



Observatório da Jurisdição Constitucional

DOCTRINA

Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade.
Jorge Miranda

A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global.
Matthias Klatt e Moritz Meister

La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho
y la función judicial.
Jesús Vega

Poder Executivo Forte.
Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch

OBSERVATÓRIO NACIONAL

Reflexões sobre a liberdade de manifestação: funções, âmbito, conteúdo e limites.
José Melo Alexandrino

O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Lei da Ficha Limpa
Raquel Botelho Santoro

A atuação do STF na construção do sistema tributário: estudo da jurisprudência do
tribunal acerca da incidência do ICMS na importação de mercadorias.
Flávio Eduardo Carvalho

Os princípios constitucionais da administração pública e a vedação do nepotismo: uma
análise a partir da ADC 12-DF.
Simone Andréa Barcelos Coutinho

OBSERVATÓRIO INTERNACIONAL

A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013).
Alexandre Sousa Pinheiro

A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser
seguido?
João Costa Neto

Hacia una democracia más participativa? Debates constitucionales sobre la
incorporación de mecanismos de participación a la ciudad de Buenos Aires.
María Laura Eberhardt

EDITORES RESPONSÁVEIS
André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas

(ISSN 1982-4564)



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional

Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014

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 Carvalhal

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 Leony

Luciano Felício Fuck

Manoel Carlos de Almeida Neto

Marcelo Casseb Continentino

Marco Túlio Reis Magalhães

Marina Corrêa Xavier

Paulo Gustavo Gonet Branco

Paulo Penteadado 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 7, no. 1 (jan./jun. 2014)- Dados
eletrônicos. – Brasília : Instituto
Brasiliense de Direito Público, 2014 -
264 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 7, no. 1

(Contents – OJC – Year 7, N. 1)

NOTA DOS EDITORES <i>(Editors' Note)</i>	V
DOCTRINA <i>(Doctrine)</i>	
Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade <i>(State, Religious Freedom and Secularism)</i>	01
<i>Jorge Miranda</i>	
A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global <i>(The Maxim of Proportionality: a structural element of global constitutionalism)</i>	23
<i>Matthias Klatt e Moritz Meister</i>	
La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial <i>(The up-to-dateness of Aristototle's equity. Twelve antiformalist theses regarding Law and the role of the judges)</i>	42
<i>Jesús Vega</i>	
Poder Executivo Forte <i>(Strong Executive Branch)</i>	73
<i>Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch</i>	
OBSERVATÓRIO NACIONAL <i>(National Case Law Review)</i>	
Reflexões sobre a liberdade de manifestação: funções, âmbito, conteúdo e limites <i>(Some Reflections on freedom of manifestation: functions, reach, contents and limits)</i>	84
<i>José Melo Alexandrino</i>	
O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Lei da Ficha Limpa <i>(The judicial activism of the Brazilian Supreme Court in the Clean Slate Act Judgment)</i>	95
<i>Raquel Botelho Santoro</i>	
A atuação do STF na construção do sistema tributário: estudo da jurisprudência do tribunal acerca da incidência do ICMS na importação de mercadorias <i>(On how the Brazilian Supreme Court builds the Brazilian tax systems: a study on the ICMS over imports)</i>	123
<i>Flávio Eduardo Carvalho</i>	

Os princípios constitucionais da administração pública e a vedação do nepotismo: uma análise a partir da ADC 12-DF (*The constitutional principles of civil administration and the prohibition of nepotism: an analysis on the ADC 12-DF*) 155

Simone Andréa Barcelos Coutinho

OBSERVATÓRIO INTERNACIONAL (*International Case Law Review*)

A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013) (*The jurisprudence of crisis: Portuguese Constitutional Tribunal (2011-2013)*) 168

Alexandre Sousa Pinheiro

A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido? (*The South-African Constitutional Court and fundamental rights: an example to be followed?*) 190

João Costa Neto

¿Hacia una democracia más participativa? Debates constitucionales sobre la incorporación de mecanismos de participación a la ciudad de Buenos Aires. (*Towards a more participatory democracy? Constitutional debates regarding the incorporation of collaborative mechanisms in the City of Buenos Aires*) 226

Maria Laura Eberhardt



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.

Nota dos Editores

André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas

O Observatório da Jurisdição Constitucional lança nova edição semestral, que compreende o período de janeiro a junho de 2014. Neste ano, em que o periódico completa sete anos de existência, a publicação reitera o compromisso de representar um espaço aberto aos intérpretes da Constituição, com a notícia crítica dos atos das Cortes e Tribunais Constitucionais em diversos países, assim como da mais recente doutrina do direito público nacional e estrangeiro que repercute nas atividades da jurisdição constitucional.

Na presente edição, a Seção de Doutrina contém estudo do constitucionalista português Jorge Miranda a respeito das relações entre Estado e religião, considerando a laicidade do Estado e a liberdade religiosa concebida como direito fundamental na Constituição de Portugal de 1976. A sessão também traz o artigo inédito no Brasil dos professores alemães Matthias Klatt e Moritz Meister sobre a máxima da proporcionalidade e os distintos passos para sua aferição, com ênfase na questão sobre a possibilidade de estruturação racional da ponderação. Analisando a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, os constitucionalistas germânicos mostram como se deve utilizar o argumento do nível reduzido de intensidade ou densidade de controle (*reduzierte Kontrolldichte*), com base, entre outras, na decisão do caso *Gustl Mollath*. Outro destaque dessa seção de doutrina é o também inédito estudo do professor espanhol Jesús Vega, um dos maiores especialistas sobre a obra de Aristóteles e suas relações com o direito. Vega faz uma leitura da teoria aristotélica da equidade desde os pressupostos de um enfoque argumentativo do direito e dela extrai as implicações para a prática judicial, apresentando doze críticas sobre o formalismo jurídico. A parte de doutrina conta ainda com o artigo do professor Rodrigo

Mudrovitsch, que analisa as principais características institucionais de Poderes Executivos fortes, tratando da experiência brasileira pós-1988.

A Seção Observatório Nacional começa com estudo sobre o direito fundamental de manifestação, um dos temas mais relevantes do direito constitucional na atualidade, especialmente para a realidade brasileira. O artigo do professor José Melo Alexandrino, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, analisa os aspectos técnico-jurídicos da liberdade de manifestação, buscando identificar as respectivas funções, jurídicas e extra-jurídicas, esclarecer o âmbito de protecção, o conteúdo e os limites desse direito fundamental, bem como as perturbações (*afecções*) a que pode estar sujeito num sistema de Estado constitucional. Esta seção conta, ainda, com diversos estudos críticos sobre a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Lei da Ficha Limpa”, de Raquel Botelho Santoro; “A atuação do STF na construção do sistema tributário: estudo da jurisprudência do tribunal acerca da incidência do ICMS na importação de mercadorias”, de Flávio Eduardo Carvalho; e “Os princípios constitucionais da administração pública e a vedação do nepotismo: uma análise a partir da ADC 12-DF”, de Simone Andréa Barcelos Coutinho.

Na Seção Observatório Internacional, o professor Alexandre Sousa Pinheiro analisa a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal nos anos 2011-2013, especialmente as decisões mais polêmicas sobre a constitucionalidade das medidas de Estado adotadas por aquele País para fazer frente à grave crise econômica que ali se abateu no pós-2008. Uma análise dessa “jurisprudência da crise” permite leitura de que se estaria diante de um estado de exceção, diante da situação de emergência econômica, que conduz à necessidade da suspensão (provisória) de direitos fundamentais. A seção também conta com o artigo do Professor João Costa Neto, que descreve e esclarece as principais decisões proferidas pela Corte sul-africana em matéria de direitos fundamentais, fazendo um balanço a respeito do papel desempenhado por aquela Corte, de modo a aferir se a sua atuação relativa a direitos fundamentais pode, ou não, servir de paradigma para outros países, como o Brasil. A seção é finalizada com o trabalho da professora argentina Maria Laura Eberhardt, que parte da constatação de uma crise de representação democrática vivenciada na maioria das democracias contemporâneas para aprofundar os estudos sobre os mecanismos de

participação popular na tomada de decisões políticas, com enfoque na cidade de Buenos Aires.

Esperamos que os leitores efetivamente apreciem esta nova edição do Observatório da Jurisdição Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), e que os estudos publicados possam de alguma forma contribuir para as reflexões em torno da jurisdição constitucional e do direito público no Brasil.



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.

Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade*

Jorge Miranda **

Resumo: O texto discorre sobre as relações entre Estado e religião, considerando a laicidade do Estado (separação entre Estado e religião) e a liberdade religiosa (concebida como direito fundamental na Constituição de Portugal de 1976). Discorre-se, ainda, acerca do ensino religioso nas escolas públicas.

Palavras-chave: Estado; religião; liberdade religiosa; laicidade.

Abstract: This paper deals with the relationship between state and religion, considering the secular State (separation between State and religion) and the religious freedom (conceived as a fundamental right in the Portuguese Constitution of 1976). It also discusses religious education in public schools.

Keywords: secular State; religion; religious freedom; secularism.

* Conferência proferida, em Brasília, em 18 de Junho de 2011 no Seminário sobre “O Estado laico e a liberdade religiosa”, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça. Texto mantido segundo a norma culta portuguesa, sem adaptações para a norma brasileira.

** Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

1. O fenômeno religioso e o Estado

I – Como fenômeno que penetra nas esferas mais íntimas da consciência humana e, simultaneamente, se manifesta em grandes movimentos coletivos, o fenômeno religioso tem tido sempre importantíssima projeção política e jurídico-política. Tem influído constantemente não só na história cultural mas também na história política. Nenhuma Constituição deixa de o considerar e repercute-se ainda no Direito internacional.

Apresentam-se, no entanto, muito diferentes, conforme as épocas e os lugares, os tipos de Estado e os regimes políticos, o sentido da sua relevância e o teor das relações entre poder público e confissões religiosas. E não admira que seja assim, em consequência da própria diversidade de religiões, das concepções subjacentes à comunidade política, das finalidades assumidas pelo Estado, de todos os mutáveis condicionalismos culturais, económicos e sociais.

II – Pode esquematizar-se da seguinte maneira o quadro das relações entre Estado e confissões religiosas, tal como as revelam a história e o Direito comparado:

A) <i>Identificação</i> entre Estado e religião, entre comunidade política e comunidade religiosa (Estado confessional)	Com domínio do poder religioso sobre o poder político	– <i>teocracia</i>	
	Com domínio do poder político sobre o poder religioso	– <i>cesaropapismo</i>	
B) <i>Não identificação</i> (Estado laico)	Com união entre o Estado e uma confissão religiosa (religião do Estado)	União com ascendentes de um dos poderes sobre o outro	<i>Clericalismo</i> (ascendente do poder religioso)
			<i>Regalismo</i> (ascendente do poder político)
		União com autonomia relativa	
		Separação relativa (com tratamento especial ou privilegiado de uma religião)	

C) Oposição do Estado à religião	Com separação	Separação absoluta (com igualdade absoluta das confissões religiosas)
	Oposição relativa	– <i>Estado laicista</i>
	Oposição absoluta	– <i>Estado ateu</i> (ou de confessionalidade negativa) ¹

III – *Identificação*, sob a forma de *teocracia*, encontrava-se na Antiguidade oriental, do Egito à Pérsia, e, de certa maneira, nas Cidades-Estado da Grécia, fundadas no culto dos mesmos antepassados.

Também a doutrina dos dois gládios de alguns Papas da Idade Média, do tempo da *Respublica Christiana*, levava ao ascendente do poder espiritual sobre o temporal, ainda que tivesse defrontado sempre resistências dos reis e do Imperador do Sacro Império Romano Germânico.

Mas é, sobretudo, hoje, o fundamentalismo islâmico – apesar de não ser o único fundamentalismo religioso em expansão nos nossos dias – que mais fortemente afirma não

¹ Cfr., entre tantos, PASSERIN D'ENTRÈVES, *Dottrina dello Stato*, Turim, 1967, págs. 191 e segs., e *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, cit., págs. 195 e segs.; RAMÓN COMAS, *El Estado y las Iglesias por separado*, Barcelona, 1971; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., 1, 10ª ed., págs. 403 e segs.; VALERIO ZANONE, *Laicismo*, in *Dizionario di Politico*, 1976, págs. 511V e segs.; GIUSEPPE CAPUTO, *Stato e Chiesa*, *ibidem*, págs. 1004 e segs.; UMBERTO POTOTSCHNIG, *La laicità dello Stato*, in *Jus*, 1977, págs. 247 e segs.; STEVEN RUNCIMAN, *The Byzantine Theocracy*, 1977, trad. *A Teocracia Bizantina*, Rio de Janeiro, 1978; *Constitución y relaciones Iglesia y Estado en la actualidad*, obra colectiva, Salamanca, 1978; R. DA COSTA MEIRELES, *Igreja e Estado*, in *Polis*, III, págs. 396 e segs.; ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, *Iglesia y Estado en la Edad Moderna (siglos XVI e XVII)*, in *El Estado Español en su dimensión histórica*, obra colectiva, Barcelona, 1984, págs. 129 e segs.; PIER GIOVANNI CARON, *Corso di Storia dei Rapporti fra Stato e Chiesa*, 2 vols., Milão, 1985; BERNARD CUBERTAFOND, *Théocraties*, in *Revue du droit public*, 1985, págs. 277 e segs.; BERTRAND BADIE, *Les deux États – Pouvoir et société en Occident et en Terre d'Islam*, Paris, 1986, págs. 20 e segs. e 67 e segs.; CARLOS CORRAL, *Sistemas actuais de relações entre Igreja e Estado*, in *Brotéria*, 1987, págs. 145 e segs.; JÓNATAS MACHADO, *Pré-compreensões na disciplina jurídica do fenómeno religioso*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1992, págs. 165 e segs., e *A liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, Coimbra, 1996 págs. 13 e segs., 53 e segs. e 128 e segs.; CHRISTIAN STARCK, *Le Christianisme et les Église dans leur signification pour l'identité de l'Union Européenne et des ses États membres*, in *Perspectivas Constitucionais*, obra colectiva, I, 1996, págs. 737 e segs.; *Il principio di laicità nello Stato democratico*, obra coletiva ed. por MARIO TEDESCHI, Catanzaro, 1996; PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A liberdade religiosa e o Estado*, Coimbra, 2002; ROSA DIONIZIO NUNES, *Das relações da Igreja com o Estado*, Coimbra, 2005; FERNANDO CATROGA, *Entre Deuses e Césarés – Secularização, laicidade e religião civil*, Coimbra, 2006; *Estado y religión en la Europa del siglo XXI*, obra coletiva, Madrid, 2008; MARIO SCATOLLA, *Teologia Política*, trad., Lisboa, 2009.

poder existir separação entre a esfera política e a esfera religiosa, identifica a comunidade de cidadãos com a comunidade de crentes e pretende que a lei religiosa vigore como lei civil².

IV – *Identificação*, sob a forma de *cesaropapismo*, assumiu diferentes configurações na história das nações entre os monarcas e o Cristianismo.

Como escreve ANTÓNIO LEITE:

Os imperadores romanos pagãos eram, ao mesmo tempo, sumos sacerdotes (*Pontifices Maximi*) do culto oficial de Roma, isto é, detinham a suprema autoridade civil e religiosa. Quando se converteram ao cristianismo, tiveram de renunciar ao sumo sacerdócio pagão, mas conservaram o hábito de intervir em assuntos religiosos, quer de ordem disciplinar quer até dogmáticos, sobretudo quando eles interferiam de algum modo com a ordem pública. Estas ingerências foram tanto mais facilmente aceites quanto, em geral, vinham acompanhadas de protecção e benefícios para a Igreja. O imperador Constantino, depois da conversão, gostava de se intitular “bispo do exterior”, e intrometeu-se muitas vezes em assuntos eclesiásticos.
(...)

O imperador Justiniano (527-565) promulgou numerosas leis sobre a disciplina eclesiástica, consolidando e dando assim forma ao cesaropapismo bizantino, que havia de perdurar até à queda do império do Oriente (1453). A responsabilidade não foi toda dos imperadores e dos seus áulicos, pois os bispos e outros eclesiásticos demasiadas vezes recorriam ao poder civil para obterem quer favores e bens materiais quer protecção nos constantes conflitos que sempre dilaceraram as Igrejas do Oriente. Este cesaropapismo bizantino teve a sua continuação na Rússia, que recebeu o cristianismo de Constantinopla. Sobretudo a partir de Pedro I, *o Grande* (1682-1725), os czares tomaram-se verdadeiros chefes da Igreja Russa.

No Ocidente, depois da queda do império (476), quase se extinguiu o cesaropapismo, pois os novos Estados bárbaros sofreram antes o influxo da Igreja, tendo no entanto os monarcas muitas vezes tentado interferir na vida desta. Até que, com Carlos Magno (768-814), o cesaropapismo surge em toda a sua extensão: o imperador

² A República Islâmica do Irão, proclamada em 1979, apresenta-se com a experiência mais radical de realização desta ideia e a sua Constituição, de 1986, patenteia-a bem impressivamente.

Assim, a República Islâmica é um «sistema baseado na fé» (art. 2º), em que o povo é «chamado à virtude» e «os crentes, homens e mulheres, são amigos uns dos outros, rejubilam no Bem e proibem o Mal» (Alcorão, 9:71) (art. 8º).

Os princípios islâmicos são limites aos direitos dos cidadãos e critério de ação do Estado (arts. 21º, 24º, 27º e 28º), embora o governo e todos os muçulmanos sejam obrigados a conduzir-se «com moderação, justiça e equidade» para com os não muçulmanos e devam salvaguardar os direitos destes (art. 14º, 2ª parte) e a nacionalidade seja um «direito absoluto» de todos os cidadãos (art. 41º).

Por outro lado, logicamente, os poderes soberanos exercem-se sob a supervisão dos dirigentes religiosos (art. 57º).

intervém em toda a vida da Igreja, nomeia bispos, reúne sínodos, reforma dioceses e mosteiros, imiscui-se até em controvérsias doutrinárias, ainda que, em geral, com aceno e notável proveito para a Igreja. Os seus sucessores não se mantêm à mesma altura (...)

Com a Reforma, o cesaropapismo estabeleceu-se em diversos Estados protestantes: Henrique VIII de Inglaterra, depois de romper com Roma, proclamou-se «único chefe da igreja da Inglaterra» (1534) Este acto de supremacia foi revogado por Maria Tudor e restabelecido com todo o rigor pela rainha Isabel. Desde então os reis ingleses são também chefes da Igreja Anglicana, exercendo os seus poderes por meio do Parlamento e do Governo. Lutero a princípio procurou manter a Reforma independente do poder dos príncipes alemães; mas, pouco a pouco, muitos destes, ao converterem-se ao protestantismo, passaram a exercer também autoridade sobre as igrejas reformadas dos seus Estados, o que foi uma das causas do progresso da Reforma. Posteriormente, as diversas confissões protestantes tentaram subtrair-se a este domínio da autoridade civil³.

V – *Não identificação* significa distinção entre a esfera política e a esfera religiosa, não inclusão entre as atribuições do Estado de atribuições em matéria de religião e de culto, laicidade.

O Estado moderno de matriz europeia, com a centralização do poder real, o Renascimento e a Reforma, tem no seu bojo este princípio, ainda que a sua plena concretização tenha levado séculos a ser alcançada e, em alguns países europeus, ainda nem sequer tenha sido alcançada plenamente.

Numa primeira fase, mais longa, o Estado tem uma religião oficial (no século XVII dizia-se *Cujus Régio, Ejus Religio*⁴ e, mesmo se diversas, há relações institucionais permanentes entre ele e a correspondente Igreja. Numa segunda fase, não há mais religião de Estado, afirma-se o princípio de liberdade e estabelecem-se regimes de separação.

VI – No regime de união, prevaleceu historicamente a tendência para o *regalismo*, resquício ou continuador do cesaropapismo. Com formas ora mais moderadas, ora mais acentuadas, traduzia-se na intervenção dos Estados na vida interna das Igrejas, em especial na designação dos bispos e no provimento dos ofícios eclesiásticos. A pretexto de proteção da religião, redundava em maior ou menor dependência das autoridades religiosas⁵.

³ *Cesaropapismo*, in *Verbo* (ed. do séc. XXI), 6, 1998, págs. 806 e segs. e Autores citados.

⁴ Situação excepcional foi a da França, com o Edito de Nantes de 1598, que permitiu aos Huguenotes o exercício da liberdade de culto nas terras onde estivessem estabelecidos; seria revogado em 1685.

⁵ Cfr. ANTÓNIO LEITE, *Regalismo*, in *Verbo*, 24, 2002, págs. 1153 e segs.

As monarquias absolutas dos séculos XVII e XVIII, protestantes ou católicas, foram regalistas. E, não muito atenuado, foram no outrossim as monarquias constitucionais do século XIX, as quais, só tardiamente, iriam admitir o princípio da liberdade de religião⁶.

Clericalismo não houve verdadeiramente na Europa, mas nele poderiam talvez integrar-se as *reduções* jesuíticas constituídas em certas áreas da América, incluindo parte do que é hoje o Rio Grande do Sul. Aliás, um dos motivos invocados pelo Marquês de Pombal contra os jesuítas era considerá-los inimigos da autoridade real.

VII – No regime de *separação* ou de Estado secular não há religião oficial, todas as confissões são reconhecidas e os governantes abstêm-se de qualquer decisão sobre a sua vida interna, assim como elas se afastam do contraditório político.

Foi nos Estados Unidos – país criado por fiéis de diversos cultos, fugidos da Europa para os poderem livremente celebrar – que este regime surgiu. O 1º Aditamento à Constituição, de 1791, expressamente proíbe o estabelecimento de uma religião do Estado. No Brasil, cem anos mais tarde, a Constituição de 1891 vedaria aos Estados e à União estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de qualquer culto (art. 10º). Na França e em Portugal, a separação seria decretada em 1905 e em 1911, respetivamente, mas em termos conflituais.

Em países com grande divisão religiosa, impõe-se, naturalmente, um regime de separação absoluta. Já em países com religião largamente maioritária e com grande fundo histórico, por vezes adota-se um tratamento preferencial, e não raro privilegiado, dessa religião, sem prejuízo da liberdade religiosa. É o caso da Inglaterra hoje ou da Grécia e, foi, de certo modo, o caso de Portugal entre 1935 e 1974.

Mas separação não determina necessariamente desconhecimento da realidade social e cultural religiosa, nem relegar as confissões religiosas para a esfera privada. A existência das confissões e das suas atividades não pode ser ignorada ou secundarizada e nada impede mesmo que se firmem laços de cooperação delas com o Estado em diversos domínios.

VIII – Está aí a principal diferença que traz o *laicismo* com oposição (relativa) do Estado às religiões.

⁶ Apesar de a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, prescrever que ninguém poderia ser inquietado pelas suas opiniões religiosas (art. 10º).

Laicidade significa não assunção de tarefas religiosas pelo Estado e neutralidade, sem impedir o reconhecimento do papel da religião e dos diversos cultos. *Laicismo* significa desconfiança ou repúdio da religião como expressão comunitária e, porque imbuído de pressupostos filosóficos ou ideológicos (o positivismo, o cientismo, o livre pensamento ou outros), acaba por pôr em causa o próprio princípio da laicidade. A França e Portugal conheceram esse estado de espírito aquando das suas leis de separação.

IX – *Oposição* absoluta à religião constitui fenómeno recente, ligado aos totalitarismos modernos: os marxista-leninistas e o nacional-socialista⁷.

Como o Estado pretende ser *total* e conforma ou visa conformar toda a sociedade, destituída de autonomia, pela sua ideologia, a religião deixa de ter espaço e ou se submete ou tem de se reduzir à clandestinidade.

X – Bem diversamente, o fenómeno religioso tem consagração no âmbito da protecção internacional dos direitos do homem.

Lê-se na Declaração Universal, de 1948: “Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião: este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou a convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos” (art. 18º).

Todos os tratados gerais de direitos, sejam a nível universal, sejam a nível regional, desenvolvem este princípio, e existe mesmo desde 1981 uma Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância ou de discriminação por causa da religião ou da convicção.

Como se sabe, são muitos os Estados, onde, ou por causa de fundamentalismo religioso ou do totalitarismo político, a liberdade religiosa está longe de ser garantida e se verificam perseguições. Noutros, na Ásia e na África, eclodem frequentes conflitos confessionais, não raro determinados por factores políticos.

Todavia, esta matéria está fora do escopo do presente seminário.

⁷ Cfr., por todos, HANNAH ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, trad. port. *O sistema totalitário*, Lisboa, 1978.

2. A liberdade religiosa ao longo do constitucionalismo português

I – Numa visão sintética e tomando como ponto de referência as Constituições que vigoraram em Portugal nos últimos duzentos anos, pode dizer-se que desde o início do constitucionalismo até aos nossos dias se tem verificado um crescente alargamento da liberdade e da igualdade no domínio da religião.

De um regime de religião de Estado, com mera tolerância das demais confissões, passar-se-ia a um regime de separação, com pleno reconhecimento constitucional da liberdade de consciência e de religião (considerada hoje um dos direitos insuscetíveis de suspensão em estado de sítio e limite material de revisão constitucional)⁸.

A evolução não foi, no entanto, sem vicissitudes, por vezes graves.

II – As três Constituições da monarquia liberal tinham de comum declararem a religião católica apostólica romana religião oficial do Estado (art. 25º da Constituição de 1822, art. 6º da Constituição de 1826, art. 3º da Constituição de 1838). Distinguiam-se pelo diferente modo de encararem a manifestação de religião das pessoas.

A primeira dessas Constituições – cujo preâmbulo começava com a invocação da Santíssima Trindade – considerava, entre os deveres dos cidadãos, o de venerar a Religião (art. 19º) e admitia a censura pelos Bispos dos escritos públicos sobre dogma e moral (art. 8º). Só aos estrangeiros era permitido o exercício, e exercícios particular, dos respectivos cultos (art. 25º, 2ª parte).

⁸ Cfr., na doutrina, LOPES PRAÇA, *Estudos sobre a Carta Constitucional e o Acto Adicional de 1852*, I, Coimbra, 1878, págs. 57 e segs., e *O Catolicismo e a Nação Católica – Das liberdades da Igreja Portuguesa*, Coimbra, 1881; MARNOCO E SOUSA, *Direito Eclesiástico*, Coimbra, 1909, e *Constituição Política da República Portuguesa – Comentário*, Coimbra, 1913, págs. 59 e segs.; ANTUNES VARELA, *Lei da Liberdade Religiosa e Lei de Imprensa*, Coimbra, 1972; ANTÓNIO LEITE, *A Religião no Direito Constitucional Português*, in *Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, II, 1978, págs. 265 e segs.; declaração de voto do juiz de Sousa e Brito anexa ao acórdão n.º 174/93 do Tribunal Constitucional, de 17 de Fevereiro, in *Diário da República*, 2ª série, n.º 127, de 1 de Junho de 1993, págs. 5716 e segs.; JÓNATAS MACHADO, *op. cit.*, págs. 107 e segs.; MANUEL BRAGA DA CRUZ, *A liberdade religiosa na história contemporânea de Portugal*, in *Lusitania Canonici – Liberdade religiosa – Realidade e perspectiva*, Lisboa, 1998, págs. 29 e segs.; PAULO PULIDO ADRAGÃO, *op. cit.*, págs. 279 e segs.

E ainda, EDUARDO DALLY ALVES DE SÁ, *Dos Direitos da Igreja e do Estado a respeito da Ereção, Supressão, União, Divisão e Circunscrição das Dioceses e Metrôpoles*, Coimbra, 1872; ALBERTO XAVIER, *Política republicana em matéria eclesiástica*, Lisboa, 1912; ALFREDO PIMENTA, *As Igrejas e o Estado no regime da separação*, Lisboa, 1913; JOAQUIM MARIA LOURENÇO, *Situação jurídica da igreja em Portugal*, Coimbra, 2ª ed., 1943; JOSÉ EDUARDO HORTA CORREIA, *Liberalismo e Catolicismo – O problema congregacionista (1820-1823)*, Coimbra, 1974; ROQUE LINO, *Inexistência de liberdade religiosa em Portugal*, in *3.º Congresso da Oposição Democrática – Organização do Estado e Direitos do Homem*, obra colectiva, Lisboa, 1974, págs. 225 e segs.; CARLOS NEVES DE ALMEIDA, *Os direitos fundamentais nas Constituintes de 1821-1822*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1990, págs. 313 e segs.; VITOR NETO, *O Estado a Igreja e a Sociedade em Portugal (1832-1911)*, Lisboa, 1998.

A Carta Constitucional e a Constituição de 1838 avançavam algo, ao estabelecerem que «ninguém pode ser perseguido por motivos de religião, uma vez que respeite a do Estado» (arts. 145º, § 4º, e 11º, respetivamente). Mas na Constituição de 1826 continuavam a ser apenas os estrangeiros a ter garantido o exercício dos outros cultos «em casas para isso destinadas, sem forma alguma de templo» (art. 6º, 1ª parte).

As três Constituições mantinham a interferência do Rei na designação dos Bispos (art. 123º V da Constituição de 1822; art. 75º, § 2º, da Carta; art. 82º IV da Constituição de 1838) e previam o Beneplácito Régio (arts. 123º XII, 75º, § 14º, e 82º XII, respetivamente). A Constituição de 1822 prescrevia a celebração de missa na abertura das assembleias de voto (art. 53º) e o juramento religioso dos Deputados (art. 78º). E o Ato Adicional à Carta de 1885 declarava o Patriarca de Lisboa e os Arcebispos e Bispos membros vitalícios da Câmara dos Pares (art. 6º, § 2º)⁹.

A prática mostrar-se ia ambivalente. Se a Igreja Católica gozaria sempre de uma posição predominante e quase exclusiva (até porque eram pouquíssimos os fiéis de outras religiões), a um estatuto jurídico-administrativo de corporação pública¹⁰ corresponderia alguma diminuição da sua liberdade efetiva¹¹. Entretanto, a presença das ordens e congregações religiosas e a introdução do casamento civil (facultativo) no Código Civil de 1867¹² despertariam debates apaixonados na opinião pública sobre as relações entre a Igreja e o Estado.

III – A proclamação da República em 1910 foi acompanhada de uma crise sem precedentes, provocada pelo Decreto de Separação de 22 de Abril de 1911, obra do Governo Provisório¹³, marcado pelo anticlericalismo difuso em certos sectores da população urbana e pelo positivismo e jacobinismo do partido republicano. A legislação dos primeiros meses do

⁹ Também no Brasil, a Constituição de 1824, fonte da Carta Constitucional portuguesa, conferia ao Imperador o poder de nomear bispos e prover os benefícios eclesiásticos e de conceder ou negar o beneplácito aos decretos dos concílios e letras apostólicas e quaisquer outras constituições eclesiásticas que se não opusessem à Constituição e, precedendo aprovação da Assembleia, se contivessem disposição geral (art. 102º, nºs 2 e 14).

¹⁰ Assim, MARNOCO E SOUSA, *Direito Eclesiástico*, cit., pág. 299.

¹¹ Cfr. a crítica de OLIVEIRA MARTINS (*Liberdade de Culto*, in *Política e História – 1868-1878*, ed. da Guimarães Editores, Lisboa, 1957, págs. 69 e segs.).

¹² V., por último, SAMUEL RODRIGUES, *A polémica sobre o casamento civil (1865-1867.)*, Lisboa, 1987.

¹³ V. JOÃO SEABRA, *O Estado e a Igreja em Portugal no século XX – A lei de separação de 1911*, Cascais, 2009; LUÍS SALGADO DE MATOS, *A separação do Estado e da Igreja*, Lisboa, 2010.

novo regime assumiu uma intenção vincadamente laicista e anticatólica e chegou a haver prisões, desterros e expulsões de bispos, de sacerdotes e de religiosos.

Paradoxalmente, porém (ou só na aparência) o Decreto de Separação das Igrejas do Estado criava um novo regalismo, pois o Governo arrogava-se vários poderes em relação à prática da religião e aos ministros do culto e continuava a prever-se o Beneplácito.

A Constituição de 1911 foi marcada por este espírito (embora dela não conste expressamente o princípio da separação das Igrejas do Estado). Por um lado, garantiu formalmente a liberdade de consciência e de crença e a igualdade política e civil de todos os cultos (art. 3º, n.ºs 4 e 5); por outro lado, adotou medidas restritivas da atividade das confissões religiosas, dirigidas especialmente contra a Igreja Católica.

Ninguém podia ser perseguido por motivo de religião, nem perguntado por autoridade alguma acerca da que professasse (art. 3º, nº 6); ninguém podia, por motivo de opinião religiosa, ser privado dum direito ou isentar-se do cumprimento de qualquer dever cívico (art. 3º, nº 7); as casas escolhidas ou destinadas pelos crentes de qualquer religião poderiam sempre tomar forma exterior de templo (art. 3º, nº 8); era livre a prática de todos os cultos religiosos nos cemitérios públicos (art. 3º, nº 9).

Todavia, ao mesmo tempo, estabelecia-se que o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos e particulares fiscalizados pelo Estado seria neutro em matéria religiosa (art. 3º, nº 10) e mantinha-se «a legislação em vigor que extinguiu e dissolveu em Portugal a Companhia de Jesus, as sociedades nela filiadas e todas as congregações religiosas e ordens monásticas» (art. 3º, nº 12).

A partir de 1918 haveria um apaziguamento no conflito.

IV – O regime autoritário institucionalizado pela Constituição de 1933 beneficiaria da questão religiosa para, durante largo tempo, procurar obter apoio dos católicos. E conseguiria, por certo, soluções normativas mais conducentes à liberdade religiosa dos católicos, se bem que pouco atentas à igualdade plena de direitos dos outros crentes¹⁴.

A liberdade religiosa apareceria não apenas na sua dimensão individual de liberdade e inviolabilidade de crenças e práticas religiosas, com tudo quanto isso implicava (art. 8º, nº 3, da Constituição), mas também na sua dimensão institucional de liberdade de organização de todas as confissões (art. 45º). O princípio da separação das Igrejas do Estado seria

¹⁴ Cfr. MANUEL BRAGA DA CRUZ, *O Estado Novo e a Igreja Católica*, Lisboa, 1998.

constitucionalmente consignado pela primeira vez (art. 46º). Nenhum templo, edifício, dependência ou objecto de culto afecto a uma religião poderia ser destinado pelo Estado a outro fim (art. 47º)¹⁵.

Importa, contudo, distinguir três fases nesse período relativamente longo: uma primeira até 1940 (ou até 1951); uma segunda, até 1971; e uma terceira, posterior a 1971.

A primeira fase (expressão ainda do compromisso político subjacente à feita originária da Constituição), é, curiosamente, a mais próxima das concepções actuais. Nela, antes de mais, vão desaparecendo os ressaibos laicistas e anti-religiosos: designadamente, se o ensino ministrado pelo Estado é independente de qualquer culto, não o deve hostilizar; e não depende de autorização o ensino religioso nas escolas privadas (art. 43º, §§ 3º e 4º). Ao mesmo tempo, a todas as religiões atribui-se o direito de constituir, de harmonia com a sua hierarquia e disciplina, associações ou organizações a que o Estado reconhece personalidade jurídica (art. 45º).

Uma inflexão dá-se logo aquando das primeiras modificações da Constituição, ao restringir-se o direito de livre organização das confissões (art. 45º, após a Lei nº 1885, de 23 de Março de 1935) e ao prescrever-se que o ensino ministrado pelo Estado visaria à formação das virtudes morais, «orientadas pelos princípios da doutrina e moral cristãs, tradicionais do País» (art. 43º, § 3º, após a Lei nº 1910, de 23 de Maio de 1935).

Entretanto, seria celebrada com a Santa Sé a Concordata de 10 de Maio de 1940¹⁶. Ela soluciona o que havia a solucionar do contencioso entre a Santa Sé e o Estado Português e a regular, de modo estável, a situação jurídica de Igreja Católica em Portugal. Apesar de tudo, “concordata de separação”, iria subsistir durante décadas mesmo para além da mudança de regime.

A revisão constitucional de 1951 consideraria a religião católica «religião da Nação Portuguesa» (novo art. 45º da Constituição, após a Lei nº 2048, de 11 de Junho, que, entretanto, não deixaria de reiterar a regra da separação). E traçaria um tratamento diferenciado dela e das demais confissões (art. 46º), nos seguintes aspectos: 1º) enquanto que as relações entre a Igreja Católica e o Estado seriam objecto de concordatas e outros acordos com a Santa Sé, as relações com as outras confissões religiosas dependeriam da lei, a qual regularia «as manifestações exteriores» dos respectivos cultos; 2º) enquanto que a

¹⁵ E mantinha-se (art. 48.º) a norma sobre cemitérios vinda da Constituição de 1911.

¹⁶ V. a obra colectiva *A Concordata de 1940 – Portugal – Santa Sé*, Lisboa, 1993.

personalidade jurídica das associações e organizações católicas continuava a ser reconhecida *ope legis*, a das associações e organizações doutras confissões apenas *podia* ser reconhecida; 3º) às confissões não católicas ligava-se a proibição da «difusão de doutrinas contrárias à ordem estabelecida» (§ único do art. 46º).

Uma terceira e brevíssima fase seria aberta em 1971 com a última revisão da Constituição de 1933 (Lei nº 3171, de 16 de Agosto) e com a publicação de uma lei de liberdade religiosa (Lei nº 4/71, de 21 de Agosto).

«O Estado, consciente das suas responsabilidades perante Deus e os homens...» declara a liberdade de culto e de organização de todas as confissões religiosas «cujas doutrinas não contrariem os princípios fundamentais da ordem constitucional» (art. 45º)¹⁷; só depois a Constituição se refere à religião católica, qualificada agora como «religião tradicional da Nação Portuguesa» (art. 46º). Por outro lado, a matéria da liberdade religiosa (ou da liberdade religiosa individual) é incluída na reserva de competência legislativa da Assembleia Nacional [arts. 8º, § 2º, e 93º, alínea *d*].

A lei de liberdade religiosa, por seu turno, afirmaria o direito das confissões religiosas a igual tratamento, «ressalvadas as diferenças impostas pela sua diversa representatividade» (base II, nº 2) e previu um sistema de reconhecimento das confissões não católicas, se bem que em moldes restritivos (bases IX e segs.).

