com o princípio da legalidade inerente ao Estado de direito, ou de outros (primado da interpretação literal, impossibilidade de recurso a conceitos indeterminados) por dificultarem a busca de uma justiça material e se afigurarem em contradição com os princípios da igualdade, solidariedade e da capacidade contributiva. Quanto ao resto, o consenso é muito menor.³⁷

jurídico português”, *CTF* n.º 151, 1971, p. 7 e ss. Segundo GOMES, N. S., *op. cit.*, (e também XAVIER, A., “O negócio indirecto em direito fiscal”, *CTF* n.º174, 1971, p. 7 e ss.), a elisão fiscal praticada por meio de negócio jurídico indirecto fiscalmente menos oneroso é lícita, não sendo de admitir, *na ausência de lei que consagre expressamente normas gerais anti-fraude à lei e anti-abuso*, as figuras do abuso de direito e da fraude à lei (itálico nosso). Por conseguinte, mesmo nesta óptica, a situação alterou-se com a introdução, entre nós, da cláusula geral anti-abuso. Sobre o tema, no direito belga, vide MALHERBE, J. / RICHELLE, I., “Espaces de liberté en droit fiscal”, in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, (Séminaire organisé à l’occasion du 50e anniversaire de la Commission Droit et Vie des Affaires), Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 245 e ss.

³⁶ A introdução da cláusula geral anti-abuso foi muito criticada por alguns autores, sendo disso exemplo a posição de Leite de CAMPOS, que a considerou desrazoável e mesmo inconstitucional, (CAMPOS, D. L., AAVV, “Evasão fiscal, fraude fiscal e prevenção fiscal”, *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*, Lisboa: Vislis, 1999, p. 189 e ss.). No entanto, como refere SANCHES, Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 163, a experiência posterior à introdução desta norma não confirma nenhuma destas previsões relativamente à cláusula geral anti-abuso (...). A Administração ficou com um vasto poder para a desconsideração de operações abusivas, mas agora tem um poder juridicamente balizado, rodeado de importantes cautelas procedimentais e que não convida, pelo dever de fundamentação que implica, a comportamentos levianos por parte da Fazenda”. Sobre o tema, vide ainda CAVALLI, Marcelo C., *Cláusulas Gerais Antielisivas: Reflexões acerca de sua Conformidade Constitucional em Portugal e no Brasil*, Coimbra: Almedina, 2006.

³⁷ A título de exemplo, cf., quanto a estas questões, as posições contrastantes de Sá GOMES e Ana Paula DOURADO. Enquanto o primeiro (*op. cit.*, p. 25) defende em relação à elisão fiscal que “a economia fiscal decorre da circunstância de o princípio da legalidade, com os seus corolários da tipicidade fechada, da determinação e do exclusivismo, proibir a aplicação analógica das leis fiscais ou o emprego de conceitos indeterminados que o intérprete possa concretizar, daí decorrendo que,

3.2 A fundamentação constitucional

3.2.1 Legalidade (segurança) e justiça (igualdade)

No plano jurídico, a questão do planeamento fiscal e dos seus limites não se resolve em termos de confronto ideológico, mas remete, antes de tudo, para o Direito Constitucional: tudo depende da forma como a sociedade (juridicamente: a Constituição como estatuto jurídico da sociedade e do Estado) encare a questão fiscal, a relação entre prerrogativas do poder (político, administrativo) e direitos e garantias dos cidadãos.³⁸

Neste quadro, duas questões clássicas devem ser aprofundadas: o reflexo, no Direito fiscal, da contraposição entre os valores constitucionais da justiça e da segurança e a da afirmação constitucional de direitos fundamentais e das restrições que estes direitos podem ser alvo.³⁹

A primeira conduz-nos para a tensão entre, por um lado, os princípios da igualdade (isonomia) e da solidariedade e, por outro, da legalidade, com os seus corolários da tipicidade e da protecção da confiança legítima. Estes princípios são princípios estruturantes do ordenamento constitucional português, havendo que analisar como são recebidos e compatibilizados no Direito Fiscal.⁴⁰

O princípio da segurança jurídica, subprincípio do Estado de direito, tem expressão no princípio da legalidade tributária e nos seus corolários, o princípio da tipicidade e o da irretroactividade dos impostos.⁴¹ Modernamente, o princípio

por razões de segurança jurídica, só são tributados os factos ali previstos”, já Ana Paula DOURADO (*op. cit.*) defende que “a analogia é tendencialmente proibida” (p. 768), que “a tipicidade não seja totalmente fechada” (p. 769), e que “as disposições legais com conceitos vagos ou indeterminados que outorgam à administração competência para decidir segundo as circunstâncias do caso individual – e não sendo os argumentos legais suficientes para justificar uma e só uma decisão correcta, pelo menos nos casos difíceis –, atribuem discricionariedade administrativa” (p. 773). Quanto a nós, revemo-nos, no essencial, na posição de HESPANHA, António, *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 477 e ss., que pensamos ser aplicável à previsão e estatuição das normas fiscais.

³⁸ Um bom exemplo desta afirmação é-nos dado, relativamente à experiência brasileira, por FURLAN, Anderson, *Elisã Fiscal, Reflexões Sobre a Evolução Jurídico-Doutrinária e Situação Actual*, Coimbra: Almedina, 2007.

³⁹ Um terceiro tipo de problemas poderá pôr-se nesta matéria, o da relação entre o ordenamento jurídico interno e o comunitário. A este propósito, deve sublinhar-se a forma, não isenta de controvérsia, como o Direito Comunitário tem vindo a aceitar a figura do abuso de direito, nomeadamente em sede de IVA. Sobre o tema, vide MADURO, M. Poiães/SOUSA, A. Frada de, “A Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre práticas abusivas no sistema comum do IVA” e SANTOS, A Carlos dos, “Sobre a “fraude carrossel” em IVA: nem tudo o que luz é ouro”, in AAVV. *Vinte Anos de Imposto sobre o Valor Acrescentado: Jornadas Fiscais em Homenagem ao Professor José Guilherme Xavier de Basto*, Coimbra: Almedina, 2008, a respectivamente, a p. 119 e ss. e 23 e ss., bem como o citado livro de SANCHES, S., *Os Limites do Planeamento Fiscal*, p. 257 e ss.

⁴⁰ CANOTILHO, J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 1225 e ss. Sobre a constituição fiscal, vide, entre nós, NABAIS, Casalta, *Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, 2006, p.27 e ss. e *Por um Estado de Direito Fiscal Suportável, Estudos de Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina 2005, p. 121 e ss.

⁴¹ A não retroactividade fiscal foi consagrada expressamente na revisão constitucional de 1998,

da tipicidade, aquele que mais nos interessa, tende a ser encarado de forma aberta, contestando-se a aplicação de um princípio de tipicidade fechada, por ser mais próprio do Direito Penal que do Fiscal.⁴²

Por sua vez, o princípio da igualdade (em sentido material) revela-se sobretudo no princípio da capacidade contributiva. Este último princípio, embora não seja expressamente acolhido pelo texto constitucional, é-o implicitamente pela conjugação do princípio da igualdade e das funções constitucionalmente atribuídas ao sistema fiscal.⁴³ A LGT faz-lhe, aliás, expressa menção.⁴⁴ Conquanto o alcance concreto deste princípio não seja isento de controvérsia, a sua conjugação com o princípio da socialidade torna-o apto a agir-se em pressuposto e medida da tributação.

A *concordância prática* entre estes dois conjuntos de princípios (segurança, legalidade e tipicidade, por um lado, e justiça, igualdade e solidariedade, por outro) conduz ao desfecho seguinte: por um lado, os princípios da segurança e da legalidade justificam o princípio, pacífico entre nós, da proibição da analogia nas normas de incidência.⁴⁵ Além disso, justificam ainda a não-aceitação, como regra geral, das chamadas interpretação económica e interpretação funcional em sede fiscal, bem como das presunções inilidíveis em sede de incidência.⁴⁶

Por outro, os princípios da igualdade e da socialidade estão na base de uma leitura aberta do princípio da tipicidade e de uma autorização para o Estado adoptar um conjunto de medidas que visam limar as desigualdades que poderiam advir de uma aplicação estrita do princípio da legalidade, justificando assim certas restrições a formas de poupança fiscal que, não dando origem a infracções fiscais, seriam consideradas como anti-jurídicas.

apesar de contestada por amplos sectores da doutrina e de não ter sido objecto de leitura consensual no seio do Governo.

⁴² Entre nós, a obra de referência sobre o tema é hoje a já citada tese de Ana Paula DOURADO. Vide, no entanto, o estudo precursor de SANCHES, S., *A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito, Conceitos indeterminados, analogia e retroactividade no Direito Tributário*, Lisboa: CEF/DGCI, Cadernos de CTF n.º 140, 1985.

⁴³ Segundo o artigo 103/1 da CRP, “o sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e riqueza”.

