



Observatório da Jurisdição Constitucional

DOCTRINA

Democracia versus Constitución (...)
Macario Alemany García

Aceleração da democracia brasileira?
Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch

Abuso de direitos fundamentais (...)
Lucas Fucci Amato

OBSERVATÓRIO NACIONAL

A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 (...)
Gilmar Ferreira Mendes

A garantia constitucional contra a despedida arbitrária (...)
Fernando Hugo R. Miranda

O amicus curiae como instrumento de democratização (...)
Rafael Dilly Patrus

Divulgação da remuneração ou subsídio do agente público na internet (...)
Carlos Odon Lopes da Rocha

OBSERVATÓRIO INTERNACIONAL

Sir Edward Coke, El Bonham's Case y la Judicial Review
Francisco Fernández Segado

EDITORES RESPONSÁVEIS

André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas



Observatório da Jurisdição Constitucional

Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013

Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP

Diretora-Geral do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Dalide Barbosa Alves Corrêa

Diretora- Geral da Escola de Direito de Brasília - EDB

Julia Maurmann Ximenes

Editores responsáveis

André Rufino do Vale

Fábio Lima Quintas

Assistente Editorial

Guilherme Del Negro

Conselho Editorial

André Rufino do Vale
Universidad de Alicante

Beatriz Bastide Horbach
Eberhard-Karls Universität
Tübingen

Carlos Bastide Horbach
Universidade de São Paulo

Christine Oliveira Peter
Universidade de Brasília

Fábio Lima Quintas
Universidade de São Paulo

Gilmar Ferreira Mendes
Universidade de Brasília e Instituto
Brasiliense de Direito Público

Ingo Wolfgang Sarlet
Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul

José Levi Mello do Amaral Junior
Universidade de São Paulo

Lenio Luiz Streck
Universidade do Vale do Rio dos
Sinos

Marcelo da Costa Pinto Neves
Universidade de Brasília

Marco Túlio Reis Magalhães
Universidade de São Paulo

Marina Corrêa Xavier
Universidade de São Paulo

Paulo Gustavo Gonet Branco
Instituto Brasileiro de Direito
Público

Rodrigo de Oliveira Kaufmann
Universidade de Brasília

Sérgio Antônio Ferreira Victor
Universidade de São Paulo

Pareceristas

André Rufino do Vale

Ana Paula Zavarize Carvalho

André de Albuquerque
Cavalcanti Abbud

Beatriz Bastide Horbach

Carlos Bastide Horbach

Celso de Barros Correia Neto

Christine Oliveira Peter

Daniel Barcelos Vargas

Eliardo Teles Filho

Fábio Lima Quintas

Jorge Octávio Lavocat Galvão

Léo Ferreira Leoncy

Luciano Felício Fuck

Manoel Carlos de Almeida Neto

Marcelo Casseb Continentino

Marco Túlio Reis Magalhães

Marina Corrêa Xavier

Paulo Gustavo Gonet Branco

Paulo Penteadó de Faria e Silva Neto

Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch

Rodrigo de Oliveira Kaufmann

Sérgio Antônio Ferreira Victor

Thomaz Henrique Junqueira de
Andrade Pereira

Observatório da Jurisdição
Constitucional. [recurso eletrônico] /
Instituto Brasileiro de Direito Público –
Ano 6, no. 2 (jul./dez. 2013)-
Dados eletrônicos. – Brasília :
Instituto Brasileiro de Direito Público,
2013 241 p.

Semestral

Editores Responsáveis: André
Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas

Disponível em:

[http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.
br/index.php/observatorio](http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio)

Resumos em português, inglês e
espanhol.

1. Direito. 2.

Jurisdição Constitucional.

I. Título. II. Instituto
Brasiliense de Direito Público.

ISSN 1982-4564

Sumário – OJC – Ano 6, no. 2
 (Contents – OJC – Year 6, N. 2)

NOTA DOS EDITORES (<i>Editors' Note</i>)	IV
DOCTRINA (<i>Doctrine</i>)	
Democracia versus Constitución (¿Precompromiso o paternalismo?) <i>(Democracy v. Constitution [Precommitment or paternalism?])</i>	1
<i>Macario Alemany García</i>	
Aceleração da democracia brasileira? (<i>Speeding up of the Brazilian democracy?</i>)	29
<i>Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch</i>	
Abuso de direitos fundamentais, pluralismo cultural e critérios de tratamento igual <i>(Abuse of fundamental rights, cultural pluralism and equitable treatment criteria)</i>	54
<i>Lucas Fucci Amato</i>	
OBSERVATÓRIO NACIONAL (<i>National Case Law Review</i>)	
A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal (<i>Human dignity in the Federal Constitution of 1988 and its application by the Brazilian Supreme Court</i>)	83
<i>Gilmar Ferreira Mendes</i>	
A garantia constitucional contra a despedida arbitrária e sem justa causa e o problema da regulamentação judicial de cláusulas constitucionais de eficácia limitada ante a omissão legislativa (<i>The constitutional guarantee against arbitrary dismissals and the problem of judicial rulemaking under limited efficacy constitutional clauses in virtue of legislative omissions</i>)	98
<i>Fernando Hugo R. Miranda</i>	
O <i>amicus curiae</i> como instrumento de democratização da jurisdição constitucional brasileira (<i>Amicus curiae and the democratization of judicial review in Brazil</i>)	124
<i>Rafael Dilly Patrus</i>	
Divulgação da remuneração ou subsídio do agente público na internet: análise da Lei de Acesso à Informação (LAI) à luz dos princípios da publicidade e transparência (<i>The disclosure of public servant earnings on the internet: analysing the Access to Information Act under the light of the principles of publicity and transparency</i>)	150
<i>Carlos Odon Lopes da Rocha</i>	
OBSERVATÓRIO INTERNACIONAL (<i>International Case Law Review</i>)	
Sir Edward Coke, El Bonham's Case y la Judicial Review <i>(Sir Edward Coke, the Bonham's Case and Judicial Review)</i>	167
<i>Francisco Fernández Segado</i>	III



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013. ISSN 1982-4564.

NOTA DOS EDITORES

A revista do Observatório da Jurisdição Constitucional chega a seu sexto ano com novidades nos aspectos formais de apresentação dos artigos e na edição. Se no primeiro semestre deste ano (Vol. 1, jan./jun. 2013) já havíamos alterado a formatação dos textos e o layout de publicação dos artigos, neste segundo volume editado no ano (jul./dez. 2013) passamos a apresentar todos os dados técnicos da edição em documentos distintos (capa, sumário, ficha técnica e nota dos editores) que, em conjunto com os artigos, compõem a edição completa da revista eletrônica, deixando ao leitor a oportunidade de realizar tanto a leitura e/ou impressão de artigos individualizados como de toda a revista "capa a capa". Para uma revista eletrônica, tais modificações assumem inegável importância, na medida em que cumprem com o objetivo primordial de fornecer aspectos visuais cada vez mais claros e facilitadores da leitura tanto em meio digital como impresso.

Quanto ao conteúdo desta edição, o **Observatório da Jurisdição Constitucional** busca, mais uma vez, apresentar o público leitor com os mais recentes e importantes estudos em torno da jurisdição constitucional no Brasil e em outros países. A sessão de **Doutrina** contém interessante estudo do Prof. Macario Alemany, da Universidad de Alicante (Espanha), a respeito das relações entre democracia e constitucionalismo a partir de uma visão crítica que enfoca o paternalismo, tema do qual o Prof. Macario é considerado um dos maiores especialistas. Na parte de doutrina também trazemos dois importantes textos a respeito da democracia e dos direitos fundamentais: "Aceleração da Democracia brasileira?", do Professor Rodrigo Mudrovitsch, e "Abuso de direitos fundamentais, pluralismo cultural e critérios de tratamento igual", de Lucas Fucci Amato. A sessão **Observatório Nacional** contém artigo inédito do Professor Doutor e Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes sobre a dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, outros três artigos relevantes compõem esta sessão: "A garantia

constitucional contra a despedida arbitrária e sem justa causa e o problema da regulamentação judicial de cláusulas constitucionais de eficácia limitada ante a omissão legislativa", do Professor Fernando Hugo R. Miranda, "O *amicus curiae* como instrumento de democratização da jurisdição constitucional brasileira", de Rafael Dilly Patrus, e "Divulgação da remuneração ou subsídio do agente público na internet: análise da Lei de Acesso à Informação à luz dos princípios da publicidade e transparência", de Carlos Odon Lopes da Rocha. Na sessão **Observatório Internacional**, a publicação e os leitores são apresentados com artigo inédito (tanto no Brasil como na Espanha e em outros países) do Professor Francisco Fernández Segado, Catedrático da Universidad Complutense de Madrid, que nos fornece um dos estudos mais completos e profundos sobre a prática da *judicial review* que antecede o famoso caso Marbury vs. Madison (de 1803), cuja maior expressão encontra-se na figura de Sir Edward Coke e no julgamento do caso Bonham na Inglaterra da segunda metade do século XVII.

Ao oferecermos ao público leitor mais uma edição minuciosamente trabalhada e preparada por toda nossa equipe editorial (dando passos importantes para atender os padrões de editoração de revistas nacional e internacionalmente esperados), esperamos continuar cumprindo nosso compromisso de contribuir para os estudos a respeito da jurisdição constitucional no Brasil e em outros países.

André Rufino do Vale

Fábio Lima Quintas



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 6, no. 2, jul./dez 2013. ISSN 1982-4564.

Democracia versus Constitución (¿Precompromiso o paternalismo?)^{*}

Macario Alemany García^{*}

Resumen: En este artículo se presenta, en primer lugar, la forma de un argumento, central en la defensa de la forma constitucional, que el autor denomina “argumento paternalista”. En segundo lugar, se considera su plausibilidad en relación con la justificación de la rigidez constitucional y se trata de interpretar a partir de él la extendida concepción de las constituciones como mecanismos de precompromiso. En tercer lugar, se considera el alcance de dicho argumento paternalista en relación con el control jurisdiccional de constitucionalidad. Al respecto, se sostiene que tal forma de argumentar no supone necesariamente, como afirman algunos destacados defensores de la posición democrática, un “insulto” para los ciudadanos. Finalmente, se concluye en una defensa del constitucionalismo basada en la idea de que los argumentos paternalistas tienen su espacio en una teoría no ideal de la justicia, es decir, su plausibilidad depende, por un lado, del contexto, de la situación y, por otro lado, de algunas máximas de experiencia muy fuertemente asentadas sobre cómo es el mundo y cómo somos los seres humanos.

Palabras clave: Democracia, constitución, precompromiso, paternalismo, rigidez constitucional, control jurisdiccional de constitucionalidad.

Abstract: The article surveys a specific legal argument called by the author as “paternalistic argument”, analyzing (i) the use of this argument in constitutional adjudication, (ii) the congruence of this argument with rigid constitutions, seen as precommitment mechanisms and (iii) the scope of the paternalistic argument in relation to constitutional adjudication. The text defends that the paternalistic argument is not incompatible with democracy. Finally, the article sustains that a constitutionalism based on the idea of paternalistic argument has its place in non-ideal theory of justice.

Keywords: democracy, precommitment, paternalistic argument, constitutional adjudication

^{*} Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación DER2010-21032, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

^{*} Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante (UA). Profesor Titular en el departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante (UA).

1. Introducción

Uno de los temas centrales de discusión en la iusfilosofía actual es el del constitucionalismo. Este término muestra, en la actualidad, tres acepciones principales: alude a un proceso histórico de proliferación de Constituciones formales; a la práctica de un modelo o ideal político constitucionalista; o, finalmente, a una forma de interpretar los anteriores fenómenos, esto es, a una determinada concepción del Derecho¹. Las Constituciones formales son Constituciones escritas, cuyo procedimiento de reforma está fuera del alcance del legislador ordinario y que ocupan una posición jerárquica superior a la ley². El ideal constitucionalista puede resumirse en el enunciado del art. 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789: “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene una Constitución”. Las relaciones entre ambas nociones de Constitución se pueden introducir, siguiendo a Aguiló, mediante la distinción entre “darse (o tener) una Constitución” y “vivir en Constitución”³. Un sistema jurídico-político “tiene una Constitución”, explica Aguiló, cuando cuenta con una forma constitucional (codificada, rígida y con superioridad jerárquica a la ley) como mecanismo de la garantía de los derechos, pero sólo “vive en Constitución” cuando esos ideales son practicados⁴. Parece bastante obvio que la forma constitucional no es una condición suficiente de la vida en Constitución, pero queda abierta la cuestión de su valor como instrumento para garantizar la práctica de los ideales del constitucionalismo. No obstante las anteriores distinciones, conviene advertir de que en la discusión contemporánea se entiende por “Estado constitucional” aquel que, entre otras características, tiene una Constitución rígida con control jurisdiccional de constitucionalidad y, paralelamente, por “constitucionalismo” se suele entender la defensa de dicho Estado como modelo jurídico-político⁵.

El mecanismo de la forma constitucional como garantía de los derechos y libertades básicos ha sido criticado por quienes consideran que supone una limitación injustificable a la soberanía del pueblo, expresada a través de sus representantes en el Parlamento, o que

¹ Se suele usar la expresión “neoconstitucionalismo” para referirse tanto al proceso de constitucionalización a partir de la Segunda Guerra Mundial, como para ciertas concepciones del Derecho a partir de este proceso; distinguiéndolo de esta manera del “constitucionalismo” anterior a la guerra. En el presente trabajo utilizaré la expresión “constitucionalismo” en lugar de la de “neoconstitucionalismo”. Vid. ATIENZA: 2007: 114 y ss.

² Vid. AGUILÓ: 2004: 34 y 35.

³ Vid. AGUILÓ: 2004: 42; y AGUILÓ: 2008: 132 y ss.

⁴ Vid. AGUILÓ: 2004: 42.

⁵ Vid. ATIENZA: 2007: 114 y ss.; y GUASTINI: 2003: 49 y ss.

perjudica estructuras jurídicas fundamentales para la convivencia pacífica como la del “imperio de la ley”. Autores como Waldron o Laporta han presentado argumentos en este sentido de una forma profunda y sistemática⁶. En consecuencia, en torno al constitucionalismo, uno de los hilos de la discusión se ha concretado en una oposición entre democracia y Constitución, entendida la primera, la posición democrática, como la defensa de la primacía de la representación parlamentaria y la regla de la mayoría ya sea frente al poder constituyente, ya sea frente al poder contramayoritario de los jueces constitucionales y la segunda, la Constitución, como la defensa del mecanismo de rigidez constitucional y el control jurisdiccional de constitucionalidad frente a las eventuales mayorías parlamentarias. Entre algunos partidarios de la rigidez constitucional, se ha tratado de superar esta oposición mediante la concepción de las Constituciones como mecanismos de precompromiso, es decir, como el resultado de compromisos previos del propio pueblo de atarse a sí mismo en la forma constitucional. En la defensa de esta posición cabe destacar a Holmes⁷ o, entre nosotros, a Moreso⁸. Mientras que los partidarios de la democracia (en el sentido al que se aludía) han replicado que se trata de paternalismo y no precompromiso.

Pues bien, en este artículo quisiera presentar, en primer lugar, la forma de un argumento que me parece central en la defensa de la forma constitucional y que denominaré “argumento paternalista”. En segundo lugar, consideraré su plausibilidad en relación con la justificación de la rigidez constitucional y trataré de interpretar a partir de él la extendida concepción de las constituciones como mecanismos de precompromiso. En este sentido, sostendré que hasta cierto punto tienen razón los partidarios de la democracia frente al constitucionalismo al denunciar que el discurso del precompromiso encubre un argumento paternalista. Sin embargo, defenderé que el argumento paternalista no debe ser desechado sin más y cabe sostener su plausibilidad en una justificación de la rigidez constitucional. En tercer lugar, consideraré el alcance de dicho argumento paternalista en relación con el control jurisdiccional de constitucionalidad. Al respecto sostendré que tal forma de argumentar no supone necesariamente, como afirman algunos destacados defensores de la posición democrática, un “insulto” para los ciudadanos. Finalmente, concluiré en una defensa del constitucionalismo basada en la idea de que los argumentos paternalistas tienen su espacio en una teoría no ideal de la justicia, es decir, su plausibilidad depende, por un lado, del contexto,

⁶ Vid. WALDRON: 2005; y LAPORTA: 2007.

⁷ Vid. HOLMES: 1988

⁸ Vid. MORESO: 2009.

de la situación y, por otro lado, de algunas máximas de experiencia muy fuertemente asentadas sobre cómo es el mundo y cómo somos los seres humanos.

2. El “argumento paternalista”

Por “argumento paternalista” voy a entender un argumento práctico⁹, cuya conclusión es la imposición de una medida política, jurídica, sanitaria, etc., a un individuo, grupo, comunidad, etc., (en adelante, me referiré a quién se le impone la medida paternalista como *sujeto B*), la cual se presenta como necesaria para (I) evitar daños a B, dada (II) la constatación de un déficit de comprensión o voluntad en el sujeto B¹⁰. Ordenado como una secuencia de premisas y conclusión, el argumento podría presentarse de la siguiente manera:

(I) Q constituye el objeto de un deseo, un interés o una necesidad de B.

(II) X es una medida idónea y necesaria para conseguir, garantizar o promover Q para B.

(III) B muestra un déficit de comprensión y/o voluntad sobre la necesidad de X.

(IV) Es permisible (u obligatorio) imponer a B la medida X¹¹.

Hart nos proporciona un ejemplo de este tipo de “argumento paternalista” cuando desarrolla su tesis de la existencia de un “contenido mínimo de Derecho natural”¹². Hart señala que “dada la supervivencia como objetivo, el derecho y la moral deben incluir un contenido específico”¹³. Más adelante, este autor enumera una serie de hechos, los cuales afirma que constituyen “verdades obvias”, entre los cuales está el hecho de la “comprensión

⁹ Sigo el concepto de argumento práctico expuesto en ATIENZA: 2006: 190 y ss.

¹⁰ He tratado de la extensa discusión sobre el concepto de paternalismo en ALEMANY: 2006.

¹¹ El “argumento paternalista” tiene forma aunque no sea, claro está, un “argumento formal”. Siguiendo a Manuel Atienza, entiendo por “forma” aquello que queda tras un proceso de abstracción, esto es, aquello que queda después de “separar o no tomar en cuenta ciertos aspectos de una realidad que se trata de estudiar” (ATIENZA: 2006: 112). Por “argumento formal” se entiende el resultado de una abstracción radical (la formalización) que se expresa exclusivamente a través de las variables y juntores de la lógica. En este caso, la forma del argumento paternalista es el resultado de presentarlo de una forma general (se presenta con cierto grado de abstracción), de manera que podemos reconocer dicha forma en una gran variedad de argumentos más concretos. Tal y como está presentado, se trataría de un argumento cuyo uso es recurrente en la filosofía jurídica y política. Su estudio se situaría en el nivel de una concepción material y pragmática de la teoría de la argumentación. Manuel Atienza explica este enfoque material diciendo que no hace completa abstracción del contenido de los argumentos y del contexto en el que los mismos tienen lugar, constituyendo una “teoría de las premisas o de las buenas razones”. Vid. ATIENZA: 2006: 182 y ss.

¹² Vid. HART: 1963: 239 y ss.

¹³ Vid. HART: 1963: 239.

y fuerza de voluntad limitadas” de la humanidad¹⁴. Finalmente, en relación con este hecho, Hart concluye que

Todos sienten la tentación, a veces, de preferir sus propios intereses inmediatos y, en ausencia de una organización especial que descubra y castigue las faltas, muchos sucumbirían a la tentación. Es indudable que las ventajas de las abstenciones mutuas son tan palpables, que el número y la fuerza de los que cooperan voluntariamente dentro de un sistema coercitivo serán normalmente mayor que cualquier combinación probable de transgresores. Sin embargo, salvo en sociedades con una cohesión muy estrecha, la sumisión al sistema de limitaciones sería una insensatez si no hubiera una organización para coaccionar a aquellos que tratarían de obtener las ventajas del sistema sin someterse a sus obligaciones. Hacen falta ‘sanciones’, por lo tanto, no como el motivo normal para la obediencia, sino como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen. Si no hubiera tal organización, obedecer sería arriesgarse a tener la peor parte. Dado este peligro, lo que la razón reclama es cooperación voluntaria dentro de un sistema coercitivo¹⁵.

Para Hart, se trataría aquí de una *necesidad natural*, en el sentido de que su “verdad depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características salientes que hoy tienen”¹⁶. Esto último es importante porque explica la idea de que el argumento paternalista puede arribar a un “deber ser” que no es un simple deber ser técnico, pues, de alguna forma ni el propósito inicial puede no tenerse (la supervivencia), ni las circunstancias del contexto pueden alterarse. La razón que aporta el argumento paternalista sería, de acuerdo con la conocida clasificación kantiana, una razón hipotético-assertórica.

El argumento hartiano podría esquematizarse de la siguiente manera:

¹⁴ Vid. HART: 1963: 244.

¹⁵ HART: 1963: 244 y 245. En el párrafo citado, Hart presenta conjuntamente dos argumentos que ya están presentes en Hobbes en su clásica respuesta a la pregunta del Tonto: ¿Por qué debo ser justo y cumplir lo pactado, aun cuando también perjudica mis intereses? A este respecto, Zimmerling señala que de acuerdo con Hobbes “es racional cumplir con lo racionalmente acordado siempre que se tenga la garantía de que también las otras partes contratantes lo cumplirán. Según Hobbes, esta condición de cumplimiento universal podría satisfacerse, desde luego, sólo si existiera un poder dotado de medios coactivos suficientes (...) La amenaza de sanciones coactivas para el caso de la violación de un contrato cumple aquí dos funciones: por una parte, un individuo A puede estar seguro de que sus ‘socios’ no tendrán ningún motivo para violar el contrato, ya que ello les resultaría costoso; queda así satisfecho el presupuesto hobbesiano para el cumplimiento del contrato por parte de A. Pero, por otra, cambia también –para decirlo en términos modernos– el resultado del cálculo de costos y beneficios que hace A de sus propias alternativas de comportamiento; en muchos casos, sólo así pierde atractivo la alternativa del polizón, porque A sabe que ya no podrá obtener beneficio alguno de su violación del contrato cuando los otros lo cumplen”. Vid. ZIMMERLING, 1989, 50.

¹⁶ Vid. HART: 1963: 247

- (I) Una comunidad humana quiere evitar su extinción.
- (II) El establecimiento de un sistema coercitivo es una medida idónea y necesaria para garantizar la supervivencia.
- (III) Dicha comunidad muestra una comprensión y fuerza de voluntad limitadas sobre la necesidad de un sistema coercitivo.
- (IV) Debe imponerse un sistema coercitivo.

Otro ejemplo de la misma forma de argumento lo encontramos en Tocqueville. Este autor niega que el pueblo elija a los mejores gobernantes, ya que

Es imposible, hágase lo que se haga, elevar la cultura del pueblo por encima de cierto nivel. Por más que se facilite el acceso a los conocimientos humanos, se mejore el nivel de la enseñanza (...) La mayor o menor facilidad que encuentra el pueblo para vivir sin trabajar constituye, pues, el límite insalvable de sus progresos intelectuales (...) Estoy dispuesto a admitir sin dificultad que la masa de los ciudadanos quiera sinceramente el bien del país, y aún iré más lejos: las clases inferiores de la sociedad me parece que mezclan en general a ese deseo menos maquinaciones de interés personal que las clases elevadas: pero lo que siempre les falta en mayor o menor grado es el arte de juzgar los medios, aun queriendo sinceramente el fin¹⁷.

A lo que añade, que “no siempre es capacidad lo que le falta a la democracia para elegir hombres de mérito, sino deseo o inclinación”¹⁸, por la envidia. Concluyendo, “que veo en el doble grado electoral el único medio de poner el uso de la libertad política al alcance de todas las clases del pueblo”¹⁹.

¹⁷ TOCQUEVILLE: 2002^a: 290.

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ Vid. TOCQUEVILLE: 2002^a: 295. En *La democracia en América* abundan los argumentos de este tipo, por ejemplo: “[Los padres fundadores] juzgaron que era preciso que, además del pueblo, hubiera un cierto número de poderes que sin ser completamente independientes de él, gozasen dentro de su esfera, de un grado de libertad bastante amplio, de tal suerte que, obligados a someterse a la dirección permanente de la mayoría, pudieran sin embargo luchar contra sus caprichos y negarse a sus peligrosas exigencias. A tal efecto, concentraron todo el poder ejecutivo de la nación en una sola mano, dieron al presidente amplias prerrogativas y le armaron del veto para resistir los atropellos de la legislatura” (pp. 206 y 207); “Esta dificultad que encuentra la democracia para vencer las pasiones y acallar sus necesidades del momento con vistas al futuro se observa en los Estados Unidos hasta en las menores cosas. El pueblo, rodeado de aduladores, difícilmente logra triunfar de sí mismo. Cuando se quiere obtener de él que se imponga una privación o una molestia, incluso para un fin que su misma razón apruebe, casi siempre empieza negándose (...) Así, es de creer, que una ley molesta, cuya utilidad inmediata no sintiese la mayoría, no sería aprobada o no sería obedecida” (p. 327); “Yo no conozco más que un medio para impedir que los hombres se degraden: el de no conceder a nadie, con la omnipotencia, el poder soberano de envilecerle” (p. 347); “Lo que en los Estados Unidos se llama república es el reinado tranquilo de la mayoría. La mayoría, una vez se ha reconocido a sí misma y ha comprobado su existencia, es la fuente común de todos los poderes. Pero la mayoría en sí no es todopoderosa. Por encima de ella, en el mundo moral, se hallan la

Ordenado esquemáticamente, el argumento de Tocqueville sería el siguiente:

- (I) El pueblo quiere garantizar la elección de los mejores gobernantes.
- (II) Sólo pueden elegir a los mejores gobernantes quienes están versados en el “arte de juzgar los medios” y libres de emociones como la envidia.
- (III) El pueblo no puede estar versado en el arte de juzgar los medios y, con frecuencia, está dominado por la envidia.
- (IV) El pueblo no debe elegir a los gobernantes directamente.

Finalmente, un tercer ejemplo de esta forma de “argumento paternalista” es sostenido por Mill:

La idea de una democracia racional no consiste en que gobierne el propio pueblo, sino en que éste tenga la *seguridad* de un buen gobierno. Seguridad que no puede tener de otro modo que reteniendo en sus manos el control último (...) Pero éste es el único propósito por el que es bueno confiar poder al pueblo (...) El control de un hombre sobre su médico no es insignificante, aunque no ordene al médico qué medicina debe administrar. Obedece la prescripción de su médico o, si no está satisfecho con él, llama a otro. En eso consiste su seguridad. En eso consiste también la seguridad del pueblo; y con eso se satisface su inteligencia. Pero como, en todo lo demás, consiste el peligro al gobernar en que aquellos que pueden hacer lo que quieren, pueden querer hacer más de lo que corresponde a su interés último. El interés del pueblo estriba en elegir como sus gobernantes a las personas más instruidas y capaces que se pueda encontrar y, tras haber hecho esto, permitirles ejercitar su saber y su habilidad a favor del bien del pueblo, libremente o con el menor control posible, en la medida en que sea el bien del pueblo, y no algún fin privado, la meta a la que se dirijan²⁰.

De nuevo, presentado el argumento como una secuencia de premisas y conclusión, adoptaría la siguiente forma:

- (I) El pueblo quiere garantizar un buen gobierno.
- (II) Para garantizar un buen gobierno es necesario que gobiernen hombres instruidos y que lo hagan libremente.
- (III) El pueblo no está constituido mayoritariamente por hombres suficientemente instruidos para el buen gobierno.

humanidad, la justicia y la razón, y en el mundo político, los derechos adquiridos. La mayoría reconoce estas dos barreras, y si en ocasiones se las salta es porque tiene pasiones como todo ser humano, y porque a semejanza de él es capaz de hacer el mal aunque distinga el bien” (p. 564).

²⁰ MILL: 1991: 276 y 277.

(IV) El pueblo no debe gobernar directamente por sí mismo, sino limitarse a elegir representantes, hombres instruidos, y dejarlos gobernar *libremente*.

3. El argumento paternalista y la rigidez constitucional

3.1. Un coto vedado por razones paternalistas

El argumento paternalista es más persuasivo cuando apoya medidas que aparecen como una necesidad natural, o casi natural, dadas las circunstancias y los propósitos que generalmente se les adscriben a los seres humanos. En el ámbito político y jurídico, esta forma de fundamentar medidas ha sido central en la teoría de las necesidades básicas²¹. Hart, como hemos visto, se circunscribe al propósito de supervivencia para afirmar que dicho propósito, junto con algunas verdades obvias, fundamenta, entre otras cosas, el respaldo coactivo de las normas jurídicas. Hart practica una fuerte auto-restricción, de manera que el conjunto de esas *necesidades naturales* (del contenido mínimo de Derecho natural) es muy pequeño. Pero basta con incluir, junto al objetivo de la supervivencia, el objetivo del bienestar, para que el conjunto de necesidades naturales, o necesidades básicas, se amplíe: Garzón Valdés, por ejemplo, define a las necesidades básicas como “aquellas cosas o estados de cosas que son buenas por ser condición necesaria de la existencia humana o de su bienestar”²². Dentro de este conjunto, Garzón Valdés incluye también a aquellas que “son indispensables para vivir con dignidad en una sociedad determinada”²³.

La teoría de las necesidades básicas explicaría el carácter hipotético-assertórico de los razonamientos anteriores, porque convierte la primera premisa del argumento paternalista en interés objetivo de los seres humanos, en algo que racionalmente no puede ser no querido, dados los últimos e inamovibles objetivos de la supervivencia y el bienestar. Este punto se ilustra perfectamente con la defensa que Garzón Valdés hace de su doctrina del “coto vedado”. Como es sabido, Garzón Valdés denomina “coto vedado” al conjunto de “todos aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida”²⁴. En una democracia constitucional, este conjunto está excluido de la negociación y el compromiso parlamentario. La determinación del campo de exclusión, explica Garzón

²¹ Vid. AÑÓN: 1994.

²² GARZÓN: 1993a: 425.

²³ GARZÓN: 1994: 740.

²⁴ GARZÓN: 1993b: 644.

Valdés, “no puede quedar librada al consenso fáctico ni de los representantes ni de los representados”²⁵. En cuanto a la vigencia efectiva de los derechos en el “coto vedado” de los bienes básicos, “es indiferente la voluntad o los deseos de los integrantes de la comunidad”²⁶. Por lo cual, afirma Garzón Valdés:

Aquí está plenamente justificada una actitud paternalista en el caso de que los miembros de la comunidad no comprendan la importancia de estos bienes básicos. Y ello es así porque la no aceptación de la garantía de los propios bienes básicos es una clara señal de irracionalidad o de ignorancia de las relaciones causales elementales como son las que existen entre la disponibilidad de estos bienes y la realización de cualquier plan de vida. En ambos casos, quien no comprende la relevancia de los bienes básicos puede ser incluido en la categoría de incompetente básico²⁷.

En la doctrina de Garzón Valdés sobre el coto vedado hay dos tesis: Una primera tesis presenta un conjunto *acotado* utilizando para ello la teoría de las necesidades básicas: el deslinde, por seguir con la metáfora del coto, es posible porque podemos seguir la línea que separa las necesidades básicas de otras cosas. Una segunda tesis declara *vedado* el coto, utilizando para ello un argumento paternalista:

- (I) La comunidad humana quiere garantizarse el disfrute de los bienes incluidos en el coto.
- (II) Para garantizarse el disfrute de los bienes incluidos en el coto es necesario que la comunidad humana no pueda no quererlos.
- (III) La comunidad humana puede no querer los bienes del coto por irracionalidad o ignorancia de las relaciones causales elementales.
- (IV) El coto debe ser vedado, esto es, no puede quedar librado al consenso fáctico ni de los representantes ni de los representados.

Este “argumento paternalista” permite fundar un límite al principio democrático, entendido como regla de la mayoría. Más aún, se diría que la defensa de la democracia constitucional, es decir, aquella que limita la regla de la mayoría por medio de una constitución rígida descansa, *en parte*, en un argumento de tipo paternalista. Destaco que el argumento paternalista sólo *en parte* justifica la rigidez constitucional porque dicho argumento apoya la necesidad de *vedar* del coto, pero no nos dice nada sobre su contenido.

²⁵ GARZÓN: 1993b: 644.

²⁶ GARZÓN: 1993b: 645.

²⁷ *Ídem*.

De ahí que frente a la objeción moral que supone la apelación al principio democrático, el argumento paternalista puede tener muy poca fuerza si dentro del coto ponemos bienes de escasa importancia o elementos que no constituyen bien moral alguno (por ejemplo, el color de la bandera). Pero, a la inversa, el argumento paternalista puede tener mucho peso frente a la objeción democrática, si se trata de proteger efectivamente necesidades básicas o bienes primarios.

Este aspecto paternalista de la rigidez constitucional, ha sido advertido (y criticado) por Laporta para quien la misma se asienta en “un gigantesco acto de paternalismo para el que no saben darse razones de mayor peso que esas limitaciones de la racionalidad”²⁸. Laporta tiene razón en que no basta con aludir a esas limitaciones (la premisa III del argumento) para justificar la conclusión, ya que es necesario incluir las demás premisas que conjuntamente aluden a bienes primarios que racionalmente no pueden ser no queridos. Sin embargo, si cabe fundamentar esas otras premisas (cabe deslindar un conjunto de bienes tales que racionalmente no pueden no ser queridos), entonces la crítica de Laporta, en mi opinión, no es aceptable. De hecho, este mismo autor admite que “los principios o razones que recogen derechos individuales básicos o descansan en ellos son lo suficientemente poderosos para medirse con la objeción contramayoritaria”²⁹.

3.2. El argumento paternalista y la doctrina del precompromiso

Jon Elster es uno de los autores que más han contribuido a la discusión sobre el alcance y concepto de la noción de precompromiso, compromiso previo o “atarse a sí mismo”. De acuerdo con este autor, “atarse a sí mismo es llevar a cabo cierta decisión en el tiempo t1 para aumentar la probabilidad de llevar a cabo otra decisión en el tiempo t2”³⁰. El ejemplo clásico de mecanismo de compromiso es el clásico pasaje homérico de Ulises y las Sirenas. En la interpretación que de este pasaje hace Elster, Ulises muestra que

²⁸ LAPORTA: 2001: 464

²⁹ LAPORTA: 2007: 234. Si bien, Laporta pone inmediatamente el énfasis en lo que considera que no tiene fuerza frente al principio democrático: “La constitucionalización de mecanismos que incrementan la racionalidad instrumental de las decisiones, superando la desviación a que empujan las pasiones, los intereses sectoriales o la miopía temporal sólo podría aceptarse si, como hemos visto en el caso anterior, se llevara a cabo sólo mediante cláusulas de enfriamiento. Sólo cuando esas instituciones fueran un medio para el reconocimiento y la garantía de los derechos individuales o bienes públicos que estén en la base de derechos individuales podría irse más allá” (LAPORTA: 2007: 234).

³⁰ ELSTER: 1997: 71.

no era por completo racional, pues un ser racional no habría tenido que apelar a este recurso; tampoco era, sencillamente, el pasivo e irracional vehículo de sus cambiantes caprichos y deseos, pues era capaz de alcanzar por medios indirectos el mismo fin que una persona racional habría podido alcanzar de manera directa. Su situación –ser débil y saberlo- señala la necesidad de una teoría de la racionalidad imperfecta que casi ha sido olvidada por filósofos y científicos sociales³¹.

Elster añade que estos mecanismos de compromiso previo “se extienden de la conducta individual a la conducta de grupo; las sociedades, así como los individuos han encontrado útil atarse ellas mismas por medio de constituciones”³².

Es importante advertir que esta doctrina del precompromiso aplicada a las Constituciones muestra una importante ambigüedad. En primer lugar, la doctrina puede entenderse como la afirmación de que la intención de los constituyentes fue establecer dichos mecanismos de precompromiso. En este caso, para aceptar la doctrina es necesario afirmar la existencia del hecho del precompromiso y por ello, como ha señalado De Lora, esta concepción de la Constitución conduce de forma natural a una concepción “intencionalista” u “originalista” de la misma, de acuerdo con la cual en la comprensión de la Constitución es primordial la intención(es) o pretensión(es) original(es) que animó a los constituyentes³³. El alcance justificativo de la doctrina así entendida depende del que estemos dispuestos a otorgarle a la concepción originalista de la interpretación constitucional y, por ende, tiene los mismos límites y es susceptible de las mismas críticas que suelen dirigirse al “originalismo”³⁴. Pero no sólo, porque además la analogía entre el precompromiso constitucional y el pasaje de Ulises y la Sirenas, suscita dudas adicionales: En los ejemplos de precompromiso individual vemos, efectivamente, un sujeto ejerciendo su autonomía, tomando decisiones que le atan al futuro, en previsión de su probable comportamiento imprudente. Sin embargo, cuando pasamos al nivel político ya no vemos con claridad ni quién se precompromete (¿puede hablarse del constituyente como un individuo, esto es, como el Ulises en t1?), ni el contenido del mandato (¿qué alcance tiene el compromiso previo del constituyente?), ni la continuidad en el sujeto que se precompromete (¿es la eventual mayoría parlamentaria cuya legislación

³¹ ELSTER: 1997: 66

³² ELSTER: 1997: 67.

³³ Vid. DE LORA: 1998.

³⁴ Sobre las dificultades para apoyar la interpretación de la Constitución como un mecanismo de precompromiso en la intención del constituyente: Vid. DE LORA: 1988; y LIFANTE: 1999.

eventualmente contradice la Constitución el Ulises en t2?). Éstas son razones, entre otras, por las que el propio Elster se ha desdicho de su interpretación inicial de las Constituciones como mecanismos de precompromiso³⁵.

En segundo lugar, la doctrina del precompromiso puede entenderse como una dramatización de un modelo de racionalidad que toma en consideración los déficit de racionalidad y/o voluntad de los sujetos reales; la racionalidad imperfecta construida sobre la idea de “ser débil y saberlo” a la que alude Elster. En este caso, dicha doctrina aboga por una interpretación caritativa de los pactos constitucionales, que se contrapone precisamente a las interpretaciones originalistas y cuyo alcance justificativo no depende del hecho de que los constituyentes tuvieran la intención de precomprometerse, sino que precisamente depende de un argumento del tipo del que he llamado aquí “argumento paternalista”. Moreso nos ofrece, a mi juicio, un ejemplo de esta forma de argumentar:

El mecanismo del precompromiso –dice este autor- puede contemplarse como una explicación contextual de la primacía de la Constitución; pertenece a las circunstancias en que es posible referirse a la primacía de la Constitución, de forma semejante a como, por ejemplo, David Hume pensaba que la escasez moderada pertenece a lo que pueden denominarse circunstancias de la justicia (...) Si las decisiones colectivas son susceptibles de ser afectadas por la debilidad de las voluntades concurrentes, entonces es razonable pensar en introducir mecanismos procesales para la toma de decisiones que introduzcan la racionalidad indirectamente (...) Los mecanismos de precompromiso están diseñados para que tengamos mayores probabilidades de alcanzar los resultados deseados, por lo que si dichos mecanismos funcionan en las decisiones colectivas tenemos buenas razones para introducirlos en el diseño de nuestras instituciones políticas. La democracia constitucional representa un modelo adecuado de incorporación de dichos mecanismos³⁶.

El argumento de Moreso se puede presentar en la forma paternalista de la siguiente manera:

(I) La sociedad política desea maximizar las probabilidades de alcanzar los resultados deseados.

³⁵ Vid. ELSTER: 2002: 186 y ss.

³⁶ MORESO: 2000: 37.

(II) Para maximizar las probabilidades de alcanzar los resultados deseados por la sociedad política es necesario diseñar mecanismos procesales que promuevan la adopción de decisiones racionales.

(III) La debilidad de la voluntad concurrente de los individuos miembros de la sociedad política puede promover la adopción de decisiones colectivas irracionales.

(IV) Se deben adoptar mecanismos procesales que corrijan el fenómeno de la debilidad de la voluntad concurrente, esto es, mecanismos de precompromiso.

En mi opinión, de estas dos formas de entender la doctrina del precompromiso, la segunda es la que tiene más peso frente a las objeciones democráticas: De hecho, consigue darle la vuelta al argumento de que aceptar la rigidez constitucional supone aceptar la “tiranía de las generaciones pasadas”: Ya que dicha tiranía se mostraría, al contrario, cuando al no contar con la rigidez constitucional, se priva a la generación presente de una plausible estrategia de garantía de sus derechos y libertades fundamentales, desatendiendo de esta manera las circunstancias reales de la sociedad, las cuales incluyen el hecho de los déficit de comprensión y/o voluntad en la acción individual y colectiva³⁷. Más aún, mientras que en el ámbito individual los mecanismos de precompromiso se muestran como esenciales en la consecución de la felicidad y de los más valiosos logros de la autonomía, en el ámbito político nos veríamos abocados, de acuerdo con la posición democrática, a renunciar a dichas estrategias esenciales. La acción política quedaría constreñida en modelos de racionalidad perfecta cuyos resultados beneficiosos sólo pueden producirse a partir del presupuesto, totalmente irreal, de que los individuos se comportan siempre como sujetos racionales.

³⁷ Ferrajoli ha argumentado de la misma forma a favor de la rigidez constitucional, si bien poniendo el énfasis en la necesidad de salvaguardar los derechos de las generaciones futuras frente a la acción de la generación del presente: “El principio del derecho permanente de todas las generaciones a decidir su futuro se puede utilizar, con aparente paradoja, para apoyar la tesis exactamente opuesta a la de la existencia de un poder constituyente permanente y radical, expresión de la soberanía popular. Puede esgrimirse en apoyo de la tesis según la cual la rigidez de la constitución es justamente expresión y garantía de la soberanía popular de las generaciones futuras y de los propios poderes de las futuras mayorías. Con es base debe impedirse la revisión, al menos, de los principios constitucionales supremos, puestos en defensa permanente de la soberanía popular y de los poderes de la mayoría. Por ejemplo, el método democrático, los derechos políticos y el sufragio universal, los derechos de libertad y quizás los derechos sociales, que forman el presupuesto elemental de los derechos políticos. La rigidez, en otras palabras, ata las manos de las generaciones presentes para impedir que éstas amputen las manos de las generaciones futuras. Esto quiere decir que un pueblo puede decidir, “democrática” y contingentemente, ignorar o destruir la propia constitución y entregarse definitivamente a un gobierno autoritario. Pero no puede hacerlo de forma constitucional, invocando a su favor el respeto de los derechos de las generaciones futuras o la omnipotencia de la mayoría, sin suprimir con ello el método democrático, los derechos y el poder de las mayorías de las generaciones futuras” (FERRAJOLI: 2008: 95 y 96).

En conclusión, podría afirmarse que no tomar en consideración el probable déficit de comprensión y/o voluntad, tanto en la acción individual como política, es irracional. De ahí que manejar un argumento paternalista para apoyar la rigidez constitucional no tiene que ser visto como minusvalorador de los sujetos pretendidamente beneficiados por dicha rigidez. Al contrario, una interpretación caritativa de los pactos constitucionales nos debe llevar a entender que los ciudadanos, como sujetos racionales, han adoptado mecanismos de precompromiso contra su déficit de comprensión y/o voluntad.

4. El argumento paternalista y el control jurisdiccional de constitucionalidad

Como ha destacado De Lora, uno de los méritos del pensamiento de Jeremy Waldron es, sin duda, haber tratado de dar cuenta de la tensión entre democracia y constitución, partiendo de los mismos postulados que suelen adscribirse a los defensores de la rigidez y control jurisdiccional de constitucionalidad. De esta manera, Waldron ha evitado caer “en las invectivas de antaño articuladas exclusivamente sobre la creencia en el valor supremo e incontestable de la opinión de la mayoría, o bien sobre el escepticismo radical de la existencia de tales derechos, como fue paradigmáticamente el caso de Bentham”³⁸. Si bien hay que advertir que para Waldron, a partir de la consideración del hecho del desacuerdo en las sociedades modernas, lo que demanda tal concepción de los derechos es que los individuos tengan la oportunidad de participar en la discusión sobre sus límites y contenido esencial, alcanzándose las decisiones por medio de un procedimiento democrático, en particular, por medio de una votación parlamentaria³⁹. Reservar, por el contrario, tales procesos de decisión y votación a los tribunales supone –a juicio de este autor– sustituir la mayoría democrática de los representantes de los ciudadanos, por la mayoría no democrática y elitista de los componentes del tribunal. Este dualismo reflejaría, en última instancia, una injustificable desconfianza en los mismos individuos que se trata de proteger, a los que se trataría no como a “dignos pensadores-de-derechos”, sino como a “víctimas potenciales cuyos intereses necesitan protección”⁴⁰ y un también injustificable pesimismo antropológico.

Centrándonos en el problema del control jurisdiccional de constitucionalidad, la posición que ilustra la doctrina democrática de Waldron pone el énfasis en “quién decide” (si

³⁸ DE LORA: 1998: 55.

³⁹ Vid. WALDRON: 1995^a: 277 y ss.

⁴⁰ WALDRON: 1995^a: 298.

la amplia mayoría democrática o la mínima mayoría judicial) y presupone un argumento paternalista en la posición constitucionalista, el cual sería en su opinión inaceptable. De forma simétrica, la posición constitucionalista que entiende las constituciones como mecanismos de precompromiso también pone el énfasis en el “quién decide” e, igualmente, presuponen la justificación paternalista si bien la asumen. Ello parece situar el debate en sí, en realidad, hay razones para pensar, de un lado, que la mayoría democrática puede comportarse a lo largo del tiempo de forma irracional en relación con sus intereses y, de otro lado, si la elite judicial mantendrá a lo largo del tiempo la actitud y el conocimiento necesarios para preservar dichos intereses. En resumen, esta forma de argumentar sitúa el problema de la justificación del paternalismo como la clave del asunto.

En principio, afirmar que el control jurisdiccional de constitucionalidad constituye un caso de paternalismo justificado otorga una importante ventaja retórica a los partidarios de la democracia, por el carácter peyorativo de dicho término. De ahí que, la mayoría de los autores “constitucionalistas” prefieran hablar de precompromiso y no de paternalismo (evitando así conceder dicha ventaja retórica). Sin embargo, por las razones que he señalado anteriormente en relación con la doctrina del precompromiso, es ineludible enfrentar directamente la cuestión de la validez de un argumento paternalista en apoyo del control jurisdiccional de constitucionalidad.

El elemento más problemático en la justificación del paternalismo en un marco general de respeto por la autonomía es la asimetría que presupone entre el agente paternalista, A, y el sujeto tratado paternalistamente, B. En toda relación paternalista justificada, A muestra alguna cualificación de la que B carece. Cuando se tratan de justificar los aspectos paternalistas del ejercicio de la patria potestad, se presupone que los titulares de dicha potestad son más sabios y prudentes que sus hijos menores, de los cuales se destaca su inmadurez. Análogamente, si el control jurisdiccional de constitucionalidad se apoya en un argumento paternalista será porque los jueces constitucionales reúnen mejores credenciales para llevar a cabo la tarea que se les encomienda que las mayorías parlamentarias. Dicho de otro modo, el argumento paternalista parece presuponer un argumento elitista a favor de los jueces que a muchos les resulta insoportable. La siguiente cita de Waldron ilustra perfectamente esta posición:

¿Cuál es entonces la concepción adecuada en el caso de la participación? El peculiar insulto a un individuo A por ser excluido del poder político tiene que ver, primero, con el

impacto de las decisiones políticas sobre los propios derechos e intereses de A, y segundo, con que A tenga la capacidad de decidir responsablemente acerca de dichas cuestiones (incluso sabiendo que los propios derechos e intereses de A no son los únicos derechos e intereses en juego) (...) Y precisamente porque A posee un sentido de la justicia, puede considerar que tiene lo necesario para participar en las decisiones en las que los derechos de los demás están también en juego. Si en cualquier caso A es excluido de la decisión (por ejemplo, porque la decisión final ha sido asignada a una elite aristocrática), A se sentirá menospreciado: sentirá que su propio sentido de la justicia ha sido denigrado como inadecuado para la labor de decidir no sólo algo importante sino algo importante en lo que él, A, tiene un interés en juego igual que los demás. Sentir este insulto no implica necesariamente pensar que su voto, si lo tuviera, le daría un poder significativo y palpable. Sabe que él tiene un derecho a participar, también lo tienen millones de otras personas. Lo único que pide, al menos por lo que respecta a su participación, es que él y todos los demás sean tratados como iguales en asuntos que afectan a sus intereses, a sus derechos y a sus obligaciones⁴¹.

A mi juicio, sin embargo, es posible encontrar suficientes argumentos que apoyan la tesis de que el tipo de paternalismo que presupone el control jurisdiccional de constitucionalidad (admitiendo, por tanto, que es una forma de paternalismo) está (sin embargo) justificado.

Una primera razón es que esta tensión entre la elite judicial y la mayoría parlamentaria no puede traducirse sin más como una tensión entre la elite y el pueblo. Los espacios de incompetencia para el legislador abren espacios de libertad para los ciudadanos, de manera que la garantía del respeto de los mismos aún atribuida a un pequeño conjunto de jueces no debe ser vista necesariamente por el individuo como una imposición paternalista. El paternalismo se da sobre las eventuales mayorías parlamentarias: es de ellas de quien se predica la tercera premisa del argumento paternalista, esto es, la presencia de déficit de comprensión y/o voluntad. En palabras de John Rawls, los tribunales constitucionales son “antimayoritarios con respecto a la ley ordinaria (...) Sin embargo, la autoridad superior del pueblo lo apoya”⁴². Por el contrario, el paternalismo que sí parece ejercerse directamente sobre los ciudadanos es el paternalismo *legal*, puesto que también el legislador puede aprobar leyes paternalistas (por ejemplo, haciendo obligatorio el uso del cinturón de seguridad), en la

⁴¹ WALDRON: 1995^a: 284 y 285.

⁴² RAWLS: 1996:269.

medida en que interviene en la conducta auto-referente de los ciudadanos y por su propio bien, sobre el presupuesto de que tales ciudadanos muestran los mencionados déficit de racionalidad y/o voluntad. Para Waldron tal paternalismo ejercido por medio de *leyes* democráticas es aceptable puesto que, a su juicio, cuenta con el consentimiento previo de los afectados⁴³. Sin embargo, hablamos de paternalismo legal sólo cuando se trata de derecho imperativo, es decir, cuando las normas se aplican sea lo que sea lo que los destinatarios, a quien se quiere beneficiar, piensen al respecto. De manera que la situación del ciudadano frente a la ley paternalista es análoga a la situación del legislador frente a la norma constitucional: una situación de incompetencia para modificar su propia situación jurídica al respecto. Si esto es así, Waldron debería admitir como únicos casos de paternalismo jurídico justificado a las normas resultado de la autonomía de la voluntad individual: por ejemplo, a los genuinos contratos Ulises en las que una parte acuerda con la otra que limite alguna opción en el futuro para evitar una probable conducta imprudente, perjudicial, etc., de la primera parte. Pero si Waldron arribara a esta conclusión, su posición se vería debilitada puesto que hay muchos supuestos de legislación paternalista que generalmente se consideran justificados. Por último, se da la paradoja de que autores como Mill y Tocqueville veían en las limitaciones constitucionales a la voluntad del legislador una garantía precisamente contra el paternalismo estatal puesto que, como sabemos, entre estas restricciones constitucionales se incluía el principio liberal de que sólo la conducta que daña a terceros puede ser objeto de normas imperativas⁴⁴. Dicho de otro modo, desde el punto de vista de los ciudadanos, la elite judicial puede constituir incluso un freno contra el paternalismo legal.

⁴³ WALDRON: 2005: 305 y ss.

⁴⁴ Es muy bien conocida la posición de Mill al respecto, expresada en *On liberty*, con su declaración de “un sencillo principio”, de acuerdo con el cual “la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo”. Vid. MILL: 1999: 68. Tocqueville, por su parte, con no menos contundencia dice lo siguiente: “Si imagino con qué nuevos rasgos podría el despotismo implantarse en el mundo, veo una inmensa multitud de hombres parecidos y sin privilegios que los distinguen incesantemente girando en busca de pequeños y vulgares placeres, con los que contentan su alma, pero sin moverse de su sitio (...) Por encima se alza un poder inmenso y tutelar que se encarga exclusivamente de que sean felices y de velar por su suerte. Es absoluto, minucioso, regular, previsor y benigno. Se asemejaría a la autoridad paterna si, como ella tuviera por objeto preparar a los hombres para la edad viril; pero, por el contrario, no persigue más objeto que fijarlos irrevocablemente en la infancia; este poder quiere que los ciudadanos gocen, con tal de que no piensen sino en gozar. Se esfuerza con gusto en hacerlos felices, pero en esa tarea quiere ser el único agente y el juez exclusivo; provee medios a su seguridad, atiende y resuelve sus necesidades, pone al alcance sus placeres, conduce sus asuntos principales, dirige su industria, regula sus trasposos, divide sus herencias ¿no podría librarle por entero de la molestia de pensar y del trabajo de vivir?”. Vid. TOCQUEVILLE: 2002^b: 404 y 405.

La segunda razón es que de la misma manera que al Parlamento le conferimos un valor relativamente independiente de su realidad, del contenido y calidad de las leyes que promulga, a los Tribunales constitucionales les debemos conceder un valor relativamente independiente del contenido y calidad de sus sentencias. Tiene razón Waldron cuando señala que en defensa del constitucionalismo se suele presentar una imagen realista de los Parlamentos y una imagen ideal de los tribunales constitucionales⁴⁵. Las mayorías parlamentarias pueden operar en la práctica con motivos espurios y de modos bastantes alejados del interés general, espoleadas, por ejemplo, por grupos de presión económicos. Ahora bien, también las cortes constitucionales han dado ejemplos deplorables de parcialidad política a lo largo de la historia. De manera que ni los Parlamentos ni las Cortes constitucionales actúan siempre como debieran. Sin embargo, en ambos casos hay que atender tanto a la realidad como a la idealidad de las instituciones.

En el caso de los tribunales constitucionales, dicho valor, relativamente independiente del acierto o desacierto de sus sentencias, tiene que ver sobre todo con las actitudes que promocionan y las exigencias deliberativas y argumentativas que hacen presentes en la práctica jurídica. La tarea de control de constitucionalidad que se asigna a los jueces no es sólo *decidir por mayoría* si un determinado texto legal vulnera o no la Constitución; presentar así las cosas lleva a ver el asunto como la confrontación de dos mayorías: la del pueblo y la elitista de los jueces. Su tarea es tomar esa decisión a partir de una justificación pública que debe de partir de la Constitución como premisa del razonamiento. Lo que le pedimos a los tribunales constitucionales no es sólo que decidan sobre el límite y contenido esencial de los derechos por mayoría, sino que traten de alcanzar conclusiones de la forma más coherente posible con el Derecho y, esencialmente, que *justifiquen* dichas conclusiones.

Presuponiendo, como creo que hay que hacerlo, que existen criterios para juzgar la corrección de una argumentación jurídica –algunos argumentos son mejores que otros-, es posible que jueces razonables y experimentados discrepen, lo cual legitima los procedimientos de votación⁴⁶. Dichos procedimientos presuponen el carácter argumentativo del Derecho, las soluciones a los casos difíciles no se demuestran sino que se argumentan, el

⁴⁵ Esto es lo que Laporta denomina, en relación con la interpretación jurídica, la “falacia del Nirvana”, que ocurre cuando, por ejemplo, se contraponen al “famoso juez Hércules de Dworkin, un ser con una densa formación moral y jurídica que puede trabajar sin limitaciones de tiempo ni problemas de acceso a la información, con la imagen que a veces se da de las agencias administrativas como entidades peligrosas y arbitrarias, irremediabilmente impregnadas de ambición y tendenciosidad”. Vid. LAPORTA: 2007: 192.

⁴⁶ Vid. MCCORMICK: 2005.

método jurídico no es esencialmente lógico sino argumentativo. Más profundamente, los procedimientos de votación en el seno de los tribunales (y la posibilidad de discrepar públicamente) reflejan el carácter fundamentalmente práctico de la argumentación del juez, el cual, como ha destacado Atienza, requiere por parte de quien argumenta asumir la “actitud práctica”, esto es, adherirse a las normas y valores que constituyen las premisas de su razonamiento⁴⁷. El juez constitucional debe deliberar con los otros jueces sobre los casos que se les presentan, pero no puede negociar la solución de los mismos: si buscando una unanimidad en la resolución ocultara lo que creen que son mejores razones que las de la mayoría estaría traicionando el compromiso que se le presupone con los valores constitucionales.

Es en esta línea de razonamiento que, Ferreres, a partir de un argumento paternalista⁴⁸, aboga por la rigidez y control judicial de la ley pero no tanto porque produzca directamente seguridad en los derechos a través de un mecanismo jurídico (admitido que el mecanismo falla), sino porque indirectamente

Al expresar los derechos de modo solemne, [la Constitución] recuerda a los miembros de la comunidad política la especial importancia que tienen esos derechos para asegurar a todas las personas una vida mínimamente digna. Al hacer ‘visibles’ estos elementos básicos de la dignidad, empuja a los representantes a preguntarse si las leyes que proponen están realmente en consonancia con ellos. La Constitución trata de reforzar una cultura pública en la que los derechos generalmente aceptados como fundamentales son tomados en serio en la deliberación colectiva⁴⁹.

Y, concretamente, por lo que respecta al juez constitucional, Ferreres afirma que puede desempeñar un papel relevante, en un doble sentido:

⁴⁷ ATIENZA: 2006: 198 y 199.

⁴⁸ Ferreres se pregunta qué sentido tiene (en una democracia) constitucionalizar unos derechos abstractos que la mayoría acepta autónomamente: “La respuesta –nos dice ese autor- tiene que ver con los costes de los derechos fundamentales. Estos derechos no se satisfacen gratuitamente: su garantía efectiva exige el sacrificio de otros intereses, que pueden afectar a una multitud de personas. Puede ocurrir que, por debilidad de la voluntad o por limitaciones cognitivas, la mayoría parlamentaria del momento (aunque actúe de conformidad con la opinión pública mayoritaria) adopte una decisión que lesione un derecho cuya validez y especial peso la propia mayoría (tanto la parlamentaria como la social) reconoce. Del mismo modo que es posible que un individuo actúe de manera disconforme con los principios morales que autónomamente acepta, es posible que la mayoría política lesione ciertos derechos cuya existencia y especial peso acepta autónomamente”. Vid. FERRERES: 2000: 36.

⁴⁹ FERRERES: 2000: 36 y 37.

En primer lugar, el proceso de control judicial de la ley ejemplifica de manera especialmente refinada la práctica de argumentar a favor y en contra de las decisiones políticas a partir de razones derivadas de la Constitución (...) En segundo lugar, el juez puede enriquecer el debate con nuevas voces que no pudieron hacerse oír en el proceso legislativo⁵⁰.

La tercera razón presupone reconsiderar el sentido en el que buscamos “mecanismos” que promuevan, en un contexto de justicia procesal imperfecta, en la mayor medida y dada las circunstancias, la garantía de los derechos fundamentales. En mi opinión, la analogía con los “contratos Ulises” ha generado cierta distorsión de la discusión. Waldron agudamente ha señalado que el control jurisdiccional de constitucionalidad se parece más a una estrategia tipo “amigo del conductor borracho” que a un verdadero mecanismo de auto-restricción que hace imposible para el sujeto llevar a cabo cierta acción no deseada (en este caso, tomar decisiones mayoritarias vulneradoras de derechos). De ahí que, al aceptar el control jurisdiccional de constitucionalidad, estaríamos haciendo el análogo de entregar las llaves de la constitucionalidad a un amigo que presuponemos siempre sobrio, cuando el problema es que en esta materia bien puede ser que el Ulises no se haya emborrachado, sino que ha cambiado genuinamente de opinión sobre lo que los derechos fundamentales exigen para ciertos casos. En mi opinión, Waldron tiene una parte de razón, pero no toda.

Waldron tiene razón al señalar que lo que hacen los jueces constitucionales no se parece a un mecanismo, no es un proceso automático que realiza indefectiblemente la voluntad constituyente. Ahora bien, en primer lugar, lo que hacen los jueces constitucionales no se parece a un mecanismo porque el mecanismo está en otro sitio: El mecanismo deriva de la incompetencia que tiene el legislador, supuesto que no nos situamos en el denominado “modelo Westminster”, para dictar normas que vulneran en su contenido los límites constitucionales. Atienza y Ruiz Manero han defendido que en las condiciones de validez de la regla que confiere el poder de legislar, no sólo han de incluirse condiciones relativas al procedimiento y a la competencia personal y material (entendida esta última como ámbitos o temas sobre los que puede versar la regulación), sino también el contenido de la ley conforme a la constitución⁵¹. De ahí que la aprobación de una Constitución formal sí pueda ser vista como un mecanismo institucional que hace imposible al legislador aprobar válidamente leyes inconstitucionales. Los jueces no son el mecanismo, pero son quienes deben establecer

⁵⁰ FERRERES: 2000: 37.

⁵¹ Vid. ATIENZA y RUIZ MANERO: 2003: 724 y ss.

cuando hay dudas al respecto si las normas promulgadas han respetado o no la regla que confiere el poder de legislar. Cuando se trata de lo que Atienza y Ruiz Manero denominan la validez regulativa, es decir, si el contenido de las normas vulneran o no lo dispuesto en normas de rango superior y, como es el caso, cuando dichas normas son los principios constitucionales, puede ser mucho menos claro cuándo la ley es inválida o no, pero la tarea del juez constitucional no es tan radicalmente diferente a la más ordinaria de determinar si, por ejemplo, una determinada autoridad actuó en el ámbito de su competencia material.

La cuarta razón es una aplicación del principio general de que la aceptabilidad de las medidas paternalistas depende de que las circunstancias permitan pensar en que el poder se ejercerá dentro de los límites y con la finalidad benevolente prevista. Dicho de otro modo, depende de que quepa hablar de un consentimiento hipotético racional a la medida⁵². Anteriormente, vimos como Mill defendía el mandato representativo acudiendo a la analogía entre el gobernante y el médico. Esta analogía es peligrosa porque bien podría fundar un despotismo benevolente, por ello Mill insiste en subrayar el poder que retiene el pueblo, esto es, el poder de cambiar de médico o, en términos políticos, de elegir a nuevos gobernantes en las elecciones. En el caso de los jueces constitucionales, de la misma manera, la aceptabilidad de su poder de decisión depende tanto de que les reconozcamos unas cualificaciones especiales para llevar a cabo la tarea de dilucidar cuándo el legislador se ha excedido de su competencia (el análogo al conocimiento que atesoran los médicos), como del poder que retenga el pueblo en relación con dichos jueces (el análogo a la posibilidad de elegir y cambiar de médico).

Con respecto a lo primero, bien entendida la tarea de los jueces constitucionales no cabe duda, a mi juicio, de la necesidad de contar con juristas expertos. John Rawls, considerando que el tribunal Supremo es el modelo de la razón pública, la describe de la siguiente manera:

...es tarea de los jueces intentar desarrollar y expresar, en sus opiniones razonadas, la mejor interpretación de la constitución que puedan usando su conocimiento de lo que exijan la constitución y los precedentes constitucionales. En este caso, la mejor interpretación es la que mejor cuadra con el cuerpo de esos materiales constitucionales y la que mejor justifica ese cuerpo en los términos de la concepción política de la justicia, o de una variante razonable de ella (...) El papel del tribunal aquí

⁵² vid. ALEMANY: 2005: 413 y ss.

es parte de la publicidad de la razón, y constituye un aspecto del amplio papel, también educativo, desempeñado por la razón pública⁵³.

Con respecto a lo segundo, es importante reparar en algunas de las diferencias esenciales que se han asignado tradicionalmente a las autoridades jurisdiccionales frente a las autoridades políticas⁵⁴. De nuevo Tocqueville lúcidamente nos advierte de lo crucial de estas diferencias. En particular, este autor destaca que

La primera característica del poder judicial en todos los pueblos es su función de árbitro. Para que tenga lugar una acción por parte de los tribunales, es preciso que se produzca una protesta. Para que haya un juez, tiene que haber proceso. En tanto que una ley no origine oposición, el poder judicial no se ocupa de ella (...) Cuando se pronuncia sobre una ley sin partir de un proceso, se sale totalmente de su esfera e invade la del poder legislativo (...) El poder judicial violaría en cierto modo su naturaleza pasiva si tomara por sí mismo la iniciativa y se convirtiera en censor de las leyes⁵⁵.

De ahí que cuando los jueces constitucionales deciden si el legislador ha ido más allá de su competencia o no, normalmente estarán haciendo prevalecer las opiniones sustentadas al respecto por alguna parte de la sociedad, pudiendo ser incluso la parte mayoritaria la que vence en su interpretación de la Constitución frente a una minoría recurrente. La imagen que mejor refleja esta situación es la del árbitro acordado por las partes en el pacto constituyente y no la imagen de la elite judicial actuando siempre de forma contramayoritaria. Este carácter pasivo de los jueces constituye un límite importante a su poder y, por tanto, un argumento a favor de la razonabilidad de aceptar dicho poder. Igualmente, con frecuencia se olvida que dichos jueces son nombrados a través de procedimientos que tratan de reflejar de alguna manera las mayorías democráticas: por ejemplo, propuestos por el jefe del ejecutivo pero con la posibilidad de veto por el legislativo.

De otro lado, al configurar el poder de los jueces constitucionales como una autoridad jurisdiccional y no política, con una tarea como la que se ha descrito, no sólo se admiten límites para la autoridad política sino también límites para la autoridad jurisdiccional. Dicho de otro modo, a los jueces constitucionales no se les suele reconocer la última palabra en

⁵³ RAWLS: 1995: 271.

⁵⁴ Un resumen de las mismas puede verse en AGUILÓ: 2000: 121 y ss.

⁵⁵ TOCQUEVILLE: 2002: 155 y 156.

cualquier controversia, sino sólo con respecto a un tipo de ellas: las que pueden ser vistas como cuestiones de principios (constitucionales) y, por tanto, planteadas como preguntas con una respuesta binaria, de todo o nada, del tipo de “dada tal combinación de circunstancias ¿prevalece el principio A o el principio B?”⁵⁶. Lo cual no quiere decir que el razonamiento que se espera de los jueces constitucionales sea totalmente ajeno a las consecuencias, pero le interesan las consecuencias de sus decisiones fundamentalmente en el sentido de “implicaciones jurídicas” de su decisión⁵⁷.

5. Conclusión

Hasta aquí he tratado de mostrar, en primer lugar, que en muchas de las justificaciones de la rigidez constitucional, en sus diversos grados, y del control jurisdiccional de constitucionalidad, en sus diversas formas, se emplea un tipo de argumento con la forma del argumento que he denominado “paternalista”. Dicho argumento hace aparecer la rigidez y el control como necesarios para proteger a los derechos y libertades fundamentales atendiendo a déficit probables de comprensión y/o voluntad en las eventuales mayorías parlamentarias. En segundo lugar, he señalado la importancia de advertir la ambigüedad de la concepción de las constituciones como mecanismos de precompromiso. De acuerdo con uno de sus significados, se afirma la existencia de un compromiso previo por parte de los constituyentes que tuvieron la intención de “atarse las manos”. Así entendida, el alcance justificativo de dicha doctrina es muy limitado y presupone la defensa de una concepción originalista de la Constitución. De acuerdo con otro de sus significados, la doctrina del precompromiso alude a un modelo de racionalidad imperfecta y, en mi opinión, su alcance justificativo es mayor, ya que se orienta a presentar la rigidez constitucional como una necesidad para la garantía de los derechos fundamentales, pero ya no se trata de aludir a su vinculación a los compromisos previos sino del argumento paternalista. En tercer lugar, he defendido que, en relación con el control jurisdiccional de constitucionalidad, el uso del argumento paternalista no tiene necesariamente para los ciudadanos el carácter insultante que le asigna Waldron, ya que el paternalismo no se ejerce directamente sobre ellos sino sobre las mayorías parlamentarias y, con respecto a éstas, dependiendo de las circunstancias, dicho paternalismo puede considerarse como justificado.

⁵⁶ RUIZ MANERO: 2007: 90.

⁵⁷ Vid. MCCORMICK: 2005: 101.

Sin embargo, hay que admitir que cuando de lo que se trata es de garantizar ciertos bienes primarios a los individuos de una sociedad a lo largo de las generaciones, con incertidumbre sobre las circunstancias cambiantes de la historia, sobre el grado de comprensión de esos mismos individuos sobre sus genuinos intereses, etc., no podemos estar seguros de que la opción por algún grado de rigidez en concreto y alguna particular forma de control jurisdiccional de constitucionalidad sea la mejor. En relación con lo primero, Bayón opina, por ejemplo, que “para quien haga suyo el ideal moral del coto vedado” el mejor mecanismo de protección sería un núcleo constitucional intangible de reglas bien determinadas, una posición que él mismo califica de constitucionalismo débil⁵⁸. En relación con lo segundo, De Lora, por ejemplo, defiende una presunción fuerte a favor de la constitucionalidad de las leyes de manera que sólo se procediera a su anulación por parte de un Tribunal Constitucional por decisión unánime⁵⁹. De esta manera, pareciera que nos vemos abocados en última instancia a apoyar nuestras conclusiones en juicios contrafácticos, los cuales no pueden producir sino insatisfacción por las dificultades de fundamentación que los mismos presentan. En todo caso, no es descartable que la rigidez constitucional y el control jurisdiccional de constitucionalidad, por su carácter instrumental, puedan arrojar resultados perniciosos: “estas mismas técnicas –advierde Aguiló- al servicio, por ejemplo, no de una expectativa considerada valiosa y, por tanto, merecedora de ser protegida en forma de un derecho, sino de un privilegio (es decir, de una expectativa no valiosa y/o no justificada) resultan simplemente insoportables e irracionales”⁶⁰.

Sin embargo, el excesivo énfasis en las ideas de “mecanismo de tipo estructural” o “diseño institucional” puede distorsionar nuestra visión del problema. A mi juicio, Aguiló acierta cuando sostiene que para garantizar una práctica jurídica y política respetuosa con los derechos

ello exige recurrir a conceptos dialécticos que apuntan hacia síntesis relativamente inestables (como ponderación, equilibrio, etc.) y al desarrollo de las actitudes adecuadas vinculadas a necesidades discursivas de justificación. Es decir, apuntan más hacia las exigencias deliberativas y argumentativas vinculadas a la idea de “vivir en constitución” que hacia las respuestas estructurales vinculadas a “tener una constitución”⁶¹.

⁵⁸ Vid. BAYÓN: 2000: 85.

⁵⁹ DE LORA: 2000: 50.

⁶⁰ AGUILÓ: 2008: 121.

⁶¹ AGUILÓ: 2008: 127.