V – Finalmente, a Constituição de 1976 vem garantir a liberdade religiosa sem aceção de confissões e sem quaisquer limites específicos. É um estágio mais avançado do que os sucessivos regimes anteriores de união, de neutralidade laicista e de relação preferencial com a Igreja Católica¹⁸, e a separação (art. 41º, nº 4) serve essencialmente de garantia da liberdade e da igualdade¹⁹.

Para esta situação concorreram vários factores: a superação da questão religiosa da 1ª república e também a superação (até pelo decurso do tempo) quer das correntes jacobinas quer das tendências ultramontanas; o Concílio Vaticano II, com a sua Declaração sobre a

¹⁷ É uma invocação do nome de Deus no interior do articulado constitucional – o que é pouco frequente em Direito comparado. Em 1959 (e também em 1971) tinha-se tentado, sem êxito, inseri-la no preâmbulo.

¹⁸ De certo ângulo, poderia dizer-se ser também uma síntese dessas orientações diversas.

¹⁹ A Constituição, no entanto, não declara Portugal um Estado laico, ao invés do que fazem outras Constituições, como a francesa (art. 2º), a de São Tomé e Príncipe (art. 8º), a moçambicana (art. 12º) ou a angolana (10º).

Liberdade Religiosa, *Dignitatis Humanae*²⁰; o crescente pluralismo político dos católicos portugueses; a maior inserção das confissões não católicas na vida colectiva do país; a abertura europeia de Portugal; a própria coerência do Estado de Direito democrático, cerne da nova ordem constitucional.

A revisão constitucional de 1982 poucas alterações trouxe neste domínio e as posteriores nenhuma – o que só por si, em confronto com as múltiplas alterações sofridas por tantos outros preceitos da Constituição, não deixa de dever ser assinalado como sinal do grande consenso alcançado na sociedade portuguesa.

3. A liberdade religiosa no Direito constitucional actual

I – A liberdade religiosa aparece indissociável, como não podia deixar de ser, da liberdade de consciência. No entanto, não se lhe assimila, visto que a liberdade de consciência é mais ampla e compreende quer a liberdade de ter ou não ter religião (e de ter qualquer religião) quer a liberdade de convicções de natureza não religiosa (filosófica, designadamente); e, depois porque a liberdade de consciência vale, por definição, só para o foro individual, ao passo que a liberdade religiosa possui (como já se acentuou) também uma dimensão social e institucional²¹.

Numa análise sistemática do texto constitucional cabe apontar diferentes níveis de conteúdo da liberdade religiosa: os direitos individuais, os direitos institucionais e as respetivas garantias; os direitos conexos e as garantias institucionais; e as interferências com outros direitos e garantias²².

²⁰ Cfr. ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO, *A Liberdade Religiosa e o Projecto do Código Civil*, Braga, 1967; ANTÓNIO MONTES MOREIRA, *A liberdade religiosa*, Braga, 1971; JOÃO SEABRA, *Liberdade religiosa e Concordata?*, in *A Concordata de 1940*, obra colectiva, págs. 87 e segs., BORGES DE PINHO, *Liberdade religiosa e ecumenismo*, in *Liberdade religiosa – realidade e perspectivas*, obra colectiva, Lisboa, 1998, págs. 283 e segs.

²¹ Cfr. JOSÉ LAMEGO, *Sociedade aberta e liberdade de consciência*, cit., AUGUSTO SILVA DIAS, *A relevância jurídica – penal das decisões de consciência*, Coimbra, 1986, págs. 65 e segs.; *Liberté de consciência*, obra colectiva, Conselho da Europa, Estrasburgo, 1993; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Liberdade de consciência e liberdade religiosa*, in *Direito e Justiça*, 1997, 2, págs. 73 e segs.; PEDRO GARCIA MARQUES, anotação em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2ª ed., Coimbra, 2010, págs. 893 e segs.

²² Sobre a liberdade religiosa à face da actual Constituição, v. ANTÓNIO LEITE, *op. cit., loc. cit.*, págs. 286 e segs.; JORGE MIRANDA, *Libertà religiosa, Chiese e Stato in Portugallo*, in *Quaderni di Diritto e Política Ecclesiastica*, 1988, págs. 204 e segs.; JÓNATAS MACHADO, *O regime concordatário entre a «Libertas Ecclesiae» e a liberdade religiosa*, Coimbra, 1993, págs. 26 e segs., *Liberdade religiosa...*, cit., págs. 220 e segs. e 305 e segs., e *A Constituição e os movimentos religiosos minoritários*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1996, págs. 193 e segs.; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4ª ed., Coimbra, 2007, págs. 607 e segs.; JORGE MIRANDA em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição ...*, I, 2ª ed., págs. 909 e segs.; PAULO PULIDO ADRAGÃO, *op. cit.*, págs. 364 e segs.

II – A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável (art. 41º, nº 1). E ela compreende:

– A liberdade de manifestar a religião, separadamente ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto ou pelos ritos (art. 18º da Declaração Universal)^{23 24};

– Ninguém pode ser perseguido, privado de um direito ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa (art. 41º, nº 2);

– Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou práticas religiosas, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder (art. 41º, nº 3);

– A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes à fé religiosa (art. 35º, nº 3)²⁵;

– É garantido o direito à objeção de consciência nos termos da lei (art. 41º, nº 6), e não se confinando a objeção ao serviço militar²⁶, pois pode abranger quaisquer adstrições colectivas que contendam com as crenças e convicções;

– A liberdade de consciência e de religião é um dos direitos fundamentais que, em caso algum, podem ser suspensos em estado de sítio ou em estado de emergência (art. 19º, nº 6);

– A separação das Igrejas do Estado e a liberdade religiosa constituem limites materiais de revisão constitucional, cláusulas pétreas [art. 288º, alíneas *c*) e *d*)].

III – No plano institucional, a Constituição assegura:

– As Igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização (art. 41º, nº 4, 1ª parte);

²³Porque os preceitos constitucionais e legais relativos a direitos fundamentais devem ser interpretados de harmonia com a Declaração Universal.

²⁴Devendo a educação favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todos os grupos religiosos (art. 26.º, n.º 2, da Declaração).

²⁵Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A protecção de dados informatizados e o fenómeno religioso em Portugal*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1993, págs. 181 e segs.

²⁶Os objetores ao serviço militar ficam obrigados a serviço cívico de duração e penosidade equivalentes (art. 276.º, n.º 4).

- As Igrejas e outras comunidades religiosas são livres no exercício das suas funções e do culto (art. 41º, nº 4, 2ª parte);
- É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão (art. 41º, nº 5, 1ª parte);
- É garantida a utilização de meios de comunicação social próprios das confissões religiosas para o prosseguimento das suas actividades (art. 41º, nº 5, 2ª parte) – e, por conseguinte, os jornalistas que neles trabalhem não podem intervir na sua orientação editorial [art. 38º, nº 2, alínea *a*), 2ª parte]²⁷.

IV – Conexas ou complementares da liberdade religiosa são, muito particularmente, as regras que estabelecem:

- O direito à reserva da intimidade da vida privada (art. 26º, nº 1);
- A diversidade de formas de celebração do casamento, com requisitos e efeitos regulados por lei (art. 36º, nº 2) – formas essas que devem propiciar a celebração do casamento de harmonia com as crenças e convicções dos nubentes;
- O direito e o dever dos pais de educação dos filhos (art. 36º, nº 5), incluindo a educação religiosa (ou não religiosa);
- Não poder o Estado atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes religiosas (art. 43º, nº 2); ou seja, não poder afetar o pluralismo religioso, nem interferir nas opções e orientações de sentido religioso que se manifestem no domínio da educação e da cultura;
- Não ser o ensino público confessional (art. 43º, nº 3) – o que carece de ser devidamente interpretado, conforme se tentará fazer mais adiante;
- Ser garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas (art. 41º, nº 4) – as quais podem optar por projectos educativos mais consentâneos com esta ou aquela religião.

V – Interferências com outros direitos ou delimitação do âmbito da liberdade religiosa e de outros direitos (para garantia dela e destes) vêm a ser ainda:

- Não poderem os partidos políticos, sem prejuízo da filosofia ou ideologia inspiradora do seu programa, usar denominação que contenha expressões diretamente

²⁷De notar a variedade de expressões: *igrejas* [arts. 41.º, n.º 4, 51.º, n.º 3, e 288.º, alínea *c*)]; comunidades religiosas (art. 41.º, n.º 4); *Confissões* (arts. 41.º, n.º 5, e 55.º, n.º 4).

relacionadas com quaisquer religiões ou Igrejas, bem como emblemas confundíveis com símbolos religiosos (arts. 51º, nº 3, e 205º);

– Serem as associações sindicais independentes das confissões religiosas (art. 55º, nº 4).

VI – A lei de liberdade religiosa de 1971 foi revogada – com grande atraso sobre a feitura da Constituição democrática – por uma nova lei, a Lei nº 16/2001, assente nos seis grandes princípios da liberdade, da igualdade, de separação, de não confessionalidade, de cooperação e de tolerância (arts. 1º a 5º e 7º).

No essencial, o princípio da não confessionalidade consiste em o Estado não adotar nenhuma religião, nem se pronunciar sobre questões religiosas (art. 4º, nº 1).

O Estado cooperará com as igrejas e comunidades religiosas radicadas em Portugal²⁸, tendo em consideração a sua representatividade, com vista designadamente à promoção dos direitos humanos, do desenvolvimento integral de cada pessoa e dos valores da paz, da liberdade, da solidariedade e da tolerância (art. 5º).

Segundo o princípio da tolerância, os conflitos entre a liberdade de consciência, de religião e de culto de uma pessoa e a de outras ou outras resolver-se-ão com tolerância, de modo a respeitar quanto possível a liberdade de cada uma (art. 7º).

A lei depois trata, sucessivamente, dos direitos individuais de liberdade religiosa (arts. 8º e segs.), dos direitos coletivos (arts. 8º e segs.) – tudo de acordo com o princípio da igualdade – do estatuto das Igrejas e comunidades religiosas (arts. 33º e segs.), dos acordos entre pessoas coletivas religiosas e o Estado (arts. 45º e segs.), da Comissão de Liberdade Religiosa (arts. 52º e segs.) e da Igreja Católica, ressalvando a Concordata entre Portugal e a Santa Sé ((art. 58º).

Nas comunidades religiosas avultam as *radicadas* – aquelas com mais de 30 anos de presença social organizada em Portugal e as igrejas ou comunidades religiosas fundadas no estrangeiro há mais de 60 anos (art. 37º, nº 2). São elas, ou as suas federações, que celebram acordos com o Estado sobre matérias de interesse comum (art. 45º), sujeitos a aprovação do Parlamento (art. 48º).

²⁸Cfr. o art. 19º-I, *in fine*, da Constituição brasileira, consignando, “na foma de lei, a colaboração de interesses públicos” da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios com os cultos religiosos e igrejas.

Quanto à Comissão de Liberdade Religiosa é um órgão consultivo, em que entram pessoas designadas pelas confissões religiosas e que, à semelhança de outros órgãos existentes no Direito português²⁹, é instrumento de defesa e de realização desse direito fundamental.

VII – Do princípio fundamental da separação entre o Estado e as Igrejas não resulta qualquer imposição constitucional da adoção de uma regulamentação geral totalmente indiferenciada do fenómeno religioso – numa lógica de estrita e absoluto separação – em detrimento de uma regulamentação pactícia das relações entre o Estado e as confissões religiosas³⁰. Daí a admissibilidade e a razão de ser da nova Concordata do Estado Português com a Santa Sé, de 2004, e dos acordos com outras Igrejas, comunidades religiosas radicadas no País ou as federações em que as mesmas se integram.

Pode perguntar-se se este dualismo se compagina com a ausência de qualquer menção específica à Igreja Católica no texto constitucional, ao contrário do que faziam as Constituições anteriores, menos a de 1911, e do que ainda fazem Constituições doutros países³¹. Mas o essencial consiste em que qualquer diferenciação não envolva privilégio ou discriminação; se não envolverá, não poderá considerar-se inconstitucional^{32 33}.

Trata-se, de resto, de um dualismo muito menos significativo do que *prima facie* se suporia, porque, no essencial, o novo estatuto concordatário não se afasta do regime da Lei nº 16/2001 e porque o sentido útil hoje do artigo 58º deste diploma não é senão o de não aplicar à Igreja Católica as disposições relativas às Igrejas ou comunidades religiosas inscritas ou radicadas no País. De resto, a diferença entre a Concordata e os acordos com outras confissões está em que estes são atos de Direito interno e a Concordata é um tratado, por a Santa Sé, organização suprema da Igreja Católica, ser um sujeito de Direito internacional.

²⁹Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 4ª ed., Coimbra, 2008, págs. 451 e segs.

³⁰RUI MEDEIROS, anotação, in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição ...*, III, Coimbra, 2007, pág. 938.

³¹Italiana (art. 7º), espanhola (art. 16º, nº 3), polaca (art. 25º, nº 4).

³²Assim, parecer nº 17/82 da Comissão Constitucional, in *Pareceres*, XIX, págs. 253 e segs., e acórdão do Tribunal Constitucional nº 423/87, de 27 de Outubro, in *Diário da República*, 1ª série, de 26 de Novembro de 1987.

³³Cfr., em crítica radical, JÓNATAS MACHADO, *O regime concordatário ...*, cit., *loc.cit.*, págs. 59 e segs. E em posição oposta, JORGE MIRANDA, *A Concordata e a ordem constitucional portuguesa*, in *Direito e Justiça*, 1991, págs. 155 e segs.; ou PAULO OTERO, *Direitos históricos e tipicidade não pretérita de direitos fundamentais*, in *AB UNO AD OMNES*, obra coletiva, Coimbra, 1998, págs. 1066.

4. A laicidade ou não confessionalidade em concreto

I – Como disse o Tribunal Constitucional no Acórdão nº 423/87, “a separação e a não confessionalidade implicam a *neutralidade* religiosa do Estado, mas não já o seu desconhecimento do facto religioso enquanto facto social. O Estado não é um ente alheio aos valores e interesses da sociedade, antes constitui um instrumento ao seu serviço, assumindo a obrigação de garantir a formação e o desenvolvimento livre das consciências (católicas ou ateias), e assume esta obrigação em função da procura social (...) A neutralização estatal significa radical indiferença por toda a valoração religiosa do facto religioso (o Estado não valora ou desvalora, em atitude confessional, a consciência de certa religião relativamente a uma outra), mas não já enquanto facto constitutivo de uma certa procura social”³⁴.

a) Assim, o *princípio da laicidade ou da não confessionalidade do Estado* exige, antes de mais, por respeito pela *liberdade de todos os cidadãos*:

- A não confessionalidade dos atos oficiais e do protocolo do Estado;
- A proscricção do juramento religioso ou, pelo menos, segundo os ritos de qualquer religião;
- Um dever de reserva dos titulares de cargos públicos (até para se atalhar a aproveitamentos incorretos num ou noutro sentido), o que não os impede, naturalmente, de, como quaisquer cidadãos, professarem em público as suas crenças;
- Um simétrico dever de reserva das Igrejas ou comunidades religiosas, não intervindo em atos ou acontecimentos políticos (por exemplo, aconselhando o voto nesta ou naquela candidatura), o que também, naturalmente, não os impede de manifestarem as suas posições doutrinárias;
- A ausência de símbolos de qualquer religião em edifícios públicos, salvo quando tenham carácter histórico ou correspondam a arraigada tradição cívico-cultural, variável de região para região³⁵.

³⁴Cfr., doutra perspectiva, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Relativismo, Valores, Direito*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2008, pág. 711.

³⁵Cfr. a jurisprudência europeia examinada por PEDRO ALVES, *Sinais de identificação e símbolos religiosos nas escolas públicas*, in *Estudos em memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos*, obra coletiva, II, Coimbra, 2005, págs. 241 e segs.

Recentemente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por acórdão de 18 de Março de 2011, admitiu a exposição de crucifixos nas salas de aulas, já que não existiriam elementos que pudessem provar que ele afetasse eventualmente alunos de confissões diversas da cristã.

b) Tal como requer, por respeito pela *liberdade dos que têm religião*:

- As garantias de assistência religiosa e de ensino de religião e moral;
- O reconhecimento da eficácia jurídica do casamento religioso;
- A inadmissibilidade de proibição de uso de símbolos religiosos por funcionários e agentes de entidades públicas, bem como por alunos de escolas públicas, e até do uso de trajos identificados com uma religião, desde que tal não revista intenção ostentatória e provocatória ou ofensiva da dignidade da pessoa humana;
- A existência de tempo de emissão religiosa na rádio e na televisão públicas;
- A punição do genocídio de grupos religiosos (artigo 239º do Código Civil), o incitamento à discriminação, ao ódio e à violência (artigo 240º), a destruição ou o dano de estabelecimentos afetos ao culto religioso (artigo 242º);
- A punição também do ultraje por motivo de crença religiosa (artigo 251º) e de impedimento, de perturbação ou do ultraje a ato de culto (artigo 252º)³⁶;
- O agravamento das penas em caso de homicídio ou ofensa à integridade física determinado por ódio religioso ou contra ministro de culto religioso, no exercício das suas funções ou por causa delas [artigos 132º, nº 2, alíneas e) e j), e 146º, nº 2] ou em caso de dano de coisa alheia afeta ao culto religioso [artigo 213º, nº 1, alínea e)].

c) *Por respeito pelas crenças religiosas e, ao mesmo tempo, por imbricação histórica e cultural*, com a laicidade ou não confessionalidade não colidem:

- A consagração dos feriados religiosos tradicionais;
- A conservação dos símbolos religiosos em lugares e espaços públicos (por exemplo, cruzeiros em praças ou no alto dos montes);
- A preservação do património cultural religioso, com a contrapartida do direito de vigilância do Estado.

d) Tendo em conta a *função social que as confissões religiosas desempenham*, o princípio da laicidade não impede:

- O reconhecimento e o apoio às instituições religiosas de solidariedade social;
- E em justa medida, a concessão de benefícios fiscais.

³⁶Cfr. as anotações de J. M. DAMIÃO DA CUNHA, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, obra colectiva, II, Coimbra, 1999, págs. 637 e segs.

e) Por último, e *não tanto por causa da laicidade quanto para garantia de independência das confissões religiosas*:

- A já referida vedação de partidos com designações e símbolos religiosos;
- A não aceitação de cargos políticos, eletivos ou não, e de cargos de confiança política pelos ministros de culto³⁷.

II – Em plano próximo fica o problema da relevância da moral religiosa dentro do ordenamento jurídico estatal tendo em conta as diferenças (ou não) entre relativismo e pluralismo.

5. O problema particular do ensino de religião nas escolas públicas

I – Não há contradição entre o ensino de religião e moral nas escolas públicas e a regra da não confessionalidade do ensino público (art. 43º, n.ºs 2 e 3, da Constituição), contanto que os dois termos sejam corretamente apreendidos e enquadrados³⁸.

Com efeito, a não confessionalidade do ensino público significa que o ensino público se não identifica com nenhuma religião, convicção, filosofia ou ideologia; não significa que as religiões, as convicções, as filosofias ou as ideologias não devam ter expressão no ensino público. O Estado não pode impor nenhuma; pode permitir – *deve* permitir – todas, em liberdade e igualdade.

O que a Constituição pretende é evitar a unicidade da doutrina de Estado; não é – sob pena de se pôr em causa a própria educação e cultura – evitar a presença da religião, da filosofia, da estética, da ideologia nas escolas. Nem se compreenderia que, numa sociedade pluralista, o pluralismo não entrasse igualmente nas escolas; ou que numa Constituição que o

³⁷Embora a lei eleitoral para a Assembleia da República, Lei nº 14/79, de 16 de Maio, se confine a considerar inelegíveis os ministros de qualquer religião ou culto onde exerçam jurisdição (art. 6º).

³⁸Algumas Constituições dão logo explícita resposta positiva ao problema: assim, art. 17.º da lei constitucional austríaca de 1867, recebida pelo art. 149.º da Constituição de 1920; art. 42.º, n.º 2, da Constituição irlandesa; art. 7.º da Constituição alemã; art. 10.º da Constituição maltesa; art. 23.º da Constituição holandesa; art. 210.º, § 1º, da Constituição brasileira; art. 32.º, n.º 7, da Constituição romena; art. 40.º da Constituição lituana; art. 53º, n.º 4, da Constituição polaca.

Para um relance comparativo v. *Stati e Confessioni Religiose in Europa – Modelli di finanziamento pubblico – Scuola e Fattore Religioso*, obra coletiva, Milão, 1992; *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1996, págs. 131 e segs.; SONIA DUBOURG-LAVROFF, *L'expression des croyances religieuses à l'école en Grande-Bretagne et en France*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1997, págs. 269 e segs.

salvaguarda, no sector público da comunicação social, o não viabilizasse nas escolas públicas^{39 40}.

O direito dos pais de assegurarem educação aos filhos de acordo com as suas convicções religiosas e filosóficas (consagrado também no art. 13º, nº 3, 2ª parte, do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, no art. 2º do Protocolo Adicional nº 1 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no art. 5º da Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião e na Convicção e no art. 14º, nº 3 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia) manifesta-se tanto fora como dentro de escolas públicas – sobretudo quando o Estado não assegura o acesso a escolas particulares confessionais, independentemente das condições económicas.

O art. 41º, nº 5, aludindo a «ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão», não infirma este entendimento».

Em primeiro lugar, porque esta disposição compadece-se com uma interpretação diferente da que *prima facie* lhe poderá ser dada, com a interpretação segundo a qual ela não vem senão garantir o ensino assumido por cada confissão religiosa, enquanto tal, livremente, sem interferência de orientações estranhas.

Em segundo lugar, porque, ainda quando se acolha uma leitura restritiva, nada obsta – em face da cláusula aberta do art. 16º, nº 1, da Constituição – a que a lei ou uma regra de direito internacional amplie o âmbito do direito.

³⁹Cfr. ALAIN TOURAINE, *Qu'est-ce que la démocratie?*, Paris, 1994, pág. 278, conjugando laicidade e ensino de crenças religiosas nas escolas públicas.

⁴⁰Vale a pena transcrever o seguinte passo do já citado Acórdão nº 423/87 do Tribunal Constitucional: “um entendimento dos princípios da separação do Estado e das Igrejas e da não confessionalidade do ensino público que conduziu, pura e simplesmente, ao banimento do ensino religioso nas escolas públicas (diz-se *nas* escolas públicas e não *das* escolas públicas, o que, como é manifesto, traduz realidade inteiramente distinta), tendo em atenção os especiais enquadramentos históricos e culturais da sociedade portuguesa, haveria de redundar em afrontamento ao princípio da liberdade religiosa na sua componente positiva.

“Com efeito, a concepção da liberdade religiosa com um mero conteúdo formal, entendida como esfera de autonomia frente ao Estado e reduzida ao livre jogo da espontaneidade social, parece não satisfazer, por insuficiência, as consciências dos nossos dias.

“Porque a dimensão real da liberdade, de todas as liberdades, e por isso também da liberdade religiosa, depende fundamentalmente das situações sociais que permitem ou impedem o seu desfrute existencial como opções reais, a questão deve centrar-se na transformação do conceito de liberdade autonomia em *liberdade situação*, isto é, no significado *positivo* de liberdade enquanto poder concreto de realizar determinados fins que constituem o seu objecto, não só pela remoção dos entraves que impedem o seu exercício como também pela prestação positiva das condições e meios indispensáveis à realização (cf. A. Fernandez-Miranda Campoamor, “Estado laico y libertad religiosa”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 6, p. 68)”.

II – Tudo depende, em qualquer caso, de três requisitos:

1) Livre opção dos pais (ou de alunos a partir de 16 anos); o que implica – pois o direito ao ensino religioso decorre do direito à religião – que esse direito seja exercido de forma positiva;

2) Igualdade de todas as confissões, assegurando-se o acesso de todas às escolas públicas;

3) Ensino ministrado por docentes indicados por cada confissão, sob a responsabilidade e com programas por ela definidos⁴¹.

III – A Lei nº 16/2001 assegura o cumprimento destes requisitos (arts. 11º e 24º).

Resta o problema da localização do ensino religioso no horário escolar, se dentro (tendo como alternativa para os que o não queiram seguir, uma disciplina de formação moral e cívica), se fora⁴².

Artigo recebido em 14 de maio de 2014.

Artigo aprovado para publicação em 27 de maio de 2014.

DOI: 10.11117/1982-4564.07.01

⁴¹Donde a inconstitucionalidade, – até por também brigar com o princípio da separação das Igrejas do Estado – da Portaria n.º 333/86, de 2 de Julho, ao admitir a possibilidade de ensino nas escolas primárias pelo próprio professor de turma. V. o nosso comentário ao acórdão n.º 174/93 do Tribunal Constitucional, de 17 de Fevereiro (que decidiu em sentido diverso), in *O Direito*, 1995, págs. 190 e segs.

⁴² N.E.: Problema esse não abordado no presente artigo.



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.

A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global*

Matthias Klatt e Moritz Meister**

Tradução de João Costa Neto***

Resumo: Sob o plano de fundo do significado prático da máxima da proporcionalidade – o qual dificilmente pode ser superestimado –, o presente texto esclarece os cinco passos de aferição da proporcionalidade. Nesse sentido, a ênfase principal da apresentação recai sobre o sopesamento ou ponderação. Com base em novos resultados de pesquisa, apresentou-se e precisou-se uma concepção com cuja ajuda o sopesamento – frequentemente percebido como difícil – pode ser racionalmente estruturado. Adicionalmente, o artigo fornece importantes conhecimentos elementares a respeito da discussão recente sobre a proporcionalidade, que também é controversa internacionalmente. Por fim, mostrou-se como se deve utilizar o argumento do nível reduzido de intensidade ou densidade de controle (reduzida Kontrolldichte). Serve a título de exemplo, dentre outras, a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF) no caso *Gustl Mollath*.

Palavras-chave: princípio da proporcionalidade; níveis de escrutínio; incomensurabilidade; ponderação; sopesamento.

Abstrakt: Vor dem Hintergrund der kaum zu überschätzenden praktischen Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erläutert der vorliegende Beitrag die fünf Schritte der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dabei liegt ein Schwerpunkt der Darstellung auf der Abwägung. Vorgestellt und anhand neuer Forschungsergebnisse präzisiert wird ein Konzept, mit dessen Hilfe die oft als schwierig wahrgenommene Abwägung rational strukturiert werden kann. Der Aufsatz vermittelt zudem wichtige Grundkenntnisse zur neueren, auch international kontrovers geführten Diskussion um die Verhältnismäßigkeit. Schließlich wird gezeigt, wie das Argument der reduzierten Kontrolldichte einzusetzen ist. Als Beispiel dient u.a. die Entscheidung des BVerfG im Fall *Gustl Mollath*.

Schlüsselworte: Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Kontrolldichte; Abwägung; Inkommensurabilität.

* Este artigo foi originalmente publicado, em março de 2014 (Ano 54, Caderno 3, págs. 193-199), no periódico alemão *Juristische Schulung* (JuS), cuja finalidade precípua é oferecer conteúdo jurídico acurado e avançado, em uma linguagem acessível, aos estudantes universitários. Dentre os editores da JuS, encontra-se o atual Presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão: Prof. Dr. Andreas Voßkuhle. O título original do artigo é: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus*.

** O autor Matthias Klatt é Professor Titular de Direito Público, Europeu, Internacional Público e de Filosofia do Direito na Universidade de Hamburgo, Alemanha; no momento, ocupa temporariamente a Cátedra do Prof. Dr. Christoph Möllers na *Humboldt-Universität zu Berlin*. O autor Moritz Meister é advogado no escritório *Wendelstein LLP*, em Frankfurt am Main, Alemanha.

*** O tradutor é Doutorando em Direito Público pela *Humboldt-Universität zu Berlin*. Doutorando e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Mestrando em Direito Romano pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel e Licenciado em Filosofia pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Professor Substituto de Direito Constitucional e de Direito Administrativo na UnB. *Student Member* da *Society for the Promotion of Roman Studies* (Fundada em 1910) e da *Society for the Promotion of Hellenic Studies* (Fundada em 1879). É, ainda, autor do livro "Dignidade Humana na visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos" (São Paulo: Saraiva, 2014).

I. Introdução

A máxima da proporcionalidade pertence a um dos objetos mais importantes a serem estudados, em Direito Público, pelos bacharelados em Direito. Isso tem bons motivos: em virtude de estar ancorada no Estado Democrático de Direito¹ e nos Direitos Fundamentais², a máxima irradia sobre todos os ramos do Direito³. Daí se origina seu significado central também para a atividade profissional dos operadores do Direito. Esse significado é ainda maior, porque a máxima da proporcionalidade é um dos “sucessos de exportação” da Ciência Jurídica alemã, além de possuir atrás de si uma trilha, internacional e única, de vitórias⁴. Ela foi recepcionada por várias ordens jurídicas⁵ e vale igualmente no Direito da União Europeia⁶ e na Convenção Europeia de Direitos Humanos⁷.

Nos últimos anos, a discussão internacional desenvolveu-se de modo particularmente turbulento.⁸ O contexto deste desenvolvimento é a busca por características estruturais transnacionalmente válidas de Direito Público, assim como se coloca, em especial, na discussão sobre um “Constitucionalismo Global”⁹. A máxima da proporcionalidade é um desses elementos estruturais essenciais.

¹ *BVerfGE* 19, 342 (Nota de canto 17) = *NJW* 1966, 243; fundamental: *Hirschberg*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981; *Grabitz*, *AöR* 98 (1973), 568; no caso da literatura universitária, cf. *Vofßkuhle*, *JuS* 2007, 429; *Michael*, *JuS* 2001, 654 ss., 764 ss. e 866 ss.

² *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 5. Auflage 2006, S. 100 ff.

³ *BVerfGE* 7, 198 = *NJW* 1958, 257; cf., outrossim, *BVerfGE* 23, 127 (133) = *NJW* 1968, 979, acompanhado do comentário de *Arndt*: “regra diretiva açambarcante de toda ação estatal („übergreifende Leitregel allen staatlichen Handelns“); comparar o panorama apresentado em *Grabitz*, *AöR* 98 (1973), 568 (610–616). No caso da máxima da proporcionalidade como limite do poder punitivo estatal, cf. *Weigend*, *Festschr. f Hirsch*, 1999, p. 917 ss. Para uma crítica, cf., em particular, *Schlink*, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976, p. 17–47.

⁴ *Klatt/Meister*, *Der Staat* 51 (2012), 159 (160 ss.) com outras indicações; *Saurer*, *Der Staat* 51 (2012), 3.

⁵ Sobre o caso do Reino Unido – onde vale algo semelhante, sobretudo desde o Human Rights Act de 1998 –, cf. *Brady*, *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act*, 2012; *Kavanagh*, *Constitutional review under the UK Human Rights Act*, 2009.

⁶ *Mayer*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der EU*, 2013, Rdnrn. 403–406; *Tridimas*, *The General Principles of EU Law*, p. 136 ss.

⁷ *Rivers*, *Cambridge Law Journal* 65 (2006), 174 (182 ss.).

⁸ Cf. a assim chamada “controvérsia do *International Journal of Constitutional Law*” (controvérsia ICON): *Tsakyraakis*, *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), 468; *Khosla*, *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), 298; *Tsakyraakis*, *International Journal of Constitutional Law* (2010), 307; *Klatt/Meister*, *International Journal of Constitutional Law* 10 (2012), 687; *Möller*, *International Journal of Constitutional Law* 10 (2012), 709; dentre os textos monográficos mais recentes, cf., em especial, *Barak*, *Proportionality*, 2012; *Klatt/Meister*, *The Constitutional Structure of Proportionality*, 2012; *Brady* (n.r. 5).

⁹ *Klatt/Meister* (n.r. 8), p. 171; *Stone/Sweet/Mathews*, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), 72 (160); cf., outrossim, *Saurer*, *Der Staat* 51 (2012), 3.

Este texto reconstrói a consolidada práxis decisória do Tribunal Constitucional Federal alemão (doravante, TCF) no que se refere a considerações sobre a proporcionalidade, bem como mostra suas estruturas fundamentais. No texto, mostram-se ainda quais especificidades devem ser observadas na resolução de um caso. A ênfase crucial recai sobre o último nível de aferição, o sopesamento ou ponderação, que também é denominado de proporcionalidade em sentido estrito.

Critica-se o sopesamento por ser um método marcadamente subjetivo, ensaístico e irracional¹⁰; ele também é frequentemente vivenciado pelos estudantes de Direito desta maneira. Contudo, este texto evidencia como se pode, com a estrutura certa, ter êxito com o sopesamento; ademais, mostra como se pode estruturá-lo de maneira bastante racional.

II. Fundamentos

Direitos fundamentais são, assim como todos os princípios constitucionais, mandamentos de otimização¹¹. Eles impõem que seu objeto seja realizado na medida mais ampla possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas dadas; que seja, portanto, otimizado. Deve haver a maior liberdade de expressão possível, o maior Estado Social possível, etc. A avaliação jurídica é, por conseguinte, uma questão de “mais-ou-menos”. Desse modo, a aferição de princípios diferencia-se categoricamente da aferição de regras, a qual, enquanto subsunção, é uma questão de “tudo-ou-nada”¹². A tarefa de um aplicador do Direito é determinar, no caso concreto, a medida constitucionalmente imposta de realização de um princípio constitucional.

A proporcionalidade é o melhor método para solucionar racionalmente colisões entre os objetivos de princípios contrapostos. Assim sendo, as etapas de aferição da adequação e da necessidade referem-se à otimização em face das circunstâncias fáticas do caso concreto. Por outro lado, a etapa de aferição do sopesamento ou ponderação refere-se à otimização em face das circunstâncias jurídicas do caso concreto. Estas últimas são definidas por meio dos princípios constitucionais colidentes. A equalização, na acepção de uma concordância prática, ocorre por meio do sopesamento ou ponderação.

¹⁰ *Schlink* (n.r. 3), p. 79, 152 ss., 214–219; *Habermas*, *Between Facts and Norms*, 1996, p. 258; *Webber*, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23 (2010), 179.

¹¹ *Alexy* (n.r. 2), p. 75–77.

¹² *Alexy*, *Ratio Juris* 16 (2003), 433; *Stück*, *ARSP* 84 (1998), 405.

A máxima da proporcionalidade é analisada em cinco passos (infra, III-VI)¹³. As duas primeiras etapas de aferição foram reunidas, neste texto, em um tópico (III). A estrutura de aferição é formal – ou seja, materialmente neutra –, o que implica sua aplicabilidade universal. Ela deve ser seguida lógica e forçosamente. Só assim estará *internamente* justificada a valoração de uma ação estatal como proporcional ou desproporcional.

Deve-se, porém, diferenciar dessa estrutura de justificação interna a assim chamada justificação *externa*¹⁴. Na justificativa externa, trata-se de fundamentar frases como “O meio M₁ fomenta o objetivo almejado” ou “O meio alternativo M₂ teria fomentado o objetivo mais robustamente”. Para essas justificativas externas, tem-se à disposição todo o arsenal de argumentos jurídicos. A correção material e a força persuasiva desses argumentos definem, se uma decisão sobre a proporcionalidade que segue a estrutura interna também se justifica externamente.

A diferenciação entre justificação interna e externa revela-se importante, dentre outros casos, no debate acerca da racionalidade e da objetividade da aferição de proporcionalidade. Com frequência, os críticos da máxima da proporcionalidade introduzem no debate as dificuldades e inseguranças argumentativas que se colocam no caso da justificativa externa. Contudo, fraquezas dos argumentos externos não podem falar, *per se*, contra a estrutura interna, pois esta é materialmente neutra. Ademais, essa diferença [entre justificativa interna e externa] desempenha um papel, quando se cuida do controle judicial da decisão sobre proporcionalidade tomada por um outro órgão. Esse controle deve sempre incluir integralmente a justificativa interna. Se o órgão que decidiu simplesmente não aferiu, por exemplo, a necessidade, a decisão já não se justifica internamente. Já no caso do controle da argumentação externa, a instituição de matizes ou gradações de níveis da intensidade do controle é não apenas concebível, como também comumente encontrada na prática.¹⁵

¹³ Para a função da proporcionalidade no caso de deveres de proteção – ou seja, no caso da proibição de proteção insuficiente (*Untermaßverbot*) –, cf. Klatt, in: Klatt, *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013, p. 34; Michael, *JuS* 2001, 764 (765–767). Este último texto aborda apenas a função da proporcionalidade no caso de direitos de defesa – ou seja, proibição do excesso (*Übermaßverbot*).

¹⁴ A importante diferença entre justificação interna e externa referiu-se, até agora, apenas ao silogismo jurídico. Ela pode, entretanto, ser igualmente aplicada ao sopesamento ou ponderação e à proporcionalidade como um todo. Nesse sentido, cf. Klatt/Meister, *Der Staat* 51 (2012), 159 (172–174); ideia já defendida, pela primeira vez, em Klatt/Schmidt, *Spielräume im Öffentlichen Recht*, 2010, p. 13 ss.

¹⁵ Sobre a gradação dos níveis de intensidade ou densidade do controle, cf., *infra*, VII.

III. Objetivo legítimo e meio legítimo

1. Objetivo legítimo

A autoridade estatal que interfere em direitos de liberdade deve perseguir um objetivo legítimo com essa interferência¹⁶. A aferição consiste em dois passos: Em primeiro lugar, deve-se asseverar precisamente qual é o objetivo perseguido com a interferência, bem como se ele se identifica exatamente com a situação fática, isto é, com o suporte fático concreto (*Sachverhalt*). Em segundo lugar, deve-se efetuar uma avaliação da pergunta: este objetivo é juridicamente admissível? Nesse processo, ocorre apenas uma reflexão isolada acerca do próprio objetivo; a relação objetivo-meio não desempenha qualquer papel nessa fase. Nos exames universitários, quase sempre é de se afirmar a legitimidade do objetivo.

Há dois tipos de objetivos legítimos¹⁷. No caso dos assim chamados *valores coletivos absolutos*, trata-se de princípios constitucionais que são prescritos forçosamente às autoridades estatais. O Estado deve perseguir esses objetivos; é-lhe prescrito, por exemplo, proteger a liberdade de expressão, segundo o Art. 5, I, 1, da Lei Fundamental alemã. Por outro lado, a própria autoridade estatal estipula para si os assim chamados *valores coletivos relativos*, como, por exemplo, o legislador que faz uso de sua liberdade de conformação político-econômica¹⁸. O pressuposto para tanto é a competência para definir objetivos¹⁹.