⁴⁴ Cf. o artigo 4.º/1 da LGT: “Os impostos assentam especialmente na capacidade contributiva, revelada, nos termos da lei, do rendimento ou da sua utilização e do património”. Sobre os princípios da igualdade e da capacidade contributiva, vide, entre outros, NABAIS, Casalta, *Direito Fiscal, op. cit.*, p. 153 e ss.; SANCHES, Saldanha, *Manual de Direito Fiscal, op. cit.*, p. 209 e ss.; PALMA, Clotilde Celorico, “Da evolução do conceito de capacidade contributiva”, *CTF* n.º 402, 2001, p. 109 e ss.

⁴⁵ Ver o artigo 11.º, n.º 4 da LGT e o respectivo comentário de GUERREIRO, António Lima, *Lei Geral Tributária Anotada*, Lisboa: Rei dos Livros, 2000, p. 87.

⁴⁶ O artigo 73.º da LGT estabelece hoje, de forma inequívoca, que “as presunções consagradas nas normas de incidência tributária admitem sempre prova em contrário”, consagrando uma doutrina há muito adoptada pelo Tribunal Constitucional (cf. o Acórdão n.º 53/96, que declarou a inconstitucionalidade material, por violação do princípio da igualdade, das presunções *jure et jure* contidas em norma de incidência tributária, a propósito do antigo parágrafo 2.º do artigo 14.º do Código do Imposto de Capitais, que continha uma presunção inilidível dos mútuos efectuados pelas sociedades aos sócios).

3.2.2 As restrições à restrição a direitos fundamentais

A segunda questão (a dos direitos fundamentais e suas restrições) é complementar da primeira. Estamos aqui perante o confronto entre direitos e deveres dos cidadãos. De um lado, os direitos, liberdades e garantias dos contribuintes e, do outro, o dever fundamental de pagar impostos (e, conseqüentemente, o direito do Estado a cobrá-los).⁴⁷

Com efeito, de um lado, estamos perante os direitos de propriedade privada e da liberdade de iniciativa, que engloba a liberdade de gestão, consagrados respectivamente nos artigos 62.º e 61.º/1 da CRP.⁴⁸ Se bem que estes direitos estejam previstos no Título III consagrado aos *direitos e deveres económicos, sociais e culturais*, eles são consensualmente considerados como direitos que revestem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, gozando, como tal, de idêntica protecção.⁴⁹ Aliás, como vimos, na vida empresarial, a poupança fiscal é um imperativo de racionalidade económica, de eficiência e boa gestão, se não mesmo um dever perante os accionistas. A jurisprudência alemã fala, a propósito, de um direito à planificação fiscal como uma consequência da liberdade de configuração (*Gestaltungsfreiheit*).

Do outro lado, estamos, porém, perante o dever fundamental de pagar impostos que, num Estado social de direito, é um corolário do princípio de solidariedade que pode justificar a existência de certas restrições àqueles direitos económicos fundamentais.

Por isso, a possibilidade de um planeamento fiscal irrestrito por parte dos contribuintes não pode justificar-se com base na liberdade económica e no exercício da autonomia privada, pois nenhuma destas liberdades é, perante a lei constitucional, absoluta.⁵⁰ Assim, certas formas de planeamento fiscal podem ser consideradas como anti-jurídicas e, conseqüentemente, serem alvo de restrições e de sanções não criminais ou contra-ordenacionais.

⁴⁷ Sobre o tema, NABAIS, J. Casalta, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra: Almedina, 1998.

⁴⁸ É a seguinte a redacção destes artigos: 62.º: Artigo 61/1: “A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral”. Decorre daqui que nem o direito de propriedade nem a liberdade de iniciativa privada têm carácter absoluto. Sobre as restrições a estes direitos, vide, entre outros, CANOTILHO, J. G. / MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, p.787 e ss.; MIRANDA, J. / MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 619 e ss.

⁴⁹ Cf. o artigo 17.º da CRP: “O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”. Reconhecendo a natureza de direito análogo aos direitos de propriedade e de iniciativa privada, cf. CANOTILHO / MOREIRA, *op. cit.*, p. 374; MIRANDA/ MEDEIROS, *op. cit.*, p. 144-5.

⁵⁰ Liberdade económica significa possibilidade de comportamentos alternativos: possibilidade de contratar ou não contratar, possibilidade de optar entre uma pluralidade de tipos ou modelos negociais e liberdade de configuração de negócios. Em princípio, estas opções são reconhecidas, independentemente da motivação que lhes subjaz (princípio da irrelevância dos motivos) que pode assim ser constituída pela persecução de vantagens fiscais.

Mas estas restrições ao planeamento fiscal têm que obedecer aos princípios consagrados no artigo 18.º da CRP, em particular ao princípio da proporcionalidade.⁵¹

3.3. O controlo a posteriori do planeamento fiscal abusivo (elisão) e seus instrumentos

Como vimos, se em relação aos típicos actos de planeamento fiscal *intra legem* não se põem quaisquer problemas, o mesmo não acontece quanto aos actos e negócios *extra legem*. A doutrina e as experiências internacionais dividem-se contudo quanto à questão de sancionar ou não (por meios não penais ou contraordenacionais) este fenómenos e, em caso afirmativo, quanto aos meios a utilizar para o efeito.

Assim, por exemplo, Sá GOMES, considerando embora, em princípio, como lícitos os negócios (fiscalmente menos onerosos) elisivos, isto é, aqueles “que tutelando os interesses dos contribuintes, afastam a aplicação das leis de imposto que, em regra, os não prevêem”, é de opinião que “ainda haverá que autonomizar os negócios que a doutrina e a própria lei fiscal qualificam de anómalos ou abusivos, sendo objecto de leis anti-abuso com a consequente correcção oficiosa *a posteriori* da matéria colectável declarada pelos contribuintes, atenta a gravidade da perda de receitas a que dão lugar”.⁵²

Ou seja: o autor admite a desconsideração (*a posteriori*) dos resultados fiscais mais vantajosos pretendidos pelas partes, caso haja, na lei, disposições anti-abuso que legitimem essa intervenção administrativa.

A questão do planeamento fiscal e dos seus limites surge, como se disse, na zona pantanosa constituída por comportamentos *extra legem*, sobretudo, quando a poupança fiscal é obtida através da utilização de negócios jurídicos ou estruturas jurídicas atípicas ou frequentemente anómalas que accionam outras normas com um regime fiscal menos oneroso. A essência destes comportamentos estaria na busca da eliminação ou redução do imposto a pagar, através da utilização de instrumentos jurídicos lícitos, ou seja, de fórmulas negociais menos onerosas do ponto de vista fiscal, incluindo a eleição de alternativas negociais incomuns.⁵³

⁵¹ Recorde-se, a propósito, o disposto nos nºs 2 e 3 do artigo 18.º da CRP: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesse constitucionalmente protegidos” (n.º 2). “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” (n.º3). Sobre o princípio constitucional da proporcionalidade, ver CANOTILHO, J. G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 268 e ss.

⁵² *Ibidem*, p. 25.

⁵³ Esta situação não se confunde com a da existência de uma divergência entre o *nomen juris* dado pelas partes e o conteúdo jurídico real de um negócio. Para resolver esta desconformidade é suficiente o poder-dever de *requalificação* do negócio jurídico atribuído à Administração pelo n.º 4 do artigo 36.º da LGT, que dispõe o seguinte: “A qualificação de negócio jurídico efectuado pelas partes, mesmo em documento autêntico, não vincula a administração tributária”.

São estes comportamentos que são, como se disse, objecto de querela entre a Administração e os contribuintes, estes procurando defender a sua legalidade e regularidade no quadro da liberdade de configuração negocial, aquela procurando qualificá-los como ilegais, anti-jurídicos, irregulares ou ilícitos. Para tal, a Administração pode, antes de tudo, valer-se da sua actividade interpretativa normal, privilegiando, quanto à interpretação das normas, elementos ligados à *ratio legis*, ao espírito da lei ou às suas finalidades (interpretação teleológica), explorando, se for o caso, as virtualidades da interpretação extensiva da lei e socorrendo-se, quando a lei o permita, de presunções e ficções legais. Poderá ainda concretizar conceitos indeterminados, através de orientações administrativas que esclareçam e delimitem, de forma não discricionária, o sentido das normas.

Mas não é fácil traçar uma linha de demarcação nítida entre o planeamento fiscal (admissível) e acção elisiva. Na generalidade das situações, isso implica uma análise e ponderação casuística.