Más adelante, el mismo autor, en relación con el problema de “el gobierno de los muertos” que parece implicar la rigidez constitucional señala

De nuevo, y sin extenderme mucho, en mi opinión, esta tensión entre quienes “se dieron una constitución” (los muertos) y quienes “tienen una constitución” (los vivos) tampoco es susceptible de recibir una respuesta estructural o definitiva. La síntesis armónica entre unos y otros sólo puede expresarse mediante nociones inestables y dialécticas como la de “continuidad de una práctica” que permita eliminar los términos indeseables, por un lado, de sometimiento al pasado y, por otro, de ausencia de garantía de los derechos (de estabilización de las expectativas relativas a los derechos). Nuevamente, al igual que en el caso anterior; la solución hay que buscarla apuntando hacia las exigencias deliberativas y argumentativas y el desarrollo de las actitudes adecuadas⁶².

No podemos esperar que un mecanismo o diseño institucional garantizador de los derechos produzca sus efectos de forma automática (no pueden operar como mecanismos de justicia procedimental perfecta). Todos ellos requieren de la aceptación por parte de los operadores jurídicos y de que se apliquen con sentido. Para quien, como Waldron, el mecanismo de la rigidez constitucional y los tribunales constitucionales se reducen a un puro sistema procedimental de decisión en manos de unos pocos jueces (lo cual, en su opinión, no se puede afirmar ni siquiera que haya arrojado buenos resultados prácticos), no cabe duda de que no son una buena idea⁶³. El problema es que de esta manera se pide el principio: nada valioso se obtiene de lo que se ha vaciado previamente de valor.

La última conclusión que quiero presentar es que el hecho de que haya sociedades que viven en Constitución sin tener una constitución no puede utilizarse como un argumento contra la constitución formal, aunque nos muestra que la eficacia de los diseños institucionales debe medirse por su capacidad de generar límites internos, esto es, de generar una cultura jurídica respetuosa con los derechos. Por ello, una vez que se han refutado las objeciones de principio al constitucionalismo (fundamentalmente que presupone un paternalismo injustificado), la clave de la discusión está en si el proceso histórico de constitucionalización debe ser visto o no como un progreso en la extensión de esta cultura jurídica de respeto a los derechos. En mi opinión, éste es el caso y me atrevería a decir que la

⁶² AGUILÓ: 2008: 128

⁶³ Vid. WALDRON, 2005, 344.

posición democrática puede sufrir la misma miopía que algunos ilustres pensadores, liberales y progresistas, mostraron en relación con el sentido y alcance de las “declaraciones de derechos”.

Referencias bibliográficas

AGUILÓ, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004.

AGUILÓ, Josep. *Sobre Derecho y argumentación*, Palma, Lleonard Muntaner, 2008.

_____; ATIENZA, Manuel; y RUIZ MANERO, Juan. *Fragments para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007.

ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*, Madrid, Iustel, 2006.

AÑÓN, María José. *Necesidades y derechos (Un ensayo de fundamentación)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*, Barcelona, ed. Ariel, 2006.

BAYÓN, Juan Carlos. “Derechos, democracia y Constitución”, en *Discusiones*, 1, 2000, pp. 65-94.

DE LORA, Pablo. *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del Derecho*, Madrid, BOE y CEPC, 1998.

_____. “La posibilidad del constitucional thayeriano”, en *Doxa*, 2000, pp. 49-75.

ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, t. c. Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1997 [ed. original: *Ulises and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984].

_____. *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, t. c. de Jordi Mundó, Barcelona, Gedisa, 2002 [ed. original: *Ulises Unbound. Studies in Rationality, Precommitment, and Constrains*, The Press Syndicate of the University of Cambridge, 2000).

FERRAJOLI, Luigi. “Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías”. En: FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; y ATIENZA, Manuel. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.

FERRERES, Victor. “Una defensa de la rigidez constitucional”, en *Doxa*, 23, 2000, pp. 29-47.

GARZÓN Valdés, Ernesto. “Necesidades básicas, deseos legítimos y legitimidad política en la concepción ética de Mario Bunge”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993^a, pp. 417-435.

_____. “Representación y democracia”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993b, pp. 631-650.

_____. “Desde la ‘modesta propuesta’ de J. Swift hasta las ‘casas de engorde’ (Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños)”, *Doxa*, 15-16, vol. II, 1994, pp. 731-744.

GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel; *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

HART, H.L.A.. *El concepto de Derecho*, t. c. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 [ed. Original: *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961].

_____. *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, 1963.

HOLMES, Stephen. “Precommitment and the Paradox of Democracy”, en *Constitutionalism and Democracy*, Jon Elster & Rune Slagstad (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 195-249.

LAPORTA, Francisco. “El ámbito de la Constitución”, en *Doxa*, 24, 2001.

_____. *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.

LIFANTE, Isabel. “Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica”, en *Doxa*, 22, 1999, pp. 171-193..

MILL, John Stuart. “Recensión del volumen 1 de “La democracia en América”, en *Sobre la libertad y comentarios a Tocqueville*, t. c. Cristina García Gay, Madrid, Espasa-Calpe, 1991 [ed. original: “Mill's Reviews of Democracy in America”, London (and Westminster) Review, 1835].

_____. *Sobre la libertad*, t. c. Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza Editorial, 1999 [ed. original: *On liberty*, London, 1859].

MORESO, José Juan. “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones*, 1, 2000, pp. 15-51.

_____. *La Constitución: un modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

RUIZ MANERO, Juan. “Una tipología de las normas constitucionales”, en Aguiló, Josep; Atienza, Manuel; y Juan Ruiz Manero; *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*, 1, t. c. Dolores Sánchez de Aleu, Madrid, Alianza Editorial, 2002a [ed. original: *De la démocratie en Amérique*, París, 1850].

_____. *La democracia en América*, 2, t. c. Dolores Sánchez de Aleu, Madrid, Alianza Editorial, 2002b [ed. original. *De la démocratie en Amérique*, París, 1850].

WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*, t. c. José Luis Martí y Agueda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005a [ed. original: *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999].

ZIMMERLING, Ruth. “La pregunta del tonto y la respuesta de Gauthier”, en *Doxa*, 6, 1989, pp. 39-76.

Artigo recebido em 19 de julho de 2013.

Artigo aprovado para publicação em 10 de outubro de 2013.

DOI: 10.11117/1982-4564.06.14



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013. ISSN 1982-4564.

Aceleração da democracia brasileira?

Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch*

Resumo: O artigo analisa o estágio atual da democracia brasileira com o escopo de demonstrar que representa problema relevante a ausência de arenas de dissenso na sociedade civil. São pressupostos do estudo as percepções de que: (a) diferentemente do que ocorre com outras patologias sociais, a criação de canal de comunicação entre as instituições e a sociedade civil depende de efetivos experimentalismos democráticos que não podem ser realizados a partir da jurisdição constitucional ou por exclusivo intermédio dela; e (b) não se tem revelado eficaz no Brasil a política de *laissez-faire* estatal em relação à promoção social da cidadania. Ao final, o artigo explicita o conceito de democracia que essa proposta de aceleração democrática deve construir no plano teórico, especialmente em razão da dificuldade de explicitação do conteúdo de uma agenda de incremento da qualidade dos governos representativos democráticos modernos.

Palavras-chave: Aceleração democrática. Arenas de dissenso moral. Promoção social da cidadania. Qualidade de governos representativos.

Abstract: This Essay analyses the current stage of democracy in Brazil, with the purpose of demonstrating that the absence of social arenas of dissent represents a relevant pathology. It assumes that (a) unlike other social problems, the absence of social arenas cannot be solved by the Courts; and (b) the Brazilian policy of *laissez-faire* regarding the promotion of a citizenship agenda has not yet proved its efficiency. This Essay also proposes theoretical patterns for the development of a concept of democracy that justifies the proposition of improving the quality of representative governments by the development of social arenas of dissent.

Keywords: Democratic acceleration. Social arenas of dissent. Citizenship agenda. Quality of representative governments.

* Doutorando em Direito Constitucional pelo Departamento de Direito do Estado da USP. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Professor do IDP, da EDB e Professor voluntário da UnB na área de Direito Público.

SUMÁRIO

1. Introdução;

2. Esferas públicas políticas como arenas de dissenso moral;

3. O caso brasileiro;

4. Da solidariedade espontânea para a solidariedade forçada: superação da política de *laissez-faire* estatal quanto à cidadania democrática;

5. As metamorfoses da democracia: agenda de pensamento teórico;

Referências bibliográficas.

1. Introdução

Em entrevista concedida à Revista Veja em 3 de agosto de 1977, Fernando Henrique Cardoso atestou, de maneira taxativa, que, “*substantivamente, nunca houve democracia no Brasil*” (2010:25). Quase 30 anos depois, no posfácio da obra que escreveu a respeito de sua experiência como Presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso revelou que, a despeito de toda a evolução ocorrida nos anos anteriores, ainda mantinha visão pessimista sobre o estágio de desenvolvimento da democracia no país. Afirmou, nesse sentido, que “*o que me decepciona é ver o tempo que custou para o país obter os resultados que alcançamos, tão longe ainda do necessário*” (2012:673). Algum conceito de democracia substantiva possivelmente também era o que Charles Tilly tinha em mente ao sustentar a irrelevância prática e teórica da previsão da Constituição de 1996 do Cazaquistão que qualificava como democrático o regime político praticado naquele país (2007:1-5). As visões de Fernando Henrique Cardoso e Charles Tilly exemplificam o fato, reconhecido por Adam Przeworski, de que os teóricos sociais geralmente embutem no conceito de democracia o contrário de tudo aquilo repudiam nos regimes autoritários (2010:xii). Isso faz com que seja mais comum encontrar fórmulas de condução de processos de democratização do que agendas voltadas ao incremento da qualidade de democracias consolidadas. De fato, tornou-se simples saber o que a democracia não representa e extremamente difícil compreender o contrário.

Nas hipóteses em que a discussão a respeito da qualidade de determinada democracia em si é travada academicamente, a análise teórica costuma se circunscrever aos planos: (a) cidadão, voltado à verificação do grau de garantia prática de conceitos substantivos de direitos civis e sociais; e (b) institucional, direcionada a análises que, ao mesmo tempo em que equiparam democracia, governo representativo e sufrágio universal, objetivam desenvolver

arranjos que permitam a maior participação popular nas decisões políticas, ou, muitas vezes, maior identidade entre representantes e representados.

No âmbito da análise jurídica, é pressuposto do breve estudo que será desenvolvido adiante o reconhecimento da necessidade de mudança no ponto de partida das teorias constitucionais dominantes na atualidade. Isso porque, conforme já diagnosticado por Roberto Mangabeira Unger (2004a), a obsessão atual dos juristas com a pergunta “*como os juízes devem julgar?*” representa o fracasso da doutrina constitucional em passar do momento da preocupação com o gozo dos direitos para o passo do experimentalismo institucional, que é necessário para que o direito não perca relevância como instrumento de transformação social. Nesse sentido, quando visualiza o jurista como seu agente primário, a teoria constitucional dominante na atualidade subordina indevidamente o direito aos resultados que os juízes podem produzir. O preço desse equívoco é a interrupção do avanço democrático, uma vez que o direito acaba se tornando prioritário sobre a política.

Por tal motivo, tornou-se premente no direito, segundo preconiza Unger (2004a), a reorientação da análise jurídica, para que o direito se transforme em poderoso instrumento de experimentalismo institucional. O propósito da análise jurídica reforjada deve ser solucionar, de maneira ininterrupta, o conflito entre os compromissos programáticos das sociedades e os arranjos institucionais que constroem a realização plena desses objetivos.

A partir dessas premissas, o presente artigo se presta a duas finalidades.

A primeira é apresentar breve perspectiva de visão do estágio atual da democracia brasileira. Embora não exaustiva, a análise será voltada à demonstração de que (a) constitui problema relevante da democracia brasileira atual a ausência de arenas de dissenso na sociedade civil; (b) diferentemente do que ocorre com outras patologias sociais, como a privatização dos interesses do Estado, a criação de autêntico canal de comunicação entre as instituições e a sociedade civil brasileira depende de efetivos experimentalismos democráticos que não podem ser realizados a partir da jurisdição constitucional ou por exclusivo intermédio dela; e (c) não se tem revelado eficaz no Brasil a política de *laissez-faire* estatal em relação à promoção social da cidadania.

A segunda finalidade do artigo é explicitar o conceito de democracia que essa proposta de aceleração democrática deve construir no plano teórico, especialmente em razão da dificuldade, mencionada inicialmente, de explicitação do conteúdo de uma agenda de incremento da qualidade dos governos representativos democráticos modernos.

2. Esferas públicas políticas como arenas de dissenso moral

A análise do estágio atual da democracia brasileira realizada por Marcelo Neves, na parte final da obra *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, representa o ponto de partida do presente artigo. Após qualificar as experiências de 1937-45 e 1965-84 como negações diretas e expressas do Estado de Direito no Brasil, o autor afirmou que os momentos realmente democráticos do país representariam “*caso[s] típico[s] de modernidade periférica*”, nos quais “*a crescente complexidade e o desaparecimento do moralismo tradicional não têm sido acompanhados de maneira satisfatória pela diferenciação funcional e pelo surgimento de uma esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania*” (2008:244).

O retrato de Neves foi primeiramente direcionado ao diagnóstico da ausência de efetiva concretização do Estado de Direito institucionalizado no Brasil. O problema principal apontado pelo autor foi o insuficiente fechamento normativo do subsistema social do direito decorrente da injunção de fatores sociais negativos diversos. O Brasil atual, nesse sentido, foi qualificado como democracia moderna periférica em comparação às democracias europeias. O caminho proposto pelo autor para enfrentamento da questão dispensa experimentalismos institucionais. Resume-se ao abandono de relações de “*privatização do Estado que contrapõem-se restritivamente à concretização constitucional dos direitos humanos e da soberania do povo como procedimento*” (2008:247).

Por isso, o presente artigo dará preferência ao segundo problema também diagnosticado por Neves: a ausência de esfera pública política, fundada na universalização da cidadania, na sociedade civil brasileira. Será defendido que a política de total ausência estatal em relação à promoção de consciência cívica nos indivíduos não tem funcionado no Brasil atual, ainda que resultados positivos pontuais tenham sido obtidos através da jurisdição constitucional no que diz respeito à maior realização prática dos objetivos programáticos assumidos por ocasião da Constituição Federal de 1988. Será defendido que os resultados dessa política estatal liberal têm sido o distanciamento irresponsável entre representantes e representados e o desaparecimento da política transformativa no país.

Antes, porém, é necessário explicitar o que se entende por esfera pública política. No modelo teórico habermasiano de democracia procedimental, a sociedade civil é apresentada como “*espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral*”. O significado do termo, para

Habermas, engloba todos os “*movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política*”¹. Nesse cenário, segundo Habermas, mesmo emitindo sinais e impulsos insuficientes para despertar processos de curto prazo de aprendizagem democrática nos Parlamentos e nas Cortes Constitucionais, a sociedade civil pode efetivamente reorientar o poder oficial através das suas opiniões políticas próprias (2003b:99-106).

A proposta habermasiana de reconhecimento de uma sociedade civil que utiliza linguagem comum “*situada abaixo do limiar de diferenciação dos códigos especializados*” (2003b:84) foi incorporada no modelo de Estado Democrático de Direito proposto na obra “*Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*”. Neves, nesse sentido, adotou criticamente a teoria do discurso ao afirmar que, “*embora a contribuição habermasiana sobre o mundo da vida e a ação comunicativa não seja imprestável no que concerne à consideração das esferas de comunicação não estruturadas sistemicamente, afigura-se-me imprescindível a sua releitura à luz da teoria dos sistemas*”. Para o autor, portanto, o mundo da vida, sobre o qual se ancora a sociedade civil, representa a “*base para a construção sistêmica*” e, principalmente, o “*espaço para a reprodução do dissenso intersubjetivo*” (2008:125-126).

A releitura da teoria do discurso proposta por Neves, além de objetivar descarregar a pretensão consensualista do mundo da vida imposta por Habermas, retira corretamente o apoio da prática cotidiana do mundo da vida em inexistentes certezas intuitivamente compartilhadas. Com isso, o conceito habermasiano de esfera pública política como ambiente de reconstrução consensual do mundo da vida dentro de horizontes racionais dá espaço a uma proposta mais modesta: “*campo complexo de tensão entre direito e política como sistemas acoplados estruturalmente pela Constituição, de um lado, e mundo da vida e outros subsistemas funcionalmente diferenciados da sociedade*” (2008:131).

A esfera pública política surge, assim, como a arena do dissenso. A tarefa de estruturação pluralista, aberta e universal da esfera pública é erigida por Neves ao patamar de “*desafio fundamental do Estado Democrático de Direito*” (2008:135).

¹ O núcleo da sociedade civil, para Habermas, é necessariamente formado “*por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas*”, as quais, mesmo integrantes de “*uma esfera pública dominada pelos meios de comunicação de massa e pelas grandes agências, observada pelas instituições encarregadas das pesquisas de opinião e do mercado, e sobrecarregada com o trabalho de publicidade e propaganda dos partidos e organizações políticas*”, ainda representam o “*substrato organizatório do público de pessoas privadas, que buscam interpretações públicas para suas experiências e interesses sociais, exercendo influência sobre a formação institucionalizada da opinião e da vontade*” (2003b:99-100).

A partir do detalhamento da releitura das teorias do discurso e dos sistemas proposta por Neves, é fácil perceber que seu diagnóstico a respeito da ausência de arenas de dissenso moral na sociedade civil brasileira traduz a conclusão de que não há: (a) efetivos canais de comunicação entre as opiniões políticas próprias da sociedade brasileira e as decisões tomadas no âmbito do Parlamento e dos Tribunais; (b) efetivas opiniões políticas próprias da sociedade civil brasileira; e (c) real abertura cognitiva dos procedimentos judicial, executivo e legislativo em relação ao mundo da vida e aos anseios das associações não estatais e não econômicas que integram a sociedade civil.

3. O caso brasileiro

No que diz respeito à democracia brasileira, Unger visualizou, em texto que escreveu no momento em que se desenrolavam os eventos imediatamente antecedentes à Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, *“momento especial de indefinição [que] poderia ser encarado tanto como a voz da oportunidade transformativa, como um sinal da confusão paralisante”*. Unger, assim, definiu o último período fundacional brasileiro como *“exemplo mágico”* de momento constitucional em que toda a nação podia distinguir claramente entre o possível e o impossível na política (2004c:67-79).

Para o autor, o peculiar ambiente político prévio à convocação da Assembleia Nacional Constituinte, decorrente do encerramento de *“um longo período de uma mal disfarçada ditadura militar”*, formou o contexto necessário para que, a partir de uma esfera pública política realmente aquecida, o Brasil se tornasse base de testes para todas as opções disponíveis de projetos políticos para a humanidade. Unger, assim, definiu a situação brasileira durante o período constituinte como *“momento mágico de união”* entre grupos política, econômica e socialmente distintos em favor da criação de algo novo (2004c:67-79). É possível perceber que Unger encontrou, no último momento constituinte do Brasil, o exemplo ideal da improvável aliança entre a classe pobre estigmatizada, a classe média trabalhadora e os detentores dos meios de produção, criada em decorrência das experiências vivenciadas coletivamente pela sociedade brasileira durante o período do governo militar. Nesse momento *“mágico”*, segundo Unger, o principal objetivo político da sociedade civil brasileira deveria ser a criação de mecanismos institucionais que *“garantissem um elevado patamar de militância cívica”* no Brasil (2004c:76).

Sem ingressar no mérito dessa visão política, a leitura que o presente artigo faz da proposta de Unger é a de que os arranjos acima mencionados funcionariam como instrumentos garantidores de solidariedade forçada em substituição à solidariedade espontânea² que certamente cessaria assim que o momento fundacional brasileiro se encerrasse. Não é necessário admitir que a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 e os seus antecedentes tenham representado especial momento de mobilização democrática brasileira e de efetivo surgimento autônomo de esfera pública política na sociedade civil para reconhecer que, a despeito do inequívoco progresso moral gerado a partir da Constituição Federal de 1988, a quantidade de política transformativa gerada no Brasil tem diminuído nos anos recentes. Essa conclusão, com efeito, independe da escolha pela versão daqueles que defendem que o último período constituinte brasileiro teria representado o meritório resultado do efeito totalmente desorganizador dos projetos das elites detentoras do poder decorrente de amplo e inédito processo de mobilização popular (Barbosa, 2009)³ ou dos autores que enxergam o referido momento fundacional como o fruto de mero acordo firmado entre líderes parlamentares (Jobim, 2004)⁴.

² É necessário explicar, para que seja possível a compreensão mais precisa da mensagem que o artigo procura passar, que a oposição entre os conceitos de solidariedade forçada e solidariedade espontânea diz respeito exclusivamente ao papel do Estado em relação ao desenvolvimento da consciência cívica dos cidadãos. No primeiro caso, há uma política estatal literalmente indutiva, enquanto no segundo a postura pública é liberal. A diferença, portanto, é a presença de uma “agenda de cidadania” (Ackerman, 2012) por parte do Estado.

³ O seguinte exemplo da maciça participação popular no último processo constituinte brasileiro é dado por Leonardo Barbosa: “Os organizadores do relatório ‘Cidadão constituinte: a saga das emendas populares’ consideraram a possibilidade de apresentação de emendas desse tipo como ‘a primeira mudança no quadro político institucional brasileiro obtida pelo longo esforço que vinha sendo desenvolvido, desde o início de 1985, pelos plenários, comitês e movimentos pró-participação popular na Constituinte’ (MICHILES, 1989, p. 54). A proposição de emendas consistia em mecanismo mais avançado que a participação em audiências ou oferecimento de sugestões e correspondia a um avanço qualitativo da Constituinte em termos de abertura à sociedade (1989, p. 55). Enquanto as sugestões encaminhadas às Comissões e Subcomissões temáticas constituíam apenas subsídios aos trabalhos dos constituintes, as emendas que contassem com pelo menos trinta mil assinaturas de eleitores e apoio de, no mínimo, três entidades associativas legalmente constituídas integravam o processo de elaboração da nova Constituição, e só poderiam ser excluídas dele pela manifestação unânime da Comissão de Sistematização. (...) No total foram apresentadas 122 emendas populares, reunindo mais de doze milhões de assinaturas. Considerando as regras regimentais para a apresentação das propostas das emendas (que permitiam ao cidadão assinar no máximo três propostas), a lógica da coleta das assinaturas (que mesclava campanhas solicitando a assinatura em três propostas com outras que preferiam priorizar apenas uma iniciativa) e o universo do colégio eleitoral de 1987 (então com praticamente setenta milhões de eleitores), estima-se que entre dez e doze por cento dos cidadãos brasileiros participaram diretamente do processo constituinte (MICHILES, 1989, p. 104-105). Igualmente impressionante é o número de entidades envolvidas na coleta das assinaturas: quase trezentas entidades dos mais diferentes perfis foram mobilizadas. As entidades sindicais, profissionais e técnico-científicas responderam por 42% desse total, com destaque também para as entidades civis (30%) e religiosas (9%)” (2009: 201-202).

⁴ Segundo Nelson Jobim, em depoimento à Comissão Especial destinada a proferir parecer sobre a Proposta de Emenda Constitucional n. 157/2003, na audiência pública n. 100/2006, “todas as Constituições brasileiras foram sempre processos de transição, ou seja, não tivemos rompimentos na história brasileira. quando o regime anterior se esboroa, logo a seguir apresentava-se uma solução à situação anterior. Portanto, é difícil, na história política brasileira, utilizar-se de instrumento ou de linguagem importadas de outros países, como, por exemplo, os conceitos de Constituinte originário e Constituinte derivado”.

É suficiente apenas constatar que, ainda que o referido momento eventualmente tenha representado situação especial de solidariedade espontânea que uniu a população brasileira, o arrefecimento do engajamento cívico não demorou a ocorrer⁵. Para tanto, bastou que cessassem as circunstâncias político-econômicas que tornavam literalmente imperioso o interesse cívico da população brasileira.

A peculiaridade democrática do Brasil recente é que a diminuição da participação social na política, decorrente do desaparecimento do último momento constitucional brasileiro, não gerou diminuição na quantidade de política constitucional realizada no país. O melhor exemplo disso é o fato de que, no curto período de tempo que se passou desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram efetuadas setenta e uma emendas constitucionais. A peculiaridade brasileira é a irrelevância democrática do conteúdo da significativa maioria dessas emendas, notadamente as mais recentes⁶.

Inicialmente, todavia, é mais do que forçoso reconhecer que a Constituição Federal de 1988 teve o mérito de apresentar os fundamentos que permitiram ao Brasil obter a confiança democrática necessária para integrar-se definitivamente à ordem global, atingindo inquestionável progresso econômico e social.

Não é possível, ainda assim, atribuir exclusivamente ao próprio texto constitucional brasileiro os méritos dessa conquista. Conforme reconhecido por Fernando Henrique Cardoso, foi necessário que os sucessivos governos eleitos a partir de 1989 experimentassem institucionalmente alternativas que permitissem ao país superar o principal defeito do texto constitucional: o fato de “*seu vigor democrático, capaz de desenhar um futuro social-democrático nas áreas da previdência, da saúde, da reforma agrária e da educação*” não ter sido acompanhado pelas “*condições institucionais propícias para gerar a riqueza necessária ao custeio de tão altos propósitos*” (2010:176)⁷. A Constituição Federal de 1988, nesse

⁵ Essa conclusão independe de investigação mais detalhada a respeito de quem eram os detentores das rédeas reais de condução do processo constituinte brasileiro. A esse respeito, ainda que seja relevante investigar (a) a dimensão da efetiva influência social nos trabalhos dos parlamentares constituintes, e (b) o real peso dos trabalhos desempenhados pela Comissão Afonso Arinos no que diz respeito à formatação do texto da Constituição de 1988, não há como não se reconhecer que a população apoiou a convocação da Assembleia Nacional Constituinte e referendou tacitamente o resultado final dos seus trabalhos.

⁶ Merecem destaque, a esse respeito, as seguintes emendas constitucionais: (a) EC n. 61/2009, que alterou os parâmetros de idade para ingresso no Conselho Nacional de Justiça; (b) EC n. 50/2006, que alterou o artigo 57 da Constituição Federal para modificar as datas das reuniões do Congresso Nacional e modificou os critérios para convocação extraordinária; e (c) EC n. 69/2012, que transferiu da União para o Distrito Federal as atribuições para organização e manutenção da Defensoria Pública do Distrito Federal.

⁷ Segundo Fernando Henrique Cardoso, a Constituição Federal de 1988 “*manteve o viés, que se justificava nas décadas anteriores, de um controle estatal forte da produção, de inibição ao capital externo e uma estrutura tributária que ou deixaria o Estado à míngua ou as empresas e a população à morte*” (2010:176). Para o autor, “*extensa e detalhista ao extremo, a Constituição de 1988 era – em larga medida ainda é – uma peça contraditória. Avançada no reconhecimento*

sentido, apenas esboçou o plano do Estado Social, sem indicar, contudo, suas fontes de financiamento.

De maneira apenas aparentemente paradoxal, o que propiciou o surgimento das condições políticas necessárias para o desenvolvimento dos necessários rearranjos institucionais profundos no Brasil pós-constituinte foi o respeito ao rito constitucional que marcou tanto o *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello como sua substituição pelo Vice-presidente Itamar Franco⁸. Foi exatamente a obediência às previsões constitucionais no momento da mudança presidencial que revigorou a confiança social no processo democrático brasileiro e permitiu a criação de coalização partidária ampla para a realização de reformas necessárias ao enfrentamento dos graves problemas econômicos que marcavam o Brasil no início da década de 1990⁹.

Profundas alterações institucionais foram conduzidas pelo Congresso Nacional, consubstanciadas em emendas constitucionais voltadas à alteração do serviço público, da previdência social, dos monopólios estatais e da definição do conceito de empresa nacional. Além disso, no âmbito empresarial, (a) foi criado, em fevereiro de 1995, novo regime legal para a concessão e permissão da prestação de serviços públicos; e (b) foram inventadas as agências reguladoras. No campo fiscal, foi aprovada, em maio de 2000, a Lei de

dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, generosa na antevisão dos direitos sociais, nela também se entrenchearam interesses especiais ligados às estruturas do Estado varguista, além do patrimônio arraigado na cultura política brasileira” (2010:148-149).

⁸ Outra consequência favorável à criação de política transformativa decorrente do *impeachment* do Presidente Fernando Collor foi a seguinte: a “*passagem meteórica [de Fernando Collor] sacudiu o mundo político e ampliou o espaço na mídia para discussão sobre reformas. Ao levar o paroxismo a intervenção presidencial na cena política e na vida econômica, é possível que ele tenha deixado na sociedade a demanda por uma liderança que, sem retroceder à visão do passado, pudesse restabelecer a confiança numa agenda não traumática de mudanças. Quando o agravamento da crise depois do impeachment bateu no limite da tolerância da sociedade à superinflação e baixou as resistências à mudança no Congresso, havia uma alternativa suficientemente amadurecida para se oferecer ao país*” (2010:148-149).

⁹ A esse respeito, Fernando Henrique Cardoso apresenta verdadeiro testemunho pessoal das dificuldades enfrentadas à época em que assumiu o Ministério da Fazenda no governo do Presidente Itamar Franco: “*Em maio de 1993, quando assumi o Ministério da Fazenda, três ministros haviam me antecedido em apenas sete meses e a inflação chegava aos 30% ao mês. Como se isso não bastasse, a tensão política estava de volta, agora com foco no Congresso, às voltas com um escândalo de corrupção na distribuição de recursos orçamentários que levaria à cassação de vários deputados, incluindo alguns de grande projeção. Compreende-se, nessas condições, que o propósito de atacar de frente os ‘três grandes problemas do país: a inflação, a inflação e a inflação’, como enfatizei em meu discurso de posse como ministro, tenha sido recebido com ceticismo, apesar da boa vontade da mídia, dos empresários, da maioria do Congresso e do público em geral. Com um presidente legalmente investido mas sem respaldo direto nas urnas (no Brasil, como nos Estados Unidos, o candidato a vice-presidente não é votado) e o Congresso mergulhado numa penosa autodepuração, não se acreditava que houvesse condições políticas para dar essa batalha. Nem tempo para vencê-la, já que haveria eleições gerais no fim de 1994 e a eleição presidencial seria antecipada para a mesma data por uma emenda constitucional. Restava pouco mais de um ano antes de a campanha eleitoral reter os congressistas em suas bases, impossibilitando a aprovação de qualquer medida legislativa complexa, que exigisse a presença de maioria em plenário. Contudo, mesmo no prazo apertado deixado pelo calendário eleitoral, foi possível reunir uma equipe técnica competente no Ministério da Fazenda – requisito vital para um Ministro que não era economista – formular uma estratégia inovadora de estabilização, combinando medidas ortodoxas e heterodoxas, e conseguir apoio político para implementá-la – no que a experiência anterior do ministro como congressista mostrou-se valiosa. O êxito do Plano Real e o ciclo de mudanças por ele inaugurado pareceram desmentir ou pelo menos relativizar os diagnósticos que enfatizavam os obstáculos políticos para a estabilização da economia e a realização de reformas*” (2010:144-145).

Responsabilidade Fiscal, com critérios cogentes para endividamento nos três níveis de governo. Nas esferas social, da saúde e da educação, também por emendas constitucionais, foram redesenhadas as formas de participação dos entes federativos no financiamento do ensino fundamental e da saúde, bem como inventado o Fundo de Combate à Pobreza. No próprio domínio da jurisdição constitucional, por intermédio das Leis n. 9.868/98 e 9.882/98, foi reinventado por completo o método de atuação do Supremo Tribunal Federal.

Nesse período, a Constituição Federal foi literalmente reinventada institucionalmente através de trinta e cinco emendas e mais de quinhentas leis complementares, leis ordinárias e medidas provisórias com conteúdo relevante (Cardoso, 2010:152-153). A peculiaridade desse período democrático do Brasil é que o experimentalismo institucional profundo ocorreu dentro das regras constitucionais procedimentais em vigor e mediante deliberações legislativas.

O resultado do experimentalismo institucional brasileiro realizado em conformidade com as regras democráticas¹⁰, com segurança, foi a criação de condições sólidas para que o país obtivesse o expressivo progresso econômico vivenciado na última década¹¹.

Ainda assim, a despeito das notáveis conquistas obtidas mais recentemente em termos de inclusão social, o ritmo das reformas institucionais diminuiu drasticamente a partir do momento em que o Brasil alcançou estabilidade econômica. Há duas maneiras de se analisar esse fenômeno. A primeira sugere que, por tentativa e erro, o Brasil alcançou seu ponto ótimo institucional através da reinvenção constitucional desenhada na década de 1990, de modo que, a partir de então, bastaria ao país se esforçar para concretizar seus compromissos programáticos segundo os critérios e arranjos então existentes. A política extraordinária seria relegada, então, a outro distante mágico momento especial de crise e a política transformativa seria substituída pela política ordinária. A mensagem implícita é a de

¹⁰ Deve ser mencionada, como exceção relevante à regra de ausência de alteração na disciplina de funcionamento do poder político no Brasil da época, a Emenda Constitucional n. 16/1997, que permitiu a reeleição do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal e dos Prefeitos.

¹¹ O testemunho de Fernando Henrique Cardoso a respeito dessa questão é bastante esclarecedor: “*Nem todas as reformas foram completadas em toda a extensão proposta. Não serei eu o melhor juiz de seu acerto, nem posso garantir que tenham alcançado o ponto de não retorno. Parece-me inegável, de todo modo, que elas avançaram o bastante para sustentar a estabilidade da economia nos últimos dez anos. E, se não assentaram sobre alicerces inabaláveis um novo modelo de desenvolvimento, pelo menos redefiniram os seus contornos. (...) Em nenhum outro país da América Latina, que eu saiba, as reformas envolveram um esforço parecido de reconstrução de consenso no Legislativo. No Chile, as reformas de Pinochet dispensaram a chancela do Congresso. Na Argentina, a privatização, a desregulamentação e o que houve de enxugamento da máquina estatal foram feitos em grande parte por delegação legislativa ao Executivo. Em retrospecto, talvez isso tenha sido vantajoso para o Brasil. O atalho argentino para as reformas, ao que parece, deu em instituições mais débeis e não mais fortes. O tortuoso caminho brasileiro levou-nos a uma situação mais sólida desse ponto de vista. Toda a pauta legislativa mencionada acima tramitou dentro de um quadro político-institucional bastante inalterado, com os mesmos atores e as mesmas regras do jogo, ou quase as mesmas, que se supunha colocar obstáculos praticamente intransponíveis para as reformas*” (2010:152-153).

que seria perigoso alterar a dinâmica dos arranjos desenvolvida anteriormente, seja pela perfeição do desenho institucional vigente, ou pela inaptidão dos agentes políticos atuais de propor bons experimentos.

A segunda visão, adotada no presente artigo, recomenda que se substitua a política ordinária pela política transformativa, com contínua e incessante preocupação com a redefinição dos mecanismos institucionais brasileiros para que, independentemente do aparecimento de crises, haja incremento na realização prática dos compromissos programáticos assumidos por ocasião da Constituição Federal de 1988.

O caminho apartidário sugerido não é a perpetuação ordinária do momento constituinte, o que levaria a inaceitável modelo niilista de busca pela impossível transcendência ao contexto. A proposta é mais apenas retomar o experimentalismo institucional segundo as regras do jogo, prática que marcou o país após o *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello. O objetivo, portanto, é apenas a recuperação da agenda política pelos agentes políticos, em substituição à agenda política conduzida pelo jurista, o que se tornou regra recentemente no Brasil.

A esse respeito, ainda que existam bons exemplos de avanços institucionais recentes no Brasil obtidos por meio do Poder Executivo e Legislativo, como é o caso das cotas raciais sociais nas universidades públicas¹², bem como das leis da Ficha Limpa e de Acesso à Informação, é inquestionável que a qualidade da política praticada pelos agentes políticos caiu de forma drástica nos anos mais recentes. Os mais relevantes exemplos de política transformativa praticados nos últimos anos no país:

- (a) ocorreram a partir da jurisdição constitucional, como a regulamentação da união homoafetiva (ADI n. 4277 e ADPF n. 132), a autorização da realização de aborto de fetos anencefálicos (ADPF n. 54) e a permissão da realização da chamada “*marcha da maconha*” (ADPF n. 187); ou
- (b) somente ganharam força após o referendo do Supremo Tribunal Federal, como foi o caso das cotas das universidades – com o surgimento da Lei Federal n.

¹² A esse respeito, o presente artigo comunga integralmente da visão do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, manifesta em voto proferido no julgamento da ADPF n. 186/DF e da ADI n. 3.330-1/DF, no sentido de que (a) a instituição de cotas raciais para ingresso dos interessados em cursar os cursos de graduação da Universidade de Brasília e (b) a instituição do Programa Universidade para Todos, através de Medida Provisória n. 213/2004, posteriormente convertida na Lei n. 11.096/05, representaram notáveis exemplos de experimentalismo institucional. O capítulo 07 do voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da ADI n. 3.330-1/DF, intitulado “*Uma palavra sobre experimentalismo institucional*”, é bastante claro quanto a essa questão.

12.711/2012 e do “*Programa de Inclusão com Mérito no Ensino Superior Público Paulista*” – e das próprias Lei da Ficha Limpa e de Acesso à Informação.

O melhor retrato recente da dormência cívica que domina o Brasil atual e da pequena relevância atual do Poder Legislativo no cenário político veio do caso da regulamentação do Fundo de Participação dos Estados. Como é sabido, em 24 de fevereiro de 2010, ao julgar as ADIs n. 875/DF, 1.987/DF, 2.727/DF e 3.243/MT, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do artigo 2º, incisos I e II, § 1º, 2º e 3º, bem como do Anexo Único, da Lei Complementar n. 62/1989, assegurando a aplicação dos referidos textos até 31 de dezembro de 2012.

O argumento fundamental do julgamento foi o fato de que o Poder Legislativo não havia cumprido adequadamente seu dever constitucional de legislar quando criou políticas de divisão de receita que desrespeitavam a diretriz prevista no artigo 161 da Constituição Federal de promoção de equilíbrio socioeconômico entre os Estados da Federação. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a legislação que então regulamentava o Fundo de Participação dos Estados decorria exclusivamente de acordos políticos e não considerava critérios objetivos e variáveis, como população e produto interno bruto dos municípios.

Durante o extenso prazo estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal para que a norma inconstitucional vigorasse, não foi possível alcançar, no âmbito do Congresso Nacional, consenso relacionado à criação de nova forma de rateio do fundo constitucional¹³. Encerrado o prazo de vigência da norma declarada inconstitucional, o resultado foi um constrangedor manifesto assinado por membros do Senado, intitulado “*Uma nova presidência e um novo rumo para o Senado*”¹⁴. O documento destaca a percepção de parte relevante dos integrantes do Senado de que “*nos últimos anos o Parlamento tem sido um poder menor*” na democracia brasileira.

Três fatores principais são apontados para fundamentar esse diagnóstico: (a) a submissão do Parlamento às medidas provisórias, que estariam sendo utilizadas “*em assuntos sem emergência*” e aprovadas “*sem debate e em prazos vergonhosamente curtos*”; (b) a “*judicialização da política, com a clara intervenção da Justiça, impondo legislações e contestando decisões tomadas no Parlamento, muitas vezes respondendo a iniciativas dos*

¹³ É necessário reconhecer que houve manifestações por parte do Congresso Nacional no sentido de promover a realização de discussões relacionadas à criação de novo normativo que disciplinasse o assunto. A principal delas foi a tardia criação, pelo então Presidente do Senado Federal José Sarney, de uma comissão destinada a estudar o assunto e a propor possíveis soluções para os principais problemas federativos atualmente existentes no Brasil.

¹⁴ Disponível em http://www.cristovam.org.br/portal3/index.php?option=com_content&view=article&id=5211:manifesto-de-senadores-por-uma-nova-presidencia-e-um-novo-rumo-para-o-senado&catid=170:super-manchete&Itemid=100003.

próprios parlamentares descontentes com o resultado das votações”; e (c) o comportamento ineficiente dos próprios integrantes das Casas Legislativas.

Com relação à dormência política dos membros do Congresso Nacional, os seguintes recentes exemplos foram apresentados no manifesto em questão: (a) a existência de 3.060 vetos presidenciais sem análise ao longo de quase duas décadas¹⁵; (b) a “*ridícula tentativa de organizar a votação de todos esses vetos em uma tarde, como forma de passar por cima de decisão do Supremo*” Tribunal Federal; (c) o encerramento das atividades legislativas do ano de 2012 sem a votação do orçamento para o ano fiscal de 2013; (d) o “*fim melancólico da CPMI [do Cachoeira], com um relatório de duas laudas e nenhum indiciamento*”; (e) “*o constrangimento de que a Administração do Senado passou anos cometendo o equívoco de não descontar Imposto de Renda de parte do salário dos senadores e, ao ser surpreendida pela Receita Federal, decidiu pagar com recursos públicos, o que era dívida pessoal de cada senador, embora provocada por erro da Administração da Casa*”; (f) os “*plenários vazios,*

¹⁵ A questão da ausência de deliberação do Congresso Nacional acerca de 3.060 vetos presidenciais foi utilizada como argumento pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, para deferir questionável medida liminar nos autos do mandado de segurança n. 31.816/DF. O conteúdo da ementa da referida decisão monocrática foi o seguinte: “*DIREITO CONSTITUCIONAL. DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO. CONTROLE JUDICIAL. CABIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM EXCLUSIVA DO PARLAMENTAR EM EXERCÍCIO. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO. LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE DELIBERAÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DO VETO PRESIDENCIAL. ART. 66, §§ 4º E 6º, DA CF/88. SOBRESTAMENTO DAS DEMAIS PROPOSIÇÕES ATÉ A DELIBERAÇÃO DO VETO PENDENTE. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE MAIS DE 3.000 VETOS AINDA NÃO APRECIADOS. INERTIA DELIBERANDI CONFIGURADORA DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA ORDEM CRONOLÓGICA DE COMUNICAÇÃO DOS VETOS PARA FINS DE DELIBERAÇÃO. OFENSA AO PODER DE AGENDA POLÍTICA DO LEGISLATIVO NÃO CONFIGURADA. REVISITAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE QUESTÕES INTERNA CORPORIS. ESTADO DE DIREITO E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A NORMAS REGIMENTAIS. CONHECIMENTO. DELIBERAÇÃO ACERCA DE MATÉRIA NÃO CONSTANTE DA ORDEM DO DIA. OFENSA À PREVISIBILIDADE E À CONFIANÇA RECÍPROCA NO FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR. AUSÊNCIA DE RELATÓRIO PRÉVIO DE COMISSÃO MISTA. OFENSA AOS ARTS. 104 E 105 DO REGIMENTO COMUM DO CONGRESSO NACIONAL. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA CONFIGURADOS. LIMINAR DEFERIDA.*

1. *O parlamentar no pleno exercício do mandato eletivo ostenta legitimidade ativa ad causam para impetrar mandado de segurança com a finalidade de prevenir atos no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizem com o processo legislativo constitucional. Precedentes do STF: MS nº 20.257, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 08/10/1980, DJ de 27.02.1981; MS nº 21.642, rel. Min. Celso de Mello, RDA 191/200; MS nº 21.303, Min. Octavio Galloti; MS nº 24.356, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 13/02/2003, DJ 12.09.2003; e MS nº 24.642, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 18/02/2004, DJ 18.06.2004.* 2. *O veto aposto pelo Presidente da República, na dinâmica da sua rejeição pelo Poder Legislativo, se sujeita aos limites jurídicos delineados no art. 66, §§ 4º e 6º, da Constituição Federal; vale dizer, a deliberação legislativa acerca do agir presidencial deve ser imediata, competindo ao Poder Judiciário a sindicabilidade do comando constitucional acaso violado.* 3. *É inconstitucional a deliberação aleatória dos vetos presidenciais pendentes de análise legislativa, cuja simples existência subtrai do Poder Legislativo a autonomia para definição da respectiva pauta política, ex vi do 66, §6º, da CF/88.* 4. *É que resta necessária a deliberação dos vetos presidenciais na sua ordem cronológica de comunicação ao Congresso Nacional, o que importa na apreciação do veto parcial nº 38/2012, aposto pela Presidente da República ao Projeto de Lei nº 2.565/2011, somente após a análise de todos aqueles cujo prazo constitucional de apreciação já tenha expirado.* 5. *São cognoscíveis em sede mandamental as alegações de ofensa à disciplina das regras dos regimentos das Casas Legislativas, sendo certo que pela sua qualidade de normas jurídicas reclamam instrumentos jurisdicionais idôneos a resguardar-lhes a efetividade. Rejeição da doutrina das questões interna corporis ante sua manifesta contrariedade ao Estado de Direito (art. 1º, caput, CF/88) e à proteção das minorias parlamentares.* 6. *A leitura do veto parcial nº 38/2012, em regime de urgência, na sessão legislativa de 12.12.2012, violou as disposições regimentais que impedem (a) a discussão de matéria estranha à ordem do dia e (b) a deliberação do veto sem prévio relatório da comissão mista.* 7. *Fumus boni iuris e periculum in mora configurados. Medida liminar deferida.*”

(...) discursos apenas para a televisão, a falta de debates de ideias e de propostas mesmo nas Comissões, o voto com o corpo (...) sem o compromisso de pronunciamento ou com a cobertura do voto secreto”; (g) a existência de simulacro de eleição para a presidência do Senado Federal no biênio 2013-2014¹⁶; e, por fim, (h) “depois de três anos de prazo dado pelo Supremo, [a ausência de definição] (...) do funcionamento do Fundo de Participação dos Estados, jogando as finanças dos Estados em um abismo”¹⁷.

Especificamente com relação ao caso do Fundo de Participação dos Estados, após manobra técnica do Tribunal de Contas da União que permitiu que alguns pagamentos fossem realizados no início do ano de 2013 à míngua de autorização legal específica¹⁸, o assunto foi embaraçosamente devolvido à apreciação do Supremo Tribunal Federal, por intermédio da ADO n. 23, proposta pelos Estados da Bahia, do Maranhão, de Minas Gerais e de Pernambuco¹⁹. Em decisão monocrática proferida poucos dias depois, o Ministro Ricardo Lewandowski, exercendo interinamente a presidência do Supremo Tribunal Federal, deferiu parcialmente o pedido formulado pelos autores, permitindo que o repasse das verbas do

¹⁶ O texto do manifesto é bastante duro com relação a esse ponto: “Tudo isso exige que a eleição de um novo presidente seja feita com debates entre nós senadores para, antes da eleição sabermos quais as propostas do novo presidente para recuperar a eficiência e a credibilidade do Senado, ajudando a recuperar a de todo o Parlamento. Mas não é isso que se vê. Ao contrário, saímos para o recesso, cada um em seu Estado, sem saber quais seriam os candidatos (diferentemente dos Deputados que há meses estão no processo eleitoral para escolha de seu próximo presidente). Voltaremos apenas para ratificar o nome, nomeado sem apresentar qualquer proposta que mude o nosso funcionamento. Votaremos como os eleitores que iam às urnas na Primeira República, levando a cédula sem conhecer o nome do candidato escrito nela pelos antigos Coronéis de Interior. Diante disto, o mínimo que nós, como eleitores, podemos fazer é apresentar sugestões para serem debatidas e, se aprovadas, postas em prática no Senado, sob a coordenação do novo presidente”.

¹⁷ O documento também apresenta críticas fortes com relação à ausência de definição, pelo Congresso Nacional, das regras de funcionamento do Fundo de Participação dos Estados dentro do prazo fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs n. 875/DF, 1.987/DF, 2.727/DF e 3.243/MT: “Este fato se reveste da maior gravidade quando lembramos a essência da existência de um Senado em nossa República, ou seja, mostramos falta de zelo com o federalismo cooperativo inscrito na Carta Magna e penalizamos as unidades federadas mais frágeis, contribuindo para a permanência de enormes desigualdades territoriais”.

¹⁸ Decisão Normativa n. 123/2012, segundo a qual: “Diante desse quadro de indefinição e considerando que o parágrafo único do art. 616 da Constituição Federal atribui ao TCU a responsabilidade pelo cálculo das quotas referentes aos fundos de participação, e mais, considerando, ainda, a exigência contida no art. 92 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), no sentido de esta Corte de Contas encaminhar os coeficientes ao Banco do Brasil até o último dia útil de cada exercício, determinei à Secretaria de Macroavaliação Governamental a imediata realização do cálculo dos coeficientes de FPE. (...) Ao ordenar a instrução definitiva do feito, ponderei o fato de a União não poder reter os aludidos recursos, os quais pertencem constitucionalmente aos Estados e ao Distrito Federal e pautei-me, sobretudo, nos princípios da segurança jurídica e da prudência por entender que os dispositivos da LC 62/1989 questionados pelo STF ainda estarão em vigor até 31/12/2012. Dessa forma, até que sobrevenha nova disciplina legal, devem ser mantidos os coeficientes para o exercício de 2013 com base no Anexo Único da LC 62/1989.”

¹⁹ O pedido formulado pelos autores da ADO foi o seguinte: “Desse modo, considerando-se que o artigo 12-F, § 1º, da Lei n. 9.868/99 confere a essa Suprema Corte competência para determinar qualquer providência que se revele necessária para assegurar a efetividade das decisões cautelares que profira em sede de ação direta por omissão, afigura-se devida a fixação de novo prazo para a atuação dos órgãos legislativos competentes, prorrogando-se, durante esse período, a vigência das normas declaradas inconstitucionais no julgamento das referidas ações diretas”.

Fundo de Participação dos Estados continuasse sendo realizada conforme as regras da Lei Complementar n. 62/1989, pelo prazo adicional de cento e cinquenta dias²⁰.

Mesmo assim, é forçoso concluir que a total passividade do Congresso Nacional em relação a esse tema sensível, que interfere drasticamente no equilíbrio federativo do país, representa claro exemplo de que existe pouco espaço para a realização de política transformativa no Brasil atual, em contraste ao período de intensa atividade criativa que marcou as Casas Legislativas nos anos seguintes ao *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello. O texto do manifesto mencionado anteriormente elenca diversos fatos que podem sustentar essa conclusão. O mais relevante deles, com segurança, é a percepção de que o importante desenvolvimento econômico recente do Brasil gerou certa acomodação social e a percepção política de que a inovação institucional não é mais necessária no país. O fetichismo institucional, portanto, dominou a percepção política na democracia brasileira atual.

Nesse cenário, é fundamental perceber a literal impossibilidade de que a jurisdição constitucional sozinha coloque combustível na agenda parlamentar de debates, seja por meio de técnicas de decisão que efetivamente gerem um diálogo institucional apto a permitir a superação de entraves políticos, ou por intermédio da efetiva influência dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal na dormência democrática brasileira recente.

De fato, ultrapassados o momento fundacional de política extraordinária que marcou a inauguração de uma nova ordem constituinte e o período de graves crises econômicas que manteve o interesse social pela política transformativa no início da década de 1990²¹, tornou-se necessária a criação de instrumento distinto da jurisdição constitucional para o surgimento de solidariedade forçada no âmbito da sociedade civil brasileira.

²⁰ Em manifestação apresentada anteriormente à apreciação do pedido liminar, o Congresso Nacional se defendeu no seguinte sentido: “*Contudo, não há omissão inconstitucional do Congresso Nacional como apontam os Requerentes, já que têm curso regular nas Casas Legislativas Projetos de Lei Complementar destinados a disciplinar a forma de distribuição dos recursos do FPE, não havendo, portanto, inércia do Poder Legislativo, a justificar qualquer intervenção do Poder Judiciário em suas atividades típicas, em atenção ao princípio da separação dos poderes. A realidade fática demonstrou que o prazo de manutenção da vigência da norma (até 31/12/2012), fixado pelo STF, foi exíguo para debate, aprovação, vigência e eficácia de uma nova Lei Complementar que substituisse os critérios adotados desde 1989, ante as inúmeras atividades desenvolvidas pelo Congresso Nacional nos últimos dois anos, associada ao fato de que em 2010 ocorreram eleições federais, conforme expressamente mencionado no acórdão do STF.*”

²¹ É curioso notar, nesse cenário de profundas alterações institucionais que marcou o Brasil desde os eventos que antecederam a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, especialmente a campanha pelas diretas-já em 1984, até mais recentemente, o relevante peso atribuído por Fernando Henrique Cardoso ao papel da opinião pública: “*O Brasil é um país com proporcionalmente poucos eleitores mas com uma quantidade de telespectadores e radiouvintes que cobre praticamente a totalidade da população. A oferta de informação pelos dois veículos, rádio e televisão, é razoavelmente pluralista e independente. A força política das massas informadas pela mídia eletrônica se fez sentir pela primeira vez na campanha por ‘eleições diretas-já’ em 1984, que marcou o ocaso do regime militar. Todos os acontecimentos políticos importantes desde então trazem a sua marca, da eleição indireta de Tancredo Neves ao impeachment de Collor, do Plano Cruzado ao Real, passando pelas eleições periódicas. A presença desse ator difuso altera profundamente as formas de exercício democrático do poder. Não basta ser votado, ainda que por dezenas de milhares, nem estar revestido de autoridade legal. A legitimação das decisões requer o esforço incessante de explicar suas razões e convencer a opinião pública*” (2010:160-161).

4. Da solidariedade espontânea para a solidariedade forçada: superação da política de *laissez-faire* estatal quanto à cidadania democrática

No item anterior, foi visto que, segundo Unger, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 representou o encerramento do último momento brasileiro de solidariedade espontânea. Para o autor, o ambiente sócio-político que circundou a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 gerou verdadeiro momento constitucional mágico de união entre grupos política, econômica e socialmente distintos no Brasil. De maneira implícita, Unger identificou, nesse momento brasileiro, a improvável solidariedade espontânea, necessária para o aquecimento democrático.

O problema da solidariedade espontânea é que ela desaparece no exato momento em que o ambiente de mobilização popular que marca os momentos constitucionais perde sua razão motivadora ou alcança, total ou parcialmente, o seu objetivo. A dificuldade, quando se esvai a solidariedade espontânea, é justamente imaginar mecanismos para que ocorra o surgimento da solidariedade forçada.

No caso brasileiro, como visto, o interesse da população pela política apenas se manteve aceso após o encerramento da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 em decorrência (a) do significado democrático que representou o *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello e (b) do profundo incômodo social causado pela crise econômica que atingiu o Brasil ainda no início da década de 1990²². Nesse sentido, a arena do dissenso formada na sociedade civil brasileira – entendida como a opinião pública com as suas atenções realmente voltadas à política – somente se dissipou com a estabilização econômica²³. O último momento constitucional brasileiro, assim, prolongou-se para além do período

²² A esse respeito, vale mencionar novamente o testemunho de Fernando Henrique Cardoso: “Ao enfraquecimento momentâneo das forças políticas tradicionais somava-se outro fator decisivo: a saturação da sociedade depois de anos de convivência com os efeitos desagregadores da superinflação. Com preços subindo quase todo dia e acumulando aumentos médios acima de 20% ao mês, praticamente não havia setores e camadas imunes. Todos eram de algum modo impactados: os assalariados, aposentados e pensionistas, pela corrosão acelerada do poder de compra de seus rendimentos fixos; os trabalhadores por conta própria e microempresários sem acesso ao sistema bancário, pela desvalorização de seus escassos ativos em dinheiro; a alta classe média e os empresários, pelas imensas dificuldades de planejar e investir no ambiente superinflacionário, mesmo tendo acesso a aplicações financeiras indexadas. Qualquer proposta crível de ataque à inflação tenderia a obter, nessas circunstâncias, consenso amplo na sociedade, deixando em segundo plano outros interesses eventualmente divergentes e até conflitantes. Consenso que, uma vez repercutido pelos meios de comunicação de massa, terminaria por influenciar os que tomavam decisões no governo e no Congresso. Nossos esforços para ‘vender’ o Plano Real voltaram-se, por isso, tanto para dentro do governo e do Congresso quanto para fora do sistema político, para o convencimento da sociedade. A ambas tarefas me dediquei obsessivamente, primeiro como ministro, depois como candidato a presidente” (2010:154).

²³ Com bastante franqueza, Fernando Henrique Cardoso assume que foi exatamente a saturação social com a crise econômica que gerou o ambiente político necessário para que reformas profundas institucionais fossem realizadas sob o pretexto de “segurar o real” (2010:155).

constituente. Não é possível, ainda, analisar se essa situação foi modificada pelos recentes protestos ocorridos ao longo do mês de junho de 2013.

Nesse sentido, a evolução recente da teoria constitucional criada por Bruce Ackerman é bastante relevante para explicar tanto essa conclusão como a proposta que será apresentada em seguida. Segundo o modelo dualista de democracia inicialmente desenvolvido pelo autor²⁴, existiriam dois momentos distintos para a tomada de decisões políticas: (a) os momentos constitucionais em que o povo decide e (b) os momentos ordinários em que os detentores do poder político decidem. Apenas os primeiros, extremamente raros, possuiriam o condão de definir a identidade coletiva de cada nação. Além disso, somente nos momentos constitucionais é que os detentores do poder adquiririam legitimidade para tomar decisões realmente constitucionais. As decisões ordinárias tomadas diariamente pelos detentores do poder não se enquadrariam na categoria de momentos constitucionais (1991:06).

Para Ackerman, as seguintes condições devem estar necessariamente presentes para que determinado momento político possa ser qualificado de constitucional: (a) o líder político (ou partido político) autor da proposta deve lograr convencer número extraordinário de cidadãos a levar a iniciativa com a seriedade que normalmente não é conferida à política ordinária cotidiana; (b) os oponentes do líder político (ou partido político) devem receber justa oportunidade para organizar suas próprias forças; (c) o líder político (ou partido político) deve conseguir apoio da maioria dos integrantes da sociedade ao final de processo no qual o conteúdo da proposta é repetidamente discutido.

Na fase mais recente da sua obra, especialmente nos livros *The Stakeholder Society* (1999, escrito conjuntamente com Anne Alstot)²⁵, *Voting With Dollars* (2002, escrito conjuntamente com Ian Ayres)²⁶, *Deliberation Day* (2004, escrito conjuntamente com James

²⁴ Referido modelo foi desenvolvido pelo autor com o objetivo de criar uma teoria constitucional realmente norte-americana alheia a importações conceituais irrefletidas (1991:06).

²⁵ A proposta inovadora contida nessa obra é a atribuição de uma quota social de US\$ 80.000,00 (oitenta mil dólares norte-americanos) para todos os cidadãos do país que atingissem a fase inicial da sua vida adulta. As quotas sociais seriam financiadas através da criação de um novo imposto e os beneficiados seriam livres para usar a quantia para o propósito que escolhessem. O objetivo é conferir à população que ingressará no mercado de trabalho certo grau de independência para tomar as suas decisões pessoais e profissionais. A aposta de Ackerman e Alstot é que haverá significativa diminuição no número de jovens literalmente fracassados na sociedade norte-americana (1999:04-05).

²⁶ Em linhas gerais, a proposta apresentada nesse livro almeja redefinir a lógica de funcionamento das campanhas eleitorais através da atribuição de diferentes quotas políticas (“*patriot dollars*”) para todos os cidadãos com capacidade eleitoral, de modo a que cada um pudesse escolher em qual político ou partido político investir durante as campanhas (2002:182-221).

Fishkin)²⁷ e *Decline and Fall of The American Republic* (2010)²⁸, Ackerman objetivou interferir na agenda dualista do modelo de democracia que desenhou para os Estados Unidos. Nesse sentido, buscou confeccionar experimentos destinados a tornar mais frequente a ocorrência de momentos de interesse social na política assemelhado ao que se verifica nos momentos constitucionais. O caminho encontrado pelo autor foi reinventar mecanismos cívicos com o objetivo de fazer com que o maior número de cidadãos possível dedicasse à cidadania a quantidade de atenção que não emprega na política ordinária cotidiana.

A visão de Ackerman, assumida mais explicitamente em recente artigo intitulado *Reviving Democratic Citizenship?* (2012), é no sentido de que a significativa maioria das instituições cívicas herdadas pela atual geração norte-americana está morta ou em fase de inanição, sendo que “*além do ato formal do voto, o ato mais significativo de cidadania [do norte-americano] é mostrar o seu passaporte nas fronteiras*” (2012:1). Assim, em avanço à fase inicial mais descritiva da sua obra, o autor passou a produzir textos de cunho propositivo, geralmente sobre temas de ciência política, voltados à criação de uma espécie de “*agenda de cidadania*” destinada à criação de instituições sociais voltadas ao “*exercício da democracia na vida ordinária*” dos norte-americanos (2012:1).

Basicamente, o objetivo de Ackerman tem sido gerar não apenas o incremento da consciência cívica das populações, mas, principalmente, o surgimento de “*ciclos de virtude*” que teriam impacto direto em todas as instituições políticas (2002:75-96). Em última instância, sua agenda de cidadania almeja criar verdadeira esfera pública política/arena do dissenso na sociedade civil norte-americana. Por meio da elaboração imaginativa de distintos canais institucionais de comunicação entre a sociedade civil e as instituições detentoras do poder político, Ackerman tenciona claramente alcançar o objetivo máximo do experimentalismo institucional: aumentar a quantidade de política transformativa produzida cotidianamente.

Com a criação de solidariedade forçada, as inovações institucionais propostas por Ackerman poderão gerar incremento de política transformativa e a própria “*revitalização da*

²⁷ Esse livro apresenta proposta de criação de feriado nacional financiado pelo Estado que antecederia as eleições presidenciais e teria como objetivo criar espaços destinados exclusivamente à deliberação da sociedade civil acerca das plataformas de campanha dos candidatos (2004:75-96).

²⁸ Nessa obra, Ackerman propõe a criação de um *voucher* de notícias jornalísticas na internet. De acordo com a proposta, os usuários da internet seriam sempre convidados a indicar os textos jornalísticos que contribuiriam para o incremento da sua compreensão da vida política. Os votos dos usuários da internet seriam transmitidos a uma espécie de agenda reguladora que compensaria financeiramente as organizações de imprensa responsáveis pelos artigos mais votados. A ideia, segundo Ackerman, é semelhante à do dia da deliberação: criar microespaços de discussão política na sociedade civil (2010:133-134).

cidadania democrática” (2012, p. 01). Isso porque, conforme corretamente percebeu o autor, nos momentos de pouco engajamento social na política, é imprescindível o envolvimento direto do Estado no financiamento da cidadania. O *laissez-faire* estatal com relação à questão tem sido o responsável pelo baixo engajamento da sociedade civil após o desaparecimento dos raros momentos de solidariedade espontânea. O resultado dessa política liberal tem sido o frequente surgimento de esferas públicas políticas fantasmas nas democracias atuais (2004: 193-198).

É difícil fugir à percepção de que o referido raciocínio se amolda à realidade atual da democracia brasileira. Conquanto o voto obrigatório represente importante política de exercício forçado da cidadania no Brasil, é inegável que outros experimentalismos institucionais, como a reinvenção dos serviços sociais forçados, a rediscussão dos mecanismos de financiamento de campanha e de funcionamento dos partidos políticos, assim como o pensamento de novas formas de educação sentimental massificada, poderiam facilitar sobremaneira a aceleração da democracia brasileira atual.

Nesse sentido, embora sejam direcionados à democracia norte-americana, os experimentos sugeridos por Ackerman nas obras anteriormente citadas poderiam ser adaptados à realidade brasileira. Algo assemelhado às quotas sociais, por exemplo, poderia ser estudado no Brasil, assim como a utilização de mecanismo inspirado no *Deliberation Day* para as eleições municipais. A própria alteração da lógica de financiamento de campanhas atualmente empregada no Brasil é questão que justifica estudo mais aprofundado. A proposta de Ackerman de permitir à população interferir diretamente no mecanismo de divisão das receitas públicas de financiamento das campanhas eleitorais é também bastante interessante como mecanismo de criação de maior identidade ideológica para os partidos políticos no Brasil. Na mesma linha, as facilidades da comunicação por intermédio da internet poderiam ser aproveitadas na criação de arenas cibernéticas institucionalizadas, financiadas e estimuladas pelo Estado, para debates de questões da política cotidiana pelos cidadãos. Seria relevante, ainda, desenvolver tanto mecanismos que estimulassem financeiramente o surgimento de mais projetos de leis de iniciativa popular, como agendas estatais sérias de promoção da cidadania durante os feriados nacionais.

5. As metamorfoses da democracia: agenda de pensamento teórico

Encerrada a análise específica da situação atual da democracia brasileira, é

necessário reconhecer que direcionar o pensamento teórico sobre a democracia para o aumento da participação popular nas decisões políticas é lugar comum sempre que se busca falar em crises de representatividade. Justamente por isso, é fundamental sofisticar a premissa que justifica a defesa de experimentalismos institucionais voltados à superação da política de *laissez-faire* estatal com relação à promoção da cidadania democrática no Brasil.

Duas questões teóricas são relevantes para esse desenvolvimento: (a) definir uma agenda teórica de trabalho com relação ao momento de metamorfose substantiva no conceito de democracia que parece existir no Brasil hoje; e (b) localizar, dentro dessa agenda, espaço para enfrentamento do problema consistente no papel que deve ser atribuído ao eleitor entre as eleições nos governos representativos.

Em sua obra *The Principles of Representative Government*, após revelar com precisão o significado e as consequências do princípio da distinção que marca todas as espécies de eleição (2002:94), Bernard Manin assentou a premissa de que “*o fato fundamental sobre as eleições é que elas são simultânea e indissoluvelmente iguais e desiguais, democráticas e aristocráticas*”, sendo que “*a dimensão aristocrática merece atenção especial atualmente porque costuma ser esquecida ou atribuída a fatores equivocados*” (2002:149-150). A partir desse ponto de partida, Manin desenvolveu um modelo ideal de sistema eleitoral, no qual o critério de distinção que representa caráter aristocrático das eleições seria deixado à livre escolha do eleitor. Desse modo, mesmo não sendo todos os cidadãos aptos na prática a serem selecionados como representantes, em razão da inafastabilidade do princípio da distinção, haveria equilíbrio institucional no pleito eleitoral, de modo que “*qualquer indivíduo poderia parecer superior aos outros por algum critério*” (2002:158). Nesse modelo, a escolha pelo conteúdo do princípio de distinção seria deixada aos eleitores, de modo a neutralizar os desequilíbrios democráticos inerentes à dimensão aristocrática que não pode ser afastada das eleições. A proposta de Manin, dessa maneira, deixa ao eleitor a escolha do tipo de aristocracia que irá representá-lo²⁹.

Ao tratar das diversas metamorfoses que o governo representativo passou desde o final do século XVIII, Manin deixa claro, inicialmente, que “*o que hoje se entende por democracia representativa tem as suas origens em sistemas de instituições (estabelecidos no despertar das revoluções inglesa, americana e francesa) que, de maneira alguma, foram*

²⁹ Essa questão fica bastante clara na seguinte afirmação de Manin: “*Em sistemas eletivos a única dúvida possível diz respeito ao tipo de superioridade que irá marcar os governantes. Quando for indagado sobre quem devem ser os aristocratas a governar, o defensor da democracia deve se virar para o povo e deixa-lo decidir*” (2002:160).

inicialmente concebidos como formas de democracia ou de governo pelo povo” (2002:1). O autor retira essa conclusão não apenas dos modelos institucionais ou consuetudinários de distinção aristocrática entre eleitos e eleitores existentes na França, na Inglaterra ou nos Estados Unidos no final do século XVIII (2002:94-131), mas também dos próprios ensinamentos de teóricos clássicos do governo representativo, como Rosseau, Madison e Siéyès. Nesse sentido, comprovou que o fundamento da representação, tal como foi inicialmente concebida nesses países, era justamente selecionar os mais ricos como governantes. Segundo Manin, foram necessárias metamorfoses inesperadas para que o governo representativo se aproximasse da democracia atual, tais como o surgimento do sufrágio universal e de partidos políticos³⁰ (2002:194).

Especificamente em relação aos partidos políticos, após apontar autores que viam esse desenvolvimento das democracias como evidência de crise da representatividade política, Manin defendeu exatamente o oposto, por entender que *“os partidos aproximaram os representantes das suas comunidades, fazendo com que fosse possível a indicação de candidatos cuja posição social, estilo de vida e preocupações fossem próximos aos daqueles pertencentes às camadas mais pobres da sociedade”* (2002:195-196).

A metamorfose mais recente dos governos representativos foi caracterizada por Manin com expressão *“democracia de audiência”*. Esse momento, identificado pelo autor como fenômeno iniciado a partir da década de 1970, teria representado retrocesso democrático por transformar indivíduos em instituições mais importantes do que os partidos políticos. A partir de então, as campanhas políticas e os próprios partidos políticos teriam voltado suas atenções à figura de um determinado líder. Para Manin, ainda que *“os partidos desempenhem um papel central nesse cenário”*, fornecendo instrumental financeiro e físico, *“eles se tornaram instrumentos a serviço de um líder”* (2002:219).

Duas causas foram apontadas por Manin como determinantes para a ocorrência dessa última metamorfose: (a) o incremento da comunicação política por intermédio de canais de rádio e televisão, o que conferiu maior destaque à individualidade dos candidatos do que às particularidades da sua plataforma política; e (b) o aumento da complexidade da atividade política, que fez com que os representantes eleitos tivessem que lidar diariamente com uma

³⁰ Especificamente com relação ao surgimento dos partidos políticos e da oposição como desenvolvimentos inesperados dos governos representativos, vale conferir a análise de Richard Hofstadter, na obra *The Idea of a Party System: The Rise of Legitimate Opposition in the United States, 1780-1840*. A síntese do pensamento de Hofstadter é a de que, nos Estados Unidos, *“primeiro os partidos políticos precisaram ser criados; mais tarde, apenas, começaram a encontrar aceitação teórica”* (1997:39).

série de decisões a respeito de questões que não poderiam ser previstas com antecedência, tornando literalmente impossível, para o eleitor, escolher um candidato a partir de critérios seguros com relação ao mérito das preferências deste (2002:220). Ambas as características, segundo Manin, fizeram com que as peculiaridades individuais dos candidatos se sobressaíssem às distinções ideológicas dos partidos políticos. Por consequência, a confiança pessoal inspirada por cada candidato e a sua habilidade para lidar com exposições públicas teriam se tornado o principal fator de desequilíbrio eleitoral desde então.

O problema dessa metamorfose, para Manin, que é o que qualifica a democracia atual como uma “*democracia de audiência*”, é o fato de que, nesse cenário, os eleitores tendem a “*responder*” a estímulos que surgem no curso dos processos eleitorais, no lugar de “*expressar*” as suas reais preferências. Atualmente, o voto passou a ser reativo à iniciativa dos próprios candidatos, fazendo com que o “*eleitorado apareça, acima de tudo, como uma audiência que responde aos termos daquilo que foi apresentado no palco político*” (2002:223). Isso não significa, contudo, que os políticos tenham ganhado total liberdade para inventar as bases da clivagem. Conforme reconhece Manin, “*os políticos podem tomar a iniciativa da propositura de um princípio de divisão do eleitorado, (...) mas não têm condições de saber, de antemão, qual será o critério de clivagem mais efetivo*” (2002:224).