2. Meio legítimo

A aferição da legitimidade do meio também se dá isolada e abstratamente; e em dois passos. O meio efetivamente empregado deve ser precisamente designado e juridicamente avaliado. Em exames universitários, a legitimidade do meio encontra-se presente, em regra. Isso pode ocorrer, em especial, com respeito a uma norma permissiva cuja consequência jurídica autoriza, em princípio, o emprego justamente do meio utilizado²⁰. Segue-se, portanto, do § 15 da Lei que regulamenta o direito de reunião (*Versammlungsgesetz - VersG*) que a dissolução de uma reunião enquanto meio é, em princípio, legítima. Em sentido oposto, um

¹⁶ Problematiza a divisão entre objetivo e meio: *Schlink* (n.r. 3), p. 203–207.

¹⁷ cf. *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, p. 187.

¹⁸ *BVerfGE* 13, 97 (107) = NJW 1961, 2011.

¹⁹ Instrutivo quanto à competência para definir objetivo: *Grabitz*, AöR 98 (1973), 568 (600–609).

²⁰ Cuida-se apenas de avaliar a consequência jurídica como, em princípio, legítima; e não de verificar a presença dos pressupostos fáticos da norma permissiva, isto é, dos pressupostos do suporte fático abstrato do fundamento legal autorizador (*Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage*).

exemplo de meio ilegítimo *tout court* seria o emprego da pena de morte para perseguir o objetivo – legítimo – de redução dos custos da execução penal, pois implicaria violação do Art. 102 da Lei Fundamental.

IV. Adequação

Os passos precedentes prepararam o terreno para a aferição da adequação. Um meio é adequado quando, com o seu auxílio, o objetivo perseguido pode ser fomentado²¹. O objetivo não precisa ser completamente satisfeito por meio do emprego do meio; um fomento é suficiente²². Logo, também esse obstáculo é bastante baixo.

Exemplo: Inadequado era, por exemplo, que a Lei de Caça exigisse, para a caça com falcão, prova da habilidade para lidar com armas de fogo. Conhecimentos técnicos referentes a armas são irrelevantes para o exercício da falcoaria – caça que ocorre com a ajuda de uma ave de rapina – e, portanto, inadequados para o fomento do objetivo de exercer a caça de maneira mais ordenada²³.

V. Necessidade

Diferentemente dos níveis de aferição precedentes, é recomendável fornecer esclarecimentos mais extensos no caso da necessidade. Na prática jurídica e nos exames universitários, há frequentemente casos em que se deve negar a presença da necessidade. Um meio é necessário, se não há outro meio igualmente adequado que interfira de maneira menos intensa no direito fundamental²⁴.

A tarefa do aplicador do Direito consiste em buscar meios alternativos por meio dos quais o Estado também conseguiria alcançar o objetivo legítimo. Esses meios alternativos possuem natureza puramente hipotética. Eles não foram, de fato, implementados pelo Estado. Com frequência, a boa solução de um caso demanda que mais de um meio alternativo seja

²¹ *BVerfGE* 96, 10 (23) = *NVwZ* 1997, 1109; 81, 156 (192) = *NZA* 1990, 161; cf. *Hirschberg*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, p. 50–56.

²² Sobre os problemas de determinação da medida correta de necessidade, cf. *Gerards*, *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013), 466 (474–480).

²³ *BVerfGE* 55, 159 (160) = *NJW* 1981, 673.

²⁴ *BVerfGE* 90, 145 (172) = *NJW* 1994, 1577; 77, 84 (109) = *NJW* 1988, 1195 = *JuS* 1988, 981 (*Sachs*); *Hirschberg* (n.r. 20), p. 56–75.

concretamente designado e avaliado. Como a própria definição deixa claro, a necessidade possui dois pressupostos, que devem ser preenchidos cumulativamente. Em primeiro lugar, o meio efetivamente empregado deve fomentar ou promover o objetivo almejado, no mínimo, na mesma medida em que o teria feito o meio alternativo. Em segundo lugar, pode o meio efetivamente empregado levar, no máximo, a uma interferência tão intensa sobre o princípio constitucional restringido quanto o emprego – hipotético – do meio alternativo. Assim sendo, para a aferição da necessidade, é preciso determinar e – conforme o caso – comparar os efeitos do meio alternativo hipotético e do meio efetivamente empregado, tanto no que se refere à persecução do objetivo legítimo quanto à restrição do princípio constitucional.

Se houver vários meios igualmente adequados e restritivos, a autoridade estatal possui a assim chamada discricionariedade para escolher meios [ou margem de conformação para escolher meios]: a autoridade pode escolher livremente entre esses meios²⁵. No caso concreto, a avaliação acerca do preenchimento, ou não, dos pressupostos da necessidade pode ser bastante difícil. Frequentemente, o último recurso para auxiliar na decisão é recorrer às discricionariedades avaliativa e apreciativa [ou margens de conformação avaliativa e apreciativa; *Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum*], conferidas pelo TCF ao legislador, em especial, para a apreciação de circunstâncias fáticas incertas²⁶.

Exemplo: O Direito dos Alimentos [ramo híbrido entre o Direito do Consumidor e o Direito da Segurança Alimentar e Nutricional] proibia de maneira absoluta a venda de alimentos que, não sendo feitos de chocolate, pudessem ser confundidos com chocolate pelo consumidor. O autor da reclamação constitucional [que levou seu caso ao TCF] teve negado o direito de colocar à venda bonecos de natal ou coelhos de páscoa feitos de arroz tufado. O objetivo legítimo de evitar a confusão do consumidor também poderia ter sido alcançado, na mesma medida, por meio da obrigação de identificar e etiquetar adequadamente o produto. Acresça-se que a obrigação de rotulagem oferece, quando comparada com a proibição da venda, uma restrição menor à liberdade profissional do fornecedor. Por conseguinte, a proibição da venda não era necessária²⁷.

²⁵ Sobre a discricionariedade ou margem de conformação para escolher meios, cf. *Klatt*, in: *Klatt* (n.r. 13), p. 34 (58 ss.); *Alexy*, *A Theory of Constitutional Rights*, 2002, p. 396.

²⁶ Trata-se da assim chamada discricionariedade ou margem de conformação epistêmica; para uma abordagem ampla sobre o tema, cf. *Klatt/Schmidt* (n.r. 14). Comparar, outrossim, com o tópico VI, *infra*.

²⁷ *BVerfGE* 53, 135 = *NJW* 1980, 1565.

VI. Sopesamento [ou ponderação]

O último nível de aferição da proporcionalidade é o sopesamento [ou ponderação], que também é chamado de proporcionalidade em sentido estrito. A racionalidade do sopesamento enquanto método é particularmente controvertida²⁸.

1. Relevância na análise de casos

Para além das diferenças terminológicas, há uma difundida concordância quanto ao sopesamento ser o núcleo central da aferição da proporcionalidade, assim como onipresente e ubíquo no Direito em geral²⁹. Durante a graduação, o sopesamento possui um significado proeminente nas tarefas e nos exames universitários. Isso não vale apenas para as provas relacionadas aos direitos fundamentais, como no caso da reclamação constitucional.³⁰ Na verdade, o sopesamento desempenha um papel central em todo o Direito Administrativo, em especial no escrutínio de decisões discricionárias.

O elevado significado de uma aferição racional e bem estruturada do sopesamento na atribuição de notas em tarefas universitárias é explicado precisamente pelo fato de o sopesamento oferecer elevados desafios ao candidato: por exemplo, enquanto com frequência, no caso da aferição da admissibilidade de recursos jurídicos, deve-se “apenas” lidar com os

²⁸ Schlink (n.r. 3), p. 79, 152 ss., 214–219; Habermas, *Between facts and norms*, 1996, p. 258; Webber, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23 (2010), 179. Para uma discussão sobre essa crítica, cf. Klatt/Meister, *Der Staat* 51 (2012), 159 (161–162); Klatt/Meister, *International Journal of Constitutional Law* 10 (2012), 687, assim como as contribuições em Klatt (n.r. 13).

²⁹ Schauer, in: Klatt, *Institutionalized Reason*, 2012, p. 307–316; Alexy, *Ratio Juris* 16 (2003), 433 (436).

³⁰ Nota do tradutor: Traduziram-se as expressões “*Aufsichtsarbeiten*” e “*Examina*” por “tarefas” e “exames universitários”, respectivamente. Na verdade, há muitas sutilezas – sobre as quais não é necessário falar em pormenor – que a tradução simplesmente deixa de lado. Registre-se, porém, que, na Alemanha, há dois Exames de Estado (*Staatsexamina*). A nota nos exames (*Examina*) – sobretudo aquela alcançada no segundo – define a profissão que o bacharel em Direito poderá seguir. Há uma semelhança com o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no Brasil. Contudo, na Alemanha, os exames são condição para o acesso não apenas à carreira da advocacia, mas também às do Ministério Público e da Magistratura. Além disso, os *Examina* são verdadeiros certames públicos, aplicados e regulados pelo próprio Estado, embora cada estado federado da Alemanha possua regras específicas. Em outras palavras, uma vez que o texto é voltado para universitários, os autores dão conselhos de como se deve utilizar corretamente a proporcionalidade nos exames universitários. Esclareça-se, igualmente, que se optou por traduzir “*Verfassungsbeschwerde*” por “reclamação constitucional”. Trata-se, porém, de um termo de difícil tradução. Literalmente, pode-se traduzir por “reclamação constitucional”. Alguns preferem a expressão “recurso constitucional”. Contudo, a natureza jurídica da *Verfassungsbeschwerde* é de ação e não de recurso, na acepção técnico-processual do termo. Assinale-se, ainda, que tampouco se trata de incidente processual. De qualquer sorte, trata-se do instrumento jurídico que pode ser manejado por qualquer pessoa (*jedermann*) contra ato, comissivo ou omissivo, que viole, atual e diretamente (*gegenwärtig und unmittelbar*), direito fundamental ou direito equiparado a fundamental (*grundrechtsgleiches Recht*). A *Verfassungsbeschwerde* guarda semelhanças com o *recurso de amparo* do direito espanhol, ao qual ela é, até certo ponto e guardadas as devidas proporções, análoga.

denso e cada vez mais enriquecidos problemas referentes aos pressupostos de admissibilidade, o que realmente importa, no caso do sopesamento, é apresentar uma argumentação racional, persuasiva e coerente. Porém, para muitos alunos, falta a estrutura basilar. Por isso, sopesamentos são frequentemente vistos como imprecisos e arbitrários.

Essas inseguranças têm origem no imenso número de casos, e não em uma preparação insuficiente para a prova. Elas baseiam-se, na verdade, no fato de decisões de sopesamento exigirem uma grande competência argumentativa dos aplicadores do Direito em geral, e não apenas dos estudantes ou dos recém-formados. Amíúde, é preciso sopesar uma pluralidade de valores constitucionais contrapostos, e o sopesamento é, na maioria das vezes, a bússola decisiva para o resultado que soluciona o caso.

2. A estrutura do sopesamento

Sopesamentos convincentes e consistentes pressupõem uma estrutura lógica. *Robert Alexy* apresentou, em 1985, uma estrutura desse tipo na sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, que, nesse ínterim, foi publicada em 6 idiomas e que alcançou proeminência internacional³¹. Essa estrutura pode, em essência, ser interpretada como uma reconstrução analítica da prática decisória do TCF: a teoria do sopesamento de Alexy revela o que acontece implicitamente na justificação de qualquer decisão de sopesamento.

Nos últimos anos, a estrutura fundamental do sopesamento foi ampliada, por meio de reflexões teóricas complexas, com o auxílio de fórmulas matemáticas que sublinham a estrutura lógica do processo de sopesamento³². Esses conhecimentos serão adaptados a seguir, na forma de um guia para a estruturação da aferição do sopesamento, que é útil tanto para tarefas e exames quanto para a prática profissional.

a) Os três passos do sopesamento

Sopesamentos devem assegurar que os ônus advindos de uma intervenção estatal não sejam desproporcionais em face do objetivo almejado. Quanto mais intensa for a interferência sobre o direito fundamental, maiores deverão ser as exigências constitucionais para a justificação da interferência. Mais precisamente: quanto mais intensa a interferência sobre o

³¹ Alexy (n.r. 2).

³² Alexy, in: *Jickeli/Kreutz/Reuter*, Gedächtnisschr. ss. Jürgen Sonnenschein, p. 771 ss.; *Klatt/Schmidt* (n.r. 14); *Klatt/Meister* (n.r. 8); Acerca do significado da teoria de Alexy, cf., p.ex., *Barak* (n.r. 8), p. 5.

direito fundamental, maiores deverão ser as exigências quanto à importância do objetivo perseguido³³.

Segue-se dessa ideia fundamental que todos os sopesamentos consistem em três fases de aferição. Em primeiro lugar, deve-se determinar a intensidade da interferência no caso concreto. Em segundo lugar, deve-se debater sobre quão importante no caso concreto é o fim perseguido por meio da interferência. E em terceiro lugar, deve-se aferir, considerando a relação entre as duas primeiras classificações, se a importância do objetivo pode justificar a intensidade da interferência. Apenas a separação clara desses três passos já conduz a um ganho considerável de transparência e racionalidade. Ela compele a uma estruturação da argumentação e a uma revelação ou divulgação dos argumentos relevantes. Em particular, pode-se evitar que argumentos referentes à intensidade da interferência sejam considerados na determinação da importância do objetivo, e vice-versa.

b) A escala triádica

Para a classificação da intensidade da interferência e da importância do objetivo, deve-se recorrer a uma escala triádica com os níveis *leve*, *moderado* e *sério*³⁴. Assim, a retenção breve de uma pessoa por parte de uma autoridade policial representa, em linhas gerais, uma interferência leve sobre o direito fundamental à liberdade da pessoa, consoante o Art. 2, II, da Lei Fundamental. Ao contrário, uma pena privativa de liberdade que dure anos possui peso concreto *sério*. A importância do objetivo almejado deve ser avaliada da mesma forma. Uma retenção apenas por diversão seria *não-importante*. Por outro lado, uma retenção para a proteção da vida e da integridade de outras pessoas seria classificada como *seriamente importante*.

Tanto a classificação da intensidade da interferência como a determinação da importância do objetivo almejado referem-se sempre (e apenas) ao caso concreto. Elas pressupõem decisões valorativas e argumentação moral. Este é o momento de trazer à tona, em pormenor, os argumentos normalmente desenvolvidos para os casos concretos ou suportes fáticos concretos (*Sachverhalten*) das tarefas ou exames. A questão referente ao fato de as decisões valorativas e os argumentos morais trazidos para a estrutura formal do sopesamento

³³ Esta é a assim chamada primeira lei do sopesamento, *Alexy* (n.r. 2), p. 146.

³⁴ *Klatt/Meister* (n.r. 8), p. 12 ss.

serem materialmente convincentes, ou não, diz respeito à justificação externa da decisão de sopesamento; e não à interna³⁵.

c) O resultado do sopesamento

Se o grau de intensidade da intervenção e a importância do objetivo perseguido estiverem estabelecidos, cumpre investigar, no terceiro passo, se a importância do objetivo perseguido pode justificar a intensidade da interferência. Isto sempre será simples, quando o grau da intensidade da interferência e a importância do objetivo almejado forem avaliadas distintamente na escala triádica. Uma interferência leve estará justificada, por exemplo, por objetivos com peso concreto sério. Ao invés, se a importância do objetivo almejado for menor do que a intensidade da interferência, a interferência não estará justificada.

Interessantes são aquelas situações em que a intensidade da intervenção e a importância do objetivo almejado são classificadas no mesmo nível. Trata-se dos conjuntos *leve/leve*, *moderado/moderado* e *sério/sério*. Nestes casos, há uma situação de impasse, que conduz a uma margem de conformação do legislador³⁶. O TCF contém-se a si próprio e não pode estabelecer uma violação constitucional.

3. Novos desenvolvimentos

A ferramenta apresentada até aqui já permite estruturar e precisar uma decisão de sopesamento, uma vez que compele ao desvelamento e à ordenação dos argumentos relevantes para a decisão. Conforme demonstram novos resultados de pesquisa, a estrutura fundamental do sopesamento pode ser sofisticada ainda mais, de modo a abranger especificidades adicionais do caso concreto³⁷. Por motivos de simplificação, isso não deve ser aprofundado aqui. A ideia fundamental dessas ampliações pode, contudo, ser rapidamente compreendida, além de ser extremamente útil para o caso concreto. Trata-se, em particular, de dois aspectos, os quais podem ser relevantes em qualquer sopesamento: o peso abstrato de princípios colidentes e a segurança cognitiva das premissas adotadas no sopesamento.

³⁵ Klatt/Meister, Der Staat 51 (2012), 159 (172–174).

³⁶ Klatt/Meister (n.r. 8), p. 13; elementar a respeito: Alexy, in: Alexy (n.r. 24), p. 388 (394–414).

³⁷ A respeito, cf. os artigos em Klatt (n.r. 13).

A finalidade de um sopesamento tão racional quanto possível pode exigir a atribuição de pesos abstratos aos princípios colidentes³⁸. Isso torna-se relevante sobretudo quando os pesos abstratos divergem. O peso abstrato é o significado que o princípio possui independentemente do caso concreto³⁹. Quanto maior for o peso abstrato, maior será a chance de o princípio sobrepor-se, no sopesamento, diante de um princípio colidente⁴⁰. É possível atribuir, por exemplo, um peso abstrato maior aos direitos fundamentais do que a princípios que não sejam direitos fundamentais. Por sua vez, poder-se-ia atribuir um peso abstrato maior à dignidade humana do que ao direito geral de ação, previsto no Art. 2 I da Lei Fundamental.

Se se diferencia dessa maneira entre os pesos abstratos, então surge o seguinte efeito: princípios com um peso abstrato maior obtêm uma espécie de “margem de vitória” ou “vantagem prévia” (*winning margin; Abwägungsvorsprung*) no sopesamento; ou, ainda, uma preferência *prima facie* em face de princípios com peso abstrato menor. Não há uma decisão prévia definitiva acerca do resultado do sopesamento, porquanto o sopesamento ainda depende dos pesos dos princípios no caso concreto⁴¹. Entretanto, a diferença de pesos abstratos conduz a uma distribuição de ônus argumentativos e justificativos⁴². Para a solução do caso, isso implica a tendência de que um princípio constitucional só conseguirá sobrepor-se, em face de um princípio com maior peso abstrato, a um custo argumentativo maior, baseado na intensidade da interferência no caso concreto. A vantagem prévia do princípio com peso abstrato maior deve ser compensada a um custo argumentativo maior, se, por exemplo, o direito geral de ação desejar manter-se diante da dignidade humana em um sopesamento⁴³.

Também há um ganho de racionalidade, quando se observa a segurança cognitiva das premissas utilizadas para atribuir os pesos. As exigências quanto à segurança das premissas que fundamentam uma interferência crescem na proporção da intensidade da interferência⁴⁴. Interferências intensas só podem ser justificadas, se o caso concreto com base no qual ocorre

³⁸ Isso quer dizer *Michael* quando alude ao primeiro passo em: *Michael*, JuS 2001, 654 (659).

³⁹ Acerca disso e do que se segue: *Klatt/Meister*, Der Staat 51 (2012), 159 (165–167).

⁴⁰ Esta é a assim chamada segunda lei de primazia ou prioridade (*zweite Vorranggesetz*). cf. *Klatt/Meister*, Der Staat 51 (2012), 159 (166).

⁴¹ *Klatt/Meister*, Der Staat 51 (2012), 159 (166).

⁴² No mesmo sentido: *Michael*, JuS 2001, 654 (659).

⁴³ Para uma análise detalhada do sopesamento quanto à dignidade humana, cf. *Klatt/Meister* (n.r. 8), p. 29–42, 66–68; *Teifke*, Das Prinzip Menschenwürde, 2011.

⁴⁴ Em pormenor: *Klatt/Schmidt* (n.r. 14); *Klatt/Schmidt*, in: *Klatt* (n.r. 13), p. 105.

a interferência estiver delineado de maneira suficientemente segura. Essa figura argumentativa deve ser levada em conta em decisões de sopesamento, quando – e sempre que – isto se mostrar relevante no caso concreto. Essa argumentação é tipicamente importante em decisões referentes a prognósticos para a defesa de riscos futuros, como no âmbito do Direito Ambiental e do Direito de Engenharia Genética.

4. Exemplo: O caso Mollath

A aplicação dos níveis de aferição e do paradigma argumentativo descritos acima será esclarecida por meio da decisão do TCF no caso *Gustl Mollath*⁴⁵.

Caso concreto ou suporte fático concreto: O Sr. *Mollath* foi demandado perante o Tribunal de Justiça local e, em 2006, foi absolvido com base na sua inimizabilidade não-escusatória durante o cometimento dos crimes [a culpabilidade não-escusatória ou não-excludente (*nicht ausschließender Schuldunfähigkeit*) implica o que se chamaria no Brasil de absolvição imprópria, porquanto ao réu será aplicada medida de segurança]. Com a absolvição, o Tribunal de Justiça determinou, conforme o § 63 do Código Penal alemão (StGB), que o Sr. *Mollath* fosse internado em um hospital psiquiátrico. Durante o curso dos anos, os Tribunais Superiores determinaram o prosseguimento dessa internação. A reclamação constitucional do Sr. *Mollath* volta-se contra isso.

O motivo determinante para a decisão do TCF, que estabeleceu a inconstitucionalidade do prosseguimento da internação, foi a máxima da proporcionalidade. O TCF enfatiza, primeiramente, a necessidade do sopesamento: “(43)... A relação de tensão entre a pretensão de liberdade do indivíduo envolvido e a necessidade de segurança por parte da coletividade perante as esperadas e consideráveis violações a bens jurídicos exige uma equalização justa e plausível”. Ademais, o Tribunal explica que, no caso da internação, cuida-se de uma “(36)... interferência profunda no direito fundamental do reclamante à liberdade da pessoa, extraído do Art. 2, II, 2, da Lei Fundamental”. O Tribunal avaliou, pois, a intensidade da interferência como *séria*, na escala triádica. Nesse contexto, o TCF mostra, ainda, o grande peso abstrato do direito fundamental à liberdade previsto no Art. 2, II, 2, da Lei Fundamental, uma vez que concede ao direito, independentemente do caso concreto, “(38)... uma posição elevada entre os direitos fundamentais”. O Tribunal também ressalta que uma longa internação anda, lado a

⁴⁵ *BVerfG*, NJW 2013, 3228.

lado, com uma pretensão de liberdade que se torna cada vez mais forte: “(47)... Quanto mais longa for a internação em um hospital psiquiátrico, mais rigorosos serão os pressupostos para a proporcionalidade da privação de liberdade.”

A partir da classificação da intensidade da interferência como séria e com a ênfase do elevado peso abstrato do direito fundamental à liberdade, a régua para uma possível justificação da interferência foi colocada em patamar superior. No segundo passo do sopesamento, é necessário aferir a importância do objetivo perseguido. Já que a interferência ocorreu no mais alto nível da escala triádica (*sério*), apenas uma importância do objetivo perseguido igualmente elevada e de mesmo nível poderia legitimar a interferência. Nas palavras do Tribunal: são necessários “motivos especialmente fortes”. O TCF identifica tais motivos na “proteção da coletividade”, a qual se expressa por meio do Direito Penal e do Direito Processual Penal⁴⁶.

Assim, tanto a intensidade da interferência quanto a importância do objetivo perseguido foram colocadas no mais alto nível da escala triádica. Logo, configurou-se, na verdade, uma situação de impasse. O resultado teria sido não declarar a inconstitucionalidade, em virtude da margem de conformação ou discricionariedade das instâncias inferiores [que são os Tribunais Superiores especializados que haviam analisado o caso]. Contudo, o TCF trouxe à tona, adicionalmente, o aspecto referente à segurança cognitiva das premissas da interferência: A função assecuratória da liberdade do Art. 2, II, 2, da Lei Fundamental exige “(40)... que decisões concernentes à privação de liberdade se baseiem em um esclarecimento judicial da matéria que seja suficiente ... e, desde um ponto de vista fático, sobre fundamentos bastantes”, e isso no sentido do “(42)... mandamento do melhor esclarecimento possível do caso concreto”. As decisões dos Tribunais Superiores falharam precisamente neste ponto. Não se procedeu a um prognóstico concreto da periculosidade do Sr. *Mollath*, e certas circunstâncias atenuantes não foram consideradas na decisão⁴⁷. Se se considerar que essas inseguranças cognitivas do caso concreto pesam contra a força do objetivo legítimo, então este último passa a ter menos valor. Isso porque, ao mesmo tempo, a segurança cognitiva quanto à força da ingerência sobre o direito fundamental à liberdade permanece possivelmente elevada. Portanto, o direito fundamental à liberdade sobrepõe-se no resultado

⁴⁶ Sobre esse parágrafo, cf., em especial: *BVerfG*, NJW 2013, 3228 (Nota de canto 39).

⁴⁷ *BVerfG*, NJW 2013, 3228 (nota de canto 50 ss.).

do sopesamento. A segurança das premissas é aqui, assim como na decisão sobre a Lei de Segurança Aérea⁴⁸, a pequena e decisiva diferença que faz inclinar a balança.

5. Os três problemas do sopesamento

A teoria do sopesamento aqui apresentada é veementemente criticada, tanto no Direito Constitucional alemão quanto no debate internacional. Dentre os numerosos pontos dignos de discussão, foram ressaltados a seguir três novos argumentos dos opositores do sopesamento, que representam um conhecimento basilar e central acerca do sopesamento. Todas as três objeções são, contudo, refutáveis.

a) O problema da preferência

Às vezes se critica que os sopesamentos enfraquecem a força normativa dos direitos fundamentais. Sopesam-se, em pé de igualdade, direitos fundamentais garantidos constitucionalmente com interesses ancorados não-constitucionalmente. Logo, os direitos fundamentais poderiam subordinar-se a esses interesses não-constitucionalmente garantidos. De resto, a posição de preferência ou primazia dos direitos fundamentais seria inteiramente colocada de lado, incluindo a respectiva força normativa e a tutela eficaz dos direitos fundamentais⁴⁹.

Essa crítica diz respeito a um ponto legítimo. Se os direitos fundamentais colidentes fossem colocados no sopesamento em face de outros interesses sem qualquer posição de preferência, então os direitos fundamentais poderiam, contínua e facilmente, ser colocados de lado por outros interesses; e, dessa forma, perderiam, de fato, força efetiva. Este perigo pode, contudo, ser confrontado por meio da diferenciação dos pesos abstratos [ou força em abstrato]. É possível atribuir aos direitos fundamentais um peso abstrato mais elevado em face de princípios que não são direitos fundamentais e, por conseguinte, dar-lhes uma primazia ou preferência abstrata, no sentido de uma vantagem prévia. Quanto maior for o peso [abstrato] atribuído, tanto maior será a probabilidade de o direito fundamental sobrepor-se em um sopesamento. Por meio desse efeito, o poder efetivo dos direitos fundamentais no sopesamento é protegido, sem uma prioridade absoluta dos direitos fundamentais em face de princípios que não são direitos fundamentais, o que implicaria um sistema quase absoluto de

⁴⁸ cf. BVerfGE 115, 118 (156 ss.); em pormenor, a respeito: *Klatt/Schmidt* (n.r. 14), p. 33–37.

⁴⁹ *Tsakyakis*, *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), 468; *Rusteberg*, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, 2009, p. 71.

direitos fundamentais⁵⁰. A primazia ou preferência *prima facie* dos direitos fundamentais oferece uma proteção efetiva dos direitos fundamentais.

b) O problema da objetividade

Crítica-se, além disso, que o sopesamento despertaria a aparência enganadora de ser objetivo, neutro e desprovido de valorações e argumentos morais. Todavia, sopesamentos contêm, efetiva e tipicamente, problemas morais difíceis, os quais seriam encobertos⁵¹.

Deve-se admitir essa crítica, no que se refere a sopesamentos não poderem ser obtidos sem valorações e argumentos morais. No caso da justificação externa, valorações e argumentos morais vêm à baila forçosamente. As avaliações da intensidade das interferências e dos pesos [do objetivo perseguido] não podem ser feitas sem considerações morais. Porém, simplesmente não se pode afirmar que o sopesamento encobre tais considerações. Muito ao contrário, o sopesamento torna, por meio da diferença entre justificação interna e externa, exata e especialmente transparentes aquelas premissas que devem ser justificadas externamente⁵². O sopesamento só é neutro na exata medida em que sua estrutura formal for suficiente. Essa estrutura deve necessariamente ser preenchida com argumentos baseados em pesos e permeados moral e axiologicamente⁵³. É precisamente a vantagem do sopesamento desvelar esses argumentos, o que possibilita uma maior transparência, rastreabilidade e racionalidade da avaliação ou aferição jurídico-constitucional.

c) O problema das maçãs-e-laranjas

Muitos acreditam que o sopesamento sucumbe diante do “problema das maçãs-e-laranjas”. Princípios constitucionais frequentemente são incomparáveis; e, em particular, não são mensuráveis por meio de uma escala comum⁵⁴. Esse problema, da assim chamada

⁵⁰ Klatt/Meister, Der Staat 51 (2012), 159 (164–167).

⁵¹ Tsakyrakis, International Journal of Constitutional Law 7 (2009), 468 (474–475); *idem*, International Journal of Constitutional Law 8 (2010), 307 (308).

⁵² Klatt/Meister, Der Staat 51 (2012), 159 (173).

⁵³ Klatt/Meister, Der Staat 51 (2012), 159 (174).

⁵⁴ Finnis, in: George, Natural Law Theory, 1992, p. 134 (146, 151); Aleinikoff, Yale Law Journal 96 (1987), 943 (972 ss.); Zucca, Constitutional Dilemmas, 2007, p. 55–60, 85 ss.

incomensurabilidade, é – também no âmbito internacional – uma das objeções mais importantes contra o sopesamento⁵⁵.

A objeção chama a atenção para uma dificuldade que se coloca frequentemente na prática jurídica. Em casos complexos, a avaliação na escala triádica requer uma argumentação elaborada, que certamente pode ser discutida e criticada. Apesar disso, essas dificuldades não representam qualquer argumento contra o sopesamento. Elas são, ao invés, o motivo pelo qual empreender uma avaliação dos princípios na estrutura do sopesamento⁵⁶, conquanto o sopesamento pressuponha, de fato, uma escala triádica a ser aplicada aos dois princípios colidentes. No entanto, para a comparação entre princípios basta uma escala ordinal, isto é, uma escala que use os três níveis acima mencionados – *leve, moderado, sério* – ; e que, destarte, institua relações entre intensidades de interferência e importâncias, colocando estes dois em relação um com o outro. Uma escala cardinal – uma, portanto, que confere um valor pontual e matematicamente exato a todo aspecto individual; e, dessa forma, estabelece uma comensurabilidade perfeita – é simplesmente desnecessária para a comparação entre princípios⁵⁷. Com efeito, princípios podem ser comparados, mesmo quando forem incomensuráveis⁵⁸. De resto, o problema das maçãs-e-laranjas não é, portanto, qualquer obstáculo aos sopesamentos; mas sim o seu ponto de partida. Estabelecer a comparabilidade por meio de sopesamento, sobretudo em casos difíceis, é exatamente a tarefa imposta pela Constituição ao aplicador do Direito⁵⁹.

VII. O argumento coringa dos níveis de intensidade do controle

Um gerenciamento diferenciado do nível de intensidade de controle possui especial significado para a aferição da proporcionalidade⁶⁰. Conforme a relação específica de controle presente no caso concreto, os argumentos dos atores estatais comissivos deverão ser avaliados com rigor diferenciado. Nos exames universitários, o nível de intensidade ou densidade do controle pode ser inserido como um “argumento coringa”. Neste particular, é relevante não ir

⁵⁵ *Tsakyrakis*, *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), 468 (471); em sentido contrário: *Klatt/Meister*, *International Journal of Constitutional Law* 10 (2012), 687.

⁵⁶ Também nesse sentido: *Afonso da Silva*, in: *Klatt* (n.r. 13), p. 236 (246).

⁵⁷ Em pormenor a esse respeito: *Klatt/Meister* (n.r. 8), p. 58–66.

⁵⁸ *Afonso da Silva*, in: *Klatt* (n.r. 13), p. 236 (269 ss.).

⁵⁹ *Millgram*, in: *Chang*, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, 1997, p. 151.

⁶⁰ *Vofßkuhle*, *JuS* 2007, 429 (430 ss.).

muito direito ao ponto; e apenas trazer à tona considerações acerca do nível de intensidade do controle após uma discussão cuidadosa dos argumentos contidos no caso concreto. É possível, teoricamente, problematizar o nível de intensidade do controle em todos os cinco níveis de aferição da proporcionalidade. Na prática, porém, convém ingressar nessa questão, sobretudo, no que concerne à necessidade e ao sopesamento.

Já estabelecida é a diferenciação entre três diferentes intensidades de controle. No *controle intensificado de conteúdo*, o próprio TCF examina erros dos Tribunais Superiores no que tange à determinação do caso concreto e à interpretação do direito ordinário, de maneira independente e pormenorizada⁶¹. De intensidade moderada é o *controle de plausibilidade*⁶². Uma avaliação um pouco mais branda ocorre no caso do mero *controle à evidência*⁶³. A escolha de uma intensidade de controle específica deve ser fundamentada no caso concreto. Nesse sentido, é possível recorrer aos critérios de intensidade da interferência no direito fundamental⁶⁴ ou de insegurança cognitiva quanto a decisões baseadas em prognósticos⁶⁵.

VIII. Considerações finais

A máxima da proporcionalidade possui, para a análise de casos em todo o Direito Público, uma relevância que dificilmente pode ser superestimada. Ela deve ser aferida em cinco passos. Uma margem de conformação avaliativa da autoridade estatal pode ser obtida a partir da aplicação de um controle de intensidade reduzida. O emprego desse “argumento coringa” só deve ocorrer após a discussão cuidadosa de outros argumentos; portanto, apenas depois do final das considerações sobre aquela respectiva etapa de aferição. O sopesamento pode ser racionalmente estruturado com a ajuda de três passos e uma escala triádica. Para tanto, é preciso levar em conta complementarmente os pesos abstratos e a segurança das premissas, nos casos concretos.

⁶¹ BVerfGE 82, 43 (Nota de canto 27) = NJW 1990, 1980; 60, 79 (Nota de canto 42) = NJW 1982, 1379; 42, 163 (169) = NJW 1976, 1680.

⁶² BVerfGE 57, 139 (Nota de canto 75) = NJW 1981, 2107; 30, 250 (263) = NJW 1971, 1603; 25, 1 (12 ss., 17) = NJW 1969, 499.

⁶³ BVerfGE 125, 175 (Nota de canto 141) = NJW 2010, 505 = JuS 2010, 844 (*Ruland*); 40, 196 (223) = NJW 1976, 179; 36, 1 (17) = NJW 1973, 1539.

⁶⁴ BVerfGE 61, 1 (Nota de canto 10) = NJW 1983, 1415, com considerações de *der Decken*, NJW 1983, 1400.

⁶⁵ BVerfGE 50, 290 (Nota de canto 110) = NJW 1979, 699.

No discurso sobre um constitucionalismo global – que se encontra atualmente em desenvolvimento –, a máxima da proporcionalidade assume uma posição destacada⁶⁶. Ela apresenta-se como elemento nuclear de uma ciência que transcende aos ordenamentos jurídicos individuais, sobretudo em Direito Público. Logo, a proporcionalidade – como apenas poucos objetos do Direito Público alemão – é até mesmo adequada, para preparar para atividades profissionais internacionais. A formação jurídica deveria concentrar-se de maneira essencialmente mais robusta do que tem ocorrido até agora sobre tais estruturas nucleares – que são de extrema relevância –, com o simultâneo abandono do conhecimento detalhista e enciclopédico⁶⁷.

Artigo recebido em 29 de maio de 2014.

Artigo aprovado para publicação em 29 de maio de 2014.

DOI: 10.11117/1982-4564.07.02

⁶⁶ Klatt/Meister (n.r. 8), p. 171; Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, 2004, p. 162; Schlink, in: Rosenfeld/Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, p. 718 (736); Barak (n.r. 8).

⁶⁷ cf. Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*, 2012, p. 8, 60–62.



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.

La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial*

Jesús Vega **

Resumen: En este trabajo se propone una lectura de la teoría aristotélica de la equidad desde los presupuestos de un enfoque argumentativo del derecho. Después de ofrecer una contextualización de la filosofía del derecho de Aristóteles en el marco de su filosofía moral (teoría de la virtud) y política (teoría del Estado), se extraen las implicaciones de la equidad para la práctica de la jurisdicción en forma de doce tesis críticas del formalismo jurídico.

Palabras clave: equidad; Aristóteles; argumentación; formalismo jurídico; Estado de derecho.

Abstract: This paper intends an interpretation of the Aristotelian theory of equity from the point of view of an argumentative approach to law. Once the main ideas of the legal philosophy of Aristotle are framed in the context of his moral and political philosophy (namely, virtue theory and state theory), the implications of equity for the practice of judicial reasoning are drawn in the form of twelve theses against legal formalism.

Keywords: equity; Aristotle; argumentation; legal formalism; rule of law.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación *Constitucionalismo y argumentación* (DER2010-20132) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

** Licenciado en Filosofía y Derecho. Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo. Profesor del Posgrado de la Universidad de Alicante. Ha realizado estancias de investigación en Alemania y Estados Unidos. Profesor invitado en diferentes universidades latinoamericanas y españolas.

Aristóteles, equidad, justicia y derecho

1. La equidad es una de las ideas centrales de la filosofía aristotélica del derecho: una de esas ideas que —como la de prudencia o la de justicia— han recorrido toda la historia del pensamiento jurídico y no sólo llegan a nosotros sino que continúan interpelándonos con una fuerza y una actualidad verdaderamente asombrosas. Con ello demuestran por qué provienen de un clásico de la filosofía práctica: pues los clásicos, en palabras de I. Calvino, nunca terminan de decir lo que tienen que decir. Lo que intentaré mostrar en las páginas que siguen es que efectivamente las reflexiones de Aristóteles sobre la equidad, aunque sigan expresando lo *mismo* de siempre, siguen teniendo cosas *nuevas* que decir a la altura de la filosofía del derecho del s. XXI.