Na ausência de uma cláusula geral anti-abuso (anti-elisão), a doutrina tem procurado reconduzir os casos de planeamento fiscal inadmissível a figuras já conhecidas do direito privado que permitiriam questionar, em sede de Direito fiscal, o negócio utilizado. Entram aqui normalmente as figuras da simulação (negócio simulado), da fraude à lei e do abuso de direito (de normas ou formas jurídicas).⁵⁴

A *simulação* caracteriza-se pela existência de uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada.⁵⁵ Entre nós, o seu regime está especificamente previsto, em sede fiscal, no art.º 39.º da LGT, cujo n.º 1 determina que “em caso de simulação de negócio jurídico, a tributação recai sobre o negócio jurídico real e não sobre o negócio jurídico simulado”.⁵⁶ Não é contudo um instrumento de combate à elisão fiscal, mas sim à evasão fiscal. Aliás, como nota Gustavo Courinha, “não se conhecem, na doutrina e jurisprudência nacionais, casos em que por via da figura da simulação, se tenham atingido situações de planeamento fiscal abusivo”.⁵⁷

⁵⁴ Quer na fraude à lei, quer no abuso de direito, não há, ao contrário do que ocorre na simulação, divergência entre a vontade real e a declarada. A sanção para estas figuras seria a desconsideração da forma jurídica anómala, facto que, segundo alguns, representaria um resquício da chamada interpretação económica do Direito fiscal.

⁵⁵ É a seguinte a redacção do art.º 240 do Código Civil: 1. Se, por acordo entre declarante e declaratório, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se simulado. 2. O negócio simulado é nulo.”

⁵⁶ Por sua vez, o n.º 2 do artigo 39.º da LGT estatui que “sem prejuízo dos poderes de correcção da matéria tributável legalmente atribuídos à administração tributária, a tributação do negócio jurídico real constante de documento autêntico depende de decisão judicial que declare a sua nulidade”. Cf. também os artigos 240.º e 241.º do Código Civil e o já citado artigo 103.º, alínea c) do RGIT.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 87. De acordo com o mesmo autor, a simulação é uma figura clássica de combate à evasão fiscal (p.79). A simulação diz respeito a actos e negócios falsos (ou não queridos), enquanto a elisão (planeamento fiscal abusivo) diz respeito a operações verdadeiras. Daí, pelo menos entre nós, a inadequação da simulação para lidar com fenómenos elisivos.

A *fraude à lei* é um instituto previsto a propósito dos conflitos de leis.⁵⁸ A transposição deste instituto para o Direito fiscal possibilitaria, segundo alguma doutrina, a irrelevância das situações de facto ou de direito (formas jurídicas) criadas com o intuito de contornar as normas de incidência e, consequentemente, a tributação. Hoje, porém, perante a existência de uma cláusula geral anti-abuso, esta possibilidade deixou de ter relevância autónoma. Mantém-se, contudo, a sua importância teórica como teoria explicativa da cláusula anti-abuso.⁵⁹

Por fim, refira-se o instituto do *abuso de direito*, de origem francesa. Este está, entre nós, igualmente consagrado no Código Civil, possibilitando declarar como ilegítimo, entre outras situações, o exercício de um direito exceder o fim social ou económico desse mesmo direito.⁶⁰ Este instituto, segundo uma corrente doutrinária, pode assumir relevância no Direito Fiscal como forma de combater os fenómenos elisivos. Diferente deste, é o instituto do *abuso de formas jurídicas*, de raiz alemã, que repudia “a preponderância, na estruturação do negócio e na actuação do contribuinte, do elemento fiscal sobre o elemento económico ou fim prático”, isto é, “a utilização abusiva das estruturas de Direito Privado” e que, a exemplo do instituto da fraude à lei, influenciou a actual versão da nossa cláusula geral anti-abuso.⁶¹

A aplicação, entre nós, desta cláusula (como em geral de todas as cláusulas deste tipo) está rodeada de certas cautelas.⁶² A sua criação tornou desnecessário (e mesmo difícil de sustentar, no direito interno), o recurso autónomo aos institutos civilísticos da fraude à lei ou do abuso de direito como formas de combater a elisão fiscal. De facto, a cláusula geral anti-abuso, para além de permitir delimitar melhor o conceito de elisão, é o instrumento por excelência da luta contra este fenómeno, em particular no plano interno, enquanto as cláusulas específicas tanto se aplicam a situações de elisão fiscal interna como a situações de elisão fiscal internacional.⁶³

⁵⁸ Segundo o artigo 21.º do Código Civil, “na aplicação das normas de conflitos são irrelevantes as situações de facto ou de direito criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicabilidade da lei que, noutras circunstâncias, seria competente.”

⁵⁹ Neste sentido, COURINHA, G. L., *op. cit.*, p. 131 e ss.

⁶⁰ De acordo com o art.º 334 do Código Civil “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. Sobre o tema, NEGREIROS, Maria F. Trigo de, “A «evasão» legítima e o abuso de direito no sistema jurídico português”, *op. cit.*

⁶¹ COURINHA, G., *op. cit.*, p.149 e ss. Veja-se, no plano comunitário, os estudos referidos na nota 34 que mostram uma certa indeterminação teórica relativamente à figura do abuso de direito, bem patente nas posições dos Advogados –Gerais Poiares Maduro e Colomer. Sobre a cláusula anti-abuso, vide ainda OLIVEIRA, A. F., *ob. cit.*, p. 131 e ss. e SANCHES, S. “As duas constituições – nos dez anos da cláusula geral anti-abuso” in SANCHES/ CÂMARA/ GAMA (org.), *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 39 e ss.

⁶² Um procedimento específico, definindo garantias especiais para os sujeitos passivos que tenham visto a liquidação dos seus tributos com base numa aplicação de qualquer cláusula anti-abuso, está previsto no artigo 63.º do CPPT. Recorde-se que o n.º 2 deste artigo considera como disposições anti-abuso “quaisquer normas legais que consagrem a ineficácia perante a administração tributária de negócios ou actos jurídicos celebrados ou praticados com manifesto abuso das formas jurídicas de que resulte a eliminação ou redução dos tributos que de outro modo seriam devidos”.

⁶³ São exemplos de *cláusulas anti-abuso específicas* em sede de IRC vocacionadas para a elisão

As cláusulas anti-abuso, quer tenham uma função essencialmente preventiva, como a cláusula geral, quer tenham uma função predominantemente reactiva, como as cláusulas específicas, são instrumentos que funcionam *a posteriori*. Algumas jurisdições, julgando esta situação insatisfatória, criaram nos últimos anos mecanismos preventivos da elisão fiscal. A recente aprovação, entre nós, de legislação contra o planeamento fiscal abusivo insere-se neste movimento. A expressão significa que certas formas de planeamento fiscal poderão ser objecto de obrigações declarativas e de controlo *a priori* para que a Administração verifique se tal planeamento, por ultrapassar certos limites, se terá tornado, política ou juridicamente, abusivo.

A inserção desta nova figura no ordenamento jurídico português só poderá, quanto a nós, compreender-se, no quadro de uma estreita ligação à cláusula geral anti-abuso (como forma de controlo da elisão fiscal e do próprio planeamento fiscal politicamente inadmissível) e às cláusulas específicas (como forma de controlo da elisão fiscal, interna e internacional).⁶⁴ Nestes termos, é planeamento fiscal abusivo *efectivo* qualquer forma de planeamento que, de acordo com as cláusulas anti-abuso, seja considerada elisão fiscal ou que seja posta em causa pelo Direito Comunitário ou pelo Direito Internacional. É planeamento fiscal *potencialmente* abusivo aquele que, sendo lícito perante o direito existente, é objecto de um juízo de censura política que irá originar novos instrumentos jurídicos contra essa forma de planeamento.

4. O controlo a priori da elisão fiscal

4.1 As origens da figura do planeamento fiscal abusivo

4.1.1 O G8, a OCDE e a Declaração de Seul

Em 25 de Fevereiro de 2008, foi publicado, para entrar em vigor em 15 de Maio do mesmo ano, o Decreto-Lei n.º 29/2008, com vista ao combate ao planeamento fiscal abusivo.⁶⁵

internacional, as relativas ao controlo das sociedades CFC e à subcapitalização, previstas nos artigos 60.º e 61.º do CIRC. São exemplos de cláusulas deste tipo aplicáveis no plano interno, as previstas no n.º 7 do artigo 23.º (relativa à não aceitação como custos da transmissão de partes de capital entre empresas relacionadas) e no n.º 10 do artigo 67.º do mesmo diploma (respeitante ao regime de transmissibilidade de prejuízos). Existem ainda *cláusulas sectoriais*, como a prevista no n.º 11 do artigo 78.º do mesmo diploma relativa a instrumentos financeiros derivados e no n.º 10 do artigo 67.º aplicável às fusões e cisões. De acordo com COURINHA, G., *op. cit.*, p. 106, “a regra fundamental, e uma vez que as normas anti-abuso em causa visem situações de elisão fiscal, é inevitavelmente a da aplicação da regra especial (a norma especial anti-abuso), nos seus consequentes (na sua estatuição), em detrimento da CGAA”.

⁶⁴ Note-se ainda que o modelo de criação de cláusulas específicas apresenta sinais de esgotamento.