O que poderia ser diagnosticado com uma nova crise da representatividade dentro da democracia de audiência é explicado por Manin como o surgimento de uma nova elite aristocrática nas eleições, no lugar da anterior. Assim, o princípio da distinção permaneceria presente nas democracias de audiência, embora estruturado segundo lógica distinta.

Além disso, o rumo positivo dos governos representativos também teria sido alterado com o surgimento das democracias de audiência. Segundo Manin, quando os “*ativistas políticos e os burocratas tomaram o lugar dos notáveis, a história pareceu diminuir o espaço existente entre as elites governantes e os cidadãos ordinários*”. Contudo, para Manin, “*não há razão para se pensar que as elites políticas e midiáticas atuais são mais próximas dos eleitores do que os antigos burocratas partidários*”. Assim, ao invés de representar apenas a substituição de uma elite por outra, a democracia de audiência poderia significar, na visão do autor, o “*agravamento da distância entre os governados e os representantes*” (2002:233). Portanto, ainda que o governo representativo tenha inquestionavelmente se democratizado desde o seu surgimento, consoante Manin “*a diminuição da distância entre governantes e*

governados e o aumento da influência dos governados sobre os governantes se revelaram fenômenos menos duradouros do que o esperado” (2002:234).

Conquanto não seja possível explicar o momento atual da democracia brasileira apenas a partir da explicação da crise de representatividade diagnosticada por Manin, é relevante perceber, a partir dessas considerações, que:

- (a) não é possível recuperar a legitimidade democrática original supostamente perdida do governo representativo. Pelo contrário, é necessário reconhecer que foram justamente os desdobramentos teóricos inesperados dos governos representativos que os aproximaram daquilo que hoje entendemos por democracia, especialmente a partir do momento em que surgiram os partidos políticos;
- (b) justamente por isso, não é recomendável tratar o problema da aparente crise de legitimidade da democracia brasileira a partir de bases niilistas, como aquelas que pregam o ingênuo repúdio abstrato aos partidos políticos. O caráter aristocrático das eleições tende apenas a ser majorado quando a opção institucional é direcionada a arranjos que apenas fomentam princípios de distinção pautados no poder econômico, que é o que historicamente ocorreu antes do surgimento dos partidos políticos; e
- (c) o momento aparentemente transicional da democracia brasileira demanda experimentalismos institucionais voltados, na medida do possível, ao alcance da lógica do modelo ideal preconizado por Manin, quando é deixada ao eleitor a liberdade de escolha do princípio da distinção que irá definir a composição da aristocracia representativa.

A partir dessas conclusões, torna-se fácil perceber que a pergunta relacionada ao papel do eleitor entre as eleições ganha relevância. Pode ser que o aumento da dimensão ativa do cidadão na política represente caminho de diminuição do retrocesso representativo criado no momento atual das democracias de audiência. A agenda de pensamento teórico, nesse sentido, pode iniciar-se pela premissa colocada por Ackerman no sentido de que a cidadania democrática deve ser revitalizada a partir de políticas estatais indutoras.

Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge & London: Harvard University Press, 1991.

_____; STOLT, Anne. *The Stakeholder Society*. New Haven & London: Yale University Press, 1999.

_____; AYRES, Ian. *Voting with Dollars: A New Paradigm for Campaign Finance*. New Haven & London: Yale University Press, 2002.

_____; FISHKIN, James S. *Deliberation Day*. New Haven & London: Yale University Press, 2004.

_____. *The Decline and Fall of The American Republic*. Cambridge & London: Harvard University Press, 2010.

_____. *Reviving Democratic Citizenship?* Artigo apresentado na sessão de 18.12.2012 da American Sociological Association.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Tese de doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília em 2009. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/handle/10482/4075>.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Relembrando o que escrevi: da reconquista da democracia aos desafios globais*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2010.

_____. *Xadrez internacional e social-democracia*. Editora Paz e Terra, 2010.

_____. *A arte da política: a história que vivi*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II, 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HOFSTADTER, Richard. *The idea of a party system: the rise of legitimate opposition in the United States, 1780-1840*. Los Angeles: University of California Press, 1997.

JOBIM, Nelson. *A Constituinte vista por dentro – vicissitudes, superação e efetividade de uma história real*, in: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Quinze anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 917.

MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. New York: Cambridge University Press, 1997.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PRZEWORSKI, Adam. *Democracy and the limits of self-government*. New York: Cambridge University Press, 2010.

TILLY, Charles. *Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2007.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Política: os textos centrais*. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Boitempo, 2001.

_____. *O direito e o futuro da democracia*. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Boitempo, 2004a.

_____. *False necessity: Anti-necessitarian social theory in te servisse of radical democracy – Volume 1 of Politics*. New Edition, New York: Verso, 2004b.

_____. *Social theory: its situation and its task – Volume 2 of Politics*. New Edition, New York: Verso, 2004c.

_____. *Plasticity into power: comparative-historical studies on the institutional conditions of economic and military success – Volume 3 of Politics*. New Edition, New York: Verso, 2004d.

Artigo recebido em 03 de outubro de 2013.

Artigo aprovado para publicação em 17 de outubro de 2013.

DOI: 10.11117/1982-4564.06.15



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013. ISSN 1982-4564.

Abuso de direitos fundamentais, pluralismo cultural e critérios de tratamento igual

Lucas Fucci Amato*

Resumo: Este artigo sustenta a necessidade do desenvolvimento de critérios consistentes de tratamento igual, no âmbito do Estado democrático de direito, para o processamento de demandas emanadas da esfera pública constitucional. Primeiramente, apresenta a possibilidade de constitucionalização da doutrina do abuso de direito, pelo reconhecimento da categoria de abuso de direitos fundamentais. A seguir, apresenta alguns argumentos e critérios acerca do princípio constitucional da igualdade, da perspectiva tanto do formalismo jurídico quanto de teorias de princípios. Finalmente, coloca o problema do abuso de princípios constitucionais e defende uma teoria e uma prática que considerem o princípio da igualdade no tratamento de demandas traduzidas em direitos culturais.

Palavras-chave: Abuso de direito fundamental. Direito à igualdade. Tratamento igual. Abuso de princípios. Direitos culturais.

Abstract: This paper sustains the necessity of developing consistent criteria for equal treatment, considering rule of law, in processing demands emanating from the public constitutional sphere. It firstly presents the possibility of constitutionalizing the doctrine of abuse of rights, through the recognition of the category of abuse of constitutional rights. Then, it presents some arguments and criteria on the constitutional principle of equality, from the point of view of legal formalism and also of theories of principles. Finally, it places the problem of the abuse of constitutional principles and argues for a theory and a practice that consider the principle of equality in dealing with demands translated into cultural rights.

Keywords: Abuse of constitutional rights. Right to equality. Equal treatment. Abuse of principles. Cultural rights.

* Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

1. Introdução

Este artigo apresenta um tratamento teórico de pelo menos cinco temas caros ao constitucionalismo contemporâneo, mas aparentemente desconexos: 1) a constitucionalização da doutrina do abuso de direito, pelo reconhecimento da categoria de abuso de direitos fundamentais; 2) o princípio da igualdade, como critério de tratamento igualitário na esfera pública; 3) o papel estrutural da constituição dos Estados democráticos de direito na manutenção e na recepção das demandas ou interferências de uma esfera pública pluralista; 4) o reconhecimento dos direitos culturais como categoria de direitos fundamentais, com suas respectivas implicações para a consideração constitucional de valores, preferências e representações identitárias individuais e coletivas; 5) a teoria dos princípios constitucionais e a técnica da ponderação.

Urdindo esses cinco temas está a tese aqui defendida: de que a legitimação constitucional e o tratamento jurídico-constitucionalmente adequado das diferenças culturais em um Estado democrático de direito depende da garantia de uma esfera pública pluralista e da abertura às demandas nela representadas, com o tratamento igualitário de tais demandas, pela via de critérios solidamente construídos e consistentemente praticados.

A argumentação aqui apresentada divide-se substancialmente em três partes. A primeira trata de analisar a possibilidade da recepção constitucional da doutrina, classicamente civilista, do abuso de direito, concluindo pela possibilidade da categoria de abuso de direito fundamental. A segunda parte traz um levantamento de alguns critérios e conceituações firmados pela doutrina e teoria jurídicas na interpretação e aplicação do princípio constitucional da igualdade; são aqui consideradas tanto perspectivas do positivismo formalista, de inspiração kelseniana, quanto formulações das teorias principiológicas de Alexy e Dworkin. A terceira parte trata de vincular a garantia da – e a permeabilidade à – esfera pública pluralista à argumentação constitucional no plano dos princípios, tratando então de salientar a possibilidade de traduzir juridicamente as demandas por tratamento desigual (“na medida das desigualdades”) na forma da evocação de direitos culturais; nesse sentido é que o “abuso de princípios”, considerada a estrutura principiológica predominante nas normas de direitos fundamentais (tanto o direito fundamental à igualdade quanto os direitos fundamentais culturais), é contraposto à prática do tratamento igual constitucionalmente adequada.

2. Abuso de direito e abuso de direito fundamental

A doutrina do abuso de direito é elaboração civilista do final do século XIX e início do século XX. Trata-se de limitar o exercício de direito subjetivo (paradigmaticamente, a propriedade privada absoluta) que exceda manifestamente a utilidade obtível a partir de tal exercício, atingindo a esfera de interesses juridicamente protegidos de outrem; nos termos espaciais do paradigma jurídico liberal, a reconhecer esferas jurídicas concêntricas a cada indivíduo, a liberdade de um (inclusive no uso, gozo e fruição de seus bens) teria que se limitar assim que atingisse a esfera jurídica alheia. Daí o disciplinamento, de um lado, do ato emulativo e, de outro, do abuso de direito. As formulações do vigente Código Civil brasileiro são elucidativas a respeito. No artigo 1228, §2º, tal diploma veda o ato emulativo, nos seguintes termos: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.” Outras formas pode tomar, porém, o abuso de direito, praticado pelo “titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187). A conduta abusiva não é, assim, um *tertium genus*, entre a conduta lícita e a ilícita; pode, antes, ser entendida como uma “situação jurídica subjetiva” configurada quando da transgressão de um “dever jurídico genérico”¹.

Josserand pioneiramente teorizou o abuso de direito por via da argumentação da relatividade dos direitos subjetivos (inclusive propondo uma releitura jurídica da categoria da relatividade de Einstein!)². A doutrina que postulava pelo caráter absoluto dos direitos subjetivos teria sido aquela inspirada no formalismo do direito romano, culminando na idade média com uma visão matemática ou geométrica do saber e da prática jurídicos, pela qual os direitos subjetivos eram definidos rígida e absolutamente: “podem ser exercidos indefinidamente e com um propósito qualquer; trazem em si mesmos sua própria finalidade”³. Os direitos eram entendidos como *dominia*, poderes absolutos autorizados pelo Estado aos particulares, de modo que o proprietário tinha poderes de explorar de qualquer modo sua propriedade, do subsolo ao espaço aéreo, sem prestar quaisquer contas à administração ou aos tribunais, assim como o credor poderia reduzir seu devedor insolvente à escravidão ou à

¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Abuso del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1992, pp. 141-5.

² JOSSERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos**. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 1.

³ *Idem*, pp. 2-3.

morte⁴. A teoria da relatividade dos direitos subjetivos, em contraposição, estaria a reconhecer possíveis abusos praticáveis pelo titular mesmo de um direito (para além do ato ilícito, praticado por quem não titulariza uma posição subjetiva reconhecida pelo ordenamento). Assim, “um ato cumprido em conformidade com determinado direito subjetivo pode estar em conflito com o direito em geral, com o direito objetivo, com a juridicidade [...]”⁵.

Nesta teoria, os direitos, produtos sociais, como o direito objetivo mesmo, derivam sua origem da comunidade e dela recebem seu espírito e finalidade; cada um se encaminha a um fim, do qual não pode o titular desviá-lo; são feitos para a sociedade, e não a sociedade para eles; sua finalidade está fora e acima deles mesmos; são, pois, não absolutos, senão relativos; devem ser exercidos no plano da instituição, em concerto com seu espírito, ou ao contrário seguirão uma direção falsa, e o titular que deles haja não usado, senão abusado, verá comprometida sua responsabilidade para com a vítima deste desvio culpável.⁶

A doutrina do abuso de direito considera que a responsabilidade civil advém não de qualquer fato “lesivo ao interesse de terceiro”, mas apenas daquele que, “dissimulando-se sob a aparência de uso de uma prerrogativa jurídica, reveste, na realidade, um cunho nitidamente antissocial [...]”⁷. Há, enfim, abuso de direito em três situações⁸: 1) na hipótese do comportamento emulativo, que visa apenas ao prejuízo de outrem; 2) quando o comportamento gera utilidades para seu exercente, mas também “desutilidades” a terceiro que não esteja juridicamente obrigado a aceitá-las; 3) quando do exercício de um direito resulta apenas desvantagem para terceiro que não está obrigado a aceitá-la (em (2) e (3), a configuração do abuso independe de culpa).

Tal elaboração civilista tem ultrapassado as quadras dos problemas jurídicos civis e comerciais, bem como se espreado para além da tradição francesa ou eurocontinental, com crescente presença nas jurisdições de *common law*⁹. De fato, o abuso de direito pode ocorrer em qualquer quadrante do sistema jurídico, como no campo concorrencial (abuso de

⁴ *Idem*, p. 3.

⁵ *Idem*, p. 4.

⁶ *Idem*, p. 4.

⁷ MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o acto ilícito**. Rio de Janeiro: Renato Americano, 1935, p. 42.

⁸ COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. **Do abuso de direito**: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 44-5.

⁹ REID, Elspeth. The doctrine of abuse of rights: perspective from a mixed jurisdiction. **Electronic Journal of Comparative Law**, Utrecht, vol. 8, n. 3, 2004, pp. 13-5.

poder econômico) e no direito societário e trabalhista (a questão da desconsideração da personalidade jurídica pelo abuso ou exercício irregular de tal direito – à própria personalidade jurídica); no direito penal, o *habeas corpus* é o remédio processual contra o abuso de poder; o mandado de segurança é o processo constitucional utilizável contra o abuso de poder econômico ou no exercício de função perpetrado por agente no exercício de função do Poder Público¹⁰. Uma das manifestações da expansão do abuso de direito pelos diversos campos jurídicos é a teorização sobre o abuso de posições processuais ou “abuso do processo”. Assim, “a estrutura e sistematização do conceito de litigância de má-fé e da má-fé processual se escoram e encontram supedâneo no abuso do direito material, de modo que os fundamentos e as consequências são os mesmos”¹¹. Os atos processuais, traduzidos em situações jurídicas processuais – estas constituindo o próprio objeto do abuso –, dão azo via de regra ao abuso de direito, e não ao ato ilícito, trazendo então os três pressupostos de configuração abuso: 1) a aparência de licitude; 2) o desvio de finalidade; 3) o exercício de uma situação jurídica subjetiva (poder, dever, ônus ou faculdade)¹².

Ainda, há que se destacar as apropriações e releituras do abuso de direito no direito internacional, âmbito no qual é reconhecido como princípio geral de direito. Neste campo, tal princípio – da vedação do abuso de direito – operacionaliza restrições e mediações entre direitos invocados por Estados em conflito (por exemplo, na questão da poluição extraterritorial), bem como facilita a regulação jusinternacionalista de temas e áreas ainda não regulados, mas que demandam um rápido enquadramento jurídico (como o problema dos espaços comuns); ainda, o princípio (da vedação) do abuso de direito é capaz de promover inovações argumentativas e mudanças normativas, informando a interpretação cláusulas de tratados e proporcionando o desenvolvimento de subprincípios aptos a proporcionar um maior equilíbrio nas relações internacionais¹³.

Na seara do direito internacional, já surge um ponto de alto interesse para o tema deste artigo, uma vez que o direito internacional dos direitos humanos é articulado ao bloco de constitucionalidade nacional, já pela previsão do artigo 5º, §2º, da Constituição brasileira de 1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

¹⁰ STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 62-4.

¹¹ *Idem*, p. 65.

¹² ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 254.

¹³ BYERS, Michael. Abuse of rights: an old principle, a new age. **McGill Law Journal**, Montreal, vol. 47, 2002, pp. 419-31.

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Ainda, os direitos humanos internacionais podem complementar a lista dos direitos fundamentais nacionais em hierarquia formalmente constitucional (pelo procedimento do §3º do citado artigo 5º) ou supralegal infraconstitucional (como decidido pelo STF¹⁴). No âmbito da Carta Internacional dos Direitos Humanos, vale já destacar como dispositivo normativo fundamentador do reconhecimento do abuso de direitos humanos (e) fundamentais o artigo XXX, que encerra a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) (instrumento não vinculante, mas integrado ao direito costumeiro internacional). Dispõe tal artigo: “Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos”. Ainda, o artigo 5º, 1, comum ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos de 1968, internalizados respectivamente pelo Decreto nº 592 e pelo Decreto nº 591, ambos de 06-07-1992), reitera que “nenhuma disposição do presente pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele prevista”. Finalmente, o instrumento normativo máximo do sistema interamericano de direitos humanos – a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica (de 1969, internalizado pelo Decreto n. 678, de 06-11-1992) – traz várias normas relevantes para a interpretação dos direitos humanos:

Artigo 29 - Normas de interpretação.

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser

¹⁴ RE 466.343-1 São Paulo, voto-vogal Min. Gilmar Mendes (DJe 5.6.2009).

humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;

d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Artigo 30 - Alcance das restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

Artigo 32 - Correlação entre deveres e direitos

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.

2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.

As normas trazidas pelo texto da Convenção Americana de Direitos Humanos apontam na direção da relatividade dos direitos humanos nela elencados, um dos pilares da doutrina do abuso de direito; ainda, estabelecem diretrizes hermenêuticas que afastam a invocação de direitos humanos reconhecidos pela Convenção quando tal invocação puder resultar em minoração do regime protetivo geral de direitos humanos. Nesse sentido, dada a internalização do direito internacional dos direitos humanos no ordenamento jurídico nacional, a doutrina constitucional brasileira tem reconhecido o princípio da vedação do abuso de direito como implícito no rol dos direitos e garantias fundamentais, bem como apontado para o reconhecimento desse princípio (muitas vezes pela via implícita, da argumentação que tal princípio fundamenta) na jurisprudência nacional, inclusive dos tribunais superiores¹⁵. Outra via de reconhecimento do abuso de direito em sede constitucional está na teorização sobre o abuso de princípios, uma vez reconhecida a predominância do tipo estrutural principiológico das normas de direitos fundamentais, ou mesmo a argumentação principiológica que os casos de direitos fundamentais não raro suscitam. Esta via de entendimento será explorada no tópico 4; mas, antes, cabe fixar algumas diretrizes hermenêuticas sobre o princípio da igualdade (como direito fundamental), para posteriormente analisar as possibilidades do abuso desse direito e alguns critérios para o reconhecimento ou a evitação de tal abuso, quando invocadas preferências, valores ou situações culturais.

¹⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 409-23.

3. Igualdade e critérios de tratamento igual

Interessa-nos neste tópico a revisão dos elementos que a doutrina e a teoria jurídica e constitucional contemporâneas têm aportado à elucidação do princípio da igualdade e do reconhecimento de critérios de tratamento igualitário. Cabe fixar que não adotaremos aqui a distinção entre discriminação e diferença, o primeiro termo em referência a desigualdades ilícitas (ou ilegítimas) e o segundo, em referência a discriminações positivamente exigidas. A referida distinção é retórica enquanto não se fixem os pressupostos jurídicos e fatuais que estabeleçam um tratamento igual ou desigual como lícito ou ilícito. Nesse sentido, a formulação de Sousa Santos¹⁶: “temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”.

O termo “igualdade” denota uma relação ou comparação em termos qualitativos, entre um grupo de pessoas, coisas, processos ou circunstâncias que, apesar de diferentes, possuem ao menos uma específica característica que os assemelha (termo de comparação); não se trata, portanto, nem de similaridade, como correspondência aproximada, nem de identidade, como correspondência absoluta entre as coisas, pessoas etc., quanto a todas as suas características¹⁷. Não seria hipérbole afirmar que toda teorização sobre a igualdade parte da filosofia platônica (*Leis*, VI, 757b-c) e aristotélica (*Ética a Nicômaco*, 1130b-1132b), sintetizadas na fórmula “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

Kelsen¹⁸ tratou da igualdade enquanto direito fundamental (ao lado dos direitos de liberdade, ambos na categoria que denominava de “direitos políticos”); considerou então que, uma vez estabelecida a igualdade como norma constitucional – e daí exigível o tratamento igual perante qualquer ato normativo estatal (lei, atos administrativos, sentenças judiciais) –, apenas a constituição poderia estabelecer diferenciações em decorrência de critérios bem delimitados (como raça, religião, classe ou patrimônio). A igualdade não significa a titularidade dos mesmos direitos e obrigações por todos, mas a incidência uniforme da lei

¹⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____ (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 458.

¹⁷ GOSEPATH, Stefan. Equality. In: ZALTA, Edward N. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2011 Edition. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/equality/>>. Acesso em 27 ago. 2013.

¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 157-8.

quando aplicada a cada um. O mandamento de igualdade, assim, resumir-se-ia à “igualdade *perante* a lei”: “os órgãos aplicadores do Direito somente podem tomar em conta aquelas diferenciações que sejam feitas nas próprias leis a aplicar”¹⁹ – caso contrário, as decisões serão ilegais; por outro lado a própria lei só pode diferenciar onde e quando autorizada pela constituição.

Aqui surge a necessidade de outras especificações, correlatas a questionamentos tais como: só a lei em sentido material (norma geral e abstrata) pode diferenciar (“discriminar” validamente)? A diferenciação juridicamente possível cinge-se a necessariamente a algum tipo de traço (caracteres biológicos ou circunstâncias contingentes)? Quanto à questão da lei em sentido material, são esclarecedoras as palavras de Bobbio:

[...] consideramos oportuno chamar de ‘gerais’ as normas que são universais em relação ao destinatário, e de ‘abstratas’ aquelas que são universais em relação à ação. Sendo assim, aconselhamos a falar de *normas gerais* quando estivermos diante de normas que se destinam a uma classe de pessoas; e de *normas abstratas* quando estivermos diante de normas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações). Às normas gerais se contrapõe aquelas que têm por destinatário um único indivíduo, e sugerimos que sejam chamadas de *normas individuais*; às normas abstratas se contrapõe aquelas que regulam uma ação singular, e sugerimos que sejam chamadas de *normas concretas*.²⁰

Bandeira de Mello²¹ aponta que toda norma abstrata será geral, pois cobrir uma classe de fatos – situações reproduzíveis – implica abertura quanto aos sujeitos normados: todos que praticarem o fato incidirão na norma, ainda que no presente apenas um sujeito satisfaça os requisitos para a ativação da norma. De outro lado, as normas gerais (que normam uma classe de sujeitos) podem ser concretas ou abstratas, dependendo de se sua hipótese de incidência é ou não (faticamente) reprisável. Assim, no plano legislativo (lei formal), a norma abstrata (sempre geral) e a norma geral e concreta não ferem a isonomia; a questão se coloca, pois, quanto às normas individuais e às normas concretas: a norma individual será compatível com o princípio da igualdade “se estiver reportada a sujeito futuro,

¹⁹ *Idem*, p. 158 (destaque no original).

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 174.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 27.

portanto atualmente indeterminado e indeterminável”²²; a norma concreta não poderá ser também individual, mas apenas será isonômica se concreta e geral.

Bandeira de Mello²³ ainda realça o erro, inclusive de Kelsen, de supor que o ferimento ao princípio da igualdade estaria no elemento eleito como matriz de discrimen, havendo elementos inelegíveis para a diferenciação (como raça, credo, sexo); pelo contrário:

(...) *qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações* pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório [...], *quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.*²⁴

Tal correlação lógica, ressalta o autor²⁵, depende de uma argumentação, e a coerência (jurídica/ constitucional) e adequação (social) dos argumentos (da aceitabilidade da diferenciação, portanto) é historicamente contingente. Então, “é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia”²⁶. Nesse sentido:

Para que um discrimen legal seja convivente com a isonomia [...] impende que concorram quatro elementos: a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absolutamente um só indivíduo; b) que a situação ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.²⁷

²² *Idem*, p. 29.

²³ *Idem*, pp. 15-6.

²⁴ *Idem*, p. 17 (destaques no original).

²⁵ *Idem*, p. 39.

²⁶ *Idem*, p. 37.

²⁷ *Idem*, p. 41, destaques no original.

A argumentação de Bandeira de Mello vincula-se rigorosamente ao princípio da legalidade como garantia fundamental do Estado de direito, cuja razão é evitar o arbítrio (perseguições ou favoritismos). Seja no plano da legislação (princípio da legalidade), seja no plano da administração (princípio da impessoalidade), é invocável então um direito público subjetivo à igualdade (de tratamento)²⁸. Poderíamos acrescentar tal direito no plano da jurisdição e, ainda, nas relações entre particulares, tema a que voltaremos adiante.

Partindo de outro paradigma teórico, Alexy²⁹ ressalta que a igualdade não é apenas um dever para o aplicador do direito, mas também para seu criador institucional (o legislador); o conteúdo de tal mandamento, porém, não se constitui pelo dever de igualação de todos nem quanto ao seu patrimônio jurídico concreto, nem quanto a suas condições fáticas em geral. Mas:

Se o enunciado geral de igualdade se limitasse ao postulado de uma práxis decisória universalizante, o legislador poderia, sem violá-lo, realizar qualquer discriminação, desde que sob a forma de uma norma universal, o que é sempre possível. A partir dessa interpretação, a legislação nazista sobre judeus não violaria o enunciado ‘os iguais devem ser tratados igualmente’.³⁰

Os juízos sobre igualdade são juízos triádicos, sobre a igualdade ou desigualdade de duas pessoas com relação a dado aspecto – aspecto esse a ser valorado e contrabalançado pelo tratamento igual ou desigual, na medida da (des)igualdade (dever material de igualdade)³¹. A valoração da (des)igualdade de fato e do tratamento igualador correspondente estão justamente expressos na exigência de fundamentação (não arbitrariedade). A princípio, Alexy³² cogita reconhecer que o princípio da igualdade estabelece justamente uma precedência *prima facie* do tratamento igual, que apenas deve ser afastado quando houver razões suficientes para o tratamento desigual – o que implica um ônus argumentativo para a decisão no último sentido, ou seja, o peso superior de outros princípios colidentes com o da igualdade, ao final do processo de sopesamento (avaliação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida de tratamento desigual). Há, porém, uma

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 45-6.

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 393-6.

³⁰ *Idem*, p. 398.

³¹ *Idem*, pp. 399-400.

³² *Idem*, pp. 407-11.

ambiguidade no princípio da igualdade como norma de direito fundamental: o dever imposto por esta norma é o de tratamento igual (“relacionado a atos”) ou de promoção de um estado de coisas de igualdade (sobre certo aspecto)? A orientação consequencialista implicaria uma aceitação do tratamento desigual mas equalizador³³. A “solução” teórica poderia ser sopesar, caso a caso, o princípio da igualdade (como dever de “igualdade jurídica” – tratamento igual) e o princípio do Estado social (a fundamentar o tratamento desigual em vista de suas consequências de redistribuição ou reconhecimento); Alexy³⁴, entretanto, a nega, tendo em vista que o princípio do Estado social não se referiria a um direito fundamental, não constituindo, assim, um direito subjetivo correspondente. A solução do autor será apresentar dois princípios – o da igualdade fática e o da igualdade jurídica; caso a caso, ter-se-á precedência do tratamento desigual ou do tratamento igual.

Há dois tipos de *direitos de igualdade definitivos abstratos*: o direito de ser tratado igualmente, se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual; e o direito de ser tratado desigualmente, se houver uma razão suficiente para o dever de tratamento desigual.³⁵

Teríamos então que admitir a validade de dois princípios, ao invés de um: o princípio da igualdade e o da desigualdade. Isto porque a pertinência de um princípio ao ordenamento jurídico apenas não se configura se tal princípio é incompatível “com todos os precedentes e normas aceitáveis” ou se, “em todos os casos”, “princípios em sentido contrário” têm precedência sobre aquele (potencial) princípio³⁶. A solução teórica de Alexy é problemática, pois cria pelo menos dois problemas ao resolver outro. De fato, soluciona a sempre difícil argumentação em favor do tratamento desigual em um sistema jurídico acostumado ao sentido estrito e liberal da isonomia, enquanto desconsideração de fatores a princípio alheios à conduta ou ao procedimento de que se está a tratar – assim, raça, gênero, idade pareceriam não ter relação direta com o sistema de ensino ou o mercado de trabalho, diferentemente dos diplomas e da qualificação profissional, que são direta e legitimamente critérios de diferenciação nesses respectivos âmbitos de vida. Por outro lado, o modelo de Alexy implica um desprestígio ao princípio da igualdade, ao desconhecer sua precedência sobre os

³³ *Idem*, pp. 416-7.

³⁴ *Idem*, pp. 419-28.

³⁵ *Idem*, p. 429

³⁶ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 157.

tratamentos desiguais. Mesmo o tratamento igual – pelo legislador e pelo julgador, por exemplo – exige uma fundamentação quanto aos “sujeitos entre os quais se trata de repartir os bens e os ônus”, “os bens e os ônus a serem repartidos” e “o critério com base no qual fazer a repartição”³⁷. Mas a previsão constitucional e legal do tratamento igual – que “vale” “em regra”, quando não haja norma especial a reger a situação e a exigir determinado favorecimento – implica “sobrecarga argumentativa” para o tratamento desigual. “Nesse caso, impõe-se a comprovação de que o tratamento igual em um contexto promove, leva ou mantém o tratamento desigual ilegítimo em outros contextos mais abrangentes [...]”³⁸. Impor o reconhecimento do tratamento desigual no mesmo nível da exigência de tratamento igual seria problematizar desnecessariamente os procedimentos estatais e privados, pois em qualquer caso haveria o ônus de uma justificação exaustiva da decisão adotada, contra a evidência da precedência *prima facie* do tratamento igualitário, a não ser que haja razões suficientes em sentido contrário.

O segundo problema da tese de Alexy está em buscar uma justificação consequentialista do princípio da igualdade, que é antes um mandamento “de partida”, e não “de chegada”, uma obrigação de meio (tratamento igual), e não de resultado (promoção da igualdade fática). Nesse sentido, urge esclarecer duas questões: a questão do contraste entre igualdade formal (de tratamento) e igualdade fática (finalística) e a questão do caráter deontológico dos princípios, inclusive do princípio da igualdade.

Para a primeira questão, vale lembrar o comentário de Konrad Hesse³⁹, ao considerar a bipartição da igualdade jurídica em igualdade formal (“pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa”) e igualdade material (“[o] direito existente obriga e autoriza, portanto, seus destinatários não só sem consideração da pessoa, sem que se trate de seu conteúdo; mas esse conteúdo mesmo deve corresponder ao princípio da igualdade”). Tal bipartição seria melhor descrita como obrigação de igualdade de tratamento (meios) versus obrigação de igualdade de resultados (eficácia): de um lado, a isonomia, como dever de só consideração dos estritos *discrímenes* vinculados diretamente ao âmbito de vida em questão (as diferenças de qualificação profissional na seleção de cargos, as diferenças

³⁷ BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda**: razões e significados de uma distinção política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2001, p. 112.

³⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 69.

³⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 330.

patrimoniais no imposto sobre a renda, etc.); de outro, a desigualação por fatores aparentemente logicamente desvinculados do âmbito em questão, mas privilegiados por escolhas de política pública ou por outras formas de discriminação positiva socialmente aceita (considerada a justificação histórica, sanitária, econômica etc., implícita ou explícita).

Não caberia descrever cada qual desses dois lados da norma de igualdade (como princípio e como política) como igualdade formal e substancial, como é recorrente na literatura jurídica. Sociologicamente, o direito ao tratamento igualitário ou à “igualdade perante a lei” (isonomia) surge como reforço jurídico à diferenciação dos âmbitos de vida⁴⁰: a política não pode se pautar por diferenças econômicas (voto censitário), mas a tributação, enquanto política econômica, pode, assim como a economia considera, por exemplo no mercado de crédito, as diferenças de patrimônio e capital. Não há um contraste entre a racionalidade formal e a racionalidade material: o direito moderno, formalista e procedimental, é expressão de uma lógica substancialmente utilitarista, afim à lógica econômica concorrencial⁴¹. Portanto, o contraste entre um direito formal, socialmente insensível, e um direito promotor de igualdade substancial é antes expressão de uma crítica do direito como superestrutura, como ideologia, falsa consciência – leitura esta que, no quadro estrito do pensamento marxiano, conduz à rejeição do reconhecimento de qualquer papel efetivamente emancipatório do direito⁴². O que o apelo à consideração da igualdade material pode representar é uma consideração finalística do direito, seu uso instrumental ou estratégico para a promoção de efeitos redistributivos (materiais e simbólicos), geralmente nos âmbitos que podem proporcionar uma potencialização desses efeitos (“externalidades positivas”), como o acesso ao ensino superior (que repercute em reconhecimento social, nível de renda etc.).

Quanto à segunda questão apontada (o caráter deontológico dos princípios), é esclarecedor o contraste entre a principiologia de Alexy e a teoria do direito de Dworkin. No modelo de Dworkin, embora por vezes trate indistintamente dos princípios e políticas (*policies*) sob a referência a princípios (em sentido amplo), há uma diferenciação relevante

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzione**. Tradução de Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002, pp. 242-75.

⁴¹ WEBER, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. Tradução de José Medica Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynes e José Ferrater Mora. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1964, pp. 64-5, 180, 254, 629, 637, 707.

⁴² MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2007, pp. 305-86.

entre ambas as categorias, ausente da teorização de Alexy. Para Dworkin⁴³, políticas são padrões que estabelecem “um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...]”; de outro lado, um princípio, em sentido estrito, é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Assim, enquanto as políticas são preceitos teleológicos, finalísticos (instrumentais ou estratégicos), os princípios são deontológicos. Nesse sentido a crítica de Habermas⁴⁴ a Alexy: como princípios e regras têm caráter deontológico, e não finalístico, não podem aqueles ser definidos como mandamentos de otimização e aplicados mediante ponderação de bens.

Tanto a teoria quanto a prática jurídica que aquela descreve, para Dworkin⁴⁵, dependem de uma urdidura coerente de valores, que os situe e dimensione em uma teia coerente, na interseção filosoficamente possível entre valores concorrentes. Nesta, o tratamento igual emerge como critério de legitimação política: “Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme o seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política [...]”⁴⁶. Tal consideração abrange tanto os princípios quanto as políticas, no âmbito das quais a atuação estatal redistributiva é mensurada em referência aos cidadãos que procura beneficiar. A exigência de igualdade nas políticas públicas está não na garantia de benefícios iguais a todos os cidadãos, mas no “tratamento igualitário – com igual consideração e respeito em deliberações e processos políticos que resultem em tais decisões”⁴⁷. A perda no mérito das propostas é legítima, enquanto não o é aquela que resulte de “vulnerabilidade especial ao preconceito, à hostilidade ou aos estereótipos e à sua consequente situação diminuída – cidadania de segunda classe – na comunidade política”⁴⁸.

As ações afirmativas baseadas em critérios fenotípicos representam o caso mais evidente de dificuldade descritiva e decisória. De um lado, poder-se-ia apresentar uma colisão

⁴³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia I: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 258.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge, MA: Harvard University, 2006, p. 168.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. ix.

⁴⁷ *Idem*, p. 584.

⁴⁸ *Idem, ibidem*.

intraprincípio, no sentido de que o próprio princípio da igualdade traz em si uma indefinição, por abranger tanto a demanda da coletividade que defende um tratamento estritamente igualitário quanto da coletividade que pleiteia a desigualação equalizadora de certa desigualdade. O modelo de Alexy abre margem a tal descrição, na forma de uma colisão entre as pretensões *prima facie* de tratamento igual ou desigual, em havendo razões suficientes para um ou outro. O mesmo ocorreria caso se descrevesse a situação como uma colisão entre uma política de redistribuição ou reconhecimento e o princípio deontológico da igualdade, já que Alexy não acolhe a distinção entre tais espécies normativas (política e princípio). De outro lado, o dilema decisório se instaura desde já quanto à separação dos poderes: a medida da discricionariedade do governo (Executivo/ administração), o controle de legalidade pelo legislador e o controle de legalidade e constitucionalidade pelo Judiciário. Os três critérios da proporcionalidade flexibilizam essas fronteiras e tendem a ativar o Judiciário para a análise da adequação da meio proposto à finalidade pretendida (adequação/ razoabilidade), da inexistência de medida menos gravosa (aos princípios colidentes) que fomentasse o mesmo fim (necessidade) e da precedência, em concreto, do princípio/ direito que a medida busca realizar, em relação aos princípios/ direitos colidentes (proporcionalidade em sentido estrito)⁴⁹. A argumentação consequencialista proposta tende a expandir a judicialização das políticas públicas, ainda mais se considerada a relativa indeterminação dos critérios de mensuração do que seria o resultado ótimo, nos termos de uma teoria utilitarista da justiça⁵⁰.

Desde já, vale lembrar a conclusão de Bandeira de Mello sobre a elegibilidade de qualquer critério residente nas pessoas (inclusive etnia, gênero, idade) como fator de discriminação – diferenciação positiva em favor das minorias, *i.e.*, coletividades vulneráveis. Portanto, a situação não se confunde com o segundo princípio de justiça como equidade de Rawls⁵¹, segundo o qual as desigualdades só podem dizer respeito a posições e cargos atingíveis a todos (igualdade de oportunidades). A discriminação positiva pode eleger como critério uma característica natural (portanto, não acessível em regra por todos), desde que tal característica seja o que socialmente obstrui a “igualdade de oportunidades” – principalmente de acesso aos recursos materiais e simbólicos “privilegiados” (como a qualificação

⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 798, pp. 23-50, 2002.

⁵⁰ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 11-62.

⁵¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 64.

educacional). Ainda assim, as dificuldades argumentativas das ações afirmativas se mantêm. Ocorre que, especialmente quanto aos fatores fenotípicos permanentes, como a cor (no sentido de expressão social do fenótipo vinculada a uma representação étnica), o histórico de adoção desses fatores como critérios (em geral implícitos) de arbitrariedade e favoritismo (institucional ou difuso) dificulta tanto a argumentação pelo tratamento igual quanto pela desigualação jurídica⁵².

Não é o caso de desenvolver neste trabalho considerações mais exaustivas sobre as ações afirmativas, já que o propósito central não é discutir o cabimento jurídico dessas políticas públicas, mas sim discernir alguns parâmetros para o tratamento igual (no sentido deontológico, do princípio da igualdade) na rotina das pessoas e instituições – ou seja, quando não há uma política pública válida que inspire diretrizes a informar as decisões e procedimentos.

Uma última consideração pertinente ao presente tópico diz respeito à eficácia privada do direito fundamental à igualdade. Alexy apenas admite a eficácia direta (sem mediação legislativa) dos direitos fundamentais em face do Estado; por isso, na falta de lei, a violação de direito fundamental de um particular por outro só pode gerar mesmo a responsabilização do Estado. Isso porque “efeito direto perante terceiros não pode significar que os direitos do cidadão em face do Estado sejam, ao mesmo tempo, direitos do cidadão contra outro cidadão. [...] não se pode querer obter um efeito direto por meio da simples troca de destinatário dos direitos do cidadão contra o Estado.”⁵³ A responsabilização de particulares pela violação de direitos fundamentais de outrem, sem mediação legislativa, não é possível; para esses, só há eficácia indireta, por meio da legislação – a norma legal terá então, como parte de seu conteúdo, o respectivo direito fundamental que concretiza no plano infraconstitucional⁵⁴.

No âmbito da recepção brasileira da teoria dos princípios, a eficácia privada do princípio da igualdade tem resultados menos que modestos. Virgílio Afonso da Silva defende que, nas relações privadas, na ausência de disposição legal aplicável constitucionalmente válida, há uma precedência *prima facie* da autonomia privada diante dos direitos fundamentais, sendo tal precedência jurídica arrefecida quanto maior for o grau de restrição fática dessa autonomia e quanto maior for o grau de restrição do direito fundamental em

⁵² *Idem*, p. 587.

⁵³ ALEXY, 2008, p. 538.

⁵⁴ *Idem*, p. 542.

questão no caso concreto⁵⁵. No caso de colisão de direitos fundamentais principais em relações não contratuais entre particulares, dever-se-ia considerar o sopesamento realizado pelo legislador da disposição infraconstitucional referente aos respectivos direitos fundamentais⁵⁶ e, na ausência de disposição constitucional válida, a solução seria interpretar as cláusulas gerais (*e.g.*, ordem pública, boa-fé) conforme os direitos fundamentais⁵⁷.

Vale mencionar também a elaboração de Ricardo Martins⁵⁸, que procura apontar para a constitucionalização do direito privado pela categoria de abuso de direito, a qual seria paralela à categoria doutrinária de abuso de poder, por parte da administração. A partir da teoria dos princípios de Alexy, o autor⁵⁹ defende que o Estado tem o dever de buscar a máxima realização de todos os princípios (dever expresso na fórmula do “interesse público”), enquanto o particular pode – exceto as limitações expressas pela legalidade ampla (o que não é proibido, é permitido) – buscar somente a máxima realização dos princípios que beneficiem seus interesses. Ainda⁶⁰, os princípios podem obrigar o Estado a agir, editando certa norma, enquanto, com relação aos particulares, apenas podem limitar sua conduta quando estes decidirem “editar certa norma”. Finalmente, o poder de polícia é que poderá conter o abuso de direito, impondo, na falta de lei, restrições à liberdade e à propriedade: “Trata-se de um *poder* (*dever-poder*) correlato ao dever dos administrados de respeitarem os princípios constitucionais (tanto os princípios relativos a direitos individuais como os princípios relativos a bens coletivos)”⁶¹. Assim, os particulares não são obrigados a concretizar o interesse público, a dar precedência ao princípio mais pesado ao final de certa ponderação, mas apenas a respeitar tal interesse em alguma medida, segundo as cláusulas gerais, que teriam promovido uma parcial constitucionalização do direito privado⁶². Ora, a tese do autor é, primeiramente, artificial, ao presumir que o particular identificará seus interesses a princípios constitucionais, ponderará todos os princípios eventualmente colidentes e, então, saberá em que medida pode maximizar seu interesse e o respectivo princípio que o apóia (já que o particular não tem o dever de maximizar todos os princípios). Em segundo lugar, não

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 159-60.

⁵⁶ *Idem*, p. 167.

⁵⁷ *Idem*, p. 169.

⁵⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 121.

⁵⁹ *Idem, ibidem*.

⁶⁰ *Idem*, p. 125.

⁶¹ *Idem*, p. 126.

⁶² *Idem, ibidem*.

traz qualquer avanço em relação à doutrina do abuso do direito, elaborada em meados do século XX.

4. Abuso de princípios, princípio da igualdade, dissenso e pluralismo

Como afirmamos, uma via de análise do abuso de direitos fundamentais se dá no plano do estudo do abuso de princípios constitucionais, vez que aqueles direitos via de regra tomam a forma estrutural principiológica ou veem-se envolvidos em conflito com princípios. A formulação de teoria dos princípios constitucionais que aqui adotamos para tal fito é a de Marcelo Neves⁶³, e pretendemos coordená-la com o modelo de Estado democrático de direito apresentado pelo autor⁶⁴, ao tratarmos da problemática da garantia do pluralismo diante da invocação de valores, interesses, preferências ou situações culturais peculiares, que podem justificar ou não um tratamento desigual (especialmente por parte do Estado, mas não excluindo a eficácia nas relações privadas).

Importa desde já notar que as considerações sobre o abuso de direitos fundamentais e sua relação com a garantia do pluralismo no Estado democrático de direito têm como horizonte um sentido amplo de direitos culturais. Os direitos culturais, como categoria de direitos humanos, ou o direito humano à cultura são expressamente reconhecidos pelo direito internacional, assim como podem ser elencados como direitos fundamentais a partir do texto constitucional brasileiro de 1988 (artigos 5º, IX, XXVII, XXVIII e LXXIII, 220, 2º e 3º, 23, 24, 30, 215, 216, 219, 221, 227 e 231)⁶⁵. Podem ser reconhecidos como direitos fundamentais culturais uma série de posições jurídicas, a tutelar desde a liberdade de expressão e a liberdade religiosa até o acesso a bens culturais (a exigir políticas públicas culturais). É nesse sentido amplo que trataremos aqui do direito fundamental à cultura e de seu eventual abuso. Note-se que questões diversas – etárias, étnicas, religiosas e de gênero – podem ser abarcadas pelo conceito de cultura e, então, na proteção conferida pelo direito fundamental à cultura. Assim, as diferenças biológicas mesmo apenas ganham sentido social quando significadas a partir de uma teia semântica construída historicamente, pano de fundo diante do qual ganham

⁶³ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

⁶⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, pp. 123-213.

⁶⁵ SANTOS, Tânia Maria dos. **O direito à cultura na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007; SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001; MACHADO, Maria Costa Neves. **Direito à diferença cultural**. Curitiba: Juruá, 2010.

sentido as representações tanto das diferenças biológicas quanto das práticas simbólicas, como o culto religioso. Daí o amplo suporte fático coberto pelo direito fundamental à cultura, ou pelos direitos fundamentais culturais. Por meio destes, podem ser traduzidas e apresentadas juridicamente demandas de reconhecimento; dentre estas, aquelas demandas a exigir um tratamento igual ou uma exceção a regras gerais, ou seja, um tratamento desigual consideradas as peculiaridades do caso, em que se afirma a justeza da distinção em virtude de certa correlação arguida entre o tratamento desigual e determinado fator de descrímen. A questão poderia colocar-se, então, em termos de uma colisão entre os princípios da igualdade e da desigualdade (tal como reconhecidos, ambos, por Alexy, conforme tratamos no tópico 3, acima), ou de uma colisão entre o princípio da igualdade e outro direito fundamental estruturado principiologicamente. Rotineiramente, porém, basta analisar a situação pelo esquema regra-exceção, sendo a regra estabelecida com base em uma normatividade oficial (uma lei, um ato administrativo, uma sentença) – respeitadora, *prima facie*, dos princípios da igualdade e da legalidade – e a exceção sendo justamente o tratamento desigual que se busca diante de tal regra. Em ambos os tipos de argumentação (a meramente principiológica e a exceptuadora de regra em concreto), há que se considerar a exigência de universalismo procedimental por parte do Estado, a informar inclusive a precedência *prima facie* do princípio da igualdade, sendo o tratamento desigual uma exceção sustentável apenas excepcionalmente.

Neves⁶⁶ elabora um modelo de Estado democrático de direito no qual a legitimação constitucional se dá pela absorção, por via dos procedimentos constitucionais (eleitorais, judiciais, administrativos), do dissenso reinante na esfera pública. Assim, dado o consenso procedimental, os procedimentos surgem como a via garantidora do dissenso substancial, colocando a constituição diante da exigência de uma fundamentação e institucionalidade universalista e procedimental, capaz de absorver e selecionar a multiplicidade de valores, preferências, interesses e exigências sistêmicas (educacionais, econômicas, sanitárias etc.) presentes na esfera pública constitucional.

Assim, a constituição, pela separação dos poderes, institucionalização de procedimentos e normatização de direitos fundamentais, precisa processar o dissenso democraticamente e, do ponto de vista do direito, gerar textos normativos capazes de espriar

⁶⁶ NEVES, 2008, pp. 123-36.

pela sociedade regulamentações dos direitos fundamentais que atualizem a prática multicultural nas diversas esferas comunicativas, protegendo a cultura como bem coletivo e individual – a institucionalização do diálogo intercultural e as produções normativas especificadoras da implementação do direito fundamental à cultura têm dimensões coletivas (enquanto proteção da esfera cultural) e individuais. Cabe destacar dois problemas que marcam este processo de institucionalização; destacam-se os aspectos político-jurídicos desses problemas, embora possam aparecer isomorficamente em outros âmbitos.

Em primeiro lugar, se os direitos humanos emergem como garantia do dissenso⁶⁷, o próprio direito constitucional à cultura pode ser invocado na exigência de uma representação plural nas arenas de produção legislativa e na implementação de políticas públicas decorrente dessa produção. Emerge aqui, portanto, o problema do processamento do dissenso com a garantia da pluralidade cultural.

Em segundo lugar, tanto na esfera privada quanto na pública, destaca-se a necessidade de compatibilização entre o respeito ao pluralismo cultural e a norma da igualdade, enquanto expectativa juridicamente qualificada de tratamento isonômico.

A garantia da representatividade pluralista na conformação e implementação dos direitos culturais está nos procedimentos democráticos consensuais que garantam o processamento do dissenso contencioso⁶⁸. Entretanto, a capacidade de processamento das demandas abundantes e conflitantes pelos procedimentos políticos/jurídicos é tanto mais confrontada e reduzida quanto mais se pluraliza o conteúdo heterogêneo com que os procedimentos precisam trabalhar. Luhmann nota que, sob condições de enorme diversidade cultural (Estados “nacionais” multinacionais, com povo manifestamente multiétnico), o procedimento pode ser insuficiente para legitimar a política⁶⁹. Os procedimentos capazes de processar esse conteúdo altamente complexo demandam uma regulamentação precisa e complexa, dificultada pela multiplicidade de visões sobre o que é democracia, por exemplo. Mas, por outro lado, exigir um consenso mínimo sobre a organização democrática, a fim de

⁶⁷ NEVES, Marcelo. The symbolic force of human rights. *Philosophy & Social Criticism*, Thousand Oaks, vol. 33, n. 4, 2007, pp. 418-20.

⁶⁸ NEVES, 2008, pp. 125-56; 2007, p. 424.

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p. 835.

evitar futuras deturpações nos procedimentos, talvez possa significar uma restrição ilegítima à própria pluralidade contitudística. Nesse sentido, cabe destacar a proposta de Denninger⁷⁰:

O caminho da integração pelo Direito é rico de pressupostos. Exige o *reconhecimento de todos os membros da sociedade como livres e iguais* – tanto o reconhecimento recíproco dos membros entre si como também esse reconhecimento na relação dos indivíduos com o Estado. E exige antes de tudo acordar conjuntamente e reconhecer *regras de procedimento*, que não de ser respeitadas por todos, para a geração do ‘Direito’. Não significa outra coisa o *consenso democrático fundamental* que idealmente precede a todos os esforços em favor de um ‘Direito correto’ do ponto de vista material: o acordo sobre a *procedimentalização* que se há de seguir para a criação do Direito, por exemplo mediante decisões majoritárias dos órgãos ‘representativos’ convocados para esse efeito. Se este acordo não se logra, o processo de integração não sairá de uma situação de guerra civil latente, mesmo que não se chegue a uso algum da força.

Já a necessidade da harmonização entre direitos fundamentais aparece quando se contrapõem o tratamento isonômico e as diferenças culturais, buscando-se um tratamento igual das diferenças. Com vistas a evitar um “abuso da ‘cultura’”⁷¹ – um exercício abusivo dos direitos culturais – duas posições se colocam: na definição do conteúdo essencial e das restrições possíveis a esses direitos ou a seu exercício tanto pode-se adotar a visão de um suporte fático amplo, restringindo o seu exercício apenas caso a caso, conforme os direitos culturais conflitem com (o exercício de) outros direitos, quanto se pode defender um suporte fático restrito, buscando-se excluir, desde já, por uma interpretação sistemática do texto normativo invocado, os limites do que estes tutelam e do que está excluído da proteção pela respectiva regra ou princípio asseguradores de direitos culturais⁷².

Adotando a perspectiva de um suporte fático amplo, Grimm⁷³ procura elaborar critérios de ponderação em conflitos ou colisões que envolvam direitos culturais. Apresenta, para tanto, quatro hipóteses possíveis de problemas e soluções:

⁷⁰ DENNINGER, Erhard. Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural. In: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (Ed.). **Derecho constitucional para la sociedad multicultural**. Madrid: Trotta, 2007, p. 38 (destaques no original).

⁷¹ BARRY, Brian. **Culture and equality: an egalitarian critique of multiculturalism**. Cambridge: Harvard University, 2002, pp. 252-279.

⁷² Sobre o suporte fático amplo ou restrito para os direitos fundamentais, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 65-125.

⁷³ GRIMM, Dieter. Multiculturalidad y derechos fundamentales. In: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (Ed.).

- 1) “Integrantes de uma minoria, por motivos culturais ou religiosos, desejam que se lhes permita fazer algo que está proibido com caráter geral”, caso em que se coloca a questão da “ampliação do marco de liberdade em benefício desse grupo”: aqui se deve determinar se a previsão jurídica invocada (proibitiva) visa a proteger o interesse individual ou o de terceiros. Em regra, se a proteção proibitiva visa ao próprio indivíduo, é possível permitir-lhe fazer o geralmente proibido. Se a proibição visa a terceiros, é necessário sopesar a intromissão na esfera cultural (ou religiosa) individual com gravidade dos riscos que se impõem (a terceiros) pela permissão excepcional de algo proibido;

- 2) “Integrantes de uma minoria desejam, por motivos religiosos ou culturais, que lhes seja reconhecido o direito de proibir aos membros desse grupo algo que está permitido com caráter geral”, caso em que se coloca a pretensão do “estreitamento do marco de liberdade”: é ilícita a limitação de um direito fundamental com eficácia interna a um grupo, proibindo-se o em geral permitido, se for contra a vontade do indivíduo; se tiver o seu consentimento, não demandará intervenção estatal, a não ser por provocação futura do indivíduo ao sistema legal;

- 3) “Integrantes de uma minoria cultural pretendem algo, em interesse da preservação de sua identidade ou do exercício da religião, que está reconhecido a quem forma parte da cultura majoritária”, caso em que se tem o problema da “igualdade de tratamento”: nos âmbitos em que esteja reconhecida a igualdade de tratamento das diferentes culturas (como no sistema escolar), esta é exigível; a conservação e transmissão de culturas específicas minoritárias devem ser protegidas pela liberdade cultural, mas não são, independentemente de normatização e de políticas públicas concretamente planejadas, um dever positivo do Estado;

- 4) “Integrantes de uma minoria cultural pretendem algo, por motivos religiosos ou culturais, que não se outorga com caráter geral”, caso em que se tem “a variante do princípio da igualdade que impõe tratar de modo

Derecho constitucional para la sociedad multicultural. Madrid: Trotta, 2007, pp. 63-8 (grifos no original).

diferente os supostos distintos”: aqui, pelo princípio da proporcionalidade, deve-se sopesar a relevância do fator cultural para a pessoa e os custos (não só econômicos) para o tratamento diferenciado desta por parte do Estado.

A fixação de critérios de tratamento igual (em sentido amplo, a envolver os vários tipos de situação sobremencionados) é um processo histórico de consolidação de estruturas jurídicas ao mesmo tempo internamente coerentes e socialmente adequadas. Nesse ponto é que as exigências do pluralismo procedimentalmente mediado colocam-se ao Estado democrático de direito em tensão com o abuso de princípios jurídicos, especialmente constitucionais, os quais podem levar a soluções casuísticas e insustentáveis a longo prazo, minando assim a própria força normativa da constituição⁷⁴ e o valor da justiça como equidade – igual consideração e igual tratamento das pessoas. A hermenêutica da igualdade em situações de pluralismo cultural depende, assim, de uma solidificação do sistema jurídico, simultaneamente na produção constitucional, legislativa, regulamentar, jurisdicional e doutrinária. Do contrário, o abuso de direito fundamental – do direito à igualdade, inclusive – pode solapar o próprio regime protetivo global de direitos fundamentais, ao encontrar abrigo em uma prática decisória desconcertada e desconcertante. É tal a prática referida como “abuso de princípios constitucionais”.

Os princípios constitucionais, que se embasam na textualização normativa mais aberta linguisticamente e dão ensejo à formulação de normas com vinculação mais frouxa entre hipótese e consequência,

têm uma tarefa fundamental de selecionar, do ponto de vista interno do direito, expectativas normativas com pretensão de validade moral, valores-preferência ou valores-identidade de grupos, interesses por estabelecimento de padrões normativos, assim como expectativas normativas atípicas as mais diversas, que circulam de forma conflituosa no ambiente ou contexto do sistema jurídico. O que é princípio moral para um grupo não o é para outros; os valores de um grupo são antagônicos aos de outros; não só o interesse de um grupo se opõe ao de outro, mas também o que é interesse geral para certos setores da sociedade contradiz o que seja interesse geral na perspectiva de outros. Tanto em relação às regras em geral (na estática jurídica) quanto em relação aos princípios infraconstitucionais (na dinâmica jurídica), os princípios constitucionais apresentam,

⁷⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

respectivamente, maior mobilidade para exercer um papel seletivo perante essa diversidade contraditória, em um a esfera pública caracterizada pelo dissenso estrutural.⁷⁵

Se os princípios podem desempenhar relevante papel estruturante de abertura do direito a demandas sociais ainda não “tipificadas” suficientemente no regramento jurídico, a ponderação *ad hoc* e o uso indiscriminado de certos princípios (como a dignidade da pessoa humana), com pretensão de tê-los como critérios últimos de uma validação jurídica ou diretamente moral, pode trivializar “valores” constitucionais e abrir espaço à defesa de interesses particularistas sob o manto retórico da divagação axiológica. O manejo inconsistente dos princípios, fomentador de casuísmos, de uma judicialização “de exceção permanente” e do afastamento de regras nitidamente incontroversas, pode assim fomentar, antes que a abertura do direito à complexidade das controvérsias, a reiteração jurídica de hegemonias, corrupções e de um moralismo fundamentalista, avesso à democracia, à legalidade e ao pluralismo⁷⁶.

A cessão do direito a particularismos diversos – pressões econômicas, políticas, interesses familiares, fundamentalismos religiosos e pretensões culturais incompatíveis com o pluralismo a ser garantido na esfera pública constitucional – é circularmente reforçada por uma prática jurídica inconsistente e por uma doutrina e teoria jurídicas igualmente rarefeitas e construídas de ocasião sob a pressão desses particularismos; a segurança jurídica e a adequação social do direito ficam, ambas, prejudicadas⁷⁷. Nesse sentido é que o abuso de direitos fundamentais pode ser uma das formas de expressão desses bloqueios particularistas, que instrumentalizam o sistema jurídico e constitucional; a garantia do pluralismo e do universalismo constitucional, em tal contexto, é colocada em xeque, pois abre-se mão do ponto de partida e de chegada do direito, representado pela demanda de tratamento igual, que busca consolidar a liberdade dos sujeitos constitucionais com sua igual consideração pelo Estado – alicerçando, assim, a cidadania, em sentido amplo.

⁷⁵ NEVES, 2013, p. 128.

⁷⁶ NEVES, 2013, pp. 221-8; NEVES, Marcelo. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. **Conjur – Observatório Constitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em: 27 out. 2012.

⁷⁷ NEVES, 2013, p. 190.

5. Considerações finais

Este trabalho não foi exaustivo em apontar critérios e discernir argumentos para o tratamento igual dos cidadãos como ferramenta de garantia do pluralismo e de afastamento do abuso de direitos fundamentais (em especial do direito à igualdade e dos direitos culturais, em uma concepção aberta). Isso porque reconhece que tal empreitada envolve o desenvolvimento de longo prazo de uma doutrina e de uma jurisprudência consistentes a respeito dos temas aqui tangenciados.

Seja na técnica formalista do esquema regra-exceção, seja na técnica de ponderação, o princípio constitucional da igualdade apresenta desafios teóricos e práticos. Uma das formas com que tais desafios se apresentam é em pleitos por tratamento desigual que reconheça a necessidade de uma especialidade procedimental diante de vínculos culturais apresentados e representados por sujeitos de direito, individuais ou coletivos. Outra forma é na avaliação, diante da precedência *prima facie* da igualdade, da constitucionalidade de políticas que visem à compensação, ao reconhecimento ou à redistribuição de bens materiais e simbólicos. O que se impõe, em quaisquer dos casos, é o reconhecimento de que a cultura e a política de garantia do pluralismo não se colocam fora do sistema jurídico; antes, ganham juridicidade e dependem de critérios jurídicos de desdobramento de seus paradoxos e conflitos.

Referências bibliográficas

ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARRY, Brian. **Culture and equality**: an egalitarian critique of multiculturalism. Cambridge: Harvard University, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Direita e esquerda:** razões e significados de uma distinção política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2001.

BYERS, Michael. Abuse of rights: an old principle, a new age. **McGill Law Journal**, Montreal, vol. 47, pp. 389-431, 2002.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. **Do abuso de direito:** ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2006.

DENNINGER, Erhard. Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural. In: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (Ed.). **Derecho constitucional para la sociedad multicultural**. Madrid: Trotta, 2007. pp. 27-50.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana:** a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Justice in robes.** Cambridge, MA: Harvard University, 2006.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Abuso del derecho.** Buenos Aires: Astrea, 1992.

GOSEPATH, Stefan. Equality. In: ZALTA, Edward N. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2011 Edition. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/equality/>>. Acesso em 27 ago. 2013.

GRIMM, Dieter. Multiculturalidad y derechos fundamentales. In: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (Ed.). **Derecho constitucional para la sociedad multicultural**. Madrid: Trotta, 2007. pp. 51-69.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia I:** entre a facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JOSSERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos.** Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea:** uma introdução. Tradução de Luís

Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

_____. **I diritti fondamentali come istituzione**. Tradução de Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002.

MACHADO, Maria Costa Neves. **Direito à diferença cultural**. Curitiba: Juruá, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o acto ilícito**. Rio de Janeiro: Renato Americano, 1935.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

_____. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. **Conjur – Observatório Constitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em: 27 out. 2012.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. The symbolic force of human rights. **Philosophy & Social Criticism**, Thousand Oaks, vol. 33, n. 4, pp. 411-444, 2007.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REID, Elspeth. The doctrine of abuse of rights: perspective from a mixed jurisdiction. **Electronic Journal of Comparative Law**, Utrecht, vol. 8, n. 3, pp. 1-15, 2004.

SANTOS, Tânia Maria dos. **O direito à cultura na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas**

relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 798, pp. 23-50, 2002.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____ (Org.). **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. pp. 427-461.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WEBER, Max. **Economía y sociedad:** esbozo de sociología comprensiva. Tradução de José Medica Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynes e José Ferrater Mora. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.

Artigo recebido em 04 de setembro de 2013.

Artigo aprovado para publicação em 26 de setembro de 2013.

DOI: 10.11117/1982-4564.06.16



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013. ISSN 1982-4564.

A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal

*Gilmar Ferreira Mendes**

Resumo: O artigo aborda o que é considerado o “direito fundamental de todos os direitos fundamentais” – a dignidade humana, indicando sua importância e como esta se apresenta na ordem constitucional brasileira pós-1988. Apresentará as decisões mais relevantes do Supremo Tribunal Federal relacionadas a esse tema e como a Corte tem tratado a matéria.

Palavras-chave: dignidade humana; constitucionalismo brasileiro; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article surveys the relevance of human dignity in Brazilian constitutional order and the use of this fundamental right by the Brazilian Supreme Court.

Keywords: human dignity; Brazilian constitutionalism; Supremo Tribunal Federal.

* Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil; Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP); Doutor em Direito pela Universidade de Münster, Alemanha. Artigo baseado em palestra proferida no evento *Convegno in onore di Peter Häberle – Dignità umana e diritti fondamentali nello stato costituzionale contemporaneo*, ocorrido em 13 de maio de 2013 na Faculdade de Direito da Universidade La Sapienza di Roma, Itália.

SUMÁRIO

1. Introdução
2. O princípio da dignidade humana
3. A ordem constitucional pós 1988 e a dignidade humana
4. O Supremo Tribunal Federal e a dignidade humana
5. Conclusão

1. Introdução

O Brasil desfruta do mais longo período de estabilidade institucional de sua história republicana. Ao longo dos últimos vinte e cinco anos, nosso país passou por graves crises econômicas, enfrentou um *impeachment*, vários tumultos, mas sempre dentro dos estritos parâmetros da normalidade.

Os últimos anos foram marcados por um flagrante amadurecimento político do povo brasileiro, que, apoiado na independência judicial e em instituições essenciais à Justiça, está cada vez mais ativo em demandas políticas e sociais. A Constituição de 1988 garante os pressupostos para que essa democracia plena seja atingida, sem a necessidade de deflagração de arranjos constitucionais inéditos para sua realização.

Do ponto de vista do Supremo Tribunal Federal, ao lado de inovações da Constituição atual, como o aumento do rol de legitimados para a propositura da ação direta, diversas reformas posteriores foram realizadas para dar maior efetividade ao controle de constitucionalidade. Mencione-se a criação do instituto da repercussão geral, as súmulas vinculantes, a abertura procedimental da Corte, com a realização de audiências públicas e a participação de *amici curiae*.

A independência judicial tem especial relevância a outra pedra central da Constituição de 1988: a preservação dos direitos fundamentais. Nosso texto constitucional conta com amplo catálogo de direitos fundamentais, que de pouco valeria caso não pudesse ser efetivamente aplicado e garantido. Trata-se de questão essencial à preservação do Estado de Direito e à manutenção do longo período democrático pelo qual o país passa.

O presente artigo dará ênfase ao que é considerado o “direito fundamental de todos os direitos fundamentais” – a dignidade humana, indicando sua importância e como esta

se

apresenta na ordem constitucional pós-1988. Por fim, apresentará as decisões mais relevantes do Supremo Tribunal Federal relacionadas a esse tema e como a Corte tem tratado a matéria.

2. O princípio da dignidade humana

De amplo conhecimento, a Lei Fundamental alemã, de 1949, marcou a transição da dignidade humana como valor filosófico-teológico para textos juridicamente vinculativos¹. O conceito de dignidade da pessoa humana atravessou dois mil e quinhentos anos de história da filosofia, ganhou variadas configurações nas mais diversas tradições filosóficas² e acabou por ser transformado em preceito constitucional supremo em resposta aos horrores e séries de violações ocorridas na Segunda Guerra Mundial.

Já na Constituição de Weimar havia menção à dignidade humana, no art. 151, III, que dispunha “*a disciplina da atividade econômica deve corresponder aos princípios da justiça, com vista a assegurar uma existência humana digna para todos. Nesses limites assegurar-se-á a liberdade econômica aos indivíduos*”. Mesmo que a dignidade não ocupasse lugar de destaque no texto de 1919, Peter Häberle indica que esta estava a delimitar, ainda que em um campo específico, a liberdade econômica individual. Esse dispositivo serviu de paradigma para as Constituições estaduais alemãs pós 1945 e 1989³, e alcançou seu patamar máximo no art. 1º, I da Lei Fundamental, que dispõe que: *A dignidade da pessoa humana é intocável. Observá-la e protegê-la é dever de todos os poderes estatais.*

A partir daí, diversas Constituições no mundo também passaram a alocar a dignidade humana em especial hierarquia. O Brasil, em 1988, seguindo igualmente o exemplo das Constituições portuguesa, de 1976, e espanhola, de 1978, definiu, em seu art. 1º, inciso III, que a *República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, ao lado da soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.*

¹ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: *Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 75.

² PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte II*. Heidelberg: C.F. Müller, 2008, p. 81.

³ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: *Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48.

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o constituinte acabou por “reconhecer categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal⁴.” O ponto de partida para qualquer reflexão sobre a constituição, e sobre qualquer desenvolvimento de uma Constituição liberal, seria o homem e sua dignidade⁵.

Note-se que tanto a Lei Fundamental quanto a Constituição brasileira de 1988 especificam a dignidade humana como fundamento máximo de seus Estados Constitucionais já no primeiro artigo. Esse fato indica o simbolismo que envolve o tema.

Peter Häberle entende que mencionar a dignidade humana no preâmbulo ou no início da Constituição concede singular significado a esse princípio. E complementa: “*uma Constituição que, de início, menciona a dignidade humana como um dos seus princípios supremos, deve-se preocupar com essa dignidade, seja como um objetivo pedagógico – desde as escolas até regulamentação de atividade de radiodifusão – ainda que o objetivo pedagógico não esteja explicitamente mencionado no texto constitucional. A Constituição assume esse compromisso a si própria ao prever textualmente a dignidade humana.*”⁶ Nesse sentido, ressalta a importância da socialização cultural, para ele indispensável, que deve começar na família e deve incluir “*metas educacionais para inculcar a dignidade humana, tolerância, respeito às minorias e respeito mútuo pela igualdade dos direitos fundamentais, já comum em estados alemães*”⁷.

Destaque-se que no direito internacional, as referências à dignidade humana encontram-se sobretudo nos preâmbulos, como na Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, no qual consta: “Nós, os povos das Nações Unidas – afirmamos com firmeza [...] nossa crença nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da personalidade humana [...] e no compromisso de renovadamente fortalece-los [...]”. E também em relação aos preâmbulos temos os ensinamentos de Häberle, para quem estes são uma *profissão de fé*

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 80.

⁵ Peter Häberle em VALADÉS, Diego. *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. Série IDP Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: *Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 49.

⁷ Peter Häberle em VALADÉS, Diego. *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. Série IDP Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2009.

de uma *religião civil* da comunidade política. Seu conteúdo indica as posturas valorativas, ideais, convicções do Estado⁸.

3. A ordem constitucional pós 1988 e a dignidade humana

Na Constituição Federal brasileira, a dignidade humana não está prevista apenas no art. 1º, III, mas ainda em três outras passagens.

O art. 226, que trata da família, base da sociedade, relaciona a dignidade humana ao planejamento familiar. De acordo com o dispositivo, “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. (art. 226, §7º).

Artigos que versam sobre criança e adolescentes e proteção aos idosos fazem menção à dignidade humana. O art. 227 da Constituição brasileira dispõe que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” e o art. 230 indica que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”.

Seguindo o princípio da simetria, algumas constituições estaduais brasileiras limitam-se a repetir os dispositivos do texto constitucional federal que vinculam a dignidade humana à proteção dos idosos e das crianças e adolescentes.

Todavia, assim como ocorreu na Alemanha e anotado por Häberle⁹, as constituições estaduais também deram especial destaque a questões de relevância local, iniciando um novo

⁸ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional. Cidade do México: UNAM, 2001, p. 274-285.*

⁹ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: *Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 82.

espectro de associação da dignidade humana a direitos fundamentais mais específicos à realidade regional.

Nesse sentido, repetem-se, nos textos constitucionais estaduais brasileiros, referências à aplicação da dignidade humana ao tratamento de presos, à educação e à proteção da mulher. Há casos mais específicos, como a previsão da dignidade humana como princípio da política agrícola e fundiária (Constituição do Estado da Bahia), como base do tratamento de portadores de deficiência (Constituição do Estado de Goiás) e da pesquisa tecnológica (Constituição do Estado do Rio Grande do Sul).