Resulta muy difícil caer en la exageración a la hora de valorar la importancia de Aristóteles para la cultura jurídica. Hace unas décadas, en ciertas corrientes de la filosofía europea se puso de moda un eslogan —“rehabilitación de la filosofía práctica”— que, entre otras cosas, pretendía volver la vista hacia la filosofía aristotélica¹. Sin embargo, si hablamos de la filosofía del derecho —que es una pieza angular de esa filosofía práctica— podría muy bien decirse que la impronta del pensamiento aristotélico es tan profunda que en realidad no ha necesitado nunca ser rehabilitado a fuer de hacerse ubicua, y por ello mismo invisible, su presencia. No hablo solamente de las últimas corrientes autodenominadas “neoaristotélicas”, ni del resurgimiento de nuevas aproximaciones a la tópica o a la retórica, de la *virtue jurisprudence*, etc., por no mencionar —claro está— la gran teoría escolástico-iusnaturalista, que se construyó históricamente sobre moldes aristotélicos (si era verdaderamente “aristotélica” o no es otro asunto) y llegó a ser dominante durante tantos siglos en nuestra tradición. Me estoy refiriendo sobre todo al hecho de que Aristóteles desarrolló una concepción del derecho desde la perspectiva de su filosofía práctica —de su concepto de “razón práctica”: otra idea suya decisiva que transita toda la historia de la filosofía— de la que cabría decir con toda exactitud que posee un carácter *basal* para la tradición de la teoría jurídica. Lo que quiero decir con esto es que se trata de una concepción que ha pasado a formar parte del acervo básico —de los fundamentos— de *cualquier* otra concepción del derecho ulterior, incluyendo aquellas de signo contrario que han desarrollado esos

¹ Cf. VOLPI, F., “Rehabilitación de la filosofía práctica y neo-aristotelismo”, *Anuario Filosófico*, 1999/32: 315-342 (trad. R. Vigo).

fundamentos según direcciones distintas o los han envuelto bajo concepciones filosóficas diferentes, comportándose así como variaciones compuestas o interpretadas a partir de un mismo teclado conceptual. En este sentido podría decirse de Aristóteles lo que Hegel decía de Spinoza: que todo el mundo tiene dos filosofías del derecho, la suya y la de Aristóteles. Elementos de esa concepción básica —piezas de ese “teclado”— son:

i) en primer lugar, su teoría de la *legislación*: la doctrina del *nomos* en la que se apoya su tesis racionalista del “gobierno de las leyes y no de los hombres”, es decir, del imperio de la ley: lo que siglos más tarde se llamará el “Estado de derecho”;

ii) en segundo lugar, su teoría de la *jurisdicción* o aplicación circunstanciada —prudencial— a los casos particulares de las normas generales en que (necesariamente) consiste el *nomos*; teoría ésta que no sólo tiene una dimensión metodológica (es la primera formulación sistemática de las pautas de interpretación del derecho: no por casualidad al Estagirita se le ha llamado el “primer maestro de metodología jurídica”²) sino que constituye también una explicación profunda de la razón de ser de la propia institución jurisdiccional como parte integrante de todo sistema jurídico;

iii) en tercer lugar, la tesis de que el derecho es una *práctica* institucional compleja en la que se da una *continuidad* peculiar entre las dos instituciones que acabamos de mencionar: legislación y jurisdicción;

iv) en cuarto lugar, la tesis acerca de la *racionalidad* de esa práctica, esto es, acerca de su carácter esencialmente argumentativo y justificativo: la visión del derecho como un sistema de razonamientos prácticos (no sólo de normas o proposiciones ni de decisiones o actos coactivos); y

v) por último, la tesis de la contextualización *moral* y *política* de la institución jurídica, cuya normatividad tiene una función “arquitectónica”, de puente intermediario entre la moralidad y la organización pública del Estado —la comunidad política—, que conecta necesariamente la teoría del derecho con la teoría de la virtud y la teoría de los regímenes políticos.

Todos estos puntos se hallan sólidamente ensamblados entre sí, como lo están la filosofía política y moral dentro del conjunto de la filosofía práctica aristotélica. Pero —cabe sostener— es en la filosofía jurídica donde se manifiesta la verdadera proporción de ese

² ADOMEIT, K. y HERMIDA, C., *Filosofía del Derecho y del Estado. De Sócrates a Séneca* [1992], Madrid, Trotta, 1999, p. 104.

ensamblaje: y, precisamente, en la teoría de la *equidad* o *epieikeia*, de la que aquí nos ocuparemos. Pues si tradicionalmente se ha tendido a subsumir las reflexiones aristotélicas sobre el legislador y el juez bajo las categorías generales de su filosofía política y su filosofía moral, disolviendo así la especificidad jurídica de las mismas, la teoría de la equidad recorre en cambio de algún modo el camino inverso. En efecto, ésta nos muestra la práctica de la jurisdicción —pues es el juez de quien se predica por antonomasia la equidad— como aquel punto de apoyo o soporte fundamental de la propia práctica de la legislación y, por tanto, de la política misma, del “gobierno de las leyes” en su integridad. Ambas consisten —como formas de *praxis* que son— en instituciones que guían conjuntamente la acción (la acción colectiva), pero lo hacen no de cualquier modo sino guiándose por ciertos ideales y valores y, por tanto, bajo la luz de la *virtud*, esto es, de la justicia, aspecto que se visibiliza de modo especialmente claro en la posición y la acción (individual, en este caso, pero formando parte de una institución) del juez.

Acaso por el acento que sobre esos ideales morales y políticos ponía ya su poderosa filosofía moral y política, Aristóteles no consideró necesario desarrollar una filosofía del derecho de forma diferenciada (lo cual alimentó la propensión a sumergir ésta bajo aquélla, y con ello a enmascarar su especificidad e importancia propia). Su concepción filosófico-jurídica está por el contrario en forma implícita, diseminada a lo largo de los textos de la *Ética a Nicómaco*, la *Política* y la *Retórica*³. De ello resulta que tal concepción tiene que ser reconstruida interpretativamente hallándose, por consiguiente, abierta a distintas lecturas cada una de las cuales depende de los supuestos hermenéuticos asumidos en cada ocasión por el intérprete. Esto no es novedad alguna: siempre ha sido así. Es sabido, por ejemplo, sin ir más lejos, que las dos grandes concepciones tradicionales de la filosofía jurídica, el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, suelen reconducirse a los textos aristotélicos, especialmente a su célebre distinción entre “justicia legal” y “justicia natural” (*Ética nicomáquea*, V, 7), donde ha solido verse la primera formulación sistemática de la distinción entre “derecho positivo” y “derecho natural” (de ahí eso que antes decíamos acerca de que el pensamiento aristotélico ha representado un auténtico vivero histórico de ideas para la filosofía del derecho). La interpretación que yo pretendo defender aquí asume, sin embargo, que la teoría del derecho de Aristóteles no es ni iuspositivista ni iusnaturalista. Tal interpretación se mantiene más bien

³ Cf. MILLER, F. D., “Aristotle’s Philosophy of Law”, en F. D. MILLER, P. G. STEIN y A. PADOVANI (eds.), *A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*, Dordrecht, Reidel, 2007, pp. 79-110.

dentro de los marcos de la concepción del derecho que hoy llamamos “argumentativa”, “post-positivista” o “constitucionalista”, desarrollada en las últimas décadas por autores como Dworkin, Alexy, Nino o Atienza, y caracterizada, entre otras cosas, por la pretensión de superar esa dicotomía tradicional (iusnaturalismo-iuspositivismo) y por la recuperación precisamente de algunos de esos elementos que hemos considerado basales de la concepción aristotélica: fundamentalmente, la consideración del derecho como una práctica, el énfasis en la argumentación y la razón práctica, la conexión entre derecho, moral y política. Sostengo que sólo una concepción de este tipo sería, por ello, debido a su enfoque, adecuada para intentar con éxito esa reconstrucción buscada de la filosofía del derecho aristotélica. Sostengo, además, que ella es también la única que permite poner de manifiesto un hecho que ha solido ser descuidado en las interpretaciones filosóficas de Aristóteles: que el derecho es una clave articuladora esencial de toda su filosofía práctica, un hecho que los juristas (por razón de escala o perspectiva) estarían especialmente bien situados para percibir y apreciar (muchas veces incluso mejor que los filósofos morales o políticos). Un marco como este es el que permite entender —tal es mi tesis— el sentido auténtico de la idea aristotélica de equidad y recorrer ese camino inverso que ella marca como una especie de hilo rojo que va de la práctica del juez a la práctica del legislador (al “gobierno de las leyes” o Estado de derecho) y liga ambas con la justicia (o sea, con ciertos valores político-morales).

2. Si uno repasa los apenas tres párrafos en que convencionalmente se divide el célebre pasaje sobre la equidad de la *Ética nicomáquea* (el Cap. 10 del Libro V), lugar donde el Estagirita sistematiza su concepción definitiva al respecto tras las reflexiones de la *Retórica* (I, 13, 3, 1374a27-1374b2; 1374b11-16), se topa con al menos tres nudos principales de su argumentación. Pueden resumirse así:

i) En primer lugar, Aristóteles suscita (en el primer párrafo) el problema de las relaciones entre equidad y justicia. La equidad aparece desde el inicio como una idea que cae dentro de la órbita de la justicia: pertenece al género de lo justo: es una forma de justicia (“lo mismo es, por tanto, lo justo y lo equitativo”, 1137b10)⁴, pero es sin embargo *mejor* que la justicia. Esto se formula como un problema, una paradoja (¿cómo es posible que la equidad sea justa y al mismo tiempo mejor que lo justo?), paradoja que se retrotrae a un tema platónico en cuyo detalle no podemos entrar ahora y que Aristóteles resuelve de dos modos:

⁴ Cito por la ed. de M. Araujo y J. Marías (Madrid, CEPC, 2009, 9ª ed.).

primero, negando que esa mejor forma de justicia pertenezca a otro género (un género que esté *más allá* de la justicia) y, segundo, afirmando que existen *dos* especies de justicia dentro de ese género: la justicia según la ley (la justicia legal) y la justicia según la equidad, consistente en la *corrección* de la anterior. Este primer punto nos exige aclarar las relaciones entre justicia y derecho, pues como vemos la idea de justicia —que podría pensarse que es una idea “puramente moral”, en el sentido de extrajurídica— está introduciéndonos de lleno en la institución del derecho, en la legalidad y en la aplicación de la legalidad.

ii) A continuación, en el segundo párrafo, nos habla Aristóteles del *legislador*: de la ley como parte del derecho, de algunas características de la práctica de legislar, del razonamiento legislativo (o incluso la técnica legislativa diríamos hoy). Entre esas características sobresale una que conlleva que el legislador incurre en un error, una déficit o una insuficiencia. De aquí arranca la necesidad de la *corrección* en que consiste la equidad. Y ese error o deficiencia aparece puesta en conexión con el carácter *universal* de la ley: “La causa de ello es que toda ley es universal, y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en que es preciso hablar de un modo universal, pero no es posible hacerlo rectamente, la ley toma en consideración lo más corriente, sin desconocer su yerro” (1137b13-17). Este segundo punto nos llevará a reconstruir la teoría aristotélica de la legalidad, el papel de las leyes, del *nomos*, su carácter universal del que depende la apología del imperio de la ley, y los fundamentos de tal universalidad (que se anclan en la organización política —pues para Aristóteles sin leyes no hay constitución política o Estado en absoluto— y también en la moral, en la virtud, pues de ahí arranca la validez de las leyes). Pero también nos llevará a su teoría de la práctica (ya que a fin de cuentas el “error” no se imputa a la ley ni al legislador, sino a la “naturaleza de la práctica” [1137b19-20]) y, en particular, a dilucidar las relaciones entre la práctica del legislador y la del juez dentro del derecho.

iii) Por último, tercer párrafo, Aristóteles nos habla no del legislador sino ya del juez. Es al juez a quien incumbe corregir ese error, quien debe aplicar un juicio de equidad en el caso particular capaz de subsanar la insuficiencia en que ha incurrido el legislador: “Por tanto, cuando la ley se expresa universalmente y surge a propósito de esa cuestión algo que queda fuera de la formulación universal, entonces está bien, allí donde no alcanza el legislador y yerra al simplificar, corregir la omisión” (1137b20-23). Y también nos dice cómo ha de hacerlo, esto es, el método que el juez debe seguir para corregir ese error: estableciendo

“aquello que el legislador mismo habría establecido en su ley si hubiera conocido el caso” (1137b23-24, traducción modificada). Es así como —concluye Aristóteles cerrando el punto inicial— la equidad es justa y al mismo tiempo mejor justicia: o sea, “mejor que una clase de justicia [la justicia legal]; no que la justicia absoluta, pero sí que el error producido por el carácter absoluto de la ley” (1137b24-26, id.). “Y esta es la naturaleza de la equidad: una corrección de la ley cuando ésta es deficiente debido a su universalidad” (1137b26-27, frase sin traducir en la versión citada). Finaliza Aristóteles con la célebre metáfora, de enorme fuerza expresiva, que compara a las normas jurídicas con reglas de plomo (“tratándose de lo indefinido, la regla es también indefinida, como la regla de plomo de los arquitectos lesbios, que se adapta a la forma de la piedra y no es rígida” (1137b30-32)). En este tercer punto se centra, pues, el foco sobre la institución de la jurisdicción, la práctica del juez y su conexión con la práctica legislativa, tanto desde un punto de vista “técnico-metodológico” (los métodos de interpretación: literal, formulación de la ley, y teleológica, las razones de la ley) como sobre todo desde un punto de vista *institucional*: qué función desempeña la autoridad (y el poder político) del juez dentro del conjunto del derecho, cómo se organiza la “división del trabajo jurídico”. Ambas cosas son indisolubles, en el planteamiento aristotélico (y en ello reside su interés y actualidad) de la dimensión valorativa, justificativa y moral de la práctica judicial —dicho de otro modo, del ideal del buen juez— que pasa a ocupar un lugar central en el esquema del Estado de derecho.

Pongamos entonces sumariamente contexto a cada uno de estos puntos antes de extraer las implicaciones que encierra la equidad para la comprensión de la práctica judicial y, a su través, del derecho en su conjunto.

3. Ad I) Comenzaremos por las relaciones entre derecho y justicia. Puesto que la justicia es una virtud, debemos decir antes de nada algunas cosas muy rápidas acerca de esta idea, la idea nuclear de la *Ética*, y acerca del tipo de racionalidad que comporta. Las virtudes son entendidas por Aristóteles como disposiciones recursivas o “modos de ser” (*hexeis*) del obrar humano orientadas a la excelencia: a la *eupraxia*, la buena acción. O sea, diríamos hoy, orientadas por *valores*. La idea de valor no está formulada explícitamente en Aristóteles —la axiología es una doctrina fundamentalmente moderna— pero sí presupuesta y ejercitada en su obra moral (en todo caso, lo está también en su teoría de la justicia, al hablar de los parámetros de la distribución (*axia*) y los criterios de la reparación del daño, o en su pionera

teoría del dinero ligada a la justicia conmutativa y recíproca). La virtud es un término medio entre dos extremos (dos vicios o disvalores: por ejemplo, la valentía es intermedia a la cobardía y a la temeridad, la generosidad a la prodigalidad y a la tacañería), término medio cuyo valor proviene de venir determinado por la razón (de ser un balance universalizable, por tanto) y también por la prudencia, es decir, de ser el mejor balance relativo a la situación concreta en que se actúa (II, 6). Lo decisivo es cómo se entiende ese concepto de razón. Aristóteles lo considera indisociable de alguna clase de *deliberación* a cargo del sujeto (en términos que hoy llamaríamos constructivistas) que arroja “razones para la acción” (por usar otra expresión contemporánea). Esa deliberación es analogada con la *epistēmē*, con el modelo de la ciencia, de la razón “teorética”, una analogía que subraya semejanzas pero también diferencias decisivas. El resultado es un racionalismo práctico que le permite a Aristóteles mediar entre el intelectualismo socrático-platónico (la “ciencia de la virtud”) y el escepticismo relativista de los sofistas. Así se construye el concepto de “razón práctica”: existe racionalidad en la acción humana, regida por valores objetivos (éstos no son pues inanes, contra los sofistas), pero no al modo de la ciencia (contra Platón), sino al modo de la prudencia. Ésta, la *phronēsis*, tiene que ver con la realización circunstancial y constante (de ahí la idea de una disposición recursiva o hábito) del bien práctico (de los principios de la acción correcta) en aquellas cosas que no son necesarias (como ocurre en la ciencia y en la técnica), sino contingentes, que “pueden ser de modo distinto a como son” porque dependen precisamente de nuestra deliberación y nuestra acción⁵. De manera que el razonamiento práctico (el “silogismo práctico”), que opera en términos de medios-fines a partir de las prácticas humanas materiales, genera además (cuando hablamos de la moral o la política) razones formales o de segundo orden desde las cuales, en el *logos* o intercambio discursivo (que implica el elogio y la censura), se establece la *corrección* de aquellas prácticas. Estas razones operan así como *reglas* que establecen la *recurrencia* de las mismas en cuanto que *realizan* o ponen en obra ciertos valores frente a disvalores contrapuestos. El “silogismo” práctico aparece como un modo de representar la acción humana bajo el cual ésta consistiría en emprender, partiendo de situaciones concretas, una deliberación sobre los fines, reglas y valores (que implican un elemento universal) para volver a la acción mediante una decisión (*prohairesis*) elegida y puesta en práctica por el individuo. Es así un razonamiento que

⁵ Cf. *Ét. Nic.*, III, 3. P. AUBENQUE, *La prudencia en Aristóteles* [1963], trad. de M^a. J. Torres, Barcelona, Crítica, 1999, pp. 105ss.

individualiza (mediante la prudencia) criterios que se entienden como objetivos y universales, un *logos* racional, pero que es racional justamente (y esta es la diferencia crucial con la *epistēmē*) en la medida en que conduce a generar cursos persistentes de acción, hábitos buenos (sólo practicando el bien nos hacemos buenos, dice Aristóteles, y la ética no es una reflexión para conocer el bien sino para hacernos buenos). Simplificando mucho, esto es lo que quiere decir que la moral y la política son ambas variantes de *praxis*: prácticas deliberativas virtuosas, regida por bienes o valores racionalmente establecidos. Retener esta idea es crucial para entender apropiadamente el concepto de equidad.

La equidad es también una virtud, puesto que es una forma de justicia. Pero la justicia no es una virtud más sino la virtud suprema, a cuyo análisis dedica el libro V de la *Ética*, punto de inflexión cardinal en la obra y uno de los más difíciles de interpretar. La supremacía de la justicia proviene de ser una virtud de segundo orden, que supone la transición desde la moral (desde las demás virtudes: digamos, del “hombre bueno”, el *phronimos* o el *spoudaios*) a la política (al “buen ciudadano”). Y de aquí arranca también la conexión conceptual entre derecho y justicia: porque ese tránsito de la ética a la política está realizado precisamente por la ley, por la institucionalización del aparato jurídico. Por eso la justicia es la virtud característicamente *jurídica*: la virtud específica del derecho. Siendo, como toda virtud, una excelencia de la acción que maximiza valores, se trata ahora específicamente de la acción de los operadores jurídicos (los legisladores y los jueces), que son aquellas autoridades de las cuales depende la organización y el buen orden (la *eutaxia*) de la *polis*, de la comunidad política, y que son quienes practican “las cosas justas”, es decir, quienes hacen justicia (que es entonces virtud también indesligablemente política). “La virtud de la justicia [*dikaiosynē*] pertenece a la *polis*, pues la justicia es el orden de la comunidad política [*politikēs koinōnias taxis*] y la virtud de la justicia es el conjunto de juicios que establecen lo que es justo [*dikaiou krisis*]” (*Política*, I, 2, 1253a37-39, trad. propia).

Después de discutir la pluralidad de sentidos en que se ha hablado de justicia (ya la *Ética* comenzaba levantando acta de la homonimia del bien: “el bien se dice de muchas maneras”), Aristóteles ofrece esta aparente definición: “lo justo es lo legal y lo igual (*to nomimon kai to ison*)” (V, 1, 1129a34). Es decir, define la justicia por respecto a la ley, a la legalidad, al *nomos*, y por respecto a la idea de igualdad. Esta clase de justicia es la que se ha llamado tradicionalmente justicia general o universal (en contraposición a la justicia particular: en sus dos especies, distributiva y correctiva). Veamos este par de ideas, legalidad

e igualdad que, como es fácil de ver, remiten (al igual que toda virtud) a valores: aquí, al valor de la legalidad o “justicia formal” o “seguridad jurídica”, por un lado, y al valor de la equidad, de la justicia material o —como veremos— de la equidad, por otro. ¿Cómo se relacionan entre sí? ¿Cuál de ellos es más decisivo? ¿Tienen que ver con la distinción entre justicia legal y equidad?

Antes de responder a esas preguntas debemos contestar a la siguiente: ¿no implica una flagrante circularidad remitir desde un principio el derecho a la justicia para acabar reenviando la justicia al derecho, a lo conforme con la legalidad? Veremos que en absoluto es así. Más bien se trata de ver las relaciones entre ambos como la circularidad del proceso de construcción del derecho como una práctica compleja de alcance político-moral. Desde luego, la posición de Aristóteles no es lo que hoy llamaríamos un positivismo ideológico, que identifica la justicia con lo que establece el derecho positivo (aunque así ha sido visto a veces: por Kelsen, p. ej.). Aristóteles afirma que lo legal es justo “en un cierto sentido” (*Ét. Nic.*, V, 1, 1129b11), es decir, está hablando de las leyes *bien* establecidas (la *eunomia*), las leyes que satisfacen la pretensión de corrección (dicho en términos actuales). Para entender esto tenemos que regresar a la idea de que las leyes cumplen un papel de puente entre la moralidad y la política. Las leyes son, en efecto, los instrumentos vertebradores del orden (*taxis*) de la comunidad política. Este orden no se establece de modo originario, desde un grado cero, sino en términos de una totalización de segundo grado que refunde normas y valores previamente dados (los que rigen las comunidades prepolíticas a partir de las cuales se construye el Estado: familias, villas, etc.), algo que Aristóteles expresa llamando “arquitectónica” a la labor legislativa y que suele describirse como el paso del *thesmos* (norma tradicional) al *nomos* (norma revestida de autoridad política central). Esta totalización supone que las leyes, se refieren “a todas las materias” (esto es, poseen carácter exhaustivo respecto de todo el dominio de la práctica social) y apuntan al “interés común de todos” (V, 1, 1129b14-15). Por lo tanto el *nomos* es un tipo de norma que resulta aplicable a *todos* los miembros de la comunidad política ahora en cuanto ciudadanos y no ya en cuanto miembros de otros grupos o códigos: atañe a patrones públicos o interpersonales de comportamiento *erga omnes*. Ciudadano es, precisamente, quien está sujeto a tales patrones (“aquellos que son naturalmente capaces de obedecer la ley”, 1134b13). Y la justicia política es la que opera “según ley” (1134b13-14). La justicia es virtud *pros heteron*: la única virtud que se refiere al bien *de otro*, esto es, al otro como *ciudadano*, en relación con el cual rigen las normas

jurídicas del Estado y no sólo ya las normas morales o *mores* tradicionales. Y se trata del *bien* porque estas normas —además de proponerse el logro eficaz de fines técnicos de diferente naturaleza referentes a organización social de la ciudad, comercio, defensa militar, etc.— están esencialmente orientadas hacia determinados valores: aquellos que figuran en la constitución política como los que justifican en última instancia la existencia misma del Estado. La *polis* aristotélica no consiste en un “convivir” hobbesiano sino en un “vivir bien” (*eu zên*) (*Pol.*, III, 9, 1280a31-2): esto es, conforme a una determinada concepción del bien común.

De ahí que las leyes de que Aristóteles nos habla incorporen ya (reflexivamente o en segundo grado: lo que también significa *selectivamente*) las virtudes morales: “Pues la mayoría de las acciones impuestas por las leyes son aquellas que están prescritas desde el punto de vista de la virtud como un todo. En efecto, la ley ordena vivir conforme a todas las virtudes y prohíbe vivir según todos los vicios (*Ét. Nic.*, V, 2, 1130b22-25). Idea que no debe entenderse, entonces, meramente en el sentido perfeccionista moral, sino como relativa a aquel proceso de construcción del orden jurídico-político por el cual ciertas conductas estimadas como valiosas o disvaliosas pasan a ser tipificadas por el derecho en cuanto que promueven propósitos y bienes colectivos que tienen por destinatario a *cualquier* ciudadano (p. ej.: el paso del insulto como daño moral a la injuria como lesión de un bien jurídico protegible para todos —el honor— al margen de particulares concepciones morales). Por eso la justicia es la virtud total (*holē aretē*), la suma de todas las virtudes. Visto desde el derecho, esto significa que la ley sólo es justa en la medida en que esté moralmente justificada. Este es el lado moral del puente. Pero por otro lado está el lado político: en el que Aristóteles deja claro que las leyes se enderezan al bien común, no a la realización de una moral particular, y ello implica entre otras cosas tener que conciliar concepciones morales y valores divergentes en la constitución política (en una suerte de “consenso entrecruzado”, diríamos hoy). De esta síntesis resulta que pueden existir leyes injustas en el sentido de contener normas moralmente injustificadas bajo el punto de vista de alguna concepción u opinión particular y, sin embargo, considerarse correctas desde el punto de vista del bien común (que Aristóteles enfatiza es más importante que el bien particular y garante de éste). Lo que no podría darse es leyes contrarias a los valores últimos constitucionales, pues “las leyes se hacen, y deben hacerse, según la constitución, y no la constitución según las leyes” (*Pol.*, IV, 1, 1289a13-15).

Ad II) En cualquier caso, la función primaria de la legislación, para Aristóteles, es la generación de hábitos o cursos de acción virtuosos en los ciudadanos “hacer a éstos buenos haciéndoles adquirir ciertos hábitos”. Es, pues, una práctica de segundo grado: un “hacer hacer”, y de nuevo la idea del valor (del bien) emerge, pues cuando el legislador no satisface ese designio —formar ciertos valores en las prácticas ciudadanas— entonces “yerra el blanco, siendo en esto como se distingue la constitución buena de la mala” (*Ét. Nic.*, V, 2, 1103b3-6). De modo que la legislación aparece como una suerte de condición de posibilidad, no ya del bien político, sino de la propia moralidad, sin quedar por ello recluida en la esfera moral (sino en el más amplio espacio de la moralidad política): “sólo a través de las leyes (*dia nomon*) podemos hacernos buenos” (X, 9, 1180b25-6). De hecho, la *Ética nicomáquea* va dirigida a los legisladores, y su último capítulo trata expresamente de esta transición de la moral a la política operada por las leyes. Transición que, como ya hemos visto, implica la emergencia de nuevos valores: el fundamental de ellos es el valor de la *igualdad*: pues la comunidad política, regida por la ley, es una comunidad “de libres e iguales” (V, 6, 1134a27-28), mientras que en las comunidades pre- o infraestatales rigen más bien relaciones de desigualdad. Esto nos lleva al segundo componente de la definición de la justicia: lo igual (*to ison*). ¿Cómo se relaciona la legalidad con el valor de la igualdad?

La igualdad es el constituyente primordial de la justicia. La fórmula clásica es aristotélica: la justicia es tratar lo igual de modo igual y lo desigual de modo desigual. Se trata asimismo de un valor de segundo orden, *formal*, en tanto es una relación entre relaciones, un término medio entre desigualdades (lo más y lo menos, la ganancia y la pérdida) orientado a deshacer el desequilibrio injusto o *pleonexia* que éstas significan. En tal sentido presupone valores *materiales* de primer orden: los parámetros de la igualdad, tanto en el reparto (los merecimientos o *axia*) como en la reparación (la mensuración del daño o ilícito). Pero, dejando a un lado este difícil punto del lugar de la igualdad en las dos especies de justicia distributiva y correctiva, lo que nos interesa ahora es qué conexión hay entre la justicia como igualdad y la legalidad. Esta conexión se produce a través de tres aspectos o dimensiones de la igualdad, que vamos a identificar con estos tres conceptos: a) *generalidad*, b) *justificabilidad*, y c) *regularidad*.

a) Los legisladores sólo pueden cumplir con esa su función de generalizar hábitos entre los ciudadanos mediante la adopción de estándares de comportamiento válidos para *todos*. Ello exige que las leyes estén construidas según criterios de universalidad lógica, es

decir, enclasando individuos, acciones, ocasiones espacio-temporales que puedan ser cuantificados (totalizados: "para todo x que cumpla las propiedades y, z, q...") y ulteriormente predicados de los casos o situaciones particulares por medio de variables de individuo (la llamada "subsunción: "a es un x"). El *nomos*, enfatiza Aristóteles, habla universalmente: se refiere a *tipos* de acción, la decisión del legislador no es particular sino "prospectiva y universal [*katholou*]" (*Retórica*, I, 1, 1354b6-7). La legislación se construye a base de reglas generales, diríamos hoy. Eso implica al menos dos cosas: que las leyes sean escritas, y que sean taxativas, es decir, referidas en sus antecedentes y consecuentes a acciones definidas con claridad suficiente. El filósofo está dirigiendo una crítica al sistema jurídico de su tiempo, que manifiestamente no cumplía con ambas notas, y especialmente con la segunda de ellas, como se demostró en el juicio de Sócrates⁶. De ahí la vinculación ineludible entre el *nomos* y el lenguaje, el *logos* que contiene representaciones universales (i.e., conceptos) y permite la planificación racional de la acción más allá de las meras representaciones particulares ligadas a la percepción y a los estímulos placer-dolor (únicos que mueven a los animales) y supera también el plano de los estereotipos morales. Así, explica Aristóteles: "cada una de las cosas justas y legales [*dikaion kai nomimon*] se relacionan como lo universal con los particulares, pues las cosas que se hacen son muchas, pero cada una de ellas es una, ya que es universal" (*Ét. Nic.*, V, 7, 1135a5-8).

De manera que la práctica de legislar, de producir leyes, queda racionalmente definida como formulación de normas estrictamente generales y abstractas —no particulares y concretas— en su formato lógico, aun cuando esas leyes sean vistas también como el resultado de un razonamiento eminentemente práctico. Y ello se convierte en una exigencia de la justicia como igualdad: sólo de ese modo (sin hacer acepción de individuo, sino *ecualizando* las relaciones sociales según clases "abiertas") es posible "tratar lo igual de forma igual", la *isonomía* o igualdad ante la ley o igualdad de trato (que era un motivo de orgullo político para los griegos frente a los bárbaros: recuérdese el elogio fúnebre de Pericles). La generalidad es pues condición necesaria de la justicia. Y Aristóteles basa aquí su pionera apología del "imperio de la ley", cifrada en el famoso aserto de que sin las leyes (el *nomos*) no existe propiamente régimen político o *politeia*: "Donde no imperan las leyes no hay constitución" (*Pol.*, IV, 4, 1292a32; cf. II, 9, 1269a32; III, 16, 1287a25ss.). La política se

⁶ Cf. A. LANNI, *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*, New York, Cambridge UP, 2006, pp. 59ss., 128, 189.

vincula así al racionalismo de las leyes. El gobierno de las leyes lo es de la *razón* (no de las pasiones: es razón sin pasión, sin elemento animal: III, 16, 1287a28-33) precisamente porque opera en términos lógicos, universalizadores, clasificadores, impersonales. El Estado y las relaciones gobernantes-gobernados que se dan en su seno exigen una ordenación en términos de reglas generales, no exclusivamente de normas particulares: aquí Aristóteles establece un contraste decisivo entre el *nomos* y aquellas normas que no suponen justamente una deliberación de carácter universal (decretos y edictos) y que no pueden suplantarse a las leyes so pena de generar regímenes desviados. Los poderes políticos en suma están organizados de acuerdo con la primacía del poder legislativo (o deliberativo): “La ley debe ser suprema sobre todas las materias y los magistrados [las magistraturas, no sólo jurisdiccionales sino ejecutivas] deben juzgar solamente de los casos particulares: y únicamente así cabe decir que existe constitución” (IV, 4, 1292a32ss.).

b) Ahora bien, la generalidad de la ley es sólo una propiedad formal (es precisamente lo que Weber llamó unos cuantos siglos después “racionalidad formal” típica del Estado moderno y que a menudo, en contextos jurídicos, se identifica con la “justicia formal” o el formalismo en sentido positivo). La generalidad tiene carácter instrumental: es una condición necesaria para lograr la justicia pero no una condición suficiente ni un fin en sí misma. Por el contrario, va ligada a los valores *materiales*, sustantivos, integrantes de aquella concepción del bien común que los legisladores pretenden poner en práctica mediante la forma lógica general de las leyes (algo similar sucede con el valor de la coherencia). Tales valores sustantivos son los verdaderos parámetros de la igualdad, aquellos en los que aflora propiamente —recordemos— la justicia (y la injusticia). Y aquí Aristóteles reconoce abiertamente el problema de la diversidad de concepciones políticas, la diversidad del bien político: la discusión sobre la justicia y la igualdad es la discusión sobre la constitución, sobre sus valores y principios sustantivos, que son aquellos que subyacen a las leyes⁷. Es lo que podemos llamar la igualdad como *justificabilidad material*, dado que los valores en cuestión son los que proporcionan la justificación última de las leyes y, en una perspectiva pragmática, no idealista, tienen que ver íntimamente con lo que hoy llamamos igualdad material (igualdad efectiva o igualdad en los resultados). De ahí que Aristóteles base la clasificación de los

⁷ “Todos están de acuerdo, en efecto, en que lo justo en las distribuciones tiene que estar de acuerdo con algún tipo de mérito. Sin embargo, no todos llaman ‘mérito’ a lo mismo: pues los partidarios de la democracia lo sitúan en la libertad, los de la oligarquía en la riqueza o, algunos de ellos, en la nobleza de estirpe, mientras que para los partidarios de la aristocracia estriba en la virtud” (*Ét. Nic.*, V, 3, 1131a25-29, trad. propia).

regímenes políticos en tales valores materiales y no sólo en el mero dato formal de la existencia de leyes de alcance general. Es justamente ese criterio sustantivo el que está determinando realmente su ordenación normativa de los regímenes en *correctos* y *desviados*. Si estos últimos son aquellos donde los edictos y los decretos sustituyen a las leyes eso significa que es el bien particular de una facción o grupo y no el bien colectivo de toda la comunidad el que está siendo perseguido. En cambio, en el régimen ideal, una *politeia* o democracia en la que “todas las personas toman parte en el gobierno por igual y en la mayor medida posible”, el gobierno de las leyes estaría realizado del modo más pleno siempre que no degenera en demagogia (“donde el pueblo [la asamblea] y no la ley detenta el poder supremo y los decretos poseen supremacía sobre las leyes”, comportándose así como los edictos del tirano: *Pol.*, IV, 4, 1292a6-18), lo que se sólo consigue si prevalece una constitución en donde las leyes atiendan realmente al “interés de todos y cada uno” sometiéndose a los valores de la virtud moral y la libertad (lo que hoy llamaríamos los derechos).

c) Por último, el tercer sentido de la igualdad concierne al proceso y al medio de consecución de los dos anteriores: es decir, cómo se produce de hecho la generalización de reglas de conducta y la implantación efectiva de los valores subyacentes a éstas en las relaciones sociales. Ambas cosas no serían posibles sin añadir a la instancia de producción de reglas (la legislación), una instancia de aplicación de las mismas que cumpla un papel intermediario entre la práctica del legislador y las prácticas sociales: la función judicial. El juez es, según Aristóteles, “guardián” y “personificación” de la justicia “y, si de la justicia, también de la igualdad” (*Ét. Nic.*, V, 4, 1132a21-22; 6, 1134b1-2), y su función es asegurarse de que se implantan en la práctica de manera constante, continuada y recurrente las reglas de acción fruto de la legislación política y *a través de ellas* los valores materiales que la ley pretende fomentar generalizadamente en las relaciones sociales. Recordemos que la justicia es la virtud que tiene que ver con la práctica recursiva de las cosas justas: usando un término técnico de la filosofía es una *energeia* o “actualización” constante de los valores de justicia. No es suficiente con legislar para implantar socialmente tales valores, no sería posible (o no lograría la justicia política) un orden jurídico exclusivamente basado en la legislación: es preciso que exista además una jurisdicción que ponga en práctica, mediante una secuencia de decisiones singulares imparciales en aplicación de la misma, las normas que contiene. Eso es lo que significa “imperar” la ley, imponer su autoridad (*kurios*). Y por eso podemos hablar de

regularidad o recurrencia para referirnos a esta dimensión de la igualdad involucrada en el proceso práctico de aplicación de la ley⁸.

Ad III) Sentada la necesidad de la legislación como institución jurídica central —la necesidad de las leyes, su génesis, su función, su estructura lógica—, Aristóteles asume que ésta se da, como veos, en *continuidad práctica* con la jurisdicción. La originalidad del enfoque aristotélico reside en haber visto que este *continuum* no sólo impide establecer cortes abruptos o dicotómicos entre ambas instituciones (por ejemplo: entre “creación” y “aplicación” del derecho) sino que además cada una de ellas debe verse “dualmente”: ambas prácticas están reflejando, en su estructura interna, las pautas de racionalidad de la otra. Así como el legislador no puede llevar adelante su labor normadora si no toma en cuenta una instancia aplicativa desarrollada deferida y autónomamente por *otros* sujetos, los jueces, cuya perspectiva racional ha de asumir (y reglamentar), así tampoco éstos pueden llevar a cabo su función aplicadora sin justificar sus decisiones sobre la base de reglas formales preexistentes, lo que conlleva reconstruir la racionalidad y sentido de éstas desde el punto de vista del legislador como autoridad política. La teoría aristotélica de la equidad no es sino la explicitación de esta “dualidad” desde la perspectiva del juez.