⁶⁵ Este diploma foi objecto de um esclarecimento pelo despacho n.º 14592/2008, de 15 de Maio de 2008, do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, Carlos Lobo (adiante designado por “Orientações interpretativas”) tendo em vista resolver (algumas) dúvidas e proporcionar uma interpretação uniforme do diploma pelos serviços (in *Diário da República*, 2ª série, n.º 101 de 27

Este diploma surgiu na sequência de uma autorização legislativa, constante da Lei do Orçamento do Estado para 2007, que tinha por finalidade a adopção de “medidas de carácter preventivo relativamente a práticas de evasão e planeamento fiscal “agressivo”, mediante a consagração de obrigações específicas de comunicação, informação e esclarecimento à administração tributária sobre esquemas, operações ou transacções adoptados ou propostos que tenham como principal ou um dos principais objectivos a obtenção de vantagens fiscais”⁶⁶

Esta autorização referia-se expressamente às fontes da medida: certas recomendações de organizações internacionais (o G8 e a OCDE) e certas experiências estrangeiras (Estados Unidos, Reino Unido, Canadá) que instituíram uma previsão legal de obrigações de comunicação dirigidas a promotores de esquemas de planeamento fiscal “agressivo”.

Na base deste movimento estão as preocupações de alguns países mais desenvolvidos com as incidências da globalização na erosão das receitas tributárias, com os custos administrativos das actividades de fiscalização (elas mesmas suportadas por complexos sistemas de informação) e com as repercussões que tais fenómenos acarretam na quebra de legitimação dos sistemas fiscais. Fenómenos como a desterritorialização de operações económicas, fruto da digitalização da economia, como a transnacionalização dos operadores económicos, com a conseqüente generalização de contribuintes plurilocalizados, como as inovações financeiras (instrumentos financeiros derivados, *stock options*, etc.), e como o incremento da oferta, por empresas de consultoria (em sentido amplo), de serviços de minimização fiscal (nos planos interno e, sobretudo, internacional) aumentam o número dos contribuintes de risco (os chamados contribuintes *wont' pay, noncompliant*) e são vistos com inquietude crescente pela degradação fiscal que tendem a provocar.⁶⁷ Escândalos, como os da Enron, começaram a chamar a atenção do mundo para os problemas da contabilidade criativa, do ilusionismo financeiro e da evasão e elisão fiscal internacional.⁶⁸

É neste contexto que, em 14 e 15 de Setembro de 2006, os dirigentes de autoridades relativas à tributação do rendimento de 35 países, ou os seus representantes, reuniram-se em Seul, no âmbito do Fórum das Administrações Fiscais (*Forum on Tax Administration*) para analisar a questão da não conformidade de práticas internacionais dos contribuintes e seus consultores com as leis fiscais internas.

de Maio de 2008). O regime do planeamento fiscal abusivo, cuja entrada em vigor se deu em 15 de Maio de 2008, foi completado pela Portaria n.º 364-A/2008, de 14 de Maio, que aprovou a Declaração de Planeamento Fiscal.

⁶⁶ Cf. o n.º 1 do artigo 98.º da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro (publicado em anexo a este livro).

⁶⁷ Sublinhe-se, no entanto, que a globalização, a desterritorialização, a desmaterialização e a digitalização foram, ao mesmo tempo, aproveitados por muitos Estados para desencadear políticas agressivas de competitividade fiscal, que não foram até hoje objecto de regulação suficiente, apesar das proclamações políticas e de algumas tentativas de alcance relativamente reduzido.

⁶⁸ Vide a impressionante análise de STIGLITZ, J. E., *Quand le capitalisme perd la tête*, Fayard, 2003, (tradução de *The Roaring Nineties*), p. 157 e ss., a qual só peca por defeito se tivermos em conta as situações detectadas com a eclosão da crise actual, nomeadamente no sistema bancário-sombra (cf. KRUGMAN, P., *O regresso da economia da depressão e a crise actual*, Lisboa: Presença, 2009, p. 153 e ss.).

Na declaração final da reunião de Seul foram afirmadas, entre outras, preocupações relativas à necessidade de se aprofundar o conhecimento de esquemas de planeamento fiscal agressivo, quer desenhado por departamentos fiscais das empresas (planeamento *in-house*), quer proposto por intermediários, nomeadamente firmas de advogados, firmas de contabilidade, consultores fiscais e instituições financeiras.⁶⁹ Esta forma de planeamento ter-se-ia transformado numa verdadeira indústria de produtos fiscais, que colocaria no mercado a promoção de esquemas inaceitáveis de optimização fiscal, quer de esquemas a feitiço (*one-off arrangements*), quer de esquemas comercializados em massa (*mass marketed arrangements*)⁷⁰

Paralelamente foram incentivados o reforço e o aprofundamento das relações das Administrações fiscais nacionais com os contribuintes e com os intermediários fiscais, numa base de confiança mútua (*enhanced relationship*).

Diversos estudos foram entretanto realizados sobre o tema do planeamento fiscal agressivo que serviram de trabalhos preparatórios ao Relatório final apresentado para discussão no Fórum de 10 e 11 de Janeiro de 2008.⁷¹

Uma das medidas de regulação desta forma de planeamento é a criação de regimes obrigatórios de revelação e comunicação (*disclosure and reporting rules*) às Administrações fiscais de esquemas de potencial evasão fiscal internacional e de planeamento fiscal abusivo.

Esta técnica evoca a do regime comunitário dos auxílios de Estado. De facto, também aqui existe uma técnica de “visto prévio” que obriga os Estados-Membros da União Europeia a notificarem a Comissão acerca dos incentivos e benefícios fiscais a empresas que pretendam introduzir. A ausência de notificação inquina o regime de incentivos de ilegalidade, enquanto a notificação permite que a Comissão, após a sua análise, o declare compatível ou incompatível com o mercado comum. A diferença está no facto de, nos regimes de controlo prévio do planeamento fiscal a não comunicação dos esquemas propostos por parte dos promotores ou utilizadores ser sujeita a sanção, mas a comunicação não ser objecto de resposta directa por parte das autoridades fiscais.

⁶⁹ A designação “planeamento agressivo” tinha sobretudo a ver com a comercialização de propostas de planeamento por parte de intermediários fiscais (óptica da oferta), cuja actividade se propunha regular.

⁷⁰ A Declaração de Seul, de 2006, disponível no site da OCDE <http://www.oecd.org/dataoecd/38/29/37415572.pdf>, intitula-se “Sharing Knowledge of Developments and Reforms in Revenue Bodies and Meeting the Challenges of International Non-Compliance with Domestic Tax Laws”. Estiveram representados todos os países do G8 (à excepção da Rússia), bem como a China, a Índia, e certos países conhecidos por serem jurisdições de baixa tributação (Irlanda, Luxemburgo, Singapura e Suíça).

⁷¹ Cf. OECD, *Study into the Role of Tax Intermediaries*, Paris, 2008 e o Relatório intitulado *Agressive Tax Planning: Report on Detection and Response Strategies in Selected OECD Countries* (CTPA/CFA (2007) 38/ CONF de 11 de Junho de 2007). Veja-se ainda o Relatório final de 2008 que está igualmente disponível na internet no site da OCDE (in http://www.oecd.org/document/39/0,3343,en_2649_3742_39886055_1_1_1_37427.00.html).

4.2 Os ensinamentos do Direito Comparado

4.2.1 O regime dos EUA

A primeira experiência para combater o que é percebido por uma jurisdição fiscal como “*agressive tax planning*” é a norte-americana, datada de 1984.⁷²

Após um longo período de experimentação, o Treasury e o IRS americano emitiram, em 31 de Julho de 2007, novas regras relativas a registo e prestação de informações quer pelos contribuintes, quer pelos promotores sobre as operações susceptíveis de serem consideradas como planeamento fiscal agressivo.⁷³

Estas operações são objecto de comunicação obrigatória ao fisco (*reportable transactions*), cujo incumprimento origina pesadas sanções. Elas constam de uma *lista específica (one step approach)* que abrange um conjunto de transacções sujeitas a condições de confidencialidade, ou que envolvem prejuízos, ou que implicam comissões (*fees*) reembolsáveis ou contingentes (cláusulas de restituição do preço) ou que envolvam a detecção de activos por períodos breves ou ainda que sejam previamente definidas como tendo interesse para o governo.

Para além destas, devem ainda ser comunicadas as transacções que sejam substancialmente similares àquelas. Os participantes nestas transacções devem preencher um formulário contendo pormenores das transacções relatadas para serem avaliadas pelo *Office of Tax Shelter Analysis*. Os promotores devem ter uma lista com a identificação dos utilizadores a quem tenham prestado assessoria fiscal.

Por sua vez, os consultores fiscais (*material adviser*) devem igualmente comunicar as transacções em que estiveram envolvidos. A estas transacções é dado um número pelos serviços que o consultor deve transmitir aos participantes e que é por estes comunicado na descrição da transacção efectuada.