A dignidade humana também é considerada essencial ao planejamento urbano (Constituição do Estado do Ceará), para construção de moradias populares, saneamento básico e transporte (Constituições do Maranhão e do Pará) e até para manutenção de casas-albergues para idosos, mendigos, crianças e adolescentes abandonados (Rio Grande do Sul).

Dos 27 textos constitucionais estaduais, apenas um não faz nenhuma menção à dignidade humana (Roraima) e três colocam-na em seus preâmbulos (Pará, Sergipe e Mato Grosso).

É surpreendente verificar, a partir das Constituições estaduais brasileiras, a multiplicidade de associações da dignidade humana a direitos fundamentais. Isso porque, como usualmente indicado pelo Tribunal Constitucional alemão, o princípio da dignidade humana é o ponto de partida de outros direitos fundamentais, ele reforça o vínculo com outros direitos¹⁰.

Na Alemanha, a dignidade humana aparece nas decisões do Tribunal constitucional como valor jurídico supremo, valor jurídico mais elevado, fim supremo de todo o direito, determinação da inviolabilidade da dignidade humana, que está na base de todos os direitos fundamentais.

Entretanto, “o Tribunal Constitucional maneja o art. 1º, I, como ponto de partida do poder estatal, sem invocar a dignidade humana de modo inflacionário, evitando sua

¹⁰ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte II*. Heidelberg: C.F. Müller, 2008, p. 81.

desvalorização. Ela não é utilizada em argumentação de forma panfletária¹¹”, a fim de evitar sua banalização.

Sob essa perspectiva, deve-se ver com ressalva a larga associação direta do princípio da dignidade humana aos mais variados e específicos direitos fundamentais, como ocorre em algumas constituições estaduais brasileiras, de modo que não se esvazie seu núcleo essencial. Aqui se entra em uma difícil questão da doutrina da dignidade humana: sua definição.

É verdade que a invocação frequente do princípio da dignidade humana pode levar a sua banalização. Haveria, aí, a necessidade de adaptação do conceito de dignidade humana ao nosso tempo, questão delicada, já que seus limites não podem ser muito estendidos. Esses limites são definidos com auxílio do desenvolvimento histórico-cultural da sociedade e de seus valores¹².

Para Günter Dürig, considerado um dos principais comentadores da Lei Fundamental, a dignidade humana consiste no fato de que “cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda¹³.”

Nesse aspecto, Peter Häberle reitera que a dignidade humana tem como base a referência ao outro, o reconhecimento de igualdade dos outros, o “*Du-Bezug*”. O enunciado jurídico-fundamental da dignidade humana é comumente acompanhada de palavras como o “outro”, “próximo”, “irmão” - no sentido de fraternidade. A palavra-chave da dignidade humana seria a “co-humanidade comunicativa” (*kommunikative Mitmenschlichkeit*), que engloba a perspectiva futura e institui uma comunidade responsável com as gerações que estão por vir¹⁴.

E ele anota, também, que o “Estado Constitucional, bem como a cláusula da dignidade humana, foram concretizados por meio de longo desenvolvimento científico e

¹¹ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: *Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 57.

¹² BENDA, Ernst. The protection of human dignity (article 1 of the Basic Law). In: *SMU Law Review*, vol 53, 2000.

¹³ DÜRIG, Günter *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 55.

¹⁴ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: *Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 81

constitui resultado –provisório – de muitos processos. Nesse sentido, a dignidade humana, situa-se no contexto dos fenômenos a serem manejados de forma interdisciplinar e científico – cultural.¹⁵”.

Essa provisoriedade não significa que não exista um conceito eterno, universal de dignidade da pessoa humana, que poderia ser aplicável a todos a qualquer tempo. Há um conceito básico, *interculturalmente válido*¹⁶.

Sobre a forma de construção de uma identidade humana em uma sociedade e até que ponto pode se partir de um conceito de identidade interculturalmente válido e, dessa forma, universal, Peter Häberle destaca que

*O processo de formação de identidade parece ser alcançado no âmbito de uma liberdade enquadrada em uma determinada moldura. Essa moldura é também a “superestrutura” jurídica da sociedade. Por meio dela o princípio da dignidade humana transmite ao indivíduo determinadas “concepções normativas a respeito da pessoa”, que, por sua vez, são impregnadas pela cultura de onde surgiram*¹⁷.

Essa moldura orientadora não é estática, “a especificidade cultural das noções de dignidade humana transforma-se, com isso, em algo culturalmente específico ao seu tempo¹⁸”.

Daí que, para saber em que circunstâncias a dignidade humana é violada, é preciso que esta não seja respondida em termos gerais, mas levando em consideração o caso concreto, *o estado geral civilizacional e cultural de uma sociedade determina diferentes concepções e concretizações da dignidade da pessoa humana*¹⁹. Ademais, como diz o *Bundesverfassungsgericht*, a dignidade humana é ao mesmo tempo um princípio constitucional supremo e um direito fundamental. Com isso, não trata de uma ideia abstrata de humanidade, mas diretamente com homens e mulheres reais²⁰.

¹⁵ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: *Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.).Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 40

¹⁶ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: *Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.).Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 79.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte II*. Heidelberg: C.F. Müller, 2008, p. 83.

²⁰ BENDA, Ernst. The protection of human dignity (article 1 of the Basic Law). In: *SMU Law Review*, vol. 53, 2000, p. 444.

4. O Supremo Tribunal Federal e a dignidade humana

O Supremo Tribunal Federal brasileiro é constantemente demandado a decidir causas em que se invoca o princípio da dignidade humana, diversas vezes associado a questões imprevisíveis à época da promulgação da Constituição Federal de 1988, como bioética, transferência genética, clonagem humana.

É o caso da análise da possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias em experimentos científicos. O Tribunal não buscou uma definição científica do tema, evitando valer-se de princípios de natureza religiosa, mas no julgamento foi destacado que, a partir de *visão de mundo que prestigia a diversidade e a pluralidade, as instituições políticas e sociais devem se organizar para estabelecer com respeito e dignidade uma regular interação entre os homens*²¹.

A partir da constatação de que a lei previa a utilização de células-tronco inviáveis ou congeladas há mais de três anos, indicou-se que *a dignidade é impossível de ser avaliada, medida e apreçada porque é fim e contém-se no interior do elemento sobre o qual se expressa; relaciona-se ela como a essência do que é considerado, por isso não se oferece à medida convertida ou configurada como preço*. Os estudos com células-embrionárias fazem com que a dignidade humana *retorne com novo conteúdo e contornos fundamentais no Direito contemporâneo, o uso da palavra dignidade, referindo-se à pessoa humana, ganha significado inédito, qual seja, passa a respeitar à integridade, à intangibilidade e à inviolabilidade do ser humano, não apenas tomados tais atributos em sua dimensão física, mas em todas as dimensões existenciais nas quais se contém a sua humanidade, que o lança para muito além do meramente físico*. Daí ser a pesquisa uma garantia à dignidade humana das gerações futuras.

Nesse julgamento, foi constatado que a dignidade humana é *“um valor que transcende a pessoa compreendida como ente individual, consubstanciando verdadeiro parâmetro ético de observância obrigatória em todas as interações sociais*²².” E que *representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e traduz, de modo expressivo, um*

²¹ ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29.5.2008. Voto do Min. Menezes Direito.

²² ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29.5.2008. Voto do Min. Lewandowski.

*dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo*²³.”

Ao final, o Tribunal julgou que a pesquisa com células-tronco embrionárias não viola o direito à vida e é constitucional, demonstrando seu austero compromisso com a defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

O Supremo Tribunal Federal também já declarou a importância da dignidade humana em casos de sua flagrante violação. Pieroth-Schlink listam uma série de ingerências ao princípio da dignidade humana, do ponto de vista histórico-sistemático, que inclui, entre outros, a escravidão, a servidão, o tráfico de seres humanos, a tolerância da degradação em situação de abandono, a privação de toda a possibilidade de fazer valer as suas próprias necessidades e pretensões contra o Estado²⁴.

É preciso atentar-se que a aplicação inflacionada e despropositada do princípio da dignidade humana pode conduzir ao esvaziamento de seu próprio conteúdo – como já alertado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Entre nós, Marcelo Neves teme o que denomina “trivialização” do apelo à dignidade humana²⁵.

No entanto, esta não é a nossa realidade. Em situações efetivamente necessárias, em especial nas mais extremas, o Supremo Tribunal Federal vem conferindo a importância devida ao princípio da dignidade humana. O exercício laboral em condições degradantes e desumanas, análogas a de escravos, objeto de verificação pela Corte brasileira, é um exemplo disso. Justamente por se tratar de situação flagrantemente atentatória à dignidade humana, seu caráter essencial ao Estado de Direito foi duramente reiterado ao longo do julgamento²⁶.

No caso, mencionou-se que *é claro que o trabalho escravo é uma prática condenada pela sociedade, violadora de toda a ordem constitucional, que possui na dignidade da pessoa humana a sua norma-base (Häberle) e seu valor jurídico supremo (Dürig)*. Foi ressaltado, também, que *é inadmissível pensar que o respectivo sistema de organização do trabalho, atividade que dignifica o homem e em que ele se aperfeiçoa completamente, possa ser concebido unicamente à luz do que tradicionalmente se passou a caracterizar como “órgãos*

²³ ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29.5.2008. Voto do Min. Celso de Mello.

²⁴ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte II*. Heidelberg: C.F. Müller, 2008, p. 82.

²⁵ NEVES, Marcelo. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. In: *Observatório Constitucional*, 27.10.2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>

²⁶ RE 398.041, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 30.11.2006.

e instituições”, excluindo-se dessa relação o ator principal de todo o sistema, isto é, o homem, esse ser dotado de dignidade intrínseca.

O Tribunal entendeu que a existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho. Restou entendido que *o componente humano, sobretudo em virtude da proteção elevada que a Constituição outorga à sua dignidade, deve, sim, ser considerado elemento indissociável da organização do trabalho e que, no contexto das relações de trabalho.*

Destaque-se que são expressivos os precedentes do Supremo Tribunal Federal asseguradores da dignidade humana no que diz respeito aos direitos fundamentais de caráter judicial e às garantias constitucionais do processo, em especial no âmbito do direito penal. O princípio da dignidade humana é habitualmente associado às garantias constitucionais de duração razoável do processo, motivação das decisões judiciais ou oferecimento de denúncia vaga ou imprecisa, por impedir ou dificultar o exercício do direito de defesa.

Nesse sentido, costuma-se ressaltar, com base no entendimento alemão, que a boa aplicação dos direitos fundamentais configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica e que, como amplamente reconhecido, esse princípio igualmente impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais²⁷.

O princípio da dignidade humana na esfera penal traduz-se, pois, na repulsa à prática, pelos órgãos estatais, de atos que submetam o indivíduo a tratamento vil, garantindo-lhe tratamento digno e impedindo sua degradação como objeto do processo estatal. Assim, o Tribunal manifestou que *“a duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.”*²⁸. Nesse caso, assentou-se que o princípio da dignidade

²⁷ MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Band I. München: Verlag C. H. Beck, 1990, II 18.

²⁸ HC 105.437, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30.12.2012.

humana poderia ter aplicação subsidiária em relação às garantias constitucionais do processo penal.

Em julgamento de *habeas corpus* de réu que permanecera algemado sem justificativa na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, fato que implicou prejuízo à sua defesa, o Tribunal consignou que essa conduta seria um flagrante desrespeito à sua dignidade. As algemas *constrangem o acusado física e psicologicamente*, especialmente quando este é exibido à comunidade, momento em que seu uso *toma o sentido de aviltante, de desonroso, de humilhante*, além de ser uma afronta à presunção de não culpabilidade do réu.

No caso, o Supremo Tribunal Federal frisou a importância da excepcionalidade do uso de algemas e, para coibir seu abuso - considerando que em diversos julgamentos já se deparou com prisões acompanhadas de coberturas ruidosas e previamente acordadas com a imprensa-, editou súmula sobre o tema com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Fundado no princípio de que os procedimentos policiais e judiciais devem guardar o princípio da dignidade da pessoa humana, evitando que o homem seja transformado em objeto dos processos estatais, foi aprovada a Súmula Vinculante 11, segundo a qual *“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”*.

Ao apreciar caso sobre a liberdade de expressão de editor de livros brasileiro que publicava livros com conteúdo antissemita ou de cunho revisionista²⁹, no denominado *Caso Ellwanger*, o Tribunal também fez importantes considerações sobre o princípio da dignidade humana.

Ressaltou-se, nessa decisão que a incitação ao ódio público contra o povo judeu não estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão, e afirmando-se *“cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não*

²⁹ HC 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 17.9.2003.

deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.”. “A liberdade de expressão não pode amparar comportamentos delituosos que tenham, na manifestação do pensamento, um de seus meios de exteriorização, notadamente naqueles casos em que a conduta desenvolvida pelo agente encontra repulsa no próprio texto da Constituição, que não admite gestos de intolerância que ofendem, no plano penal, valores fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, consagrados como verdadeiros princípios estruturantes do sistema jurídico de declaração dos direitos essenciais que assistem à generalidade das pessoas e dos grupos humanos.”

Nas discussões restou consignado que a liberdade de expressão não é um direito ilimitado e que, na hipótese de colisão com outros direitos e valores, deve-se verificar se, na espécie, *“a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por esta cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões³⁰.”* O Tribunal acabou por indeferir o pedido de *habeas corpus* do livreiro condenado em instâncias inferiores pelo crime de racismo, entendendo, por maioria, que a liberdade de expressão encontrava limites na dignidade humana quando alcançava o patamar do ódio e da discriminação.

A posição majoritária da Corte foi no sentido do entendimento que a *“a liberdade de expressão tem duas precisas dimensões, a primeira é que se trata de emanção direta do valor supremo da dignidade da pessoa humana, a qual não é apenas fundamento da República, mas é fonte e fundamento de todo o ordenamento jurídico. Na medida em que essa liberdade seja restringida ou negada sem razão jurídica, tal dignidade está gravemente mutilada, pois a pessoa humana não pode, aí, afirmar-se como tal, isto é, como pessoa humana, à qual pertence, como qualidade imanente por definição, o poder de manifestar seu pensamento, sobretudo acerca do contexto em que é obrigada a conviver com os outros de maneira absolutamente inevitável. Noutras palavras, nesses termos, essa dimensão constitui fator primeiro da própria construção do mundo, concebido não apenas na sua materialidade,*

³⁰ Voto Min. Marco Aurélio, HC 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 17.9.2003.

*mas também no conjunto das referências objetivas que dão sentido e significado à vida humana e explicação mais ou menos razoável para esta curtíssima experiência de cada homem sobre a terra*³¹”. A segunda refere-se ao fator de formação, de aprimoramento da democracia. O Tribunal, por unanimidade, acabou por entender que não constitui crime de incitação à utilização de drogas a simples defesa de sua legalização, inclusive através de manifestações e eventos públicos.

Já em 2011, ao julgar a constitucionalidade da união civil homoafetiva³², o Tribunal assentou que o *reconhecimento do direito à preferência sexual é direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”, direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo*³³. A decisão apoiou-se, ainda, à ideia de que a *sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais*.

Igualmente fundadas também na dignidade humana foram tomadas decisões sobre a inconstitucionalidade de valor de contribuição social, a constitucionalidade do sistema de cotas em universidades federais (ação afirmativa para facilitar o acesso às universidades públicas por parte de negros e estudantes da escola pública) e a constitucionalidade do aborto de fetos anencéfalos, entre outros.

5. Conclusão

Com essa seleção de casos, procura-se demonstrar que o Supremo Tribunal Federal reitera, em suas decisões, austero compromisso com a defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Deste modo, a Corte assume sua responsabilidade máxima pela proteção efetiva da dignidade da pessoa humana, conduzindo o Brasil de forma segura a adaptações necessárias quanto à extensão de tal princípio, inevitáveis em razão de novas situações e avanços tecnológicos, em verdadeiro compromisso também com as gerações futuras.

³¹ Voto Min. Cezar Peluso,ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15.6.2011.

³² ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5.5.2011.

³³ Ementa ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5.5.2011.

Referências

BENDA, Ernst. The protection of human dignity (article 1 of the Basic Law). *In: SMU Law Review*, vol. 53, 2000.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In: Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAUNZ, Theodor e DÜRIG, Günther (orgs.). *Grundgesetz Kommentar*, Band I. München: Verlag C. H. Beck, 1990.

NEVES, Marcelo. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. *In: Observatório Constitucional*, 27.10.2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte II*. Heidelberg: C.F. Müller, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VALADÉS, Diego. *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. Série IDP Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2009.

Artigo recebido em 18 de outubro de 2013.

Artigo aprovado para publicação em 21 de outubro de 2013.

DOI: 10.11117/1982-4564.06.17



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013. ISSN 1982-4564.

A garantia constitucional contra a despedida arbitrária e sem justa causa e o problema da regulamentação judicial de cláusulas constitucionais de eficácia limitada ante a omissão legislativa.

Fernando Hugo R. Miranda *

Resumo: Com a ampliação da prática da regulamentação judicial de cláusulas constitucionais de eficácia limitada, é possível identificar situações nas quais a atuação judicial opera a criação de institutos de significados incompletos e assistemáticos. Tal é o que se passa com a regulamentação errática da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, prevista no artigo 7º, inciso I, da Constituição da República. A jurisprudência consolidada, embora tenha se debruçado sobre aspectos de grande importância e efetivamente não endereçadas pelo legislador, por fazê-lo por meio do necessariamente indutivo processo judicial, acabou por criar figuras que não se comunicam entre si e não são capazes de operar a formulações completas e claras, passíveis de observância previsível e institucional pela sociedade.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direito do Trabalho; despedida arbitrária ou sem justa causa; cláusula de eficácia limitada; omissão legislativa; regulamentação judicial; efeitos colaterais.

Abstract: Although Brazilian Law is centered in the force of statutes, the courts are increasingly ruling cases based on non-self executing constitutional provisions, for lawmakers have not been presenting the necessary regulating bills. As this judicial practice goes stronger, unintended consequences become more usual, once the rulings are not comprehensive enough, addressing just small features of a bigger picture. This phenomenon can be observed in the event of the regulation of the arbitrary and unjustified dismissal, a situation of judicial legislation where one can identify legal inconsistencies.

Keywords: Constitutional Law; Labor Law; arbitrary and unjustified dismissal; non-self executing constitutional provisions; legislative void; judicial legislation; unintended consequences.

* Doutorando e Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Mestre em *Droit et Sciences du Travail Européen*, pela *Université de Toulouse 1 – Capitole*. Professor de Direito do Trabalho do UniCeub. Advogado.

1. Introdução.

É possível afirmar que a valorização dos princípios constitucionais na aplicação judicial dos direitos é, nos últimos tempos uma realidade na prática judicial, sem que daí decorram grandes controvérsias. Como ilustram as palavras de Paulo Bonavides, vivemos a fase do pós-positivismo caracterizada pela “*passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito*”¹.

Para um exemplo de destaque, basta lembrar que o Supremo Tribunal Federal (STF), acolhendo a pretensão formulada no Mandado de Injunção (MI) nº 712/PA², deixou claro que a inércia do legislador em regulamentar direitos reconhecidos na Carta autorizaria uma intervenção positiva do Judiciário. No caso, foi determinado que, até superveniência da atividade legiferante regulamentadora, deverão ser seguidas as diretrizes determinadas judicialmente.

No caso da greve dos servidores públicos, portanto, o STF, ao expressamente preencher a lacuna regulamentadora, expôs de forma bem delineada o limite lógico-temporal de validade da solução por ele proposta, a ação regulamentadora pelo Congresso Nacional. A decisão, que representou um divisor de águas na jurisprudência da Corte Constitucional, aparentemente se mostrou uma solução institucional de consenso, considerando que mesmo 6 (seis) anos após a deliberação, o Congresso Nacional mantém-se inerte.

Ocorre que nem sempre o preenchimento da lacuna legislativa se passa de forma tão objetiva e clara como se deu no caso invocado. Por vezes, a inércia do legislador reverbera de forma difusa na jurisprudência que, sendo a todo momento chamada a resolver múltiplas, variadas e por vezes imprevisíveis questões concernentes a um determinado instituto não inteiramente regulamentado, acaba por desenvolver soluções esparsas e sem organicidade.

Em tais situações, em que a ligação entre a lacuna legislativa e a atividade integradora do Judiciário não se apresenta de forma explícita, um grave problema de coerência do direito se evidencia: o desenvolvimento errático e contraditório de institutos jurídicos. A situação não pode e não deve ser subestimada. Grande parte da legitimidade da atuação das instituições no Estado de Direito, ou justiça formal, para lembrar os termos de John Rawls, dependerá de sua capacidade de assegurar expectativas legítimas dos indivíduos,

¹ BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 294.

² Brasil, STF, MI 720/PA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJe 31/10/2008.

sendo certo que a “*a inevitável imprecisão das leis em geral e ampla gama permitida para sua interpretação encorajam uma arbitrariedade na tomada de decisões que apenas uma submissão à justiça pode debelar*”³.

O que pretendo demonstrar é que a imperdoável falha do legislador em proceder à regulamentação adequada de direitos constitucionais, muitas vezes decorrentes de movimentos políticos calculados, deve encontrar no Judiciário um espaço de crítica e resistência, e não de reconforto. A divisão dos três poderes não se sustenta apenas no respeito mútuo às prerrogativas e competências de cada um deles, mas inclusive, e talvez, sobretudo, na própria estruturação de seus meios e possibilidades de ação. Pretender que o Judiciário regule institutos jurídicos de forma adequada, previsível e segura pode ser um erro comparável a esperar um julgamento técnico do plenário do Parlamento.

Para endereçar a exposição e o enfrentamento desse problema, proponho um estudo de caso em torno da norma inscrita no artigo 7º, inciso I, da Constituição, que versa sobre a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, que ainda aguarda, nas comemorações dos 25 anos da Carta, a lei complementar que a regulamentará. Ao percorrer a saga nacional que acompanha a questão, desde antes da Constituição de 1988, tentarei demonstrar que a inércia legislativa importou em repercussões jurisprudenciais inesperadas, já que, embora derivadas do vácuo em alguma medida, não se desenvolveram explicitamente à luz do artigo 7º, inciso I, da Carta.

2. O sentido do artigo 7º, inciso I, da Constituição da República quando de sua promulgação. Uma rápida digressão histórica.

Segundo o texto originário da Consolidação das Leis do Trabalho, que entrou em vigor no dia 1º de maio de 1943, a mitigação legal do poder do empregador de encerrar a relação contratual trabalhista se dava a partir de uma dupla elaboração, a depender da duração do contrato de trabalho⁴. Para as relações duradoras, que contassem com mais de 10 (dez) anos completos, era garantida ao trabalhador a denominada estabilidade decenal, retirando do

³ RAWLS, John, *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000, pp. 62-63.

⁴ Não é demais mencionar que a Constituição de 1937, então em vigor, referia, no artigo 137, alínea *f*, como garantia geral mínima, uma indenização proporcional aos anos de serviços, excepcionando as hipóteses de leis prevendo a estabilidade, como ocorria de fato com algumas categorias, como a dos ferroviários (art. 42 do Decreto Legislativo nº 4.682, de 1923).

empregador o poder de extinguir o contrato de trabalho, salvo por justa causa ou motivo de força maior⁵. Antes de completados os dez anos, as demissões poderiam se dar por livre e discricionária iniciativa do empregador, sendo devida, no entanto, uma indenização no valor da remuneração mensal do empregado para cada ano trabalhado⁶.

Após vinte e três anos de vigência do modelo, a disposição foi substancialmente alterada quando da instituição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), o que se passou por meio da edição da Lei nº 5.107/66. Pela inovação, os empregados poderiam ser demitidos por livre iniciativa do empregador, independentemente do tempo de serviço. Em contrapartida, o empregador passaria a depositar em um fundo vinculado ao empregado, de movimentação condicionada à observância de certos critérios legais, o percentual de 8% da remuneração mensal do trabalhador. Além disso, na ocasião de eventual despedida sem justa causa, o empregador deveria depositar, a título de indenização pela despedida, o percentual de 10% sobre os valores contabilmente devidos ao FGTS no período do contrato de trabalho⁷.

Na prática, a instituição do FGTS teve duas repercussões práticas, vigentes até hoje. A primeira foi o abandono da premissa de proteção baseada na mitigação do poder do empregador de pôr fim ao contrato de trabalho, limitada que foi ao desestímulo econômico decorrente do pagamento de indenização ao final do contrato. Do ponto de vista do empregado, o que se passou foi tão só a extensão do modelo indenizatório previsto no artigo 478 da CLT para todas as hipóteses de demissão, independentemente do tempo de serviço, já que 8% sobre os treze salários devidos ao trabalhador anualmente contabilizam, no período, exatos 104% do valor de uma remuneração mensal. A novidade, portanto, representou um acréscimo real de algo em torno de 14% em relação à indenização anteriormente prevista, o que se deu em troca da estabilidade decenal.

A segunda foi a instituição de um fundo público que, se por um lado representa um aumento compulsório da remuneração contratual ou mínima do empregado em 8% (oito por cento), por outro liga, à parcela, interesses governamentais de elevado significado. O FGTS, ao captar 8% de toda a massa salarial formal do país, remunerando o preço ali depositado de forma extremamente desvantajosa em relação a qualquer outro investimento disponível no mercado, tornou-se um ativo que governo algum parece disposto a abrir mão.

⁵ Artigo 492 da CLT.

⁶ Artigo 478 da CLT.

⁷ Artigo 6º da Lei 5.107/66.

Em termos gerais⁸, portanto, a experiência nacional até 1988 passou por duas formas de proteção em relação à extinção do contrato de trabalho: *i*) a mitigação jurídica do poder de o empregador extinguir o contrato, que se dava por meio da estabilidade (proteção jurídica); *ii*) a criação de desestímulos econômicos à demissão, o que se dava pela indenização (proteção econômica). Some-se à equação o interesse governamental na manutenção do FGTS, o que, ao menos da perspectiva histórica, punha-se em confronto com eventual interesse ao retorno de uma proteção jurídica como a estabilidade.

A constituinte de 1987/1988 teve de tratar com essa oposição histórica entre FGTS e a estabilidade. A resposta de primeira hora foi, tão simplesmente, superar o fundamento político da criação do Fundo – *extinção da estabilidade* – e restaurar a estabilidade com a manutenção do FGTS. A ideia, portanto, seria relançar o FGTS como um direito do trabalhador, autônomo em relação ao debate quanto à forma de proteção da continuidade do contrato de trabalho. Nessa empreitada, por motivos óbvios, trabalhadores e governo tinham interesses compartilhados.

Já no Anteprojeto Afonso Arinos, foi simplesmente reconhecido o direito “à *estabilidade no emprego e fundo de garantia do tempo de serviço*”, sem explicação alguma de como isso se passaria⁹. O mesmo se passou nos debates da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos. Embora alguns integrantes tenham sugerido que seria necessária a realização de uma escolha entre o FGTS e a estabilidade, o texto finalmente proposto pela maioria contemplava a manutenção de ambas as figuras como direitos autônomos do trabalhador¹⁰.

⁸ Considerando o escopo do presente estudo, alguns aspectos relevantes, mas estranhos ao corte proposto, deixaram de ser mencionados, como, por exemplo, a figura da despedida obstativa (S. 26/TST) e a possibilidade de opção do FGTS (art. 1º da Lei nº 5.107/66), definitivamente extinta apenas com o advento da Constituição, mas em desuso muito antes desse marco.

⁹ Art. 343, inciso XVI, do texto do projeto (Diário Oficial, 26 de setembro de 1986, Suplemento Especial ao nº 185).

¹⁰ Ver ata da 6ª Reunião Ordinária da Comissão da Ordem Social, Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos para as posições dos constituintes sobre a dicotomia estabilidade e FGTS, ou a ausência dela. Na 24ª Reunião Ordinária foi aprovado o texto relativo à estabilidade, que dispunha: “*Estabilidade desde a admissão no emprego, salvo o cometimento de falta grave comprovada judicialmente, facultado o contrato de experiência de 90 dias*”. Igualmente, foi confirmado o direito ao FGTS: “*Fundo de Garantia do Tempo de Serviço que poderá ser levantado pelo trabalhador, em qualquer caso, sobre o contrato de trabalho*” (fls. 321 da íntegra das atas). Não é demais mencionar que o direito ao FGTS foi também estendido aos servidores públicos, a demonstrar, em definitivo, o entendimento da Subcomissão sobre a independência entre o FGTS e a estabilidade (fls. 337 da íntegra das atas).

Coube à comissão de sistematização alterar o texto enviado pela Comissão da Ordem Social, aproximando-o da versão prevalecente. Nela, a discussão ficou limitada à existência ou não de estabilidade, tendo sido fixado o direito ao “*contrato de trabalho protegido contra despedida imotivada sem justa causa, nos termos da lei*”¹¹.

O texto final resultou de um acordo de líderes, no qual foi substituída a expressão despedida imotivada por despedida arbitrária, remetendo-se à regulamentação posterior a ser realizada por lei complementar que asseguraria, como proteção, uma indenização compensatória, entre outros direitos.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida **arbitrária** ou **sem justa causa**, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Pelo texto final, portanto, foi definido que a proteção se resolveria posteriormente. Garantiu, no entanto, que, dentre as alternativas de regulamentação possíveis, a proteção econômica deveria necessariamente ser contemplada de alguma forma. Em reforço à opção, decidiu, desde já, que o modelo de proteção transitório seria o de pagamento de uma indenização, cuja base de cálculo seria o FGTS, conforme art. 10, inciso I, do ADCT.

Esta breve digressão histórica tem por escopo explicitar dois aspectos. O primeiro é que, segundo a experiência da legislação nacional até 1988, as despedidas por iniciativa do empregador eram divididas em *com justa causa* e *sem justa causa*, sendo que esta última também era denominada como despedida arbitrária ou despedida imotivada¹². A segunda é a de que, embora o FGTS tenha historicamente surgido como uma substituição ao modelo da proteção jurídica, após a Carta foi aberta a possibilidade de sua concomitância, já que o FGTS foi erigido como direito do trabalhador e, apenas circunstancialmente, indicado como base de cálculo da indenização a ser conferida pela despedida arbitrária ou sem justa causa, até a edição da referida lei complementar regulamentadora.

¹¹ Ata da Comissão de Sistematização, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Suplemento C, pp. 329-376. O texto foi mantido após a rejeição de variados destaques, visando assegurar a estabilidade.

¹² Quando muito, os autores, ante a invocação do artigo 165 da CLT, definiam a despedida arbitrária como aquela realizada sem motive disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, ou seja, sem justa causa. Ver, por todos, BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2005, p. 920.

3. O imbróglio da tentativa de regulamentação do inciso I do artigo 7º, CF: a Convenção nº 158/OIT.

Passados praticamente 8 (oito) anos da promulgação da Carta, em 1996, o texto ainda não havia sido regulamentado. Diante de tal fato, entendeu o Poder Executivo que a matéria poderia ser regulamentada pela internalização do texto da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Segundo o texto do tratado multilateral, uma proteção jurídica atenuada em relação à estabilidade era conferida ao contrato de trabalho, por meio da instituição de um inédito requisito para a demissão por iniciativa do empregador, a *causa justificada*. Por causa justificada deve entender-se um motivo relacionado à capacidade ou comportamento do empregado, ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa¹³.

Ao contrário da despedida por justa causa, que demanda um comportamento proporcionalmente grave e taxativo por parte do empregado, a causa justificada é apresentada, pelo texto, como alternativa à despedida por denúncia vazia, visando principalmente à criação de mecanismos de isonomia de tratamento entre empregados. Tanto é assim que, a par da instituição da causa justificada, é também estabelecido um procedimento para a demissão, que deve contar, no mínimo, com duas etapas: *i*) a prévia informação do trabalhador sobre a causa apresentada e *ii*) e a concessão de oportunidade para sua manifestação¹⁴. A decisão quanto à demissão, em todo caso, segue do empregador, não sendo necessário procedimento judicial prévio, a exemplo do que se passa com o inquérito judicial para a apuração de falta grave¹⁵.

A iniciativa evoluiu para um desastre jurídico.

Cumprindo-se o caminho da internalização de tratados internacionais, após a ratificação, foi editado decreto legislativo¹⁶ e, posteriormente, decreto do chefe do poder executivo, o Decreto nº 1.855, de 10/4/1996.

Reações políticas e jurídicas se seguiram à ratificação. CNT e CNI ingressaram com ADI, tombada sob o nº 1.480/DF. Afirmou-se, primeiramente, o vício de forma, já que o artigo 7º, inciso I, da CF exige lei complementar para regulamentação da proteção contra a despedida arbitrária e sem justa causa. Em acréscimo, alegou-se que convenção necessitaria

¹³ Artigo 4º da Convenção.

¹⁴ Artigo 7º.

¹⁵ Artigos 853 e seguintes da CLT.

¹⁶ Decreto Legislativo nº 68/92.

de regulamentação, apresentando-se seu texto como meramente programático, além do argumento de que o dispositivo constitucional previra apenas a proteção econômica (indenização), e não jurídica à continuidade do contrato de trabalho. O STF deferiu o pedido liminar para, em síntese, afastar a exegese que venha a ter a convenção como autoaplicável, em julgamento datado de 4/9/1997.

No campo político, o Presidente da República, por meio do Decreto nº 2100, de 20/12/1996, denunciou a convenção, oito meses após a publicação de seu texto oficial no Brasil. Posteriormente, o STF entendeu prejudicada a ADI 1.480/DF¹⁷.

O imbróglio, na verdade, estava apenas começando, e até hoje não teve uma conclusão definitiva.

Contra o decreto de denúncia da convenção, CONTAG e CUT ingressaram com uma ADI, tombada sob o nº 1.625/DF¹⁸, questionando a possibilidade de o chefe do executivo, por ato individual, denunciar um tratado internacional cuja recepção foi precedida por ato do Poder Legislativo, o decreto legislativo. O julgamento da ADI 1.625/DF ainda não foi concluído, tendo sido colhidos 4 (quatro) votos até o momento¹⁹, quando comemoram-se os 25 anos da promulgação da Carta.

O episódio da internalização da Convenção nº 158 da OIT bem explicita a grande dificuldade dos atores políticos nacionais de lidarem com tópicos delicados do Direito do Trabalho. A exemplo do que se passou na Constituinte, em que a discussão quanto à regulação da matéria foi postergada, e de forma bastante ambígua em relação à dicotomia proteção jurídica/proteção econômica, a tentativa de internalização de um texto internacional, repleto de lacunas e de remissões aos usos de costumes nacionais, efetivamente aponta para a tentativa de resolução da pendência com o mínimo de responsabilização política possível. Não é demais lembrar que, atualmente, busca-se, novamente, a internalização do mesmo texto, com a repetição de todos os equívocos já perpetrados há quase duas décadas²⁰.

¹⁷ Brasil, STF, ADI 1.480 MC/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/09/1997, DJ 18/05/2001.

¹⁸ Brasil, STF, ADI 1.625/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, pendente de julgamento.

¹⁹ Para os Ministros Maurício Corrêa e Carlos Ayres Britto, é necessária a prévia manifestação do Congresso para a denúncia. O Min. Nelson Jobim voltou pela improcedência do pedido, enquanto o Min. Joaquim Barbosa pela total procedência dos pedidos. O julgamento foi suspenso por pedido de vista da Min. Ellen Gracie (informativo nº 549, STF).

²⁰ Trata-se da mensagem presidencial nº 59, de 14 de fevereiro de 2008, na qual o Presidente da República submete o texto da Convenção nº 158 da OIT à apreciação do Congresso Nacional.

Do panorama legislativo, portanto, a questão, até a primeira década do Século XXI, se limitou a previsão constitucional – pendente de regulamentação – de uma proteção contra a despedida arbitrária e sem justa causa, necessariamente atrelada a uma proteção econômica, mas aberta a outras modalidades. A incapacidade de manejo da situação por atores políticos, no entanto, abriu o espaço para a atuação mais contundente do Poder Judiciário, o qual, ainda que de forma não-orgânica ou sistemática, vem conferindo substância à proteção contra a terminação do contrato de trabalho, como se passa a demonstrar.

4. O STF e a dicção dos efeitos da aposentadoria espontânea no contrato de trabalho a partir da exegese do artigo 7º, inciso I, da CF.

Um primeiro indício de que a inércia legislativa iria abrir espaço à atuação positiva do Judiciário se deu na discussão sobre os efeitos da aposentadoria no contrato de trabalho, no contexto do exame da constitucionalidade do artigo 453, § 2º da CLT, incluídos pela Lei nº 9.528/97. Segundo o dispositivo, o ato de concessão de aposentadoria espontânea importaria na extinção do contrato de trabalho²¹.

O dispositivo teve sua constitucionalidade desafiada pela ADI nº 1721²², movida, em 1997, em conjunto por partidos políticos (PT, PDT e PCdoB). A discussão se passou ao redor do artigo 7º, inciso I, da CF e o art. 10, inciso I, do ADCT. Alegou-se que o dispositivo, ao atestar que àqueles que se aposentassem espontaneamente teriam o contrato extinto, ofendia à Constituição, que garantia aos demitidos arbitrariamente ou sem justa causa certa proteção, a saber, a proteção econômica prevista no artigo 10, inciso I, do ADCT – indenização de 40% do FGTS – enquanto outra não fosse especificada por lei complementar.

Desde a primeira hora, com o julgamento, em dezembro de 1997 do pedido cautelar, o STF entendeu pela inconstitucionalidade do dispositivo. O cerne da controvertida decisão encontra-se na definição do que é despedida arbitrária e sem justa causa. Em suma, partiu-se da conceituação do que seria despedida arbitrária e sem justa causa para, em seguida, afirmar que o legislador ordinário não poderia criar uma hipótese de demissão arbitrária e sem justa

²¹ Eis o texto do dispositivo: “§ 2º O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado trinta e cinco anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício”. O § 1º também é representativo da discussão, mas por razões didáticas, tratarei apenas do § 2º, que encerra a essência do debate.

²² Brasil, STF, ADI-1721/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 11/10/2006, DJe 29/06/2007.

causa destituída da indenização prevista no artigo 10, inciso I, do ADCT. Daí, afirmou-se que o § 2º, ao determinar que a aposentadoria espontânea importaria a extinção automática do vínculo, estaria a criar uma hipótese de despedida arbitrária ou sem justa causa que não daria ensejo à indenização prevista.

Curiosamente, no entanto, a definição do que seria despedida arbitrária e despedida sem justa causa partiu da leitura do que estabelecido pelo próprio legislador ordinário. A conceituação da despedida sem justa causa decorreu de exame à contrário senso, sendo considerada sem justa causa a despedida que não decorra de justa causa, esta prevista no artigo 482 da CLT. Já a conceituação de despedida arbitrária emanaria do artigo 165 da CLT, o qual, ao tratar sobre a estabilidade de integrantes de comissões internas de prevenção de acidentes, indica ser arbitrária a dispensa não fundada em razões técnicas, disciplinares, econômicas ou financeiras.

Assentadas essas definições, foi afirmado o seguinte:

De considerar-se, pois, arbitrária toda despedida que não se fundar em falta grave ou em motivos técnicos ou de ordem econômico-financeira.

Tais limites que haverão de ser observados pela lei complementar que virá regulamentar o inc. I do art. 7º da CF/88 e que, necessariamente, haverá de estabelecer a indenização compensatória e os demais direitos que serão outorgados aos empregados despedidos nas condições apontadas. Pena de ofender a Constituição.²³

Criou-se, assim, uma tautologia. Mesmo em face de os parâmetros materiais de definição do que seria despedida arbitrária ou sem justa causa terem sido extraídos da legislação ordinária, estes mesmos parâmetros não poderiam ser alterados pelo legislador ordinário. E mais, tais parâmetros deverão, conforme se lê da passagem transcrita, ser observados na lei complementar que virá regulamentar o artigo 7º, inciso I, da CF.

Não se imaginou na decisão, por exemplo, que uma eventual lei complementar poderia, tão simplesmente, definir que as figuras da despedida arbitrária ou da despedida sem justa causa seriam caracterizadas, necessariamente, pela iniciativa do empregador pela extinção do contrato, algo estranho ao contexto da aposentadoria espontânea, de iniciativa do próprio empregado. Tal solução, aliás, seria de todo consentânea com tradição do Direito do Trabalho, e com a lógica, bastante razoável, de que o espírito do dispositivo constitucional

²³ Fls. 3 do voto do Relator, Min. Ilmar Galvão, proferido na sessão de julgamento do Tribunal Pleno de 19/12/1997. DJ 11/04/2003.

seria proteger o contrato de trabalho do poder do empregador. Tanto é este o espírito do Direito do Trabalho, que na hipótese legal em que foi conferido ao empregador o poder de ter iniciativa sobre a aposentadoria do empregado²⁴, incumbe a este o pagamento da indenização constitucional, a exemplo do que se passa na despedida sem justa causa de sua iniciativa.

Não é demais mencionar, por exemplo, que mesmo países que ratificaram a Convenção nº 158 da OIT, como Portugal e Espanha, é previsto textualmente que o advento da aposentadoria importa na extinção do contrato de trabalho²⁵.

No julgamento definitivo da ADI, ideia semelhante foi utilizada, embora não se tenha buscado na legislação a conceituação dos institutos da despedida arbitrária ou sem justa causa. Exarada em outubro de 2006²⁶, quando mais em voga a concepção da força normativa dos princípios, partiu-se da premissa de que o conjunto dos princípios da Carta Magna, tal como o valor social do trabalho, aponta no sentido da proteção à continuidade da relação empregatícia. Assim, não seria possível afirmar que a aposentadoria espontânea, porque exercício regular de um direito, poderia importar em um tratamento menos favorável do que a despedida por justa causa, em que o trabalhador é punido por sua conduta inapropriada. Eis a síntese da conclusão, constante dos itens 5 e 6 da ementa:

5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático de vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum.

6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego.

A sutileza do argumento levantado no acórdão definitivo não afasta a consideração expendida em relação à decisão cautelar. Mesmo subliminarmente, foi conferido um significado à modalidade arbitrária ou sem justa causa, no sentido de algo contrário à despedida por justa causa. Nesta perspectiva, adotou-se a posição, ainda que implícita, de que o § 2º teria criado uma distinção injustificada e, portanto, discriminatória, ao afastar a indenização mesmo no caso em que o empregado não teria apresentado conduta punível. Nas

²⁴ Art. 51 da Lei nº 8.213/91.

²⁵ Respectivamente, artigo 343 do Código de Trabalho Português e art. 49, item 6, do *Estatuto de los Trabajadores* da Espanha.

²⁶ Brasil, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 11/10/2006, DJ 29/06/2007.

entrelinhas, o que se lê é que a única exceção possível ao pagamento da indenização seria a despedida por justa causa, sendo vedado até mesmo ao legislador criar hipótese distinta.

No final das contas, a decisão simplesmente retirou das relações privadas a extinção do contrato de trabalho pelo advento da aposentadoria, algo da própria tradição do instituto, como demonstra, por exemplo, a Lei 8.112/90, que regula o regime jurídico estatutário federal²⁷ ou próprio *caput* do artigo 453 da CLT, ignorado na decisão. Sendo o advento da aposentadoria algo indiferente ao contrato de trabalho, será necessário, a cada aposentadoria, perquirir a forma de extinção do contrato, se por iniciativa do empregado ou do empregador, a gerar indefinições mesmo nos casos em que o próprio empregado queira parar de trabalhar, em face da indenização em jogo. Retira-se, ainda, a vantagem pecuniária que teria o empregador em aguardar a aposentadoria de seus empregados, já que será sempre devida a indenização pela dispensa arbitrária ou sem justa causa.

A reflexão sobre o que decidido na ADI 1.721, portanto, demonstra que o STF conduziu o desenvolvimento de sua fundamentação a partir da ausência de uma regulamentação precisa do texto do inciso I do artigo 7º, da Constituição da República, já que ele, em esforço hermenêutico, tratou de conferir significado às expressões. Em ambas as decisões, separadas pelo interregno de quase uma década, o STF precisou conferir significado e conteúdo a expressões que, pela intenção originária, deveriam ser conferidas pelo legislador. No processo, no entanto, descuidou-se do exame da organicidade do instituto, da tradição do direito ou das consequências da decisão.

5. O TST e a ordem de reintegração por demissão presumidamente discriminatória. A experiência da Súmula 443 do TST.

As consequências da inação do legislador podem influenciar construções jurisprudenciais as mais diversas, muitas até aparentemente estranhas ao texto que penda de regulamentação. Tal foi o que se passou com a construção, pelo Tribunal Superior do Trabalho, da doutrina em relação às demissões de portadores de doenças que suscitem

²⁷ Art. 33, inciso VII.

estigma social. Para o Tribunal, em tais casos, o direito à reintegração decorre da presunção de tratamento discriminatório, como restou consolidado no enunciado de sua Súmula 443²⁸.

Como já demonstrado, a proteção à continuidade do contrato de trabalho pode se dar por duas formas: a proteção jurídica, que limita os poderes jurídicos do empregador de extinguir o contrato e a proteção econômica, a qual, impondo ônus financeiros ao ato da despedida sem justa causa de iniciativa do empregador, visa ao seu desestímulo. No panorama constitucional inaugurado pela Carta de 1988, a regra geral adotada foi a proteção econômica, concretizada pela indenização de 40% do FGTS (ADCT, 10, inciso I), com a definição de hipóteses específicas de proteções jurídicas, sempre temporárias, como se passa com as estabilidades do dirigente sindical, do membro da CIPA e da empregada gestante²⁹. A lei ordinária ainda se encarregou de criar outras hipóteses de estabilidade, como se passa com a estabilidade acidentária³⁰.

A proteção jurídica, ao garantir ao empregado um tempo fixo e determinado de manutenção do contrato de trabalho, em típica disposição de ordem pública, impossibilita toda e qualquer iniciativa do empregador de impedir o gozo de tal direito pelo trabalhador, salvo as hipóteses legais, como a falta grave. Isso quer dizer, portanto, que todas as ações que atentem contra a regular fruição do direito à manutenção do contrato no período serão destituídas de eficácia, do que nasce por exemplo, a possibilidade de reintegração quando de eventual despedida não amparada nas exceções legais.

A legislação trabalhista nacional, no entanto, nada dispõe sobre despedidas fundadas em razões discriminatórias, ao contrário do que ocorre em outros países³¹. O TST, assim, construiu a jurisprudência a partir da valoração dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, como é possível concluir do exame dos precedentes

²⁸ DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

²⁹ Respectivamente, artigos 8º, inciso VIII, da Constituição e artigo 10, inciso II, alíneas *a* e *b* do ADCT.

³⁰ Artigo 118, da Lei nº 8.213/91.

³¹ Como exemplo, é possível mencionar o Código do Trabalho francês, que, ao enunciar expressivo rol de vedação quanto às discriminações, donde se lê o estado de saúde (*état de santé*), no art. L-1132-1, determina que toda disposição ou ato discriminatório serão nulos (L-1132-4). Estêvão Mallet menciona, ainda, a lei federal mexicana, que se refere, em seu artigo 4º, a “*condiciones de salud*” (MALLET, Estêvão. Igualdade e Discriminação em Direito do Trabalho. São Paulo: Ed. LTr, 2013, p. 65).

indicados pelo Tribunal como justificadores da Súmula nº 443³². Casos há, inclusive, em que restou expressamente consignado que a dispensa de portador de HIV representaria uma dispensa *arbitrária* e discriminatória³³.

A racionalidade dos precedentes é inequívoca. Atos jurídicos fundados em discriminações injustificadas são inválidos, conforme atesta o Código Civil, ao ter por nulos negócios jurídicos cujos motivos sejam ilícitos³⁴. Ocorre que a Súmula 443/TST foi além do que emanado dos precedentes que, segundo o Tribunal, lhe dão apoio. Enquanto neles é afirmado que a verificação em concreto de motivação discriminatória torna ilícito o ato, na Súmula é adotada uma definição apriorística, geral e abstrata, de um suporte fático específico a configurar o ato discriminatório.

Segundo o texto do verbete, a despedida de todo portador de HIV ou de outra doença que importe em estigma social é inválida, cabendo ao empregador o inusitado ônus da prova negativa em relação à não-discriminação. Em verdade, o efeito da súmula, da forma em que foi redigida e vem sendo aplicada pelos tribunais pátrios, encerra uma orientação de política pública, na qual ao empregador é imputado o risco social próprio de tais doenças. Em outras palavras, o empregador torna-se obrigado a garantir o contrato de trabalho daqueles que, em decorrência do estigma social que grava seu estado de saúde, terão grandes dificuldades para conseguir uma eventual recolocação no mercado.

A responsabilização, aqui, é mais severa do que a responsabilidade objetiva, visto que sequer é averiguado se as condições de trabalho concorreram como causa para o desenvolvimento da doença. A responsabilidade objetiva, advinda de lei, decorre da concepção do risco criado. É dizer, quando a atividade de alguém gerar um risco a terceiros, é devida a reparação independentemente da demonstração de culpa³⁵. Segundo a construção do Tribunal, no entanto, sequer há necessidade de demonstração de qualquer relação entre a atividade do empregador e a doença desenvolvida pelo empregado. O nexo da causalidade, imprescindível à responsabilização objetiva, é irrelevante para a constituição da obrigação do empregador de não demitir o empregado.

³² Ver, por todos, o julgamento proferido no TST-E-ED-RR-76089/2003-900-02-00, SBDI-1, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 30/11/2007.

³³ TST-E-RR-366/2000-021-15-00, SBDI-1, Rel. Min. Horácio Senna Pires, DJ 14/11/2008.

³⁴ Art. 166, inciso III, do CCB.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Volume IV, Responsabilidade Civil*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 31.

Trata-se, pois, verdadeiramente, de nova alocação do risco social, que se desloca do princípio da solidariedade, nos termos da legislação previdenciária, e é privatizado, imputando-o diretamente ao tomador do serviço do momento do conhecimento da doença. O reconhecimento explícito deste deslocamento do risco social é já verificável em diversos pronunciamentos judiciais, como se lê do seguinte, oriundo do TRT da 3ª Região³⁶:

A Súmula supra transcrita encontra amparo nos princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, tendo em vista a notória dificuldade que esses trabalhadores encontram para a sua recolocação no mercado de trabalho.

(...)

A propósito, cumpre salientar que a empresa privada não se encontra em campo neutro, quando se trata de promover meios de sobrevivência digna ao trabalhador, de forma que possa simplesmente relegar ao Poder Público o dever de prestar assistência social. Invoca-se aqui o princípio da função social da propriedade, que também deve ser aplicado no âmbito juslaboral.

(...)

Embora não haja ainda lei específica a garantir a estabilidade dos portadores de “aids”, o intérprete deve buscar outras fontes de direito que possam garantir ao trabalhador o seu direito ao emprego. Nesse contexto, à míngua de legislação específica e diante do que dispõem os arts. 4º da LICC e 8º da CLT, reputo plenamente cabível a aplicação analógica da Lei 9.029/95 como medida de concretização da ordem constitucional vigente (artigos 1º, III e IV, 3º, I e IV, 7º, XXXI e 170), afastando, por conseguinte, a alegada violação ao princípio da legalidade.

O princípio da solidariedade, informador da proteção social, é baseado exatamente na superação da concepção de que bastaria “*dar a cada um o que é seu para que a sociedade fosse justa*”, adotando-se a ideia de que é preciso dar a “*cada um o que não é seu*”³⁷ como medida para reduzir injustiças advindas do risco social. Ocorre que a única forma de compatibilizar tal concepção com o princípio da propriedade é o de estabelecer regras de cotização coletivas voltadas a benefícios específicos, objeto e fim do Direito Previdenciário. O estabelecimento de uma tal proteção por meio de imposição, judicial, de deveres a particulares não previstos na legislação causa grandes perplexidades, e certamente consequências não desejadas na aplicação do entendimento.

³⁶ TRT-3ª Região, RO-0002074-15.2011.5.03.0040, 6ª Turma, Rel. Desembargador Anemar Pereira Amaral, DJ 22/10/2012.

³⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor *apud* CASTRO, Carlos Alberto Pereira de Castro e LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*, 11ª ed. Florianópolis: Ed. Conceito Editorial, 2009, p. 34-35.

Uma delas é a criação de um fator de discriminação de questionável validade, quando verificado que a presunção de discriminação funda-se na ideia de que os trabalhadores portadores de doenças gravadas por estigma social terão grandes dificuldades para a realocação no mercado de trabalho. E por qual motivo outros empregados, com iguais ou menores condições de realocação no mercado não usufruem de igual proteção? O que dizer, por exemplo, de empregados portadores de deficiências, empregados sem qualificação profissional adequada ou empregados em idade avançada?

O questionamento pode parecer exagerado à primeira vista, mas justifica-se quando verificada a abrangência que está sendo dado ao conceito de estigma social, como no caso da glaucoma. No caso, embora tenha sido afirmado pelo TRT-9 inexistir prova da discriminação, o TST, por entender que o ônus da prova demonstrar a não-discriminação era do empregador, afirmou o tratamento discriminatório e determinou a reintegração³⁸.

Como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais, é preciso que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente³⁹. A pertinência constitucional, no caso da criação de garantias de emprego é, precisamente, a proteção inscrita no artigo 7º, inciso I, da Carta. A criação de garantias pela articulação direta de princípios constitucionais de valor, portanto, representa um grande risco.

A exemplo do que antevisto no episódio do STF, acerca dos efeitos da aposentadoria espontânea no contrato de trabalho, pois, a inércia do legislador abriu espaço para que o Poder Judiciário, interpretando princípios constitucionais, desse mais um passo em relação à condensação da carga obrigacional em relação à proteção à continuidade do contrato de trabalho.

O caráter aditivo da jurisprudência é marcante, na medida em que ela encerra, verdadeiramente, uma política pública em relação à proteção social daqueles que, independentemente das condições de trabalho, tiveram o infortúnio de contraírem doença que importará em dificuldade para novas colocações. Não há fundamento infraconstitucional que ampare o contexto obrigacional criado, tratando-se de implementação de valores políticos

³⁸ TST-RR-1996700-79.2006.5.09.0011, 7ª Turma. Relª Minª Delaíde Miranda Arantes, DJ 16/08/2013.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 42.

lastreados na invocação dos valores sociais do trabalho e no princípio da dignidade da pessoa humana.

Houvesse o legislador oferecido uma legislação precisa, em que os contornos das possibilidades de reintegração ao contrato de trabalho fossem melhor definidas e explicitadas, seria naturalmente reduzido o espaço de inovação jurisprudencial.

Não é por acaso, aliás, que em muitos julgados é possível se verificar a utilização da expressão despedida *arbitrária*, termo utilizado no inciso I do artigo 7º da Constituição para indicar o objeto da proteção a ser conferida pela ainda por vir lei complementar.

6. O TST, o STF e a nova figura da despedida sem justa causa motivada.

É possível, ainda, apontar uma última inovação jurisprudencial ligada à proteção à continuidade do contrato de trabalho, desta vez, fruto da jurisprudência conjunta do TST e do STF e voltada a um requisito de forma inédito no país. Trata-se da análise quanto aos requisitos do ato administrativo relativo à despedida do empregado público, ocupante de vaga em empresas integrantes da Administração Pública Indireta.

A questão se iniciou pela jurisprudência do TST. Entendendo desproporcional a proteção conferida à Empresa de Correios e Telégrafos (ECT), beneficiária de vários dos privilégios próprios do erário, como execução por precatório, o Tribunal passou a exigir da empresa que motivasse as despedidas, ante ao argumento de que elas configurariam típico ato administrativo. O entendimento foi cristalizado da Orientação Jurisprudencial nº 247, item II, da SBDI-1⁴⁰. O mesmo verbete, no entanto, em seu item I, destacava que o mesmo não se passava com as demais empresas integrantes da Administração Pública Indireta, que seguiam livres para operar despedidas sem justa causa e imotivadas.

O ponto de maior relevância da jurisprudência decorre do caráter inovatório da figura criada. Até o advento da OJ 247, despedida imotivada e despedida sem justa causa

⁴⁰ OJ-SDI1-247 SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECO-NOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada – Res. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007.

- I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;
- II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

representavam sinônimos, sendo o termo “imotivado” utilizado no sentido da inexistência de fundamento fático para a extinção do contrato. Ambas, tanto a despedida imotivada, quanto a despedida sem justa causa, se opunham hermeneuticamente à despedida por justa causa, ou seja, aquela fundada em comportamento infracional do empregado (aspecto fático), devidamente previsto em lei.

A distinção, efetivamente, é de uma grande importância para a técnica jurídica. Rigorosamente, até mesmo a despedida por justa causa, em nosso ordenamento jurídico, é imotivada, na medida em que o empregador, também nessas hipóteses, não está obrigado a apresentar previamente ao empregado as razões que o levaram a considerar a ocorrência da imputada conduta inapropriada. Apenas em juízo, em eventual reclamação trabalhista, terá o empregador que apresentar as razões da despedida por justa causa, oferecendo as provas que a embasam, recaindo sobre si o ônus da prova.

Assim, enquanto a dicotomia motivado/imotivado traduz preocupação quanto à forma, a dicotomia por justa causa/sem justa causa dirige-se à questão de fundo, acerca da existência ou não de vinculação obrigatória a uma dada fundamentação fática previamente estabelecida pela legislação, como se passa com o artigo 482 da CLT.

Tal distinção, inclusive, é comum aos países que adotam os parâmetros da Convenção nº 158/OIT. Exemplo expressivo é a França, na qual é diferenciada a figura da despedida injustificada (*licenciement injustifié*) da despedida irregular (*licenciement irrégulier*). Enquanto a primeira se refere a uma falha de conteúdo, onde o empregador despediu um empregado sem apontar uma das causas de mérito, aspecto fático, necessária para tanto, a segunda diz respeito a uma despedida realizada sem o cumprimento do devido processo, no caso, a motivação, ou a explicitação das razões pelas quais o empregado foi demitido.

A exigência formal de motivação serve a um propósito bastante claro, o de reduzir as chances de comportamentos abusivos. Ao motivar o ato, o empregador torna-se vinculado ao fato ali apresentado, não podendo inovar em relação a ele, operando-se a teoria dos motivos determinantes. Submetido a eventual controle judicial, o fato narrado na motivação é o único passível de prova. Com isso, reduzem-se os espaços para comportamentos discriminatórios e abusivos, que são, por sua própria natureza, inconfessáveis.

O risco da criação da referida diferenciação pela jurisprudência, e não pela legislação, é justamente a confusão gerada na aplicação da figura. Sem tradição jurídica, seja doutrinária, legal ou jurisprudencial, acerca do que seria uma despedida sem justa causa motivada, é bastante previsível que a jurisprudência nacional eleve o rigor do exame das motivações apresentadas, desconsiderando que o fim precípua da motivação é apenas o de evitar comportamentos abusivos, ou seja, o ato ilícito decorrente do exercício de um direito em excesso manifesto dos limites impostos pelos fins econômicos, sociais, pela boa-fé ou pelos bons costumes⁴¹.

Em assim sendo, por exemplo, é perfeitamente válida a despedida de empregado da ECT quando verificado, e assinalado na motivação da demissão, que o empregado teria descumprido normas regulamentares da empresa. Não sendo o empregado detentor de estabilidade, e em se tratando de despedida sem justa causa, não caberia exame sobre a gravidade da conduta, a partir do cotejo de elementos outros, como o tempo de serviço do empregado na empresa. Não foi, contudo, o que afirmou o TST ao examinar o caso, porquanto, ao cotejar outros elementos do contrato, sobretudo o tempo de serviço na empresa, entendeu por afirmar nula a demissão, identificando, ainda que de forma implícita, uma desproporção entre a conduta assinalada na motivação e a decisão do empregador⁴², algo que é exigido apenas para despedidas por justa causa.

A previsão da exigência de motivação, da forma como afirmado pelo TST, portanto, embora represente, em si, uma ideia interessante e efetivamente aplicada em outros países, carece de organicidade, representando apenas um meio caminho, uma meia ponte, que não chega a atravessar o rio. Isso porque a instituição do modelo da necessidade de motivação, para que alcance seu objetivo, precisa ser bem explicitada, em todos os seus contornos, fundamentos, e finalidades. A adoção da figura, da forma como realizada, partiu de um fundamento reativo, em face do reconhecimento de privilégios próprios do erário à ECT, o que não é suficiente para apontar um sentido geral à norma.

Essa falta de organicidade, não seria exagerado concluir, chamou a atenção do STF ao se debruçar sobre a questão. No julgamento do RE nº 589.998-PI⁴³, processado pela sistemática da repercussão geral, a Corte Constitucional examinou justamente recurso da ECT

⁴¹ Artigo 187 do Código Civil.

⁴² Brasil, TST-RR-752-05.2010.5.03.0101, 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 12/04/2013.

⁴³ STF, Tribunal Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgamento dia 20/03/2013. DJe 11/09/2013.

oferecido contra aplicação da OJ 247 no TST. Em seu julgamento, cujo o acórdão apenas recentemente foi publicado, novas premissas foram estabelecidas, inclusive no sentido do aperfeiçoamento da organicidade do modelo inaugurado pelo Tribunal do Trabalho.

Em primeiro lugar, o fundamento instituidor da regra da motivação foi alterado. Conforme pareceu ao STF, a resposta reativa do TST às prerrogativas peculiares da ECT não se mostrava íntegro o suficiente, já que, como componente da Administração Indireta, não seria possível atribuir aos seus empregados a estabilidade prevista no artigo 41 da CF, pouco importando as prerrogativas especiais a ela conferidas.

A exigência da motivação, assim, passou a ser fundada no paralelismo decorrente da regra do concurso público. Segundo avaliado, o tratamento isonômico e impessoal decorrente do concurso público só estaria efetivamente garantido se não fosse dado ao administrador das empresas integrantes da Administração Pública Indireta o poder de demitir imotivadamente seus empregados. Admitido o empregado público por concurso público, apenas pela explicitação das razões da demissão seria possível ter-se por válido o ato.

O segundo aspecto de relevância diz respeito à certificação de que a despedida permanece sem causa fática vinculada, ou, dito de outra forma, sem justa causa. Embora se espere que alguma motivação seja conferida, ela não é vinculada a nenhuma causa pré-determinada na legislação. Assim, um empregado poderá ser demitido porque chegou atrasado, se portou de forma requerida ou não atingiu a produtividade esperada. O relevante é que, uma vez indicada a causa, a empresa seja capaz de, em juízo, demonstrar que o fato apontado realmente se passou, não tendo a despedida se passado por alguma razão dissimulada.

A validade da despedida será aferida pela regra da isonomia e impessoalidade, e não por avaliação da gravidade ou proporcionalidade da conduta. Acaso demonstrado que todos os empregados que se atrasem sejam demitidos, nada haverá de inválida em uma tal motivação, já que o mesmo tratamento, independentemente de seu rigor, é conferido de forma indistinta a todos os empregados. A questão foi posta na ementa do acórdão, mas convém transcrever a seguinte passagem do acórdão:

É dizer: que se pretende com o entendimento perfilhado neste voto não é conferir aos empregados das empresas estatais a estabilidade a que se refere o citado art. 41, mas, como consignado acima, assegurar que os princípios da impessoalidade e da isonomia,

observados no momento da admissão por concurso público, sejam também respeitados por ocasião da dispensa.⁴⁴

Nessa medida, o julgamento do STF esclarece algo que a jurisprudência do TST ainda não havia feito, já que, como demonstrado, não raro a motivação era examinada à luz de juízos de proporcionalidade da gravidade do fundamento adotado, algo que parece estar superado pela diretriz emanda da posição acima.

É preciso reconhecer, no entanto, para evitar análises ingênuas, que tendo a própria exigência da motivação decorrido de criação jurisprudencial, dificilmente os julgadores deixarão de avaliar, em concreto e segundo juízos de razoabilidade muitas vezes baseados em valores pessoais, a proporcionalidade e justificação do ato. Não se olvida da força de tal tentação. No entanto, derivando a regra da motivação do paralelismo com o concurso público, releva lembrar ser irrelevante para qualquer certame o grau de rigor da avaliação: o importante é a certeza de que, brando ou severo o conteúdo das indagações, ela será inequivocamente idêntica a todos os candidatos. Apenas se quebrada a isonomia, por qualquer forma, seria justificada a intervenção judicial.

A decisão do STF, conquanto proferida em autos sujeitos à sistemática da repercussão geral, ainda precisará ser estudada, interpretada e aplicada. Tanto é assim que o TST ainda não procedeu à revisão do item I da OJ 247, que contraria o novo entendimento, não obstante seja possível já identificar arestos da Corte Superior no novo sentido.

A experiência da criação da figura de uma despedida sem justa causa motivada, porque criada por força da jurisprudência, também se apresenta errática e de contornos fluídos e não previsíveis, sendo certo que até mesmo a decisão do STF dá ensejo a interpretações diversas dos contornos aqui apresentados. Esta é, inclusive como se vem tentando demonstrar ao longo do presente estudo, uma limitação institucional que precisa ser reconhecida pelo próprio Poder Judiciário no exercício de preenchimento de lacunas derivadas da inação do legislador.

7. Conclusão.

A trajetória da matéria tratada no inciso I do artigo 7º da Constituição representa um relevante estudo de caso sobre como imprevisíveis podem se revelar as consequências da

⁴⁴ Fls. 12 do acórdão publicado (8 do voto do Relator, Min. Ricardo Lewandowski).

inércia do legislador em proceder à densificação dos princípios insculpidos na Carta Magna.

Sua história revela, antes de mais nada, uma verdadeira e grave incapacidade política de nossos legisladores para construir o consenso mínimo necessário à regulamentação, e também uma esperança vã em tentar superar a lacuna sem enfrentar de forma direta e precisa os contornos do problema. Em relação a algumas matérias, como a ora referida, tudo leva a crer que a inércia decorra efetivamente de uma ponderada decisão política, baseada nos dividendos eleitorais envolvidos no trato da matéria.

Nesse contexto, o Poder Judiciário foi chamado a dar conteúdo à proteção ali insculpida, e em variadas situações.

As três construções jurisprudenciais tratadas no presente artigo revelam a busca de significação às figuras mencionadas no referido inciso I. No episódio da discussão sobre a aposentadoria espontânea, o STF afirmou o significado da despedida “sem justa causa”, constituindo ela a despedida oposta àquela “com justa causa”, ou seja, o tipo de despedida que não se baseia em um fato pré-definido legalmente. No caso da discriminação presumida em relação à doença por estigma social, a jurisprudência acabou articulando um significado ao que seria a despedida “arbitrária”, em esforço contra tratamentos discriminatórios em decorrência do estado de saúde de trabalhadores. Por fim, na discussão quanto à “despedida imotivada”, STF e TST estão a orquestrar a criação de um procedimento de extinção do contrato que visa reduzir as chances de comportamentos anti-isonômicos e abusivos por parte de empregadores de empresas estatais.

Em comum, as três iniciativas apresentam certo sentido de incompletude. Em todos eles, o fenômeno que se pretendeu regular era mais amplo do que enfoque considerado, já que, em cada oportunidade, o que se buscava era a resolução específica de uma pretensão baseada no alegado direito subjetivo. Para a aposentadoria espontânea, desconsiderou-se a possibilidade de uma regulação que apontasse como arbitrária ou sem justa causa apenas aquelas decorrentes da iniciativa do empregador, ignorando-se por completo as consequências da decisão. No caso da despedida discriminatória presumida, não se considerou que, sob a invocação do princípio da isonomia, acabou-se por criar uma nova realocação do risco social, de questionável conformidade com as regras gerais em vigor. Já no caso da exigência de motivação da despedida para o caso das empresas estatais, não houve inequívoca explicitação do conteúdo da exigência, de forma a possibilitar interpretações no sentido do

reconhecimento de uma garantia de emprego, para além da garantia de tratamento isonômico buscada e a gerar instabilidade no exame das demissões.

Tal incompletude, infelizmente, será inevitável. Mesmo diante do grande esforço empreendido, é preciso que o próprio Poder Judiciário reconheça que, institucionalmente, ele tem uma gravíssima limitação em seus esforços de densificação de lacunas: o processo judicial, sua única ferramenta de ação.

A construção de diretrizes gerais e abstratas advindas da lei é realizada por meio de um raciocínio dedutivo. Parte-se do geral, o texto legal, para o particular, situação fática de sua aplicação. O Poder Judiciário, por sua vez, quando atua no exercício do preenchimento de lacunas, produz formulações sempre indutivas, por meio do processo judicial, que partem do conjunto das soluções particulares rumo à identificação de um sentido geral. Com isso, será sempre mais árduo que o preenchimento das lacunas seja realizado de forma orgânica. É preciso reconhecer, inobstante todo o desconforto, que o preenchimento de lacunas pelo Poder Judiciário terá sempre mais chances de gerar efeitos colaterais não previstos e não desejados.

Isso quer dizer, portanto, que o exercício judicial do preenchimento de lacunas não pode se entender completo, ainda quando tal preenchimento decorra de interpretação sistemática, envolvendo outros dispositivos constitucionais além daquele cuja regulamentação é preceituada no texto constitucional. Em outras palavras, é preciso que o próprio Poder Judiciário exercite tal poder com a prudência dos sábios, sem ilusões de que sua atividade conduzirá, de forma segura, a um estado geral de melhoria social.

Se é verdade que há muito se afirma, como fez William Bond⁴⁵ em 1896, em capítulo intitulado *Judicial legislation*, que em certos casos será inevitável o exercício judicial da atividade legiferante, é igualmente verdadeiro que a autoridade reconhecida aos julgadores impõe-lhes o ônus de redobrada atenção, por representarem o último bastião da proteção do Direito. Como anotou Alexander Pekelis, lembrado por Inocêncio Mártires Coelho, “*as grandes cláusulas da Constituição americana, assim como as disposições mais importantes das nossas leis fundamentais, não contêm senão uma apelo à honestidade e prudência daqueles a quem é confiada a responsabilidade de sua aplicação*”⁴⁶.

⁴⁵ BONDY, William, *Separation of Governmental Powers – in History, in Theory, and in Constitution*. New York: Ed. Columbia College, 1896.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 162

A longa – e ainda em construção – trajetória do artigo 7º, inciso I, da Constituição nos sugere, portanto, que a par de ser possível que a inação legislativa importe em uma miríade de soluções jurisprudenciais aparentemente autônomas, é preciso que legisladores e operadores permaneçam atentos para identificar os contextos materiais destes direitos. Do contrário, regulações posteriores a conformações de jurisprudência densificadas a partir de valores constitucionais podem ser afirmadas inconstitucionais, por contrariarem o sentido de princípios assentados jurisprudencialmente. Trata-se de risco que pode repercutir negativamente na intenção de elaboração de institutos jurídicos coerentes e orgânicos.

Como bem advertiu Forthoff, citado por Paulo Bonavides, “*a superação do positivismo de nenhum modo pode implicar o abandono da positividade do Direito*”⁴⁷.

Referências bibliográficas.

- BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.
- BONDY, William. *Separation of Governmental Powers – in History, in Theory, and in Constitution*. New York: Ed. Columbia College, 1896.
- CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Lisboa: Ed. Almedina, 2003.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de Castro e LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*, 11ª ed. Florianópolis: Ed. Conceito Editorial, 2009.
- GARCIA, José Francisco. “Judicial Activism and Accountability”. *Libertad y Desarrollo, Political Report Series*, Nr 1.800, setembro de 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Volume IV, Responsabilidade Civil*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- _____. Limites da Mutação Constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos, MENDES, Gilmar Ferreira e COELHO, Inocêncio Mártires (org). *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 168.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 285.

- LASSALE, Ferdinand, *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.
- MALLET, Estêvão, *Igualdade e Discriminação em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed. Ed. Saraiva, 2009.
- OST, François, *O tempo do Direito*. Bauru: Ed. EDUSC, 2005.
- POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. London and Massachusetts: Harvard University Press, 1983.
- RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.
- STRAUSS, David, *The Living Constitution*. Coleção “*The Inalienable Rights*”. Oxford-New York: Oxford University Press, 2010.
- SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. Ltr, 2005.

Decisões judiciais mencionadas:

- Brasil, STF, MI 720/PA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJe 31/10/2008.
- Brasil, STF, ADI 1.480 MC/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/09/1997, DJ 18/05/2001.
- Brasil, STF, ADI 1.625/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, pendente de julgamento.
- Brasil, STF, ADI-1721/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 11/10/2006, DJe 29/06/2007.
- Brasil, STF, RE 589.998/PI, Tribunal Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgamento dia 20/03/2013. DJe 11/09/2013
- Brasil, TST-E-ED-RR-76089/2003-900-02-00, SBDI-1, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 30/11/2007.
- Brasil, TST-E-RR-366/2000-021-15-00, SBDI-1, Rel. Min. Horácio Senna Pires, DJ 14/11/2008.

Brasil, TRT-3ª Região, RO-0002074-15.2011.5.03.0040, 6ª Turma, Rel. Desembargador Anemar Pereira Amaral, DJ 22/10/2012.

Brasil, TST-RR-752-05.2010.5.03.0101, 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 12/04/2013.

Brasil, TST-RR-1996700-79.2006.5.09.0011, 7ª Turma. Relª Minª Delaíde Miranda Arantes, DJ 16/08/2013.

Artigo recebido em 10 de setembro de 2013.

Artigo aprovado para publicação em 16 de setembro de 2013.

DOI: 10.11117/1982-4564.06.18



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013. ISSN 1982-4564.

O *amicus curiae* como instrumento de democratização da jurisdição constitucional brasileira

Rafael Dilly Patrus*

Resumo: Atentas ao risco que a judicialização pode representar para a legitimidade democrática, as Leis 9.868 de 10 de novembro e 9.882 de 03 de dezembro, ambas de 1999, consagraram a figura do *amicus curiae*, ou amigo da corte. Trata-se de instituto de longa tradição no direito estadunidense, o qual engendra a abertura do procedimento à interferência de atores sociais, por meio da apresentação de memoriais técnicos e opiniões jurídicas que visem ao aperfeiçoamento do provimento jurisdicional. Dada a importância das decisões proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a medida, ao possibilitar que o Tribunal decida as causas com pleno conhecimento de suas implicações e repercussões, bem como viabilizar a participação da sociedade na construção de decisões que a afetem diretamente, concretiza o princípio do pluralismo democrático. Partindo, assim, da premissa da exigência de implementação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, o presente trabalho busca examinar a figura do *amicus curiae*, concebendo-o como instrumento de realização da jurisdição constitucional no Brasil e ferramenta indispensável para o seu exercício adequado.

Palavras-chave: *Amicus curiae*. Jurisdição constitucional. Leis 9.868 e 9.882 de 1999. Contraditório material. Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Abstract: Mindful of the risk that judicialization can pose to democratic legitimacy, the Brazilian Acts 9868 and 9882 of 1999 consecrated the intervention of the *amici curiae*, also known as friends of the court. It consists on a tool of long tradition in North-American law, which engenders the opening of judicial procedure to the interference of social agents, through the presentation of technical memorials and legal opinions aimed at improving the jurisdictional provision. Given the impact of judicial review, the measure implements the principle of democratic pluralism, since it allows the Court to act with full knowledge of the implications and repercussions of its decisions, and facilitates the participation of society in the construction of provisions that will directly affect it. Premised, therefore, on the need for implementing an open society of constitutional interpreters, this paper seeks to examine the figure of *amicus curiae*, interpreting it as an important tool for the realization of constitutional jurisdiction in Brazil.

Keywords: *Amicus curiae*. Constitutional jurisdiction. Brazilian Acts 9.868 and 9.882 of 1999. Procedural participation. Open society of constitutional interpreters.

* Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado.

1. Introdução

É inegável o papel ativo que o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando, nos últimos anos, na vida institucional do país. A posição de destaque que a Corte tem assumido na tomada de decisões de alta relevância política, na implementação de políticas públicas e na deliberação acerca de questões de importância moral e social não deixa de gerar perplexidade, exigindo uma análise acurada.¹

A judicialização da agenda política brasileira deve-se principalmente: à democratização, com o fortalecimento das garantias da magistratura e da atuação do Ministério Público além da esfera penal; à constitucionalização abrangente, o que trouxe para o texto da Constituição matérias usualmente legadas à competência do legislador infraconstitucional;² e à riqueza do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual combina aspectos e procedimentos próprios aos modelos estadunidense e continental europeu.³ O fenômeno, mormente no âmbito da jurisdição constitucional, implica a transferência de grande poder para juízes e tribunais, importando em alterações na estruturação da autonomia pública, no uso da linguagem para as escolhas políticas e nas formas de participação da sociedade.⁴ No lugar do Congresso Nacional e do Poder Executivo, que são as instituições políticas clássicas, é no seio do Poder Judiciário que se encontra hoje o cerne decisório a respeito de questões como biossegurança, nepotismo, liberdade de imprensa e união homoafetiva.

Sem negar a importância da atuação hodierna da Justiça brasileira, é preciso considerar com cuidado o risco que a judicialização pode representar para a legitimidade democrática. É certo que a Constituição de 1988, além de assegurar a soberania popular, a vontade da maioria e a alternância do poder, cumpre também a função de proteger os direitos fundamentais, seara em que o Judiciário exerce papel de importância. Todavia, a jurisdição constitucional deve ser bem exercida, de forma a funcionar como um fórum de princípios⁵ e

¹ De toda forma, o fenômeno da judicialização não é exclusividade brasileira. *Cfr.* em HIRSCHL (2008, p. 124-125).

² Segundo o Prof. Luís Roberto Barroso, “a Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador” (2009, p. 3).

³ Historicamente organizados no encontro de influências múltiplas, os Estados latino-americanos, nos dizeres do Prof. Francisco Fernández Segado (2005, p. 39), constituem um verdadeiro “laboratório constitucional” no que tange a técnicas de controle de constitucionalidade.

⁴ DAHL, 1957, p. 279.

⁵ DWORKIN, 1985.

de razão pública⁶, sem desconsiderar a participação da sociedade na tomada de decisões políticas relevantes.

Atentas a tal questão, as Leis 9.868 de 10 de novembro e 9.882 de 03 de dezembro, ambas de 1999, consagraram⁷ a figura do *amicus curiae*, ou amigo da corte. Conquanto proscrevam a intervenção de terceiros no trâmite da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), os diplomas permitem a participação de órgãos e entidades interessados no processo. Trata-se de instituto de longa tradição no direito estadunidense, o qual engendra a abertura do procedimento à interferência de atores sociais, por meio da apresentação de memoriais técnicos e opiniões jurídicas que visem ao aperfeiçoamento do provimento jurisdicional.⁸ Dada a importância das decisões proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a medida, ao possibilitar que o Tribunal decida as causas com pleno conhecimento de suas implicações e repercussões, bem como viabilizar a participação da sociedade na construção de decisões que a afetem diretamente, concretiza o princípio do pluralismo democrático.⁹

É nesse sentido que se pode afirmar que a intervenção do *amicus curiae*

qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.¹⁰

⁶ RAWLS, 2005.

⁷ Usa-se o verbo “consagrar”, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, antes da edição das referidas Leis, já admitia, ainda que de forma incipiente, a participação de *amici curiae* em processos de controle concentrado de constitucionalidade. Um exemplo é o da ADI n. 748, em que o plenário da Corte, por unanimidade de votos, confirmou decisão monocrática do Min. Celso de Mello e permitiu a manutenção nos autos de memorial elaborado por colaborador informal.

⁸ MENDES, 2009, p. 5.

⁹ FERRAZ, 2008, p. 67.

¹⁰ STF, ADI 3.921, D.J. 31/10/2007.

Frente à relevância do instituto para a ordem constitucional e a democracia, bem como à sua expressiva utilização em importantes causas em trâmite recente perante a jurisdição constitucional,¹¹ o presente artigo propõe analisar o instituto do *amicus curiae*, concebendo-o como instrumento de realização democrática, agente do contraditório material, ferramenta necessária ao exercício adequado da Justiça e à implementação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. A sua atual configuração no Direito brasileiro abre margem para uma série de debates, a maioria deles com significativas repercussões práticas.¹²

A Proposta de Emenda Constitucional nº 33, motor da última onda de debate a respeito da atuação do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal na interpretação e aplicação da Constituição da República, fomenta entre nós uma oportunidade singular. A oportunidade de rever o controle jurisdicional de constitucional das leis – não para submeter o Judiciário à última palavra do Legislativo, mas para reavaliar os mecanismos que permitem o bom exercício da jurisdição constitucional. É tempo de construir.

2. A nova jurisdição constitucional brasileira

2.1. A Constituição de 1988 e a judicialização da agenda política no Brasil

O problema relativo ao avanço da jurisdição sobre o espaço da política majoritária é comumente designado como judicialização da política. Embora de aparência unitária, a expressão assinala uma profusão de fenômenos, como a intervenção judiciária na formulação das políticas públicas, a revisão de textos legais por meio das diversas e distintas ferramentas de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos, a propositura de demandas judiciais visando à tutela de direitos sociais e econômicos, entre outros.¹³

No constitucionalismo contemporâneo, é inquestionável a fluidez entre o direito e a política – conjuntura propícia à emergência das cortes como fóruns de implementação de políticas públicas e efetivação da justiça distributiva. Porém, a transferência das prerrogativas decisórias fundamentais do parlamento e do Poder Executivo para o Judiciário não deixa de

¹¹ É crescente a expressividade da figura do *amicus curiae* na prática processual constitucional do país. É de se destacar, a título de exemplo, o julgamento concernente ao reconhecimento da união homoafetiva, no qual trinta e três especialistas e entidades civis intervieram como amigos da corte.

¹² Embora não seja este o objeto do presente estudo, por razões de delimitação da análise proposta, o artigo enumera, ao final, as questões práticas mais relevantes e controversas, as quais, a despeito de supostos posicionamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, ainda exigem um debate profundo e pormenorizado no cenário doutrinário (e também fora dele).

¹³ VERÍSSIMO, 2006, p. 24.

importar em um desencontro de paradigmas institucionais. Isso porque, em um regime democrático, os processos de tomada de decisão são baseados no princípio da maioria e em um debate público e aberto entre iguais, apesar de não ser este, evidentemente, o modo de decidir dos tribunais.¹⁴

Para a teoria política, as cortes desempenham a função de preservar os cidadãos frente às ingerências e aos abusos estatais, ao passo que aos parlamentos incumbe definir direitos e deveres. Segundo Tobjörn Vallinder, a judicialização da política implica “a majoração do primeiro princípio sobre o segundo”.¹⁵ Nesse processo, é inequívoco que o avanço da jurisdição constitucional sobre a seara das políticas públicas, marcante em todo o mundo ocidental após a Segunda Guerra Mundial,¹⁶ trouxe e ainda traz inúmeras consequências para o aparato clássico da separação dos poderes. Uma delas é a expansão do discurso jurídico, o que acabou por alterar profundamente a maneira de se pensar e de se debater a política.¹⁷

No Brasil, o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e atuante e um sentimento disseminado de desilusão quanto aos trâmites e à efetividade do sistema da política majoritária levaram à ascensão institucional de cortes e juízes. Com a democratização do Estado brasileiro, principalmente em seguida ao advento da ordem constitucional de 1988 – em que também se verifica uma ampliação do âmbito de atuação do Ministério Público para além da seara penal –, a transposição, por parte dos magistrados, de alguns dos limites tradicionais do espaço da política majoritária foi algo quase natural.

Na experiência pátria, o fenômeno da judicialização assumiu proporções imensas, inicialmente em função da constitucionalização abrangente e analítica. Removendo determinado tema da pauta do debate político, ao revesti-lo de um couraçado constitucional, o constituinte acabou trazendo-o para “o universo das pretensões judicializáveis”.¹⁸ Essa

¹⁴ O professor Tobjörn Vallinder desenha quadro em que expõe as principais diferenças entre o modo de produção de decisões pelos órgãos políticos (Legislativo e Executivo) e o Poder Judiciário, levando em conta os atores envolvidos, os métodos de trabalho, as regras básicas do processo decisório, os resultados e suas implicações. *Cfr.* em TATE e VALLINDER (1995, p. 16).

¹⁵ TATE/VALLINDER, 1995, p. 15.

¹⁶ De acordo com o professor BARROSO, o fenômeno alcançou “até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade” (2010, p. 4).

¹⁷ Na Europa, em que se verificam inúmeras críticas doutrinárias a um possível “governo de juízes”, o problema da crise da separação de poderes foi e ainda é latente e amplamente debatido. *Cfr.* em STONE-SWEET (2000, p. 35-36 e 130).

¹⁸ Barroso, 2010, p. 5.

situação, por óbvio, amplia o campo de possibilidades da atuação jurisdicional. Acrescente-se a isso a profunda remodelação, operada também a partir da Constituição de 1988, do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil. O que se verifica hoje é uma profusão de meios e vias para a realização da fiscalização da compatibilidade dos atos em face do sistema constitucional, abrindo-se para o Judiciário um espaço enorme para a revisão do produto das atividades políticas desempenhadas pelo Legislativo e pelo Executivo.

Diante de tal realidade, a maioria das questões de relevância social, política ou moral têm sido postas em sede de discussão judicial, com especial destaque para aquelas debatidas perante o Supremo Tribunal Federal. São exemplos de assuntos destacados que foram judicializados: a instituição da contribuição de inativos na reforma da previdência (ADI 3105), a criação do Conselho Nacional de Justiça na reforma do Judiciário (ADI 3367), a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510), a implementação do direito fundamental de liberdade de expressão em face da criminalização constitucional do racismo (HC 82424: caso *Ellwanger*), a interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54), a restrição ao uso de algemas (HC 91952 e súmula vinculante nº 11), a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388), a legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330), a vedação ao nepotismo (ADC 12 e súmula vinculante nº 13), a não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130), a recepção da Lei de Anistia (ADPF 153), entre outros.¹⁹

Em face disso, é inevitável reconhecer que, no atual contexto do Estado brasileiro, a jurisdição constitucional desempenha papel de especial destaque. Basta prestar atenção às conversas nas ruas ou abrir os diários, as revistas e os periódicos eletrônicos para ver sobressaídas as notícias relativas às decisões judiciais e estampados os rostos de ministros, desembargadores e juízes. O Supremo Tribunal Federal, mormente em seguida à comoção decorrente do julgamento da ação penal 470 (caso *mensalão*), não escapa de uma única edição dos principais jornais do país. Ocorre que, na aplicação da Constituição,²⁰ os julgadores têm muitas vezes derrubado ou reformulado decisões políticas gestadas nos meios político-

¹⁹ A lista exemplificativa dos temas foi organizada por Luís Roberto Barroso. *Cfr.* em BARROSO (2010, p. 5).

²⁰ O professor Barroso pondera que as locuções *jurisdição constitucional* e *controle de constitucionalidade* não são sinônimas. Para o renomado constitucionalista, a jurisdição constitucional “designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação pode ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional” (2011, p. 25).

decisórios tradicionais, que são, como cediço e já colocado, o Legislativo e o Executivo. Isso, obviamente, não deixa de causar certa perplexidade, remetendo-nos à problemática da legitimidade democrática dos Tribunais Constitucionais no marco do Estado de Direito. Esse problema e seus desdobramentos serão examinados a seguir.

2.2 *Jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*

Nos sistemas que adotam o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, os conflitos de cunho constitucional não se resolvem, em última instância, por deliberação da maioria, mas pela palavra institucional exarada pelo Judiciário. Para os países que, em diferentes graus e medidas, filiam-se à fiscalização concentrada da compatibilidade dos atos normativos com a Constituição, a tarefa é de incumbência do Tribunal Constitucional, cujas decisões não se submetem a qualquer controle posterior, ainda que democrático. Foi diante de tal conjuntura que Ruy Barbosa deu à Corte Constitucional a alcunha de *juíza de sua própria autoridade*.

Face à descrição formulada, um questionamento se faz absolutamente necessário: qual a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional no marco do Estado de Direito? Para compreender esta indagação e estabelecer as diretrizes para a elaboração de uma possível resposta, é preciso retornar à análise da tensão – apenas aparente, vale frisar²¹ – existente entre o constitucionalismo e a democracia. Nesse contexto, a fim de sustentar a tese de que “não há Estado de Direito sem democracia”²² e vice-versa, há de se remontar à problemática da legitimidade do próprio Direito no paradigma constitucional contemporâneo do Estado democrático de Direito.²³

²¹ Cumpre observar desde logo que a referida dicotomia, assim como outras clássicas (público e privado, igualdade e liberdade, republicanismo e liberalismo), apenas aparentam um certo grau de antagonismo, uma vez que, na verdade, “seus polos, embora efetivamente sejam opostos um ao outro, são também, a um só tempo, constitutivos um do outro, de tal sorte que instauram uma rica, produtiva e permanente tensão” (trecho da apresentação de Menelick de Carvalho Netto ao ensaio *A Identidade do Sujeito Constitucional*, de Michel Rosenfeld).

²² HABERMAS, 1998, p. 61.

²³ Tal debate encontra em Jürgen Habermas, talvez o mais influente pensador da atualidade, seu mais profícuo e destacado expoente. A tese de que o Estado de Direito não se sustenta sem democracia radical foi detalhada pelo autor alemão no capítulo dez da obra *A inclusão do outro*, datada de 1996, mas já havia sido introduzida em 1992, no magistral *Facticidade e Validade: a Teoria do Discurso do Direito e do Estado Democrático de Direito*. Para uma análise completa e precisa das ideias de Habermas a esse respeito, *cfr.* em CATTONI DE OLIVEIRA (2012, p. 58-86).

Sabe-se que, a despeito de carecer de definição canônica, o constitucionalismo contemporâneo faz menção a um método específico de exercício do poder. Trata-se, portanto, de uma teoria normativa da política,²⁴ calcada, em linhas gerais, nas exigências do governo limitado e da proteção dos direitos fundamentais. Esse quadro, a princípio, encontra resistência no esquema de manifestações políticas das vontades populares, porquanto o limita em sua própria essência.²⁵ O que se percebe, assim, é que a própria concepção do Estado democrático de Direito refere-se à síntese de duas noções aparentemente antagônicas: a democracia, edificada sobre a fundação da soberania do povo e a vontade da maioria, e a exigência constitucional da juridicização do poder e do respeito a um cabedal de direitos.²⁶

Uma das mais interessantes e pertinentes metáforas já concebidas para a descrição da relação entre a democracia e o constitucionalismo, isto é, entre a autodeterminação e a autolimitação populares, ou a autonomia pública e a autonomia privada, foi apresentada pelo pensador sueco Jon Elster, em seu célebre *Ulysses and the Sirens*, de 1979. Na obra, faz-se menção ao livro XII da *Odisséia* de Homero, em que Ulisses, diante da advertência de Cirnê, ordena que o atem ao mastro de seu barco, amarrando seus braços e suas pernas, para que permaneça preso ao longo da passagem pelo largo dos rochedos e não sucumba ao canto cruel e sedutor das sereias. O autor conclui, a partir do relato, que com o povo – entendido aqui como instância plural de legitimidade – ocorre a mesma coisa: só amarrada a um esquema rígido de limitação do poder estatal e de afirmação dos direitos fundamentais é que a sociedade aberta de intérpretes da Constituição consegue resistir à tentação das sereias nas passagens mais turbulentas da viagem pelo mar. Como a dita autolimitação deriva da própria vontade popular, de seu interesse primeiro e maior, sua efetivação representa o mais puro exercício de autodeterminação.

Para Habermas, o Direito contemporâneo, que é positivo e, por conseguinte, histórico, contingente, mutável e coercitivo,²⁷ exige, em sua gênese, um princípio de legitimação distinto daquele presente nos paradigmas liberal burguês e social de Estado e Constituição, de forma a garantir a liberdade e a autonomia de todos os sujeitos de direito.

²⁴ CANOTILHO, 2009, p. 51.

²⁵ Há de se ressaltar que a percepção da tensão existente entre os poderes constituídos e a esfera pública e a sua problematização no campo político-institucional constituem desafios revestidos de grande atualidade. E, diferentemente do que se pode imaginar inicialmente, não se trata de um embate puramente teórico-construtivo (PALOMBELLA, 2000, p. 5).

²⁶ BINENBOJM, 2010, p. 47-48.

²⁷ HABERMAS, 2002, p. 286.

Nesse sentido, a partir de uma relação conceitual interna entre Direito e democracia, o fundamento de legitimidade da ordem jurídica reside em uma Constituição que consiga mediar e ao mesmo tempo garantir, de forma equânime, a preservação da autonomia pública (agentes como autores do Direito) e da autonomia privada (agentes como destinatários do Direito).²⁸

É nesse contexto dicotômico que a jurisdição constitucional presta-se não apenas como garantidora da Constituição, do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, mas também da própria democracia. É o que elucida o Professor Binjenbojm:

Conforme a tese de Habermas, (...) o procedimento democrático tem como limite deliberativo as suas próprias condições de existência, consubstanciadas nos direitos fundamentais. Sua teoria pressupõe, assim, uma justificação procedimental – e não metafísica – dos direitos fundamentais, que passam a ser compreendidos como condições viabilizadoras da participação dos cidadãos na formação do consenso democrático. Atuando como guardião de direitos fundamentais assim compreendidos contra maiorias legislativas ocasionais, o Tribunal Constitucional se erige, simultaneamente, como guardião da própria democracia.²⁹

Entretanto, a materialização da jurisdição constitucional como instância de afirmação e garantia da autonomia pública dos indivíduos reclama a institucionalização de alguns instrumentos de realização. Gilmar Mendes pondera, em referência ao “risco democrático” proveniente da atuação jurisdicional na seara da Constituição, que

as decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado.³⁰

²⁸ O Professor CATTONI DE OLIVEIRA trabalha a ideia, com arrimo na teoria de Habermas, de que o processo legislativo democrático deve ser suficiente para atender tal exigência. Nesse interim, afirma que “na própria validade jurídica, a facticidade da imposição do Direito por via estatal entrelaça-se com a força legitimadora de um processo legislativo que pretende ser racional, justamente, por fundamentar a liberdade” (2012, p. 61).

²⁹ BINENBOJM, 2010, p. 54.

³⁰ MENDES, 1998, p. 463.

A conclusão a que se chega é que a jurisdição constitucional, conquanto arrimada no fundamento da garantia do Estado de Direito, da preservação do cabedal de direitos e da afirmação da democracia, precisa ser bem exercida, de modo a viabilizar a participação da sociedade e, assim, garantir a plenipotencialização contínua de um espaço aberto de debate público. Nessa linha de ideias, o *amicus curiae* é, quer-se crer, instrumento de realização da jurisdição constitucional e ferramenta indispensável para o seu exercício adequado.

2.3 O estatuto processual constitucional brasileiro: as Leis 9.868 e 9.882/99

Neste ponto, impende analisar, de forma sintética, o desenvolvimento histórico do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, até a formação do estatuto processual constitucional atual, que se deu com a edição das Leis 9.868 e 9.882/99.³¹

O modelo brasileiro de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos sofreu diversas alterações ao longo dos últimos duzentos anos. Durante o período monárquico, sob a égide da Constituição de 1824, incumbia à própria Assembleia Nacional sustar os atos normativos em dissonância com os ditames constitucionais, podendo o Poder Moderador (poder de monitoramento dos demais poderes, cuja titularidade era do próprio Imperador) deixar de aplicar alguma lei caso entendesse que a norma não se afigurava compatível com a Constituição.³²

Em seguida à proclamação da República, com a edição da Constituição republicana em 1891,³³ cujo autor intelectual foi Ruy Barbosa, adepto ferrenho do modelo norte-americano, adotou-se o aparelho do *judicial review of legislation*, aos moldes do sistema consagrado em *Marbury vs. Madison* e desenvolvido ao longo de mais de cem anos de atuação jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos.³⁴ Implementou-se, assim, o

³¹ Para um estudo do controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, *cf.* em CAPPELLETTI (1999).

³² Para uma análise do deslocamento da figura do guardião da Constituição do Poder Moderador para o Supremo Tribunal Federal, com questionamentos quanto a eventuais mudanças na relação entre direito e política, ver o brilhante ensaio da professora Maria Fernanda Salcedo Repolês, *Quem deve ser o guardião da Constituição? Do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal* (2008).

³³ Ver artigos 159 e 160 da Constituição de 1891.

³⁴ No julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte estadunidense reputou inconstitucional disposição do *Judiciary Act of 1789* que ampliava o rol de competências do Tribunal para além do previsto no Artigo III da Constituição de 1787. O evento foi marcado pela genialidade do juiz John Marshall, que, segundo Ronaldo Poletti, “foi original na lógica imbatível de sua decisão, não porém quanto à substância da idéia” (1998, p. 25). Isso porque a noção do controle de constitucionalidade já se encontrava inserta no *Federalista*, embora só com *Marbury vs. Madison* ela tenha ganho repercussão nacional e internacional. Para um apanhado histórico do

controle difuso de constitucionalidade – que é aquele exercido por todo e qualquer órgão jurisdicional, nos limites do território nacional.

O primeiro instrumento de controle concentrado foi introduzido com a edição da emenda constitucional nº 16 de 1965, durante a vigência da Constituição de 1946, mas já em seguida ao golpe de 1964, isto é, sob o regime militar. Foi por meio dela que se instituiu a ação genérica de inconstitucionalidade, previsão a partir da qual o STF passou a ser competente para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação ofertada pelo Procurador Geral da República. “Introduziu-se, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal” (Barroso, 2011: 86). O controle difuso foi mantido, inaugurando-se um novo modelo de fiscalização da constitucionalidade, de natureza mista.³⁵

Posteriormente, com a promulgação da Constituição de 1988, o modelo de fiscalização constitucional brasileiro foi nova e profundamente reformulado. Mantiveram-se as ferramentas já existentes: a representação para intervenção (artigos 34 a 36), a atuação do Senado Federal (art. 52, inciso X) e a ADI genérica (art. 102, I, a, primeira parte). Já no texto originário, todavia, conceberam-se inúmeras inovações: a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ADI genérica (art. 103), a instituição da ADI por omissão e da ADPF (art. 102, §1º), bem como a possibilidade de controle concentrado em âmbito estadual (art. 125, §2º), realizado pelos Tribunais de Justiça e tendo-se como parâmetro a Constituição do Estado. Em seguida, com a edição das várias emendas, novos mecanismos foram introduzidos ao sistema: a ADC (art. 102, I, a, segunda parte, com a redação dada pela EC nº 03/1993), a cláusula de repercussão geral e a súmula vinculante (instrumentos concebidos pela EC nº

surgimento do sistema do surgimento do *judicial review* nos Estados Unidos, cf. em BINENBOJM (2010, p. 25-35).

³⁵ Curioso perceber que a introdução da representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa só se fez possível mediante o estabelecimento de um rito diferenciado para a reforma constitucional, com a redução de quóruns prevista no Ato Institucional nº 2. Isso não deixa de ser irônico, porquanto a ferramenta de fiscalização abstrata da compatibilidade das leis com a Constituição, aparelhagem própria de um sistema de proteção dos direitos fundamentais, só pôde ser instituída por meio da introdução de um procedimento simplificado para a mudança constitucional. Sobre a inovação da emenda nº 16, o professor Leonardo Barbosa pondera que não se duvida “que uma jurisdição constitucional exercida por meio do controle abstrato pode representar um ganho do ponto de vista da proteção dos direitos fundamentais. Mas, em um contexto no qual a independência do Poder Judiciário estava em xeque, era provável que ela gerasse desconfiança pelos evidentes riscos de abuso” (2012, p. 89). Isso só corrobora a tese de que o Tribunal Constitucional não representa por si só uma garantia de preservação da democracia e do Estado de Direito; pelo contrário, é a jurisdição constitucional bem exercida, com a participação da sociedade, que promove a efetivação e a proteção da Constituição.

45/2004, que também previu a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ADC), entre outros.

Contudo, foi por meio da edição das Leis 9.868 de 10 de novembro e 9.882 de 03 de dezembro, ambas de 1999, que o estatuto processual constitucional brasileiro foi definitivamente estruturado. Tais diplomas, os quais disciplinam, respectivamente, o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (Lei 9.868) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei 9.882),³⁶ vieram demarcar as possibilidades e os limites da fiscalização abstrata da constitucionalidade no país.³⁷

Embora tratem dos ritos para o processamento e a prolação de decisão na ADI, ADC e ADPF, as referidas Leis não se restringem à disciplina processual.³⁸ Destinadas a regulamentar a fiscalização abstrata da compatibilidade das leis com a Constituição, elas são responsáveis pela promoção de importantes modificações no perfil do sistema, tais como a ampliação do leque de situações que podem ser objeto de controle, no caso da Lei 9.882, e a consagração da figura do *amicus curiae*, instrumento de democratização da jurisdição constitucional, no que concerne à Lei 9.868. Vale frisar que essa fiscalização se dá por meio de um processo objetivo, o qual, segundo o Supremo Tribunal Federal, visa “à tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações de caráter individual, sendo a Corte investida numa competência de exclusão, consistente na remoção da manifestação estatal inválida do ordenamento jurídico (...)”.³⁹ Dadas as peculiaridades das relações processuais objetivas, portanto, inequívoca é a autonomia do direito processual constitucional, donde ressaem a relevância, a unicidade e a exigência de um estatuto jurídico que lhe seja próprio.

Especificamente com relação ao *amicus*, figura sobre a qual nos debruçaremos nos tópicos seguintes, vale registrar o que preveem o *caput* e o §2º do art. 7º da Lei 9.868:

³⁶ No tocante à Lei 9.882, a sua edição significou a própria viabilização do manejo da ADPF no Brasil, haja vista que o Supremo Tribunal Federal, durante mais de onze anos, desde 1988, entendeu que o art. 102, §1º da Constituição consistia em norma de eficácia limitada e efeitos diferidos ao advento de lei regulamentadora (STF, AGRAG 145860, D.J. 12/03/1993).

³⁷ Para um exame detalhado das principais inovações trazidas pelas Leis 9.868 e 9.882, *cfr.* em MENDES (2009) e em BINENBOJM (2010, p. 139-256).

³⁸ BINENBOJM, 2010, p. 140.

³⁹ STF, RTJ nº 131/1001 e 146/461.

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

(...)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Vê-se que, apesar de proscrever a intervenção de terceiros nos processos objetivos de controle concentrado de constitucionalidade, a Lei permite a intervenção de órgãos e entidades, de forma a que contribuam para a prolação, por parte do Supremo Tribunal Federal, de decisão a respeito das questões constitucionais com pleno conhecimento das suas implicações e repercussões.⁴⁰ Como se explanará mais adiante, trata-se de novidade de excelente inspiração, destinada a pluralizar o debate constitucional, mediante a atuação do amigo da corte “como partícipe ativo da *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*”.⁴¹

3. O *amicus curiae* como instrumento de democratização da jurisdição constitucional no Brasil

3.1 Origens do amicus curiae e sua inserção no Direito Brasileiro

Para a maioria dos autores, o *amicus curiae* encontra sua origem mais remota no direito romano, embora com formato bastante distinto do atual.⁴² Contudo, em razão das particularidades do *consilium* em Roma, há muitos juristas que, na contramão da corrente majoritária, negam a sua procedência romana, afirmando tratar-se de instituto essencialmente anglo-saxão.⁴³ De toda forma, resta incontroverso entre os estudiosos do amigo da corte que seu tratamento sistemático, com o delineamento do contorno assumido pela figura modernamente, se deu no direito inglês.⁴⁴

Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá chama a atenção para a menção feita ao *amicus* nos chamados *Year Books*, que eram verdadeiros compêndios de direito na Inglaterra

⁴⁰ MÁRTIRES COELHO, 1998, p. 132.

⁴¹ BINENBOJM, 2010, p. 163.

⁴² DEL PRÁ, 2007, p. 25-26 e BUENO, 2008, p. 87-90.

⁴³ COVEY JR., 1959, p. 34.

⁴⁴ AGUIAR, 2005, p. 11 e BUENO, 2008, p. 90.

medieval, noticiando um caso ocorrido durante o Reinado de Henrique VI, no qual, em litígio envolvendo a definição de determinado débito e a condenação do devedor, o tribunal admitiu a participação de um especialista para corrigir erros no cálculo do montante devido.⁴⁵ Cássio Scarpinella Bueno, outrossim, relata a interessante intervenção de *Sir George Treby* em caso datado de 1686, ocasião em que o nobre manifestou seu interesse de participar de julgamento como *amicus curiae*, com vistas a instruir a corte a respeito dos detalhes das alterações promovidas em determinada lei, considerando que, como tinha acompanhado de perto o processo legislativo relativo às mudanças ocorridas, poderia expressar com acuidade as intenções do Parlamento. Em regime profundamente marcado pela supremacia do Legislativo, o tribunal, temeroso do cometimento de equívocos em suas decisões, admitiu o *amicus*.⁴⁶

Atuando como mero colaborador do juízo, porém, o amigo da corte à época do medievo inglês limitava-se a exercer função estritamente informativa, principalmente quanto à exposição de precedentes desconhecidos aos juízes sentenciantes (*shepardizing*). Vale destacar que, não obstante a prática forense, não havia qualquer regulamentação legal autorizando as intervenções, de forma que cabia ao controle discricionário das cortes a admissão ou a inadmissão das participações.⁴⁷ Nesse contexto, em um sistema como o *common law* inglês, acabou-se dando grande destaque aos amigos da corte, especialmente porque contribuíam para a fiscalização de demandas fraudulentas e marcadas por intentos ilegítimos.⁴⁸

Isso teve principalmente que ver com a prevalência de processos eminentemente adversariais (*adversary system*), traço marcante do modelo processual anglo-saxão. Em tal sistema, verifica-se

primazia reconhecida às partes não só na iniciativa de instaurar o processo e de fixar-lhe o objeto – traço comum à generalidade dos sistemas jurídicos ocidentais –, senão também na determinação da

⁴⁵ DEL PRÁ, 2007, p. 25.

⁴⁶ BUENO, 2008, p. 91.

⁴⁷ Segundo Samuel Krislov, a admissão da intervenção do *amicus curiae* nos tribunais ingleses “has always been a matter of grace rather than right” (1963, p. 695). Para muitos, foi exatamente em razão da ausência de um regramento específico – e conseqüentemente limitador – do *amicus* que se permitiu, ao longo do tempo, o desenvolvimento do instituto. Foi, destarte, em razão de a matéria restar legada ao campo de discricionarieidade das cortes que se possibilitou uma construção jurisprudencial evolutiva da figura, gradualmente adaptada a cada caso concreto.

⁴⁸ DEL PRÁ, 2007, p. 26-27.

marcha do feito (e do respectivo ritmo) em suas etapas iniciais, e na colheita das provas em que se há de fundar o julgamento da causa.⁴⁹

O *amicus curiae*, nesse ínterim, comparecia em juízo para alertar o Judiciário das intenções colusivas das partes, visando a evitar o processamento de causas leoninas e a auxiliar as cortes na conclusão de um bom provimento jurisdicional. Foi nessa conjuntura que os amigos da corte abandonaram gradualmente sua neutralidade processual, passando a atuar como curadores de interesses de terceiros potencialmente afetados pela decisão judicial. O mais importante, porém, é perceber que, no contexto descrito, a figura ganhou enorme relevância “para a própria administração da justiça”.⁵⁰

A tradição inglesa do *amicus* espalhou-se por vários países filiados ao sistema do *common law*, com realce no ordenamento dos Estados Unidos, “onde alcançou amplo desenvolvimento e especial notoriedade”.⁵¹ Após cruzar o Atlântico, já em terras americanas, o instituto evoluiu de forma profunda, saltando de uma figura tendente à neutralidade para um ator combativo no processo.⁵² A utilização do instrumento por ativistas, autoridades públicas e advogados adquiriu um significado qualificado diante do modelo estadunidense de fiscalização da constitucionalidade das leis. É que, em um sistema de controle difuso destacadamente abalizado pelo princípio do *stare decisis*, o exercício da jurisdição constitucional, mormente no âmbito da Suprema Corte, importa em sentenças com múltiplas repercussões no plano social, moral, político, econômico e jurídico, notadamente em função de tais precedentes, na medida dos casos concretos e com outras muitas atenuações, vincularem os demais órgãos jurisdicionais.

Em seu conciso e excelente *O controle judicial das leis no direito comparado*, Mauro Cappelletti dissecou a ideia do modelo estadunidense:

O resultado final do princípio do vínculo dos precedentes é que, embora também nas cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 159.

⁵⁰ DEL PRÁ, 2007, p. 26.

⁵¹ FERREIRA RAZABONI, 2009, p. 18.

⁵² Mais uma vez, é de Samuel Krislov a frase que melhor descreve a transição evolutiva do *amicus curiae* no direito norte-americano: “shift from neutrality to advocacy” (1963, p. 697).

órgãos jurisdicionais superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada. Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo “on the books”, é tornada “a dead law”, uma lei morta, conquanto pareça que não tenham faltado alguns casos, de resto excepcionalíssimos, de revivescimento de uma tal lei por causa de uma “mudança de rota” daquela Corte.⁵³

Verifica-se, nesses termos, a amplitude da eficácia das decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos ao proceder à fiscalização da compatibilidade das leis com a Constituição, o que dá imensa importância ao julgamento de casos inicialmente particulares e pontuais, mas que, com a força conferida ao precedente criado, agiganta-se, transcendendo suas balizas subjetivas e impondo-se como um parâmetro vinculante de interpretação e aplicação do ordenamento constitucional. Essa conjuntura alçou o *amicus curiae* a um patamar de importância inestimável, porquanto viu nele uma alternativa à pluralização de um debate que, embora de impacto relevantíssimo, restringia-se a demandas de caráter e objeto privados.

O formato contemporâneo do *amicus*, importado por vários países, muitos deles de sistema distante do *common law*, nasceu a partir de uma construção jurisprudencial estadunidense. Nesse ponto, é imperioso mencionar o caso *Müller vs. Oregon*, julgado pela Suprema Corte em 1907, em que o célebre advogado Louis D. Brandeis apresentou ao tribunal um parecer técnico com opiniões médicas, estatísticas sociais e econômicas e um estudo comparativo de legislações estrangeiras. Completamente distinto dos *amici* que o antecederam, o *Brandeis Brief*, como ficou conhecido, centrava-se em argumentos

⁵³ CAPPELLETTI, 1999, p. 80-82.

extrajurídicos ou em questões jurídicas alheias ao ordenamento e à jurisprudência norte-americana.⁵⁴

Desde então, a utilização do *amicus curiae* se expandiu de forma considerável nos Estados Unidos⁵⁵ e no mundo ocidental.⁵⁶ No Brasil, as primeiras expressões do amigo da corte materializaram-se na atuação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nos processos em que se debatem questões relativas ao mercado de capitais (art. 31 da Lei 6.385/76), do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nas causas em que se discute a aplicação da legislação sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica (artigo 89 da Lei 8.884/94) e do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) nos feitos em que se requer a anulação de patente, registro de desenho industrial ou de marca (artigos 57, 118 e 175 da Lei 9.279/96). Como, todavia, a intervenção de tais entidades limitava-se ao auxílio técnico prestado ao julgador, em razão das especificidades das matérias em debate judicial, não se verificou nessas previsões, apesar de sua relevância procedimental, a abertura democrática da discussão havida nas cortes e nos tribunais. É nesse sentido que se

⁵⁴ O caso dizia respeito à constitucionalidade de lei estadual do Oregon que estabelecia jornada máxima de dez horas diárias para mulheres em determinados setores. A Suprema Corte, naquele tempo, já consolidara jurisprudência quanto à incompatibilidade de leis reguladoras de jornada de trabalho com a Constituição, ao entendimento de que consistiam em violação à liberdade contratual. Em *Müller vs. Oregon*, a Corte, sem romper com os precedentes, pronunciou-se no sentido da possibilidade de regulação especial das horas de trabalho para trabalhadoras femininas, por motivos de saúde e em razão das diferenças entre os sexos.

⁵⁵ Nos Estados Unidos, a evolução da figura contou com a atuação cada vez mais recorrente, a partir da década de 1930, de entidades privadas como *amici curiae*. O aumento do número de intervenções foi tão grande que a Suprema Corte editou, em 1938, a *Rule 27*, com vistas a regulamentar o instituto. Ao longo do tempo, com a expansão ainda maior da figura, inclusive para abarcar *amici* governamentais, outras regulamentações foram concebidas, como a *Rule 37 – Brief for an amicus curiae*. De acordo com tal regime, explica Olívia Ferreira Razaboni que a importância atual do *amicus* “reside no fato de que ele pode trazer ao conhecimento da corte novas considerações ou novas questões não suficientemente discutidas pelas partes. Nesse sentido, caso não demonstre que colaborará, de fato, para o enriquecimento da discussão da matéria posta a julgamento, seu requerimento de intervenção não será aceito. Com isso, pretende a corte que o *amicus* seja um efetivo elemento de colaboração na formação do convencimento dos julgadores, bem como um mecanismo hábil a ‘oxigenar’ o processo, evitando-se que venha apenas a comprometer a celeridade processual” (2009, p. 28).

⁵⁶ A figura do *amicus curiae* é consagrada nos sistemas jurídicos de países como o Canadá e a Austrália, de tradição jurídica anglo-saxã, mas também na França, na Itália e na Argentina, em graus e formatos distintos. Quanto aos ordenamentos supranacionais, vale destacar a disposição dos artigos 45.1 e 45.3 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos: “A Corte poderá, em qualquer fase da causa: 1. Instruir-se, *ex officio*, com toda prova que considere útil. De modo particular, poderá ouvir, na qualidade de testemunha, de perito ou por outro título, a qualquer pessoa cujo testemunho, declaração ou opinião considere pertinente. (...) 3. Solicitar a qualquer entidade, escritório, órgão ou autoridade de sua escolha que obtenha informação, que expresse uma opinião ou elabore um relatório ou parecer sobre um determinado item”. Registre-se, ademais, que a doutrina e a jurisprudência tem admitido a intervenção dos amigos da corte perante o órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio.

afirma que há “diferenças substanciais entre essas primeiras manifestações dos *amici curiae* e sua recepção na jurisdição constitucional brasileira”.⁵⁷

A efetiva admissão da participação popular nas esferas jurisdicionais constitucionais de debate no Brasil se deu de forma paulatina. O Supremo Tribunal Federal, na linha democratizante adotada pela Constituição de 1988, chegou a autorizar, em alguns casos, a intervenção de colaboradores informais, como nos exemplos da ADI n. 691, de relatoria do Ministro Octávio Gallotti, e da ADI n. 748, de relatoria do Ministro Celso de Mello.⁵⁸ A jurisprudência do STF, nesse contexto, foi de extrema importância para a inserção do *amicus curiae* no Direito brasileiro, concebido pela Corte Constitucional como um verdadeiro instrumento de realização democrática. Em assim sendo, diz-se que as Leis 9.868 (art. 7º, §2º) e 9.882 (art. 6º, §§ 1º e 2º), seguindo a tendência já instaurada de pluralização das discussões no bojo dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não propriamente inauguraram a aplicação do instituto, mas o consagraram, formalizando sua introdução no ordenamento pátrio.

De toda forma, além de cumprir a importante função de oficializar – e, por consequência, disseminar – a atuação dos *amici curiae* no controle concentrado de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, a Lei 9.868 e a Lei 9.882 trouxeram a formidável inovação de que, ao contrário do caráter de neutralidade técnica de que se revestia a intervenção processual da CVM, do CADE e do INPI, o órgão ou entidade habilitado apresentará também a sua opinião acerca da questão constitucional em julgamento. Como se evidenciará a seguir, o propósito aqui foi claramente o de democratizar a jurisdição constitucional, de forma a implementar o ideal de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

3.2 A democratização do debate nos processos de fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis: o amicus como agente do contraditório e instrumento de realização democrática

O professor Aroldo Plínio Gonçalves, em sua obra *Técnica Processual e Teoria do Processo*, desenvolve a ideia, a partir da contribuição do italiano Elio Fazzalari, de que o

⁵⁷ FERREIRA RAZABONI, 2009, p. 62.

⁵⁸ Nesse último caso, o Min. Celso de Mello referiu-se à entidade interveniente já se utilizando da expressão *amicus curiae*, apesar da ausência de previsão legal nesse sentido, à época da decisão.

processo constitui um procedimento realizado em contraditório entre as partes. A partir da noção de um contraditório material, além da mera bilateralidade formal em audiência, o jurista mineiro reformula a essência conceitual da teoria do processo, de forma a adequá-la às exigências impostas pelo Estado de Direito. Sua linha de raciocínio, outrossim, é no sentido, ainda que indiretamente, da limitação (ou conformação) dos poderes judiciais, porquanto, para o autor, a autoridade do juiz no caso concreto decorre, ao mesmo tempo, da Constituição e da atuação das partes envolvidas no litígio.⁵⁹ Toda essa estrutura se baseia na máxima constitucional de que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (...)” (art. 1º, § único).

No caso específico dos processos objetivos de controle concentrado de constitucionalidade, o professor consigna que “o contraditório ressalta do art. 103 e parágrafos, da Constituição da República (...), sendo que o §3º expressamente determina a prévia citação do Advogado Geral da União (...)” (2012: 101). É preciso, contudo, problematizar esta ideia, uma vez que não nos parece adequado presumir que a atuação do AGU na defesa do ato normativo impugnado constitua providência suficiente para a garantia constitucional-democrática de um contraditório materializado.⁶⁰ A democratização da jurisdição constitucional, no nosso entender, reclama a adoção de medidas concretizadoras da participação da sociedade, como a realização de audiências públicas e a admissão da intervenção dos *amici curiae*.

Ao contribuir para o julgamento com a oferta de sua visão a respeito da questão constitucional posta em análise, o *amicus curiae* promove o alargamento do espaço público de debate, ampliando o universo social de intérpretes da Constituição. Um provimento jurisdicional que leva em conta as variáveis técnicas, as opiniões e os fundamentos diversos trazidos pelos mais pluralizados segmentos da sociedade é um provimento que concretiza a democracia. Permitindo que o tribunal tome conhecimento, sempre que julgar necessário, dos elementos informativos e dos ideários constitucionais daqueles que, conquanto não contemplados no rol de legitimados do art. 103 da Constituição da República, sejam destinatários imediatos ou indiretos da decisão a ser proferida, o art. 7º, §2º da Lei 9.868/99

⁵⁹ GONÇALVES, 2012, p. 87-113.

⁶⁰ Vale destacar que mesmo a intervenção obrigatória do AGU na curadoria da norma reputada inconstitucional é por vezes dispensada, como nos casos sobre cuja questão o STF já tenha se pronunciado no sentido da inconstitucionalidade (ADI 2.101).

viabiliza o alcance de um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações do Supremo Tribunal Federal.⁶¹

A sociedade aberta de intérpretes da Constituição (*offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*) implica uma renovação na forma de se pensar as tarefas, os objetivos e os métodos da hermenêutica constitucional.⁶² A delimitação sistemática das esferas múltiplas de interpretação da Constituição deve levar em conta os participantes do processo interpretativo, cumprindo a uma ordem verdadeiramente democrática considerar tanto as funções estatais (órgãos jurisdicionais, legislativas ou executivos responsáveis por exarar decisão vinculante) e os participantes formais do procedimento (requerente ou recorrente e requerido ou recorrido, bem como os auxiliares do juízo, peritos, terceiros interessados) como a opinião pública democrática e pluralista, incluindo a imprensa e os outros espaços de formação pública de opinião, como as universidades.⁶³ É de se atentar, ademais, para o fato de que a própria interpretação é um processo aberto. Nos dizeres de Peter Häberle:

Qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis. Todavia, essa práxis não é, essencialmente, conformada pelos intérpretes oficiais da Constituição. A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade.⁶⁴

A profusão de intérpretes diretos e indiretos, portanto, é uma realidade inevitável – e até mesmo desejável, sob o ponto de vista de uma democracia como garantia material. Como “são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as esferas pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição”,⁶⁵ o processo de interpretação é relativizado mediante a ampliação do círculo daqueles que dela efetivamente participam. A legitimidade das decisões vinculantes em matéria constitucional depende, por conseguinte, da conjugação de todos esses fatores.

⁶¹ BINENBOJM, 2010, p. 163-164.

⁶² HÄBERLE, 2002, p. 11-18.

⁶³ HÄBERLE, 2002, p. 20-23.

⁶⁴ HÄBERLE, 2002, p. 31.

⁶⁵ HÄBERLE, 2002, p. 41.

Em um sistema judicial que se busca reformular no limiar do século XXI,⁶⁶ a legitimação democrática das sentenças no âmbito da jurisdição constitucional constitui tema de inegável relevância e atualidade.⁶⁷ Daí decorre a importância de se estudar e debater a figura do *amicus curiae*, que se presta, na concretização da participação dos destinatários das decisões constitucionais em seu processo discursivo-interpretativo de elaboração, como agente de um contraditório público, o qual transcende a tutela de interesses jurídicos subjetivos, centrando-se na defesa plural do ordenamento jurídico como um todo.

O Supremo Tribunal Federal reconhece que “a regra inscrita no art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional”,⁶⁸ regra esta que visa, “com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte (...), quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade”.⁶⁹

Não deve haver dúvidas, assim, da caracterização do amigo da corte como ferramenta da implementação de uma sociedade pluralizada e aberta de intérpretes da Constituição. Mais que mera formalidade procedimental, o *amicus* consiste em importante canal de abertura da jurisdição constitucional à participação social. O seu uso difundido e adequado implica, por conseguinte, a afirmação do projeto de Estado democrático de Direito plasmado na Constituição de 1988.

4. Conclusão

A visão teórica aqui apresentada se assenta na percepção de que a intervenção dos *amici curiae* constitui exigência inarredável para a efetivação de um projeto digno, durável e sustentável de Estado democrático de Direito. Como as causas em trâmite perante a jurisdição

⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, 1992, p. 69-75.

⁶⁷ Para uma análise da evolução contemporânea dos métodos de interpretação constitucional, *cfr.* em Barroso (2010, p. 269-306).

⁶⁸ STF, ADI 2.130-3/SC, D.J. 02/02/2001. Neste caso, admitiu-se a intervenção da Associação dos Magistrados Catarinenses – AMC, em ação na qual se debatia a constitucionalidade de resolução administrativa do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

⁶⁹ STF, ADI 2321 MC, D.J. 25/10/2000. Neste caso, autorizou-se a participação, na qualidade de *amici curiae*, de um grupo de empresas que requereram a oportunidade de se manifestar sobre a constitucionalidade de lei do Estado de São Paulo que versava sobre a substituição tributária no ICMS

constitucional traduzem questões de relevância inigualável, e considerando a eficácia⁷⁰ e a repercussão das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, num conjunto de marcada judicialização da vida institucional do país, a concretização de meios que viabilizem a participação da sociedade na elaboração das orientações que a ela serão submetidas é de importância capital. Pensar o *amicus* como instrumento de democratização da jurisdição constitucional e reconstruir seu regime jurídico a partir deste primeiro pensamento são tarefas urgentes para a realização da ordem constitucional e a plenipotencialização da autonomia pública dos indivíduos.

O Professor Gustavo Binimbojm coloca com precisão que “o que não se pode admitir é que a decantada objetividade seja invocada para sustentar a falsa ideia de que a fiscalização abstrata de constitucionalidade se perfaça através de um processo asséptico, meramente formal, desprovido da ideia de lide que é o conflito de interesses. Bem ao contrário, nele confluem os maiores conflitos políticos, sociais e econômicos da nação, compondo um quadro representativo dos fatores reais de poder”.⁷¹

Ora, se é essa a circunstância político-institucional em que nos encontramos inseridos atualmente, com um Judiciário que concentra o núcleo decisório das questões de maior impacto para o país, negligenciar ou comprometer a implementação de vias de abertura do procedimento jurisdicional constitucional aos segmentos da sociedade consiste, antes de tudo, em autoritarismo. Fazer valer a Constituição é, nesses termos, proteger os meios de acesso da sociedade ao espaço de debate público.

Assentada essa premissa – a qual, segundo esperamos, restou devidamente delimitada no presente artigo –, é preciso repensar os problemas atinentes à utilização do *amicus*, porquanto não se pode ignorar a existência de inúmeros aprimoramentos de ordem prática ainda à espera de concretização. Muitas indagações ainda se colocam no caminho que precisamos trilhar em busca de uma efetiva democratização da jurisdição constitucional, e muitos dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre os *amici curiae* reclamam profunda revisão. São exemplos de questionamentos de absoluta pertinência: o relativo ao momento adequado para a participação do *amicus*, do prazo para sua manifestação no processo, bem como dos requisitos para a sua admissão, o que implica examinar a discricionariedade do relator na avaliação da admissibilidade da intervenção; a questão

⁷⁰ Para uma análise a respeito da eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, *cf.* em ZAVASCKI (2001).

⁷¹ BINENBOJM, 2002, p. 157.

relativa aos poderes processuais do interveniente, com ênfase na discussão atinente à possibilidade de realização de sustentação oral e à legitimidade do *amicus curiae* para apresentar recurso em face das decisões proferidas no feito em que intervém; por fim, a possibilidade de intervenção da figura nos processos de controle abstrato de constitucionalidade no âmbito estadual.

Tudo isso merece ser revisto – e há ainda muito o que fazer. Todavia, cruzar os braços, fechar a cara e esfacular a fiscalização jurisdicional da compatibilidade das leis com a Constituição não são, no nosso entender, as respostas adequadas. Não podemos conceber o controle de constitucionalidade, como faz a Proposta de Emenda Constitucional nº 33, “como disputa pela soberania legislativa”, e sim “como questão jurisdicional de garantia da Constituição”.⁷² Nesses termos, o que a sociedade e as instituições nos exigem hoje é uma abordagem necessariamente construtiva, porque o nosso projeto constitucional é um que se lança para o futuro e o avanço, vedando o retrocesso.

Parece-nos que a solução do problema da judicialização – que existe, não se pode negar – se inicia com a abertura da jurisdição constitucional à participação da sociedade. Isso reclama a devida delimitação do *amicus curiae*, exigindo dos estudiosos e operadores do Direito uma reflexão cuidadosa, de forma a possibilitar que das linhas gerais do texto legal e da jurisprudência ainda incipiente se extraiam os elementos necessários para que se lance mão do instituto de forma adequada. Não há mais espaço para falácias como a PEC nº 33; o tempo, frise-se, é de construir.

Referências bibliográficas

AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: Juspodium, 2005.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A Justiça no limiar de novo século”. *Revista Forense* v. 319, 1992, p. 69-75.

⁷² CATTONI DE OLIVEIRA/BAHIA/NUNES, 2013.

_____. “Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos”. *Revista Forense* v. 344, 1998, p. 95-110.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. “A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei 9.868/99”. In: Sarmento, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 139-164.

_____. *A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro – um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

_____; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. “PEC 33 – controle de constitucionalidade é judicial, não político”. *Consultor Jurídico (Online)* v. 30/04/13.

COVEY JUNIOR, Frank M. “*Amicus curiae*: friend of the Court”. *De Paul Law Review* v. IX, 1959, p. 30-37.

DAHL, Robert A. “Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker”. *Journal of Public Law* v. 6, 1957, p. 128-151.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Boston: Harvard University Press, 1985.

ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Del control político al control jurisdiccional – evolución y aportes a la Justicia Constitucional en América Latina*. Bologna: Center for Constitutional Studies and Democratic Development, 2005.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada”. *Revista Mestrado em Direito* n. 1, 2008, p. 73-91.

FERREIRA RAZABONI, Olívia. *Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Facticidad y validez: sobre el Estado democrático de derecho en términos de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 1998.

HIRSCHL, Ran. “The judicialization of politics”. In: Whittington, Kelemen and Caldeira (orgs.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 698-724.

MÁRTIRES COELHO, Inocência. “As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo* n. 211, 1998, p. 125-134.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. “Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9868/99 e 9882/99”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado* n. 19, 2011.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da Constituição? Do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

STONE-SWEET, Alec. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TATE, C. Neal e VALLINDER, Tobjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: o Processo Judicial no Pós-1988*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Artigo recebido em 08 de julho de 2013.

Artigo aprovado para publicação em 01 de outubro de 2013.

DOI: 10.11117/1982-4564.06.19



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 6, no. 2, out./2013. ISSN 1982-4564.

Divulgação da remuneração ou subsídio do agente público na internet: análise da Lei de Acesso à Informação (LAI) à luz dos princípios da publicidade e transparência

*Carlos Odon Lopes da Rocha**

Resumo: Tendo-se em vista a crescente popularização do acesso às informações constantes da Internet, o presente artigo busca demonstrar a constitucionalidade da Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011), ressaltando que a divulgação da remuneração ou subsídio dos agentes públicos na rede mundial de computadores não põe em risco a segurança pessoal ou familiar do servidor. De igual modo, não se trata de uso indevido do nome do agente público ou de abuso da mídia. Por fim, a disponibilização da remuneração ou subsídio do servidor público ou do agente político não caracteriza ofensa ao direito fundamental à vida privada e à intimidade, por se tratar de informação pública, e não particular. A Lei n.º 12.527/2011 visa dar concretude aos princípios republicanos da publicidade, transparência e acesso à informação de dados públicos.

Palavras-chave: Democracia. Remuneração. Subsídio. Divulgação. Internet. Publicidade. Transparência. Segurança. Nome. Mídia. Liberdade. Vida privada. Informação.

Abstract: Considering the growing popularization of access to information in the Internet, this article seeks to demonstrate the constitutionality of the law on access to information (Law n.º 12.527/2011), emphasizing that the disclosure of remuneration or allowance of public workers in the world wide web doesn't endanger the personal safety or family of the worker. Similarly, this isn't a misuse of the name of the public official or abuse of the media. Finally, the provision of remuneration or allowance of public servants or political agent doesn't constitute any violation of the fundamental right to privacy and intimacy, because it is public information, not private. The Law n.º 12.527/2011 aims to give concreteness to the republican principles of publicity, transparency and access to information of public data.

Keywords: Democracy. Remuneration. Allowance. Disclosure. Internet. Advertising. Transparency. Security. Name. Media. Freedom. Privacy. Information.

* Procurador do Distrito Federal. Advogado. Pós-graduado em Direito Público pelo IDP. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera. Mestrando em Direito Constitucional pelo IDP

1. Introdução

Com a edição da Lei n.º 12.527/2011, vulgarmente conhecida como *Lei de Acesso à Informação* (LAI), houve uma intensa controvérsia no universo jurídico brasileiro no que diz respeito à suposta suplantação do direito fundamental à intimidade, especialmente diante da divulgação, vinculada ao respectivo nome, das remunerações e subsídios de agentes públicos na rede mundial de computadores.

Antes de adentrarmos no debate constitucional envolvendo a matéria, deve ser destacado o contexto normativo em que foi promulgada a citada lei.

O artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988 reconhece, como direito fundamental do indivíduo, o acesso à informação pública, ao asseverar que

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

De igual modo, o artigo 13 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pelo Decreto n.º 5.687/2006, dispõe que a participação da sociedade na luta contra a corrupção deve ser garantida pelo Estado, com a garantia de acesso eficaz do público à informação.¹

Portanto, a LAI foi editada com o propósito de conferir efetividade ao direito fundamental de acesso à informação pública, razão pela qual a diretriz interpretativa do hermeneuta deve seguir o seguinte raciocínio: o acesso como regra; o sigilo como exceção.

Já em um quadro comparativo, nunca assaz lembrar que o presente tema não é uma novidade exclusivamente brasileira. Dezenas de países já possuem uma tradição de acesso à informação, principalmente quando se trata de transparência de gastos públicos.

¹ Artigo 13. Participação da sociedade.

1. Cada Estado Parte adotará medidas adequadas, no limite de suas responsabilidades e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a ameaça que esta representa. Essa participação deveria esforçar-se com medidas como as seguintes:

a) Aumentar a transparência e promover a contribuição da cidadania aos processos de adoção de decisões;
b) Garantir o acesso eficaz do público à informação;

Com essas breves considerações iniciais, passemos à análise da contemporânea visão de democracia, que servirá de ferramenta para uma adequada interpretação deste *hard case*.

2. A contemporânea visão de democracia

A convivência democrática, como é cediço, consiste na possibilidade de se responsabilizar as autoridades governamentais perante o público. É pressuposto de uma democracia que os atos e ações do Poder Público sejam conhecidos pela coletividade. Ela (a democracia), ao contrário dos regimes autoritários, é o regime do poder visível ou, nas palavras de Bobbio, o “*governo do poder público, em público*”.²

Destarte, no Estado intitulado democrático, a coisa pública (*res publica*) deve ser objeto de controle não somente por órgãos institucionalizados, mas, sobretudo, pela coletividade. De fato, em uma repartição harmônica das funções estatais, cada qual é responsável pela fiscalização de si e do outro, através das instituições competentes (Ministério Público, Tribunal de Contas, Poder Judiciário, Conselhos Nacionais, Corregedorias etc). Porém, o controle institucionalizado, por si só, não é suficiente. É necessário um efetivo controle social a ser exercido pela cidadania, inclusive com a possibilidade de manejo, se for o caso, de ações constitucionais que ataquem eventual corrupção administrativa e mantenham incólume a moralidade e o patrimônio público (p.ex, ação popular).

Nessa concepção da contemporânea filosofia política, portanto, a democracia não é apenas caracterizada por eleições periódicas e o exercício universal do voto secreto, mas pelo “*governo por meio do debate*” (expressão utilizada originariamente por Walter Bagehot).³ Trata-se de uma democracia deliberativa, onde os cidadãos deliberam e trocam opiniões sobre os respectivos argumentos num exercício da razão discursiva (Habermas).⁴ Mas para que isso aconteça, torna-se imprescindível o pleno acesso e a ampla circulação da informação de interesse coletivo, possibilitando, assim, a intensa participação política, a interação pública e o diálogo sincero.

² BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

³ *Apud* SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann/Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 358.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

Colocadas tais premissas, veremos a seguir os principais pontos controvertidos a respeito da divulgação na rede mundial de computadores das remunerações e subsídios dos servidores públicos e agentes políticos.

3. Do suposto risco de exposição da segurança pessoal

Inicialmente, alguns defendem que a divulgação da remuneração ou subsídio dos agentes públicos vinculada ao respectivo nome acarreta um risco de exposição da segurança pessoal e familiar⁵.

Contudo, este argumento não convence.

De fato, a divulgação nominal das remunerações/subsídios faz com que a segurança pessoal e familiar do agente público fique um tanto mais fragilizada. Porém, fica fragilizada a segurança tanto quanto qualquer outro sinal de ostentação exterior de riqueza por parte de tais agentes. A partir do insustentável peso dos exemplos, a divulgação nominal da remuneração do servidor público expõe a sua segurança tanto quanto a aquisição de um novo veículo automotor.

Em suma, a fragilização da segurança do agente público é um argumento falacioso,

porque hoje, para diversos fins – inclusive para fins familiares e outros aspectos que interessam aos juízos penais -, a riqueza aparente também tem muita influência e as pessoas que ganham esses salários levam uma vida compatível com esses salários, que revelam a riqueza aparente. (STF. SS 3.902/SP – AgR. Trecho do voto do Ministro Luiz Fux).

Além do mais, o intérprete/aplicador do direito, trilhando o caminho kantiano, não pode valorar moralmente uma ação a partir de suas consequências, mas na intenção com a qual a ação é realizada. O que importa é fazer a coisa certa porque é a coisa certa, e não por algum outro motivo exterior a ela.

⁵ Em entrevista dada por André Ramos Tavares ao Jornal Carta Forense (edição de setembro de 2012), afirma o constitucionalista que “*não há necessidade e nem adequação de medida tão extrema, pois é possível – por inúmeras maneiras – agir com ampla transparência sem subtrair a privacidade de seus servidores, nem colocá-los em risco de segurança*” (Apud PÉRES, Taynah Litaiff Isper Abrahim Carpinteiro. *A lei de acesso à informação e a divulgação nominal da remuneração dos servidores públicos. Da transmutação do ‘interesse público’ em ‘curiosidade coletiva’*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3402, 24 out. 2012, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22867>>. Acesso em 08 ago. 2013.

Por exemplo, temos que, atualmente, nas grandes metrópoles brasileiras, parar o veículo no semáforo a partir das 22hs00min expõe o motorista a um risco em sua segurança pessoal. Mas nem por isso é lícito ou permitido a ele desrespeitar o semáforo vermelho. Apreciar a moralidade da conduta ou um argumento de princípio a partir de uma visão consequencialista ou utilitarista (Stuart Mill e Bentham) seria inviável numa sociedade civilizada, como nos ensina Ronald Dworkin.⁶

Em outras palavras, o risco à segurança pessoal e familiar do agente público, com a divulgação nominal de sua remuneração/subsídio, deve ser sério, claro, concreto e iminente, e não apenas formulado de maneira genérica e abstrata.

Certa vez disse o *Justice Brennan*, da Suprema Corte americana, que

(...) basta que se pegue qualquer jornal ou revista para compreender a vasta gama de material publicado que expõe pessoas à observação pública, tanto cidadãos privados como ocupantes de cargos públicos. A exposição de si a outros em graus variados é concomitante à vida em uma comunidade civilizada. O risco dessa exposição é um incidente essencial da vida em uma sociedade que atribui um valor primordial à liberdade de expressão e de imprensa” (*Time, Inc. vs Hill. 1967*).⁷

4. Da suposta ofensa ao uso indevido do nome do agente público

Sob outra vertente, há quem diga que o nome é um direito de personalidade do indivíduo, motivo pelo qual possui natureza inviolável e, por isso, pode ser objeto de tutela judicial, com o escopo de adotar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Conquanto correto, o argumento acima resta incompleto. Para uma melhor compreensão, faz-se mister um prévio e sucinto estudo sobre o instituto jurídico em questão (“nome”).

O nome é um dos atributos da pessoa, que o usa como signo distintivo⁸. Todavia, além de configurar um elemento da personalidade, é também um dever, “*dever que se tem de ser identificado socialmente (...). Aqui, o que se leva em consideração é a sua função*

⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁷ Apud LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à Constituição americana*. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011, p. 87.

⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa H; MORAES, Maria Celina Bodin de. In: *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. 1*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 44

identificadora do indivíduo, não mais em relação a si mesmo, à sua personalidade e dignidade, mas em relação à comunidade em que se encontra inserido e ao Estado”, consoante ensina Maria Celina Bodin de Moraes⁹. Por descuido ou má-fé, muitos doutrinadores olvidam dessa outra face atinente ao nome.

Nesse mesmo norte, ensinava Serpa Lopes, já no início do século XX, que o nome é um “*misto de direito e obrigação*”, pois, não obstante representar relevante atributo da personalidade, há um interesse social e coletivo na sua existência e nos seus elementos integrantes.¹⁰ Com efeito, as relações jurídicas se estabelecem entre pessoas naturais e jurídicas, cujo exercício dos respectivos direitos exige que se conheça quem são os titulares. E só se conhece os titulares através dos respectivos nomes, e não de matrículas funcionais, cadastros de pessoas físicas (CPF’s) ou registros gerais (RGs). É com o nome que a identificação da pessoa torna-se possível, o que permite um controle social efetivo, como, por exemplo, a averiguação de nepotismo e a acumulação ilícita de cargos.

Oportuno mencionar, ainda, que o artigo 17 do Código Civil brasileiro dispõe que “*o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória*”.

Depreende-se de uma leitura atenta de tal dispositivo legal que a pessoa pode defender o seu nome contra qualquer agressão ou exposição ao desprezo público, com o fito de evitar que o nome se torne ridículo, odioso ou desprezível.

Entretanto, seguindo os passos de Maria Celina Bodin de Moraes, o nome não é protegido em si e per si. O nome de alguém só não pode ser utilizado por outrem (particular ou Estado) quando puder ensejar desprezo público ou escárnio, nos termos do art. 17 do Código Civil. Tanto isso é verdade que o emprego do nome com o intuito de gerar simpatia na opinião pública não é objeto de tutela preventiva, inibitória ou reparatória. Dessa forma, o que o ordenamento jurídico pátrio resguarda não é propriamente o nome, mas a pessoa e sua dignidade, que podem ser, através do nome, atingidas.¹¹

Não se vislumbra, pois, qualquer desprezo público ou vexame na divulgação de listagem nominal com as remunerações ou subsídios dos agentes públicos. Não há motivo de

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A tutela do nome da pessoa humana*. In: Revista Forense. Rio de Janeiro v. 98, n. 364, nov/dez 2002, p. 220.

¹⁰ Apud TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa H; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 44

¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 220.

o agente se sentir achincalhado ou humilhado por receber verbas previstas expressamente em lei. São verbas legais e, aprioristicamente, legítimas, sejam elas pagas em caráter permanente ou a título eventual.

Situação vexatória ou desprezível somente se configuraria na hipótese de percepção ilícita de vantagens pecuniárias por parte de agentes públicos, sendo vítima, nessa circunstância, a coletividade – e não o servidor ou agente político. Cabe, destarte, a qualquer cidadão, em defesa da moralidade administrativa e do patrimônio público, ajuizar a competente ação popular, verdadeiro direito fundamental de participação da cidadania na esfera pública (art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988).

Como dito pelo Ministro Gilmar Mendes, “(...) *acho que é isto que se quer fazer: um tipo de controle social mostrando que às vezes há uma evolução salarial não ortodoxa a partir de deferimento de pedidos, acréscimos, ações judiciais*” (STF. SS 3.902/SP). E complementando tal entendimento, disse o Ministro Marco Aurélio, no mesmo julgamento, que “(...) *há o risco, como sempre salientou o Ministro Marcelo Pimentel, de ter-se os penduricalhos escamoteados*”.

Com isso, ao abrir a possibilidade de um maior controle social ou popular, fortalece-se a democracia, a transparência e, conseqüentemente, busca-se combater eventual corrupção ainda existente no Poder Público.