En diversos pasajes de la *Ética* y la *Retórica*, algunos de los cuales ya hemos citado, contrasta Aristóteles la deliberación legislativa y la deliberación judicial (siendo ambas especies de prudencia o de razonamiento práctico y formando, como decimos, un continuo). La primera es especialmente prolongada, se encamina al logro de ciertos valores a la escala de la comunidad política (la concepción del bien colectivo plasmada en la constitución), es “arquitectónica”, es prospectiva u orientada al futuro, al regular tramos de conducta mediante normas, y consiste en la formulación de reglas generales, universales, esto es, desemboca en una *única* decisión pero relativa a *todos* los casos de un cierto tipo. La segunda, en cambio, es una deliberación mucho más localizada, que se centra en un caso, en *este* caso, en *cada uno* de los casos particulares en que resulta pertinente la regla legislativa, casos que son presentados a ellos de manera “imprevista”, a través de las disputas y conflictos sociales en que se demanda una solución por parte del derecho, de la ley (“casos presentes y determinados”, *Ret.*, I, 1, 1354b4ss.), y que tiene un carácter retrospectivo, tanto en relación

⁸ Por supuesto, la aplicación judicial de la ley no excluye la aplicación e implementación de la misma que es propia de las agencias ejecutivas y administrativas, actuantes mediante normas particulares y decisiones políticas singulares. Al revés, la presupone y tiene respecto de ella una función fiscalizadora como último pronunciamiento autoritativo institucional acerca del significado y alcance práctico de la ley.

con los hechos y circunstancias del caso: que es un suceso pretérito, como en relación con los criterios para su valoración, que están predeterminados en la ley: lo que se trata en el juicio es de reconstruir esos hechos —los conflictos subyacentes— para establecer cuál es la respuesta correcta según la ley.

Cómo se conecta la deliberación judicial con la deliberación legislativa: ese es el problema fundamental al que trata de responder la idea de equidad. En cierto sentido, se trata del problema general de la racionalidad de la práctica de seguimiento de reglas, que Wittgenstein planteó en términos pragmáticos muy similares. Este problema toma forma de manera específica en el campo del derecho como el de la “metodología jurídica”: qué tipo de racionalidad está implicada en la aplicación e interpretación de las reglas jurídicas (p. ej.: cómo debe reconstruirse el sentido de una norma, cuál es su relación con las razones subyacentes o principios, etc.). Pero, en realidad, el problema no es sólo “metodológico” o “técnico”, sino también político-moral. Afecta, de un lado, al diseño institucional del Estado: la organización de autoridades y distribución de poderes dentro de éste. Y de otro, y sobre todo, afecta al entendimiento mismo de la justicia política, al poner en juego los valores fundamentales que han de regir en una comunidad política y el modo como se traducen en decisiones concretas. El problema podría formularse así: asumiendo que la organización política de la justicia exige el establecimiento de estándares de conducta generales, universales (el *nomos*), y asumiendo que la institución judicial, bajo un sistema de gobierno de las leyes, está regida centralmente por el deber de aplicar y hacer cumplir esos estándares legislativos, como medio necesario para que los valores fundamentales que se consagran en la constitución se mantengan vigentes en las prácticas sociales; asumiendo, por tanto, que el juez ha de individualizar los enunciados universales establecidos por el legislador respecto de cada una de las situaciones particulares a ellos planteadas, ¿de qué modo se ajustan los casos particulares a esos estándares generales y los valores que portan y de qué modo —a la inversa— son determinados estos en su significado y alcance general al verse concretados para cada una de las situaciones particulares?

La respuesta aristotélica a este problema arranca de su concepción de la razón práctica, de la que el propio derecho sería una suerte de plasmación institucional, habida cuenta de que su racionalidad está directamente formalizada y estructurada en referencia a reglas prácticas. Se basa en la tesis fundamental de que la aplicación judicial de tales reglas del derecho no puede verificarse en términos de simple *consistencia* lógica (a partir de la formulación de las

reglas: de su *generalidad*), sino que requiere además un juicio de *coherencia* o congruencia axiológica con los valores que justifican esas reglas (*justificabilidad*). Dicho de otro modo: que el deber del juez —un deber que rige su racionalidad práctica— a la hora de aplicar la ley incluye también el deber de corregirla *recurrentemente* a la luz de sus valores subyacentes siempre que su generalidad sea un obstáculo para, o suponga una frustración de, su justificabilidad en un caso particular. Veamos ya el alcance concreto de esta tesis.

Las doce tesis

4. La tesis de la equidad sienta una crítica destructiva de todo género de *formalismo* jurídico. Cabe sintetizar los múltiples frentes de esa crítica, que van —como vimos— desde la concepción general del derecho a las pautas de la aplicación judicial pasando por el diseño del Estado de derecho, en los doce puntos que siguen:

i) Una comprensión adecuada —no formalista— del Derecho dista de poder restringirse a sus reglas: ha de ampliarse, por el contrario, a los *principios* y *valores* que subyacen a ellas dotándolas de sentido y justificación. Allí donde existan reglas legisladas existirán también principios (implícitos o explícitos) que reflejen tales valores. Tales principios determinan enteramente la estructura del derecho y del “método” jurídico. Si los valores preexisten a las reglas y son su razón de ser, la racionalidad práctica en relación con reglas ha de movilizar necesariamente a *ambos*, de forma que una regla puede imponerse exclusivamente en la medida en que esté *justificada* por relación a esos valores o principios sustantivos.

ii) En relación con la *legislación* misma, la tesis de la equidad comporta la crítica radical del “legalismo”. Esta sería una concepción que equivoca profundamente la epistemología que está en el trasfondo de la noción de “ley” operante en el derecho. La idea de ley se aplica a la *praxis* por analogía con las regularidades necesarias de la *physis* construidas por la *episteme* (la “analogía epistémica” antes mencionada), e implica, como dijimos, la pretensión de racionalizar las acciones humanas en términos de normas o reglas bajo categorías lógicas y en términos de universalidad. Pero esta metáfora racionalista —la idea de una “regla universal” que determina la acción—, tan decisiva en la historia de la filosofía práctica, no puede ser tomada como si expresara una identidad y no precisamente una analogía. Es decir, como si las relaciones de tipo lógico, y no las de orden valorativo,

fueran las que ordenan realmente el mundo práctico: en este caso, una empresa práctica de carácter político-moral como es la del legislador. Así, por ejemplo, el legalismo da por cierta la posibilidad de lo que Kant llamaba “ley estricta”⁹: es decir, la “regla perfecta” (Günther) capaz de garantizar por anticipado la corrección de todas sus aplicaciones futuras en los casos particulares¹⁰; una regla que no requiere excepción alguna y que por tanto excluye la necesidad de un discurso de aplicación deliberativo y justificativo autónomo comprometido *valorativamente*. Esta visión se convirtió en dominante a lo largo de toda la ideología jurídica moderna, tras las codificaciones positivistas y el modelo de Estado de derecho liberal subsiguiente, pero sigue muy presente en las concepciones actuales de las “reglas” del derecho incluso entre los representantes del postpositivismo y el constitucionalismo (que siguen viendo en buena medida las reglas como dispositivos de aplicación cerrada, binarios todo-o-nada, vinculados a una operación de “subsunción” esencialmente lógica, que suprimen o “ahorran” la deliberación...). Una enseñanza principal del modelo de gobierno de las leyes aristotélico es que los valores que promueve la legislación no pueden ser conseguidos ni solamente mediante reglas —los valores formales asociados a éstas no son garantes por sí mismos de los valores sustantivos— ni solamente mediante un sistema rígido de aplicación de reglas mediante mecanismos supuestamente lógicos. Esto nos lleva al siguiente punto.

iii) Ya específicamente respecto de la jurisdicción, la tesis de la equidad supone que la práctica aplicativa judicial no puede ser tampoco reducida a la imagen (especular respecto de la regla perfecta legalista) de un “silogismo” consistente en la simple “subsunción” o “clasificación” lógico-formal de casos bajo las cláusulas genéricas legislativas. La aplicación de las leyes —la jurisprudencia— es una empresa *normativa e interna* al derecho. Es decir, posee un carácter necesariamente deliberativo y creador que *conforma* la legislación a lo largo del proceso de su aplicación al compás del desarrollo de las prácticas sociales (es, por tanto, también una práctica de segundo grado, como la legislativa) y que necesariamente conduce a la producción de nuevas reglas. En este punto tanto las interpretaciones positivistas como iusnaturalistas han incurrido en el mismo error de contraponer antitéticamente legalidad y equidad (compartiendo paradójicamente idénticos presupuestos formalistas o legalistas): ambas ubican la equidad *fuera* del Derecho; los primeros para considerarla algo a prohibir por ser el ámbito de la discrecionalidad que va más allá del derecho legislado (el “funesto arbitrio

⁹ I. KANT, *Sobre la paz perpetua*, trad. J. Abellán, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 12-3, n.

¹⁰ K. GÜNTHER, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa*, 1995/17-18: 271-302, p. 279.

de los jueces”, de Filangieri; la “discrecionalidad fuerte” del iuspositivismo contemporáneo), y los segundos para considerarla vehículo de valores fundamentalmente extrajurídicos (el “derecho natural”, la “moral”), de los cuales el derecho es mero soporte formal contingente. La tesis de Aristóteles en cambio (en perfecta consonancia con las orientaciones post-positivistas actuales) es que la equidad es interna al derecho en cuanto institución práctica: la equidad va más allá de las reglas pero no del derecho, pues se refiere a los principios y éstos también forman parte del derecho; la equidad no niega las reglas, sino su entendimiento exclusivamente formalista o literalista. Éstas no son “formas vacías” en ninguno de ambos sentidos: ni responden solamente a valores formales (como la seguridad jurídica), ni solamente a principios sustantivos o de justicia material. Los valores de justicia son formalizados por el derecho a través de reglas como parte de un proceso político más amplio y complejo en el que participan tanto legisladores como jueces.

iv) La equidad como corrección de la ley parte de una comprensión *pragmática* de las reglas legislativas, una vez que el propio razonamiento del legislador (del cual resultan las generalizaciones de predicados fácticos y normativos de que constan las reglas) se considera un razonamiento práctico originariamente dirigido por valores, propósitos y fines que el juez tiene que poder identificar para emprender su propio discurso de aplicación. La indeterminación o “textura abierta” de las reglas jurídicas, por usar la expresión de Hart, arranca del carácter necesariamente *evaluativo*, no natural, de los conceptos incorporados a ellas en cuanto conceptos prácticos o relativos a la constelación de la acción humana. La dificultad originaria de formular un “juicio universal que sea correcto”, como dice Aristóteles (*Constitución de los atenienses*, 9) arranca de este hecho: pues que sea universal, tratándose de un juicio prospectivo de carácter práctico, implica que sus implicaciones para el futuro no son sino *precisamente valorativas* y que, por lo tanto, el juicio retrospectivo del aplicador debe producirse en términos de *congruencia* o *coherencia* pragmática¹¹. De manera que la identificación de las condiciones de aplicación de las reglas requiere siempre de juicios de valor *en primera persona* a cargo del juzgador que no están (ni pueden estar) contenidos en la propia regla, sino que exigen una deliberación creativa específica, en términos de principios¹².

¹¹ Como señala Aguiló, “la universalidad presupone el *compromiso* de resolver del mismo modo todos los casos iguales” (J. AGUILÓ, J., “Fuentes del Derecho”, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, UNAM, 2014 (en prensa), vol. 2 (pp. 1-53), pp. 37-38).

¹² Cf. C. NINO, *La validez del derecho* [1985], Buenos Aires: Astrea, 2006, pp. 52ss.; R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard, Belknap Press, 1986, pp. 66ss.

La equidad de Aristóteles anticipa la intuición central de la hermenéutica jurídica según la cual la interpretación es un proceso que transforma las normas interpretadas e implica un *mejor* conocimiento de ellas que el que pudo tener su propio autor. La razón es que el legislador no puede conocer todas las consecuencias de sus normas (la “relativa indeterminación de los propósitos” de que hablaba Hart) mientras que el intérprete tiene una perspectiva retrospectiva y valorativa. La causa última de la indeterminación de las reglas no estriba, pues, en la ley general ni en el legislador sino en la “naturaleza de la práctica”, es decir, en el hecho de que las situaciones prácticas en las que tales reglas han de ser aplicadas son siempre nuevas y cambiantes, desbordándolas constantemente, debiendo sin embargo ser estandarizadas bajo ellas coherentemente. La corriente de la práctica social, sobre la cual las reglas son aplicadas, es comparable al río de Heráclito: ninguna regla puede ser mecánicamente aplicada a ella del *mismo* modo, porque el hecho mismo de la aplicación supone que ni será ya la misma regla ni la misma situación. Lo único que garantiza la “identidad de propósitos” con la legislación es la iteración recursiva de las mismas razones: que los principios o valores implicados se reflejen *del mismo modo* en la resolución de cada caso (lo que exigirá muchas veces decisiones *distintas*: eso es lo que capta la metáfora de la regla de plomo). Bajo esta perspectiva pragmática, las diferencias entre un sistema de legislación y un sistema de precedente tienden a minimizarse.

v) El juez debe comprobar en cada caso la correcta aplicabilidad —esto es, la justificabilidad— de la regla relevante desde el punto de vista de sus principios subyacentes: es decir, debe verificar que su aplicación al caso, a la vista de las circunstancias, no contravenga o defraude los balances de valores o razones que mediante esa regla el legislador está tratando de promover. Es un prejuicio formalista dar por hecho que la coherencia está asegurada por las solas reglas sin necesidad de una actividad argumentativa que afecte a su “justificación externa”.

vi) Por lo tanto, el primado metodológico de la interpretación literal (en tanto instrumento básico para salvaguardar los valores de un Estado de derecho que otorgue centralidad al poder legislativo democrático) no puede ser visto como un recurso aplicativo que opere con independencia de juicios de valor, un procedimiento “automático” de formato “objetivamente subsuntivo” o “lógico” (la “vía de carriles infinitamente largos” que criticaba Wittgenstein). Por el contrario, la operación de clasificación o calificación mediante la que se establece la relevancia de una regla para un caso incluye necesariamente un elemento

deliberativo de evaluación de las circunstancias del caso y de la *corrección* de la regla en relación con el mismo en donde necesariamente intervienen las razones subyacentes (los principios o valores). De manera que los llamados “casos fáciles” (aquellos en los que opera ordinariamente el “imperio de la ley” y que a veces se da por descontado que serían la mayoría) lo son no tanto porque en ellos se pueda prescindir de tal deliberación evaluativa cuanto precisamente porque en ellos las ponderaciones de valores y balances de principios relevantes se ven salvaguardados y se preserva así la continuidad axiológica con los propósitos del legislador. En este punto es formalista toda tesis que afirme que tal continuidad puede mantenerse al margen de la adhesión y la complicidad argumentativas del aplicador (p. ej., entendiendo que las reglas son instrucciones perentorias o excluyentes) y como una mera cuestión “de hecho” desprovista de interpretaciones de valor¹³.

vii) Si los casos “fáciles” lo son por razón de su justificación sustantiva, los llamados casos “difíciles” lo son —*a fortiori*— porque exigen corregir las reglas relevantes aplicables introduciendo *excepciones* por parte del juez a fin de evitar consecuencias injustificadas. Ello sucede básicamente de dos maneras o, mejor, en dos niveles relativamente diferenciados. En primer lugar, tenemos los casos que Schauer llama de suprainclusión e infrainclusión, en donde la generalización de la regla contradice (sea porque va más allá o más acá)¹⁴ aquello que su razón subyacente está justificando. La equidad se nos aparece aquí como “el principal antídoto contra el formalismo” en cuanto instrumento de rectificación o “derrotabilidad” de las normas¹⁵. Pongamos un ejemplo: una ley prohíbe que los menores de edad donen órganos para trasplantes (bajo la razón de proteger su integridad y salud, evitar abusos, etc.) y se da el caso de una madre menor (más aún: a punto de alcanzar la mayoría de edad) cuyo hijo sufre una enfermedad gravísima que le producirá la muerte a menos que sea trasplantado de su propia madre como donante. La prohibición, que está obviamente justificada en general, ha de dejar de estarlo en este caso particular (la protección del valor de la vida humana y la inexistencia de riesgo en él exigen introducir una excepción). El propio Aristóteles invoca en

¹³ Por ejemplo, la tesis de que la identificación del derecho depende “exclusivamente de hechos de conducta humana susceptibles de ser descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurso a una argumentación moral” (J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* [1979], New York: Oxford UP, 1983, pp. 39-40).

¹⁴ F. SCHAUER, F., *Playing by the Rules* [1991], New York: Oxford UP, 2002, p. 39. Los “casos recalitrantes” son una forma diferente de llamar a los desajustes reconocidos desde antiguo en la tradición jurídica entre la letra de la ley y la intención del legislador (*plus dixit quam voluit* y *minus dixit quam voluit*).

¹⁵ Cf. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 2013, pp. 588-9.

un célebre fragmento de la *Retórica* un ejemplo similar¹⁶. La justificabilidad de la regla exige que sea corregida en casos como estos la generalidad de su formulación. La razón es la señalada por Aristóteles: “porque el propio legislador la habría corregido si hubiera conocido el caso”; es decir, porque de otro modo quedaría comprometida la congruencia axiológica con los propósitos del legislador, que es lo único que le otorga legitimidad. Si cabe hablar de excepciones (y si éstas son exigibles al juez en su desempeño práctico-racional de aplicación de las reglas del derecho) es, pues, porque están justificadas: porque amplían o restringen el *alcance* de la regla manteniendo incólumes al mismo tiempo los balances de valores adoptados por el legislador (la “identidad de razón”) a lo largo del curso cambiante de la práctica social. Por eso afirma Aristóteles que la equidad es “la justicia que va más allá de la formulación escrita de la regla”: no corrige en realidad la universalidad de la “regla” (la excepción viene a “confirmarla”, como suele decirse) sino sólo su generalidad (“el error que resulta de su carácter absoluto”). Lo justo —lo racional— es tratar lo desigual de forma desigual y lo injusto —irracional— mantener la regla igual para estos casos relevantemente distintos. El formalismo aquí estribaría en ese remedo actual de las ideas codificacionistas napoleónicas (recordemos la conocida frase del general ante las primeras interpretaciones doctrinales: “Mon code est perdu”) consistente en asumir como una seña de identidad del “método jurídico” o de la “racionalidad de reglas” la indemnidad a toda costa de las mismas en cuanto lógicamente generales y en aceptar los costes de tal automatismo como “errores” o “efectos subóptimos” de menor cuantía¹⁷. Esta posición refleja, en suma, una preferencia *general* por los valores instrumentales de orden formal o institucional (igualdad formal, seguridad jurídica, estabilidad) en detrimento de los valores intrínsecos de justicia material, mirando a veces además con desconfianza a los “principios” como normas jurídicas y, por descontado, a las capacidades deliberativas de los jueces frente a las del legislador.

¹⁶ “En efecto, la equidad parece que es justa, pero es un tipo de justicia que va más allá de la ley escrita. Ello sucede una veces por propia intención del legislador y otras veces por inadvertencia suya. Sucede intencionalmente cuando el legislador no puede tipificar o definir las acciones con precisión y, sin embargo, es necesario que se pronuncie en términos universales, remitiéndose en su ley así solamente a lo que sucede con mayor frecuencia. En muchos casos la práctica no es fácil de definir a causa de su indeterminación. Por ejemplo: ¿cuántas clases de armas y de qué tamaño deben considerarse para definir el delito de herir a otro? Toda una vida no sería tiempo bastante para enumerar todas las posibilidades. Por tanto, si las acciones son imposibles de definir con total precisión y, sin embargo, es necesario establecer una ley, ésta no tiene más remedio que hablar en términos generales. Y así, en el mismo ejemplo, alguien que llevara un anillo y, al levantar su mano, golpear a otro, habría cometido el delito de herir con arma desde el punto de vista de la literalidad de la ley, siendo así que, desde el punto de vista de la equidad, no es en realidad culpable de tal delito” (*Ret.*, I, 13, 1374a27-1374b1, trad. propia).

¹⁷ F. SCHAUER, F., *Playing by the Rules*, cit., pp. 131ss.

viii) Un segundo nivel más profundo en el que opera la corrección o derrotabilidad judicial de las reglas conduce a la creación de *nuevas* reglas y no ya sólo la introducción de excepciones a las reglas establecidas. Aunque la diferencia entre ambos casos —desde el punto de vista del aplicador— es más bien borrosa (pues toda excepción puede verse como una reformulación de una regla dada o el inicio de una nueva regla para todos los casos futuros similares al excepcional) lo importante es entender que ahora entra en juego una pluralidad de reglas y, por tanto, *otros* principios de orden superior que concurren con los subyacentes a la regla en cuestión. Hablamos, pues, de la justificación de las reglas legislativas desde la perspectiva del “sistema” del derecho considerado como un todo unitario al nivel de sus principios, todo unitario que el juez ha de proyectar sobre cada caso particular en el curso de su razonamiento decisorio y, sobre todo, de su motivación y justificación, lo cual le obliga a volverlo coherente. Ahora lo que está en cuestión es el balance de principios mismo que se considera correcto como soporte de una cierta regla. O sea, no se corrige sólo el alcance de la regla respecto de un caso sino su misma validez y contenido normativo respecto de todos los casos¹⁸. Por tanto, el juez actúa ahora “como si fuera un legislador” en un sentido notoriamente más fuerte, puesto que introduce nuevas reglas, tal como recogió célebremente el artículo 1 del Código Civil suizo de 1907¹⁹, o —más claramente aún— revoca las propias reglas legisladas (tal como sucede con el control de constitucionalidad). En este orden de cosas la equidad aparece como un principio institucional que tiene que ver con la *ponderación* de valores en cuanto pauta metódica rectora de la racionalidad judicial. Este principio es muy visible ya en la interpretación ordinaria: en los procedimientos de resolución de lagunas y antinomias, que desarrollan el derecho objetivo generando reglas mediante razonamientos de principio en términos de analogía y demás argumentos hermenéuticos, por no hablar de los “ilícitos atípicos” (como el abuso de derecho o el fraude de ley)²⁰. Son por tanto procedimientos que se fundan en consideraciones valorativas (y no sólo lógicas)²¹. Pero

¹⁸ O, en palabras de SCHAUER, no los “errores de la ley” sino los “errores del legislador” (o. cit, p. 154).

¹⁹ “Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde” (Art. 1.2 ZGB). Es significativo que el inspirador del código, Eugen Huber, pretendiera dar expresión en ese artículo al imperativo categórico kantiano.

²⁰ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000.

²¹ En realidad, todo el conjunto de la actividad interpretativa judicial (no sólo los cánones de la interpretación de las leyes sino también la apreciación de los perfiles singulares del caso a efectos de calificación, relevancia y prueba) está construido a base de consideraciones valorativas. Así lo comprobamos en los criterios de la equidad a los que Aristóteles se refiere: “Mirar no a la ley, sino al legislador; no a la letra, sino a la intención del

donde ello resulta innegable es en la interpretación constitucional, en la medida en que las constituciones normativas de los Estados constitucionales de derecho se caracterizan por formalizar ciertos valores en forma de principios que aspiran a determinar límites y condiciones a todas las demás normas jurídicas y en general a los actos de los poderes públicos (en especial a partir de un catálogo de derechos fundamentales y de directrices políticas). El formalismo en este contexto se manifiesta en la suspicacia hacia la ponderación, como si las cuestiones problemáticas que suscita la labor interpretativa de los tribunales constitucionales (los conflictos entre derechos o valores, el deslinde entre cuestiones de legalidad ordinaria y cuestiones de constitucionalidad, etc.) pudieran ser resueltas siguiendo *otro método* que la interpretación “constructiva” a la luz de valores (por decirlo al modo de Dworkin).

ix) La legitimidad del poder judicial es esencialmente *argumentativa*²². Como explica Aristóteles, el gobierno de las leyes es el gobierno de la razón²³. Se trata, sin embargo, de una “razón práctica” que, en lo que respecta a los jueces, no puede ser diseñada (so pena de incurrir en ideología deformante) como si fuera una razón “técnica” o “científica” de carácter “impersonal” en la que sólo contase la vinculación formal-procedimental a reglas como garantía de una “objetividad” procurada por presuntos mecanismos lógicos. Por el contrario, es una razón *comprometida* valorativamente a todos los efectos con los contenidos y consecuencias prácticas de tales reglas y, por lo tanto, metodológica y políticamente *responsable* de ellas. La apelación formalista a las reglas sólo puede servir, en el mejor de los casos, para convalidar bajo apariencia de asepsia axiológica la imposición efectiva de juicios de valor no explicitados ni en sí mismos ni en la prioridad que reciben respecto de otros posibles. La mala comprensión de la dimensión “técnica” de la jurisdicción se aúna con la mala comprensión de su dimensión política (ideológica) en cuanto a la arquitectura de poderes que comporta un Estado de derecho. La tesis aristotélica es que el “imperio de la ley” (y por tanto la “vinculación del juez a la ley”) no es idéntico al imperio del legislador. En efecto, es irracional pretender poner a resguardo la política democrática y la unidad de propósitos prácticos con el poder legislativo como poder rector mediante el expediente de

legislador; no al hecho, sino a la intención; no a la parte, sino al todo; no cómo es ahora el acusado, sino cómo era siempre o la mayoría de las veces” (*Ret.*, I, 13, 1374b11).

²² Cf. R. ALEXY, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional”, en M. CARBONELL, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 31-47.

²³ “No permitimos que nos mande un hombre sino la razón” (*Ét. Nic.*, V, 6, 1134a35-6).

introducir sospechas metódicas o ideológicas (incluso prohibiciones institucionales) en relación con las posibilidades de desarrollo jurisprudencial del derecho y de derrotabilidad de reglas por parte del poder judicial ordinario o del “contrapoder” legislativo (“contramayoritario”) de la jurisdicción constitucional. El imperio de la ley es el imperio de los principios y valores político-morales que se reflejan en la constitución: que son los fundamentos últimos que “cierran” el derecho como un sistema práctico de normas y la única fuente de autoridad de todos los poderes estatales. En el caso del poder judicial, si bien es claro que los jueces son “órganos de cierre” del derecho (más infalibles por últimos que últimos por infalibles, como sabemos), no lo es menos que los riesgos del “activismo judicial”, del “gobierno de los jueces”, del “funesto arbitrio” de la discrecionalidad judicial, de la “tiranía de los valores”... no pueden ser conjurados simplemente reiterando los deberes —las reglas— que disciplinan la práctica de la jurisdicción como *autoridad* o poder: aquí más que en ningún otro caso, dada la naturaleza racional-argumentativa de su función, debe enfatizarse que la dimensión justificativa del derecho no descansa sobre su dimensión autoritativa sino a la inversa, que son los valores que gravitan sobre la función judicial los que fundamentan y justifican sus deberes y que, por ello, será siempre más eficaz apelar a la responsabilidad y la auto-restricción interna que a cualquier sanción institucional externa. Debe ser superada, pues, la vieja ideología positivista-formalista del “poder nulo” del juez²⁴. En todo caso, la práctica del derecho no termina con la práctica judicial: es un proceso complejo y no clausurado en el que los jueces, siendo órganos deliberativos, no tienen sin embargo la última palabra ni, desde luego, tienen asignada *institucionalmente* la función de la deliberación *orientada al cambio* de las normas: eso corresponde políticamente sólo el legislador, el cual —como el propio Aristóteles insinúa— también puede actuar “como si

²⁴ Supervivencias claras de esa ideología jurídica pueden hallarse, por citar sólo algunos botones de muestra, en la tesis de SCHAUER de la “asimetría de la autoridad” (según la cual el juez sería susceptible de cometer mayor número de errores deliberativos, en términos agregados, que los legisladores, lo que justificaría por sí solo la existencia de un sistema de reglas como “mal menor” [o. cit., pp. 128ss.]; en la concepción “cognoscitiva” de la jurisdicción de Ferrajoli y su reducción de la equidad a simple “poder de connotación” o comprensión de las circunstancias del caso sin desbordar lo “denotado” por el legislador en la ley, o su tesis de que los principios constitucionales operan como reglas autoritativas que eluden toda ponderación (cf. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón* [1989], Madrid, Trotta, 2000, pp. 156ss; “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, 34 (2011): 15-53); en la apuesta por las reglas en detrimento de los principios de Laporta (cf. F. J. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2009, y J. RUIZ MANERO, “Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta”, en F.J. LAPORTA, J. RUIZ MANERO y M. A. RODILLA, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 95-123); en el desdén de García Amado hacia la ponderación de valores como método exclusivamente enmascarador (cf. M. ATIENZA y J. A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Palestra, 2012).

fuera un juez”, esto es, corrigiendo una línea jurisprudencial determinada cuando ello parezca conveniente (por ejemplo, si la tensión entre la deferencia al legislador democrático y el control constitucional, entre la propia constitución y su lectura por el tribunal constitucional, etc. superan ciertos umbrales). Resulta evidente que los juicios al respecto (así como los relativos a la legitimidad constitucional de una legislación particular) sólo pueden ser contextuales.

x) El compromiso con valores otorga a la función judicial una ineludible *dimensión político-moral*. La decisión justificada de los casos de acuerdo con una práctica regular que debe ser coherente (y, especialmente, coherente con los valores constitucionales que fijan la moralidad política de una comunidad) exige de los jueces la explicitación de doctrinas materiales comprensivas e incluso —en el caso de los tribunales constitucionales— de concepciones de calado filosófico-político y moral²⁵, en el momento de fundamentar sus ponderaciones. Esta exigencia no sólo hace de la jurisdicción algo muy próximo a la “razón pública”²⁶ sino que también la compromete con la tarea de la permanente reinterpretación crítica entre concepciones rivales cuando se trate de asuntos que implican desacuerdos o controversias profundas, tarea que recuerda mucho, dicho sea de paso, a la propia dialéctica aristotélica como síntesis esclarecida de *legomena* u opiniones establecidas. El formalismo en este punto consiste en eludir tales exigencias bien sea considerando que es posible la neutralidad o la separación metódica entre cuestiones político-morales y cuestiones jurídicas, bien creyendo que las justificaciones sustantivas quedan satisfechas —y no disimuladas— meramente con consideraciones de orden técnico-formal y nunca “filosóficas”.

xi) La práctica judicial se subordina enteramente al valor de justicia. Por expresarlo con las palabras del *Código Iberoamericano de ética judicial* (art. 35): “El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del derecho”²⁷. Esto pone bajo el foco la

²⁵ R. DWORKIN, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, *Isonomía*, 2010/32: 7-29 (trad. L. García Jaramillo).

²⁶ Cf. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 621ss.

²⁷ El Cap. V del citado *Código*, cuyo título es “Justicia y equidad”, está inspirado directamente (a través de Atienza, quien intervino en su redacción) en la concepción aristotélica. No me resisto a reproducir sus 5 artículos restantes: Art. 36: “La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes”; Art. 37: “El juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes”; Art. 38: “En las esferas de discrecionalidad que le ofrece el Derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y de equidad”; Art. 39: “En todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una

excelencia de su desempeño, su carácter *virtuoso*. La conexión de la equidad con la virtud no es sólo relevante por su relación con la prudencia (la *phronēsis* propia y específica del juez, *dikastikē*, consistente en el acomodo mutuo del juicio normativo universal y la particularidad del caso); ni tampoco sólo por su relación con las restantes virtudes que gobiernan el ejercicio de la equidad en tanto propia del “buen juicio” (imparcialidad, independencia, discernimiento, comprensión, sobriedad, coraje cívico, etc.)²⁸ y que han hecho que la *epieikeia* haya sido traducida como “sensatez” (Racionero), “decencia” (Irwin), “razonabilidad” (Broadie)...; sino, sobre todo, por su directa conexión con la virtud de la *justicia* misma en cuanto que tiene que ver con valores objetivos (entre ellos la igualdad o la libertad, como vimos). La cuestión clave aquí es que la práctica del juicio sólo tiene sentido desde la hipótesis de tal objetividad. Es decir, asumiendo el ideal regulativo de que el juez debe recabar la “mejor respuesta posible” a la luz de los materiales jurídicos y la práctica establecida, y que dicha respuesta está de algún modo *determinada* dentro de esta práctica, por más que sea *incierta* y deba, por tanto, ser construida y argumentada desde las mejores justificaciones teóricas disponibles²⁹. En esta tesitura, sería formalista toda posición contraria al objetivismo y cognoscitivismo de los valores, esto es, el escepticismo y el relativismo axiológicos. Posiciones que emergen siempre que se propende a desligar las excelencias o virtudes anteriores (y por tanto, los valores objetivos en ellas implicados) de la posición *institucional* del juez para remitirlas (como manifestaciones de la siempre deseable pero jurídicamente contingente “equidad” del juez) al plano del comportamiento puramente individual o de la moralidad subjetiva;

y **xii)** La equidad es universalizable. Podemos entender ahora mejor el sentido del texto de Aristóteles cuando dice, por un lado, que la equidad es una *mejor y superior* forma de justicia que la justicia legal (es decir, que el derecho en cuanto simplemente un sistema de reglas universales), y por otro, que no pertenece sin embargo a otro género diferente y sigue

efectiva igualdad de todos ante la ley”; Art. 40: “El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan”.

²⁸ Cf. *Ét. Nic.*, VI, 10. Cf. L.B. SOLUM, “Virtue Jurisprudence: Towards an Aretaic Theory of Law [2003]” y T. RALLI, “Intellectual Excellences of the Judge”, en L. HUPPES-CLUYSENAER y N.M.M.S. COELHO (eds.), *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, Dordrecht, Springer, 2013, pp. 1-31 (esp. 15ss.) y 135-147 (esp. 140ss.); A. AMAYA, *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009; M. ATIENZA, “Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho”, *Claves de razón práctica*, 1998/86: 32-42.

²⁹ R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard UP, 2011, pp. 91, 327-415.

siendo una forma de justicia. Lo primero es el resultado de considerar vinculado al juez no sólo por reglas sino también por las razones derivadas de los principios y valores a ellas conexos. Lo segundo significa que la equidad, si bien consiste en referirse a casos particulares (en los cuales esas razones se suscitan, pues los conflictos de normas y principios surgen en las situaciones arrojadas por la práctica social y no *in abstracto*), no por ello deja de estar vinculada a estándares generales. No es una “justicia del cadí”, salomónica, solipsista o “particularista” (Aristóteles distingue perfectamente la equidad del juez de derecho de la equidad del árbitro: cf. *Ret.*, I, 13, 1374b23), ya que la ponderación de valores con ocasión de un caso singular desemboca siempre, si entraña una genuina *justificación*, en el reconocimiento de una nueva regla que cubra todos los casos relevantemente iguales para el futuro. Sin reglas no es posible la justicia en absoluto, pues no lo son tampoco las ideas de universalidad, igualdad y corrección que la constituyen. Una modalidad de formalismo opuesto al de las reglas, pero tampoco infrecuente ni tan alejado de él, consiste precisamente en la pura apelación “fundamentalista” a principios o valores en sí mismos, a la “justicia absoluta”. La “racionalidad” de éstos, sin embargo, desvinculada de la práctica y vacía de reglas en las que concretarse, está condenada a carecer por completo de la recurrencia y coherencia que caracterizan a la justicia de un sistema de derecho.

Referencias bibliográficas

ADOMEIT, K. y HERMIDA, C., *Filosofía del Derecho y del Estado. De Sócrates a Séneca* [1992]. Madrid: Trotta, 1999.

AGUILÓ, J. Fuentes del Derecho. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: UNAM, 2014 (en prensa), vol. 2, pp. 1-53.

ALEXY, R. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional. In: CARBONELL, M. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 31-47.

AMAYA, A. *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco* (eds. M. Araujo y J. Marías – 9ª Ed.). Madrid: CEPC, 2009.

ATIENZA, M. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Madrid: Trotta, 2000.

ATIENZA, M. y GARCÍA AMADO, J.A. *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra, 2012.

ATIENZA, M. Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho. *Claves de razón práctica*, 1998/86: 32-42.

AUBENQUE, P. *La prudencia en Aristóteles* [1963] (trad. de M^a. J. Torres). Barcelona: Crítica, 1999.

DWORKIN, R. ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?. *Isonomía*, 2010/32: 7-29 (trad. L. García Jaramillo).

DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard UP, 2011.

DWORKIN, R. *Law's Empire*, Harvard, Belknap Press, 1986.

FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista, *Doxa*, 34 (2011): 15-53.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón* [1989], Madrid, Trotta, 2000.

GÜNTHER, K. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, 1995/17-18: 271-302.

KANT, I. *Sobre la paz perpetua* (trad. J. Abellán). Madrid: Tecnos, 1998.

LANNI, A. *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*. New York: Cambridge UP, 2006.

LAPORTA, F.J. *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2009.

MILLER, F.D. Aristotle's Philosophy of Law. In: MILLER, F.D., STEIN, P.G. y PADOVANI, A. (eds.). *A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*. Dordrecht: Reidel, 2007, pp. 79-110.

NINO, C. *La validez del derecho* [1985]. Buenos Aires: Astrea, 2006.

RALLI, T. Intellectual Excellences of the Judge. In: HUPPES-CLUYSENAER, L. y COELHO, N.M.M.S. (eds.). *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*. Dordrecht: Springer, 2013, pp. 135-147 (esp. 140ss.).

RAZ, J. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* [1979]. New York: Oxford UP, 1983.

RUIZ MANERO, J. Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta. In: F.J. LAPORTA, J. RUIZ MANERO y M. A. RODILLA. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 95-123.

SCHAUER, F. *Playing by the Rules* [1991]. New York: Oxford UP, 2002.

SOLUM, L.B. Virtue Jurisprudence: Towards an Aretaic Theory of Law [2003]. In: HUPPES-CLUYSENAER, L. y COELHO, N.M.M.S. (eds.). *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, Dordrecht, Springer, 2013, pp. 1-31 (esp. 15ss.).

VOLPI, F. Rehabilitación de la filosofía práctica y neo-aristotelismo. *Anuario Filosófico*, 1999/32: 315-342 (trad. R. Vigo).

Artigo recebido em 21 de março de 2014.

Artigo aprovado para publicação em 05 de maio de 2014.

DOI: 10.11117/1982-4564.07.03



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.

Poder Executivo Forte

Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch *

Resumo: O artigo analisa as principais características institucionais de Poderes Executivos fortes. Duas conclusões são apontadas: (i) um Poder Executivo forte não é o inventado por ocasião do desenvolvimento da doutrina da separação de poderes e nem foi praticado no despertar das revoluções inglesa, francesa e norte-americana; e (ii) um Poder Executivo forte preferencialmente é eleito diretamente por sufrágio universal e deve possuir amplo poder de agenda. Será mencionado o exemplo da experiência brasileira pós-1988.

Palavras-chave: Poder Executivo; Separação de poderes; Poder de agenda; Eleição direta.

Abstract: This Essay analyses the main institutional features of strong Executive Powers. Two conclusions are presented: (i) a strong Executive Power was not invented by the doctrine of separation of powers and was not practiced at the awakening of the liberal revolutions of France, England and the United States; and (ii) a strong Executive Power is generally elected by direct and universal suffrage and must have a broad agenda power. The Brazilian post-1988 example will be mentioned.