De acordo com SILVA e NEVES, o regime norte-americano tem sobretudo dois objectivos, o de identificar transacções consideradas abusivas que as autoridades fiscais pretendem examinar com maior pormenor e o de advertir os respectivos promotores (oferta) e os utilizadores (procura) de que a sua validade jurídica poderá ser questionada com base nos meios legais disponíveis.⁷⁴

⁷² Sobre o tema, WEST, Philip R., “Antiabuse Rules and Policy: Coherence or Tower of Babel”, *Tax Notes International*, March, 31, 2008, pp. 1162 e ss.; OCDE, “Aggressive Tax Planning”, *op. cit.*, p. 21.; KORB, D. L. “Shelters, schemes, and abusive transactions: Why today’s thoughtful U.S. tax advisors should tell their clients to «just say no»”, University of Cambridge, December 14, 2005.

⁷³ Vide 72. Reg. 43146, 72 Fed. Reg. 43154 e 72 Fed. Reg. 43157, todos de 3 de Agosto de 2007.

⁷⁴ Assim, SILVA, F. Castro / NEVES, T. Cassiano, “Planeamento Fiscal Abusivo: O Caso Português no Contexto Internacional”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 3, 2008, p. 115 e ss., em particular, p. 125 e ss.

4.2.2 O regime britânico

Criado pelo *Finance Act* de 2004, para ser aplicado apenas a transacções que envolvessem produtos financeiros ou a requalificação de rendimentos do trabalho e que visassem a obtenção de vantagens fiscais, o regime foi profundamente alterado e alargado em 2006, com efeitos a partir de 1 de Agosto de 2006.⁷⁵

A lei distingue entre operações de planeamento desenvolvidas por um promotor e as efectuadas pelos contribuintes.

No primeiro caso, o promotor está obrigado a comunicar, num formulário próprio, a operação se esta tem como objectivo principal a obtenção de uma vantagem fiscal e se, concomitantemente o esquema implicar confidencialidade ou pagamento de comissões (*fees*), se for um produto *standard*, se contiver cláusulas inabituais ou se envolver operações de *leasing* ou esquemas de prejuízos (*multi-step approach*). A Administração atribui um número de identificação à operação comunicada pelo promotor, que o contribuinte, após ser informado por este, deverá mencionar nas suas declarações de rendimentos.

No caso de esquemas *in-house*, quando o promotor esteja estabelecido fora do Reino Unido ou seja um advogado que goze de sigilo profissional, são os próprios contribuintes, com excepção das pequenas e médias empresas, quem está obrigado a proceder à comunicação.

4.2.3 Outras experiências

São conhecidas outras experiências deste tipo, nomeadamente, em Israel, na sequência da adopção, por este país, de um sistema de tributação de base mundial e no Canadá, um regime que, por obrigar apenas promotores e por abranger um número muito restrito de esquemas de planeamento (*tax shelters*) relativos a impostos federais, não pode ser considerado como fonte do regime português.⁷⁶ O mesmo ocorre com o regime irlandês que introduziu em 2006 um "*protective disclosure regime*", sem carácter obrigatório e tendo como incentivo a não aplicação de penalidades se a notificação do esquema for efectuada dentro do prazo previsto.

⁷⁵ Cf. Parte 7 (sections 306 a 319) do *Finance Act* de 2004, SI 2004/1863, SI 2004/ 1864 e, quanto as alterações introduzidas a partir de 2006, SI 2006/1543 e SI 2007/785. Para além dos relatórios da OCDE citados na nota 64, vide ainda HMRC Guidance, *Disclosure of Tax Avoidance Schemes: Income Tax, Corporation Tax, Capital Gains Tax and Stamp Duty Land Tax*, Junho de 2006. Cf., sobre o tema, BAKER, Philip, "Legal professional privilege & tax avoidance disclosure", *Tax Adviser*, January 2005, p. 11 e ss.; WILKS, S./ ARENSTEIN, A. / GREENFIELD, P., "Do UK Tax Planning Disclosure Developments Imply a General Change of Approach by Tax Authorities?", *European Taxation*, vol. 47, n.º 1, January, 2007, p. 47 e ss., bem como SILVA, F. C. / NEVES, T. C., *op. cit.*, p. 128 e ss.

⁷⁶ Sobre Israel, vide SILVA/ NEVES, *op. cit.*, p. 132-3 . Sobre o Canadá, cf. OCDE, "Aggressive Tax Planning", *op. cit.* p. 21 e ss.: o regime abrange apenas a aquisição de propriedades quando as perdas ou deduções nos primeiros quatro anos ultrapassem o custo de aquisição e os donativos quando o benefício fiscal exceder o custo líquido da doação.

Mais importante é chamar a atenção para duas tentativas de introdução do controlo prévio do planeamento fiscal em dois países de família jurídica romano-germânica, em 2005, na França, onde foi votada ao insucesso por desacordo entre as autoridades fiscais e os intermediários fiscais, e em 2007, na Alemanha, ano em que foi apresentada uma proposta dirigida ao planeamento fiscal internacional, até agora não aprovada.⁷⁷

5. O regime português do planeamento fiscal abusivo

5.1 Objectivos, objecto, observações preliminares

Segundo o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 29/2008, são objectivos do regime português, para além da transparência e de uma maior justiça no sistema fiscal, a regulação do exercício da consultadoria fiscal *agressiva* que visa “a exploração sem limites e sem peias das fragilidades da lei fiscal, mesmo que em desconformidade com o plano (*sic*) e o espírito legislativo”, a diminuição dos custos administrativos da fiscalização e o reforço da eficácia “no combate à fraude e evasão fiscais”, através do incremento da cooperação entre a DGCI e certas entidades.⁷⁸

Este regime consagra especiais deveres de comunicação, informação e esclarecimento à Administração Fiscal por parte de consultores fiscais e entidades financeiras de esquemas pré-fabricados de planeamento fiscal abusivo para oferta a clientes. São abrangidos os principais impostos geridos pela DGCI (IRS, IRC, IVA, IMI, IMT, IS), ficando excluídos os impostos geridos pela DGAIEC, como o imposto sobre veículos e os impostos especiais de consumo, impostos estes mais permeáveis à evasão e fraude que à elisão fiscal.⁷⁹ O cumprimento destes deveres é efectuado através de uma *Declaração de planeamento fiscal*, sendo a apresentação desta obrigatória sempre que estejam preenchidos os pressupostos subjectivos e objectivos de aplicação do Decreto-Lei n.º 29/2008.

Algumas observações poderão, desde já, ser efectuadas.

A primeira diz respeito à alteração de vocabulário. No articulado da lei, já não se fala de planeamento fiscal *“agressivo”* (designação sem história no direito português e no direito comunitário, se não mesmo, em rigor, em qualquer ordenamento jurídico da família romano-germânica), para se falar agora de planeamento fiscal *abusivo* (parecendo querer-se reconduzir a questão para o

⁷⁷ Sobre a proposta alemã, vide SILVA/NEVES, p. 130 e ss.; EHLERMANN / NAKHAL, “Germany Launches Attack on Tax Planning Structures”, *Tax Notes International*, v. 47, n.º 4, 2007, pp. 316 e ss.

⁷⁸ Interessante a confissão pública da existência de um planeamento fiscal estadual e do objectivo de diminuição de custos administrativos. Neste quadro, compreende-se mal a referência à cooperação entre a DGCI e certas entidades, pois esta cooperação forçada é de natureza unilateral. As entidades interessadas não são sequer informadas da posição da Administração relativamente aos esquemas comunicados.

⁷⁹ Note-se que o IVA na importação apesar de ser gerido pela DGAIEC, parece estar dentro da previsão normativa. Põe-se contudo o problema de saber se a comunicação neste caso não deveria ser feita às Alfândegas.

terreno já explorado do abuso de direito em matéria fiscal ou do abuso de normas fiscais).⁸⁰ Esta mudança clarifica, aliás, definitivamente uma questão: falar de abuso (como algo de ilegítimo ou, pelo menos, de problemático) significa que o uso do planeamento fiscal não é, em si mesmo, objecto de censura jurídica. Pelo contrário: é, segundo alguns, um direito ou, segundo outros, uma liberdade.

A segunda tem a ver com a relação desta figura com as cláusulas anti-abuso. Já vimos que as cláusulas anti-abuso legitimam uma reacção da Administração a *posteriori* contra práticas elisivas, enquanto o regime do planeamento fiscal abusivo opera a *priori*, com fins de prevenção. Mas tirando isso, o espaço destas cláusulas deve, no fundamental, ser o mesmo do regime do planeamento fiscal abusivo. De facto, se a cláusula geral anti-abuso não está vocacionada para lidar com a elisão fiscal internacional, o mesmo não acontece com as cláusulas específicas. Em qualquer caso, o novo regime constitui uma restrição a direitos ou liberdades fundamentais, pelo que deverá estar em conformidade com a CRP e com as disposições do Tratado da União Europeia.

A terceira é que o dispositivo sobre o planeamento fiscal abusivo constitui mais uma expressão do planeamento fiscal do Estado que, embora se apresente sob forma legislativa, fica muito dependente, na sua exacta configuração, da capacidade da administração em concretizá-lo.