5. Do suposto abuso, pela mídia, das informações obtidas a partir do advento da LAI

Há, ainda, aqueles que argumentam que o livre acesso às informações somente irá saciar a curiosidade da mídia, que poderá saber quanto ganha determinado agente público, nada trazendo de contribuição efetiva. A mídia irá, portanto, apenas desnudar o servidor público ou agente político.

Segundo essa visão, o acesso da mídia a tais informações não atenderá aos fins da lei, saciando apenas a curiosidade da sociedade acerca de quanto recebe um agente dos cofres públicos.

Data vênia, a referida compreensão não merece ser acolhida, já que as liberdades de expressão e de imprensa consistem, em última análise, na possibilidade de informar as

pessoas. Somente uma imprensa livre, que não seja controlada, pode expor de forma eficaz eventual fraude no Poder Público.

A relevância que a imprensa livre e independente representa para uma sociedade democrática é inigualável. Uma mídia livre contribui de diversas maneiras para a promoção da justiça, dentre as quais se pode ressaltar o seu papel informativo e investigativo, que difunde o conhecimento e possibilita a análise crítica dos fatos expostos. Disso resultam as críticas da opinião pública e, por conseguinte, o aperfeiçoamento das nossas instituições oficiais.¹²

Em outras palavras, não há de falar em mera curiosidade da mídia, mas, ao contrário, do seu papel ímpar de informar fatos e formar valores, onde novas prioridades emergem da interação discursiva pública e racional.

Ensina Amartya Sen que

(...) uma mídia em bom funcionamento pode ter um papel extremamente importante no sentido de facilitar a argumentação pública em geral (...). Não é difícil ver por que uma mídia livre, enérgica e eficaz pode facilitar o necessário processo do debate. A mídia é importante não só para a democracia, mas para a busca da justiça em geral. Uma “*justiça sem debate*” pode revelar-se uma ideia opressiva.¹³

Ainda que se admita que a mídia tenha os interesses e desejos mais baixos e inconfessáveis no que tange à divulgação da lista nominal das remunerações e subsídios dos servidores públicos e agentes políticos, mesmo assim nada pode afastar, *a priori*, a liberdade de imprensa, sob pena de se instituir a famigerada figura do censor: um árbitro que afere a qualidade da informação, dando o aval ou não para a sua divulgação.

Obviamente, nenhum direito é absoluto, assim como a liberdade (de imprensa) não pode servir para salvaguardar condutas ilícitas. Nesse sentido, a liberdade de imprensa há de ter como limite intrínseco a informação verdadeira ou, ao menos, a informação divulgada com o propósito de narrar sinceramente a verdade. A falsidade deliberada e intencional na informação não está protegida pela liberdade de expressão ou de imprensa. A comunicação social não pode – e não deve – aceitar a distorção dolosa da verdade.¹⁴ Causando dano, a imprensa deverá reparar. Havendo perigo real e concreto de dano, a imprensa será inibida,

¹² SEN, Amartya. *Op. cit.* p. 370.

¹³ *Idem.* p. 371.

¹⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 361/363.

sempre mediante tutela judicial célere e adequada. Porém, nunca demais repetir, o simples medo de dano abstrato não justifica eventual repressão à imprensa.

Nos dizeres de Paulo José da Costa Júnior,

(...) para se exercitar o direito de crônica, que está intimamente conexo com o de receber informações, será mister que se atenda ao interesse da coletividade de ser informada, porque através dessas informações é que se forma a opinião pública, e será necessário que a narrativa retrate a verdade(...). O erro pode ser tolerado, mas desde que “o jornalista se tenha valido de uma fonte de informação válida e reconhecida, caso não tenha tido conhecimento direto do fato.”¹⁵

De fato, a imprensa, através de tumultos verbais, não raras vezes difama determinada pessoa, seja ela pública ou privada, causando-lhe danos à sua reputação e dignidade. E, uma vez ocorrendo tal situação de ilegalidade, será franqueada à parte prejudicada a tutela reparatória e, em alguns casos, as tutelas preventiva e inibitória.

Como já disse o *Justice Harlan*, da Suprema Corte americana, “*que o ar pode, às vezes, parecer cheio de cacofonias verbais é, nesse sentido, não um sinal de fraqueza, mas de força (da liberdade de expressão e de imprensa)*”.¹⁶

Resumindo, não cabe ao intérprete agir como censor ou árbitro do bom gosto. Conquanto seja de todo conveniente uma abordagem imparcial e prudente, o fato de a mídia adotar uma análise eventualmente mais sensacionalista não pode ser objeto de uma prévia repressão jurídica. A despeito da probabilidade de ocorrência de abusos, a liberdade de imprensa é, a longo prazo, essencial para a formação de uma opinião pública mais esclarecida e para uma conduta reta das autoridades públicas.

6. Da suposta ofensa à vida privada do agente público com a divulgação nominal das remunerações e subsídios

Sob um último aspecto, resta saber se a divulgação da remuneração ou subsídio dos

¹⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José. *O direito de estar só*. São Paulo: RT, 1995, p. 67/68. No mesmo sentido é a lição de Edilson Farias: “(...) no Estado democrático de direito o que se espera do sujeito emissor de uma notícia, como postura que denota apreço pela verdade, é o diligente contato com as fontes das informações, examinando-as e confrontando-as, bem como o uso de todos os meios disponíveis ao seu alcance, como medidas profiláticas, para certificar-se da idoneidade do fato antes de sua veiculação” (FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação*. São Paulo: RT, 2004, p. 91)

¹⁶ Apud LEWIS, Anthony. *Op. cit.*, p. 158.

servidores públicos e agentes políticos, com vinculação direta aos seus nomes, acarreta ofensa ao direito fundamental individual previsto no art. 5º, inciso X, da CF/88 (“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”).

Esta é, sem dúvida, a questão mais tormentosa e complexa. Os limites aos princípios da publicidade, da transparência nos gastos públicos e do amplo acesso à informação, acaso existentes, serão estabelecidos pelo direito à privacidade do ser humano.

Porém, após o desenvolvimento teórico a seguir, ficará demonstrada a inexistência de conflito ou tensão entre os referidos princípios.

O direito à privacidade é conceituado mundo afora, desde 15 de dezembro de 1890, com a publicação do artigo “*The right to privacy*” na *Harvard Law Review*, vo. IV, de Samuel D. Warren e L. D. Brandeis, como sendo o direito de o indivíduo estar só (*right to be let alone*)¹⁷. É o direito de o ser humano permanecer isolado e solitário, com seus próprios infernos e paraísos particulares. Caracteriza-se pelo direito de ser deixado em paz, de viver a própria vida como escolher, livre de agressão ou invasão por parte de terceiros.

Nesse sentido, é indiscutível a necessidade de proteção da vida privada do agente público. Não se admite – e a lei segue tal norte – que dados exclusivamente particulares constantes dos contracheques sejam divulgados ampla e irrestritamente. Não se cogita, por exemplo, sob pena de inconstitucionalidade por ofensa à privacidade, de divulgação de dados referentes a pensões alimentícias, empréstimos consignados, descontos para planos de saúde, associações esportivas, seguros, sindicatos etc. Essas são informações do agente público não enquanto agente público, mas enquanto alimentante, contratante particular, associado, sindicalizado etc. Em suma, não são informações públicas, mas pessoais e particulares.

Entretanto, ao agente público enquanto agente público, já teve oportunidade de consignar o Ministro Carlos Ayres Britto (SS 3902/SP), deve incidir os princípios da publicidade e da informação, além do dever de prestar contas. Todos têm o direito inalienável de saber e controlar, específica e detalhadamente, os atos que são praticados pelo Poder Público, inclusive aqueles relativos a despesas com pessoal.

¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 853.

Na vida pública, a transparência deve ser irrestrita e robusta, o que certamente ensejará críticas – muitas vezes demagógicas – a servidores e ao governo em si. Mas esse é o preço que se deve pagar por viver em uma democracia.

O que não pode ser aceito, jamais, é a intromissão na vida íntima ou privada do agente público. Com base nela, o indivíduo possui o direito sagrado de esconder determinados fatos ou somente mostra-los a quem desejar.

Em outras palavras, em uma sociedade democrática, a informação pública – e não pessoal – representa o fundamento de participação do cidadão na vida do país e, portanto, do correto funcionamento das instituições.¹⁸ Do mesmo modo, a publicidade tem por escopo manter a total transparência na prática dos atos da Administração Pública, que não poderá ocultar ou obstar ao administrado/cidadão o conhecimento de assuntos que o interessem direta ou indiretamente.¹⁹

Sendo assim, a mera divulgação de informações públicas, como, por exemplo, a remuneração legal de servidor público, não configura ato ilícito, ou seja, não é apto a ensejar dano moral. A 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal já teve a oportunidade de decidir que, a princípio, a mera divulgação da remuneração do servidor público, quando atrelada ao propósito de controle dos atos públicos, não viola a privacidade e a intimidade da pessoa²⁰.

¹⁸ Idem, p. 855

¹⁹ BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 806

²⁰ DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIVULGAÇÃO DE NOME E REMUNERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO À INTIMIDADE E PRIVACIDADE. LIMITE REMUNERATÓRIO. DIREITO À INFORMAÇÃO. LIBERDADE DE IMPRENSA. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO HERMENÊUTICO CONSTITUCIONAL DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU HARMONIZAÇÃO. CONTROLE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PROPÓSITO INFORMATIVO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. SENTENÇA MANTIDA.

O autor, agente público, narra que o réu divulgou indevidamente na *internet* seus dados pessoais e informações sigilosas, tais como nome e remuneração, o que lhe causou transtornos e aborrecimentos. Considera que a divulgação dessas informações expuseram-no a situações indesejáveis, constrangedoras e de risco, bem como violaram sua intimidade e vida privada. Pretende reparação por danos morais no valor de R\$ 21.800,00 (vinte e um mil e oitocentos reais).

O réu sustenta a legalidade da divulgação da remuneração dos servidores públicos e que entendimento contrário consistiria em tentativa de inviabilizar a prática da atividade jornalística. Defende a liberdade de imprensa e o direito à informação. Deduz pedido contraposto.

O d. Juízo de Primeiro Grau julgou improcedentes os pedidos do autor e do réu.

O recorrente sustenta a abusividade das informações divulgadas pelo recorrido, com a indicação do seu nome completo, remuneração e local de trabalho, extrapolando o direito de informar. Alega violação a sua honra e intimidade.

Portanto, a indicação nominal de remuneração de servidor público ou de subsídio de agente político não caracteriza informação pessoal, mas, ao contrário, informação pública.

Calha ressaltar que, desde há muito, os aprovados em certames públicos são listados nominalmente pela Administração, com ampla divulgação nos mais diversos meios de comunicação, sendo certo que as remunerações dos seus cargos estão expressamente previstos em lei e no edital. Nem por isso alega-se, quando o candidato é aprovado no concurso público, ofensa à sua vida privada ou à sua intimidade. Sendo admissível a divulgação do nome do agente público vinculado à remuneração bruta do cargo, não se vislumbra qualquer fator de discriminação lógico-racional a justificar um tratamento diferenciado em relação a outras vantagens pecuniárias atinentes ao mesmo cargo público para o qual foi aprovado, sejam elas percebidas a título permanente ou eventual.

O recorrido alega ter havido inovação em sede recursal e a mitigação dos direitos à intimidade e à vida privada. Defende a liberdade de informação jornalística e o direito à informação, bem como a inaplicabilidade dos julgados transcritos no recurso.

Não assiste razão ao recorrente.

Não se trata de negar os direitos à intimidade ou vida privada do recorrente, porém, de se definir, no caso concreto, quais os limites do exercício desses direitos. Nenhum direito será exercido de forma absoluta. Além dos direitos à intimidade e à vida privada, a Constituição Federal garante os direitos à liberdade de imprensa e ao acesso à informação, assim como o respeito ao princípio da publicidade da Administração Pública, sendo necessário valermos-nos do *princípio hermenêutico constitucional da concordância prática ou harmonização* para compatibilizá-los no caso concreto.

O art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade da intimidade e vida privada. Por sua vez, o art. 5º, XXXIII, dispõe que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

O art. 37, § 3º, II, da Constituição Federal de 1988 também garante o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII.

O art. 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988 assegura a todos o acesso à informação.

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 estabelece a publicidade como princípio básico da Administração Pública.

O art. 37, XI, da Constituição Federal de 1988 fixa limites para a remuneração dos servidores públicos.

Com o objetivo de conferir maior transparência à Administração Pública, a Lei nº 12.527/2011 regula, no âmbito infraconstitucional, como será exercido o direito ao acesso à informação.

Percebe-se que é inerente ao Estado Democrático de Direito o controle dos atos governamentais realizado pelo próprio cidadão, razão pela qual há interesse público na divulgação de informações sobre os gastos públicos, remuneração dos seus servidores e o respeito ao teto remuneratório constitucional.

A princípio, a mera divulgação da remuneração do servidor público, quando atrelada ao propósito de controle dos atos públicos, não viola a privacidade e a intimidade da pessoa, como no caso dos autos.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso e mantenho a r. sentença recorrida. Vencida a parte recorrente, deverá arcar com custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 300,00 (trezentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, a teor do art. 55 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Acórdão lavrado conforme o art. 46 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. (ACJ 2011.01.1.200746-6. Rel. Juiz Hector Valverde Santana. 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Julgado em 12 de junho de 2012. DJ de 14.06.2012).

Além disso, a simples divulgação mediante a inscrição do número de matrícula funcional ou outra forma diversa da nominal dificultaria o controle social ou popular. Assim, a regra hermenêutica é no sentido do acesso pleno, imediato e gratuito às informações públicas, divulgando-as na rede mundial de computadores. A restrição à publicidade somente será justificável na excepcional hipótese de as informações serem confidenciais e sigilosas, além daqueles exclusivamente pessoais.

Qualquer vantagem pecuniária cujo fundamento jurídico seja o exercício do cargo público não configura, a meu ver, informação pessoal, mas, ao revés, informação pública. E não sendo informação de caráter pessoal ou estando classificado como informação sigilosa, o interesse no seu acesso é público, inclusive no que tange à possibilidade de ser acessado por todos.

A acessibilidade, ademais, deve ser facilitada pela Administração Pública. Na sua contemporânea concepção, a conduta do ente estatal em matéria de transparência deve ser ativa, vale dizer, o acesso prévio à informação através da rede mundial de computadores faz com que o cidadão não necessite acionar o órgão, gerando facilidades para ele e economia de tempo e recursos materiais e humanos para a Administração. Cumpre-se, pois, não apenas o princípio da publicidade, mas também o da eficiência.

Apesar de acalorados debates jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal já acenou, acertadamente, para a licitude da divulgação das remunerações ou subsídios dos servidores públicos e agentes políticos, no âmbito da rede mundial de computadores, consagrando, destarte, o princípio da publicidade a que deve se ater todo administrador público e a efetiva participação da cidadania no controle popular dos atos administrativos.

O Supremo Tribunal Federal, nos autos do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n.º 3902/SP, decidiu que a cidadania tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado.²¹

²¹ SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS.

Já sob a égide da Lei n.º 12.527/2011, o então Ministro Presidente do STF Carlos Ayres Britto, em decisão monocrática, reiterou a decisão acima transcrita, aduzindo que:

(...) Ora, no caso dos autos, é evidente estar-se diante de matéria constitucional, devido a que as decisões impugnadas versam o tema do direito fundamental de acesso à informação pública (inciso XXXIII do art. 5º, inciso II do §3º do art. 37 e §2º do art. 216, todos da Constituição Federal), de parilha com o princípio igualmente constitucional da publicidade da atuação administrativa (caput do art. 37 da CF). Princípio que, para além da simples publicidade do agir de toda a Administração Pública, propicia o controle da atividade estatal até mesmo pelos cidadãos. Donde a facilitada conclusão de que decisões judiciais contrárias a tais normais constitucionais de proa gera grave lesão à ordem pública. Como ainda se faz de facilitada percepção, a remuneração dos agentes públicos constitui informação de interesse coletivo ou geral, nos exatos termos da primeira parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal. (SL 623/DF. Julgado em 10 de julho de 2012).

Apenas uma ressalva deve ser dita. A Administração deve divulgar a remuneração ou subsídio dos agentes públicos não somente na sua condição bruta, mas também na condição líquida, após os descontos legais incidentes em folha de pagamento (imposto de renda, contribuição previdenciária etc). Como já visto, eventuais descontos contratuais pertencem à esfera da privacidade do agente público, não podendo, por isso, ser objeto de publicidade.

A divulgação da remuneração ou subsídio após os descontos legais serve para retratar fielmente a realidade dos fatos, evitando que se deixe transparecer no agente público

1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso [XXXIII](#) do art. [5º](#) da [Constituição](#). Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade.

2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria [Constituição](#), agentes estatais agindo "nessa qualidade" (§ 6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano.

3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicaneamente administrado. O "como" se administra a coisa pública a preponderar sobre o "quem" administra -falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana.

4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública.

5. Agravos Regimentais desprovidos. (SS 3902/SP. Rel. Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 09.06.2011. Publicado em 03.10.2011).

uma “*realidade distorcida*”, isto é, uma remuneração ou subsídio não condizente com aquela efetivamente percebida. Ao lado da publicidade, transparência e do acesso à informação, todo intérprete do Direito deve ter em mente os princípios deontológicos da lealdade, boa-fé e respeito à verdade substancial dos fatos, a ser aplicados mediante tratamento de dados públicos segundo a licitude e a retidão. Como ensina Egon Bokmann Moreira,

(...) a finalidade do princípio da publicidade é levar a informação definida e precisa, ao conhecimento das pessoas interessadas (potencialmente ou em concreto). O princípio não será atendido caso haja divulgação restrita (seja no que diz respeito ao conteúdo da informação, seja no que diz respeito ao número de pessoas alcançadas).²²

Destarte, em respeito à lealdade e boa-fé, cabe ao Estado promover a exposição exata das informações.

Em síntese, a divulgação nominal das remunerações ou subsídios de servidores públicos e agentes políticos não afeta ilegitimamente a vida íntima e a esfera privada dos mesmos, existindo, em verdade, uma supremacia do interesse público representada pela transparência dos gastos estatais com a folha de pagamento. Com isso, permite-se um efetivo controle social, com vistas a combater eventuais hipóteses de corrupção no país.

Por fim, sobre a divulgação da remuneração dos servidores públicos vinculada ao respectivo nome, o Supremo Tribunal Federal, igualmente após a edição da Lei n.º 12.527/2011, decidiu “*divulgar, de forma ativa e irrestrita, os subsídios dos ministros e a remuneração dos servidores do quadro de pessoal do Supremo Tribunal Federal, assim como os proventos dos ministros aposentados, dos servidores inativos e dos pensionistas*”, o que se deu na 4ª Sessão Administrativa, realizada em 22 de maio de 2012, por unanimidade (SL 623/DF. Rel. Min. Ayres Britto).

7. Conclusão

Portanto, é certo que a divulgação do subsídio e da remuneração, respectivamente, do agente político e do servidor público não atenta contra o princípio fundamental da intimidade e da vida privada. Ao revés, busca a LAI dar concretude aos princípios constitucionais da vida

²² MOREIRA, Egon Bokmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei n.º 9.784/99*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 125

republicana, quais sejam, o da publicidade e transparência, o que permite à cidadania um maior e mais efetivo controle social sobre as contas e gastos públicos. Além do mais, permite ao cidadão obter informações a respeito de corrupção eventualmente existente na esfera pública, ocasião em que poderá fazer uso da competente ação popular.

Em suma, a correta e completa informação a ser dada pela Administração possibilita uma efetiva autonomia social e política por parte do cidadão, o qual terá mais consciência acerca do fato de não ser apenas o destinatário, mas também o agente legitimador da *res publica*.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000
- BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. *O direito de estar só*. São Paulo: RT, 1995
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010
- FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação*. São Paulo: RT, 2004
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann/Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011
- LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à Constituição americana*. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *A tutela do nome da pessoa humana*. In: Revista Forense. Rio de Janeiro v. 98, n. 364, nov/dez 2002.
- MOREIRA, Egon Bokmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei n.º 9.784/99*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003
- PÉRES, Taynah Litaiff Ispér Abrahim Carpinteiro. *A lei de acesso à informação e a divulgação nominal da remuneração dos servidores públicos. Da transmutação do `interesse*

público em *curiosidade coletiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3402, 24 out. 2012, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22867>>. Acesso em 08 ago. 2013.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa H; MORAES, Maria Celina Bodin de. In: *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. 1*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

Artigo recebido em 09 de julho de 2013.

Artigo aprovado para publicação em 16 de outubro de 2013.

DOI: 10.11117/1982-4564.06.20



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013. ISSN 1982-4564.

Sir Edward Coke, El Bonham's Case y la Judicial Review

Francisco Fernández Segado*

Resumen: En 1610, en el cuarto argumento del Bonham's case, Sir Edward Coke sostuvo: "Y aparece en nuestros Libros, que en muchos casos el Derecho común controla las leyes del Parlamento, y a veces debe declararlas nulas, pues cuando una ley del Parlamento es contraria al Derecho común y la razón, contradictoria o imposible de ser cumplida, el Derecho común debe tener autoridad sobre ella y declarar que tal ley es nula".

Durante casi un siglo, la doctrina científica viene debatiendo el significado del *dictum* de Coke, particularmente si debe entenderse como la declaración de la teoría constitucional de la revisión judicial de la legislación o, por el contrario, como la mera formulación de una máxima de la interpretación jurídica. Al margen de este debate, no cabe duda de que en la mente de los colonos americanos, primero, y en el pensamiento jurídico americano posterior a la Independencia, después, el *dictum* de Coke proporcionó una forma de expresión que, tratada aparte de sus otras ideas, como estaba destinado a serlo por un conjunto de jueces, comentaristas y abogados, se convirtió en la más importante fuente individual de la noción de la revisión judicial de la legislación.

El autor, atendiendo a los muy relevantes precedentes medievales; a la insuficiencia de la teoría interpretativista, entre otras razones, porque la regla de que "nadie puede ser juez en su propia causa" encarna un Derecho superior; a la comprensión del *dictum* en la época de Coke, y a la falta de la suficiente solidez de las objeciones opuestas frente a la teoría constitucional con base en los propios escritos de Coke, sustenta la teoría constitucional de la judicial review.

Palabras clave: Caso de Bonham. Derecho medieval. Derecho natural. Edward Coke. Parlamento inglés. Revisión judicial de la legislación.

Abstract: In 1610, in the fourth argument of the Bonham's case, Sir Edward Coke argued: "And it appears in our Books, that in many cases, the common law controls acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such act to be void".

For nearly a century, the scientific doctrine is discussing the meaning of the Coke's dictum, particularly if it must be understood as the declaration of the constitutional theory of the judicial review of legislation or, on the contrary, as a mere formulation of a maxim of legal interpretation. In the margin of this discussion, it is unquestionable that in the mind of the American colonists, first, and in the American legal thinking subsequent to Independence, afterwards, the dictum furnished a form of words which, treated apart from his other ideas, as it was destined to be by a series of judges, commentators, and attorneys, became the most important single source of the notion of judicial review of legislation.

The author, taking in consideration the very important medieval precedents, the insufficiency of the interpretativist theory, amongst other reasons, because the rule *nemo iudex in propria causa* embodies a higher law, the understanding of the dictum in the Coke's time and the lack of the sufficient soundness of the objections faced with the constitutional theory and grounded on the own writings of Coke, supports the constitutional theory of judicial review.

Keywords: Bonham's Case. Edward Coke. English Parliament. Judicial review of legislation. Medieval law. Natural law.

* Catedrático de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid (UCM).

SUMARIO

1. Introducción.
2. La peculiar trayectoria pública de Sir Edward Coke (1552-1634).
3. Breve aproximación al pensamiento jurídico de Coke.
4. El Case of the College of Physicians o Bonham's Case (1610). Los hechos del caso.
5. Los argumentos en que se sustenta la sentencia.
6. Los precedentes jurisprudenciales en que Coke apoya su dictum:
 - A) El Thomas Tregor's Case.
 - B) El caso Cessavit 42.
 - C) El caso Annuity 41.
 - D) El Strowd's Case.
 - E) Breve recapitulación sobre estos precedentes.
7. La controvertida interpretación doctrinal del célebre dictum de Coke en el cuarto argumento: ¿formulación de la teoría constitucional de la judicial review o mera enunciación de una máxima de la interpretación estatutaria?
 - A) Algunas consideraciones previas sobre ciertos precedentes medievales.
 - B) La posición proclive a ver en el pasaje de Coke una máxima de la interpretación estatutaria.
 - C) La posición tendente a ver en el dictum la enunciación de la teoría constitucional de la judicial review.
 - D) Algunas reflexiones finales propias en defensa de la teoría constitucional.

1. Introducción.

La doctrina jurídica viene debatiendo desde hace cerca de un siglo si el celeberrimo pasaje que se contiene en el *Bonham's Case* debe ser interpretado como la declaración llevada a cabo por el Juez Edward Coke de la facultad judicial de revisión de las leyes del Parlamento, que sería la resultante de la doctrina de que hay principios superiores de Derecho y justicia que las leyes parlamentarias no deben contravenir, o simplemente como la encarnación de una máxima o principio de la interpretación legal. Como ejemplos paradigmáticos de una y otra posición podemos mencionar a Plucknett y a Thorne. Para el Profesor de la "Harvard Law School"¹, Coke adoptó su teoría de la *judicial review* de una

¹ PLUCKNETT, Theodore F. T.: "Bonham's Case and Judicial Review", en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. XL, 1926-1927, pp. 30 y ss.; en concreto, p. 68. Este artículo, con igual título, ha sido asimismo publicado en la obra *Law, Liberty, and Parliament. Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*, edited

práctica del siglo XIV, cubriéndola con un nuevo espíritu (“filled it with a new spirit”), producto de su propio genio. El resultado fue realmente una nueva doctrina, bien que, según pensaba el propio Coke, reforzada con precedentes indiscutibles de la Edad Media, pues Coke sabía bien que sin tal apoyo esa doctrina no habría tenido ningún valor.

Una decena de años después, Thorne, Profesor de la “Northwestern University School of Law”, iba a cuestionar frontalmente la tesis de Plucknett. Thorne argumentaría, que para el Profesor de Harvard, en ninguno de los casos que se mencionaban como posibles precedentes se planteaba una cuestión constitucional, tras lo que añadía, que tampoco tal cuestión se iba a suscitar en el *Bonham’s case*, para concluir, que “these cases, then, support no theory of higher law, binding upon Parliament and making Acts that contravene it void”². Según Thorne, se trataba meramente de casos de *strict interpretation*, que parecían haber producido un resultado distinto del que pretendía el legislador.

No vamos por el momento a detenernos en la polémica, si bien sí anticiparemos que, independientemente ya de lo que Sir Edward Coke pretendiera con su *dictum* en el *Bonham’s case*, lo cierto y verdad es que en las colonias del otro lado del Atlántico tal *dictum* llegó a ser bien pronto una parte esencial de esa facultad de revisión judicial que iban a ejercer los tribunales americanos, anulando normas legales sobre la base de un conflicto constitucional. Como ha escrito Sherry³, “(i)t seems to be fairly widely accepted that Edward Coke was one of the primary sources of the American institution of judicial review”. Más aún, el *dictum* de Coke, también iba a propiciar el *test of reasonableness*⁴, que es la última razón de ser del poder judicial. Innecesario es decir, que la fuerza que alienta una idea no es necesariamente objeto de medida por su verdad⁵.

and with an Introduction by Allen D. Boyer, Liberty Fund, Indianapolis (Indiana), 2004, pp. 150 y ss. Nuestras citas a la obra de Plucknett van referidas al artículo publicado en la *Harv. L. Rev.*

² THORNE, S. E.: “Dr. Bonham’s Case”, en *Law Quarterly Review (L. Q. Rev.)*, Vol. 54, 1938, pp. 543 y ss.; en concreto, p. 551.

³ SHERRY, Suzanna: “Natural Law in the States”, en *University of Cincinnati Law Review (U. Cin. L. Rev.)*, Vol. 61, 1992-1993, pp. 171 y ss.; en concreto, p. 174.

⁴ SMITH, II^o, George P.: “Dr. Bonham’s Case and the Modern Significance of Lord Coke’s Influence”, en *University of Washington Law Review (Wash. L. Rev.)*, (School of Law. University of Washington. Seattle, Washington), Vol. 41, 1966, pp. 297 y ss.; en concreto, p. 314.

⁵ En sentido análogo, BERGER, Raoul: “*Doctor Bonham’s Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?*”, en *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)*, Vol. 117, 1968-1969, pp. 521 y ss.; en concreto, p. 522.

Desde el siglo XVII, Coke, “un poeta de la sabiduría judicial y de la artesanía jurídica, antes que un profeta del cambio”, como lo ha caracterizado Boyer⁶, uno de los autores que más ha estudiado su pensamiento, se iba a convertir en el guía y garante tanto de las asambleas como de los individuos del mundo colonial. Ya en 1657, en el caso *Giddings v. Brown*, el *dictum* de Coke iba a recibir aplicación práctica al otro lado del Atlántico. En 1721, un tal Jeremiah Dummer, un temprano autor de folletos, le utilizaba como autoridad en nombre de las colonias, en un opúsculo que fue favorablemente contemplado en vísperas de la guerra revolucionaria⁷. Dummer apeló a Coke como alguien que había exaltado el *common law* sobre las *Admiralty Courts*, que quitaban a los colonos sus derechos como ingleses, una cuestión, como fácilmente puede comprenderse, completamente pertinente en el período pre-revolucionario.

En fin, como escribiera Corwin⁸, para los investigadores de los orígenes del Derecho constitucional americano ningún pronunciamiento judicial de Coke sobrepasa en interés e importancia a este *dictum*. Y más adelante, el propio autor iba a compendiar la contribución hecha por Coke al constitucionalismo norteamericano, a través de su *dictum* y del resto de su doctrina, en estos términos:

“(I)n his dictum in *Bonham’s Case* he furnished a form of words which, treated apart from his other ideas, as it was destined to be by a series of judges, commentators, and attorneys, became the most important single source of the notion of judicial review . This is true even though we of the present day can see that, in view of the universal subordination of the common law as such to statute law, judicial review grounded simply on <common right and reason> could not have survived. But, as if in anticipation of this difficulty, Coke came forward with his second contribution, the doctrine of a law fundamental, binding Parliament and king alike, a law, moreover, embodied to great extent in a particular document and having a verifiable content in the customary procedure of everyday institutions”⁹. (En su *dictum* en el *Bonham’s Case*, proporcionó una forma de expresión que, tratada aparte de sus otras ideas, como estaba

⁶ BOYER, Allen Dillard: “<Understanding, Authority, and Will>: Sir Edward Coke and the Elizabethan Origins of Judicial Review”, en *Boston College Law Review (B. C. L. Rev.)*, Vol. XXXIX, 1997-1998, pp. 43 y ss.; en concreto, p. 43.

⁷ MULLETT, Charles F.: “Coke and the American Revolution”, en *Economica (The London School of Economics and Political Science)*, No. 38, November, 1932, pp. 457 y ss.; en concreto, p. 468.

⁸ CORWIN, Edward S.: “The <Higher Law> Background of American Constitutional Law” (II), en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. XLII, 1928-1929, pp. 365 y ss.; en concreto, p. 367.

⁹ *Ibidem*, pp. 379-380.

destinado a serlo por una serie de jueces, comentaristas y abogados, se convirtió en la más importante fuente individual de la noción de *judicial review*. Esto es cierto aun cuando nosotros, en los días actuales, podamos ver que, a la vista de la universal subordinación del *common law* como tal al derecho estatutario, la *judicial review*, fundamentada simplemente en el *common right and reason*, no podía haber sobrevivido. Pero, como si se anticipara a esta dificultad, Coke presentó su segunda contribución, la doctrina de un Derecho fundamental, vinculante al Parlamento y de la misma forma al rey, un Derecho, además, encarnado en gran parte en un documento concreto y que tiene un contenido verificable en el procedimiento habitual de las instituciones corrientes).

No ha de extrañar por lo hasta aquí expuesto que Jefferson, siglo y medio después, refiriéndose a la primera parte de los *Institutes*, aunque creemos que ello podría ampliarse a la totalidad de la obra de Edward Coke, escribiera: “Coke’s Lyttleton (sic) was the universal lawbook of students, and a sounder Whig never wrote, nor of profounder learning in the orthodox doctrines of the British Constitution, or in what was called British liberties”¹⁰. (Los Comentarios de Coke sobre Littleton fueron el libro jurídico universal de los estudiantes, y nunca escribió un *Whig*¹¹ más competente, ni de un más profundo conocimiento sobre las doctrinas ortodoxas de la Constitución británica, o de lo que se llamaron las libertades británicas).

2. La peculiar trayectoria pública de Sir Edward Coke (1552-1634).

Nacido en el pequeño pueblo de Mileham, cercano a Norfolk, el 1 de febrero de 1552, en una familia vinculada con el Derecho (su padre era abogado), Coke se matriculó a los quince años en el *Trinity College* (Cambridge). Pronto ganó una excelente reputación como hábil notario¹². En 1579 ya defendió, y ganó, su primer caso ante el *King’s Bench* y en la década que va de 1580 a 1590, todavía a una joven edad, Edward Coke ya se había convertido en uno de los más relevantes abogados de Inglaterra¹³, lo que se iba a traducir en

¹⁰ *Apud* CORWIN, Edward S.: “The <Higher Law> Background of American Constitutional Law” (II), *op. cit.*, p. 366.

¹¹ Los *Whigs* ingleses fueron un partido creado en el siglo XVII, que después sería sustituido por los liberales.

¹² Así lo refleja Barnes, quien habla de la reputación ganada por Coke como “a masterful conveyancer”. BARNES, Thomas G.: “Introduction to Coke’s <Commentary on Littleton>”, en *Law, Liberty, and Parliament. Selected Essays...*, *op. cit.*, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 5.

¹³ BOYER, Allen D.: “Introduction”, en *Law, Liberty, and Parliament. Selected Essays...*, *op. cit.*, pp. VII y ss.; en concreto, p. VII.

una rápida promoción profesional en la esfera pública. Sucesivamente, fue nombrado magistrado municipal de Coventry, Norwich y Londres, siendo elevado en 1592 al cargo de Procurador de la Corona (*Solicitor General*) y dos años después, compitiendo para el cargo nada menos que con Francis Bacon, su gran rival, al de *Attorney General*, puesto que ejercería tanto con la Reina Isabel I como con Jacobo I, quien concedería a Coke el título de “*Sir*”.

En 1606 Coke fue nombrado *Chief Justice* de la *Court of Common Pleas*, siendo el primer juez en acceder a este tribunal sin haber ejercido con anterioridad ante el mismo como abogado. En 1613 accedió a la Presidencia del *King’s Bench*. Aunque nominalmente este nombramiento suponía un ascenso, entrañaba más bien lo contrario (Barnes dice que supuso “a veritable kick upstairs”¹⁴), tanto desde el punto de vista de sus ingresos como de su poder; también popularmente, el cambio de órgano judicial se percibió como una reprimenda tras la que se vio una estratagema de su omnipresente enemigo Francis Bacon. Coke ostentó su nueva responsabilidad tan sólo durante tres años, siendo éste un período turbulento para él debido a sus enfrentamientos con el Rey Jacobo I (Rey de Inglaterra entre 1603 y 1625) y con el Arzobispo de Canterbury. A fines de junio de 1616, Coke fue suspendido de su puesto en el *Privy Council*, y el 16 de noviembre, cesado en la *Chief Justiceship*¹⁵.

El conflicto acaecido en 1616 entre Coke y Ellesmere, *Lord Chancellor*, otro de los grandes enemigos de aquél, en el que se gesta la definitiva salida de la magistratura de Coke, ha atraído la atención de los juristas durante más de tres siglos. Aunque formalmente versó sobre la insistencia de Coke en que el principio de *res iudicata* impedía cualquier litigio posterior *in equity* después de la decisión dictada por un *common law court*, el conflicto entrañaba mucho más que un debate sobre una cuestión puramente técnica. Como argumenta Dawson, “the conflict of 1616 represents merely one stage in a sustained attempt by judicial agencies to impose restraints on political authority”¹⁶. Con el ataque sobre la *High*

¹⁴ BARNES, Thomas G.: “Introduction to Coke’s <Commentary on Littleton>”, *op. cit.*, pp. 14-15.

¹⁵ Gray ha considerado el año 1616 como “a landmark in the history of English equity”, a causa de lo que generalmente viene referido como la lucha de Lord Coke con la *Chancery*, esto es, con el Tribunal de Justicia de la Chancillería. Se suele considerar, que este enfrentamiento se resolvió por el Rey a través de su Declaración de julio de 1616 en favor de la *Chancery*, siendo el desencadenante último del cese de Coke en la magistratura. Recordemos tan sólo que la controversia jurídica de 1616 versó formalmente sobre la conveniencia de una intervención judicial equitativa, o en equidad (“equitable intervention”), después de una decisión judicial sustentada en el *common law*. Coke se mostraría absolutamente contrario a tal intervención. Cfr. al efecto, GRAY, Charles M.: “The Boundaries of the Equitable Function”, en *The American Journal of Legal History (Am. J. Legal Hist.)*, Vol. 20, 1976, pp. 192 y ss.; en concreto, p. 192.

¹⁶ DAWSON, John P.: “Coke and Ellesmere Disinterred: The Attack on the Chancery in 1616”, en *Illinois Law Review (Ill. L. Rev.)*, Vol. 36, 1941-1942, pp. 127 y ss.; en concreto, p. 128.

Commission, los tribunales de *common law* invadían un área judicial de la Corona estrechamente vinculado con cuestiones vitales de la política nacional. Ya Coke, con su pronunciamiento en el *Case of Proclamations*, había sostenido importantes restricciones sobre la facultad de legislar por decreto real. En junio de 1616, el conflicto alcanzó su punto culminante en el *Case of Commendams*, en el que el Rey insistió en su facultad de aplazar aquellos procedimientos en que los intereses reales se vieran afectados, frente a lo que Coke, manifestándose en solitario ante la pasividad de los restantes jueces, se opuso, rehusando someterse a la demanda del Monarca, con lo que la ruptura con Jacobo I era ya irremediable.

Se dijo entonces, escribió John Chamberlain, que “four p’s” habían echado abajo al *Chief Justice*: “that is, pride, prohibitions, praemunire, and prerogative”¹⁷, pero lo que parece claro después de todo lo dicho, y ha suscitado tradicionalmente el acuerdo de la doctrina¹⁸, es que el cese se debió fundamentalmente a la exasperación del Rey resultante de los varios intentos de Coke de limitar la prerrogativa real, si bien, también pudo jugar un cierto efecto la posición sustentada por nuestro Juez en otro conflictivo litigio, el *Bagg’s Case*¹⁹.

La caída en desgracia de nuestro personaje llegó al extremo de que se le ordenara la corrección de algunos de sus *Reports* (a los que nos referiremos más adelante), quizá de resultas de que sus adversarios le acusaron de haber publicado en ellos “extravagant opinions”²⁰. Sin embargo, la boda de su hija Frances con Sir John Villiers, hermano del favorito del Rey, el Duque de Buckingham, (a la que Coke se había opuesto antes de su cese) tuvo efectos balsámicos en su relación con el Monarca, retornando a su puesto en el *Privy Council*, aunque ya nunca volvería a ejercer funciones judiciales.

¹⁷ *Apud* BOYER, Allen D.: “Introduction”, en *Law, Liberty, and Parliament. Selected Essays...*, *op. cit.*, pp. VII y ss.; en concreto, p. X.

¹⁸ Así, entre otros, STONER, Jr, James R.: *Common law and liberal theory. Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*, University Press of Kansas, Lawrence (Kansas), 1992, p. 15.

¹⁹ Según el informe de este caso elaborado por Coke para sus *Reports*, el *Chief Justice* consideró que el *King’s Bench* tenía autoridad no sólo para corregir los errores en los procedimientos judiciales sino también los errores extrajudiciales; para Coke, ninguna injusticia ni daño, privado o público, que pudiera producirse quedaba exenta de reparación a través de la aplicación del Derecho. Habiendo delegado el Monarca su autoridad de impartir justicia en su Tribunal del *King’s Bench*, ya no podía ejercerla personalmente. Sosin recuerda, que tanto Francis Bacon, entonces *Attorney General*, como el *Lord Chancellor Ellesmere*, los grandes enemigos de Coke, incluirían este pronunciamiento judicial entre los “cinco errores imperdonables” (“five unforgivable errors”) de los *Reports*. SOSIN, J. M.: *The Aristocracy of the Long Robe (The Origins of Judicial Review in America)*, Greenwood Press, New York/Westport, Connecticut/London, 1989, pp. 64-65.

²⁰ BOUDIN, Louis B.: “Lord Coke and the American Doctrine of Judicial Power”, en *New York University Law Review (N. Y. U. L. Rev.)*, Vol. 6, 1928-1929, pp. 223 y ss.; en concreto, p. 229.

En 1621, tras una larga ausencia de casi tres décadas, Coke volvió a la *House of Commons*, de la que ya había sido miembro, llegando a ocupar incluso el cargo de *Speaker* (1593). En esta etapa se convirtió en uno de los líderes más relevantes, si es que no el que más, de la Cámara, aunque también en ella hubo de afrontar situaciones tan graves como la de ser encarcelado durante siete meses en la Torre de Londres, de resultas de la posición jurídica que defendió en el Parlamento acerca de la vigencia del Derecho establecido por quienes habían precedido al Rey Jacobo I, interpretación que le daba pie a su vez para sostener que el Parlamento seguía gozando de las prerrogativas, derechos y privilegios que históricamente le habían sido reconocidos, lo que chocaba con la visión absolutista del Monarca²¹. Creemos que bien se puede decir, que Coke fue encarcelado por su sistemático rechazo hacia la prerrogativa real y su defensa de las libertades parlamentarias.

Nuestro personaje volvería al Parlamento en 1624, para cesar en 1626 tras ser nombrado Gobernador (“sheriff”) de Buckingham por el nuevo Rey Carlos I. Elegido de nuevo para el Parlamento en 1628, Coke desempeñó un rol verdaderamente clave en la aprobación del trascendental texto de la *Petition of Rights*. Se ha subrayado²², que en este debate Coke se inclinó decididamente por identificar el *fundamental law* como *due process*.

En sus *Institutes*, término por cierto nada casual, pues al ponerlo, nuestro *Chief Justice* tenía en la cabeza la obra homónima de Justiniano (los *Instituta*, que junto a las *Pandectas* y otros textos normativos integrarían posteriormente el *Corpus iuris civilis*), Coke pondría un acento especial en los aspectos procedimentales. Buen ejemplo de ello lo encontramos en la segunda parte de los mismos, en la que procede a comentar los diversos capítulos de la *Magna Charta*. Coke siempre atribuyó una gran importancia a la Carta Magna,

²¹ Vale la pena recordar este enfrentamiento entre Jacobo I y Coke, uno de los muchos que tuvo con el Monarca. En 1621, algunos miembros del Parlamento cuestionaron la política del Rey respecto a España y a la Iglesia Católica; el Rey les prohibió discutir con posterioridad sobre tales cuestiones. Coke y otros parlamentarios insistieron en la libertad de expresión y debate de los miembros del Parlamento, un privilegio heredado de Reinados anteriores, a lo que el Rey replicó que sus privilegios “were derived from the grace and permission of our ancestors and us (for most of them grow from precedents, which show rather a toleration than inheritance)”. A sugerencia de Coke, la *House of Commons* publicó en sus diarios una “Protestation”, declarando, “that the liberties, franchises, privileges and jurisdictions of Parliament are the ancient and undoubted birthright and inheritance of the subjects of England”. Como señala Berman, fue por esta afirmación de que el Parlamento “heredó” sus libertades como un “derecho de nacimiento”, frente a la consideración regia de que las poseía por “tolerancia real”, lo que condujo a Jacobo I a cesar a Edward Coke en su cargo en el *Privy Council* y a ordenar su encarcelamiento en la Torre de Londres, en la que permaneció confinado y virtualmente aislado durante siete meses. BERMAN, Harold J.: “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”, en *Yale Law Journal (Yale L. J.)*, Vol. 103, 1993-1994, pp. 1651 y ss.; en concreto, p. 1677.

²² MacKAY, R. A.: “Coke—Parliamentary Sovereignty or the Supremacy of the Law?”, en *Michigan Law Review (Mich. L. Rev.)*, Vol. XXII, 1923-1924, pp. 215 y ss.; en concreto, p. 232.

lo que en el fondo era tributario de una visión simbólica o metafórica de la historia, con base a la cual la Carta Magna se visualizaba como un símbolo de la restricción del ejercicio arbitrario del poder. Y es bien significativo al respecto, que aunque la *Magna Carta* englobaba convenciones y costumbres (como era el caso de los llamados “Articles of the Barons”), en ella, eran las libertades y no las costumbres las predominantes. Como escribe Holt²³, “the Charter was a Charter of liberties in strict contemporary parlance”. No ha de extrañar por lo mismo que, según Berger²⁴, Coke considerara que la *Magna Charta* anulaba toda ley que la contrariara, algo asimismo predicable, siempre según el citado autor, del *natural law*. Una prueba patente de la primacía que Coke siempre reconoció a la Carta Magna la encontramos en el debate sobre la *Petition of Rights*, en el que declarararía que, “saving the King’s sovereign power”, “la *Magna Charta* era como un compañero, que no tendrá soberano” (“*Magna Carta* is such a fellow that he will have no sovereign”)²⁵, si bien Coke se estaba refiriendo directamente a la idea de “poder soberano”, que tal como él la interpretaba, significaba un poder por encima del Derecho, mientras que el poder de prerrogativa era una parte del Derecho. Esta reviviscencia, por así llamarla, llevada a cabo por Coke de la Carta Magna tendría un enorme impacto sobre la teoría constitucional norteamericana. Corwin lo deja muy claro cuando sostiene, que “the eventual role, indeed, of *Magna Carta* in the history of American constitutional theory is due immediately to its revival at the opening of the seventeenth century, largely by Sir Edward Coke”²⁶.

Ya en el debate desencadenado en sede parlamentaria con ocasión de la prisión decretada por el Rey Carlos I (Rey de Inglaterra, Escocia e Irlanda entre 1625 y 1649) de varios caballeros, a los que había intentado forzarles la concesión de un préstamo, no aduciéndose ninguna causa para su encarcelamiento, rechazando los tribunales en el *Five Knights’ Case* (1627) el *habeas corpus* requerido para los encarcelados, hecho que se halla en la génesis de la acción parlamentaria que desembocaría en la aprobación de la antes

²³ HOLT, J. C.: “The Ancient Constitution in Medieval England”, en *The Roots of Liberty* (Magna Carta, Ancient Constitution, and the Anglo-American Tradition of Rule of Law), edited with an Introduction by Ellis Sandoz, University of Missouri Press, Columbia (Missouri) and London, 1993, pp. 22 y ss.; en concreto, p. 24.

²⁴ BERGER, Raoul: “*Doctor Bonham’s Case*: Statutory Construction or Constitutional Theory?”, *op. cit.*, pp. 535-536.

²⁵ *Apud* MacKAY, R. A.: “Coke—Parliamentary Sovereignty...”, *op. cit.*, p. 233.

²⁶ CORWIN, Edward S.: “The <Higher Law> Background of American Constitutional Law” (I), en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. XLII, 1928-1929, pp. 149 y ss.; en concreto, p. 175.

mencionada *Petition of Rights*²⁷, Coke, en referencia a la “law of the land”, sostendría, que “the law leaves every man a remedy of causeless imprisonment”, mencionándose al efecto el capítulo 29 de la *Magna Charta* y el principio del *due process*. En sus comentarios a la Carta Magna, Coke conectaría estrechamente la previsión de la misma en su trascendental capítulo 29 a “by lawful judgment of his Peers” (*per legale iudicium parium suorum*) con lo que bien podríamos tildar con términos actuales como unas garantías procedimentales que incluían el juicio por jurados²⁸.

Al término del mandato parlamentario iniciado en 1628, Coke se retiró de la vida pública con la finalidad de completar sus *Institutes*, obra monumental cuya primera parte se publicó ese mismo año, si bien las tres restantes partes no aparecerían hasta 1642-1644, una vez fallecido su autor (en 1634). Ya durante sus etapas como *Attorney General* y *Chief Justice* habían aparecido once volúmenes de sus *Reports*, cuya trascendencia fue desde el primer momento especialmente subrayada²⁹, y lo ha seguido siendo después, lo que se comprende fácilmente si se tiene presente el hecho paradójico de que la adhesión al precedente judicial en el Derecho inglés no siempre fue acompañada de la conservación de esos precedentes. Desde 1537, en que se publicó el último *Year Book*³⁰, hasta 1865 no hubo actas oficiales de los casos

²⁷ “The *Five Knights’ Case* of 1627 ---escribe Christianson--- worked together (junto a otros factores que ahora no son del caso) to precipitate the debates over the prerogatives of the crown and the liberties of the subject which took place in the parliament of 1628”. CHRISTIANSON, Paul: “Ancient Constitutions in the Age of Sir Edward Coke and John Selden”, en *The Roots of Liberty, op. cit.*, pp. 89 y ss.; en concreto, p. 116.

²⁸ “No Freeman ---establece la Carta--- shall be taken or imprisoned, or be disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed; nor will We not pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgment of his Peers, or by the Law of the Land. We will sell to no man, we will not deny or defer to any man either Justice or Right”. El comentario de este Capítulo 29 puede verse en la obra *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, edited by Steve SHEPPARD, Liberty Fund, Indianapolis, Indiana, 2003, Vol. Two, pp. 848 y ss.

²⁹ Ya en 1662, en su *History of the Worthies of England*, refiriéndose a los *Reports* de Coke, Fuller escribía, que “they will last to be admired by the judicious posterity whilst fame hath a trumpet left her, and any breath to blow therein”. *Apud* BAKER, J. H.: “Coke’s Note-Books and the Sources of his Reports”, en *The Cambridge Law Journal (Cambridge L. J.)*, Vol. 30, 1972, pp. 59 y ss.; en concreto, p. 59. Este trabajo puede verse asimismo en la obra *Law, Liberty, and Parliament. Selected Essays...*, *op. cit.*, pp. 357 y ss. (la cita en p. 357).

³⁰ Los *Year Books* comenzaron a circular hacia fines del siglo XIII (Baker da como fecha concreta de aparición del primero de ellos la del año 1280) cuando los fundamentos del *common law* establecidos por los jueces de los reinados de Enrique II y Enrique III estaban siendo modificados a la vista de los estatutos de Eduardo I, hijo de Enrique III y Rey de Inglaterra entre 1272 y 1307. Hacia el año 1300, estos *Reports* se habían convertido en una serie cronológica con una cierta reputación entre los juristas, pues como de nuevo señala Baker, los primeros *Year Books* eran obviamente una criatura de la nueva profesión jurídica. (BAKER, J. H.: *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, 2nd edition, London, 1979, p. 152). Según Vinogradoff, los primeros *reports*, preocupados por la armonización entre el *statute law* y el *common law*, iban a ser de una gran extensión, entrando en todos los detalles judiciales. VINOGRADOFF, Paul: “Constitutional History and the Year Books”, en *The Law Quarterly Review (L. Q. Rev.)*, Vol. XXIX, 1918, pp. 273 y ss.; en concreto, p. 274.

judiciales³¹, por lo que este importante trabajo debió correr de cuenta de particulares. Y se admite de modo generalizado, que las clásicas fuentes del viejo *common law* son los *Reports* de Edmund Plowden³² y de Edward Coke³³.

3. Breve aproximación al pensamiento jurídico de Coke

I. El primer rasgo a subrayar en relación al pensamiento jurídico de Edward Coke es el de su profundo conocimiento del saber clásico; no era esto, por supuesto, algo inhabitual en la época sino, bien al contrario, algo muy común entre los más destacados juristas de los años isabelinos (Isabel I fue Reina de Inglaterra e Irlanda entre 1558 y 1603). No ha de extrañar por ello que los escritos de nuestro Juez estén repletos de citas de escritores latinos: Catón, Juvenal, Salustio, Plinio, Horacio, Séneca, Tácito, Virgilio y Cicerón. Las máximas latinas, un conciso resumen o recapitulación del Derecho, se hallan omnipresentes en sus obras. No debe sorprender por lo mismo, que en un popular libro de máximas jurídicas de nuestra época³⁴, de las 1100 máximas recogidas, justamente la mitad se adscriban directamente a Edward Coke.

El estudio de la filosofía jurídica del siglo XVII inglés, comprensiva de cuestiones tales como la naturaleza de este Derecho, sus fuentes, su relación con la moral y la política..., requeriría un análisis de los escritos de autores tales como Thomas Hobbes, Robert Filmer, John Locke, James Harrington y de muchos otros políticos y filósofos jurídicos. Coke iba sin embargo a centrar su preocupación en la identificación de aquellos factores que habían dado al Derecho inglés su naturaleza peculiar. La filosofía jurídica de Coke se iba a centrar de modo específico no ya sobre el Derecho inglés en general sino, más estrictamente aún, sobre una rama de ese Derecho: el *English common law*, esto es, el Derecho que tradicionalmente se

³¹ VEEDER, Van Vechten: "The English Reports, 1292-1865" (I), en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. XV, 1901-1902, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 3.

³² Plowden, que falleció en 1585, llevó a cabo su recopilación de los casos judiciales entre la década de 1550 y la de 1570. Sus *Commentaries* se apartaban totalmente del estilo de los *Year Books*, al esforzarse sobremanera para verificar todos los detalles de los casos, informándose al respecto a través de los abogados y de los propios jueces. Cfr. al efecto, BAKER, J. H.: *An Introduction to English Legal History*, *op. cit.*, p. 156.

³³ Coke comenzó hacia 1580 a anotar las transacciones jurídicas, perfeccionando su información durante su tiempo de ocio. En 1600 publicó su primer volumen, y poco después, siendo *Attorney General*, el segundo y tercero. En 1603 apareció el cuarto y dos años más tarde el quinto. Los restantes se publicaron entre los años 1607 y 1616. En su metodología, los *Reports* de Coke fueron únicos, porque no fueron *reports* en el sentido estricto del término. El propio Juez advertía en el prólogo de sus libros, que no elaboraba estos informes con vistas a su mera mención ante los tribunales, sino también con propósitos educativos. Cfr. al efecto, VEEDER, Van Vechten: "The English Reports...", *op. cit.*, pp. 9-10.

³⁴ *Latin for Lawyers*, 3rd edition, London, 1960. Cit. por BARNES, Thomas G.: "Introduction to Coke's <Commentary on Littleton>", *op. cit.*, p. 22.

aplicaba por los “royal courts of Common Pleas, King’s Bench and Exchequer”. Coke no intentó desarrollar una teoría del Derecho canónico de la Iglesia, aplicable en los tribunales eclesiásticos ingleses, o de las normas mixtas, canónicas y romanistas, aplicadas en una amplia variedad de tribunales ingleses, pese al conocimiento que de ellas tenía. Es por lo mismo por lo que se considera entre la doctrina³⁵, que es a Coke, más que a ninguna otra persona, a quien se debe en Inglaterra la extendida idea de que el Derecho inglés, esto es, *the law of the land*, tan sólo ha de visualizarse en el *English common law*, y no, entre otras ramas del Derecho, en “the law of Chancery”, “the Ecclesiastical law”, “the law of Admiralty”, “the law of the Merchants”... etc.

Los muchos escritos de Coke no empecen su primigenia vertiente como hombre de acción, a lo que quizá se pueda anudar su visión del conocimiento del Derecho como una ciencia práctica, que alcanza su fin al formar el juicio de alguien que estudia. Muy posiblemente, en ello también pudo influir su preocupación por los movimientos científicos de la época; está demostrado que la biblioteca de Coke albergaba una gran cantidad de libros de los más relevantes científicos de la era isabelina³⁶, aunque su conexión con el movimiento científico no llegó al extremo de Sir Francis Bacon, cuyo rol inspirador de la fundación de la *Royal Society* es bien conocido, aunque, como escribe Shapiro, “the connection between his leadership in science and his contributions to the legal profession and jurisprudential writings is not frequently noted”³⁷.

II. Coke va a configurar claramente su visión del Derecho en el Epílogo a la primera parte de sus *Institutes* (parte que se identifica con el rótulo de “Coke upon Littleton”³⁸) a partir del adagio *Ratio est anima legis*. Tomándolo como punto de partida, escribe:

³⁵ Entre otros, BERMAN, Harold J.: “The Origins of Historical Jurisprudence...”, *op. cit.*, p. 1679.

³⁶ En tal sentido, SHAPIRO, Barbara J.: “Law and Science in Seventeenth-Century England”, en *Stanford Law Review* (*Stan. L. Rev.*), Vol. 21, 1968-1969, pp. 727 y ss.; en concreto, p. 737.

³⁷ *Ibidem*, p. 736.

³⁸ Thomas Littleton, junto a Sir John Fortescue, son considerados las principales figuras del renacimiento del Derecho inglés nativo; Littleton por su tratado sobre el derecho del país (*land law*), y Fortescue por su exposición de la constitución, uno y otra diferentes del Derecho romano. Para Coke, los *Tenures* (el tratamiento del Derecho de arrendamientos) de Littleton son “the ornament of the common law, and the most perfect and absolute work that ever was written in any human science”. Y en cuanto a la obra de Fortescue, *De Laudibus Legum Angliae*, escrita entre 1468 y 1471, la encuentra de tal importancia y mérito (“weight and worthiness”) que debería estar escrita “in letters of gold”. *Apud* SANDOZ, Ellis: “Fortescue, Coke, and Anglo-American Constitutionalism” (Editor’s Introduction), en *The Roots of Liberty* (Magna Carta, Ancient Constitution, and the Anglo-American Tradition of Rule of Law), *op. cit.*, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 5.

“*Ratio est anima legis*; for then are we said to know the Law, when we apprehend the reason of the Law, that is, when we bring the reason of the Law so to our owne reason, that wee perfectly understand it as our owne, and then and before, we have such an excellent and inseparable propertie and ownership therin (therein), as wee can neither lose it, nor any man take it from us, and will direct us (the learning of the Law is so chained together) in many other Cases. But if by your studie and industrie you make not the reason of the Law your owne, it is not possible for you long to retaine in your memorie. And well doth our author couple arguments and reasons together, *Quia argumenta ignota & obscura ad lucem rationis proferunt & reddunt splendida*: and therefore *argumentari & ratiocinari* are many times taken for one”³⁹. (La razón es el alma de la ley; por lo tanto, se dice que conocemos la ley cuando percibimos la razón de la ley, esto es, cuando llevamos la razón de la ley a nuestra propia razón, y la comprendemos perfectamente como la nuestra propia, y entonces, nunca antes, tenemos un excelente e inseparable dominio y propiedad en eso, que ni podemos perderlo, ni ningún hombre quitárnoslo, y que nos dirigirá (nos encadenamos juntos así al conocimiento de la ley) en muchos otros casos. Pero si a través de su estudio y laboriosidad no hace suya la razón de la ley, a Usted no le es posible conservarla en su memoria largo tiempo. Y bien, empareje juntos nuestro autor argumentos y razones. “Porque los argumentos desconocidos y oscuros, a la luz de la razón, se transforman y se presentan resplandecientes”, y por eso “argumentar y razonar” son muchas veces tomados como lo mismo).

Añadamos, que Coke finalizará este epílogo con otra nueva máxima latina que se comenta por sí misma: *Lex plus laudatur quando ratione probatur*.

El Derecho viene a ser así para Coke una ciencia que, con un cierto sentido aristotélico, se presenta como una ciencia práctica, uniendo la razón al conocimiento de aspectos particulares, contenidos no en los libros como un cuerpo de conocimiento, sino en las mentes de los que pueden utilizarla⁴⁰. La definición que de la ley, del Derecho en más amplios términos, hará nuestro Juez, recurriendo de nuevo a una máxima latina: *Lex est ratio summa, quae jubet quae sunt utilia et necessaria, et contra prohibet* (la ley es la razón culminante, ---la perfección de la razón, si así se prefiere--- que ordena lo que es útil y necesario y que prohíbe lo contrario) ha sido una de las más persistentes y fructíferas definiciones que se ha dado de la ley, pudiendo verse definiciones paralelas en autores tan

³⁹ El “Epílogo” puede verse en *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, op. cit.*, Vol. Two, pp. 742-744. El texto transcrito, en pp. 742-743.

⁴⁰ STONER, Jr, James R.: *Common Law and Liberal Theory. Coke, Hobbes, and the Origins...*, op. cit., p. 18.

diversos como Cicerón, Aristóteles, Henry de Bracton, Jean de Gerson, el gran teólogo francés de la segunda mitad del siglo XIV y primeros lustros del XV), Grocio o Santo Tomás de Aquino. Ello no obsta a que la teoría cokiana de la razón artificial (*artificial reason*) se nos presente en la época de Coke como un concepto ciertamente revolucionario. Ello es patente si se tiene presente que para nuestro Juez, la ley y el Estado existen tranquilamente sin la necesidad de la presencia del Rey. Esa visión se haría aún más abiertamente revolucionaria tras la publicación de los *Reports* de Coke. De ahí que se haya podido escribir que “Coke dethroned the monarch only in the realm of law”⁴¹, aunque también es cierto, y ello debe inexcusablemente tenerse en cuenta, que el concepto de *reason* reflejaba una tradición muy arraigada en el Derecho medieval; por lo mismo, se trataba de un concepto que, lejos de ser novedoso, provenía de los siglos precedentes.

Es bastante evidente que, contemplada la ley desde la óptica de John Austin, la concepción de Coke podía visualizarse como ininteligible o inadecuada, por cuanto con ella, como acaba de decirse, el soberano dejaba de tener presencia, mucho menos predominio o primacía, en su definición. Para Coke, la “razonabilidad” de la ley era de algún modo la fuente de su fuerza vinculante, pues a la vista de sus escritos es patente, que antes que mandato y obediencia, “the matching halves of positivist jurisprudence”, como las considera Boyer⁴², la “razón artificial” que defiende Coke enfatiza la inteligencia, la responsabilidad y el consenso, y todo ello deja su concepción al margen del poderoso movimiento que se puede apreciar en la doctrina inglesa de vincular la obligación jurídica creada por la ley con algún hecho social, sea el “contrato social”, contemplado en Inglaterra por Locke, sea la “habitual obediencia al soberano”, a la que aludirá Austin⁴³. Cualquier intento de comprender la concepción de Coke desde el punto de vista de la jurisprudencia analítica de los siglos XIX y XX estará llamado al fracaso. Pero nos hallamos ante una cuestión que se halla lejos de estar finiquitada, pues todavía hoy se discute si la ley debe ser un producto de la razón o de la mera voluntad de quien tener poder para dictarla. Pero desde luego, estamos plenamente de acuerdo

⁴¹ BOYER, Allen Dillard: “<Understanding, Authority, and Will>: Sir Edward Coke...”, *op. cit.*, p. 92.

⁴² *Ibidem*, pp. 91-92.

⁴³ LEWIS, John Underwood: “Sir Edward Coke (1552-1634): His Theory of <Artificial Reason> as a Context for Modern Basic Legal Theory”, en *Law, Liberty, and Parliament. Selected Essays...*, *op. cit.*, pp. 107 y ss.; en concreto, p. 109.

con Lewis, cuando escribe, que “a definition of law in terms of <reasonableness> is better able than a voluntaristic one of giving a realistic account of legal obligation”⁴⁴.

Esta vinculación entre el Derecho y la razón aparece como una constante del pensamiento y de los escritos de Coke. Más aún, desde el punto de vista que primigeniamente nos interesa, el de la *judicial review*, tal y como parece sugerirlo alguna mención del *Bonham’s case*, el principio más significativo en la comprensión de la ley por Coke es su insistencia en torno a la ecuación entre el Derecho y la razón. Su persistencia en esta relación bipolar entre ley y razón, concebida siempre como *artificial reason*, esto es, como razón que existe no por la naturaleza sino por el esfuerzo y la habilidad humanas, se halla omnipresente en su obra. En otro celeberrimo pasaje, que se suele considerar como el favorito del propio Coke, éste comienza señalando, que *Nihil quod est contra rationem est licitum* (nada contrario a la razón es lícito), fundamentando esta premisa en las siguientes reflexiones:

“For reason is the life of the Law, nay the Common Law it selfe is nothing else but reason, which is to be understood of an artificial perfection of reason, gotten by long studie, observation and experience and not of every mans naturall reason, for *Nemo nascitur artifex*. This legall reason est *summa ratio*. And therefore if all the reason that is dispersed into so many several heads were united into one, yet could he not make such a Law as the Law of England is, because by many succession of ages it hath been fined and refined by an infinite number of grave and learned men, and by long experience growne to such a perfection, for the government of this Realme, as the old rule may be justly verified of it, *Neminem oportet esse sapientiozem legibus*: No man (out of his owne private reason) ought to be wiser than the Law, which is the perfection of reason”⁴⁵. (Pues la razón es la vida del Derecho, más aún, el *common law* no es en sí mismo sino razón, que tiene que comprenderse como una perfección artificial de la razón, conseguido por el estudio durante mucho tiempo, la observación y la experiencia, y no por la razón natural de los hombres, pues nadie nace maestro (en la ciencia del Derecho) (*nemo nascitur artifex*). Esta razón jurídica es la razón más elevada (*summa ratio*). Y por lo tanto, si toda la razón que está dispersa en muy distintas cabezas estuviera unida en una, no podría sin embargo hacer un Derecho tal como el Derecho de Inglaterra es, porque a través de la sucesión de muchas épocas ha sido purificado y refinado por un infinito número de hombres serios y cultos, y a través de una larga

⁴⁴ *Ibidem*, p. 120.

⁴⁵ *Apud The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, op. cit.*, Vol. Two, p. 701. Transcribimos estos textos en su literalidad, lo que, al tratarse de un inglés antiguo, se traduce en la existencia de palabras que no coinciden totalmente con lo que sería su actual versión inglesa.

experiencia se ha desarrollado a tal perfección para el gobierno de este Reino, como para que pueda justamente confirmarse la antigua norma de que *Neminen oportet esse sapientiores legibus*: Ningún hombre --- fuera de su propia razón personal--- debe ser más sabio, más juicioso, que el Derecho, que es la perfección de la razón).

La concepción que en el párrafo transcrito manifiesta nuestro personaje del *common law* inglés como encarnación del razonamiento de muchas generaciones de hombres cultos e instruidos, tenía importantes consecuencias filosóficas, pues representaba un concepto diferente de “razón” del que había prevalecido en la filosofía jurídica occidental⁴⁶. Tanto los filósofos escolásticos de los siglos XII al XV como los filósofos humanistas y neoescolásticos del siglo XVI habían entendido la “razón” como una facultad natural del intelecto humano, una capacidad del ser humano para comprender y formarse un juicio. La razón se contrastaba con la voluntad, que a su vez se visualizaba como una facultad natural para las emociones, que motivaba a una persona a dirigir su mente o su conducta hacia los objetivos deseados. Los filósofos jurídicos escolásticos habían sostenido que la “razón” no sólo facultaba a una persona para distinguir la justicia de la injusticia, sino que también inspiraba qué justicia era preferible. La “razón”, se venía a sostener, tiende naturalmente hacia la promoción del bien común, y de aquí que las leyes positivas contrarias a la razón no tuvieran ningún derecho a ser observadas. Los filósofos jurídicos humanistas, tanto católicos como protestantes, no iban a cambiar de modo significativo esta noción del *natural law*, aunque pondrían especial énfasis en la conveniencia de racionalizar y sistematizar las normas jurídicas en orden a alcanzar unas mejores políticas públicas.

Ante estas posiciones, Coke, por supuesto, no iba a dudar de la existencia de una *natural reason* y de un *natural law*, definidos por los filósofos morales y políticos, pero iba a yuxtaponerles un diferente tipo de “razón”, que bien podría denominarse *historical reason*, por cuanto para nuestro Juez, tal “razón” podría identificarse con el desarrollo histórico de la tradición nacional, y de modo más específico, de la tradición del *English common law*. Y la “razón” en que éste se basaba era el razonamiento de aquellos juristas, abogados y jueces, ingleses que Coke consideraba hombres serios, cultos e instruidos, que a lo largo de los siglos habían venido razonando, argumentando, sobre las más diversas materias jurídicas. En coherencia con ello, Coke iba a defender más que ningún otro pensador, la continuidad

⁴⁶ Cfr. al respecto, BERMAN, Harold J.: “The Origins of Historical Jurisprudence...”, *op. cit.*, pp. 1690-1691.

ininterrumpida del *common law*, lo que entrañaba considerar que sus más lejanos precedentes habían sobrevivido. Con todo, esta posición en absoluto era por entero novedosa, pues ya el *Chief Justice* Sir John Fortescue, al que con frecuencia se vincula con Coke, en su conocida obra *De Laudibus Legum Angliae*, escrita en los años 1470, había avanzado similar idea. En la mencionada obra se contenían una serie de cuestiones que, como se ha dicho, se adaptaban muy bien con el estereotipo de una “common law mind”, por lo que en Fortescue se ha visto una ejemplificación de la tradición jurídica inglesa⁴⁷.

III. La concepción que acabamos de exponer iba a manifestarse con meridiana nitidez en un célebre hecho, conocido como las *Prohibitions del Roy*, que no sólo revela esa visión cokiana del Derecho como *artificial reason*, sino que también nos pone de relieve la reivindicación por el *Chief Justice* de la primacía del Derecho y de su exclusiva aplicación por los jueces. El enfrentamiento entre Coke y el Rey Jacobo I, que está en el origen de este hecho, nos ofrece una extraordinaria riqueza de ideas, pero por fuerza hemos de abordarlo de modo muy esquemático.

El domingo 10 de noviembre de 1608⁴⁸ tenía lugar el más sonado de los muchos choques que a lo largo de su vida iba a tener Coke con el Rey. En sus *Reports*, aparece perfectamente documentado bajo el rótulo ya mencionado, *Prohibitions del Roy*⁴⁹. El *Privy Council* se reunía comúnmente la mañana de los domingos en el “Whitehall Palace”, con la asistencia de los jueces de *common law* y de los eclesiásticos, y como es obvio, bajo la presidencia del Rey. Ese día (o quizá el día 13⁵⁰) se producía un enfrentamiento entre el

⁴⁷ Christopher W. BROOKS: “The Place of Magna Carta and the Ancient Constitution in Sixteenth-Century English Legal Thought”, en *The Roots of Liberty*, *op. cit.*, pp. 57 y ss.; en concreto, p. 60.