Keywords: Executive power; Separation of powers; Agenda power; Direct suffrage.

* Advogado-sócio do escritório Mudrovitsch Advogados e Doutorando em Direito Constitucional pelo Departamento de Direito do Estado da USP. É Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Possui graduação em Direito pela UnB. Atualmente, é Professor do IDP, da EDB e Professor voluntário da UnB na área de Direito Público.

1. Objeto do ensaio

O Executivo representa o Poder mais forte nas sociedades atuais, independentemente do regime político aplicado. Contudo, conquanto a relevância do Poder Executivo nos dias de hoje seja completamente diferente daquela imaginada à época da criação da doutrina tradicional da separação de poderes, o impacto dessa evolução com relação à estruturação do Poder Executivo em si é pouco debatida atualmente no âmbito das ciências sociais.

Assim, a pergunta que pautará o presente ensaio é: o que é um Poder Executivo forte? As seguintes respostas serão apresentadas:

- (i) Um Poder Executivo forte não é o inventado por ocasião do desenvolvimento da doutrina da separação de poderes e nem foi praticado no despertar das revoluções inglesa, francesa e norte-americana; e
- (ii) Um Poder Executivo forte preferencialmente é eleito diretamente por sufrágio universal e deve possuir amplo poder de agenda, exatamente como ocorre na experiência brasileira pós-1988.

O pressuposto de validade das respostas acima apresentadas é a existência de um regime democrático adequadamente consolidado. O conceito de democracia utilizado no ensaio é minimalista, no sentido de que “*democracias são regimes políticos nos quais os principais postos de governo são ocupados como resultado da disputa eleitoral aberta e regular*” (Przeworski, Limongi, 1994).

Serão desconsideradas as experiências constitucionais brasileiras anteriores a 1945. Isso porque, conforme apontado por Fernando Limongi,

A eleição de 1945 marca o início da primeira experiência democrática do Brasil. Eleição, por si só, não é condição suficiente para qualificar o regime nascente como democrático. Eleições não eram novidade na história política do Brasil, afinal, direta ou indiretamente, governos foram eleitos por mais de cem anos, de 1822 a 1930. Ainda assim, há uma ruptura em 1945; eleições passam a ser competitivas. Há uma mudança na natureza do processo eleitoral; o governo perde o controle que sempre tivera sobre o processo eleitoral. (2012)

Pelo mesmo motivo, também serão desprezadas as experiências constitucionais brasileiras compreendidas entre 1964-87. Embora seja impossível afirmar que o regime político praticado no país durante esse período tenha sido uno, uma vez que, na verdade, o Brasil vivenciou regimes militares de diferentes intensidades e estruturados em distintas

institucionalidades, o propósito da escolha do período posterior a 1988, em comparação a 1945-64, é facilitar a contextualização do debate.

2. Metamorfoses institucionais

O melhor ponto de partida para explicar a naturalidade da metamorfose teórica e prática sofrida pelo Poder Executivo entre os séculos XVIII e XXI é a comprovação de que semelhante fenômeno também ocorreu com relação à própria democracia representativa.

Na obra *“The Principles of Representative Government”*, Bernard Manin deixa claro 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 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 e nos Estados Unidos no final do século XVIII (2002:94-131), mas também dos próprios ensinamentos de teóricos clássicos do governo representativo, como Rousseau, Madison e Siéyès. Nesse sentido, comprovou que o fundamento da representação, tal como foi inicialmente concebida nesses países, era justamente selecionar os mais afortunados 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 políticos (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).

É curioso notar que a mesma tese defendida por Manin com relação à democracia representativa foi apresentada por Richard Hofstadter com relação aos próprios partidos políticos. A tese que estrutura a obra *“The Idea of a Party System – The Rise of Legitimate Opposition in the United States, 1780-1840”* foi justamente a comprovação, a partir da experiência norte-americana, de que *“primeiro os partidos políticos tiveram que ser criados;*

depois começaram a ganhar aceitação teórica” (1997:39). Hofstadter ilustrou a sua tese, nesse sentido, com as três concepções teóricas sobre partidos políticos existentes no final do século XVIII. As duas majoritárias eram claramente negativistas. A última, única favorável, era praticamente ignorada à época.

A primeira concepção apresentada por Hofstadter é a ortodoxa, que na Inglaterra vinha especialmente de St. John Henry, Visconde de Bolingbroke, e nos Estados Unidos de Alexander Hamilton. A essência dessa visão era negativa, no sentido de que os partidos políticos seriam equivalentes a facções e que, portanto, deveriam ser abolidos, ainda que, para que isso pudesse ocorrer, paradoxalmente fosse necessária a criação de um partido único, representante de uma suposta unificação nacional.

A segunda concepção é a intermediária, que na Inglaterra vinha especialmente de David Hume e nos Estados Unidos de James Madison. A essência dessa visão não era totalmente abolicionista. O pensamento era o de que, ainda que os partidos fossem essencialmente ruins, a existência deles não podia ser evitada em Estados livres. Desse modo, os partidos políticos deveriam ser vistos como o preço a se pagar pela liberdade política. Nesse sentido, no Artigo Federalista n. 10, Madison defendeu que *“as causas do surgimento das facções são decorrentes da própria natureza humana”*. Por isso, segundo David Hume – a principal influência teórica de Madison –, *“abolir todas as distinções entre os partidos não será possível, e talvez nem desejado em governos livres”*. A solução, portanto, para Hume, seria abolir apenas os *“partidos perigosos”*, *“aqueles que possuíssem visões opostas em relação a questões essenciais do governo”*, ou seja, aqueles cujas ideologias pudessem levar a guerras civis ou revoluções. O caminho, nesse sentido, era confinar as divergências entre os partidos àquelas em relação àqueles em que houvesse possibilidade de obtenção de acordos intermediários. Essa visão, que Hofstadter chama de *“teoria qualificada anti-partidária”*, era dominante do pensamento político norte-americano do final do século XVIII (1997:17-28).

A terceira concepção apresentada por Hofstadter é a favorável. Na Inglaterra, vinha essencialmente de Edmund Burke. Nos Estados Unidos não possuía adeptos. Burke via os partidos políticos não apenas como inevitáveis, mas como essencialmente necessários e, na maioria das vezes, produtores de resultados favoráveis à sociedade. Segundo Burke, os partidos políticos poderiam ser positivos ou negativos, mas, por si sós, seriam *“o único caminho para prevenir grandes estragos”*. Para Hofstadter, independentemente da vulnerabilidade de Burke em relação aos interesses políticos que subjaziam as suas

conclusões teóricas, a sua ideia central de que os partidos políticos poderiam ter feições positivas foi de extrema importância para a ciência política. Contudo, segundo Hofstadter, não houve influência direta do pensamento de Burke nos políticos americanos do final do século XVIII. Isso porque, no auge de Burke, os norte-americanos ainda não estavam envolvidos com discussões sobre a criação ou não de partidos políticos. Duas décadas depois, quando passaram a se envolver com o assunto, Burke já não gozava de tanta influência, e, além disso, os Federalistas, que estavam no poder, possuíam posição mais do que sedimentada em sentido contrário à existência de partidos políticos. Hofstadter identifica apenas manifestações de autores e políticos norte-americanos obscuros no século XVIII em defesa de partidos políticos. Uma exceção apontada por Hofstadter é a manifestação de Hamilton, no Artigo Federalista n. 70, no sentido de que: *“No Poder Legislativo, decisões de prontidão são piores na maioria das vezes. As diferenças de opinião, as discordâncias entre partidos políticos dentro do Poder Legislativo, ainda que possam obstruir programas políticos saudáveis, geralmente promovem a deliberação e a vigilância, servindo para limitar excessos da maioria”*. Trata-se, contudo, de declaração dúbia, já que o próprio Hamilton, em seguida, afirmou que oposições ao resultado dos trabalhos legislativos deveriam ser punidas (1997: 29-33).

É interessante notar, nesse sentido, que a única posição teórica favorável à criação de partidos políticos foi exatamente aquela que não foi levada em consideração nos Estados Unidos durante o período em que efetivamente surgiu uma oposição legítima amparada em bases partidárias.

Diferentemente do que se poderia imaginar, os exemplos acima citados de metamorfoses institucionais não são excepcionais. A rigor, raciocínios semelhantes podem ser empregados em todas as instituições humanas, justamente pelo fato de que, conforme bem reconhecido por Roberto Mangabeira Unger,

O que nós temos ao redor de nós não é um sistema fundado de acordo com um plano racional. Não é uma máquina construída de acordo com um projeto em relação ao qual tivemos acesso apenas por providência divina. É apenas um arranjo institucional e ideológico, uma parcial e temporária interrupção da disputa, um compromisso não apenas entre grupos de interesse mas também entre grupos de interesse e possibilidades coletivas, seguido de uma série de pequenas crises e ajustes menores, e repleto de contradições escondidas e oportunidades transformadoras (2004:19-20).

No âmbito da jurisdição constitucional, por exemplo, o referido pensamento é aplicado por (i) Jürgen Habermas, para reconhecer que, nas democracias, a própria existência de “tribunais constitucionais não é autoevidente” (2003:298); e (ii) Mark Tushnet, para defender que o instituto do *judicial review* nada mais é do que um “*grande experimento*” humano (1999:154).

Seria surpreendente, portanto, que o exercício de Manin e Hofstadter gerasse conclusões distintas quando aplicado ao Poder Executivo. É, por conseguinte, quase intuitivo imaginar que o significado prático do Poder Executivo nos dias atuais se tornou radicalmente distinto daquele inicialmente visualizado pelos teóricos clássicos da separação de poderes, assim como da realidade vivenciada à época. A rigor, a dominação que hoje se verifica do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo, ao menos no Brasil (Limongi, Figueiredo, 1995), era invertida na prática e na teoria dominantes do final do século XVIII.

É ilustrativa, a respeito da prática executiva da época, a seguinte descrição realizada por Willi Paul Adams no livro “*The First American Constitutions*”:

É sabido que os governos estaduais das primeiras constituições (norte-americanas) eram caracterizados por um forte legislativo e por um executivo fraco; a explicação convencional para isso é que, no passado, governadores (...) eram vistos como inimigos e que era natural para os republicanos, em 1776, querer fugir de executivos fortes. (2001:269)

A teoria política dominante partilhava visão semelhante. Montesquieu, na obra “*O Espírito das Leis*”, expressamente subordinou o Poder Executivo ao Poder Legislativo, chegando ao ponto de afirmar que, diferentemente do controle do primeiro sobre o segundo, que deveria sempre ser institucionalizado a partir de alguma espécie de poder de veto ou de limitação das iniciativas legislativas, o controle do segundo sobre o primeiro seria mais simples, pois a execução se caracterizaria, *per se*, como espécie de atividade limitada por natureza. Montesquieu despreza, nesse sentido, a própria necessidade de matérias com iniciativa legislativa reservada ao Poder Executivo.

As seguintes passagens da obra em questão são bastante elucidativas a respeito da visão do autor sobre a preponderância do Legislativo sobre o Executivo:

Se o poder executivo não tiver o direito de limitar as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico; pois, como ele poderá outorgar-se todo o poder que puder imaginar, anulará os outros poderes. Mas não é preciso que o poder legislativo tenha reciprocamente a faculdade de limitar o executivo. Pois, sendo a

execução limitada por natureza, é inútil limitá-la; além do que o poder executivo exerce-se sempre sobre coisas momentâneas. (...) se num Estado livre, o poder legislativo não deve frear o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas. (...) Como o poder executivo só faz parte do legislativo com sua faculdade de impedir, não poderia participar do debate das questões. Não é nem mesmo necessário que proponha, porque, podendo sempre desaprovar as resoluções, pode rejeitar as decisões das propostas que não gostaria que tivessem sido feitas. (2005:173-177).

Fica claro, portanto, que (i) Poder Executivo forte era exatamente o que não se imaginava ou praticava no final do século XVIII; e (ii) semelhantemente ao que ocorreu com grande parte do repertório de instituições políticas criadas ou implantadas após as revoluções inglesa, americana e francesa, não é surpreendente verificar que a prática do século XXI é radicalmente distinta, com Poderes Executivos bastante robustecidos e ascendentes sobre os Poderes Legislativos. A próxima parte do ensaio será dedicada a apresentar dois fatores institucionais que, via de regra, sustentam essa viragem.

3. Robustecimento do Poder Executivo: eleições diretas e poder de agenda

A eleição direta para o chefe do Poder Executivo é vista atualmente como inerente aos regimes democráticos. No Brasil, aliás, as eleições presidenciais diretas foram a grande política constitucional que fundamentou o acordo das oposições no momento da transição democrática pré-Constituinte. Existe, até os dias atuais, certa crença consolidada na teoria social de que o ressurgimento da sociedade civil no momento da campanha pelas “*Diretas-Já*” teria sido determinante para a inédita permeabilidade do processo constituinte brasileiro de 1987-88 (Bertoncello, Hagopian). Ainda que seja claramente perceptível o exagero ideológico que embasa essas visões, é inequívoco que a “*crença mítica nas eleições presidenciais*” (Campello de Souza, 1987) permanece fortemente enraizada no imaginário democrático brasileiro atual. O motivo é simples: consolidou-se a percepção de que, no que diz respeito ao papel dos eleitores, quanto mais espaço na agenda pública, melhor.

Há consequências, contudo, da eleição direta do chefe do Poder Executivo que são pouco debatidas. Em interessante artigo intitulado “*Doing Away With Presidential Elections*”, publicado em linguagem simplificada na internet, Pierre Brunet e Arnaud Le Pillouer afirmam que a eleição direta para o ocupante do posto máximo do Poder Executivo representaria um

dos principais motivos para a criação de “*hiper-presidentes ou oni-presidentes*”. Na visão dos autores, “*a eleição do Presidente por meio do sufrágio universal direto está prejudicando a saúde política da França, por robustecer a ideia de que a democracia pode ser reduzida à vontade de um indivíduo*”. Com isso, as eleições presidenciais acabariam ofuscando outros certames eleitorais e afastando o interesse e a confiança da população nas atividades das demais instituições políticas.

Ademais, segundo Brunet e Pillouer, as eleições presidenciais criariam uma espécie de hierarquia representacional do chefe do Poder Executivo sobre os partidos políticos e os integrantes dos demais Poderes, a partir da ficção de que o primeiro seria o representante da vontade de toda uma nação, ao passo que os demais representariam apenas os seus respectivos eleitorados regionalizados ou segmentados ideologicamente. O resultado seria uma legitimação democrática mais profunda do representante do Poder Executivo que contribuiria para o “*desbalanceamento das instituições políticas*” (2011), com pouquíssimo espaço para que os representantes do Poder Legislativo efetivamente pudessem controlar a atividade do chefe do Estado. Brunet e Pillouer são categóricos, quando analisam o que chamam de fator desestabilizador da separação de Poderes em favor do Executivo, ao afirmar que a solução não passa pelo incremento de poderes institucionais de *accountability* horizontal no Legislativo ou no Judiciário, mas pela supressão do sufrágio universal direto para escolha do representante máximo do Executivo.

Portanto, a partir dessa análise, é difícil imaginar que uma primeira resposta parcial à pergunta inicial do ensaio – “*O que é um Poder Executivo Forte?*” – não seja: aquele eleito diretamente por sufrágio universal. O exame mais detalhado dos arranjos institucionais de democracias presidencialistas, contudo, faz com que seja necessário acrescentar outro arranjo institucional à resposta: o poder de agenda. Isso porque, diferentemente do que sugerem Brunet e Pillouer, o poder de agenda chega inclusive a ser preponderante à própria eleição direta como mecanismo de fortalecimento do Poder Executivo. A radical mudança institucional praticada no Brasil pela Constituição Federal de 1988 em relação ao período democrático de 1945-64 é o melhor exemplo que pode ser apresentado.

É consolidado hoje o entendimento de que, no Brasil, “*o presidente, que teve seu poder institucional reforçado pela Constituição de 1988, detém monopólio sobre iniciativa legislativa, o que aproxima o sistema brasileiro das democracias parlamentaristas europeias*” (Limongi, 2006:17). Com efeito, o amplo poder decisório conferido pela

Constituição de 1988 ao Poder Executivo modificou sobremaneira a sua relação com o Poder Legislativo. Diferentemente do ocorrido com relação ao texto constitucional brasileiro de 1946, havia certo consenso na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 no sentido de que:

(...) o sucesso da democracia dependia da capacidade governo dar respostas efetivas e rápidas às crescentes demandas postas aos governos por sociedades modernas e complexas. A *modernização institucional* foi o *leitmotiv* sobre a qual se deu a definição das relações entre o Executivo e o Legislativo. O processo decisório precisava ser dotado de eficiência. Protelar decisões seria a forma de alimentar crises, de não dar as respostas demandadas pela sociedade. Em sendo assim, o principal obstáculo a ser transposto era o conservadorismo e a morosidade característicos do Poder Legislativo. Para tanto, era necessário fortalecer o Poder Executivo evitando que este pudesse ser paralisado pela inação do Legislativo. Mais do que isto, era preciso dotar o Executivo de “vias de escape” sempre que uma possível divergência entre os poderes pudesse redundar em confronto ou inação. (Limongi, 2008:3).

Nesse sentido, defende Limongi que o “*entulho autoritário*” (Campello de Souza, 1987) existente no texto constitucional de 1967/69 não foi totalmente removido pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, ao menos no que diz respeito ao Poder Executivo. No tocante a esse tema, o Brasil optou conscientemente por não retomar as bases institucionais de 1946, mantendo instituições centralizadoras do regime militar, como o poder de decreto do Executivo e o seu controle sobre a elaboração e a execução do orçamento (2008:4). Para o autor,

A Carta de 1988, portanto, não representa um retorno a ordem legal criada pelo texto constitucional de 1946. Muito menos teria fortalecido o Poder Legislativo às expensas do Poder Executivo. Tampouco representa uma pura e simples rejeição da ‘engenharia institucional’ do período autoritário. Por qualquer parâmetro que se use, o Poder Executivo não pode ser qualificado de fraco. As bases deste poder presidencial são institucionais e consagradas no texto constitucional e de forma alguma se resumem às suas relações diretas com o eleitorado.

No texto “*As bases institucionais do presidencialismo de coalizão*” (1995), Limongi e Figueiredo afirmam cruamente que, por ocasião das escolhas institucionais dos integrantes da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, grande parte delas radicalmente antagônicas às opções de 1946, o Poder Executivo se transformou no principal legislador, de fato e de direito, do Brasil. A preocupação dos constituintes de 1946 com a limitação dos excessos do

sistema ditatorial em tese extinto com a renúncia de Getúlio Vargas não se repetiu na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. A experiência militar, nesse sentido, foi mais influente em 1987-88 do que a herança do primeiro período democrático brasileiro.

O resultado foi a previsão constitucional de um Poder Executivo (i) eleito diretamente pelo voto universal, (ii) com iniciativas legislativas exclusivas sobre projetos de lei administrativos, orçamentárias e sobre matérias tributários; (iii) com iniciativa para projetos de emenda constitucional; (iv) com prerrogativa para editar medidas provisórias; e (v) com possibilidade de editar leis sob requerimento de delegação do Congresso, solicitar urgência nos projetos de lei e impor restrições a emendas orçamentárias do Congresso (Limongi, 1998). A tese de Limongi é que, nesse cenário, se tornou pouco relevante a opção por parlamentarismo ou presidencialismo. O ponto institucional que efetivamente importou para a criação de um Poder Executivo forte foi o controle da agenda decisória legislativa, não o método de eleição. Em termos de poder decisório, o texto constitucional de 1988 foi extremamente generoso com o Poder Executivo, fazendo com que o índice de dominância deste sobre o Poder Legislativo aumentasse de 34,5% no governo do Presidente Gaspar Dutra para 89,88% no primeiro mandato do Presidente Lula (Limongi, 1998). O resultado da mudança foi assim sintetizado por Limongi:

A interpretação dos dados apresentados é bastante direta: pelo texto constitucional em vigor, o Executivo controla a agenda legislativa do país. Cabe à Presidência da República propor alterações do *status quo*. Do ponto de vista legal, o que muda no país, muda por iniciativa do Executivo. A base do poder presidencial é, portanto, institucional, dependendo muito pouco do tamanho da bancada do seu partido e das suas qualidades como negociador. Não fosse assim e as taxas de sucesso e dominância verificados não seriam estáveis. (2008:22).

É evidente que o domínio da agenda decisória não deu ao chefe do Poder Executivo brasileiro poderes ilimitados sobre o Poder Legislativo. Permanece necessária a obtenção de apoio da maioria dos legisladores, mesmo com relação às medidas provisórias. Ainda assim, há pouco espaço para a existência de um Poder Legislativo rebelde no cenário brasileiro pós-1988, porque (i) “*os trabalhos legislativos no Brasil são altamente centralizados e se encontram ancorados na ação dos partidos*”; (ii) “*o Executivo, por controlar o acesso à patronagem, dispõe de recursos para impor disciplina aos membros da coalizão que o apoia*”; e (iii) “*parlamentares não encontram arcabouço institucional próprio para perseguir interesses particularistas*” (Limongi, Figueiredo, 1995:84-86).

Referências Bibliográficas

ADAMS, Will P.: *The First American Revolutions – Republican Ideology and the Making of The State Constitution in the Revolutionary Era*, Lanham, “A Madison House Book”, Rowman & Littlefield Publishers, 2001.

BRUNET, Pierre; PILLOUER, Arnaud Le. *Doing Away With Presidential Elections*. Disponível em: <http://www.booksandideas.net/doing-away-with-presidential.html>.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *As Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão*. Lua Nova. Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 44, p 81-106, 1998.

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

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.

LIMONGI, Fernando; PRZEWORSKI, Adam. *Democracia e Desenvolvimento na América do Sul, 1946-1988*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 24, p. 31-48, 1994.

LIMONGI, Fernando. *O Poder Executivo na Constituição de 1988*. Disponível em:

LIMONGI, Fernando. *A Democracia no Brasil. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório*. Novos Estudos. CEBRAP, v. 76, p 17-41, 2006.

LIMONGI, Fernando. *Eleições e democracia no Brasil: Victor Nunes Leal e a transição de 1945*. Dados (Rio de Janeiro. Impresso), v. 55, p. 37-69, 2012.

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

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. 3ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press, 1999.

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

Artigo recebido em 17 de março de 2014.

Artigo aprovado para publicação em 27 de maio de 2014.

DOI: 10.11117/1982-4564.07.04



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.

Reflexões sobre a liberdade de manifestação: funções, âmbito, conteúdo e limites

José Melo Alexandrino *

Resumo: A partir dos dados do Direito português, mas a pensar em ordenamentos como o brasileiro, onde esse direito fundamental não foi objecto de consagração expressa, o artigo ocupa-se do recorte técnico-jurídico da liberdade de manifestação. Para o efeito, começa por identificar as respectivas funções, jurídicas e extra-jurídicas, procurando esclarecer em seguida o âmbito de protecção, o conteúdo e os limites desse jovem e vigoroso direito fundamental, bem como as perturbações (*afectações*) a que o mesmo pode estar sujeito num sistema de Estado constitucional.

Palavras-chave: liberdade de manifestação; funções do direito fundamental; âmbito de protecção, limites e afectações.

Abstract: Considering the express provision of the Portuguese law and the implicit prescription of the Brazilian law, the paper deals with the legal framework of freedom of demonstration, discussing the function, the scope of protection, the content and the limits of this young and vigorous fundamental right in the context of the Constitutional State.

Keywords: freedom of demonstration, functions, scope of protection, limits and affectations of this fundamental right.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestre e Doutor em Direito, Investigador do Centro de Investigação de Direito Público do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da mesma Faculdade (CIDP).

Introdução

O direito (ou liberdade) de manifestação é um jovem e vigoroso direito fundamental: *jovem*, na medida em que surge apenas no século XX, de certo modo já como um fruto do constitucionalismo democrático do pós-guerra, razão pela qual o mesmo não aparece expressamente na maioria das Constituições – Espanha e Portugal são aí a excepção, ao passo que o Brasil é a regra¹; mas é também *vigoroso*, quer por comparação com o seu ascendente materno (a velha liberdade de reunião)², quer pelas relações privilegiadas que mantém com a figura cimeira da liberdade de expressão³, quer por via das funções especiais que está destinado a servir e pela vitalidade que revela neste início do século XXI⁴.

A partir dos dados do ordenamento português⁵, o meu propósito é o de tentar percorrer algumas questões que se colocam no recorte técnico-jurídico da figura, dividindo a exposição em quatro breves tópicos: as funções, o âmbito de protecção, o conteúdo e os limites e afectações do direito de manifestação.

1. As funções (extra-jurídicas) especiais do direito de manifestação

Não é difícil apreender o papel que este formidável direito fundamental tem desempenhado e está destinado a desempenhar no nosso tempo: escusaria por isso de lembrar aqui manifestações como as de 11 de Setembro de 2012 na Catalunha, de 15 de Setembro de

¹ Os artigos 45.º, n.º 2, da Constituição portuguesa de 1976 e 21.º, n.º 2, da Constituição espanhola de 1978 consagram expressamente o direito de manifestação, ao lado do direito de reunião, ao passo que o artigo 5.º, inciso XVI, da Constituição federal brasileira de 1988 – como a generalidade das Constituições – apenas se refere ao direito de reunião.

² A propósito desta vitalidade, Sérvulo Correia, *Direito de Manifestação – âmbito de protecção e restrições*, Coimbra, 2006, p. 16.

³ Sobre a *importância* deste direito, por último, José Melo Alexandrino, «O âmbito constitucionalmente protegido da liberdade de expressão», in **AAVV, Media, Direito e Democracia – I Curso pós-graduado em Direito da Comunicação, Coimbra, 2014, pp. 41 ss. [no prelo]**.

⁴ Ainda que tenha diminuído em 6% face a 2012, segundo o último Relatório Anual de Segurança Interna, realizaram-se no ano de 2013 em Portugal 2859 manifestações (com indicações, http://economico.sapo.pt/noticias/numero-de-manifestacoes-esta-a-diminuir_190263.html).

⁵ Dados que, salvo o Brasil, alcançaram todos os demais ordenamentos constitucionais de língua portuguesa (assim, artigo 34.º, n.º 2, da Constituição são-tomense de 1990, artigo 53.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição cabo-verdiana de 1992, artigo 54.º, n.º 2, da Constituição da Guiné-Bissau de 1993, artigo 27.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau de 1993, artigo 42.º, n.º 2, da Constituição de Timor-Leste de 2002, artigo 51.º da Constituição moçambicana de 2004 e artigo 47.º da Constituição angolana de 2010).

2012 em Portugal (“Que se lixe a *troika!* Queremos as nossas vidas!”), as “jornadas de junho” de 2013 no Brasil ou as dramáticas manifestações já deste ano na capital da Ucrânia.

Além de cumprir as tradicionais funções jurídicas que lhe estão reservadas (de *defesa*, de *protecção* e de *não discriminação*), bem como a não menos clássica função sociológica (de *distância* entre o Estado e as pessoas)⁶, o direito de manifestação destaca-se por cumprir pelo menos duas funções extra-jurídicas especiais: a de constituir uma particular estrutura comunicativa e a de constituir um sensor do regime político (ou forma de governo) efectivamente existente:

- (i) Como *estrutura comunicativa*⁷ (verdadeiro elemento da formação da opinião pública, que nem por isso afecta a sua essencial dimensão subjectiva), o direito de manifestação é, por um lado, um instrumento “de expressão” simultaneamente individual e colectiva de opiniões e ideias⁸ e, por outro, um instrumento “de compensação”⁹ do défice de participação política (nos regimes autoritários) ou do défice de representação (nos regimes pluralistas)¹⁰;
- (ii) Por sua vez, como *sensor do regime político*, da presença ou da ausência do direito de manifestação, da forma como é regulado (com ou sem regime preventivo) e da forma como o respectivo exercício é protegido, tolerado ou reprimido (com ou sem respeito pelos princípios do Estado de Direito), é relativamente fácil intuir a natureza de um regime político em concreto¹¹.

⁶ Para uma reiterada adesão ao ponto de vista (luhmanniano) segundo o qual “os direitos fundamentais têm por função assegurar a diferenciação, ou seja, a *distância* entre o Estado e as pessoas”, José Melo Alexandrino, *O sistema de direitos fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, Macau, 2013, p. 17.

⁷ João Paulo Miranda de Sousa, «O direito de manifestação», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 375 (1988), p. 8; Sérvulo Correia, *Direito de Manifestação...*, p. 17; J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 936; Jorge Miranda, «Artigo 45.º», in Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., Coimbra, 2010, p. 946.

⁸ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32.ª ed., São Paulo, 2009, pp. 259, 264 ss.

⁹ A cargo normalmente, mas não necessariamente, dos grupos mais fracos (enfaticamente, Eduardo Correia Baptista, *Os direitos de reunião e manifestação no Direito português*, Coimbra, 2006, p. 74).

¹⁰ José Melo Alexandrino, «Democracia representativa e democracia participativa na União Europeia», in *Elementos de Direito Público Lusófono*, Coimbra, 2011, pp. 228 ss.

¹¹ António Francisco de Sousa, «Liberdade de Reunião e de Manifestação no Estado de Direito», in *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 6, n.º 21 (out dez 2012) pp. 27 ss.; no âmbito da Ciência política, distinguindo entre regimes totalitários, autoritários, democráticos e teocráticos, por último, Luís Pereira Coutinho, *Teoria dos Regimes Políticos*, Lisboa, 2013.

2. O âmbito de protecção do direito de manifestação

Na Constituição de 1976 (e nas dos demais ordenamentos de língua portuguesa)¹², tudo aponta a que a manifestação deva ser entendida como uma “reunião qualificada”¹³, observação que conduz às nossas primeiras questões: qual é a esfera da realidade (*Lebensbereich*) que está em causa no direito de manifestação? Qual é o âmbito de protecção (*Schutzbereich*) deste direito? Constituirá a licitude um requisito intrínseco do direito de manifestação?

A primeira pergunta conduz-nos à descrição de uma realidade da vida, a segunda à determinação do bem ou do interesse protegido pela norma, a terceira ao recorte dos limites do direito que se extraem por interpretação da norma constitucional.

2.1. Sendo ainda uma reunião, por manifestação deve entender-se, desde logo, seguindo essencialmente aqui a lição do Professor Jorge Miranda¹⁴:

- Uma aglomeração de duas ou mais pessoas¹⁵;
- Uma aglomeração que não seja puramente fortuita ou ocasional;
- Uma aglomeração com vista a certos fins livremente assumidos;
- Uma aglomeração para fins assumidos em comum;
- Uma aglomeração para fins autónomos;
- Uma aglomeração por certo tempo;
- Uma aglomeração não institucionalizada ou não permanente.

¹² Apesar de não estar expressamente autonomizado no texto da Constituição, por maioria de razão, também no Brasil o direito de manifestação deve ser tido como um subcaso da liberdade de reunião (por todos, identificando diversas formas de manifestação, Fernando Dias Menezes de Almeida, *Liberdade de Reunião*, São Paulo, 2001, pp. 160 ss.).

¹³ Apesar de algumas vozes em sentido contrário (especialmente Eduardo Correia Baptista, *Os direitos de reunião e manifestação...*, pp. 9 ss.), são, a nosso ver, suficientemente indicativos a letra e a articulação sistemática dos correspondentes preceitos, o elemento histórico e genético (*Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 41, de 3 de Setembro de 1975, pp. 1161 ss.), mas ainda o elemento lógico (Sérvulo Correia, *Direito de Manifestação...*, p. 35) e o facto de o manifestante solitário beneficiar directamente da protecção de um direito fundamental consideravelmente mais forte, a liberdade de expressão do pensamento (por conhecer menores limites e por estar sujeito a menores hipóteses de restrição), sem que deva excluir-se, na improvável hipótese contrária, que ainda possa e deva beneficiar dos efeitos de protecção oferecidos pelo direito de manifestação.

¹⁴ Jorge Miranda, «Artigo 45.º», pp. 943-944.

¹⁵ Na doutrina portuguesa, entre outros, J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, I, p. 937; na doutrina brasileira, Fernando Dias Menezes de Almeida, *Liberdade de Reunião*, p. 145; Dimitri Dimoulis, «Artigo 5.º, inciso XVI», in Paulo Bonavides / Jorge Miranda / Walber de Moura Agra (coords.), *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro, 2009, p. 130; Gilmar Ferreira Mendes / Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 7.ª ed., 2.ª tiragem, São Paulo, 2012, p. 337.

Sendo estes os traços que definem o conceito de reunião, ainda segundo Jorge Miranda, a manifestação é uma reunião qualificada em virtude dos seguintes elementos¹⁶:

- (i) Pela sua função comunicativa;
- (ii) Pela vontade de dirigir uma mensagem comum à opinião pública (ou a terceiros);
- (iii) Por nela estar implicada a reunião, mas também a expressão do pensamento;
- (iv) Por se efectuar em lugar público (ou aberto ao público);
- (v) Por se poder desenvolver tanto num local como em movimento¹⁷, em terra ou na água.

2.2. A Constituição portuguesa consagra um *âmbito de protecção*¹⁸ alargado do direito de manifestação, impondo apenas os requisitos (1) do carácter pacífico e (2) sem armas; já na Constituição brasileira, acrescem os requisitos (3) da não frustração de outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local e (4) a exigência do aviso prévio.

2.3. Apesar dos muitos problemas que suscitam, estando cada um destes requisitos suficientemente trabalhado, passo de imediato à questão de saber se, como defende uma boa parte da doutrina brasileira e a *praxis* portuguesa, a *licitude* (dos fins ou das formas) deve ou não ser considerada requisito constitucional da liberdade de manifestação.

Teve fundamento constitucional a proibição da “marcha da maconha” em 2008?

A resposta dada pela generalidade da doutrina portuguesa, mas também por alguma doutrina brasileira¹⁹ é a de que um tal estreitamento da liberdade de reunião, a menos que se admitisse a indefensável doutrina dos limites imanentes, é incompatível com a formulação do direito e com a sua configuração como garantia forte ao serviço da liberdade da pessoa.

2.4. No final, segundo Sérvulo Correia, para a Constituição portuguesa, “*manifestação é uma reunião, num lugar público, feita pacificamente e sem armas, que poderá ser*

¹⁶ Jorge Miranda, «Artigo 45.º», p. 945.

¹⁷ Excluindo este elemento, Sérvulo Correia, *Direito de Manifestação...*, p. 52.

¹⁸ Sobre o conceito de *âmbito de protecção*, Sérvulo Correia, *Direito de Manifestação...*, pp. 31 ss.; Dimitri Dimoulis, «Artigo 5.º, inciso XVI», pp. 130 ss.

¹⁹ Dimitri Dimoulis, «Artigo 5.º, inciso XVI», p. 133.

*submetida a um regime mais restritivo do que o das outras reuniões*²⁰. Quanto ao mais, estamos diante de um direito de titularidade e de essência individual²¹, ainda que de exercício conjunto²², de um direito referido a acções (por oposição aos direitos referidos a estados e situações) e de um direito necessariamente complexo.

3. O conteúdo do direito de manifestação

Tal como sucede com os demais direitos fundamentais, o direito de manifestação surge na Constituição como uma estrutura complexa que compreende dentro de si um conjunto de direitos ou pretensões jurídicas menores, ou seja, surge nas vestes de “direito fundamental como um todo”²³.

Sendo, deste modo, o direito fundamental um “feixe de poderes, posições ou faculdades disponibilizados pela norma”, em termos muito sintéticos, poderemos responder que o conteúdo do direito de manifestação compreende as seguintes quatro posições fundamentais²⁴:

- (i) O *poder* de convocar, promover ou aderir a uma manifestação;
- (ii) A *liberdade* de se manifestar ou de não se manifestar (liberdade de manifestação negativa);
- (iii) Um *direito negativo*, o de não ser impedido de se manifestar (ou seja, de participar na manifestação), envolvendo a inerente determinação da forma, das finalidades, da hora e do local da acção, bem como a utilização dos locais e das vias públicas;
- (iv) Um *direito de protecção* contra ofensas provenientes de terceiros²⁵.

²⁰ Sérvulo Correia, *Direito de Manifestação...*, p. 36 – numa formulação mais restritiva, *ibidem*, p. 59.

²¹ Sérvulo Correia, *Direito de Manifestação...*, p. 49.

²² Sérvulo Correia, *Direito de Manifestação...*, pp. 37, 49.

²³ Sérvulo Correia, *Direito de Manifestação...*, p. 50.

²⁴ Sobre o sentido dos correspondentes conceitos básicos, José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, 2.^a ed., Cascais, 2011, p. 30.

²⁵ Uma prova do interesse da identificação do conteúdo do direito reside no facto de, quanto à respectiva titularidade por pessoas colectivas – problema relativamente ao qual a doutrina se divide (para uma resposta afirmativa, J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, I, p. 641; para uma resposta negativa, Dimitri Dimoulis, «Artigo 5.º, inciso XVI», p. 135) –, as mesmas serem também beneficiárias do *poder*, mas já não das demais componentes do direito de manifestação, que respeitam à garantia de acções individuais (também neste sentido, Eduardo Correia Baptista, *Os direitos de reunião e manifestação...*, p. 91; Jorge Miranda, «Artigo 45.º», p. 947).

Já na perspectiva do destinatário da norma, além da sujeição (ao *poder* ou *competência* do cidadão) e da adstrição ao não impedimento das acções, o conteúdo do direito traduz-se especialmente para o Estado em (1) deveres de respeito, (2) em deveres de protecção²⁶ e (3) em eventuais deveres de provisão do acesso a lugares e espaços públicos²⁷.

4. Limites e afectações

Na complexa matéria dos limites e das afectações (entendidas estas como qualquer prejuízo que possa perturbar a liberdade)²⁸, partindo da distinção entre *limites*²⁹, *restrições*³⁰ e *intervenções restritivas*³¹, podemos colocar questões como estas: quais são os limites do direito de manifestação? Será nesse plano constitucionalmente admissível a proibição do uso de máscaras em manifestações? São admissíveis restrições legislativas que não estejam expressamente previstas? É possível a interdição, a interrupção ou a dispersão de uma manifestação? Por fim, poderá uma manifestação ser proibida pelo facto de não satisfazer os requisitos constitucionais?