A quarta prende-se com a referência ao objectivo do “combate à fraude e evasão fiscais”. Pelas razões já avançadas, é essencialmente um *desiderato* político. Dificilmente a lei poderia obrigar, sem violar a proibição da auto-incriminação acolhida na Lei Fundamental, os contribuintes que violaram a lei fiscal, penal ou contra-ordenacional, a confessarem, sob pena de sanção, as suas infracções à Administração. O novo regime não é, de facto, vocacionado para aquele combate.

5.2 Noção legal de planeamento fiscal e de esquemas ou actuações potencialmente abusivas

Planeamento fiscal é “qualquer esquema ou actuação que determine, ou se espera que determine, de modo exclusivo ou predominante, a obtenção de uma vantagem fiscal por sujeito passivo de imposto”.⁸¹ Por sua vez, *vantagem fiscal* é “a redução, eliminação ou diferimento temporal de imposto ou a obtenção

⁸⁰ Sobre o tema, cf. MALHERBE, Jacques, “L’abus de droit au droit fiscal comparé”, *Rapport au colloque «Abuso di diritto»*, Université Luiss, Roma, juillet 2008, em que o autor analisa os regimes alemão, francês, belga e comunitário do abuso de direito.

⁸¹ Cf. o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 29/2008. O mesmo artigo define, de forma muitíssimo ampla, esquema como “qualquer plano, projecto, proposta, conselho, instrução ou recomendação, exteriorizada expressa ou tacitamente, objecto ou não de concretização em acordo ou transacção” e actuação como “qualquer contrato, negócio ou conjunto de negócios, promessa, compromisso, estrutura colectiva ou societária, com natureza vinculativa ou não, unilateral ou plurilateral bem como qualquer operação ou acto jurídico ou material, simples ou complexo, realizado, a realizar ou em curso de realização”

de benefício fiscal, que não se alcançaria, no todo ou em parte, sem a utilização do esquema de planeamento fiscal”.

A lei, no entanto, estabelece taxativamente alguns *filtros*, optando pela *técnica de listagem*.

Assim, apenas obriga à comunicação de algumas situações consideradas como esquemas ou actuações potencialmente abusivos, no momento actual ou no futuro. Estes filtros, após afinação pelas orientações interpretativas que procuraram reduzir a incerteza e evitar a avalanche de comunicações, aponta como situações de potencial planeamento abusivo os seguintes esquemas:

a) Os que impliquem a participação de entidade sujeita a regimes fiscais privilegiado, isto é, de uma entidade

- cujo território de residência conste da lista aprovada por portaria do Ministério das Finanças,⁸²

- que não seja tributada em imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRS ou IRC (a Estónia, por exemplo),

- cujo imposto efectivamente pago seja igual ou inferior a 60% do imposto que seria devido se a entidade fosse considerada residente em Portugal.⁸³

b) Os que impliquem a participação de entidade total ou parcialmente isenta;⁸⁴

c) Os que envolvam operações financeiras ou sobre seguros susceptíveis de determinar a requalificação do rendimento ou a alteração do beneficiário,⁸⁵

d) Os que impliquem a utilização de prejuízos fiscais;⁸⁶ e

⁸² Até agora a única portaria existente contendo uma lista negra de jurisdições consideradas como paraísos fiscais ou dotadas de regimes fiscais privilegiados é a Portaria n.º 150/2004, de 13 de Fevereiro, a qual, no entanto, não diz respeito a todos os impostos e necessita de revisão, pois não toma em consideração os efeitos da adesão de novos Estados à União Europeia, nem reflecte os resultados dos esforços da OCDE e da União contra a concorrência fiscal desleal.

⁸³ As Orientações interpretativas dão como exemplos deste primeiro filtro, duas situações: a da constituição ou de aquisição por uma sociedade portuguesa de uma outra sediada no estrangeiro e aí sujeita a um regime fiscal privilegiado, para a qual seria transferida uma marca de titularidade da sociedade residente entre nós, a qual passaria subsequentemente a proceder ao pagamento de direitos pela utilização da marca e a da constituição ou aquisição de uma sociedade no exterior, que aí beneficie de um regime fiscal privilegiado, com vista à sua utilização por uma pessoa singular residente para facturação dos serviços de natureza profissional efectuados no estrangeiro.

⁸⁴ Segundo as Orientações interpretativas estão englobadas nesta categoria a situação de constituição ou aquisição de sociedade que beneficie de isenção de rendimentos obtidos no estrangeiro, para a qual sejam canalizadas prestações suplementares a utilizar para financiamento da mesma empresa no estrangeiro, requalificando assim proveitos (*sic*) de juros sujeitos a imposto em dividendos dedutíveis na determinação do lucro tributável.

⁸⁵ As Orientações interpretativas integram neste grupo a situação de utilização de sociedade (do mesmo grupo) estabelecida ou domiciliada em jurisdição não comunitária para facturar serviços financeiros isentos de IVA, mas que conferem direito à dedução, de modo a aumentar a percentagem de dedução de imposto (*pro rata*) da entidade financeira em território português.

⁸⁶ É, de acordo com as Orientações interpretativas, o caso da realização, por sociedade sujeita a tributação entre nós, de operação de titularização de créditos futuros com imputação de receitas

e) Os que sejam propostos com cláusula de exclusão ou de limitação da responsabilidade em benefício do respectivo promotor, mesmo que não se incluam nas situações acima indicadas.

Estamos, no fundo, perante critérios de análise de risco que normalmente já deveriam ser observados pelos serviços de fiscalização nos seus procedimentos inspectivos e na própria planificação da sua actividade.

5.3 Os sujeitos do dever de comunicação

São sujeitos, em primeira linha, do dever de comunicação os *promotores* do planeamento fiscal e, excepcionalmente, os *utilizadores*. Entende-se por *promotor* “qualquer entidade com ou sem personalidade jurídica, residente ou estabelecida em território nacional, que, no exercício da sua actividade económica, preste, a qualquer título, com ou sem remuneração, serviços de apoio, assessoria, aconselhamento, consultoria ou análogos no domínio tributário, relativos à determinação da sua situação tributária ou ao cumprimento de obrigações tributárias de clientes ou de terceiros”. São *exemplos* de promotores os instituições de crédito e instituições financeiras, os revisores oficiais de contas (ROC) e as sociedades de revisores, os advogados, solicitadores e respectivas sociedades e os técnicos oficiais de contas.

Um promotor fica vinculado às obrigações de informação quando, por qualquer forma, tenha participado ou colaborado na concepção ou proposta de esquema ou actuação de planeamento fiscal ou tenha acompanhado a sua preparação, adopção ou implementação.

Não ficam sujeitos ao dever de comunicação, por não serem considerados “actos de promoção”, os seguintes procedimentos:

- Quanto aos advogados e solicitadores e respectivas sociedades, o aconselhamento sobre esquemas no contexto da avaliação jurídica do cliente, no âmbito da consultoria jurídica, da defesa ou representação em processo e, de forma geral, os actos próprios dos advogados e solicitadores.⁸⁷

- Quanto aos ROC e respectivas sociedades, as recomendações sobre esquemas no âmbito e para os efeitos das funções de revisão legal de contas.

O promotor deve efectuar a comunicação nos vinte dias subsequentes ao termo do mês em que tenha efectuado a primeira proposta ou, se não for proponente, a tenha passado a acompanhar.

Quando não haja proposta de promotor ou quando este resida fora do território português, compete ao *utilizador* a obrigação de comunicação dos esquemas de planeamento fiscal, desde que este seja pessoa colectiva ou

dessa operação aos resultados do exercício em que foi efectuada, para garantir a utilização parcial ou total de prejuízos fiscais cuja possibilidade de reporte caducaria nesse exercício.

⁸⁷ Estes actos estão definidos na Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto.

entidade sem personalidade jurídica ou pessoa singular e esteja em causa esquema que envolva regime fiscal privilegiado ou que implique a participação de entidade total ou parcialmente isenta.

O utilizador deve efectuar a comunicação até ao fim do mês seguinte ao da sua adopção.⁸⁸

5.4 O objecto da comunicação: o dever de informar

O dever de informação implica, antes de tudo, a identificação do promotor ou, quando não haja proposta de promotor ou quando este resida fora do território português, a identificação do utilizador.

Para além disso, abrange também a descrição pormenorizada do esquema (tipos negociais, estruturas societárias, operações) e da vantagem pretendida, podendo esta ser objecto de esclarecimentos complementares a prestar em trinta dias após notificação.

Este dever implica ainda a obrigação de identificar a base legal a que respeita a vantagem pretendida e não é, em princípio, prejudicado por qualquer dever de sigilo.