⁴⁸ Hay bastantes discrepancias en cuanto a la fecha exacta de la reunión desencadenante del enfrentamiento. El 10 de noviembre es la que aparece en los *Reports*, pero el dato no es del todo claro. Usher, hace más de un siglo, relativizó un tanto los datos recogidos por Coke en la parte duodécima de sus *Reports*, con base en que este volumen se había publicado tras la muerte de Lord Coke, y unos meses después de la misma el Rey ordenó la incautación de los documentos de Coke. No fue hasta 1641 cuando el Monarca accedió a la petición de uno de los hijos del Juez para que su heredero, Robert Coke, los restaurara y en su caso los publicara. Y no cabe descartar que alguna modificación pudiera ser introducida. Cfr. al efecto, USHER, Roland G.: “James I and Sir Edward Coke”, en *The English Historical Review* (published by Oxford University Press), Vol. 18, No. 72, October, 1903, pp. 664 y ss.; en particular, pp. 664, 667 y 670.

⁴⁹ COKE, Edward: “Prohibitions del Roy” (en Part Twelve of the *Reports*), en *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, *op. cit.*, Vol. One, pp. 478-481.

⁵⁰ Bowen, que ha elaborado la que posiblemente sea la mejor biografía de Coke, fija la fecha del domingo 13 de noviembre. A simple vista, queda claro que existe un error de calendario, pues Bowen se refiere no al día 13, sino al domingo día 13. Dado el rigor de la obra de esta autora, parece que la fecha que da es la real. Cfr. al

Arzobispo de Canterbury, Bancroft, y Coke, que degeneraba en un violento choque entre el Rey y el propio *Chief Justice*.

Ante las pretensiones de Bancroft de ampliar el conocimiento de los tribunales eclesiásticos en ciertos ámbitos, Coke iba a intervenir argumentando que tales tribunales tenían una indiscutida autoridad para conocer en la medida en que los asuntos temporales no se viesan afectados. Pero cuando una cuestión temporal hiciera acto de presencia en el litigio, éste debía transferirse a los *common law courts*, aún en casos de clara naturaleza eclesiástica. Tras una breve intervención del Rey alguien, que Bowen, biógrafa de Coke, cree que pudo ser el propio Arzobispo Bancroft⁵¹, planteó la delicada cuestión (“the touchy matter”) de las propias facultades del Rey. En sus *Reports*, Coke no identifica al autor de la siguiente reflexión, expresando tan sólo que el Rey Jacobo I fue informado de que:

“(W)hen the question was made of what matters the Ecclesiastical Judges have Cognizance, either upon the exposition of the Statutes concerning tithes, or any other thing Ecclesiastical, or upon the Statute I Eliz. concerning the high Commission, or in any other case in which there is not express authority in Law, the King himself may decide it in his royal person; and that the Judges are but the delegates of the King, and that the King may take what Causes he shall please to determine, from the determination of the Judges, and may determine them himself” (Cuando se planteó la cuestión de sobre qué asuntos conocen los jueces eclesiásticos, si sobre la interpretación de los estatutos relativos a diezmos, o sobre cualquier otra cosa eclesiástica, o sobre el estatuto de Isabel I relativo a la Comisión superior, o en cualquier otro caso en el que no haya una expresa autoridad en Derecho (se argumentó que) el Rey mismo podía decidir por su real persona, y que no siendo los jueces sino delegados del Rey, éste podía quitar de la decisión de los jueces cualquier causa que quisiera decidir, y podía decidirla por sí mismo). A lo que el Arzobispo de Canterbury iba a añadir, “this was clear in Divinity, that such Authority belongs to the King by the Word of God in the Scripture”⁵² (esto era claro en la Teología, que tal autoridad pertenece al Rey por la palabra de Dios en las Escrituras).

A ello Coke iba a responder de modo rotundo: “That the King in his own person cannot adjudge any case, either criminal ---as treason, felony, & c., or betwixt party and party,

respecto, BOWEN, Catherine Drinker: *The Lion and the Throne* (The Life and Times of Sir Edward Coke. 1552-1634), Hamish Hamilton, London, 1957, pp. 260-261.

⁵¹ BOWEN, Catherine Drinker: *The Lion and the Throne*, *op. cit.*, p. 261.

⁵² *Apud The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, *op. cit.*, Vol. One, p. 479.

concerning his inheritance. chattels, or goods, but this ought to be determined and adjudged in some court of justice, according to the Law and Custom of England”⁵³. (Que el Rey por su propia persona no puede juzgar ningún caso, ni criminal, como traición o delito grave..., ni entre parte y parte, acerca de su herencia, bienes o mercancías, sino que esto debe decidirse y sentenciarse en algún tribunal de justicia, según el Derecho y la costumbre de Inglaterra). Coke añadía sentirse enormemente asombrado (“greatly marvelled”) de que el Arzobispo se atreviera a informar al Rey de que tal autoridad y poder absolutos pertenecieran al Monarca por la palabra de Dios⁵⁴. El Soberano, añadió Coke dirigiéndose al Rey, puede ocupar un lugar en la *Star Chamber* (Cámara Estrellada), “and this appears in our books”. Pero sólo para consultar con los jueces, no para juzgar (“not *in iudicio*”). “And it appears by Act of Parliament ---concluiría nuestro *Chief Justice*--- that neither by the Great Seal nor by the Little Seal, justice shall be delayed; *ergo*, the King cannot take any cause out of any courts and give judgment upon it himself...”⁵⁵. (Y aparece por ley del Parlamento, que ni por el sello real, ni por cualquier otro sello puede la justicia ser retrasada; por consiguiente, el Rey no puede apropiarse de ninguna causa al margen de cualquier tribunal y dictar sentencia sobre ella por sí mismo).

Una vez que Coke expuso diferentes precedentes que apoyaban su argumentación, el Rey Jaime respondió que él pensaba que el Derecho se hallaba fundado en la razón y que tanto él como otros tenían razón, lo mismo que los jueces, con lo que, de modo implícito, estaba reivindicando su potestad de, llegado el caso, decidir ciertos casos litigiosos. Frente a ello, Coke, según refleja en sus propios *Reports*, iba a replicar de modo brillante y persuasivo:

“(T)hat it was, that God has endowed his Majesty with excellent Science, and great endowments of nature; but his Majesty was not learned in the Lawes of his Realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects; they are not to be decided by naturall reason but by the artificiall reason and judgment of Law, which Law is an act which

⁵³ *Apud* BOWEN, Catherine Drinker: *The Lion and the Throne...*, *op. cit.*, pp. 261-262.

⁵⁴ Cabe recordar que la genérica noción de que *curia domini debet facere iudicia et non dominus*, se hallaba sólidamente arraigada en la Edad Media encontrando expresión, como recuerda Yale, en ciertos límites jurídicos sobre lo que el Rey podía o no podía conceder a través de la delegación o transmisión de facultades jurisdiccionales. YALE, D. E. C.: “*Iudex in propria causa: An Historical Excursus*”, en *Cambridge Law Journal* (*Cambridge L. J.*), Vol. 33, 1974, pp. 80 y ss.; en concreto, p. 86.

⁵⁵ *Apud* *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, *op. cit.*, Vol. One, p. 480.

requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it; and that the Law was the Golden metwand and measure to try the Causes of the Subjects; and which protected his Majesty in safety and peace”⁵⁶. (Que era verdad que Dios había dotado a Su Majestad con una excelente ciencia y grandes dones de la naturaleza, pero Su Majestad no estaba instruido en las leyes de su Reino de Inglaterra, y las causas que conciernen a la vida, a la herencia, a los bienes o fortunas de sus súbditos, no tienen que decidirse por la razón natural sino por la razón artificial y la decisión del Derecho; que el Derecho es una obra que requiere largo estudio y experiencia de que un hombre pueda alcanzar su conocimiento, y que el Derecho era la vara áurea y la medida para juzgar las causas de los súbditos, y que protegía a Su Majestad en seguridad y paz).

Ante tal disertación, según recoge Coke en sus *Reports*, el Rey se mostró muy ofendido y dijo, que era traición afirmar (“was treason to affirm”) que él debía estar sometido a la ley, al Derecho, a lo que Edward Coke reconoce haber replicado lo que Henry de Bracton ---el primer gran jurista inglés, que vivió en el siglo XIII, siendo Juez del *King’s Bench* durante el reinado de Enrique III (Rey de Inglaterra entre 1216 y 1272) y autor del relevante tratado *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, escrito entre 1250 y 1256, aunque no se publicó hasta 1569, obra en la que se puso en contacto por primera vez el naciente *common law* con el Derecho romano--- ya había sostenido: *Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege*⁵⁷, o lo que es igual, que el Rey no debe hallarse sujeto a ningún hombre, sino tan sólo a Dios y al Derecho⁵⁸. Para tener una visión más completa, quizá convenga recordar, que antes de llegar al trono de Inglaterra en 1603, Jacobo había reinado como Jacobo VI en Escocia, un reino cuyo Derecho se basaba en el Derecho romano. De ahí que el Rey no estuviese familiarizado con el *common law* o con sus racionalizaciones. Su concepto del Derecho provenía de los jueces reales del Antiguo Testamento y del Derecho romano escocés. Para él, el Derecho no era sino una expresión de la voluntad regia; por lo tanto, el Monarca

⁵⁶ *Apud The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, op. cit.*, Vol. One, p. 481.

⁵⁷ El célebre pasaje contenido en el tratado de Bracton dice lo siguiente: “The King himself ought not to be subject to man, but subject to God and to the law, for the law makes the King. Let the King then attribute to the law what the attributes to him, namely, dominion and power, for there is no King where the will and not the law has dominion”. Como escribiera Corwin, en estas palabras tenemos contenida la característica idea medieval de la autoridad, concebida como derivación del Derecho y, por lo tanto, limitada por el mismo. CORWIN, Edward S.: “The <Higher Law> Background of American Constitutional Law” (I), *op. cit.*, pp. 172-173.

⁵⁸ La consideración antes referida de Bracton entrañaba que *lex facit regem*, términos que el propio Coke aprobó. Con ellos quedaba planteada la cuestión de si para Edward Coke el Rey se hallaba sujeto asimismo al Derecho estatutario, de aprobación parlamentaria. A juicio de Mullett, para Coke, aunque no lo dijera de modo específico, el Parlamento era supremo sobre aquellos atributos regios que no estaban única e inseparablemente ligados a la persona del Monarca. MULLETT, Charles F.: “Coke and the American Revolution”, *op. cit.*, p. 466.

era la fuente del Derecho y su intérprete supremo, del que los jueces inferiores extraían su autoridad.

En el fondo de todo ello hacía acto de presencia la profunda diferenciación existente en la época entre los diversos *civil law systems* de la Europa continental, pero también de Escocia, y el *English legal system*, diferencias de las que iban a derivar asimismo importantes consecuencias políticas. John Wycliffe, en su *De Officio Regis* (1379), y posteriormente, y aún en mayor medida, Sir John Fortescue, al que ya nos hemos referido, considerado un relevante precursor del historicismo⁵⁹, doctrina que había de convertirse en dominante en el pensamiento jurídico inglés del siglo XVII, al remontarse (en la ya mencionada *De Laudibus Legum Angliae*) en su búsqueda de los orígenes del Derecho inglés hasta costumbres inmemoriales, que incluso se habían de situar cronológicamente en tiempos anteriores al dominio romano, se iban a hacer eco de tales divergencias. Fortescue iba a distinguir entre lo que denominaba el *dominium politicum et regale* característico de Inglaterra, y el continental (particularmente francés) *dominium regale*⁶⁰. Esta divergencia se traducía en que mientras en Inglaterra el Rey carecía de poder para cambiar la ley sin lograr el asentimiento del conjunto del Reino representado en el Parlamento, la voluntad del Monarca francés era absoluta, quedando habilitada por la famosa máxima de Justiniano, *Quod principi placuit legis habet vigorem* (Lo que le agrada al príncipe tiene fuerza de ley). Innecesario es decir, que bajo ese sistema de *civil law* los Reyes podían convertirse fácilmente en tiranos, mientras que el *English common law* establecía una barrera frente a esa degeneración, encaminada a mantener la libertad del súbdito.

IV. Un sector de la doctrina ha considerado⁶¹, que la más importante contribución de Coke a la filosofía jurídica inglesa fue su identificación del *fundamental law* de Inglaterra con su constitución no escrita, esto es, con el propio *common law*. Para nuestro Juez, el *common law* se había encontrado, no se había hecho. Eran el Parlamento, los jueces y “the King in Council” quienes lo habían encontrado, lo que ya nos muestra que Coke iba a adscribir el *common law* a una variedad de fuentes. Por supuesto, como se acaba de decir, el Derecho positivo también se integraba en el *common law*; Coke nunca dudó de la fuerza vinculante de

⁵⁹ BERMAN, Harold J.: “The Origins of Historical Jurisprudence...”, *op. cit.*, p. 1658.

⁶⁰ HELGERSON, Richard: “Writing the Law”, en *Law, Liberty, and Parliament. Selected Essays...*, *op. cit.*, pp. 26 y ss.; en concreto, pp. 30-31.

⁶¹ BERMAN, Harold J.: “The Origins of Historical Jurisprudence...”, *op. cit.*, pp. 1681 y 1693.

la legislación, pero él visualizó el Derecho estatutario, emanado del Parlamento, dentro del contexto histórico de los precedentes de los tribunales ingleses de *common law*, lo que podía conducir a pensar en la primacía de ese *fundamental law* sobre el Derecho positivo.

Entre los ingleses de la época, aún existiendo la idea de un *fundamental law*, no se hallaba del todo claro qué tipo de reglas o normas podían considerarse fundamentales, o dicho de otro modo, cuál era el contenido de ese *fundamental law*. Para algunos, el *fundamental law* estaba encerrado en el *common law* y en esas instituciones del *common law* tales como el *trial by jury* (juicio por jurados), que se creía que encontraban sus raíces en un remoto, pero puramente inglés, pasado sajón, anterior a la conquista normanda⁶².

En el “Preface” de la cuarta parte de sus *Reports*, Coke hace algunas consideraciones que no parecen sugerir que alguna forma de Derecho fuera inmutable, limitándose a poner de relieve que, en ocasiones, podía ser inconveniente o incluso peligroso innovar ese Derecho⁶³. Roscoe Pound, el gran Decano de Harvard, pudo observar al respecto⁶⁴, que Coke siempre fue consciente de que aunque el Derecho ha de ser estable y firme, no debe permanecer completamente inmóvil. En el siglo XVII, quizá el único modo de que esta paradoja de la estabilidad y la flexibilidad plástica del Derecho pudiera resolverse era a través de una consciente reinterpretación, tanto por los jueces como por los abogados, de los valiosos textos jurídicos del pasado. Coke se alineó en esta dirección y, en coherencia con ella, trató de adaptar el *common law* medieval, contemplado como tal primariamente a través de la *Magna Charta*, a las necesidades de su propia sociedad.

No cabe duda de que la Carta Magna, que Henry de Bracton, en su *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, calificó de *constitutio libertatis*, una expresión que, como dice Corwin⁶⁵, a sabiendas o no, atribuye a la Carta la consolidación de todas las libertades concretas en una libertad (“one liberty”), se contempló como la fuente de todas las *fundamental laws* del reino. Coke se ocupó de ella y de aquellas leyes (*statutes*) que, a su juicio, más afectaban a los derechos e intereses de Inglaterra, comentando cada una de las secciones de esos textos. Innecesario es decir que el más significativo comentario está

⁶² Cfr. al efecto, STIMSON, Shannon C.: *The American Revolution In The Law* (Anglo-American Jurisprudence Before John Marshall), The Macmillan Press, London, 1990, p. 15.

⁶³ El “Preface” puede verse en *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, *op. cit.*, Vol. One, p. 95.

⁶⁴ POUND, Roscoe: *Law Finding Through Experience and Reason*, 1960, p. 23. Cit por George P. SMITH, IIº: “Dr. Bonham’s Case and Modern Significance...”, *op. cit.*, p. 300.

⁶⁵ CORWIN, Edward S.: “The <Higher Law> Background of American Constitutional Law” (I), *op. cit.*, p. 177. En algún otro lugar de su obra, Bracton habla simplemente de *Constitutio* en referencia a la Carta Magna.

dedicado a la Carta Magna de 1215, de la que Coke dirá que no era grande en cantidad, pues con posterioridad a ella se habían aprobado varias voluminosas *Charters*, “but in respect of the great importance, and weightinesse of the matter”⁶⁶. Pocas líneas después, Coke establecería un símil que siempre le resultó muy querido, al comparar la Carta Magna con Alejandro Magno, llamado así no en atención al tamaño de su cuerpo, pues era un hombre de baja estatura, “but in respect of the greatnesse of his heroicall spirit, of whom it might be truly said, *Mens tamen in parvo corpore magna fuit*”⁶⁷. (Sin embargo, grande fue la mente en el pequeño cuerpo). Coke fue, desde luego, la figura clave en la reviviscencia de la *Magna Charta*, y el rol desempeñado en la historia de la teoría constitucional americana por la Carta Magna, particularísimamente por su capítulo 29, se debe en gran parte a Coke.

Los escritos de Coke fueron una de las mayores colecciones de reglas del *common law* y posibilitaron que éste pudiera adquirir la posición relevante que vino a ocupar en el siglo XVII como resultado de los conflictos constitucionales de la época. Con toda justicia, los escritores de folletos del siglo XVII vieron a Coke como “the great oracle” de la tradición del *common law*⁶⁸, a causa de que él había justamente realizado el decisivo servicio de filtrar esta tradición para su conocimiento y utilización en ese siglo, y también como es obvio en los sucesivos. Nuestro *Chief Justice* no sólo ensalzó el *common law*, al igual ciertamente que otros escritores del siglo XVII, sino que, en ocasiones, como antes se dijo, se refirió a él como un *fundamental law*, y otras veces lo identificó con el Derecho natural (“the law of nature”), lo que resultaría meridianamente claro en el importante *Calvin’s Case*, también conocido como *the Case of the Postnati* (1608)⁶⁹. El nuevo planteamiento del *common law* llevado a cabo por Coke facilitó la adaptación de las reglas de *common law* medievales a las necesidades del Estado moderno, y a la par, ayudó a la venidera supremacía parlamentaria. Bacon llegaría a admitir, que si no hubiera sido por los *Reports* de Coke, “the Law by this

⁶⁶ “Proeme to the second Part of the *Institutes of the Lawes of England*”, en *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke. op. cit.*, Vol. Two, pp. 746 y ss.; la mención transcrita en p. 746.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 747.

⁶⁸ JONES, David Martin: “Sir Edward Coke and the Interpretation of Lawful Allegiance in Seventeenth-Century England”, en *Law, Liberty, and Parliament. Selected Essays...*, *op. cit.*, pp. 86 y ss.; en concreto, p. 87.

⁶⁹ El *Calvin’s Case* puede verse en *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, op. cit.*, Vol. One, pp. 166 y ss. Sobre este caso, que la autora a la que nos referimos de inmediato considera que fue central en el debate sobre el poder del Parlamento en los dominios ingleses, cfr. BLACK, Barbara A.: “The Constitution of Empire: The Case for the Colonists”, en *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)*, Vol. 124, 1975-1976, pp. 1157 y ss.; en particular, pp. 1175-1184.

time had been like a ship without ballast” (el Derecho por esa época hubiera sido como un barco sin lastre)⁷⁰.

4. El *Case of the College of Physicians* o *Bonham’s Case* (1610). Los hechos del caso.

I. No cabe la menor duda de que el *Case of the College of Physicians*, más comúnmente conocido como el *Bonham’s Case*, es el más famoso caso resuelto por el *Chief Justice*, e incluso el más conocido de los *Reports* de Coke⁷¹. Del caso existen dos informes, uno como es obvio del propio Coke, que presidió el juicio como *Chief Justice* del *Common Pleas*; el otro de Brownlow, quien como protonotario del tribunal se halló presente en las últimas etapas del caso.

El litigio que se formalizó ante el tribunal presidido por Coke lo fue a través de una acción “for false imprisonment” (por prisión ilegal) que presentó Thomas Bonham contra Henry Atkins, George Turner, Thomas Moundford y John Argent, doctores en medicina, y John Taylor y William Bowden, pequeños terratenientes, todos ellos miembros principales del “Royal College of Physicians” (Real Colegio de Médicos) de Londres.

El tema de la *litis* se hallaba lejos de ser trascendente. Innecesario es decir que su enorme fama deriva del pasaje de la sentencia en el que tradicionalmente se ha entendido, por lo menos por amplios sectores de la doctrina científica, que Coke estableció la teoría de que el Derecho estatutario tiene que respetar unos principios superiores de Derecho y justicia, o lo que es igual, un *fundamental law*, por cuanto éste tiene un carácter vinculante frente a todos los poderes constituidos, incluido el Parlamento, y no haciéndolo así puede ser considerado nulo por los tribunales de *common law*.

La doctrina moderna ha debatido intensamente el exacto significado del más célebre y reiterado pasaje de la sentencia, al que nos referiremos más adelante, si bien, como ya se ha dicho, es patente que para los hombres de la era de formación de la teoría constitucional americana el significado era muy claro. Como escribe Schwartz⁷², Coke estaba afirmando, como un principio de Derecho positivo, que existía un *fundamental law* que limitaba a la

⁷⁰ *Apud* MULLETT, Charles F.: “Coke and the American Revolution”, *op. cit.*, p. 466.

⁷¹ El caso se incluye dentro de la “Part Eight of the *Reports*”. Puede verse en *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, *op. cit.*, Vol. One, pp. 264 y ss.

⁷² SCHWARTZ, Bernard: *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1993, p. 5.

Corona y al Parlamento indistintamente. ¿No había concluido Lord Coke que cuando una ley del Parlamento era contraria a ese *fundamental law* debía ser juzgada nula? ¿No significaba eso que cuando el Gobierno británico actuaba respecto de sus colonias de un modo contrario al *common right and reason* sus decretos carecían de fuerza jurídica?

II. Los hechos del caso creemos que son bien conocidos, por lo que nos detendremos en ellos de modo esquemático. Sus protagonistas serían Thomas Bonham y el *Royal College of Physicians*. El Colegio de Médicos había sido fundado en 1518 bajo la Cancillería del Cardenal Wolsey. Una ley del Parlamento confirmó su *charter*, que había sido aprobada durante el reinado de Enrique VIII (Rey de Inglaterra entre 1509 y 1547). De conformidad con tal ley, el *College* obtuvo el derecho a actuar como un tribunal en orden a juzgar a todos los que practicaban la medicina en Londres, lo que se traducía en la admisión como miembros de quienes considerara académicamente cualificados, en la concesión de licencias a quienes, sin una cualificación académica, hubieren demostrado su experiencia práctica, y en el castigo de quienes ejerciesen la medicina deficientemente o sin su autorización. Una ley del primer Parlamento de la Reina María también permitió a los dignatarios del Colegio decidir la prisión de los infractores y mantenerlos encarcelados a su voluntad. De esta forma, como dice Cook⁷³, la autoridad jurídica del Colegio se alzaba frente a la pretensión del *common law* de que para practicar la medicina uno no necesitaba más que el consentimiento del paciente. Y todo ello, al margen ya de que las competencias del Colegio para autorizar la práctica de la medicina se superponían con las de los obispos, de otorgar licencias a los médicos y cirujanos (“surgeons”), y con la capacidad de las Universidades de emitir licencias para la práctica asimismo de la medicina y cirugía.

Thomas Bonham, según los archivos de la Universidad de Cambridge, se había matriculado como becario (“sizar”) en el “St. John’s College” durante el período de la Pascua de 1581. Con toda probabilidad, debió cursar los siete años requeridos en Cambridge para la obtención del grado de la licenciatura. Incluso es probable que accediera a un título de “medical doctorate” en la propia Universidad a mediados de la década de los noventa.

⁷³ COOK, Harold J.: “Against Common Right and Reason: *The College of Physicians v. Dr. Thomas Bonham*”, en *Law, Liberty, and Parliament. Selected Essays...*, *op. cit.*, pp. 127 y ss.; en concreto, p. 130.

Asociado a la “Barber-Surgeon’s Company”, y con la intención de obtener el derecho de administrar “internal remedies”, esto es, ayuda médica, Bonham formalizó una petición ante el Parlamento a principios del año 1605, a lo que el Colegio se opuso. Así las cosas, Bonham debió pensar que su mejor estrategia era la de asociarse al Colegio, a cuyo efecto, el 6 de diciembre de 1605, se presentó por propia iniciativa ante los “censores”, esto es, los miembros del *comitia censorum*, del Real Colegio para el pertinente examen, necesario como antes se dijo para acceder a la condición de miembro del *College*. Las respuestas no plenamente satisfactorias a las preguntas que se le formularon frustró su propósito. El 14 de abril del siguiente año Bonham retornó al examen, calificándosele esta vez sus respuestas como “no pertinentes”. Además, de resultas de haber estado practicando la medicina en Londres durante varios años sin ser miembro del Colegio ni disponer de su autorización, se le impuso por los censores una multa de 5 libras (una cantidad respetable para la época), a ser pagada en la inmediata reunión posterior del *comitia censorum*, al margen ya de ser amenazado por los censores con la prisión si no cumplía la obligación contraída. Bonham no retornó para un nuevo examen y continuó practicando la medicina. El 3 de octubre de 1606, los censores anotaron en las actas del Colegio, que el Dr. Bonham continuaba ejerciendo prácticas contrarias a lo estipulado en los estatutos y leyes que regían el *Royal College* y tras varias citaciones sin lograr que se presentara, Bonham fue arrestado y condenado a una multa de 10 libras.

El 7 de noviembre de 1606, Bonham se presentó ante el comité de censores (*comitia censorum*) acompañado de un Abogado. El presidente del *College*, Henry Atkins, le recordó sus reiteradas desobediencias y le preguntó si acudía para repararlas o para examinarse de nuevo. Bonham adujo que practicaba la medicina y la iba a seguir practicando sin requerir la autorización del Colegio y sin obedecer a su presidente, pues ellos carecían de competencia sobre quienes se habían graduado en las Universidades, cuestión sobre la que el Abogado que le acompañaba incidió, interpretando en ese sentido diversas cláusulas de las normas que regían el *College*. Pero como a simple vista la ley estaba a favor del Colegio, su presidente y los censores decidieron enviar a Bonham a prisión, situación que había de mantenerse a la voluntad de aquéllos al estimar que el médico había incurrido en desacato (“for contempt”). Sin embargo, en una semana, el abogado de Bonham había formalizado un *writ of habeas corpus* ante la *Court of Common Pleas*, que procedía liberarle el 13 de noviembre.

Diversas circunstancias en las que no podemos entrar ahora contribuyeron a que se desatara una cierta preocupación entre los dignatarios del Colegio⁷⁴. Ante ello, los miembros dirigentes del *College* iban a mantener una reunión en la casa del *Lord Chancellor*, Ellesmere, a la que iban a asistir seis relevantes jueces, dos de ellos de la *Court of King's Bench* y otros de la *Court of Common Pleas*. Significativamente, Coke, presidente de la última, no iba a ser invitado. Sus discrepancias con Ellesmere eran hartamente conocidas. En lo básico, los jueces presentes se pronunciaron sobre cuestiones generales que podían incidir sobre el asunto de Thomas Bonham, inclinándose en favor de las tesis del *College*⁷⁵, lo que decidió a sus dirigentes a proceder judicialmente contra nuestro médico ante los *common law courts*. Finalmente, a principios de 1608, el colegio formalizó la demanda contra Bonham ante el *King's Bench*, por doce meses de práctica ilícita de la medicina, reclamando 5 libras de multa por mes, lo que totalizaba 60 libras, una elevadísima cantidad. De modo bien significativo, la demanda era sostenida no por el abogado del Colegio sino por el propio *Attorney General*, Hobart. El 3 de febrero de 1609, el *King's Bench* hacía público su veredicto, siendo Bonham declarado culpable de ejercer la medicina ilícitamente y multado con 60 libras; al negarse a pagarlas, Bonham fue encarcelado por decisión del propio *College*.

Gray ha explicitado haber encontrado unas evidencias no publicadas de este proceso, aunque también admite haber encontrado unas actas del mismo en un manuscrito del *British Museum* con una considerable extensión⁷⁶. El propio autor se hace eco de cómo el abogado de Bonham, Dampart, en ese proceso sostuvo que las leyes debían interpretarse de acuerdo con la razón (“by reason”) y que no era razonable (“it is unreasonable”) incluir en los textos legales en cuestión a los doctores por una Universidad.

III. Poco antes de que ser condenado por el *King's Bench*, Bonham pasaba al contraataque, y a tal efecto retornaba ante el Tribunal del *Chief Justice Coke* (la *Court of Common Pleas*), que ya antes le había concedido el *habeas corpus*, presentando en el otoño de 1608 una demanda contra el Colegio en la que le exigía una indemnización de 100 libras por abuso contra su persona y encarcelamiento injusto o ilegal (“wrongful imprisonment”),

⁷⁴ Cfr. al respecto, COOK, Harold J.: “Against Common Right and Reason...”, *op. cit.*, pp. 135-136.

⁷⁵ Fruto de la reunión sería la aprobación del documento “Opinions of Lord Chancellor and Judges on Question re Charter of College of Physicians” (1607).

⁷⁶ GRAY, Charles M.: “Bonham’s Case Reviewed”, en *Proceedings of the American Philosophical Society (Proc. Amer. Phil. Soc.)*, Vol. 116, No. 1, February 15, 1972, pp. 35 y ss.; en concreto, p. 41.

aduciendo, que el *College* “with force of arms.... took and imprisoned” “against the law and custom of this kingdom of England”.

Los diversos alegatos presentados ante el Tribunal no dejan de ofrecer interés. Los demandados iban a exponer que las cartas patente que provenían de Enrique VIII les habían constituido en sociedad como el *Royal College of Physicians*, con facultades para multar a quienes practicaran la medicina en Londres, y en una pequeña área circundante, sin haber sido admitidos por ellos, además ya de dotarles de poderes generales para regir a todos los médicos de Londres y del distrito, imponiéndoles, llegado el caso, sanciones de multa y prisión, yendo en la totalidad de los casos la mitad de la multa al Rey y quedando en manos del Colegio la otra mitad. Esta patente fue confirmada por una ley del Parlamento de 1540, en la que se adicionaba un mandato general dirigido a todos los carceleros para mantener a las personas que les confiaran el Presidente y el Colegio sin ponerlas en libertad bajo fianza. Con la Ley de 1540 se pretendía que “none shall practice here but those which are most learned and expert, more tan ordinary”, añadiéndose que ello respondía a la necesidad sentida por el Rey de tener un especial cuidado por la salud del pueblo de Londres, ya que “(it) is the heart of the kingdom”.

Frente a esto, el abogado de Bonham iba a replicar mediante una argumentación que atendía a la intención de las referidas normas jurídicas. Las leyes del *College* y sus *charters* pretendían impedir una mala práctica en el ejercicio de la medicina, como asimismo que se ejerciese por impostores. Siendo un licenciado en medicina por la Universidad de Cambridge, Thomas Bonham era uno de los “grave and learned men” a quienes la ley trataba de estimular. El hecho de que poseyera un grado universitario debía por lo tanto eximirle de la jurisdicción del Colegio. El abogado de Bonham concluía, que la ley “doth not inhibe a doctor to practice, but (only) punisheth him for ill using, exercising, and making (of physic)—it could punish an M. D. for malpractice but not for illicit practice”⁷⁷. En definitiva, según el letrado, el Colegio podía decretar la prisión de un impostor por razón de su deficiente ejercicio de la medicina, pero no lo podía hacer respecto a un doctor culto e instruido como era el caso de su cliente.

Recuerda Plucknett⁷⁸, que una prolongada discusión se produjo en el tribunal sobre la cuestión de si los graduados de las Universidades se hallaban bajo la jurisdicción del *Royal College*, pues como Sergeant Doddridge sostuvo, “las leyes de este Reino han tenido siempre

⁷⁷ *Apud* COOK, Harold J.: “Against Common Right and Reason...”, *op. cit.*, p. 138.

⁷⁸ PLUCKNETT, Theodore F. T.: “Bonham’s Case and Judicial Review”, *op. cit.*, pp. 32-33.

un gran respeto por los graduados de las Universidades, y esto no es sin motivo”. De hecho, éste sería el argumento nuclear del defensor de Bonham, aunque, como después veremos, el argumento no fue finalmente tomado en consideración por el Tribunal.

Los cinco Jueces integrantes de la *Court of Common Pleas* (Foster, Walmesley, Daniel y Warburton, además obviamente del *Chief Justice* Coke) expresaron sus *opinions*, como por lo demás era habitual en Inglaterra, *seriatim*, esto es, uno tras otro individualmente. Las diversas actas del caso difieren algo, variando en su grado de complitud; de ahí que se haya constatado⁷⁹ la existencia de alguna inseguridad acerca exactamente de cómo fue la votación, aunque es evidente que Bonham venció en este litigio, aunque por un ajustado margen de 3-2, y también es claro que no se le dio la razón con apoyo en los fundamentos que su abogado había esgrimido ante el Tribunal. Mientras Coke y el *Justice* Daniel se pronunciaban en contra del Colegio en todas las cuestiones planteadas, los *Justices* Foster y Walmesley hacían justamente lo contrario, decantándose en contra del demandante en todos los puntos. Warburton mantuvo una especie de voto oscilante (“a swing vote”). Este Juez había sido uno de los presentes en la reunión que en 1607 había tenido lugar en la casa del *Lord Chancellor*, a la que aludimos con anterioridad, y en la que, por unanimidad, los asistentes se habían pronunciado en favor de la posición del *College*. Sin embargo, ahora Warburton se posicionaba en contra de mantener a Bonham en prisión, conformando con Coke y Daniel la posición mayoritaria.

5. Los argumentos en que se sustenta la sentencia.

I. El *Chief Justice*, en un momento dado de su sentencia, iba a mencionar a Galeno, el célebre médico griego nacido en Pérgamo el año 129 de nuestra era, pues no en vano su obra, extraída en gran parte de las teorías de Hipócrates y Aristóteles, se mantuvo como principal fuente del saber médico hasta mediados del siglo XVII. En modo alguno era inadecuada esta mención si se recuerda una de sus máximas: *Ubi philosophia definit, ibi medicine incipit* (Donde la filosofía termina, allí comienza la medicina), lo que era tanto como reconocer que no había nada seguro en las cuestiones médicas. La consideración no era en absoluto impertinente, pues lo que Coke estaba intentando poner de relieve con su mención

⁷⁹ STONER, Jr., James R.: *Common Law and Liberal Theory...*, *op. cit.*, p. 49.

era, que la autoridad que por la *charter* se había concedido al *College* no le otorgaba el deber y la capacidad para decidir lo apropiado y lo inapropiado del ejercicio de la medicina.

Esa autoridad se plasmaba legalmente en dos facultades separadas que se contenían en dos cláusulas diferenciadas, concerniendo la primera de ellas a la práctica ilícita de la medicina (*illicite practice*), en relación a la cual era indiferente que el ejercicio médico fuera bueno o malo, y la segunda (única que autorizaba la prisión del ejerciente de la medicina), a la práctica inadecuada, mala, deficiente (*malpractice*) (los jueces habían traducido en 1607 la expresión latina “*non bene exequend faciend et utend illa*” por la inglesa “not well doing, using, or practicing physic”). Coke, con una lógica indiscutible, iba a considerar que las dos cláusulas se referían a cuestiones separadas, en vez de entender la segunda como una suerte de autorización para castigar el comportamiento contemplado por la primera. Y aquí reside la médula vertebral de la sentencia.

Nuestro *Chief Justice* iba a inclinar su decisión a favor de Bonham con base en dos razonamientos, cada uno de los cuales, como bien se ha dicho⁸⁰, era suficiente por sí solo: 1) Los censores no tenían facultad para encarcelar al demandante por cualquiera de las causas mencionadas ante el Tribunal. 2) Admitiendo que los censores tuvieran por ley esa facultad, ellos no habían perseguido judicialmente en forma adecuada su autoridad. En otras palabras, o la ley del Parlamento no otorgaba a los censores la facultad de encarcelar a Bonham o, si se la daba, los censores no habían seguido sus disposiciones en sus actuaciones contra él.

Para resolver la primera y capital cuestión, Coke iba a aducir cinco argumentos, el cuarto de los cuales es el más célebre pasaje de la sentencia, aquel en el que tradicionalmente se ha visto un reconocimiento de la autoridad de revisión judicial de las leyes (*judicial review*). Tras ello, el *Chief Justice* iba a compendiar sus argumentos en dos máximas, para terminar planteando, y refutando, las tres posibles objeciones frente a su argumentación. La segunda cuestión es resuelta de modo más expeditivo, ofreciendo seis argumentos y suscitando, y rechazando, una posible objeción.

II. El abogado de Bonham, como antes dijimos, centró su argumentación en que como licenciado universitario que era su cliente debía quedar al margen de la aplicación de la

⁸⁰ STONER, Jr., James R.: *Common Law and Liberal Theory...*, *op. cit.*, p. 50.

ley que nos ocupa. No lo iba a entender así el tribunal, que como era lógico abordaba esta cuestión con carácter previo.

La ley en consideración era lo que se denominaba un estatuto negativo (“a negative statute”). Los términos de la patente eran claros cuando determinaban, que nadie practicaría la medicina en la ciudad de Londres y en su distrito si no fuera admitido por las cartas del presidente y del *College*, selladas con el sello común. Recuerda Thorne⁸¹, que por aquel entonces era un principio general de la interpretación jurídica que los estatutos (esto es, las leyes aprobadas por el Parlamento) expresados en términos negativos reemplazaban y anulaban (“superseded and defeated”) al *common law*. Ahora bien, un estatuto negativo no podía ser extendido para incluir casos no previstos, con un perjuicio análogo a quien se le aplicara, ni tampoco podía ser limitado para excluir casos que cayeran dentro de sus expresos términos.

Los demandados, como constataba Coke en su sentencia, se apoyaban en el texto de la concesión, ratificado por el estatuto de Enrique VIII, que era negativo, y en coherencia con lo que se acaba de decir, el tribunal no iba a excluir de la aplicación del texto estatutario a quien, de conformidad con el mismo, no podía ser excluido. El razonamiento del tribunal es muy claro al respecto:

“(T)hey ---se puede leer en la sentencia en alusión a los demandados--- did rely upon the Letter of the grant, ratified by the said Act of 14 H. 8. which is in the negative, *scil. (scilicet) Nemo in dicta civitate ecerceat dictam facultatem nisi ad hoc per praedict’ praesidentem et communitatem,.... admissus sit....* And this proposition is a general negative, and *Generale dictum est generaliter intelligendum*; and *nemo* excludeth all; and therefore a Doctor of the one University or the other, is prohibited within this negative word *Nemo*. And many cases were put, where negative Statutes shall be taken *stricte et exclusive*, which I do not think necessary to be recited”⁸². (Ellos se apoyaban en la letra de la concesión, ratificada por la mencionada Ley de Enrique VIII, que está en negativo, especialmente “Nadie en la citada ciudad.... ejercería la misma facultad a menos que se le admitiera a ello por el antes mencionado presidente y comunidad...”. Y esta proposición es una negación general y una declaración general debe entenderse generalmente y “nadie” excluye a todos, y por lo tanto, a un doctor de una Universidad o de otra le está prohibido dentro de esta palabra negativa

⁸¹ THORNE, S. E.: “Dr. Bonham’s Case”, *op. cit.*, p. 545.

⁸² *Apud The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, op. cit.*, Vol. One, p. 270.

“nadie”. Y muchos casos se podrían presentar donde los estatutos negativos fueron considerados estricta y excluyentemente, que no creo necesario que sean mencionados).

De esta forma, una posible vía interpretativa con la que resolver la demanda a favor de Bonham quedaba cerrada. Por si hubiese alguna duda, otra sección de la Ley de Enrique VIII, que se refería a las personas que practicaran la medicina fuera de Londres, incidía aún más, y en la misma dirección, sobre la cuestión. Tales personas habían de ser asimismo examinadas por los censores del *College*, y obtener de los mismos la pertinente acreditación, y ello con la sola salvedad de los graduados por las Universidades de Oxford y Cambridge, a quienes había de serles permitido el ejercicio de la medicina fuera de la ciudad de Londres y del área de siete millas que se incluía dentro de la ciudad, sin examen alguno previo. Como es obvio, el que esta salvedad no contemplase la ciudad de Londres y el área de siete millas que la circundaba, que a estos efectos quedaba equiparado a la misma, dejaba meridianamente claro, que el ejercicio de la medicina en esa ciudad no eximía a los graduados por Oxford y Cambridge del preceptivo examen⁸³.

III. La mayoría del tribunal, no obstante la indiscutible racionalidad de la interpretación del *Justice Daniel*, iba a buscar otros cauces de resolución del litigio. Coke iba a poner la vista en la interpretación de las cartas patente del *College*. Como antes se dijo, a tal efecto iba a atender a las dos cláusulas que tenían relación con la causa *sub iudice*.

Por la primera de ellas se disponía que nadie ejerciera la medicina en la ciudad de Londres si no era admitido para ello previamente por el *College*. Si no obstante carecer de tal autorización se practicaba la medicina, se incurría en un ejercicio ilícito de la misma (*illicite practice*), que era sancionado con una multa de 100 chelines por cada mes de ejercicio. La segunda cláusula establecía que el *College* ejercería la supervisión, la investigación, la corrección y dirección de todos los médicos de la ciudad, incluyendo a todos los médicos extranjeros que ejercieran en ella, disponiendo al efecto de la facultad de sancionarlos por una

⁸³ El *Justice Daniel* no suscribiría esta interpretación, basándose para ello en un argumento rebotante de racionalidad y sentido común, al considerar al respecto que: “(A) doctor of Oxford or Cambridge is not restrained by the statute, but may practice in London or in whatever place he pleases. For an inferior college may not examine him when he has been allowed before by letter approbation....” (Un doctor por Oxford o Cambridge no está restringido por el estatuto, sino que puede practicar en Londres o en cualquier otro lugar que desee. Pues un colegio inferior no puede examinarle cuando le ha sido permitido antes por una superior aprobación....). *Apud* GRAY, Charles M.: “Bonham’s Case Reviewed”, *op. cit.*, p. 39.

práctica inadecuada (*improper practice*) mediante la imposición de multas, encarcelamiento u otras medidas razonables y adecuadas. Coke, anticipémoslo ya, iba a llegar a la conclusión de que los censores, a la vista de las cartas patente, carecían de la facultad de multar o encarcelar a un médico competente por la mera práctica ilícita de la medicina en Londres, esto es, por su ejercicio sin haber obtenido previamente la pertinente licencia del *College*. Y para llegar a tal conclusión se iba a apoyar en los cinco argumentos siguientes:

A) Las dos cláusulas anteriormente mencionadas eran absolutas, perfectas y distintas, y en cuanto cláusulas paralelas, la una no se extendía a la otra, pues mientras a la primera se vinculaba una precisa sanción de 100 chelines, ninguna sanción definida se vinculaba a la segunda. Coke viene a decirnos, que la intención de los redactores del estatuto con la segunda cláusula debía ser la de disponer sanciones para una práctica médica inexperta, inadecuada (*malpractice*), sanciones que variarían en función de los perjuicios causados por esa mala práctica, por lo que los redactores del texto dejaban al Colegio la fijación del castigo en cada caso (“the King and the makers of the Act, ---se lee en la sentencia--- cannot, for so uncertain offence impose a certainty of the fine, or time of imprisonment, but leave it to the Censors to punish such offences, *secundum quantitatem delicti*, which is included in these words”). El principio de proporcionalidad latía intensamente bajo esta argumentación de Coke, una prueba más de la modernidad de la argumentación jurídica de este grandísimo Juez.

B) El daño que deriva de la práctica inadecuada concierne al cuerpo de la persona, y por lo tanto es razonable que el infractor deba ser castigado en su propio cuerpo, esto es, con prisión. Pero quien practica la medicina en Londres de buen modo (“but he who practiceth Physick in London in a good manner”), aunque lo haga sin licencia, no produce sin embargo ningún perjuicio en el cuerpo de un hombre. En el fondo de este razonamiento latía, como bien se ha puesto de relieve⁸⁴, una suerte de *lex talionis*.

C) La primera cláusula (como ya dijimos) establece el plazo de un mes, de tal modo que una persona no vulnera el estatuto a menos que practique la medicina en la ciudad de

⁸⁴ BOYER, Allen Dillard: “<Understanding, Authority, and Will>...”, *op. cit.*, p. 83.

Londres o en las siete millas que la circundan durante menos de un mes. Pero ningún plazo se fija en la segunda cláusula (“but the clause of *non bene exequendo...*, doth not prescribe any time certain”), y si una persona ejerce inadecuadamente aunque sea por un plazo inferior a un mes, sin duda, sería objeto de castigo. Coke aduce además que la ley encontraba una sólida razón al hacer esta distinción, pues diversos nobles y caballeros, al igual que otras personas, iban en diversas ocasiones a Londres desde otras partes del país, y hallándose en la ciudad se veían afectados por enfermedades, e inmediatamente enviaban a buscar a los médicos de sus ciudades, pues ellos conocían sus cuerpos y la causa de sus enfermedades, por lo que añade Coke que “it was never the meaning of the Act to barr any one of his own Physician” (no fue nunca el sentido de la ley prohibir a nadie su propio médico).

D) Los censores no pueden ser jueces, secretarios y partes (“The Censors, cannot be Judges, Ministers, and parties”); jueces para dictar sentencia, secretarios para hacer requerimientos, y partes para tener la mitad de la confiscación (esto es, de la multa), “*quia aliquis non debet esse Judex in propria causa, imo iniquum est aliquem sui rei esse judicem*”(porque nadie debe ser juez en su propia causa, es una injusticia para cualquiera ser el juez de su propia propiedad), y uno no puede ser juez y fiscal para cualquiera de las partes (“and one cannot be Judge and Attorney for any of the parties”). La idea de que debía de haber, al menos, tres personas, el demandante, el demandado y el juez, para que pudiera existir un caso judicial y alcanzarse una sentencia, e implícita en ella, la de que la decisión no podía alcanzarse adecuadamente a menos que las tres personas de la trinidad fueran distintas, estaba perfectamente asumida desde tiempo atrás⁸⁵. Henry de Bracton, en el siglo XIII, en su ya mencionada *De Legibus et consuetudinibus Angliae*, escribiría que un juez sería descalificado con base a fundamentos tales como el parentesco, la enemistad o la amistad con una de las partes, o a causa de que estuviere subordinado en su “status” a una de las partes, o hubiere actuado como su abogado, si bien parece que Bracton tomó prestada esta consideración del Derecho canónico, y no cabe olvidar que mientras los tribunales eclesiásticos aplicaban claramente estas reglas para la recusación del *suspectus iudex*, no

⁸⁵ Ya Fleta había escrito al respecto: “Est autem iudicium trinus actum trium personarum ad minus, actoris, iudicis et rei, sine quibus legitime consistere non potest”. *Apud* YALE, D. E. C.: “*Iudex in propria causa: An Historical Excursus*”, en *Cambridge Law Journal (Cambridge L. J.)*, Vol. 33, 1974, pp. 80 y ss.; en concreto, p. 80.

parece que ese fuera el caso en los tribunales ingleses, o por lo menos no se menciona ningún caso en que análogas reglas hubieren sido aplicadas en los *Year Books*⁸⁶.

Justamente tras la reflexión precedentemente expuesta, Coke añadía el celeberrimo párrafo de esta sentencia:

“And it appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason , or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void”⁸⁷. (Y aparece en nuestros libros, que en muchos casos el *common law* controla las leyes del Parlamento, y a veces debe declararlas nulas, pues cuando una ley del Parlamento es contraria al Derecho común y la razón, contradictoria, o imposible de ser cumplida, el *common law* debe tener autoridad sobre ella y declarar que tal ley es nula).

A modo justamente de verificación empírica de la referencia que hace Coke a unos hipotéticos precedentes jurisprudenciales recogidos en los *Year Books* que avalarían su doctrina, el *Chief Justice* se detiene en algunos antiguos casos. Por la importancia de esta cuestión, la vamos a soslayar de momento, para tratarla en un específico epígrafe posterior. Tampoco nos detendremos por ahora en las muchas, y bastante contradictorias, reflexiones a que ha dado lugar este pasaje,

E) El último argumento gira en torno al principio de que nadie puede ser castigado dos veces por el mismo delito o falta. Coke razona, que si las dos cláusulas de las cartas patente no fueran distintas, un médico que ejerciera sin la pertinente licencia e inadecuadamente sería objeto de una multa de 100 chelines, fijada por el estatuto, una vez que hubiera practicado la medicina durante un mes, pero también debería ser castigado al mismo tiempo por la previsión de la segunda cláusula. Pero de ello se seguirían dos absurdos (“two absurdities”). El primero de ellos sería que una persona debería ser castigada no sólo dos veces, sino muchas veces por una única falta. Y añade Coke, “the Divine saith, *Quod Deus*

⁸⁶ *Ibidem*, p. 81.

⁸⁷ *Apud The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, op. cit.*, Vol. One, p. 275. En el texto transcrito en la obra figura el término “sometimes”, que hemos cambiado por “sometimes” por entender que puede tratarse de un error tipográfico, aunque no descartamos que pueda ser inglés antiguo. Por lo demás, mantenemos otros términos que se reiteran en los textos de Coke y que entendemos que responden a una forma antigua del idioma.

non agit bis in idipsum; and the Law saith, *Nemo debet bis puniri pro uno delicto*” (el teólogo dice, “que Dios no procede dos veces contra la misma persona”, y el Derecho dice, “nadie debe ser castigado dos veces por un delito”). Sería absurdo asimismo castigar por la primera cláusula la práctica de la medicina por un mes y no por un tiempo menor, y por la segunda castigar la práctica no solamente por un mes sino por cualquier tiempo, incluso por un solo día, pues si así fuera, el ejerciente de la práctica médica será castigado por la primera cláusula con una confiscación (multa) y por la segunda con multa y prisión, sin limitación.

IV. Estos son los argumentos que nuestro Juez presentó para fundamentar que las dos cláusulas de la patente eran distintas, y que por lo mismo la facultad del *College* para decidir la prisión de un ejerciente de la medicina estaba confinada a los médicos culpables de una práctica inadecuada o negligente (*malpractice*). La interpretación de Coke nos parece por entero pertinente, pues es patente que los supuestos contemplados por cada una de las dos cláusulas eran de una muy dispar gravedad, ya que mientras la primera se refería a una infracción que hoy podríamos tildar de meramente administrativa, la segunda contemplaba un supuesto incardinable en el ámbito de lo penal. Parece perfectamente razonable que sólo a este último caso se anude la sanción de privación de libertad. De ahí que asista toda la razón a Rey Martínez, hasta donde conocemos, único autor español que ha estudiado este tema, cuando considera⁸⁸, que la lectura que Coke va a hacer de los textos legales es una interpretación garantista de la libertad y por lo tanto moderna, lo que a su vez, siguiendo la estela de Thorne, le lleva a considerar el razonamiento del *Chief Justice* como de mera legalidad, rechazando implícitamente, esta vez de modo bastante más discutible, que se trate de un razonamiento que sustente la doctrina del control de constitucionalidad. Al margen ya de ello, sobre lo que volveremos más adelante, lo cierto sería que la argumentación de Coke conducía a la conclusión de que la prisión del Dr. Bonham había sido ilegal, pues el Colegio había invocado su autoridad para sancionar una mala práctica, no obstante haberse limitado la falta del Dr. Bonham, como mucho, a ejercer la medicina sin la licencia del Colegio.

Con la salvedad del cuarto argumento, de mucha más amplia proyección, los restantes parecen directamente encaminados hacia esa finalidad de considerar la ilegalidad del

⁸⁸ REY MARTÍNEZ, Fernando: “Una relectura del *Dr. Bonham’s Case* y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 8, núm. 14, Enero/Junio 2007, pp. 47 y ss.; en concreto, p. 57.

encarcelamiento de Bonham⁸⁹, aunque no faltan autores, como es el caso de Stoner⁹⁰, que consideran que realmente los cinco argumentos se dan en el contexto de apoyar una cierta interpretación del estatuto. Aun cuando pueda admitirse genéricamente esta reflexión, un análisis pausado de los cinco argumentos, como mínimo, nos pone de relieve, que el cuarto argumento no parece incidir tanto sobre la diferenciación de las dos cláusulas del estatuto, cuanto sobre la improcedencia de los censores para, incluso, imponer multas en cualquiera de los supuestos contemplados estatutariamente. Este argumento creemos que proyecta su vuelo a una altura muy superior a la de los otros cuatro, y ello con independencia de la precisa intención que Coke tuviera con el mismo, tema que trataremos más adelante. Podría pensarse que el cuarto argumento, al referirse a un principio tan esencial a la justicia como era el de que nadie puede juzgar el propio caso, principio que claramente había sido transgredido, estaba dando por cerrado el caso. Pero como aduce la doctrina, lo esencial en esta etapa no era cómo se había comportado el *College*, algo que se trataba después, sino cuál era la ley y, de modo particular, cómo debía aplicarse el estatuto, dando adecuada respuesta a si las cartas patente y el estatuto confirmatorio permitían este modo de proceder.

Como ya indicamos, Coke parece compendiar, y a la par fundamentar, sus argumentaciones en dos máximas jurídicas⁹¹: 1ª) “*Generalis Clausula non porrigitur ad ea quae specialiter sunt comprehensa*” (Una cláusula general no tiene que extenderse a algo que es especialmente mencionado). Y 2ª) “*Verba posteriora propter certitudinem addita ad priora quae certitudine indigent sunt referenda*” (Las palabras subsiguientes, añadidas con el propósito de certeza, tienen que referirse de nuevo a las previas palabras que carecen de esa certeza). Estas máximas, ciertamente, parecen estrechamente vinculadas con la interpretación estatutaria. Al referirse a la primera de ellas, y después de mencionar un ejemplo relativo al Derecho de propiedad, Coke escribe: “if it be so in a deed, *a fortiori*, it shall be so in an Act of Parliament, which (as a Will) is to be expounded according to the intention of the makers” (si fuera así en una escritura, *a fortiori*, será así en una ley del Parlamento, que ---como un testamento--- tiene que explicarse de acuerdo con la intención de quienes la han hecho)⁹².

⁸⁹ De modo análogo se pronuncia S. E. THORNE, en “Dr. Bonham’s Case”, *op. cit.*, p. 547.

⁹⁰ STONER, Jr., James R.: *Common Law and Liberal Theory...*, *op. cit.*, p. 51.

⁹¹ *Apud The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, op. cit.*, Vol. One, pp. 277-278.

⁹² No vamos a entrar en el análisis del segundo razonamiento de la sentencia, pues creemos que es marginal al tema central de nuestro estudio, que se vería aún más alargado, e incluso es secundario para la propia sentencia. Las seis causas mencionadas por Coke, en que se asienta este segundo razonamiento, son de orden básicamente

6. Los precedentes jurisprudenciales en que Coke apoya su *dictum*.

Inmediatamente después del celeberrimo *dictum* de Coke, éste se refiere a cinco casos que pueden servir de precedentes jurisprudenciales en que apoyarlo, si bien los dos últimos pueden en realidad reconducirse a uno tan sólo, el *Stowd's Case*, puesto que tanto éste como el otro, anónimo, se referían al mismo estatuto. A ellos hay que añadir el *Thomas Tregor's Case*, el caso *Cessavir 42* y el caso *Annuity 41*, también conocido como el *Case of the Seals*. Plucknett, y a partir de él otros autores, se han ocupado de investigar hasta qué punto los casos mencionados podrían apoyar el célebre pasaje y en qué sentido. Los *Year Books law* han servido de base para la investigación emprendida por la doctrina norteamericana, la que más se ha ocupado del tema.

A) El *Thomas Tregor's Case*.

El primero de los casos mencionados en la sentencia es el conocido como *Thomas Tregor's case*. La cita de este caso viene a recordar un *dictum* del Juez Herle, quien afirmó: “There are some statutes made which he himself who made them does not will to put into effect”, términos que en sus *Reports* Coke reformula así: “Some Statutes are made against Common Law and right, which those who made them, would not put them in execution”⁹³.

El significado de este caso ha sido objeto de una considerable discusión. Plucknett pondría de relieve⁹⁴, que el *Chief Justice* iba a citar incorrectamente el *dictum* al transcribir inicialmente el texto del *Year Book*⁹⁵ así: “Herle saith some statutes are made against *law and right*, which those who made them *perceiving*, would not put them into execution”. Como es obvio, las palabras en cursivas muestran las interpolaciones de Coke, desconocidas por el original, que vienen a introducir una cierta idea de un Derecho superior que no parece que el Juez Herle albergara, pues el único sentido que razonablemente puede otorgarse a las palabras de Herle es que algunas veces el legislador se ha arrepentido de una parte irreflexiva de su trabajo y se ha mostrado contento de que el mismo se convierta en una “dead letter”. McIlwain observaría, que el error de Coke pudo deberse a que transcribiera de memoria el

procesal. Pueden verse en *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, *op. cit.*, Vol. One, pp. 280-281.

⁹³ *Apud The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, *op. cit.*, Vol. One, pp. 275-276.

⁹⁴ PLUCKNETT, Theodore F. T.: “Bonham's Case and Judicial Review”, *op. cit.*, p. 35.

⁹⁵ En el *Year Book* el texto original es el siguiente: “Ils sont ascun statutes faitz que celuy mesme que les fist ne les voleit pas mettre en fait”. *Apud* GRAY, Charles M.: “Bonham's Case Reviewed”, *op. cit.*, p. 47, nota 23.

texto de Herle, aunque nos parece más probable que con esa adición nuestro *Chief Justice* estuviese tratando de revelar su propia concepción⁹⁶, esto es, ofreciendo una prueba de la facultad de los jueces de dejar de lado los estatutos que consideraren contrarios al *common law*.

Boudin, de modo rotundo, iba a apuntar que aquí no hay una decisión que declare nula una ley del Parlamento, para añadir más adelante un tanto fuera de tono, que “Coke falsified the record in order to make it appear that the idea of a paramount law and right, superior to the concrete law of the lawgiver was well recognized in English jurisprudence”⁹⁷. En definitiva, este primer precedente parece hallarse lejos de ser convincente.

B) El caso *Cessavit 42*.

El segundo precedente es un caso anónimo impreso por Fitzherbert en su “Compendio” (*Abridgement*), procedente de un *Year Book* inédito, e identificado como *Cessavit 42*. Quien sin duda es la mayor autoridad en el estudio de estos antecedentes, Plucknett, considera que este caso va mucho más lejos en lo que atañe al apoyo a la tesis de Coke de lo que lo hace el *Tregor’s case*, y ello no obstante el hecho de que en el *Graunde Abridgement* de Fitzherbert este caso no ocupa sino unas pocas líneas y no muy inteligibles, no obstante lo cual, posteriores investigaciones han ido incrementando su valor. Además, incluso en la forma en que aparece en el texto de Fitzherbert, resulta claro que la decisión se halla en completo acuerdo con otra de un caso anterior, *Copper v. Gederings*, que está recogido en las actas con mucho más detenimiento.

Sin entrar en muchos detalles, diremos que este caso implicaba un *writ of cessavit* formulado en el reinado de Eduardo III (Rey de Inglaterra entre 1327 y 1377) con base en segundo Estatuto de Westminster. El estatuto facultaba a un señor (*lord*) para formalizar un *writ* de este tipo con vistas a recuperar su propiedad arrendada en caso de que el arrendatario hubiere dejado de cumplir fielmente el servicio convenido y de pagar los alquileres sobre la propiedad durante dos años. El texto estatutario disponía, que el derecho de acción a través de un *writ of cessavit* pasaría del señor a su heredero. En el caso en cuestión, falleció el señor y su heredero, ante el incumplimiento del arrendatario, presentó el *writ*, que sin embargo fue

⁹⁶ En análogo sentido, MacKay escribe: “It is clearly Coke’s theory, whether or not it is Herle’s”. MacKAY, R. A.: “Coke—Parliamentary Sovereignty or the Supremacy of Law?”, *op. cit.*, p. 223.

⁹⁷ BOUDIN, Louis B.: “Lord Coke and the American Doctrine of Judicial Power”, *op. cit.*, p. 238.

rechazado por el *Chief Justice* Bereford con fundamento en que si la acción era admitida, algunos principios generales del *common law* se verían alterados, pues de conformidad con el *common law* las cantidades atrasadas debidas a su ascendiente o los servicios debidos al mismo no pertenecían al heredero, que no tenía derecho a recibirlos. Bereford iba a esgrimir, que si el *writ* se hubiera presentado mientras vivía el señor, el arrendatario hubiera podido entregarle los atrasos y daños antes de la decisión y mantener así su arrendamiento.

Recuerda Plucknett⁹⁸, que el Juez Bereford había tenido la osadía en diversas ocasiones de incluir sus propios puntos de vista, marcadamente originales, sobre problemas jurídicos en sus decisiones, pero en este supuesto se dio la misma decisión medio siglo después en *Cessavit 42*, siendo debidamente conservada en los *Year Books* como el Derecho definitivo sobre la cuestión. No se trataba pues, de un mero capricho del Juez, sino de una cadena de decisiones judiciales que se extendía desde mediados del siglo XIV hasta los propios días de Coke. Y en estos supuestos, los tribunales, claramente, habían hecho caso omiso del inequívoco significado de un texto estatutario, si bien en el informe (“report”) del litigio el estatuto no se considera nulo, sino que simplemente se ignora, lo que, según se ha dicho⁹⁹, nos sitúa ante un caso de interpretación estricta, en conformidad con la cual el supuesto de hecho se declara hallarse fuera del ámbito estatutario; el estatuto no es nulo sino tan sólo inaplicable. La alusión que Coke hará a la nulidad será fruto de su propia cosecha doctrinal. Boudin insistiría en este dato de que no hubo decisión declarando nula una ley del Parlamento, como también en que, en sí mismo, el caso no dice nada acerca de que la ley en cuestión fuera contraria al *common right and reason*, concluyendo con un dicho que atribuye a los abogados de su época: “No opinion covers a multitude of sins”¹⁰⁰.

C) El caso *Annuity 41*.

El tercer precedente citado por Coke es otro caso recogido por Fitzherbert, el llamado *Annuity 41*¹⁰¹, un caso decidido durante el vigésimo séptimo año del reinado de Enrique VI (su reinado se extendió entre 1422 y 1461), que implicaba la interpretación y

⁹⁸ PLUCKNETT, Theodore F. T.: “Bonham’s Case and Judicial Review”, *op. cit.*, p. 36.

⁹⁹ MacKAY, R. A.: “Coke—Parliamentary Sovereignty or...”, *op. cit.*, p. 224.

¹⁰⁰ BOUDIN, Louis B.: “Lord Coke and the American Doctrine...”, *op. cit.*, pp. 238-239.

¹⁰¹ Boudin recuerda que este caso es asimismo conocido como *Rous vs. an Abbot*, y también como el *Case of the Seals*. BOUDIN, Louis B.: “Lord Coke and the American Doctrine...”, *op. cit.*, p. 239.

aplicación del estatuto *De Asportatis Religiosorum*, también conocido como el *Statute of Carlisle*, promulgado en 1307 por el Rey Eduardo I.

El texto estatutario abordaba un problema jurídico relativo a asuntos eclesiásticos que había desencadenado numerosos procesos ante los tribunales. Muchas casas religiosas pequeñas carecían de un sello común, por lo que, llegado el caso, contendían con el sello personal de su director. Así, inevitablemente, surgían problemas, como por ejemplo, el de si un documento particular de conformidad con el sello del abad era una escritura personal del propio abad o, por el contrario, se trataba de una escritura de la corporación eclesiástica que el abad presidía, vinculando en tal caso a toda la comunidad y no sólo al abad. Para hacer frente a este problema, el estatuto ordenaba a todas las casas religiosas de los Cistercienses y de los Agustinos disponer de un sello común para sus actos corporativos y colocar tal sello bajo la custodia del prior y de los cuatro hermanos más respetables de la comunidad, quienes habían de mantenerlo asegurado, al margen del sello privado del abad, de modo tal que el abad no pudiera usarlo sin conocimiento de la comunidad. A través de esta fórmula se pretendía lograr que el sello conventual fuera una prueba infalible de la concurrencia de la voluntad de la comunidad en el acto de quien estaba a su frente.

El estatuto podía haberse limitado a añadir a la regulación ya comentada los actos conventuales que requerían del sello conventual, pero fue mucho más lejos, al disponer la anulación de todos los actos formalizados cuando el sello conventual no se mantuviese bajo la custodia del prior y de los cuatro hermanos, con lo que se pretendía poner un freno a los abades que utilizaban el sello conventual sin conocimiento de la comunidad. Tal disposición era obviamente de difícil cumplimiento, a menos que existiera una estrecha cooperación con la Iglesia.

La aludida dificultad se puso formalmente de manifiesto en 1449, en el caso que nos ocupa, que se originó al recurrir un convento al estatuto en cuestión para requerir la anulación de una escritura que hacía recaer sobre la comunidad el pago de una renta anual, con base en que al tiempo en que la escritura se hizo, el abad entonces al frente de la comunidad no había mantenido el sello común bajo la custodia estatutariamente prevista. El tribunal consideró, sin embargo, que la escritura cuestionada era válida, sin atender a las disposiciones estatutarias.

La argumentación del tribunal fue doble. Por un lado, consideró la imposibilidad de cumplir lo requerido por el estatuto, pues si el sello conventual era mantenido bajo la custodia

del prior y de cuatro hermanos, el abad, que era el miembro superior de la comunidad, se veía imposibilitado de utilizarlo. Por otro, con un argumento más convincente, adujo el tribunal, que con esta disposición estatutaria un convento podía prácticamente evitar cualquiera de los actos en que hubiera sido parte mediante la simple alegación de que el sello conventual no se hallaba bajo la adecuada custodia. Como señala Gray¹⁰², la falta en el estatuto era su contradicción o su imposibilidad de cumplimiento en su sentido más simple. En el texto manuscrito de Coke (del *Bonham's case*) a que alude este autor, el *Chief Justice* habla de un “statute void for inconvenience and impertinency”, términos que parece que no deben entenderse como alusivos a un fundamento más amplio que el de “repugnancy” para la anulación del estatuto.

Plucknett ha llamado la atención sobre varias cuestiones¹⁰³. Ante todo, el caso no parece que se cerrara con una sentencia, sino con una mera resolución; en realidad, según Stoner¹⁰⁴, lo que acontece es que el “report” del caso tan sólo nos ofrece el debate de los jueces sobre la cuestión, pero no su decisión. En segundo término, la palabra “void” no se encuentra usada respecto del estatuto. En tercer lugar, no ha faltado quien, como Brinton Coxe, a fines del siglo XIX, especulara (en su obra *Judicial Power and Unconstitutional Legislation*) acerca de si la decisión se vio influenciada por consideraciones relativas al Derecho canónico, aunque esta especulación le parece menos convincente al Profesor de Harvard. En fin, la excusa dada por los jueces para su resolución (que no sentencia) no será la imposibilidad de aplicar la ley, como declararían Coke. También Smith entiende¹⁰⁵, que la “impossibility” mencionada en este caso parecía haberse desarrollado más como una ficción jurídica por los propios jueces que como auténtica imposibilidad jurídica sustentada en rigurosos principios de Derecho. Todo ello llevó a Plucknett a cuestionarse si este caso podía considerarse una autoridad en la que Coke pudiera apoyar su *dictum*. Por su parte, Boudin, de modo inequívoco, considera que este caso carece de relevancia en cuanto a la cuestión que nos interesa¹⁰⁶.

La escasez de los argumentos que se conocen en pro y en contra hace arriesgado pensar que se puede llegar a reconstruir el sentir del tribunal sobre la cuestión, todo lo cual

¹⁰² GRAY, Charles M.: “Bonham's Case Reviewed”, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰³ PLUCKNETT, Theodore F. T.: “Bonham's Case and Judicial Review”, *op. cit.*, pp. 39-40.

¹⁰⁴ STONER, Jr., James R.: *Common Law and Liberal Theory...*, *op. cit.*, p. 56.

¹⁰⁵ SMITH, IIº, George P.: “Dr. Bonham's Case and the Modern Significance...”, *op. cit.*, p. 308.

¹⁰⁶ BOUDIN, Louis B.: “Lord Coke and the American Doctrine...”, *op. cit.*, p. 239.

conduce a Plucknett a concluir que el caso contiene demasiados factores desconocidos como para ser utilizado con cierto grado de confianza y seguridad, aunque, manifiestamente, no fuera éste el punto de vista predominante ni por parte de Coke ni de la mayoría de sus contemporáneos. No puede dudarse, que en el siglo XVII este caso fuera considerado sin duda de ningún género un caso digno de ser tomado en consideración en la cuestión aquí abordada.

D) El *Strowd's Case*.

Los dos últimos casos pueden en realidad reconducirse a tan sólo uno, pues ambos se refieren a la misma norma estatutaria, que se identifica como “1 Edw. VI, Chap. 14”, norma que venía referida a la confiscación de la propiedad de la Iglesia con ocasión de la *English Reformation*. Coke se iba a aproximar aquí al tema desde una perspectiva diferente. En los días de los primeros *Year Books*, el Rey era “prerogative”, lo que era tanto como decir, que había un cierto punto más allá del cual el Derecho ordinario no le era de aplicación. ¿Qué ocurría entonces si una norma estatutaria colisionaba con la prerrogativa de la Corona?

Tal situación se originó con ocasión del amplio vuelco de títulos jurídicos derivado de la supresión con la “Reforma” de las casas religiosas y de las capellanías¹⁰⁷. De resultas de varios estatutos, un amplio número de propiedades de tierras pasó a manos de la Corona, permaneciendo en poder de la misma hasta tanto eran otorgadas a determinados súbditos mediante “royal letters patent”. Muchas de estas tierras se hallaban sujetas a complejas obligaciones e incidencias que los estatutos intentaban resolver. Por ejemplo, muchas de estas tierras no sólo sostenían a sus propietarios eclesiásticos, sino que también se hallaban sujetas a diversas rentas o cargas de alquiler (“rent charges”), que se habían de pagar a laicos que no se hallaban vinculados de ningún modo con las fundaciones religiosas. Algunas tierras se hallaban sometidas a una peculiar carga conocida como “rent service”, y aquí iban a surgir las complicaciones. El “rent service” era un alquiler reservado al momento de constituirse un feudo, que se debía a un señor (“lord”) por su arrendatario en virtud de su relación feudal y de la lealtad que la misma implicaba. No era un precio, sino más bien un servicio feudal, y el señor podía exigirlo mediante el embargo, (aun cuando no hubiera una cláusula de embargo en el feudo que le autorizara a ello) pues aunque la tierra fuera considerada por el arrendatario en plena propiedad, sin embargo, también se consideraba por el señor “en servicio”, y el señor

¹⁰⁷ PLUCKNETT, Theodore F. T.: “Bonham’s Case and Judicial Review”, *op. cit.*, pp. 41-42.

podía embargarla dentro de su propio feudo. Innecesario es decir, que cuando una tierra sujeta a este tipo de vínculos jurídicos llegaba a manos del Rey había de sufrir un cambio. El Rey, que era “prerogative”, no podía rebajarse a realizar servicios a ninguno de sus súbditos.