4.1. Na Constituição portuguesa o único limite (*directo*) do direito de manifestação é o requisito do carácter pacífico e sem armas³², razão pela qual a exigência de aviso prévio (*Anmeldung*) traduz não um limite (como o é ainda na Constituição brasileira), mas uma

²⁶ Entre outros, Eduardo Correia Baptista, *Os direitos de reunião e manifestação...*, pp. 91 ss.; Sérvulo Correia, *Direito de Manifestação...*, pp. 53 ss.; Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, 2010, pp. 257 ss.; Jorge Silva Sampaio, *O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias*, Coimbra, 2012, pp. 90 ss.

²⁷ Jorge Miranda, «Artigo 45.º», p. 948.

²⁸ Para uma sistemática geral da matéria, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, 2006, pp. 424 ss.; Id., «A greve dos juízes – segundo a Constituição e a dogmática constitucional», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, no centenário do seu nascimento*, vol. I, Lisboa, 2006, pp. 780 ss.; Id., *Direitos Fundamentais...*, pp. 121 ss.; na doutrina brasileira, Gilmar Ferreira Mendes / Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 220 ss.

²⁹ Sobre o conceito de limite (que é sempre uma *norma*), José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 121 ss.

³⁰ Sobre o conceito de restrição (que é sempre uma *actuação normativa*), José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 123 ss.

³¹ Sobre o conceito de intervenção restritiva (que é sempre uma *actuação agressiva* em concreto), José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 125.

³² Já na Constituição brasileira acrescentam (i) a exigência de não frustrar uma outra reunião e (ii) a exigência de “aviso prévio” à autoridade competente.

“restrição” prevista da lei³³, submetida por conseguinte aos requisitos constitucionais correspondentes (artigo 18.º da Constituição)³⁴.

Seja como for, é neste plano que deve ser enfrentada a questão de saber se o uso de armas defensivas (como escudos, viseiras ou máscaras) deve considerar-se protegido ou excluído do âmbito de protecção; a meu ver, a resposta é variável e dependente do contexto: tanto do contexto da manifestação em concreto³⁵, como do contexto relativo ao tipo de Estado: (i) num Estado constitucional que cumpre habitualmente os deveres de respeito e protecção, é razoável que não sejam permitidas armas defensivas; (ii) já num Estado autoritário (ou em processo de transição), que apresente um padrão deficiente na garantia do direito à protecção, admite-se que a pessoa possa reter nas suas mãos uma parcela razoável de decisão sobre a protecção da sua própria vida, integridade e segurança.

4.2. Quanto à possibilidade de *restrições*, apesar de uma certa opinião contrária presente em determinados sectores da doutrina brasileira, a resposta só pode ser afirmativa: tal como sucede com outros direitos fundamentais, o legislador democrático pode ter de editar verdadeiras *leis restritivas*³⁶, para a protecção de outros valores, bens, ou interesses constitucionais primários: era esse o caso do crime de terrorismo previsto até 2003 no Código Penal português ou é ainda esse o caso das disposições que punem a participação em motim (artigos 302.º e 303.º do Código Penal)³⁷, tal como é o caso de diversas disposições do regime do direito de reunião e de manifestação (ainda que algumas delas não passem totalmente no

³³ Artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de Agosto; no Brasil, a nível federal, rege ainda, pelo menos parcialmente, o disposto na Lei 1.207, de 25 de Outubro de 1950, estando presentemente em estudo diversas iniciativas legislativas tendentes a minorar o impacto dos previsíveis protestos por ocasião do campeonato do mundo de futebol, no Verão de 2014 – tendo provavelmente como inspiração a Lei n.º 6.528, de 11 de setembro de 2013, do Estado do Rio de Janeiro.

³⁴ Alguns autores vêem na exigência legal de aviso prévio *mero condicionamento* (cfr. Jorge Miranda, «Artigo 45.º», p. 949), mas essa doutrina nem é a mais segura, nem se mostra a mais defensora do devido controlo das afectações aos direitos fundamentais; no sentido do texto, Sérvulo Correia, *O Direito de Manifestação...*, pp. 69 ss.; Eduardo Correia Baptista, *Os direitos de reunião e manifestação...*, pp. 273 ss.; ainda sobre as funções do aviso prévio, Gilmar Ferreira Mendes / Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 340 s.

³⁵ Admitindo alguma abertura na resposta, J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, p. 639; parecendo limitar a proibição às armas com intenção de agressão, Dimitri Dimoulis, «Artigo 5.º, inciso XVI», p. 131; excluindo armas de qualquer natureza, Jorge Miranda, «Artigo 45.º», p. 948.

³⁶ É esse também um ponto consensual no julgamento, em 28 de Junho de 2006, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 1.969 (cfr. Dimitri Dimoulis, «Artigo 5.º, inciso XVI», p. 137); ainda sobre essa decisão, qualificando a pretensa regulamentação como verdadeira restrição, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, 2009, pp. 101 ss.

³⁷ Com entendimento diverso, Sérvulo Correia, *Direito de Manifestação...*, p. 58.

crivo da constitucionalidade)³⁸; todavia, em qualquer destas hipóteses, trata-se ainda de afectações ou ingerências que devem ser tratadas como excepção (e não como regra) e que nunca poderão considerar-se imunes a um controlo de legitimidade total.

4.3. Quanto às *intervenções restritivas*, cumpridas que sejam as exigências da proporcionalidade, tanto a *interdição* ou a *interrupção* de uma manifestação (nos casos expressamente previstos na lei), como o *isolamento* de um sector de manifestantes (quando isso seja imposto pelo cumprimento de um dever de protecção) ou a *dispersão* de uma manifestação (em idêntico cenário) são medidas de polícia (artigo 272.º, n.º 2, da Constituição)³⁹ admitidas no ordenamento jurídico português⁴⁰.

4.4. Finalmente, quanto à questão de saber como deve ser tratada uma *manifestação que não satisfaça algum ou alguns dos requisitos* constitucionais (como é necessariamente o caso das manifestações espontâneas no Brasil), são similares as orientações que se colhem na doutrina portuguesa e brasileira: (i) como se escreveu na ADI n.º 1.969, a regra nesse domínio deve continuar a ser a de que os agentes públicos não podem, sob pena de responsabilidade criminal, “intervir, restringir, cercear ou dissolver reunião pacífica, sem armas, convocada para fim lícito”⁴¹; (ii) uma vez que a interdição e a dispersão são medidas extremas, apenas justificáveis em caso de relevante conflito concreto com outras normas de garantia de idêntica importância, faltando motivo para a proibição, a reunião deve considerar-se permitida segundo o princípio da liberdade⁴²; (iii) no caso português, acresce o facto de o aviso prévio

³⁸ Quanto à lei portuguesa, J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, I, p. 640; Jorge Miranda, «Artigo 45.º», p. 943; quanto à lei brasileira, Fernando Menezes Dias de Almeida, *Direito de Reunião*, p. 107; Dimitri Dimoulis, «Artigo 5.º, inciso XVI», p. 136.

³⁹ Por todos, Sérvulo Correia, *Direito de Manifestação...*, pp. 66 ss., 95 ss.

⁴⁰ *Interdições* são facilmente concebíveis em determinadas situações de estatuto especial, particularmente à luz do artigo 270.º da Constituição portuguesa (por todos, Paulo Otero, «O militares e o direito de manifestação», in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, vol. III, Coimbra, 2006, pp. 599 ss.); quanto à *interrupção*, veja-se o disposto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de Agosto; quanto à *dispersão*, o artigo 304.º do Código Penal prevê o crime de desobediência à ordem de dispersão de reunião.

⁴¹ Em sentido materialmente distinto tem-se pronunciado o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (em especial, nos Pareceres n.ºs 96/1983, de 28 de Abril de 1983, 40/1989, de 7 de Dezembro de 1989, e 83/2005, de 24 de Novembro de 2005, acessíveis a partir de www.dgsi.pt).

⁴² Com esta lógica, Dimitri Dimoulis, «Artigo 5.º, inciso XVI», p. 13; Gilmar Ferreira Mendes / Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, p. 341.

não constituir sequer requisito constitucional⁴³, razão pela qual apenas a manifestação violenta ou armada extravasa do respectivo âmbito de protecção, podendo nesse caso, tal como no das manifestações que exorbitem das *restrições estatutárias* expressamente definidas na lei, ser proibidas e impedidas, observado que seja, mais uma vez, o princípio da legalidade e da proporcionalidade das medidas de polícia⁴⁴.

Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, José de Melo, «A greve dos juízes – segundo a Constituição e a dogmática constitucional», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, no centenário do seu nascimento*, vol. I, Lisboa, 2006, pp. 747-788.

ALEXANDRINO, José de Melo, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, 2006.

ALEXANDRINO, José Melo Alexandrino, «O âmbito constitucionalmente protegido da liberdade de expressão», in AAVV, *Media, Direito e Democracia – I Curso pós-graduado em Direito da Comunicação*, Coimbra, 2014, pp. 41-66 [no prelo].

ALEXANDRINO, José Melo, «Democracia representativa e democracia participativa na União Europeia», in *Elementos de Direito Público Lusófono*, Coimbra, 2011, pp. 223-240.

ALEXANDRINO, José Melo, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, 2.^a ed., Cascais, 2011.

ALEXANDRINO, José Melo, *O sistema de direitos fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, Macau, 2013.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, *Liberdade de Reunião*, São Paulo, 2001.

BAPTISTA, Eduardo Correia, *Os direitos de reunião e manifestação no Direito português*, Coimbra, 2006.

BATISTA, Eduardo Correia, «O dever de realizar um aviso prévio no direito de manifestação», in *Revista do Ministério Público*, ano 31, n.º 123 (Jul. - Set. 2010), pp. 263-280.

⁴³ Sobre as consequências no ordenamento português do não cumprimento da exigência legal do aviso prévio, quando a respectiva exigência se mostre conforme à Constituição, João Paulo Miranda de Sousa, «O direito de manifestação...», pp. 17-18; Eduardo Correia Batista, *Os direitos de reunião e manifestação...*, pp. 284 ss.; Id., «O dever de realizar um aviso prévio no direito de manifestação», in *Revista do Ministério Público*, ano 31, n.º 123 (Jul. - Set. 2010), pp. 263-280; J. J. Gomes Canotilho, *Constituição...*, I, p. 940; Jorge Miranda, «Artigo 45.º», p. 949.

⁴⁴ J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, I, p. 641.

CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra, 2007.

CORREIA, Sérvulo. *Direito de Manifestação – âmbito de protecção e restrições*, Coimbra, 2006.

COUTINHO, Luís Pereira. *Teoria dos Regimes Políticos*, Lisboa, 2013.

DIMOULIS, Dimitri, «Artigo 5.º, inciso XVI», in Paulo Bonavides / Jorge Miranda / Walber de Moura Agra (coords.), *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro, 2009, pp. 129-137.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 7.^a ed., 2.^a tiragem, São Paulo, 2012.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.^a ed., Coimbra, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, 2010.

OTERO, Paulo, «O militares e o direito de manifestação», in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, vol. III, Coimbra, 2006, pp. 599-625.

SAMPAIO, Jorge Silva, *O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias*, Coimbra, 2012.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32.^a ed., São Paulo, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da, *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, 2009.

SOUSA, António Francisco de, «Liberdade de Reunião e de Manifestação no Estado de Direito», in *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 6, n.º 21 (out dez 2012), pp. 27-38.

SOUSA, João Paulo Miranda de, «O direito de manifestação», separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 375 (1988).

Artigo recebido em 05 de maio de 2014.

Artigo aprovado para publicação em 14 de maio de 2014.

DOI: 10.11117/1982-4564.07.05



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.

O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Lei da Ficha Limpa

*Raquel Botelho Santoro**

Resumo: O presente artigo analisa, inicialmente, um conceito de ativismo judicial e seus pressupostos, para posteriormente demonstrar como o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura ativista no julgamento da constitucionalidade da chamada Lei da Ficha Limpa.

Palavras-chave: Lei da Ficha Limpa; ativismo judicial; presunção de inocência; atividade jurisdicional.

Abstract: this work analyzes, initially, one concept of judicial activism and its characteristics, in order to demonstrate how the Brazilian Supreme Court adopted an activist posture when analyzing the constitutionality of the “Ficha Limpa” Bill.

Keywords: Ficha Limpa Bill, judicial activism, innocence presumption, judicial activity

* Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade de Brasília. Advogada.

1. O conceito de ativismo judicial que adotaremos nesse trabalho

O presente artigo busca analisar, em breves considerações, a posição do Supremo Tribunal Federal no julgamento da constitucionalidade da chamada Lei da Ficha Limpa, fazendo para tanto um exame do conceito de ativismo judicial e a sua aplicabilidade concreta na jurisdição constitucional brasileira.

Para isso, vamos focar a nossa análise em um caso concreto cujo desfecho agradou a grande parte da população brasileira, mas que, a nosso ver, representou exemplo de ativismo judicial reprovável, com contornos sociais que deveriam ser evitados pela jurisdição constitucional.

Antes de tudo, porém, é imprescindível definir o conceito de ativismo judicial que presidirá nossas análises¹. Para tanto, adotaremos a posição do Professor Elival da Silva Ramos, que define o ativismo judicial como “*o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)*”².

O ativismo, assim, pressupõe que haja liberdade de interpretação dos juízes na aplicação das regras, dos princípios e, principalmente, onde ele é mais observado, na concretização das normas constitucionais. Isso porque, sendo mais fluidas, programáticas e, na maioria das vezes, de eficácia limitada, as normas constitucionais são aquelas que dão

¹ É importante adotar já desde o início um conceito de ativismo judicial com o qual trabalharemos, porque o ativismo, por vezes, é também considerado apenas uma forma mais assertiva ou contundente de atuação judicial, como para Frederick P. Lewis, para quem “the activism will be used in this book simply to characterize a Court willing to use its authority to engage in judicial review in an assertive manner. Such assertiveness will also imply here a considerable degree of doctrinal pronouncement that is innovative, at least in the sense that it has not been explicitly pronounced before. The term activist will be employed in opposition to describing a Court as ‘restrained’ in the use of its authority and in the development of doctrine.” LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism - the endurance of the Warren Court legacy in a Conservative Age*. Lanham: Rowman & Littlefield Publisher Inc., 1999. p. 7.

² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 129 e 308. No mesmo sentido é o conceito de Kermit Roosevelt III: “The basic question this book sets out to answer is how we can decide whether a particular judicial decision is legitimate. The distinction between legitimate and illegitimate decisions is meant to do what the concept of activism claims to do, but fails: to distinguish between decisions that should be accepted and those that should be condemned or opposed. What I meant by a legitimate decision is essentially an appropriate exercise of judicial authority. Citizens or government officials may disagree with a legitimate decision, but it provides no basis for charging that the judges have exceeded their proper role.” ROOSEVELT III, Kermit. *The Myth of Judicial Activism - making sense of Supreme Court Decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006 (versão para kindle), p. 37.

maior espaço de interpretação aos juízes, os quais, na sua aplicação, estão mais sujeitos a incorrer no ativismo.

Conforme se verifica na prática atual da jurisdição constitucional, importante papel no contexto do denominado ativismo judicial possuem a técnica da ponderação³ e a teoria dos direitos fundamentais como princípios, tendo em vista a abertura ao subjetivismo do intérprete, reconhecida pelos próprios aplicadores e filósofos dessa teoria⁴, não obstante tenham eles desenvolvido técnicas diversas para assegurar a racionalidade dos procedimentos.

É relevante ainda considerar que, para fins do presente trabalho, entenderemos o ativismo judicial invariavelmente como um fenômeno negativo, na esteira do que adverte Elival da Silva Ramos quando diferencia a caracterização do fenômeno nos países de *common law* e naqueles de *civil law*⁵. E o caráter negativo do fenômeno será consequência direta do conceito por nós adotado e que pressupõe a “*exacerbação no exercício da função judicante*”⁶.

Tendo em vista que o ponto central para a definição do ativismo judicial reside na constatação da atuação judicial em parâmetros que extrapolem os limites da atividade jurisdicional, resta-nos imprescindível tentar definir esses limites para que possamos – mediante a análise do caso concreto que nos propusemos a examinar – perceber ou não a configuração do fenômeno na atuação do Supremo Tribunal Federal.

³ Alexy define da seguinte forma a lei da ponderação: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.” ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 529. E, ainda, “[o] juízo de ponderação, como entendido hoje, vincula-se à ideia de que as normas podem assumir a forma de princípios, comportando, por isso, mitigação na intensidade de sua incidência sobre casos concretos quando em conflito com outras normas, mantendo, contudo, sua validade jurídica.” BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146. Ana Paula de Barcellos, por sua vez, define a ponderação de forma geral e não apenas aplicada aos conflitos entre direitos fundamentais, vejamos: “De forma muito geral, a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para *casos difíceis* (do inglês ‘*hard cases*’), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado.” BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. in: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A Nova Interpretação Constitucional - Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 55. Ainda sobre a ponderação e sobre uma interessante técnica de aplicação que tenta conciliá-la com juízos de subsunção, vide MORESO, José Juan. *Conflictos entre Principios Constitucionales*. in: CARBONELL, Miguel (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos...* *Op. cit.*, p. 130 e seguintes.

⁵ “Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão ‘ativismo’, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao ‘passivismo’, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.” RAMOS, Elival da Silva. *Op. cit.* p. 110.

⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Op. cit.* p. 129.

1.1. A tentativa de definição dos limites da função jurisdicional

Colocadas essas premissas introdutórias, passemos, então, à análise específica do ativismo judicial no contexto do ordenamento brasileiro.

Pelo exposto, para que se caracterize o ativismo é necessário que o Poder Judiciário exacerbe a atividade jurisdicional, invadindo a esfera de funções de outros poderes, notadamente do Legislativo, ou simplesmente utilizando por base de seu posicionamento fundamentos inexistentes no ordenamento legal e constitucional.

O primeiro obstáculo na aplicação do conceito acima se encontra na necessidade de se definir o que seria a função jurisdicional, para que então se pudesse constatar quando ela fosse exacerbada. É o que tentaremos fazer em seguida.

Começemos por observar que a Constituição brasileira, em seu artigo 102, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição Federal⁷.

Essa função de guardar a Constituição também é atribuída aos entes políticos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no artigo 23 do diploma constitucional⁸.

Dessa atribuição decorre, por exemplo, o poder do Supremo Tribunal Federal de declarar inconstitucional uma lei aprovada pelo Congresso Nacional, em ato que poderia ser considerado como uma invasão à autonomia do Poder Legislativo, mas que é justificado sob o argumento de salvaguarda e supremacia da Carta Magna.

Daí temos que a função jurisdicional, além da tradicional atribuição de resolver os conflitos que a ela são propostos, também possui, hoje, a atribuição de definir, em abstrato, a conformidade de um ato normativo com a Constituição, podendo revogá-lo em caso de inconstitucionalidade.

Ocorre que a função de guarda da Constituição não se restringe à prerrogativa de exercer o controle de constitucionalidade. Por guarda da Constituição devemos entender também o exercício de funções que visem à preservação de seus valores, o que pode ser feito tanto mediante a determinação de observância de seus termos pelos cidadãos e pelo Poder Público, quanto mediante a rejeição dos atos – comissivos ou omissos, dos cidadãos ou do Poder Público – que estejam em desacordo com os seus termos.

⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...).

⁸ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

Essa perspectiva, inclusive, é consequência direta da compreensão dos direitos fundamentais como conformadores de uma ordem objetiva de valores a traduzirem duas funções essenciais desses direitos: os deveres de proteção do Estado – aos quais correspondem direitos subjetivos dos cidadãos a serem protegidos e realizados esses direitos – e sua eficácia irradiante.

A atividade jurisdicional, portanto, é mais do que a mera observância dos parâmetros legais previamente estabelecidos pelo legislador. Ela implica, também, a função de guarda da Constituição; ou seja, a responsabilidade não só de cumprir os valores constitucionais e fazer cumpri-los, mas também de rechaçar o seu descumprimento, tanto mediante a anulação de atos positivos de violação, quanto mediante a reforma dos atos omissivos que também impliquem transgressão.

Nesse sentido, é também importante observar que, especificamente em relação aos direitos fundamentais, a própria Constituição Federal⁹ é clara ao dispor que eles deverão ter aplicação imediata – ou seja, independente de qualquer regulamentação –, a qual deveria ser necessariamente assegurada pelos intérpretes e guardiões da Constituição.

A análise acima deve ser ainda complementada por considerações acerca da nova hermenêutica constitucional que privilegia a força normativa dos princípios e a sua concretização.

Esse novo paradigma de interpretação prega, como diretriz, a conferência de especial relevância aos princípios constitucionais, como fundadores de uma ordem objetiva de valores, sob o argumento de preservação da própria força normativa da Constituição¹⁰.

Ao contrário do que os críticos dessas balizas de interpretação constitucional muitas vezes deixam transparecer¹¹, essa nova visão dos princípios constitucionais não é um

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹⁰ A esse respeito, Alexy cita o seguinte posicionamento do Tribunal Alemão: “De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas de derecho fundamental contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden de valorativo objetivo que, en tanto decisión básica de derecho constitucional, es válida para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisdicción (BVerfGE 39, 1 (41))” ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos*, Op. cit., p. 465. Ingo Wolfgang Sarlet, citando Alexy, comenta que a expressão “ordem objetiva de valores” pode ser entendida como um sinônimo de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, assim como outras expressões como “sistema de valores, decisões constitucionais fundamentais, direitos fundamentais como normas objetivas, diretrizes e impulsos, etc.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 167.

movimento exclusivamente ideológico e tem bases sólidas na própria conformação da Constituição brasileira.

Isso porque a Constituição Federal de 1988 não só optou pela regulação excessiva das matérias políticas, como também previu, por meio de seus próprios dispositivos, instrumentos aptos a conferir ao Judiciário esse poder de interpretação alargada. Desse modo, o estabelecimento de diversos princípios e de dispositivo constitucional que impõe deva a sua aplicação ser feita de forma imediata (CF, artigo 5º, §1º)¹² estimulam essa nova hermenêutica e dão margem a um papel cada vez mais expansivo do Poder Judiciário, remodelando as balizas da atividade jurisdicional, como acima demonstrado.

Ainda na esteira dessas disposições constitucionais que conferem maiores poderes ao Judiciário, a Emenda Constitucional nº 45/04 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o poder de editar súmulas vinculantes, que deveriam ser enunciados decorrentes de reiteradas decisões da Suprema Corte, utilizados para nortear a atuação não só dos demais órgãos do Poder Judiciário, mas também dos órgãos administrativos. Referido instrumento atribuiu ao Supremo Tribunal Federal poder normativo explícito, alargando ainda mais os limites da atividade jurisdicional.

Contudo, essas novas balizas e parâmetros de atuação do Judiciário – em especial no âmbito da jurisdição constitucional, no que diz respeito ao objeto do nosso trabalho – são alvo de preocupações diversas, como aquelas apresentadas tanto por Elival da Silva Ramos quanto por Humberto Ávila, esse último com foco na aplicação acrílica do neoconstitucionalismo¹³.

Ambos apresentam como justificativa dessa preocupação, dentre outras, a necessidade de se observarem os postulados do Estado de Direito que, segundo eles, estariam ameaçados por essa postura denominada de ativista.

Humberto Ávila dá continuidade a sua crítica com ênfase nos aspectos conformadores do neoconstitucionalismo, o qual considera como causa e consequência do ativismo judicial.

¹¹ ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”*. in: Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 187 a 202.

¹² Exatamente nesse sentido é a análise de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *O Papel Político do Judiciário e suas Implicações*. in: Systemas, Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas. Ano 1, n. 2. Disponível em: <http://www.revistasystemas.com.br/index.php/systemas/article/view/21/16>. Acesso em 24.03.2014.

¹³ “Conviene tener presente, con todo, que cuando se habla de neoconstitucionalismo, ya sea en singular o en plural, se está haciendo referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte, como ya se ha mencionado, a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional. Por otro lado, con el término ‘neoconstitucionalismo’ se hace referencia también a una determinada teoría del Derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos o incluso elogioso.” CARBONELL, Miguel. *Prólogo: nuevos Tiempos Para El Constitucionalismo*. in: CARBONELL, Miguel (org.) *Op. cit.*, pp. 9-10.

Nas suas palavras, esse neoconstitucionalismo configurar-se-ia em quatro diversos aspectos: (i) normativo, segundo o qual a Constituição veicula mais princípios do que regras¹⁴; (ii) metodológico, segundo o qual o eixo de aplicação passa do método de subsunção para o de ponderação; (iii) axiológico, segundo o qual há uma inversão na aplicação da justiça, que passa a ser individual, em substituição à justiça geral¹⁵; e (iv) organizacional, quando se verificaria, em decorrência dos três aspectos anteriores, a prevalência do Poder Judiciário sobre o Legislativo.

Nesse sentido, Humberto Ávila faz as seguintes considerações:

(...) o Poder Judiciário não deve assumir, em qualquer matéria e em qualquer intensidade, a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais porque, num Estado de Direito, vigente numa sociedade complexa e plural, deve haver regras gerais destinadas a estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração, cabendo a sua edição ao Poder Legislativo e a sua aplicação, ao Judiciário.¹⁶

Elival da Silva Ramos, por sua vez, pontua que é

(...) indispensável, à luz do ideário democrático, trabalhar a teoria constitucional sob as premissas de um positivismo renovado pelas conquistas da moderna Hermenêutica, situando a discricionariedade envolvida na tarefa de atuação da Constituição no plano estritamente dogmático e submetendo tanto o legislador, ao concretizar na lei comandos constitucionais, quanto o juiz, ao escolher entre diferentes possibilidades exegéticas, às exigências do Estado de Direito.¹⁷

¹⁴ Alguns críticos chegam até mesmo a dizer que os juízes ativistas modificam o significado dos termos constantes da Constituição, como é a posição de Sutherland a respeito da interpretação dada pela Suprema Corte dos EUA à Primeira Emenda. Segundo ele, referido dispositivo não pode ser interpretado como a separação entre Estado e religião, como pretendem fazer crer juízes e advogados diversos, em interpretação distorcida e, na visão dele, inaceitável. “Judges are applying similar principles to laws established by the Constitution. And well-meaning people, even Christians, have the false assumption that what a judge says is law. This defies our very system of government. Our system of government gave the power of lawmaking to Congress, not the judges. And when a judge changes the definition of words within a law, he is making a new law, and that is *illegal*, not to mention unconstitutional.” SUTHERLAND, Mark I. *Redefining the Rules*. In: SUTHERLAND, Mark I. (org.) *Judicial Tyranny - the new kings of america?* Saint louis: Amerisearch, 2007 (versão para kindle). Posição 902 de 3119.

¹⁵ Nesse mesmo sentido é o alerta feito por CARRESE, Paul O. *The Cloaking of Power - Montesquieu, Blackstone and the Rise of Judicial Activism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2003 (versão para kindle). pp. 258-259.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* pp. 26/27.

¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Op. cit.*, p. 307.

Ocorre que o Estado de Direito, por sua vez, pode ser caracterizado pela observância e respeito aos seguintes princípios: republicano, democrático, da dignidade da pessoa humana, da separação dos Poderes, do pluralismo político, da isonomia e da legalidade.

Tais críticas, contudo, parecem reduzir o primado do Estado de Direito apenas ao princípio da legalidade, conferindo a ele primazia sobre todos os demais postulados que conformam o conceito. Portanto, parecem ser extremamente frágeis diante de suas próprias premissas, mesmo porque a postura ativa do Judiciário confere primazia aos demais princípios que compõem o Estado de Direito, sem ferir o princípio da legalidade que tanto inquieta esses dois críticos.

A preocupação de ambos os autores com a preservação do princípio da separação dos poderes também se mostra nítida. Elival da Siva Ramos cita, como exemplo de intervenção indevida nesse postulado, o exercício de atividade normativa por parte do Poder Judiciário como aquela decorrente da edição de súmulas vinculantes.

Humberto Ávila, por sua vez, nem chega a mencionar o exercício do poder legiferante pelo Judiciário, restringindo-se a considerar que a possibilidade de aplicação dos princípios, por meio da ponderação, em sobreposição às regras legais aparentemente válidas, já implicaria intervenção suficientemente indevida de um poder no outro¹⁸.

Contudo, sabe-se que o princípio da separação dos poderes não significa a divisão estanque de tarefas e muito menos a impossibilidade de que um Poder exerça, ainda que de forma moderada e circunstancial, atividades de competência originária de outro Poder.

A doutrina da separação dos poderes já sofreu diversas mitigações com o desenvolvimento político das nações¹⁹ e, apesar de ser um corolário intrínseco à caracterização de um Estado de Direito, permite hoje diversas ponderações de sentido e valor

¹⁸ Sobre contestação às críticas de Humberto Ávila, vide SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 56-64.

¹⁹ Víctor Ferreres Comella aponta, inclusive, que o desenvolvimento da teoria da separação dos poderes se deu de formas diversas na Europa e nos Estados Unidos. Isso porque, enquanto na Europa a desconfiança se observava principalmente em relação ao Judiciário, nos Estados Unidos essa desconfiança era voltada ao Parlamento. Portanto, na Europa se conferiu desde logo menos possibilidades de atuação ao Judiciário, ao passo que nos EUA essa possibilidade de atuação já era aceita, ainda que não houvesse consenso sobre a sua extensão. COMELLA, Víctor Ferreres. *Constitutional Courts & Democratic Values - a european perspective*. New Haven: Yale University Press, 2009. pp. 10-15. Ver também REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, sem indicação de ano (versão para Kindle). Posição 4557 de 4920. No mesmo sentido são os apontamentos de Stephen Powers e Stanley Rothman a respeito da desconfiança dos norte-americanos em relação aos burocratas e funcionários públicos, o que, para eles, foi um dos fatores que desencadeou o desenvolvimento de um Judiciário cada vez mais ativo naquele país. POWERS, Stephen P. E ROTHMAN, Stanley. *The Least Dangerous Branch? Consequences of Judicial Activism*. Westport: Praeger, 2002 (versão para kindle), posição 2920 de 3392.

as quais, de certa forma, justificam algumas intromissões de uns poderes em funções tradicionalmente atribuídas aos outros²⁰.

Na esteira dessa necessidade de adaptar a concepção tradicional de separação de poderes, Karl Loewenstein propõe um novo modelo tripartite, sobre o qual se manifesta da seguinte maneira:

Es difícil desalojar un esquema mental que está profundamente enraizado, y el dogma de la separación de poderes es el más sagrado de la teoría y práctica constitucional. El iconoclasta no puede sentirse satisfecho con sólo remover de su pedestal al ídolo de la triple separación del orden del dominio en los ‘poderes’ legislativo, ejecutivo y judicial; en su lugar estará obligado a colocar otro análisis de la dinámica del poder más de acuerdo con la sociedad pluralista de masas de nuestro siglo. A continuación se expone una nueva división tripartita: la decisión política conformadora o fundamental (*policy determination*); la ejecución de la decisión (*policy execution*) y el controle político (*policy control*).²¹

Na prática, essa nova conformação da teoria da separação dos poderes também é claramente perceptível. No Brasil, por exemplo, são facilmente identificados exemplos de atuação dos Poderes em funções tradicionalmente atribuídas a outros, como na edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo, ou no caso aqui já mencionado da edição de súmulas vinculantes pelo Poder Judiciário.

Todavia, tanto nessas como em outras atividades, um Poder não fica imune à fiscalização dos demais, sempre atentando-se para a aplicação da teoria dos freios e contrapesos, de modo que se permita a interpenetração de referidos poderes e a interfiscalização de todas as atividades realizadas; portanto, se afigura a improcedência da crítica também no que tange a esse aspecto da realidade.

Outra crítica muito frequente atribuída ao ativismo judicial é a de que ele reduziria o espaço de atuação política da sociedade, que passaria a recorrer ao Judiciário para fazer valer

²⁰ É interessante a ponderação feita pelos Professores norte-americanos Nowak e Rotunda sobre a nova conformação da separação dos poderes: “*While people sometimes refer to the three branches of the federal government as a three-layer cake, it is more accurate to think of it as a marble cake. For example, Congress enacts legislation, but the President can veto it, and Congress can override the veto. The judiciary is independent, but the President appoints the judges, who must be confirmed by the Senate*”. Em tradução livre: “Enquanto as pessoas muitas vezes se referem aos três ramos do governo federal como um bolo de três camadas, é mais preciso pensar a respeito como um bolo marmorizado. Por exemplo, o Congresso aprova legislação, mas o Presidente tem o poder de vetá-la e o Congresso tem novamente o Poder de descartar o veto. O Judiciário é independente, mas o Presidente nomeia os ministros, que devem ser confirmados pelo Senado.” NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. Saint Paul: Thomson West, 2004. p. 149.

²¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editora Ariel 1986. p. 62.

as políticas que atendessem aos seus anseios, diminuindo a participação política e fragilizando, em última instância, o processo democrático²².

Nesse aspecto, diversos autores apontam que o fortalecimento da atividade judicial implicaria o declínio da tradicional mobilização política que caracteriza e define a democracia²³, como desdobramento do aspecto axiológico do ativismo apontado por Humberto Ávila e acima já analisado²⁴.

Nesse sentido, apontam esses estudiosos uma tendência quase global à expansão da atividade jurisdicional e até mesmo o advento de uma “juristocracia”²⁵, com a submissão de todas as questões sociais e políticas relevantes à apreciação do Judiciário, o que retiraria do Parlamento a qualidade de instância máxima de deliberação democrática e de definição dos rumos futuros da nação²⁶.

²² “The more political questions are decided by the Constitutional Court, the more political alternatives are reduced. Members of Parliament contribute to this development by giving too much consideration to legal arguments in legislation and judges contribute by sometimes exceeding their proper competencies.” LANDFRIED, Christine. *Germany*. in: TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn (org.) *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. p. 307. Também a esse respeito: “Populist constitutional law does not determine the outcomes of political controversies or dictate much about public policy. Instead, it orients us as we think about and discuss where our country ought to go.” TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 194.

²³ Não sobre a crítica, mas sobre a íntima relação entre democracia e constitucionalismo, vide BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism: a Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2007 (versão para kindle). Vide especialmente páginas 90 e seguintes. Ver também ROBERTSON, David. *The Judge as Political Theorist*. Princeton: Princeton University Press, 2010 (versão para kindle), p. 8 e ss.

²⁴ Como exemplo, podemos citar a opinião de Robert Dahl, para quem: “When the court acts within this sphere of fundamental democratic rights, the legitimacy of its actions and its place in the democratic system of government can hardly be challenged. But the more it moves outside this realm - a vast realm in itself - the more dubious its authority becomes. For then it becomes an unelected legislative body. In the guise of interpreting the Constitution - or, even more questionable, divining the obscure and often unknowable intentions of the Framers - the high court enacts important laws and policies that are the proper province of elected officials.” DAHL, Robert. A. *How Democratic is the American Constitution?* New Haven: Yale University Press, 2000 (versão para kindle), posição 1209 e seguintes de 1503. No mesmo sentido é a posição de Justice Hand, mencionada e analisada por Bickel, segundo a qual a jurisdição constitucional precisaria ser dotada de limitações graves sob pena de se criar, na realidade, uma “third legislative chamber”, ou uma terceira instância legislativa. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch - the Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1962, pp. 46-49.

²⁵ Em tradução livre do termo “juristocracy” utilizado no seguinte sentido: “Over the past few years the world has witnessed an astonishingly rapid transition to what may be called *juristocracy*. Around the globe, in more than eighty countries in several supranational entities, constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries. The countries that have hosted this expansion of judicial power stretch from the Eastern Bloc to Canada, from Latin America to South Africa, and from Britain to Israel. Most of these countries have a recently adopted constitution or constitutional revision that contains a bill of rights and establishes some form of active judicial review.” HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy - the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 1.

²⁶ “Por un lado, el control en cuestión significa controlar la actividad legislativa del Parlamento, al que se considera como órgano soberano en toda forma republicana de Estado. Se critica el control del Parlamento porque hace del órgano de control un órgano funcionalmente superior al Parlamento.” WRÓBLEWSKI, Jerzy.

Contudo, essa crítica também a nosso ver é improcedente porque não se pode atribuir ao Poder Legislativo a supremacia máxima em relação aos demais poderes, inclusive em relação ao Judiciário, somente sob o argumento de que essa instância é a que detém a legitimidade popular por ter sido fruto do voto majoritário, porque também não se pode admitir a configuração de uma ditadura das maiorias;²⁷ tendo especial relevância, nesse aspecto, o papel contramajoritário da jurisdição constitucional²⁸.

Ao nosso ver, a crítica em questão também confunde premissas e acaba por atacar aspectos que não são propriamente atribuíveis ao ativismo judicial, mas fazem parte, isso sim, da própria configuração da jurisdição constitucional e da possibilidade de realização de controle de constitucionalidade²⁹.

Isso porque, como defendemos nesse trabalho, apenas pode ser considerado ativismo judicial aquilo que extrapolar as balizas previamente definidas pela própria Constituição como conformadoras da atuação jurisdicional³⁰. E é a própria Constituição brasileira, no caso,

Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Madri: Cuadernos Civitas, 1985. P. 97. Ainda sobre a ascensão e o declínio da soberania parlamentar, vide GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies - Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003 (versão para kindle), posição 43 e seguintes de 4024.

²⁷ “De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por consequência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentaristas.” KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 67.

²⁸ “Costumam-se fazer certas objeções a esse sistema [de jurisdição constitucional]. A primeira, naturalmente, é que tal instituição seria incompatível com a soberania do Parlamento. Mas, à parte o fato de que não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular, pois a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal, esse argumento cai por terra pelo simples fato de que é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo, exatamente da mesma maneira como as leis regulam o procedimento dos tribunais e das autoridades administrativas, que a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação. E que, por conseguinte, o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração.” KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 150-151. Também analisando de forma concreta a constatação de que o sistema republicano não é por si só suficiente para preservar o direito das minorias, vide especificamente quanto ao modelo norte-americano, ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança - uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp. 106-115.

²⁹ No mesmo sentido, alertando para a possível confusão entre ativismo judicial e as características próprias da jurisdição constitucional, vide: “When we speak of ‘judicial activism’, we must be careful not to confuse it with the power of judicial review itself. The fact that the judiciary interprets the Constitution and other laws in one way or another is not in itself indicative of judicial activism at all. What the Supreme Court and the lower federal judiciary have been engaged in during the past fifty years is the systematic application of jurisdictional principles derived from the Constitution (and in many cases these derivations have been matters of intense controversy) to the reform of public institutions.” POWERS, Stephen P. E ROTHMAN, Stanley. *Op. cit.*, posição 30 de 3392.