A lei procura contudo rodear este dever de informação de alguns cuidados e garantias. Assim, ele não abrange a identificação de clientes, nem origina violação do dever de confidencialidade nem tão pouco implica responsabilidade de quem presta as informações. Além disso, as informações prestadas são confidenciais. Significa isto que, salvo as excepções previstas na lei, os dirigentes, funcionários e agentes da administração tributária estão obrigados a guardar sigilo sobre os dados que os promotores ou utilizadores dos esquemas de planeamento fiscal comunicaram.⁸⁹

5.5 Gestão administrativa das informações

5.5.1 O dever de o Fisco divulgar na internet as medidas de planeamento fiscal abusivo

⁸⁸ A comunicação deve ser efectuada electronicamente, usando o modelo aprovado pela Portaria n.º 364-A/2008, que está disponível no *site* da DGCI.

⁸⁹ Cf. o artigo 64.º da LGT, para que remete o artigo 16.º do DL 29/2008. Recorde-se que a violação de sigilo fiscal é crime (artigo 91.º do RGIT). Apesar destas precauções, não parece estar suficientemente prevenido o perigo de haver muitos funcionários com acesso ao sistema de informações, sem que haja um sistema seguro de identificação desses funcionários. O perigo é o da utilização para proveito próprio da informação recebida. Perigo bem real se houver funcionários que deixem a administração tributária, na posse do conhecimento de esquemas de planeamento fiscal (não abusivo), para ingressarem em entidades promotoras. Do mesmo modo, o acesso a estas informações (e o mesmo deveria acontecer com a quebra de sigilo bancário por agentes administrativos) deveria estar protegida relativamente a intromissões abusivas, questão hoje fácil de resolver, no plano técnico, se o acesso apenas fosse permitido a um grupo restrito de funcionários identificados, no momento em que acedem a estas informações, por meio de reconhecimento da impressão digital.

As informações fornecidas por promotores ou utilizadores constarão de uma base de dados nacional por imposto. Desconhece-se qual é o estado de construção desta base e quem a gere, se a DGCI, se a DGITA, a quem, normalmente, tal gestão deveria competir. A construção da base por imposto não deve impedir a comunicação entre impostos, pois existem esquemas de planeamento fiscal que dizem respeito a mais que um imposto.

Mecanismo decisivo para a eficácia e transparência do sistema é o da divulgação na *internet* dos esquemas de planeamento considerados como abusivos. Esta divulgação é a contrapartida, por parte da Administração, do dever de comunicação imposto aos contribuintes. É ela que permite identificar quais são os esquemas comunicados pelos promotores ou utilizadores que o fisco considera abusivos, funcionando como um mecanismo de segurança para os contribuintes e de redução de complexidade para os funcionários. Só em meados de 2010, porém, a Administração divulgou na *internet* informações relativas à análise das comunicações recebidas pela DGCI⁹⁰. A omissão de tal informação durante muito tempo foi geradora de incertezas e permitia mesmo manifestar dúvidas sobre a real importância desta medida ou sobre a capacidade do Fisco para a pôr em prática. Caso tivesse persistido, essa omissão poria em causa a natureza preventiva do mecanismo e desencorajaria os promotores e utilizadores de comunicarem a informação pretendida. Uma omissão neste campo eliminaria o único elemento de cooperação da Administração para com os utilizadores e promotores dos instrumentos de planeamento fiscal comunicados.⁹¹ Saúda-se pois a divulgação, embora tardia, de tais informações, mesmo que muitas delas possam ser, como têm sido, objecto de crítica⁹².

É certo que existe na *internet* o despacho do SEAF que procurou, ainda antes de recebida qualquer comunicação por parte de promotores ou utilizadores, circunscrever *a priori* o alcance do diploma, identificando alguns dos mecanismos que serão considerados como abusivos.

No entanto, este despacho não substituiu, nem podia obviamente substituir, o trabalho de casa da Administração fiscal.

⁹⁰ Cfr. DGCI/Ministério das Finanças, *Divulgação ao abrigo do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro* in <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/BC481FC3-FD05-4960-BB58-D7D2D96790DC/O/DivulgacaoDL.2908PFA.pdf>

⁹¹ Diga-se de passagem que, apesar de alguns esforços louváveis (vide, sobre o tema, TOMAZ, J. Amaral, "Informações Vinculativas Fiscais", in *CTF* n.º 413, p. 221 e ss.), os antecedentes nesta matéria não são animadores: basta atentar no reduzidíssimo número de informações vinculativas genéricas divulgadas no *site* da DGCI, situação que, até agora, apesar das recentes alterações ao artigo 68.º da LGT, não mostra sinais de ser invertida.

⁹² Destas críticas tem feito eco o hebdomanário *Expresso* ao analisar, semana a semana, cada um das medidas consideradas pela Administração Fiscal como planeamento fiscal abusivo. Não cabe, porém, nos limites deste estudo analisar criticamente tais medidas.

5.5.2 Os efeitos da qualificação de uma medida como planeamento fiscal abusivo

Os efeitos da consideração de uma medida como planeamento fiscal abusivo são, segundo a lei, de dupla natureza. Por um lado, o Director-Geral dos Impostos poderá propor medidas legislativas ou regulamentares para contrariar o esquema abusivo detectado.⁹³ A lei ao falar em propor medidas põe de parte a possibilidade das medidas que visam considerar o esquema como anti-jurídico serem criadas por meio de simples circular administrativa. Acresce que tais medidas não podem ter efeito retroactivo.

Por outro lado, a DGCJ poderá dirigir as suas acções de fiscalização no sentido de detectar os esquemas mais relevantes. A lei é omissa quanto aos efeitos de um esquema deste tipo detectado pela fiscalização. Os esquemas que, eventualmente, ultrapassem os limites do planeamento fiscal, enveredando pelo ilícito penal ou contra-ordenacional seguirão naturalmente o prescrito no RGIT, embora, como se disse, dificilmente se possa configurar tal situação, dada a impossibilidade, consagrada na nossa Lei Fundamental, da existência de um dever de auto-incriminação. Mais difícil é a questão de saber qual é a sanção para os esquemas de elisão fiscal. Em última instância, poderá dar lugar à aplicação das cláusulas anti-abuso, quer da cláusula geral, quer das cláusulas de natureza sectorial ou de medidas previstas na lei para evitar fenómenos de elisão fiscal internacional (como, por exemplo, a aplicação da Portaria n.º 150/2004, de 13 de Fevereiro, da cláusula CFC ou do instituto de preços de transferência). O efeito mais importante será assim a possibilidade de serem desconsideradas as qualificações atribuídas pelas entidades fiscalizadas, com a conseqüente emergência da obrigação fiscal.

5.6 Penalidades por incumprimento do dever de comunicar

A violação de deveres de cooperação quer por parte dos promotores como dos utilizadores constitui contra-ordenação, sendo punível a negligência.

Quanto aos *promotores*, a falta de comunicação ou a comunicação fora de prazo das informações exigidas por lei é punível com coima de 5.000 a 100.000 euros, ou de 1.000 a 50.000 euros, conforme seja aplicada a ente colectivo ou pessoa singular

Por seu turno, a violação do dever de esclarecimento relativo a quaisquer aspectos ou elementos da descrição efectuada do esquema ou da actuação de planeamento fiscal, bem como a indicação do número de vezes em que foi proposto ou adoptado e do número de clientes abrangidos, por não indicação dos elementos pedidos ou pela sua prestação fora de prazo, está sujeita a coima

⁹³ O Director-Geral não tem obviamente iniciativa legislativa. Pode apenas sugerir que o Governo (ou também o Parlamento?) tome a iniciativa legislativa relativamente a certos esquemas de planeamento fiscal considerados por ele como abusivos, mas nada mais que isso. Até à data, também não são conhecidas quaisquer propostas deste tipo.

de 1.000 a 50.000 euros ou de 500 a 25.000 euros, consoante seja aplicada a ente colectivo ou a pessoa singular.

Quanto aos *utilizadores*, a falta de comunicação ou a comunicação fora do prazo das informações que lhe são exigidas no caso de não haver promotor ou este não estar sediado em Portugal, bem como as respectivas omissões ou inexactidões, são puníveis com coima de 500 a 80.000 euros ou de 250 a 40.000 euros, consoante seja aplicada a ente colectivo ou a pessoa singular.

A estas infracções é aplicável o RGIT. Como são consideradas contra-ordenações graves, pode ainda haver lugar a sanções acessórias aplicáveis aos seus agentes.⁹⁴

O pagamento da coima ou o cumprimento da sanção acessória não dispensam o infractor do cumprimento do dever de comunicação, se este ainda for possível.⁹⁵

Por fim, no plano processual, a lei refere que a competência para a instauração, instrução e decisão do processo de contra-ordenação pertence ao director de finanças da área do domicílio fiscal do promotor ou do utilizador.