El estatuto para la supresión de las capellanías, en su esfuerzo para ser tan justo como fuera posible, contenía una salvaguardia general de los derechos a los alquileres (incluyendo los “rent services”) que tuvieran todas las personas en relación con las tierras de la capellanía. Ello entrañaba un patente conflicto entre la prerrogativa regia y los derechos salvaguardados por el estatuto, pues la primera extinguía los alquileres, el segundo los salvaguardaba.

Coke iba a mencionar unos casos acontecidos bajo el reinado de Isabel I. El primero era un caso anónimo fechado en 1572. El informe era tan breve como sigue:

“*Memorandum*. That it was resolved by the opinion of the Court in Bench, That the seigniorie of obit land, or chartry land. is extinct by the possession of the King, by the act of I E. 6. (c. 14) notwithstanding the saving in the act; *propter absurditatem & c.*”¹⁰⁸. (Que se resolvió por la sentencia del Tribunal, que el señorío de la tierra del obituario o de la capellanía, está extinguido por la posesión del Rey, por la Ley de Eduardo I, no obstante la salvedad en la ley a causa de su absurdo).

El breve informe nos sitúa ante un tipo de defecto legal que puede añadirse a la “impertinence” o a la “impossibility”; nos referimos a la “absurdity”. La decisión no es tan radical como pudiera parecer, pues en el “report” se explica más adelante que, aún extinguiéndose el arrendamiento, los “rent services” que eran parte del mismo podían exigirse por el “lord” al Rey, al que había ido la cesión de la tierra, por medio del embargo. Se daba así una curiosa situación. El tribunal, con gran atrevimiento, rehusaba reconocer las expresas palabras del estatuto en favor de los “rent services” y los declaraba rotundamente extintos, *non obstante* la ley, pero lo que se llevaba con una mano lo restauraba prudentemente con la otra, pues admitía que el antiguo señor (“the quondam lord”) todavía podía exigir su alquiler por medio del embargo.

El segundo caso, el conocido como *Strowd’s case*, iba a dar una respuesta más acorde con sus justas proporciones. El tribunal, en pocas palabras, iba a resolver la compleja

¹⁰⁸ *Apud* PLUCKNETT, Theodore F. T.: “Bonham’s Case...”, *op. cit.*, p. 43.

cuestión interpretando “rent service” de modo tal que viniera a suponer su equivalente económico, esto es, “rent charge”. Este resultado, como dice Gray¹⁰⁹, podía explicarse por la desgana del tribunal de salvar una norma estatutaria al precio de un principio establecido por el *common law*, especialmente uno relativo a la prerrogativa regia, si bien, para MacKay¹¹⁰, no se trataba tanto de un principio del *common law*, pues a su juicio ninguno se hallaba implicado, como tan sólo de un fundamento asentado en el “common sense”, pues el simple sentido común mostraba que el Rey no podía ser el servidor de un súbdito.

La decisión viene a ser idéntica a la del caso anónimo inmediatamente antes citado, omitiendo la retórica del mismo, de lo que da prueba la supresión del párrafo de ese otro caso “notwithstanding the saving in the act”. Ahora el tribunal procede a interpretar el estatuto con la consecuencia que unas líneas atrás indicamos, que, recordémoslo en pocas palabras, no es otra que la de sustituir los “rent services” por los “rent charges”. No obstante, Coke plasmaba en su “report” que el tribunal había considerado nulo el estatuto en cuestión con base en su carácter absurdo y en la imposibilidad de su cumplimiento.

Boudin pondría de relieve¹¹¹ que, como una cuestión de hecho, en ambos casos, el tribunal se había limitado a aplicar las previsiones del estatuto, por lo que difícilmente podían utilizarse por Coke como precedentes en apoyo de su *dictum*. ¿Porqué recurrió entonces a ellos Coke? Pues posiblemente, en lo que hace al primero de los casos, por esa afirmación del tribunal de que una ley que hiciera pagar al Rey un “rent service” no podía ser aplicada por razón de su absurdo (“because of absurdity”). No otra había sido la posición de Plucknett, quien había manifestado, que en ninguna parte (“nowhere”) de las actas de este caso (el *Strowd’s case*) aparece el dogma de Coke de un control por el *common law* con la consiguiente anulación del estatuto con base en tal fundamento¹¹².

E) Breve recapitulación sobre estos precedentes.

En una recapitulación sobre los precedentes expuestos, resulta evidente que el *Tregor’s case* demuestra muy poco, por no decir que nada, respecto a la supuesta enunciación en el pasaje que nos ocupa de una teoría constitucional de la *judicial review*; distinto sería si

¹⁰⁹ GRAY, Charles M.: “Bonham’s Case Reviewed”, *op. cit.*, p. 48.

¹¹⁰ MacKAY, R. A.: “Coke—Parliamentary Sovereignty or...”, *op. cit.*, p. 224.

¹¹¹ BOUDIN, Louis B.: “Lord Coke and the American Doctrine...”, *op. cit.*, p. 241.

¹¹² PLUCKNETT, Theodore F. T.: “Bonham’s Case...”, *op. cit.*, p. 44.

reconducimos el *dictum* de Coke al marco de la interpretación, pues no cabe olvidar que la declaración del Juez Herle en ese caso se sitúa en el curso de un debate sobre la interpretación de un estatuto. Ahora bien, tampoco conviene echar en el olvido un aspecto al que se refiriera Corwin¹¹³: tras la reflexión del Juez Herle subyacía la idea, en absoluto despreciable, de que el propio cuerpo legislativo reconocía la fuerza vinculante y anulatoria (“the binding and invalidating force”) de principios externos al acto legislativo.

El caso *Cessavit 42* es, por el contrario, un sólido precedente para el argumento que ahora nos interesa de Coke. Para Plucknett, es sin duda el más claro precedente, aunque no falta quien, como Stoner¹¹⁴, considera que este caso recibe en las manos de Coke una interpretación más limitada que la que le atribuye teóricamente el Profesor de Harvard, pues el *Chief Justice* consideró que la ley fue anulada tan sólo en cuanto al punto que se hallaba particularmente cuestionado (el derecho de los herederos a conseguir una cierta recuperación de los atrasos debidos a su antecesor), por lo que el propio Stoner entiende que es probable que el *Chief Justice* estuviera reconociendo a los jueces tan sólo la facultad de exceptuar de los términos generales de un estatuto una situación en la que una máxima del *common law* resultara violada, y no hay razón para excluir que esto pueda considerarse dentro de las reglas de la interpretación estatutaria. Frente a tal visión, Boyer considera¹¹⁵, que el caso *Cessavit 42* es el único precedente que firmemente apoyaba a Edward Coke. Los *Year Books* nos situaban con toda claridad ante un caso que se remontaba tres siglos atrás en el que el tribunal había rehusado permitir a un demandante mantener una acción que el estatuto en cuestión permitía, lo que entrañaba que los *common-law judges* habían rehusado dar pleno efecto jurídico al texto de un estatuto en vigor.

En cuanto al caso *Annuity 41*, Smith lo considera¹¹⁶ de poca importancia a causa de la extrema arbitrariedad del tribunal, al basar su decisión en la imposibilidad legal de cumplimiento del estatuto, opinión harto discutible, mientras que Plucknett, más matizadamente, señala que aunque se había contemplado como un caso sólido, de hecho, es de un significado dudoso¹¹⁷. En lo que se refiere al *Strowd’s case* y al caso anónimo parejo, no ofrecen un fundamento que refuerce la premisa básica de Coke. Boudin ha sido sin duda el

¹¹³ CORWIN, Edward S.: “The <Higher Law> Background of American Constitutional Law” (II), *op. cit.*, p. 372.

¹¹⁴ STONER, Jr., James R.: *Common Law and Liberal Theory...*, *op. cit.*, p. 57.

¹¹⁵ BOYER, Allen Dillard: “<Understanding, Authority, and Will>...”, *op. cit.*, p. 84.

¹¹⁶ SMITH, IIº, George P.: “Dr. Bonham’s Case and the Modern Significance...”, *op. cit.*, p. 310.

¹¹⁷ PLUCKNETT, Theodore F. T.: “Bonham’s Case...”, *op. cit.*, pp. 44-45.

más ácido y radical de quienes se han pronunciado al respecto, al concluir que los muchos casos alegados por Coke como fundamento histórico de su *dictum* han quedado reducidos exactamente a la nada (“the many cases have dwindled to exactly nothing”)¹¹⁸.

Así enjuiciados, podría decirse que estos casos supusieron que Coke presentara a sus colegas tan sólo dos precedentes reseñables de una cierta teoría política de la *judicial review*, uno bastante claro y otro con evidentes puntos de debilidad. Sin embargo, si ahora hacemos uso de fuentes que en su momento no eran utilizables, el resultado, según admite el propio Plucknett¹¹⁹, es más bien diferente, y ello por cuanto, aunque los hechos alegados por el *Chief Justice* aún pueden ser confirmados por los *Year Books* publicados, la teoría de la *judicial review* supuestamente formulada por Coke debe más bien atribuirse a su propio pensamiento jurídico antes que al de sus predecesores medievales en el *Common Bench*. Dicho de otro modo, el eminente Profesor de Harvard termina reconociendo, que los precedentes jurisprudenciales mencionados en el *Bonham’s case* no otorgan un sustento suficiente para que el *Chief Justice* busque en ellos apoyo para su supuesta doctrina de la *judicial review*.

En resumen, los precedentes jurisprudenciales expuestos no terminan de ofrecer de un modo determinante el soporte en el que sustentar que en su célebre *dictum* Coke estaba sentando la doctrina de la *judicial review* tal y como iba a ser entendida siglos después en los Estados Unidos. Incluso, en cierta medida, alguno de ellos podría servir de apoyo para la tesis de que Coke estaba formulando una máxima de la interpretación estatutaria. En cualquier caso, no creemos que de estos precedentes pueda extraerse un apoyo sustancial para ninguna de las dos interpretaciones en juego.

7. La controvertida interpretación doctrinal del célebre *dictum* de Coke en el cuarto argumento: ¿formulación de la teoría constitucional de la *judicial review* o mera enunciación de una máxima de la interpretación estatutaria?

Llegados aquí, vamos a retornar al trascendental cuarto argumento para el primer fundamento de la sentencia, en el que se acoge el celebrado *dictum* de Coke sobre, supuestamente, la *judicial review*, pasaje que ha venido siendo considerado desde tiempo atrás, por un buen número de autores, como el acta de nacimiento de esa doctrina de la

¹¹⁸ BOUDIN, Louis B.: “Lord Coke and the American Doctrine...”, *op. cit.*, p. 242.

¹¹⁹ PLUCKNETT, Theodore F. T.: “Bonham’s Case...”, *op. cit.*, p. 45.

revisión judicial de la legislación, aunque hayamos de admitir que el mismo no deja de suscitar fundadas dudas que oscurecen su verdadero significado. El pasaje plantea el problema nuclear de la sentencia, que parece exigir optar entre dos interpretaciones. La primera es la de que el *Chief Justice* pretendía decir que hay algún standard (de Derecho natural o de una parte fundamental del *common law*) con el que el Derecho estatutario debe hallarse conforme o, caso contrario, ser declarado nulo por los tribunales de *common law*. La segunda, la de que Coke tan sólo pretendía decir, que los estatutos que dispusieran algo especialmente absurdo, contradictorio, perjudicial o imposible de cumplir, debían ser interpretados (si el texto dejaba algún margen para la interpretación) estrictamente, de modo tal que vinieran a tener un significado más conveniente. Dicho en otros términos, la opción estribaba en discernir si el pasaje de Coke proclamaba el principio de la anulación judicial de los estatutos que violaran el *higher law* o, por el contrario, se limitaba a enunciar una máxima, un canon, de la interpretación estatutaria. En juego pues, una tesis que podríamos tildar de maximalista frente a otra minimalista.

Antes de entrar en las diferentes interpretaciones a que el *dictum* ha dado lugar, consideramos necesario efectuar unas consideraciones previas acerca de ciertos precedentes medievales, que quizá pueden contribuir a arrojar algo de luz sobre esta controversia.

A) Algunas consideraciones previas sobre ciertos precedentes medievales.

I. Un pensamiento generalmente común entre los historiadores del Derecho ingleses y aquellos norteamericanos que han estudiado el desarrollo medieval del Derecho inglés ha sido su insistencia en la idea medieval de la supremacía del Derecho, una idea respecto de la cual no es exagerado decir, que estuvo claramente presente por lo menos hasta los siglos XVI y XVII. El principio de corte germánico de que el Estado se hallaba vinculado a actuar de conformidad con la ley desembocó ciertamente en la visión de la ley positiva como una criatura del soberano, pero como recuerda Roscoe Pound, no cabe olvidar que todos los soberanos, los del Continente y los de fuera del mismo, se hallaban sujetos al *natural law*, y las normas legales que emanaban de ellos y se situaban en conflicto con el mismo, simplemente eran nulas¹²⁰. A esta teoría filosófico-jurídica, puesta en una cierta armonía con

¹²⁰ POUND, Roscoe: "Common law and legislation", en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. XXI, 1907-1908, pp. 383 y ss.; en concreto, pp. 390-391.

el pensamiento teológico, le dio un uso corriente en su *Summa Theologica* Santo Tomás de Aquino, y el propio Decano de Harvard estima, que los dos precedentes del reinado de Eduardo III aportados por Coke en el *Bonham's case* podrían responder a esa idea de que una ley del Parlamento contraria al *natural law*, o lo que es en cierto modo igual, por lo menos en Inglaterra, a *the law of reason*; en definitiva, una ley contraria al *common right and reason*, había de considerarse nula.

En análoga dirección, recuerda Berger¹²¹, que la doctrina jurídica inglesa de la época consideró que el Derecho natural (*the law of nature*) y la Carta Magna anulaban todas aquellas leyes que se hallaban en conflicto con ellas, por lo que la apelación a un *fundamental law* frente a un texto estatutario en contradicción con él había de considerarse como algo por entero lógico¹²². Y Gough, por su parte, ha escrito: “Fundamental laws (and Magna Carta itself) were valued for the protection they afforded against the arbitrary power of kings”¹²³. No ha de dejar de atenderse al hecho de que la Carta Magna fue bastante más que una simple reacción contra el gobierno de los Angevinos; fue asimismo una declaración de principios acerca de la organización del Estado feudal. Y como tal, se diseñó sobre un cuerpo común de costumbres y experiencias que, con variantes locales, era compartido por toda Europa occidental y por los Estados latinos de Europa oriental¹²⁴. Y así, la experiencia común se encarnó en reglas consuetudinarias y en los *law-books*, y se formuló asimismo en los estatutos de aprobación parlamentaria. Especial importancia tendría a estos efectos la confirmación de la *Magna Charta* por el Parlamento inglés en 1369. En ese Parlamento se expresó de modo específico, que “was assented and accorded that the Great Charter and the Charter of the Forest be holden and kept in all points; and if any Statute be made to the contrary, that shall be holden for none”¹²⁵, formulación en la que el gran historiador norteamericano McIlwain, en su clásica obra *The High Court of Parliament*, apreció una clara prueba de que la Carta Magna conformaba un Derecho no sólo superior, sino también inalterable.

¹²¹ BERGER, Raoul: “*Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?*”, en *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)*, Vol. 117, 1968-1969, pp. 521 y ss.; en concreto, pp. 535-536.

¹²² No faltan, desde luego, quienes efectúan determinadas matizaciones, como es el caso de Goebel, quien no cree que pueda suponerse que durante la Edad Media los jueces fueran conscientes de los aspectos constitucionales de sus actividades. Ello no obstante, Goebel admite que el período medieval se caracterizó por una serie de ideas dominantes, y entre ellas se hallaba la de “supremacy of the law”. GOEBEL, Jr., Julius: “*Constitutional History and Constitutional Law*”, en *Columbia Law Review (Colum. L. Rev.)*, Vol. XXXVIII, 1938, pp. 555 y ss.; en concreto, p. 560.

¹²³ GOUGH, J. W.: *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford at the Clarendon Press, reprinted, Oxford, 1961, p. 65.

¹²⁴ HOLT, J. C.: *Magna Carta*, Cambridge University Press, Cambridge (Great Britain), 1992, p. 75.

¹²⁵ *Apud* Gough, J. W.: *Fundamental Law in English...*, *op. cit.*, p. 15.

En definitiva, en el Derecho medieval, y también lo corroboraría Gierke, todo acto del soberano que trasvasara los límites diseñados por el *natural law* era formalmente nulo y sin efecto. Parecen existir suficientes evidencias acerca del asentimiento que hacia tal apreciación habrían mostrado los primeros juristas británicos. Particular relevancia tiene el punto de vista de Holdsworth, quien admitiría que aunque los juristas ingleses de la Edad Media reconocían que el Parlamento era la suprema autoridad legislativa del Estado (“the supreme law-making authority”), negaban que tal autoridad equivaliera a la omnipotencia legislativa, pues no sólo la ley aprobada por el Parlamento era tan sólo una entre las diversas clases de Derecho que entonces se admitían, sino que tales juristas “habrían negado, por ejemplo, la facultad del Parlamento para aprobar una ley que contraviniera aquellas *fundamental moral rules* que parecían ser una parte de ese *law of nature* que la *natural reason* enseña a toda la humanidad”¹²⁶. Y como antes se dijo, se admite de modo generalizado que esta creencia de los juristas ingleses medievales fue compartida por los juristas de los siglos XVI y XVII.

John Fortescue, al que ya nos hemos referido, en su *De Laudibus Legum Angliae* (1471), iba a desempeñar un importante rol en lo que ahora importa, al retrotraer el Derecho de Inglaterra a costumbres antiquísimas, anteriores incluso a la época romana. Al menos desde el momento de la publicación de esta obra, los juristas ingleses intentaron buscar el elemento de legitimidad del Derecho “not to reason and the knowledge of universals, but to antiquity and usage”¹²⁷. Como es bastante evidente, este planteamiento conducía a considerar el *common law* mejor Derecho que el de ninguna otra nación, pues era el Derecho más antiguo. La idea de *the ancient constitution*, que para Pocock¹²⁸ entrañaba originalmente una apelación a la fuerza vinculante de las antiguas costumbres y una creencia en la condición inmemorial del Derecho y la Constitución, fundada en una concepción demasiado privativa del *common law* y de su dogma de que el Derecho era costumbre y la costumbre, inmemorial, alcanzaría una enorme popularidad en Inglaterra a principios del siglo XVII, y se admite por la doctrina científica, que Edward Coke retomó esta doctrina, dándole su más satisfactoria formulación. “Coke’s major contribution to the political and historical development of law ---

¹²⁶ Cit. por J. W. GOUGH: *Fundamental Law in English...*, *op. cit.*, p. 45.

¹²⁷ JONES, David Martin: “Sir Edward Coke and the Interpretation of Lawful Allegiance in Seventeenth-Century England”, en *Law, Liberty, and Parliament, Selected Essays...*, *op. cit.*, pp. 86 y ss.; en concreto, p. 88.

¹²⁸ POCOCK, J. G. A.: *La Ancient Constitution y el Derecho feudal*, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, p. 250. En el pensamiento del siglo XVIII, según este autor, ya esta idea había perdido claramente mucho de su carácter original.

ha escrito Lewis¹²⁹--- lay in his insistence upon preserving the medieval idea of the supremacy of law during an age when political speculation was tending to assert the necessity of the supremacy of a sovereign person or body, which was above the law”. El “mito de la antigua constitución” alcanzó en el siglo XVII su punto álgido, más aún, un claro sentido prescriptivo¹³⁰. Sin ir más lejos, en 1642, el Parlamento apoyó su resistencia frente al Rey Carlos I justamente en “the ancient constitution”.

Por supuesto, en el pensamiento jurídico británico no iban a faltar quienes, como Thomas Smith, iban a anteponer el poder regio a cualquier otra consideración. Aunque Smith, que fue “Regius Professor” de Derecho romano en Cambridge durante el reinado de Enrique VIII, procuró en su obra más conocida, *De Republica Anglorum* (1583), evitar entrar en la relación entre el Derecho positivo y el *natural law*, omitiendo asimismo abordar los orígenes y el desarrollo del *common law* y su relación con el Derecho positivo, en un momento dado iba a escribir: “To be short, the prince is the life, the head, and the authority of all things that be done in the realm of England”¹³¹. No obstante haber enfatizado en su obra los poderes del Parlamento, Smith dejaba claramente expuesta su posición en el párrafo transcrito. Es bien conocido que Bodino, también en el siglo XVI, fundamentará el poder absoluto del monarca en su derecho a dar al pueblo las leyes sin su consentimiento (“the main point of sovereign majesty and absolute power ---escribe Bodino en su clásica obra *On Sovereignty*--- consists of giving the law to subjects in general without their consent”). A su entender, nadie podía por tanto resistir los mandatos del soberano, por ilegales que los mismos pudieran considerarse desde la óptica de un *fundamental law*. Innecesario es decir, que el Rey Jacobo I compartiría en plenitud esta doctrina.

II. Muy particular relevancia ha de atribuirse en el siglo XVI a Christopher St. Germain, quien en 1523 iba a publicar una conocidísima obra llamada a ejercer una notable influencia en el pensamiento jurídico inglés del siglo XVII. Nos referimos a sus *Dialogues in English between a Doctor of Divinity and a Student in the Laws of England*, comúnmente

¹²⁹ LEWIS, John Underwood: “Sir Edward Coke (1552-1634): His Theory of <Artificial Reason> as a Context for Modern Basic Legal Theory”, en *Law, Liberty, and Parliament. Selected Essays...*, *op. cit.*, pp. 107 y ss.; en concreto, p. 111.

¹³⁰ “(T)he word *constitution* ---ha escrito Holt--- acquired this new prescriptive sense in the course of the seventeenth century”. HOLT, J. C.: “The Ancient Constitution in Medieval England”, en *The Roots of Liberty*, *op. cit.*, pp. 22 y ss.; en concreto, p. 23.

¹³¹ *Apud* BERMAN, Harold J.: “The Origins of Historical Jurisprudence...”, *op. cit.*, p. 1660.

llamada *Doctor and Student*. En ella, nos dice Gough¹³², el concepto de *reason* ocupó el lugar del de *law of nature* entre los juristas ingleses de su día. Esta publicación iba a venir a probar, que en los siglos XVI y XVII, incluso antes, en la misma Edad Media, una noción acerca de la jerarquía del Derecho no era completamente desconocida para los abogados y juristas ingleses¹³³. Por lo demás, la obra contiene algunas de las semillas que posteriormente fructificarán y se desarrollarán en la teoría jurídica inglesa¹³⁴, y ello no obstante mantenerse dentro de la tradición de la filosofía jurídica europea del siglo XVI, que ya comenzaba a separarse de la teología católica-romana y del método escolástico; y así, aunque St. Germain reiterará algunas teorías de corte tomista, también se situará en otros aspectos en la línea del teólogo y filósofo francés Jean Gerson (1363-1429), seguidor de las innovadoras, y en su época muy controvertidas, teorías del franciscano Guillermo de Ockham (1290-1349).

En este diálogo, St. Germain imaginaba una conversación entre un doctor en Teología y un estudiante del *common law*. El autor mostraba una versión de la jerarquía medieval convencional del Derecho de Inglaterra en la que separaba seis partes. La primera era la ley de la razón, lo que mostraba lo que se acaba de decir, que el concepto de *reason* pasaba a ocupar el lugar de la *law of nature* entre los juristas ingleses de la época en que escribe St. Germain. A esa *law of reason* iba a atribuirle el autor la más alta autoridad, como muestran estas reflexiones:

“It ought to be kept as well among Jews and Gentiles as among Christian men.... And it is written in the heart of every man, teaching him what is to be done and what is to be fled. And because it is written in the heart, therefore it may not be put away,.... and therefore against this law, prescription, statute nor custom may not prevail. And if any be brought against it, they be no prescriptions, statutes, nor customs, but things void and against justice”¹³⁵. (Debe mantenerse lo mismo entre los judíos y los gentiles que entre los cristianos.... Y está escrita en el corazón de cada hombre, enseñándole lo que debe de hacerse y lo que debe evitarse. Y porque está escrita en el corazón, por lo mismo no puede apartarse,.... y por consiguiente, contra esta ley, no pueden prevalecer prescripciones, estatutos ni costumbres. Y si alguna se formulara contra ella, no habrán de ser

¹³² GOUGH, J. W.: *Fundamental Law in English...*, *op. cit.*, p. 17.

¹³³ HAMBURGER, Philip: “Law and Judicial Duty”, en *George Washington Law Review (Geo. Wash. L. Rev.)*, Vol. 72, 2003-2004, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 9.

¹³⁴ BERMAN, Harold J.: “The Origins of Historical Jurisprudence...”, *op. cit.*, p. 1659.

¹³⁵ *Apud* GOUGH, J. W.: *Fundamental Law in English...*, *op. cit.*, p. 18.

prescripciones, estatutos ni costumbres, sino cosas nulas y contra la justicia).

Del párrafo transcrito creemos especialmente destacable el hecho de que para St. Germain la ley superior determinaba si una inferior era legítima, y si había un conflicto entre ellas, la inferior era nula. También es de reseñar el preponderante lugar que otorga a la razón en el Derecho inglés. Con base en todo ello, algunos comentaristas modernos iban a ver en estas ideas una base para que los jueces revisaran la conformidad de la legislación respecto de ese *law of reason*, traslación como antes se dijo de la *law of nature*. Los escritores de la época anterior a Coke parecían contemplar como perfectamente factible esta posibilidad, aun cuando, en el caso de St. Germain, éste no parezca visualizarla con un especial entusiasmo.

Coke mencionará *Doctor and Student* como fuente de autoridad, conjuntamente con Bracton y Fortescue, en un determinado pasaje del relevante *Calvin's Case* (1608), inmediatamente después de afirmar que el "*jus naturale est, quod apud omnes homines eandem habet potentiam*"¹³⁶ (la *law of nature* es la que tiene el mismo poder entre todos los hombres), para añadir de inmediato: "And the reason hereof is, for that God and Nature is one to all, and therefore the Law of God and Nature is one to all". De esta clara referencia a los *Dialogues* podría inferirse, según Berger¹³⁷, que Coke iba a emplear el concepto de *reason* como equivalente al de *law of nature*, pues como antes se dijo, la *law of reason* iba a ocupar en el texto de St. Germain el lugar del *law of nature*. De esta forma, podía perfectamente asumirse en esa época que un estatuto "against reason" equivalía a "against the law of nature".

Si se tiene presente la tendencia del Derecho medieval que acabamos de exponer, que, insistimos, llega hasta el siglo XVII, se puede entender que Coke se sintiera identificado con esa creencia de que los tribunales podían derribar aquellos estatutos que juzgaran ofensivos de ese *fundamental law* de arraigo medieval, lo que era tanto como decir que los jueces, con su saber jurídico y profesionalidad, los consideraran contrarios a la razón. La referencia a St. Germain hecha por nuestro *Chief Justice* dos años antes del *Bonham's case* es un punto de apoyo adicional, que no creemos deba relativizarse por el hecho de que tal referencia no se encuentre en *Bonham*. La primacía con que Coke contemplará a los jueces, en

¹³⁶ *Apud The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, op. cit.*, Vol. One, p. 196.

¹³⁷ BERGER, Raoul: "*Doctor Bonham's Case: Statutory Construction...*", *op. cit.*, p. 529.

cuanto que ellos se presentaban como el arquetipo de la “artificial reason”, y sus decisiones jurídicas eran probablemente mucho más lógicas, profundas y razonadas que los textos promulgados por las legislaturas, no será sino un argumento adicional a todo lo expuesto, y así puede comprenderse que existan autores, como Boyer, que consideren que, en el *Bonham’s case*, Coke no necesitaba ninguna teoría de Derecho natural, sino tan sólo visualizar que las decisiones judiciales “are more likely to be considered in greater depth, subtler and more flexible in responding to the facts of individual cases and crafted with greater professional skill”¹³⁸.

B) La posición proclive a ver en el pasaje de Coke una máxima de la interpretación estatutaria.

I. En 1938, Thorne escribía un breve, pero enjundioso artículo, en el que iba a rebatir la interpretación de Plucknett, al entender, que con su famoso pasaje Coke no pretendía tanto llevar a cabo una revisión judicial de la legislación aplicable cuanto establecer un simple canon de la interpretación estatutaria. A partir de ese momento se iba a abrir un debate que llega hasta nuestros días y sobre el que se han vertido ríos de tinta. Por razones obvias, no podemos ocuparnos aquí del mismo más que en forma extremadamente sintética.

En su análisis de la sentencia, Thorne considera que el cuarto argumento no se dirige a poner de relieve la separación de las dos cláusulas del estatuto tantas veces referidas y, de resultas de la misma, la imposibilidad de sancionar con la privación de libertad a quien ejerciera ilícitamente la práctica médica. Para este autor, el argumento bien podría entenderse así¹³⁹: De igual modo que es absurdo interpretar el estatuto de modo tal que permita sancionar a un médico que actúa durante un mes sin licencia con una multa de 100 chelines, y castigarle después con prisión por la única falta de empeñarse en la práctica no autorizada de la medicina, esto es, castigarle dos veces por la misma falta, es asimismo absurdo interpretarlo en el sentido de que permita al *College* ser juez y parte en un proceso, en cuanto que puede imponer multas de las que una parte de su cuantía pasan a su pecunio. Aunque el estatuto otorga al Colegio la facultad de multar a los médicos que practican la medicina sin la pertinente licencia, cuando se constata que el *College* tiene un interés directo de carácter

¹³⁸ BOYER, Allen Dillard: “<Understanding, Authority, and Will>...”, *op. cit.*, p. 91.

¹³⁹ THORNE, S. E.: “Dr. Bonham’s Case”, *op. cit.*, p. 548.

pecuniario en la imposición de esas multas, y por lo mismo en la causa, sería imposible sin incurrir en un absurdo adherirse a términos tan inequívocos. Por lo tanto, el *College* no puede multar. De esta forma, la multa impuesta a Thomas Bonham no estaba legalmente impuesta y, por lo tanto, la prisión que la acompañaba se hallaba injustificada.

Así visualizado, para Thorne, el cuarto argumento del *Chief Justice* está lejos de ser un *dictum*, presentándose por el contrario como una verdadera parte material de su razonamiento. Dicho de otro modo, el pasaje de Coke no sería un mero *obiter dictum* sino una parte integral de la argumentación encaminada a mostrar que, de conformidad con una interpretación adecuada de las cartas patente y del estatuto que las confirmaba, el Colegio de Médicos no poseía la facultad que pretendía. Y aunque este argumento está expresado en términos muy amplios, no visualiza la nulidad del estatuto a causa de un conflicto entre éste y el *common law*, *natural law* o *higher law*, sino simplemente el rechazo a seguir un estatuto absurdo a simple vista. Así entendido, Coke se estaba limitando a sentar un criterio hermenéutico de aplicación al Derecho estatutario.

El Profesor de la “Northwestern University” refuerza su tesis acudiendo a la interpretación del término “repugnancy” (lo que se justifica por la frase de la sentencia “repugnant or impossible to be performed”), del que recuerda que era muy familiar a los abogados del siglo XVII. Una “repugnancy” es una contradicción; ocurre cuando un estatuto dispone una cosa y después, quizá por descuido, lo opuesto. Cuando nos enfrentamos a un estatuto contradictorio (“a repugnant statute”), tenemos primeramente que interpretarlo de modo tal que evitemos sus palabras (los términos contradictorio como es obvio), pero si eso es imposible, entonces nuestro autor se decanta por considerar buenas las primeras palabras, debiendo por el contrario omitirse las últimas, en cuanto que son éstas las que generan una colisión por razón de su contradicción. Enfrentado a disposiciones contradictorias, un tribunal debe evitar en la medida de lo posible la colisión antes que dejar caer el estatuto, y de ahí Thorne infiere su conclusión de que “there is no conscious constitutional problem raised here, but only one of statutory construction. We are looking at a statute from the point of view of a judge called upon to apply it in a particular case. Since a provision and its opposite cannot both be applied, the later contradictory words are regarded as of no effect”¹⁴⁰.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 549.

Proyectando su reflexión al *Bonham's case*, Thorne cree que aunque no sea técnicamente una contradicción (“a repugnancy”), desde luego, un estatuto que hace a un hombre juez de su propio caso puede equipararse a un estatuto contradictorio, y que si no obstante esta circunstancia Coke hizo tomar forma a su doctrina de un estatuto contrario al *common right and reason*, fue por razón de los precedentes a los que aludió en la sentencia, no con base en ninguna teoría de Derecho natural, al margen ya de considerar que el cuarto argumento se expresa en el lenguaje de la interpretación legal¹⁴¹.

II. Diversas posiciones doctrinales más próximas en el tiempo parecen inclinarse por la tesis de Thorne, aunque la cuestión, como ya se ha dicho, está lejos de ser pacífica entre la doctrina. Entre la doctrina norteamericana reciente, Kramer, en un artículo bien conocido, sigue de cerca esta dirección. Para el Profesor de la “New York University”¹⁴², los esfuerzos de Coke se dirigieron no a establecer un control judicial respecto de un *fundamental law*, sino más bien a limitar el poder del Rey frente al Parlamento. Con su *dictum*, Coke estaba proponiendo una regla de interpretación legal de conformidad con la cual, una ley que contradijera principios jurídicos establecidos debía interpretarse estrictamente, en ausencia de una clara declaración para lo contrario.

En una línea no muy distante se sitúa MacKay, quien cree que aunque a primera vista el pasaje de Coke parece una afirmación directa de la existencia de un poder muy superior (“a much greater power”) en el *common law*, sin embargo, desde el punto de vista existente en el siglo XVII, el control ejercido por el *common law* sobre el Derecho estatutario puede ser fácilmente explicado como interpretación¹⁴³. Ahora bien, MacKay efectúa una matización importante, al entender que Coke no pretende justificar con su pasaje la existencia de unos amplios poderes de interpretación para los tribunales, pues la única razón para la existencia de

¹⁴¹ Thorne argumenta asimismo (en *Ibidem*, p. 550), que dos años después del caso que nos ocupa, en *Rowles v. Mason* (1612), Coke se dio cuenta de que *common right and reason* y *repugnancy* eran aproximadamente equivalentes. Pero en realidad, un amplio sector de la doctrina vincula estrechamente el *Rowles case* con el *Bonham's case*; así, para MacKay, el *Rowles case* ilustra acerca de cómo la idea de supremacía del *common law* parece haber quedado adherida en la mente de Coke. (MacKAY, R. A.: “Coke—Parliamentary Sovereignty...”, *op. cit.*, p. 226). Y en efecto, en *Rowles*, Coke declaraba que el *common law* “corrects, allows, and disallows, both statute law, and custom, for if there be repugnancy in statute; or unreasonableness in custom, the common law disallows and rejects it, as appears by Doctor Bonham's Case”. (*Apud* CORWIN, Edward S.: “The <Higher Law> Background of American Constitutional Law” (II), *op. cit.*, p. 374).

¹⁴² KRAMER, Larry D.: “We the Court” (The Supreme Court 2000 Term. Foreword), en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. 115, 2001-2002, pp. 5 y ss.; en concreto, p. 25.

¹⁴³ MacKAY, R. A.: “Coke—Parliamentary Sovereignty or the Supremacy of the Law?”, *op. cit.*, pp. 222-223.

esta facultad es la de poner los estatutos en conformidad general con el *fundamental law*, que no obstante ser un término algo vago, representa la razón general y la justicia del Derecho, antes que un cuerpo normativo definido¹⁴⁴.

Algunos sectores de la doctrina, aún siguiendo en lo básico la línea interpretativa precedente, han establecido determinadas matizaciones. Stoner ha dedicado una gran atención al tema¹⁴⁵, y aunque se decanta por la tesis interpretativista, por así llamarla, mantiene una posición que introduce un notable matiz. Para este autor, la celebrada declaración del *Bonham's case*, por la lógica del argumento global, encaja en un acto judicial de interpretar, no de derribar, un estatuto (“a judicial act of interpreting, not striking down, a statute”), y el principio que invoca impregna el caso como un todo; sin embargo, es difícil negar que la modestia de la forma judicial contradiga algo su más amplio significado¹⁴⁶. A Coke, como ya señalamos, le gustaba decir que la Carta Magna era como Alejandro Magno, *magnum in parvo*, esto es, una gran cosa en una pequeña forma, y Stoner se muestra tentado de aplicar su adagio a las propias palabras pronunciadas en el *Bonham's case*. Coke estaría interpretando el estatuto, pero la máxima jurídica en nombre de la cual lo estaría haciendo no sería un mero tecnicismo sino un gran principio, como el de que ningún hombre debe ser juez en su propia causa, que en último término estaría encarnando un *higher law*.

También Gray (que revela en su trabajo haber encontrado entre los manuscritos del *British Museum* algún material nuevo sobre el caso, destacando un manuscrito que, confrontado con las fuentes impresas, era capaz de afectar al significado fundamental del mismo) establece matices de interés. A su juicio¹⁴⁷, cuando Coke actuó como un juez, decidiendo sobre el caso, por ningún medio defendió la doctrina de la *judicial review*, ni excedió los límites de la interpretación jurídica. Dicho de otro modo, como presidente del Tribunal, Coke se limitó en su famoso pasaje a sentar un criterio hermenéutico; Coke tenía en mente una interpretación estricta para evitar un resultado desafortunado. Sin embargo, como redactor del informe sobre el propio caso, Coke iba a mejorar su propia sentencia. “Coke as reporter, ---escribe Gray--- reporting his own opinion <improved> it in such a way as at least to suggest that he wanted to make claims for something like judicial review”. Al preparar el texto del caso para su impresión, reflexionando acerca del relevante poder y trascendencia del

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 230.

¹⁴⁵ STONER, James R.: *Common Law and Liberal Theory...*, *op. cit.*, pp. 52-62.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 59.

¹⁴⁷ GRAY, Charles M.: “Bonham's Case Reviewed”, *op. cit.*, p. 36.

common law, Coke quiso mostrar lo máximo (“the most”) que podía hacerse a la vista de las “autoridades”, esto es, de los precedentes, en que él había tratado de fundamentar su pasaje. Y decidió que tales precedentes o “autoridades” podían efectivamente apoyar una doctrina de *judicial review*, aunque Coke no hubiera pensado en las consecuencias de la misma¹⁴⁸. El propio autor, al analizar las reacciones que en su tiempo desencadenó el famoso *dictum*, cree que hay evidencias que sugieren que la plasmación del mismo en sus *Reports* se entendió por sus contemporáneos como “a true judicial review position”¹⁴⁹.

C) La posición tendente a ver en el *dictum* la enunciación de la teoría constitucional de la *judicial review*.

La posición doctrinal mayoritaria, no nos cabe duda de ello, sigue siendo la marcada tiempo atrás por Plucknett, esto es, la que, con unos u otros matices, ve en el *dictum* de Coke la enunciación de la teoría constitucional de la *judicial review*. A partir de ello, no faltan ciertas precisiones, ni tan siquiera posiciones más exóticas, por así llamarlas, como la de quien, una vez admitida la paternidad de Coke en lo que se refiere a la *judicial review*, procede de inmediato a descalificarla. Paradigmática es al respecto la posición del siempre polémico Crosskey, quien tras admitir que el origen de la idea de la *judicial review* parece remontarse más que probablemente al *Bonham’s case*, tilda de inmediato la idea de Coke como una “ill-founded idea”¹⁵⁰.

Roscoe Pound, el gran Decano de Harvard, como ya tuvimos oportunidad de señalar, no pareció albergar dudas acerca de que el *dictum* de Coke parece ser la primera exposición acogida en sus *Reports* de la teoría de la inaplicación de una ley por su vulneración del *natural law*, o lo que es igual, del *common right and reason*¹⁵¹. Y un profundo conocedor del pensamiento de Coke como es Allen Boyer, no duda en afirmar que la doctrina moderna de la *judicial review* localiza sus orígenes en la sentencia dictada por Coke en el *Bonham’s case*¹⁵². Coke, añade en otro momento Boyer¹⁵³, actuó en la creencia de que los tribunales podían

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 49.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 36.

¹⁵⁰ CROSSKEY, William Winslow: *Politics and the Constitution in the History of the United States*, The University of Chicago Press, Chicago, 1953, Vol. II, p. 941.

¹⁵¹ POUND, Roscoe: “Common law and legislation”, *op. cit.*, p. 391.

¹⁵² BOYER, Allen Dillard: “<Understanding, Authority, and Will>...”, *op. cit.*, p. 45.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 85.

derribar los estatutos que contrariaran el *common law*, o lo que es igual, aquellas normas que, con su saber, consideraran *unreasonable*.

Ha sido Berger quien de modo más elaborado ha defendido la tesis proclive a ver en el pasaje de Coke la formulación de la doctrina de la anulación judicial de los estatutos que violaran el *higher law*¹⁵⁴. Para Berger, describir el pasaje de Coke como un “canon of statutory construction” de ningún modo agota sus consecuencias; permanece su afirmación de que una ley que haga a una parte juez de su propia causa es contraria al *common law and reason* y por lo tanto nula. Esta afirmación no está desprovista de un significado “constitucional” porque haya sido emitida en un proceso de “interpretación”¹⁵⁵. Es cierto, admite Berger, que si nos empeñáramos en forjar una “teoría constitucional”, estaríamos atribuyendo a Coke un hasta ahora inimaginable intento de conceptualización, pero, con todo, la vinculación de la etiqueta “interpretación” (“construction”) al concepto germinal no comporta que el problema constitucional desaparezca.

En fin, Berger entiende¹⁵⁶, y no le falta razón, que es inútil pensar que uno pueda asignar a las palabras formuladas por Coke hace cuatro siglos un significado definitivo. Los comentarios llevados a cabo por la doctrina de nuestro tiempo sobre las palabras de Coke le parecen a Berger ingeniosos y debatibles, y a la vista de ello él opta por el riesgo de ser simplista, interpretando “against reason” como se hizo por St. Germain en *Doctor and Student*, esto es, como algo prohibido por el Derecho natural (“the law of nature”).

Otras posiciones doctrinales, con unos u otros argumentos, son reconducibles a la teoría constitucional. Es el caso de Thomas Grey¹⁵⁷, para quien los términos de Coke en el litigio que nos ocupa, indudablemente, reclaman para los tribunales ordinarios la facultad de hacer caso omiso del claro significado de los estatutos cuando colisionen con el *common law and reason*. Los estatutos que violen ese *common law and reason* son completamente nulos (“utterly void”) y, según este autor, estos no son términos usuales en la interpretación estatutaria. De modo similar, McGovney cree¹⁵⁸, que el germen remoto del pensamiento que

¹⁵⁴ BERGER, Raoul: “Dr. Bonham’s Case”. Appendix A, inserto en la obra del propio autor, *Congress v. the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2nd printing, 1974, pp. 349 y ss.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 350.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 368.

¹⁵⁷ GREY, Thomas C.: “Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought”, en *Stanford Law Review* (*Stan. L. Rev.*), Vol. 30, 1977-1978, pp. 843 y ss.; en concreto, p. 856.

¹⁵⁸ MCGOVNEY, Dudley Odell: “The British Origin of Judicial Review of Legislation”, en *University of Pennsylvania Law Review* (*U. Pa. L. Rev.*), Vol. 93, 1944-1945, pp. 1 y ss.; en concreto, pp. 1-2. Coke, añade

evolució en la *judicial review of legislation* fue traído al mundo por Sir Edward Coke con ocasión de su sentencia en el *Bonham's case*. Tomado literalmente, el pasaje asume que el Parlamento no es una legislatura ilimitada, pues carece de facultad para promulgar un estatuto contrario a los principios del *common law*. En similar la dirección, Bowen, biógrafa de Coke, sostiene¹⁵⁹, que Coke aprovechó la ocasión que le dio el *Bonham's case* para declarar que el *common law* se hallaba por encima del Parlamento lo mismo que del Rey. Black ha mostrado su disconformidad con quienes piensan que Coke no estaba afirmando con su *dictum* un deber del tribunal de declarar las leyes nulas, recomendando a quienes así lo crean que vuelvan a las, al parecer, nunca leídas últimas páginas de su *Report* del caso, en las que establece con cuidado el procedimiento a seguir en el futuro por el Colegio de Médicos, páginas que, según la autora¹⁶⁰, podrían encabezarse con el rótulo de “Rules for Avoiding Being a Judge in your own Cause and Other Wise Precautions”. En fin, para Smith¹⁶¹, con este pasaje Coke estaba sustentando la idea de que los tribunales permanecían por encima de todos los demás cuerpos como protectores y encargados de hacer cumplir el *fundamental law* (“as the protector and enforcer of the fundamental law”). La idea de Coke de un Derecho natural superior al Derecho elaborado por el hombre no era especialmente novedosa; lo que a la par resultaba nuevo y radical era que a los tribunales les fuera dada la facultad y el derecho de velar por el cumplimiento de esa superioridad del *fundamental law*. En eso justamente reside la peculiar contribución de Coke a la *judicial review*. De esta forma, concluye el mencionado autor, el célebre *dictum* se convirtió en la fuente más importante del concepto de *judicial review*.

Terminaremos recordando la posición de Edward Corwin, sin género alguno de duda, el más cualificado estudioso norteamericano del instituto de la *judicial review of legislation*, de cuya posición ya nos hemos hecho eco, por lo que tan sólo diremos que Corwin entiende como algo seguro¹⁶², que con su *dictum* Coke no estaba afirmando una simple regla de interpretación estatutaria que debiera su fuerza a la supuesta intención del Parlamento, aunque el estatuto implicado en el *Bonham's case* fuera también interpretado desde ese punto de

más adelante McGovney, “had set an idea loose in the world, the idea that there was a higher law limiting legislatures and that courts in their ordinary administration of justice between man and man had power to give judgment according to that higher law in disregard of any legislative act inconsistent with it” (*Ibidem*, p. 3).

¹⁵⁹ Catherine Drinker BOWEN: *The Lion and the Throne* (The Life and Times of Sir Edward Coke. 1552-1634), Hamish Hamilton, London, 1957, pp. 271-272.

¹⁶⁰ BLACK, Barbara A.: “The Constitution of Empire: The Case for the Colonists”, en *University of Pennsylvania Law Review* (*U. Pa. L. Rev.*), Vol. 124, 1975-1976, pp. 1157 y ss.; en concreto, p. 1208.

¹⁶¹ SMITH, IIº, George P.: “Dr. Bonham's Case and the Modern Significance...”, *op. cit.*, pp. 310 y 313.

¹⁶² CORWIN, Edward S.: “The <Higher Law> Background of American Constitutional Law” (II), *op. cit.*, p. 372.

vista. Más allá de ello, el *Chief Justice* estaba dando fuerza a una norma de Derecho superior (*higher law*) que él consideraba vinculante no sólo para el Parlamento, sino también para los tribunales ordinarios. No en vano la expresión *common right and reason* podía perfectamente equipararse a algo fundamental, a algo permanente, en definitiva, a un *higher law*, como por lo demás vendría a corroborar la teoría constitucional americana, que vería fáciles de encontrar tales axiomas en el propio Digesto y en el Código de Justiniano.

D) Algunas reflexiones finales propias en defensa de la teoría constitucional.

I. Aunque creemos que a lo largo de estas páginas ya hemos tenido la oportunidad de mostrar nuestro punto de vista acerca del sentido del *dictum* de Coke, creemos necesario ahora efectuar unas reflexiones finales que compendien nuestra posición, no sin añadir alguna reflexión adicional. Digamos ante todo que es bastante dificultoso, si es que no por entero imposible, extraer un juicio absolutamente concluyente de lo que Coke quiso expresar en su célebre pasaje. Los argumentos de Thorne no dejan de encerrar una notable carga de convicción. Pero incluso aunque admitiéramos que en el célebre pasaje late un principio de interpretación estricta atribuible a los tribunales de la época en orden a evitar las contradicciones y absurdos a que pudiera conducir un determinado texto estatutario y a conformar la norma estatutaria a esa idea de la justicia y razonabilidad general del Derecho tan arraigada en la época, quedarnos en el mero principio hermenéutico creemos que resultaría por entero insuficiente. Así lo han admitido incluso algunos autores que han hecho prevalecer la tesis interpretativista.

Y es que la etiqueta que circunscribe el pasaje a una máxima de la interpretación estatutaria difícilmente puede cerrar el tema, incluso si pensáramos que Coke pudo tenerla presente. La regla *nemo iudex in propria causa* encarnaba un principio superior, incardinable en un *higher law*, y ello, inexcusablemente, debe ser tomado en cuenta, pues Coke no estaba expresando una regla hermenéutica cuya razón de ser fuera salvaguardar la supuesta intención del Parlamento, sino más bien proteger algo fundamental, que vinculaba al propio Parlamento. E innecesario es decir que la propia dicción del pasaje parece estar reclamando de los tribunales algo que va más allá de una estricta interpretación estatutaria.

Si dejamos de lado el caso propiamente dicho y atendemos a otros factores que podríamos llamar contextuales, la impresión de que Coke estaba expresando una teoría

constitucional se acrecienta. La tradición medieval a la que nos hemos referido con algún detalle creemos que es incontrovertible en lo que se refiere al reconocimiento de la primacía de un *fundamental law*. Como ya expusimos, en el Derecho medieval, todo acto del soberano que trasvasara los límites diseñados por el *natural law*, verdadero *fundamental law*, era formalmente nulo y sin efecto. No vamos a volver a hacernos eco de las numerosas muestras que de ello hemos aportado. Si recordamos de modo específico la obra *Doctor and Student*, mencionada por Coke como fuente de autoridad en el *Calvin's case*, tan sólo dos años antes del *Bonham's case*, podemos pensar que Coke estaba equiparando *reason* (o *law of reason*) con *law of nature*, lo que tampoco había de ponerse en exclusiva conexión con la obra de St. Germain, por cuanto, como ya se ha dicho, el concepto de *reason* iba a ocupar entre los juristas ingleses de la época el lugar del *law of nature*. En cualquier caso, para St. Germain era claro que la *law of reason* era la fuente jurídica superior y cualquier fuente inferior en contradicción con ella había de considerarse nula.

II. Si atendemos a su vez al entendimiento que del *dictum* se tuvo en la época nos encontramos con datos bien significativos. En el período en que se enmarca la vida pública de Coke, el Parlamento era un órgano supremo en cuanto órgano jurisdiccional, no habiendo sin embargo alcanzado aún su superioridad en su calidad de órgano legislativo. Su supremacía como tribunal de última instancia, frente al que no había apelación posible, le otorgaba competencia para revisar y cambiar cualquier norma estatutaria o cualquier principio del *common law*. Ello nos puede hacer comprender, que en esta época lo que se cuestionaba no era tanto si los tribunales tenían la facultad de declarar nula, en parte o en su totalidad, una ley del Parlamento, sino más bien qué tribunales disponían de tal facultad. Esta perspectiva aparece claramente puesta de relieve en la alocución hecha por Lord Ellesmere con ocasión de la prestación de su juramento del cargo de presidente del *King's Bench* por Sir Henry Montague, que sucedió en dicho cargo a Edward Coke, una vez que éste fue cesado por el Rey. En sus palabras, Lord Ellesmere, uno de los grandes enemigos de Coke, como ya dijimos, recordaba a Montague la figura de su abuelo, un antiguo *Chief Justice* de la *Court of Common Pleas*:

“He ---decía Ellesmere--- questioned not power for the Judges of this Court to correct all misdemeanors as well extrajudicial

as judicial, not to have power to judge Statutes and Acts of Parliament to be void, if they conceived them to be against common right and reason; but he left the King and the Parliament to judge what was common right and reason. I speak not of impossibilities or direct repugnances”¹⁶³. (Él no puso en duda la facultad de los jueces de este Tribunal para corregir todas las faltas tanto extrajudiciales como judiciales, ni para tener la facultad de decidir que los estatutos y leyes del Parlamento son nulos, si éste los concibiera contrarios al *common right and reason*, pero dejó al Rey y al Parlamento decidir lo que era *common right and reason*. Yo no hablo de imposibles o de contradicciones directas).

Esta declaración entrañaba una nada solapada crítica a Coke, antecesor en el cargo de Montague, y a la par suponía una suerte de advertencia al nuevo presidente para que actuara de otro modo. Si al margen ya de algún otro supuesto, como el de la contradicción, la colisión de un estatuto con el *common law and reason* podía entrañar su nulidad, pero sólo al Rey y al Parlamento correspondía decidir lo que era *common right and reason*, parecía claro que tal declaración de nulidad podía hacerse, pero sólo por el Rey y el Parlamento, éste en su condición de *High Court*. Dicho de otro modo, Lord Ellesmere no estaba cuestionando que se pudiera derribar un estatuto por contradecir un Derecho superior; lo que cuestionaba es que lo pudiera hacer un tribunal distinto del Parlamento, que al fin y a la postre era el órgano jurisdiccional supremo. La objeción del *Lord Chancellor* a la doctrina de Coke, que ha llegado a ser equiparada a la que el Juez Gibson expresara (en su célebre *dissenting opinion* formulada en el caso *Eakin v. Raub*) frente a la doctrina fijada por Marshall en *Marbury v. Madison*, da una visión de la problemática en cuestión hartamente diferente.

Las críticas de Lord Ellesmere se reiterarían en similar dirección en otras diversas oportunidades. Así, refiriéndose al *Bonham's case*, tal y como era recogido en los *Reports* de Coke, Ellesmere, en el *Earl of Oxford Case* (1615), argumentaba del siguiente modo:

“It seemeth, by the Lord Coke's report.... in Dr. Bonham's Case, That Statutes are not so sacred as that the Equity of them may not be examined. For he saith, That in many Cases the Common Law hath such a Prerogative, as that it can controul Acts of Parliament, and adjudge them void; as if they are against Common Right, or Reason, or Repugnant, or impossible to be performed.... And yet our Books are, That the Acts and Statutes of Parliament ought to be

¹⁶³ *Apud* MacKAY, R. A.: “Coke—Parliamentary Sovereignty or the Supremacy of the Law?”, *op. cit.*, pp. 228-229.

reversed by Parliament (only) and not otherwise”¹⁶⁴. (Pareciera por el informe de Lord Coke en el caso del Dr. Bonham, que los estatutos no son tan sagrados como para que su equidad no pueda examinarse. Pues él dice, que en muchos casos el *common law* tiene tal prerrogativa, como para que pueda controlar las leyes del Parlamento y juzgarlas nulas, como si son contrarias al *common right*, o a la razón, o contradictorias o imposibles de cumplirse. Y sin embargo, en nuestros Libros está, que las leyes y estatutos del Parlamento deben anularse ---solamente--- por el Parlamento, y no de otro modo).

A la vista de las reflexiones del Lord Canciller, es claro que lo que éste criticaba no era que Coke hubiera llevado a cabo un control de la conformidad de un estatuto con el *common right and reason*, por la intrínseca imposibilidad de llevar a cabo esa fiscalización, sino porque al hacerlo así había invadido una función que le era ajena. Corwin, tiempo atrás, ya puso de relieve esta misma circunstancia al escribir¹⁶⁵, que la cuestión contemporáneamente originada por el *dictum* no era, como diríamos hoy, entre el poder judicial y el legislativo, sino “between the law declaring power of the ordinary courts and the like power of the *High Court of Parliament*”. Pero en cualquier caso, Ellesmere estaba dando por supuesto que con su *dictum* Coke había llevado a cabo un control de la conformidad del estatuto con ese *higher law*. La crítica de Ellesmere no venía referida al establecimiento por el *Chief Justice* de una máxima de la interpretación estatutaria, sino a la realización de un control de la conformidad de un estatuto con un *higher law*.

III. A idéntica conclusión llegamos si valoramos las reacciones provocadas por la sentencia de Coke en los años sucesivos. A la vista de ellas, la idea de la teoría constitucional se refuerza, en detrimento de la tesis puramente hermenéutica. Bastaría con un único ejemplo para constatarlo, el que nos proporciona el caso *Rouswell v. Ivory* (1619), visto ante el Tribunal de la Chancillería, del que hay un específico documento en el *British Museum*. En él, el abogado Crewe, amigo y pariente de Coke, mencionó el *Bonham’s case* aduciendo, que de acuerdo con el mismo los tribunales de *common law* podían anular (“overrule”) estatutos, y que el *Chancellor*, del mismo modo, podía anular leyes del Parlamento (“might overrule acts

¹⁶⁴ *Apud* BERGER, Raoul: “*Doctor Bonham’s Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?*”, *op. cit.*, p. 541.

¹⁶⁵ CORWIN, Edward S.: “The <Higher Law> Background of American Constitutional Law” (II), *op. cit.*, pp. 373-374.

of Parliament”)¹⁶⁶. Hay que suponer que una persona, también de la profesión jurídica, tan próxima a Coke conocería de primera mano lo que su pariente el *Chief Justice* quiso decir con su *dictum*.

La misma idea se entresaca de la actuación de Sir Henry Hobart, *Chief Justice* de la *Court of Common Pleas*, sucesor de Coke en el cargo, quien respaldó los puntos de vista de Coke, tomados de nuevo en su más novedoso sentido, esto es, como punto de partida de la doctrina de la *judicial review*. Plucknett¹⁶⁷ no sólo no duda de ello, sino que considera a Hobart un inquebrantable defensor del punto de vista de Coke sobre el *common law* (“a staunch upholder of Coke’s view of the common law”), de lo que constituye buena prueba el caso *Day v. Savadge* (1615)¹⁶⁸. En la decisión de este último caso puede leerse: “even an Act of Parliament made against natural equity, as to make a man judge in his own cause, is void in itself, for *Jura naturae sunt immutabilia* and they are *leges legum*”¹⁶⁹ (incluso una ley del Parlamento hecha en contra de la equidad natural, como para hacer a un hombre juez de su propia causa, es nula en sí misma, pues los derechos de la naturaleza son inmutables y son ley de leyes). De esta forma, Hobart traía en apoyo de la interpretación propia de la teoría constitucional del *dictum* de Coke a Henry de Bracton y, en último término, al propio Cicerón. Aquí, la alusión hecha en el *Bonham’s case* a “against common right and reason” (que Hobart sustituye por la de “against natural equity”) permanece aislada, sin verse acompañada por la referencia a la “repugnancy”, y en cuanto a la inclusión de la frase latina, cabe recordar que ya Coke, aunque no en el *Bonham’s case*, la había mencionado (en el *Calvin’s case*), citando la obra *Doctor and Student*. Con su afirmación, Hobart daba un paso adelante respecto a las posiciones sustentadas por Coke, avanzando la teoría de que cualquier acto del soberano que quebrantara los límites impuestos por el Derecho natural era formalmente nulo.

¹⁶⁶ *Apud* BOYER, Allen Dillard: “<Understanding, Authority, and Will>...”, *op. cit.*, p. 86, nota 153.

¹⁶⁷ PLUCKNETT, Theodore F. T.: “Bonham’s Case and Judicial Review”, *op. cit.*, p. 49.

¹⁶⁸ Los hechos del caso *Day v. Savadge* pueden resumirse así: Savadge, en nombre de la ciudad de Londres, demandó el pago de ciertos derechos de embarcadero a Day, quien sostuvo que de acuerdo con la costumbre de la ciudad él no estaba sujeto al pago de tales derechos. Se suscitó así la cuestión de si tal costumbre existía y cómo podía juzgarse su existencia. La ciudad adujo un antiguo privilegio que, según alegó, le había sido confirmado por un estatuto de Ricardo II, y que autorizaba a su Secretario-Archivero (“Recorder”) a declarar de viva voz cuáles eran las costumbres de la ciudad, frente a lo que se objetó que tal procedimiento haría a la ciudad juez de su propia causa (“judge in their own cause”).

¹⁶⁹ *Apud* Raoul BERGER: “Dr. Bonham’s Case”, *op. cit.*, p. 364. Asimismo, en: PLUCKNETT, Theodore F. T.: “Bonham’s Case and Judicial Review”, *op. cit.*, p. 49.

Una confirmación adicional de tal interpretación viene ofrecida por un tratado publicado en 1627 por el abogado Sir Henry Finch, en que declara: “It is truly said, and all men must agree, that laws indeed repugnant to the law of reason are as well void as those that cross the law of nature”¹⁷⁰.

IV. Para terminar hemos de hacernos eco de uno de los argumentos a los que con bastante frecuencia ha aludido la doctrina proclive a ver en el *dictum* de Coke un mero principio hermenéutico. Se trata de una reflexión hecha por el propio Coke en el cuarto de sus *Institutes of the Lawes of England*, en donde, al abordar el poder y jurisdicción del Parlamento, escribe:

“Of the power and jurisdiction of the Parliament for making of laws in proceeding by Bill, it is so transcendent and absolute, as it cannot be confined either for causes or persons within any bounds” (El poder y jurisdicción del Parlamento para hacer leyes, procediendo a través de proyectos de ley, es tan trascendente y absoluto que no puede confinarse ni por causas ni por personas dentro de ningún límite), tras lo que añade: “Of this Court it is truly said: *Si antiquitatem spectes, est vetustissima, si dignitatem, est honoratissima, si jurisdictionem, est capacissima*”¹⁷¹. (De este Tribunal se ha dicho fielmente, que si se considera su antigüedad, es el más antiguo, si su dignidad, es el más honorable, si su jurisdicción, es la más extensa).

En la primera parte del texto transcrito algunos han visto una contradicción con la supuesta formulación por Coke de la doctrina de la existencia de un *higher law* vinculante, cuya vulneración por una norma estatutaria podría desencadenar la nulidad de la misma, contradicción que podría acentuarse si se tiene en cuenta que Blackstone, algo más de un siglo después, usó en sus *Commentaries on the Laws of England* el mismo pasaje para expresar la contrapuesta idea de la soberanía parlamentaria. Frente a esas consideraciones, nos alineamos más bien con Corwin, quien siguiendo a McIlwain consideró¹⁷², que en las páginas de Coke el texto en cuestión no podía tener el significado que le diera Blackstone, pues como sus

¹⁷⁰ *Apud* BERGER, Raoul: “Dr. Bonham’s Case”, *op. cit.*, p. 365.

¹⁷¹ “The Fourth Part of the *Institutes*”, Chapter I (“Of the High and Most Honourable Court of Parliament”), en *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, op. cit.*, Vol. Two, pp. 1062 y ss.; la cita transcrita en p. 1133.

¹⁷² CORWIN, Edward S.: “The <Higher Law> Background of American Constitutional Law” (II), *op. cit.*, pp. 378-379.

propias palabras indican, él clasifica el Parlamento, esencialmente (“primarily”) como un tribunal, aunque sea un tribunal que tanto puede hacer nuevo Derecho como declarar el viejo, y lo que con ello está describiendo Coke no es un poder y jurisdicción que se halle facultado para dejar de lado derechos a voluntad, aunque tenga competencia para alcanzar a todas las personas y causas. Además, las ilustraciones que da del “trascendente poder y jurisdicción del Parlamento” no son, de acuerdo con los standards actuales, ejemplos de poder legislativo en absoluto, (“are not, by today’s standards, instances of law-making at all”) sino del ejercicio de una especie de jurisdicción de equidad en casos individuales.

También Smith considera muy dudoso que Coke vinculara el mismo significado a su afirmación que la que le habría de dar Blackstone. Coke, argumenta el citado autor¹⁷³, no reconoció ni una vez la antítesis entre “adjudication” y “legislation”. Coke consideraba que las leyes que el Parlamento promulgaba eran análogas a las decisiones adoptadas por un tribunal, por lo que, consideradas como tales, no se contemplaban como normas de una naturaleza inviolable hechas por una legislatura omnipotente, sino más bien como decisiones de otro tribunal a las que siempre podía hacerse caso omiso si contravenían el *fundamental law*. De esta forma, para Coke, el Parlamento era supremo con tal de que permaneciera dentro de la esfera del *common law*.

Poco más puede añadirse. Los argumentos expuestos (en positivo y negativo) creemos que justifican sobradamente que, aún admitiendo las dificultades a las que ya hemos hecho mención, nos decantemos por la interpretación que ve en el *dictum* de Coke la formulación de la doctrina de la *judicial review*.

Bibliografía

BAKER, J. H.: *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, 2nd edition, London, 1979.

BERGER, Raoul: “*Doctor Bonham’s Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?*”, en *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)*, Vol. 117, 1968-1969, pp. 521 y ss.

¹⁷³ George P. SMITH, IIº: “Dr. Bonham’s Case and the Modern Significance of Lord Coke’s Influence”, *op. cit.*, pp. 310-311.

BERMAN, Harold J.: “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”, en *Yale Law Journal (Yale L. J.)*, Vol. 103, 1993-1994, pp. 1651 y ss.

BLACK, Barbara A.: “The Constitution of Empire: The Case for the Colonists”, en *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)*, Vol. 124, 1975-1976, pp. 1157 y ss.

BOUDIN, Louis B.: “Lord Coke and the American Doctrine of Judicial Power”, en *New York University Law Review (N. Y. U. L. Rev.)*, Vol. 6, 1928-1929, pp. 223 y ss.

BOWEN, Catherine Drinker: *The Lion and the Throne* (The Life and Times of Sir Edward Coke. 1552-1634), Hamish Hamilton, London, 1957.

BOYER, Allen Dillard: “<Understanding, Authority, and Will>: Sir Edward Coke and the Elizabethan Origins of Judicial Review”, en *Boston College Law Review (B. C. L. Rev.)*, Vol. XXXIX, 1997-1998, pp. 43 y ss.

CORWIN, Edward S.: “The <Higher Law> Background of American Constitutional Law” (I), en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. XLII, 1928-1929, pp. 149 y ss.

CROSSKEY, William Winslow: *Politics and the Constitution in the History of the United States*, The University of Chicago Press, Chicago, 1953, Vol. II.

DAWSON, John P.: “Coke and Ellesmere Disinterred: The Attack on the Chancery in 1616”, en *Illinois Law Review (Ill. L. Rev.)*, Vol. 36, 1941-1942, pp. 127 y ss.

GOEBEL Jr., Julius: “Constitutional History and Constitutional Law”, en *Columbia Law Review (Colum. L. Rev.)*, Vol. XXXVIII, 1938, pp. 555 y ss.

GOUGH, J. W.: *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford at the Clarendon Press, reprinted, Oxford, 1961.

GRAY, Charles M.: “Bonham’s Case Reviewed”, en *Proceedings of the American Philosophical Society (Proc. Amer. Phil. Soc.)*, Vol. 116, No. 1, February 15, 1972, pp. 35 y ss.

_____ : “The Boundaries of the Equitable Function”, en *The American Journal of Legal History (Am. J. Legal Hist.)*, Vol. 20, 1976, pp. 192 y ss.

GREY, Thomas C.: “Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought”, en *Stanford Law Review (Stan. L. Rev.)*, Vol. 30, 1977-1978, pp. 843 y ss.

HAMBURGER, Philip: “Law and Judicial Duty”, en *George Washington Law Review (Geo. Wash. L. Rev.)*, Vol. 72, 2003-2004, pp. 1 y ss.

HOLT, J. C.: *Magna Carta*, Cambridge University Press, Cambridge (Great Britain), 1992.

_____ : “The Ancient Constitution in Medieval England”, en *The Roots of Liberty* (Magna Carta, Ancient Constitution, and the Anglo-American Tradition of Rule of Law), edited with an Introduction by Ellis Sandoz, University of Missouri Press, Columbia (Missouri) and London, 1993, pp. 22 y ss.

KRAMER, Larry D.: “We the Court” (The Supreme Court 2000 Term. Foreword), en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. 115, 2001-2002, pp. 5 y ss.

MACKAY, R. A.: “Coke—Parliamentary Sovereignty or the Supremacy of the Law?”, en *Michigan Law Review* (*Mich. L. Rev.*), Vol. XXII, 1923-1924, pp. 215 y ss.

MCGOVNEY, Dudley Odell: “The British Origin of Judicial Review of Legislation”, en *University of Pennsylvania Law Review* (*U. Pa. L. Rev.*), Vol. 93, 1944-1945, pp. 1 y ss.

MULLETT, Charles F.: “Coke and the American Revolution”, en *Economica* (The London School of Economics and Political Science), No. 38, November, 1932, pp. 457 y ss.

PLUCKNETT, Theodore F. T.: “Bonham’s Case and Judicial Review”, en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. XL, 1926-1927, pp. 30 y ss.

POCOCK, J. G. A.: *La Ancient Constitution y el Derecho feudal*, Editorial Tecnos, Madrid, 2011.

POUND, Roscoe: “Common law and legislation”, en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. XXI, 1907-1908, pp. 383 y ss.

REY MARTÍNEZ, Fernando: “Una relectura del *Dr. Bonham’s Case* y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 8, núm. 14, Enero/Junio 2007, pp. 47 y ss.

SHAPIRO, Barbara J.: “Law and Science in Seventeenth-Century England”, en *Stanford Law Review* (*Stan. L. Rev.*), Vol. 21, 1968-1969, pp. 727 y ss.

SCHWARTZ, Bernard: *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1993.

SHEPPARD, Steve (ed.): *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Liberty Fund, Indianapolis, Indiana, 2003, Vol. Two.

SHERRY, Suzanna: “Natural Law in the States”, en *University of Cincinnati Law Review* (*U. Cin. L. Rev.*), Vol. 61, 1992-1993, pp. 171 y ss.

SMITH IIº, George P.: “Dr. Bonham’s Case and the Modern Significance of Lord Coke’s Influence”, en *University of Washington Law Review* (*Wash. L. Rev.*), (School of Law. University of Washington. Seattle, Washington), Vol. 41, 1966, pp. 297 y ss.

SOSIN, J. M.: *The Aristocracy of the Long Robe* (The Origins of Judicial Review in America), Greenwood Press, New York/Westport, Connecticut/London, 1989.

STIMSON, Shannon C.: *The American Revolution In The Law* (Anglo-American Jurisprudence Before John Marshall), The Macmillan Press, London, 1990.

STONER Jr., James R.: *Common law and liberal theory. Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*, University Press of Kansas, Lawrence (Kansas), 1992.

THORNE, S. E.: “Dr. Bonham’s Case”, en *Law Quarterly Review (L. Q. Rev.)*, Vol. 54, 1938, pp. 543 y ss.

USHER, Roland G.: “James I and Sir Edward Coke”, en *The English Historical Review* (published by Oxford University Press), Vol. 18, No. 72, October, 1903, pp. 664 y ss.

VEEDER, Van Vechten: “The English Reports, 1292-1865” (I), en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. XV, 1901-1902, pp. 1 y ss.

VINOGRADOFF, Paul: “Constitutional History and the Year Books”, en *The Law Quarterly Review (L. Q. Rev.)*, Vol. XXIX, 1918, pp. 273 y ss.

YALE, D. E. C.: “*Iudex in propria causa: An Historical Excursus*”, en *Cambridge Law Journal (Cambridge L. J.)*, Vol. 33, 1974, pp. 80 y ss.

Artigo recebido em 14 de outubro de 2013.

Artigo aprovado para publicação em 17 de outubro de 2013.

DOI: 10.11117/1982-4564.06.21