6. As reacções à medida

6.1 No plano técnico

As reacções à medida têm sido, em geral, bastante críticas, embora, na maioria dos casos num tom que procura ser construtivo. Dois tipos de observações têm sido produzidos, umas no plano técnico, outras no plano político.⁹⁶

Assim, *no plano técnico*, para além das dúvidas manifestadas a propósito da bondade de um regime transitório que não se afigura um modelo de clareza, questiona-se, entre outras coisas,⁹⁷

- o carácter demasiado indeterminado de conceitos utilizados pela lei, como o de esquemas ou actuações tendentes a obterem, de modo *exclusivo ou predominante*, vantagens de natureza fiscal, uma vez que será sempre

⁹⁴ Cf. o artigo 20.º do DL 29/2008, que remete para o artigo 28.º do RGIT. De acordo com o n.º 1 deste artigo, as sanções acessórias podem consistir em perda de objectos pertencentes ao agente, privação do direito a receber subsídios de entidades públicas, perda de benefícios fiscais, privação temporária do direito a participar em feiras, mercados, leilões, concursos de obras públicas e outros actos promovidos por entidades públicas, encerramento de estabelecimento ou de depósito, cassação de licenças ou concessões e publicação da decisão condenatória a expensas dos agentes. Algumas destas sanções acessórias parecem de difícil aplicação; outras afiguram-se manifestamente desproporcionadas em relação à gravidade da infracção.

⁹⁵ A lei não é clara sobre qual será a sanção aplicável a este eventual novo incumprimento.

⁹⁶ Cf., quanto a estas e outras observações, SILVA, F. C. / NEVES, T. C., *op. cit.*, p. 135 e ss., bem como LOUREIRO, C. / NEVES, A. Beja, "Breve comentário ao recente regime de combate ao planeamento fiscal abusivo", *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º2, 2008, p. 51 e ss.

⁹⁷ Cf. o disposto no artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 29/2008 que obriga os promotores que prestem apoio, assessoria ou aconselhamento fiscal quanto à "implementação de esquemas de planeamento fiscal em curso de realização" à data da entrada em vigor daquele diploma aos deveres de comunicação e de prestação de informações.

problemático saber se um esquema ou actuação que tenha também justificação económica foi proposto com objectivo *predominantemente* fiscal;

- o conceito de vantagem fiscal por demasiado amplo e impreciso. Ao contrário do conceito de vantagem utilizado em sede de controlo de auxílios de Estado sob forma fiscal, em que esta é avaliada por referência à noção de despesa fiscal, aqui não se refere um critério específico que permita calcular o montante de poupança fiscal que, de acordo com a administração fiscal, seria obtido de forma ilegítima;

- a referência demasiado abrangente a esquemas que implicam a participação de entidades isentas (isenção subjectiva ou isenção objectiva? ambas?), pois há diversos casos em que não se encontra justificação suficiente para que esse simples facto desencadeie a obrigação de comunicar. Uma maior tipificação das operações a comunicar, como ocorre em outras experiências estrangeiras, permitiria uma maior objectividade, estimularia o cumprimento da obrigação de comunicar e simultaneamente evitaria que a administração se visse confrontada com uma avalanche de comunicações que, a ser cumprida a lei nos seus exactos termos, arriscaria o seu normal funcionamento;

- o sentido da cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade, em particular se se trata de cláusulas gerais de restrição de responsabilidade (o que seria inadmissível) ou de cláusulas que visem especificamente limitar o resultado do planeamento fiscal (única solução que poderia ser aceitável);

- a questão de saber se as excepções ao dever de comunicação (mesmo que sejam justificadas) não provocarão situações de desigualdade, patentes, por exemplo, no facto de, na prática, o dever de comunicação por parte de terceiros se cingir essencialmente às instituições financeiras;

- a necessidade de clarificar qual será a taxa de referência de IRC à qual se aplicam os 60% e o afastamento dos critérios que, segundo a OCDE, caracterizam um paraíso fiscal e um regime fiscal privilegiado;

- a desproporção das penalidades aplicáveis, proporcionalmente bem mais duras para os pequenos operadores;⁹⁸

- a inexistência de dever de resposta por parte da Administração, esclarecendo qual é a sua posição em relação aos esquemas comunicados: por isso, sempre que possível, os operadores interessados poderiam simultaneamente recorrer ao instituto da informação vinculativa, procurando receber uma resposta concreta ou beneficiar da aplicação do n.º 8 do artigo 63.º do CPPT;

- a frágil incidência territorial do regime, em particular quando a vantagem é essencialmente obtida com intervenção de factores extraterritoriais.

⁹⁸ Deverá evitar-se uma aplicação automática de coimas contrária ao disposto no n.º 1 do artigo 21.º do RGIT, segundo o qual “ a coima deverá ser graduada em função da gravidade do facto, da culpa do agente, da sua situação económica e, sempre que possível, exceder o benefício económico que o agente retirou da prática da contra-ordenação”.

As Orientações Interpretativas resolveram alguns problemas, mas não todos. E, em alguns pontos, deveriam ser clarificadas.

Estas e outras questões deveriam ser objecto de maior ponderação, no mínimo, no momento da futura revisão do regime.⁹⁹

Mas as questões mais importantes põem-se no plano político.

6.2 No plano político

É sabido que várias organizações internacionais, com destaque para a OCDE, têm vindo desde há muito a preocupar-se com os problemas da evasão fiscal, da concorrência fiscal desleal e, mais recentemente, do planeamento fiscal agressivo, ou seja, da elisão fiscal proporcionada por intermediários financeiros.

Deste modo, cada Estado deverá começar por fazer uma avaliação da sua situação interna, para ver qual o problema mais premente e, conseqüentemente, perante a existência de recursos escassos, qual a prioridade de intervenção.

Creio que, entre nós, a questão central é ainda a da evasão fiscal, muito mais que a da elisão fiscal. E, por isso, creio ainda que deveríamos ser prudentes na adopção de medidas que outros países europeus, com níveis de desenvolvimento sócio-económico e político mais avançados que o nosso, acabaram por abandonar. Acresce que as experiências que estão na base do nosso regime relativo ao planeamento fiscal “agressivo” são as de países com sistemas jurídicos (*common law*) muito distintos do nosso. Quando continuam a existir entre nós focos de evasão permitida como os que ocorrem com o regime dos pequenos contribuintes de IVA, verdadeiro sistema de alimentação da economia paralela, ou, noutro plano, dificuldades na aplicação do regime de preços de transferência, tem, quanto a mim, mais sentido que os recursos sejam canalizados para a resolução desses problemas e de outros semelhantes.

Mas, sendo opção política, o combate à elisão fiscal pela via da adopção de regimes de comunicação de esquemas de planeamento fiscal abusivo, então devemos chamar a atenção para uma questão essencial. A OCDE encara este problema num quadro muito mais vasto que o da simples “fuga ao fisco”. A questão só se compreende no quadro do *sistema de relações fiscais*, em que são peças essenciais não só a preparação das administrações fiscais para levar a cabo as tarefas de gestão do risco e dos sistemas de informações, como as relações entre estas, os contribuintes e seus representantes e os intermediários fiscais, num ambiente de confiança mútua, de uma *enhanced relationship*.

Por isso, a OCDE entende ser necessário que as administrações fiscais possuam determinados atributos, sem os quais, em bom rigor, difícil será esperar uma intervenção administrativa eficiente no combate à elisão

⁹⁹ De acordo com o artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 29/2008, a revisão desta lei deverá ocorrer no prazo de três anos a contar da data da sua entrada em vigor.

fiscal: conhecimento profundo das áreas de negócio dos contribuintes, sem o qual não haverá compreensão das opções destes; imparcialidade e não busca da maximização, a todo o custo, das cobranças fiscais; razoabilidade e proporcionalidade na acção; abertura e transparência e *responsaviness*, incluindo certeza, disponibilização de informação e rápida resposta às questões colocadas. No fundo, a filosofia subjacente às propostas da OCDE é a de pôr o acento tónico na prevenção e não na repressão. Até, por isso, nada impede, bem pelo contrário, a Administração indique, desde já, quais são os esquemas que considera mais gravosos, alertando os contribuintes para o risco da sua adopção.

Os estudos sociológicos mostram-nos que, nos casos de importação de soluções jurídicas ou de empréstimos jurídicos, o contexto faz a diferença.

No caso português, a primeira dúvida (legítima) é que a administração esteja preparada (ou a ser preparada) para interagir com os contribuintes de forma cooperativa e transparente. A segunda é que esteja preparada para tratar toda a informação recolhida. Por isso, também aqui, a prioridade deveria ser a criação de condições para um bom funcionamento dos sistemas de informação, encarando as transformações necessárias na Direcção-Geral de Informática e Apoio aos Serviços Tributários e Aduaneiros (DGITA), de cujo funcionamento depende o sistema fiscal e qualquer programa de combate à evasão fiscal¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Cfr. SANTOS, A.C./ AMARAL, L./ GONÇALVES, I., "A DGITA e a gestão das tecnologias de informação e comunicação na Administração Tributária: passado, presente, futuro" in Ministério das Finanças: *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 209, 2010, p. 969-995.



Gráfica e Editora LCR Ltda
Rua Israel Bezerra, 633 - Fone: (85)3272-7844
Bairro: Dionísio Torres
Fortaleza - Ceará