³⁰ A esse respeito, é interessante a posição de Mark Tushnet no sentido de que, por muitas vezes, é do interesse da própria classe política delegar à Suprema Corte algumas decisões específicas, especialmente no que tange à

que prevê a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade e de fiscalização da legitimidade dos atos do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, inclusive em nítida aplicação da moderna teoria da separação dos poderes, também já devidamente analisada acima.

Portanto, parece-nos que essa espécie de crítica quanto ao ativismo judicial é, primeiramente, melhor aplicável aos países em que não haja previsão específica na Constituição da prerrogativa de controle de constitucionalidade, tendo essa hipótese surgido de interpretação jurisprudencial, ainda que ampla e tradicionalmente consolidada, como é o caso dos Estados Unidos e de sua constituição enxuta e longeva.

Em segundo lugar, acreditamos que essa crítica também não deve ser dirigida ao Judiciário em si, mas ao próprio Legislativo e aos poderes constituintes que elaboraram as constituições hoje vigentes na maioria dos países. Referindo-nos especificamente ao Brasil, seria o Legislativo o destinatário da crítica porque teria sido ele a conformar as balizas de atuação do Poder Judiciário, permitindo e até determinando que ele se portasse como guardião da Constituição, realizando os controles de legitimidade necessários e protegendo a norma fundamental de maiorias inconstitucionais³¹.

Vale ainda dizer que os conceitos utilizados para definir no que se constitui o ativismo não nos parecem compatíveis com as situações geralmente identificadas como ativistas. E isso

declaração de inconstitucionalidade de leis cuja revogação poderia parecer politicamente custosa e impopular pelos próprios membros do Legislativo. TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*. New Haven: Yale University Press, 2010 (versão para kindle), posição 1069 e seguintes de 2135. Esse aspecto, no nosso ver, adiciona elementos à nossa resposta feita à crítica acima, na medida em que corrobora que o Legislativo faz uso político e prático da atividade da Suprema Corte, o que pode até mesmo influencia-lo quando da conformação das balizas de atuação daquele poder, permitindo que ele tenha grandes espaços de atuação.

³¹ Também é importante destacar aqui, a crítica de Carl Schmitt no sentido de que o Judiciário não seria a única instância dotada da atribuição de guardar, proteger e tornar eficaz a Constituição, nos seguintes termos: “Se nas constituições alemãs do século XIX está previsto um tribunal especial do Estado para a ‘proteção judicial da Constituição’ ao lado de outras garantias manifesta-se nelas a simples verdade de que a proteção judicial da Constituição só constitui uma parte das instituições para proteção e garantia da Constituição e que seria uma superficialidade sumária esquecer, por causa dessa proteção judicial, os limites muito estritos de toda judicância e os muitos outros tipos e métodos de uma garantia constitucional.” SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 15. Concordamos com Schmitt no ponto de que não podemos deixar de considerar as outras instâncias de guarda e proteção da Constituição. Contudo, entendemos que o reconhecimento do importante papel do Judiciário não implica necessariamente o esquecimento da importância das demais instituições, mormente se a atuação judicial se der dentro das balizas conformadoras definidas pelo ordenamento jurídico. No mesmo sentido da posição de Schmitt, Mark Tushnet defende a consolidação de uma jurisdição constitucional fraca (“weak-form review”) para permitir que também Executivo e Legislativo ajam como promotores dos valores constitucionais, ressaltando que uma interpretação racional dessas duas instâncias de poder deveria ter o mesmo valor de uma interpretação racional advinda do Judiciário. TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights - judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008 (versão para Kindle). pp. 79-81.

se dá porque, ao nosso ver, parece haver uma nítida confusão entre Judiciário ativista e Judiciário atuante.

Quando se identifica o ativismo judicial em alguma situação concreta sob o argumento de que, nessa situação, teria havido aplicação da técnica de ponderação e de princípios genéricos e sem regulamentação, parece-nos que a crítica não está voltada a uma atuação do Judiciário além das balizas conformadoras da atuação daquele Poder – o que propriamente caracterizaria o ativismo –, mas tão somente está voltada à postura ativa e firme do Judiciário na aplicação de princípios constitucionalmente previstos, em respeito à própria função de guardião da Constituição também prevista na CF e em atendimento ao dispositivo que impõe que a aplicação de referidos princípios, como direitos fundamentais, seja feita de forma imediata.

Portanto, não nos parece que grande parte dessas identificações possa ser aplicada ao ambiente constitucionalmente conformado no Brasil, pois é a própria Constituição que atribui essas prerrogativas amplas e ativas ao Poder Judiciário, que agindo na aplicação de princípios, por meio da ponderação, apenas cumpre o mandamento constitucional e exerce a sua função.

O Professor Elival da Silva Ramos, por exemplo, aponta algumas situações em que entende ter havido atuação ativista por parte do STF, com as quais não concordamos integralmente.

Na primeira delas, ele indica o precedente em que o Supremo definiu a questão da fidelidade partidária e o mandato como sendo do partido, estipulando algumas exceções.

Para ele, no caso em questão, não obstante tenha a Corte se baseado em princípios constitucionais de representação proporcional e de monopólio das candidaturas pelos partidos, ela extrapolou os limites de sua atuação. Segundo o Professor, o só fato de ter se tratado de argumentação eminentemente fundada em princípios retirou do julgado a sua legitimidade plena e o tornou um exemplo de ativismo³².

Para nós, contudo, não se tratou de hipótese de ativismo porque entendemos que a Constituição – ao descrever e elencar princípios e ao determinar que sua aplicação se dê de forma imediata – autoriza essa espécie de conduta e interpretação e até a incentiva; não

³² “Como já sucedera no âmbito dessa Justiça especializada, por se cuidar de argumentação centrada em princípios constitucionais, foram alguns dos magistrados votantes procurar apoio no moralismo jurídico e na ‘principiologização’ do direito, que lhe é característica, para construir a norma de decisão.” RAMOS, Elival da Silva. *Op. cit.*, p. 248.

havendo, no caso, atuação que transborde dos limites conferidos pelo ordenamento – quer se concorde ou não com o resultado final.

A segunda situação apontada por Elival da Silva Ramos se refere à elaboração e aprovação da Súmula Vinculante que veda o nepotismo na Administração Pública. Nesse ponto, concordamos com a afirmação do Professor³³ de que houve uma postura ativista por parte do Supremo Tribunal Federal, uma vez que – não obstante a relevância da matéria e a concordância com a determinação expedida pela Corte – ela transbordou em muito as hipóteses constitucionais que autorizam a edição das súmulas, tendo atuado em total descompasso com os limites constitucionalmente fixados.

Como se percebe, o Poder Judiciário extrapola, em alguns casos concretos, esses poderes e prerrogativas já bem caracterizados acima³⁴. Entendemos que apenas nessas hipóteses pode-se falar de Judiciário ativista, retomando-se a definição que acima adotamos, de que o ativismo judicial ocorre quando o Poder Judiciário ultrapassa as balizas de sua atuação normal e regulamentar.

Em todas as outras situações, discordando das críticas expostas e das situações concretas usualmente identificadas, entendemos que não se pode falar de ativismo judicial, mas sim meramente de um Judiciário atuante, o que é escolha, vale dizer, do próprio Poder Constituinte – originário ou reformador – que conformou as balizas de atuação judicial na própria Constituição de forma a conferir ao Poder ora analisado todas as prerrogativas já citadas: aplicação imediata de princípios e direitos fundamentais, o que implica, por si só, a autorização do uso da técnica da ponderação, bem como a edição de súmulas vinculantes e o controle de legalidade e constitucionalidade das leis.

Assim, definidas essas balizas, analisaremos como se pode categorizar a posição do Supremo Tribunal Federal adotada no julgamento da constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/10, conhecida como a Lei da Ficha Limpa.

2. Do julgamento da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa

Quando da análise das ADCs nº 29 e 30 em conjunto com a ADI nº 4.578, no que tange ao princípio da presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal analisou se as

³³ RAMOS, Elival da Silva. *Op. cit.*, pp. 256-264.

³⁴ Há até estudiosos que afirmam que “judicial activists are people, judges, who see truths that others so far do not.” DOW, David R. *America's Prophets - how judicial activism makes America great*. Westport, Praeger, 2009, p. 5.

novas hipóteses de inelegibilidade criadas pela Lei Complementar nº 135/10, notadamente aquelas que incluíam a expressão “ou proferida por órgão colegiado”³⁵ afrontariam esse princípio constitucional, ou se estariam em conformidade com o quanto previsto no artigo 14, §9º, da Constituição Federal³⁶.

Dentre todas as hipóteses em questão, uma delas foi de maior interesse para o exame da suposta ofensa ao princípio. Trata-se da previsão de que se tornariam inelegíveis os cidadãos que houvessem sido condenados por um órgão colegiado – independentemente dessa condenação ser definitiva ou não – por ilícitos penais, eleitorais, ou de improbidade administrativa.

³⁵ Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo: (...)

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;

2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;

3. contra o meio ambiente e a saúde pública;

4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;

5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;

6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;

7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;

8. de redução à condição análoga à de escravo;

9. contra a vida e a dignidade sexual; e

10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;(...)

h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;(...)

j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; (...)

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; (...)

p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;

³⁶ § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

Como se percebe do dispositivo acrescentado pela Lei Complementar nº 135/10, o legislador promoveu uma flexibilização do princípio da presunção de inocência ao permitir que se aplicasse ao cidadão uma sanção – a de não poder se candidatar, alijando-o da plena participação do processo político – antes mesmo que se confirmasse essa condenação como definitiva.

Essa inovação legislativa, frente à jurisprudência até então consolidada pelo Supremo Tribunal Federal aparentava ter todas as características de inconstitucionalidade a serem reconhecidas pelo Tribunal no momento em que provocado.

Todavia, surpreendentemente, a Corte Suprema entendeu constitucional o referido dispositivo, mediante uma análise que pode ser resumida da seguinte forma.

Inicialmente, entenderam os Ministros, acompanhando o Ministro Relator Luiz Fux, que o direito de ser votado - *ius honorum* - não pode ser equiparado com direitos políticos *lato sensu*, de forma que a suspensão do exercício dessa prerrogativa não poderia ser considerada uma punição propriamente dita. Isso porque, segundo o raciocínio desenvolvido pela Corte, os cidadãos têm mera expectativa de direito à candidatura, a qual somente se concretiza quando há a comprovação do atendimento aos requisitos legais e constitucionais de elegibilidade.

Assim, a impossibilidade de ser votado, aferida no momento em que registrada a candidatura, não representaria a aplicação de uma sanção e não deveria observar a interpretação restritiva do princípio da presunção de inocência conferida aos ilícitos penais pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Nesse exato sentido, foi a seguinte manifestação do Ministro Luiz Fux, relator do processo:

Questiona-se, então: *é razoável* a expectativa de candidatura de um indivíduo já condenado por decisão colegiada? A resposta há de ser **negativa**. Da exigência constitucional de **moralidade** para o exercício de mandatos eletivos (art. 14, §9º) se há de inferir que uma condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, a rejeição de contas públicas, a perda de cargo público ou o impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional excluirão a razoabilidade da expectativa. A rigor, **há de se inverter a avaliação: é razoável entender que um indivíduo que se enquadre em tais hipóteses qualificadas não esteja, a priori, apto a exercer um mandato eletivo.**

Como se percebe da manifestação acima, a premissa utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para relativizar a aplicação do princípio da presunção de inocência funda-se na consideração de que o direito de ser votado é, na realidade, uma mera expectativa de direito, a ser concretizada mediante a análise do preenchimento de requisitos legais e constitucionais, a ser feita no momento do registro da candidatura.

E partindo dessa premissa, permite-se a conclusão de que, no caso concreto, deve-se conferir prevalência ao princípio da moralidade para o exercício de cargos públicos, previsto constitucionalmente pelo §9º, do artigo 14, da Constituição Federal, frente ao interesse privado de se eleger, o qual sequer poderia ser considerado como um direito em si, mas meramente como uma expectativa de direito.

Ademais, a ponderação realizada pelo Ministro Relator contrapôs de um lado da balança os direitos políticos *passivos* e, do outro, os princípios da moralidade e da própria democracia, tendo ele concluído que a balança certamente deveria pender para o segundo lado, tendo em vista não haver sequer lesão ao núcleo essencial dos direitos políticos, uma vez que, no caso em questão, tratava-se de mera relativização apenas da faceta passiva (de candidatar-se e de ser votado) desses direitos.

E ainda no tocante à ponderação, alegou o Ministro Relator a necessidade de se conferir validade à “ponderação efetuada pelo próprio legislador”, sendo hipótese de “interpretação da Constituição conforme a lei”, inclusive pela colocação de conceitos indeterminados no diploma constitucional, como “vida pregressa”.

Para tanto, o STF perquiriu a aplicabilidade e irradiação do princípio da presunção de inocência – positivado no inciso LVII, artigo 5º, da CF – ao processo eleitoral, revisitando o entendimento que havia sido firmado no julgamento da ADPF nº 144, em que o Ministro Relator, Celso de Mello, houvera afirmado a aplicação do referido princípio também ao processo eleitoral, como decorrência lógica da cláusula constitucional do Estado Democrático de Direito³⁷.

Vale dizer que todo o juízo desenvolvido e o próprio resultado a que se chegou, decorreu também de uma análise de aplicabilidade e adequação da interpretação constitucional ao estado espiritual do povo brasileiro como então entendido pelo Supremo Tribunal Federal. Chegou a afirmar o Ministro Relator que “*ou bem se realinha a*

³⁷ A esse respeito, o Ministro Luiz Fux justificou o “overruling dos precedentes relativos à material da presunção de inocência vis-à-vis inelegibilidades” em decorrência de uma suposta “incongruência sistêmica ou social”.

interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição”.

Na mesma toada, propôs o Eminentíssimo Ministro que o STF adotasse um *constitucionalismo democrático*, não se furtando a dar ouvidos aos anseios populares e às contestações e divergências surgidas no seio social em relação às suas decisões e, ao mesmo tempo, não abandonando o seu papel contramajoritário de proteção aos direitos fundamentais.

A fundamentação do voto do Ministro Luiz Fux também passou pela consideração de que a cláusula constitucional da presunção de inocência não teria conteúdo principiológico, mas seria mera regra, de forma que a interpretação extensiva anteriormente conferida pela Corte ao referido dispositivo deveria ser novamente reduzida – por meio de uma denominada *redução teleológica* – para que sua interpretação pudesse reencontrar o seu sentido inicial e literal, de regra que não admite a mesma extensão interpretativa que os princípios³⁸.

E em decorrência do raciocínio acima exposto, o próprio Ministro Relator já rechaçou a possibilidade de que sua interpretação pudesse configurar violação ao princípio da vedação do retrocesso, segundo o qual não pode uma norma legal posterior restringir o grau de concretização legislativa de um princípio fundamental alcançado anteriormente. E rechaçou essa possibilidade sob o fundamento de que não havia consenso básico social acerca da aplicabilidade da presunção de inocência às questões eleitorais e de que a restrição ora imposta pela Lei Complementar nº 135/10 seria razoável e proporcional, diante da concretização do princípio da moralidade disposto no §9º, do artigo 14, da CF.

Ainda como reforço de argumentação, o Ministro Relator afirmou que uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais também levaria à conclusão da constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade previstas pela Lei Complementar nº 135/10, uma vez que o artigo 15 da Constituição Federal já prevê a perda dos direitos políticos (ativos e passivos) com a condenação definitiva em processo criminal ou por improbidade administrativa, de forma que a previsão do §9º, do artigo 14, da Constituição Federal, somente poderia ter efetividade e lógica caso se permitisse incluir, pela legislação complementar, hipóteses de perda ou suspensão dos referidos direitos por meio de decisões ainda não definitivas.

³⁸ “Destarte, reconduzir a presunção de inocência aos efeitos próprios da condenação criminal se presta a impedir que se aniquile a teleologia do art. 14, §9º, da Carta Política, de modo que, sem danos à presunção de inocência, seja preservada a validade de norma cujo conteúdo, como acima visto, é adequado a um constitucionalismo democrático”. Voto do Ministro Luiz Fux, Relator da ADI nº 4.578

Assim, votou o Ministro Relator, Luiz Fux, pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar nº 135/10 que adicionaram novas hipóteses de inelegibilidade ao ordenamento jurídico nacional.

Em seguida, o Ministro Joaquim Barbosa apresentou o seu voto-vista, em que acompanhou o Ministro Relator, conferindo especial relevância à mobilização social que deu origem à Lei Complementar nº 135/10, afirmando que o movimento que subsistiu “[r]evela, sobretudo, um despertar de consciência a respeito do real significado da democracia e de um dos elementos constitutivos essenciais que é a representação política”.

E na mesma toada, afirmou analisar o referido normativo sob a ótica da prevalência do interesse público e da valorização da moralidade e não para fins de proteção de interesses individuais e privados, afirmando, no caso, dever haver nítida separação entre as esferas pública e privada e a conferência de prioridade à primeira.

Em seguida votou o Ministro Dias Toffoli, que inaugurou a divergência, iniciando sua argumentação pela análise do papel contramajoritário que deve exercer o STF e pela importância da faceta passiva do direito político – *ius honorum* – e da necessidade de se conferir prevalência a ela, sob pena de se restringir a ampla participação democrática no processo eleitoral.

Afirmou, ainda, que a prevalência do interesse público sobre o individual não poderia culminar com a anulação desse último e que a manutenção das expressões “ou proferida por órgão colegiado” e “ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral” implicariam ofensa ao postulado da presunção de inocência e conseqüente violação de direito individual.

Concluiu que, em conseqüência mesmo dessa violação ao princípio da presunção de inocência, ao permitir que condenações ainda não definitivas operassem seus efeitos, haveria também transgressões aos postulados da segurança jurídica e da isonomia.

Reportou-se ao quanto restou definido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 84.078/MG – que definiu abrangência ampla à garantia da presunção de inocência –, e argumentou que o próprio artigo 15, inciso III, da Carta Política, não permite que o preso provisório perca os seus direitos políticos, mas o advento da Lei Complementar passaria a permitir que a provisoriedade de uma sentença seria suficiente para tornar o indivíduo processado inelegível.

Argumentou, ainda, o Ministro Dias Toffoli, em seu voto divergente, que a previsão do artigo 26-C³⁹ da Lei Complementar não seria suficiente para impedir eventuais incongruências, mas pelo contrário, representaria incongruências ainda mais evidentes, uma vez que significaria regra de inversão do postulado da presunção de inocência, fragilização desse mesmo postulado, injustiça dos dispositivos legais e oportunidade de conferência de poderes excessivos aos juízes, que podem acabar sendo os responsáveis por definir aqueles que poderão ou não participar da disputa eleitoral, com base em critérios subjetivos que muitas vezes serão questionáveis.

Ressalte-se aqui que estamos a nos cingir aos argumentos que tinham relação com o direito fundamental à presunção de inocência, sendo certo que muitos outros aspectos discutidos nos votos não foram e não serão detalhados aqui, por fugirem ao ponto que queremos provar.

A Ministra Rosa Weber acompanhou o voto do Ministro Relator também forte na premissa de que a inelegibilidade não configura uma pena em si, muito menos teria característica penal, sendo evidente, então, o objetivo da Lei Complementar nº 135/10 de fazer valer os princípios da probidade e da moralidade cujo atendimento o §9º do artigo 14 da CF delegou à lei complementar definir⁴⁰.

E quanto ao papel contramajoritário do STF, afirmou a Ministra que o Tribunal não poderia ser insensível às aspirações da maioria, já que, “*em uma democracia pluralista, todos compõem a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*” e, por essa razão, as opiniões diversas devem ser sempre levadas em consideração para se construir uma interpretação consentânea com a unicidade da Constituição Federal. No mesmo sentido votaram a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Ricardo Lewandowski e o Ministro Carlos Ayres Britto.

³⁹ Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d, e, h, j, l e n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

§ 1º Conferido efeito suspensivo, o julgamento do recurso terá prioridade sobre todos os demais, à exceção dos de mandado de segurança e de habeas corpus.

§ 2º Mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no caput, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente.

§ 3º A prática de atos manifestamente protelatórios por parte da defesa, ao longo da tramitação do recurso, acarretará a revogação do efeito suspensivo.”

⁴⁰ Segundo a Ministra Rosa Weber afirmou em seu voto: “O escopo da inelegibilidade não é punir. A norma jurídica não tem no indivíduo seu destinatário primeiro - outro o foco - é sim a coletividade, buscando preservar a legitimidade das eleições, a autenticidade da soberania popular e, em última análise, a assegurar o processo de concretização do Estado Democrático de Direito”.

Em seguida, foi a vez de o Ministro Gilmar Mendes proferir seu voto, que acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli. O Ministro destacou que a presunção de inocência é um postulado estabelecido constitucionalmente em favor das pessoas contra “*abuso de poder e a prepotência do Estado*” e por isso é garantia da mais ampla importância, devendo ser respeitada e irradiada para outros âmbitos que não apenas o penal.

Em seguida, contrapondo-se ao voto do relator, o Ministro Gilmar Mendes fez uma digressão acerca da democracia crítica, cuja concepção alerta para os riscos de uma “*divinização do povo*”, reforçando a necessidade de se assumir que também o povo é falível, assim como todo e qualquer cidadão. E na mesma toada, a respeito da relevância que os demais Ministros conferiram ao fato de a LC nº 135/10 ter origem em iniciativa popular, assim afirmou em seu voto:

O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da Jurisdição Constitucional. É compreensível a ação das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema da ‘ficha-limpa’ tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso **a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei da Ficha Limpa.** A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contramajoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. **Mas a missão desta Corte é aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o ethos de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão.**

Assim, no caso específico, manifestou o Ministro que não compete ao STF relativizar princípios constitucionais para atender aos anseios populares, ressaltando que as decisões contramajoritárias eventualmente tomadas pela Corte Suprema costumam originar movimentos de diálogo institucional, com debates intensos sobre as questões no meio social e político.

Ademais, focou o Ministro outro importante argumento até então não aventado por nenhum de seus outros pares, no sentido de que o regime democrático confere aos cidadãos, ao povo em geral, mecanismos outros de controle da moralidade no âmbito político, sendo o primeiro e mais elementar desses mecanismos o próprio voto.

Outro mecanismo de controle seria a própria nomeação dos candidatos feita pelos partidos políticos, os quais têm importância ímpar no processo democrático, conferida e assegurada constitucionalmente.

Ademais, reforçou o Ministro que o postulado da não culpabilidade (ou da inocência), ao contrário do quanto afirmado pelo Ministro Relator, não poderia ser considerado uma regra, mas sim efetivamente um princípio, tanto pela sua estrutura normativa, como pela sua forma de aplicação e pelo seu caráter fundamental.

Refutou, ainda, o Ministro, os argumentos no sentido de que os julgamentos por órgãos colegiados se revestiriam de certeza e segurança jurídica, uma vez que se encerraria em segunda instância a possibilidade de análise fático-probatória.

Importante notar que também outra premissa constante nos votos proferidos pelo Ministro Relator e por aqueles que o acompanharam foi rechaçada pelo Ministro Gilmar Mendes. Para ele, a perda do direito político passivo (*ius honorum*), considerada de menor importância pelos Ministros filiados ao outro lado da controvérsia, seria uma “*espécie de nulificação da própria cidadania, ainda que temporariamente*”, uma vez que os direitos políticos, em todas as suas facetas -- passiva ou ativa -- correspondem ao direito amplo de participação na vida política do país, sendo essenciais à “*saúde da vida democrática*”.

Em seguida, votou o Ministro Marco Aurélio que acompanhou o Ministro Relator no aspecto atinente à inexistência de violação ao princípio da presunção de inocência. Votaram, então, o Ministro Celso de Mello e o Ministro Cezar Peluso, os quais acompanharam a divergência.

Contudo, restou vencedora a posição do Ministro Relator pela constitucionalidade da lei, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso.

3. Da postura ativista do Supremo Tribunal Federal no julgado acima analisado

Como se observa do resultado e das discussões ocorridas no julgamento da constitucionalidade da chamada Lei da Ficha Limpa, o Supremo Tribunal Federal flexibilizou a extensão do princípio da presunção de inocência, permitindo restrições aos direitos políticos dos cidadãos condenados por colegiados, ainda que referida condenação fosse passível de revisão por meio de recurso.

As inconsistências do referido julgamento são muito claras diante da constatação da relevância do princípio da presunção de inocência para a dignidade da pessoa humana e para o Estado Democrático de Direito.

Tanto é verdade que, a nosso ver, o Supremo Tribunal Federal precisou relativizar a extensão dos direitos políticos para permitir que, na ponderação de valores realizada no exame da constitucionalidade da norma em si, a balança pendesse contrariamente ao princípio da presunção de inocência.

Dessa forma, parece-nos que, não obstante tenha a Corte adotado a técnica de interpretação de direitos fundamentais que entendemos como a mais adequada, ela não foi aplicada com a racionalidade necessária, pois as premissas adotadas para sopesar os direitos em conflito acabaram por desnaturar um deles, o que prejudicou o processo e o resultado da ponderação.

Estamos nos referindo especificamente à diferenciação feita inicialmente pelo Ministro Relator entre direitos políticos passivos e ativos, dotando-se os últimos de uma maior relevância do que os primeiros. Para essa corrente que se sagrou majoritária no Supremo, o direito de votar seria postulado supremo da democracia, ao passo que o direito de ser votado seria mera expectativa de direito, de hierarquia inferior à sua faceta ativa.

E foi precisamente essa distorção do significado dos direitos políticos que permitiu o resultado a que chegou o Supremo, em que se conferiu prevalência aos princípios da moralidade e da democracia frente a direitos políticos despidos de sua real significação; portanto, enfraquecidos no conflito resolvido pela Corte.

Fica claro, da análise acima, que o resultado a que chegou o Tribunal, derivado do seu juízo de ponderação, não pode ser considerado racional porque falha no seu processo de justificação extern⁴¹ ao realizar distorções de premissas, prejudicando todo o desenvolvimento da técnica interpretativa.

Outra inconsistência que nos pareceu flagrante no julgamento foi a afirmação de que, na realização do juízo de ponderação, deveria ser conferida prevalência à própria ponderação

⁴¹ Na sua teoria da argumentação – por meio da qual comprova a racionalidade do seu método de ponderação –, Alexy fixa-se na justificação externa, por ser ela a originar propriamente, de forma purista, a argumentação jurídica. Ele divide, então, seis tipos de regras e formas de justificação externa: (i) lei, ou interpretação; (ii) Ciência do Direito, ou dogmática; (iii) precedente; (iv) razão, ou argumentação prática geral; (v) empiria; e (vi) formas especiais de argumentos jurídicos. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005, pp. 227-273.

feita pelo legislador ordinário quando da promulgação da lei, em detrimento do princípio constitucional apontado como violado.

Ora, a Corte Constitucional reafirmou, ao longo de sua história, a importância do seu papel contramajoritário na preservação da máxima eficácia dos direitos fundamentais quando confrontados com legislação que, a despeito de ter sido aprovada pela maioria do Congresso e de ter evidente apoio popular, confrontava com algum dispositivo constitucional. Todavia, nesse caso específico, preferiu o Supremo ignorar esse papel.

Não estamos aqui a afirmar que a Corte tem sempre que assumir função contramajoritária, mas apenas que no presente caso esse era o papel que ela deveria ter assumido, mesmo porque a argumentação utilizada por ela para reconhecer a constitucionalidade do dispositivo invocado precisou contar com a flexibilização do próprio conceito e extensão dos direitos políticos, tendo a ponderação em si representado inadequada e desproporcional restrição ao princípio da presunção de inocência, por meio da desnaturação dos direitos políticos fundamentais.

Ou seja, a própria ponderação em si foi totalmente desconfigurada, pois ela é uma técnica que visa exatamente a evitar que os princípios fundamentais, quando em conflito, tenham seu conteúdo essencial atingido. E no caso concreto, o próprio Supremo feriu conteúdo essencial dos direitos políticos para chegar a um resultado de ponderação que, automaticamente, também prejudicou a plena eficácia do princípio da presunção de inocência.

E ao contrário do que argumentou o Ministro Relator, entendemos que a nova posição do Supremo referente à extensão do princípio da presunção de inocência no presente caso representou efetiva afronta à proibição de retrocesso, uma vez que reduziu o nível de concreção normativa a que tinha chegado o princípio tanto no julgamento do HC 84078, quando no julgamento da ADPF 144, que houvera decidido pela sua aplicabilidade também no âmbito eleitoral.

Vale dizer que, na linha oposta à defendida pelo Relator, a presunção de inocência não é regra, mas sim efetivo princípio cuja efetividade depende do significado que lhe é atribuído por seus intérpretes. Portanto, aqui se verifica mais uma tentativa de burlar as premissas para conseguir uma pretensa fundamentação do resultado pretendido, o qual se torna, conseqüentemente e desde logo, improcedente e carente de racionalidade.

Além disso, foi argumento frequente no julgamento a supremacia do interesse público sobre o interesse privado dos cidadãos de se candidatar para o exercício de cargos públicos.

Contudo, referido argumento é também frágil, uma vez que não se vislumbra, na atual configuração constitucional e social, uma nítida e estanque separação entre o público e o privado, sendo evidente que os direitos políticos, além de dimensão privada, têm nítida conformação pública, porque dizem respeito diretamente ao exercício da democracia e à plena configuração do Estado de Direito.

É importante notar que todas essas manobras nas premissas interpretativas que permitiram a conclusão a que chegou o Ministro Relator foram justificadas, ao nosso ver, pela pressão política exercida por diversos setores da sociedade em favor da aprovação da Lei da Ficha Limpa.

Foi referido instrumento legal uma das únicas quatro leis de iniciativa popular aprovadas na história da Constituição, o que aos olhos do Supremo deve ter-lhe conferido legitimidade adicional quando do enfrentamento de sua constitucionalidade.

Contudo, a participação popular na aprovação da lei não tem o condão de flexibilizar violação a princípios constitucionais, mormente quando revestidos de fundamentalidade indiscutível e de importância basilar para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

A despeito de todas essas razões, o Supremo Tribunal Federal houve por bem alterar novamente a interpretação do princípio da presunção da inocência, ainda que tivesse buscado focar o conflito de interesses em jogo ao embate entre o direito político passivo e os princípios da moralidade e da democracia.

4. Reflexões conclusivas

Por fim, observando a distorção de premissas que possibilitaram o juízo de ponderação predominante no resultado final e diante das definições e considerações sobre o ativismo judicial que fizemos nas seções introdutórias do presente trabalho, entendemos que a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, no tocante às análises de violação ao princípio da presunção de inocência, é um exemplo de ativismo judicial.

Isso porque, conforme já amplamente debatido acima, o ativismo judicial caracteriza-se quando há a interpretação e aplicação de direitos pelo Supremo Tribunal Federal em atuação que exacerba os limites definidos pelo ordenamento jurídico.

À primeira vista, poderia o leitor afirmar que, no caso da Lei da Ficha Limpa, a Corte simplesmente realizou os juízos de ponderação por nós mesmos defendidos e que, contudo,

tendo chegado a resultado incompatível com o almejado por nós, levou-nos a atribuir a pecha de ativista à decisão.

De fato, se realmente tivesse ocorrido apenas isso, não haveria que se falar em ativismo. Todavia, entendemos que o que ocorreu foi o mascaramento das premissas de fundamentação com a distorção de sentido dos princípios em jogo em articulada tentativa que buscou, no nosso sentir, simplesmente cancelar as expectativas populares no tocante à aprovação e constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa.

Agindo dessa forma – privilegiando os anseios populares em detrimento dos princípios constitucionais fundamentais e utilizando-se, para tanto, de premissas equivocadas e distorcidas sobre os fatos e princípios em jogo –, o Supremo Tribunal Federal extrapolou os limites de atuação que lhe impõe a própria Constituição, acabando por representar a sua violação, ao invés de sua guarda.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”*. in: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. in: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A Nova Interpretação Constitucional - Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BELLAMY, Richard. *Policital Constitutionalism: a Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2007 (versão para kindle).

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch - the Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1962.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARBONELL, Miguel. *Prólogo: nuevos Tiempos Para El Constitucionalismo*. in: CARBONELL, Miguel (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

CARRESE, Paul O. *The Cloaking of Power - Montesquieu, Blackstone and the Rise of Judicial Activism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.

COMELLA, Víctor Ferreres. *Constitutional Courts & Democratic Values - a european perspective*. New Haven: Yale University Press, 2009.

DAHL, Robert. A. *How Democratic is the American Constitution?* New Haven: Yale University Press, 2000 (versão para kindle).

DOW, David R. *America's Prophets - how judicial activism makes America great*. Westport, Praeger, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança - uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Papel Político do Judiciário e suas Implicações*. in: Systemas, Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas. Ano 1, n. 2. Disponível em: <http://www.revistasystemas.com.br/index.php/systemas/article/view/21/16>. Acesso em 24.03.2014.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies - Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003 (versão para kindle).

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy - the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LANDFRIED, Christine. *Germany*. in: TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn (org.) *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism - the endurance of the Warren Court legacy in a Conservative Age*. Lanham: Rowman & Littlefield Publisher Inc., 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editora Ariel 1986.

MORESO, José Juan. *Conflictos entre Principios Constitucionales*. in: CARBONELL, Miguel (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. Saint Paul: Thomson West, 2004.

POWERS, Stephen P. E ROTHMAN, Stanley. *The Least Dangerous Branch? Consequences of Judicial Activism*. Westport: Praeger, 2002 (versão para kindle).

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, sem indicação de ano (versão para Kindle).

ROBERTSON, David. *The Judge as Policital Theorist*. Princeton: Princeton University Press, 2010 (versão para kindle).

ROOSEVELT III, Kermit. *The Myth of Judicial Activism - making sense of Supreme Court Decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006 (versão para kindle).

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHMITT, Carl. *O Guardiã da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUTHERLAND, Mark I. *Redefining the Rules*. In: SUTHERLAND, Mark I. (org.) *Judicial Tyranny - the new kings of america?* Saint louis: Amerisearch, 2007 (versão para kindle).

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. *Weak Courts, Strong Rights - judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008 (versão para Kindle).

_____. *Why the Constitution Matters*. New Haven: Yale University Press, 2010 (versão para kindle).

Artigo recebido em 29 de maio de 2014.

Artigo aprovado para publicação em 08 de junho de 2014.

DOI: 10.11117/1982-4564.07.06



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.

A atuação do STF na construção do sistema tributário: estudo da jurisprudência do tribunal acerca da incidência do ICMS na importação de mercadorias

Flávio Eduardo Carvalho *

Resumo: O texto trata do papel institucional do Supremo Tribunal Federal na fixação de conceitos tributários e na conformação do Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. A análise de todas as decisões do STF acerca da incidência do ICMS sobre a importação de mercadorias demonstra a inexistência de critérios fático-jurídicos seguros para a orientação social sobre o tema. Demonstrou-se que falta previsibilidade e coerência nas decisões, características consideradas imprescindíveis em qualquer sistema jurídico.

Palavras-chave: Definição de conceitos. Função institucional da Corte. Sistema Tributário. Necessidade de previsibilidade e coerência.

Abstract: The paper deals with the institutional role of the Supreme Court in setting tax concepts and conformation of the Brazilian Constitutional Tax System. The analysis of all the Supreme Court decisions regarding the levying of VAT on imported goods demonstrates the lack of secure factual and legal criteria for social guidance on that theme. The text demonstrated that lack predictability and consistency in the decisions, characteristics considered essential in any legal system.

Keywords: Definition of concepts. Institutional role of the Court. Tax System. Need for predictability and consistency.

* Advogado, Sócio da SSPLAW. Formado em Direito pela Universidade Federal de Brasília (UnB), é pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e em Planejamento Tributário pela Faculdade de Contabilidade da UnB.

1. Introdução

O presente trabalho faz uma análise crítica e pontual da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (“STF”) nos últimos 10 anos sobre a incidência do ICMS na importação de mercadorias do exterior.

O objetivo do estudo é, além de demonstrar a flutuação de entendimentos ao longo dos anos, apontar alguns argumentos que até o momento não foram levados em consideração pela Suprema Corte e que certamente poderiam trazer algumas luzes para a definição de tão tormentosa questão para os Estados brasileiros e para as empresas.

O trabalho também servirá para demonstrar que o STF, com relação ao tema analisado, não tem contribuído para a construção efetiva do sistema tributário, que deveria se caracterizar por um modelo de tributação mais coerente, harmônico, compreensível, previsível e, principalmente, mais justo. Afinal, os tributos configuram elemento crucial na formação e manutenção das sociedades modernas, tendo em vista a necessidade crescente de recursos para garantir condições mais justas e igualitárias aos cidadãos¹.

O trabalho foi desenvolvido com o estudo de casos envolvendo a aplicação de uma única norma constitucional: o inciso IX do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal. Para tanto, buscou-se identificar as situações de fato apreciadas pelo STF e os argumentos que prevaleceram quando dos julgamentos. Fez-se, a partir dessa primeira análise, a identificação do histórico das conclusões do STF ao longo dos últimos 10 anos, em que foram julgados aproximadamente 17 processos por ambas as Turmas da Corte. Ao final, são trazidos alguns dos argumentos jurídicos relevantes para a solução da questão, mas que ainda não foram apreciados pelo STF. A conclusão do estudo demonstrará que as decisões da Suprema Corte

¹ Como extrai-se da inovadora obra de Liam Murphy e Thomas Nagel (O mito da propriedade. SP: Martins Fontes, 2005), nas economias capitalistas, os impostos não são apenas formas de se pagar pelos serviços públicos e governamentais, mas um importante instrumento por intermédio do qual o sistema político coloca em prática determinadas concepções de justiça.

Convém ressaltar que a referida obra, como os próprios autores advertem, tem como referência o sistema tributário e político americano, o que torna necessário que a utilização dos conceitos e ideias ali contidas seja bastante cuidadosa, evitando-se o uso deslucado de teorias, com o único objetivo de conferir credibilidade ao argumento defendido, mas com baixa credibilidade científica e acadêmica (situação muito comum nas pesquisas jurídicas).

Embora não concorde integralmente com as conclusões e teorias defendidas por Murphy e Nagel, é importante reconhecer que os autores colocaram sob holofotes o debate tributário, especialmente pela sua tentativa de empreenderem uma discussão teórica e prática que confira maior densidade filosófica e ética nas estratégias fiscais dos governos.

não têm contribuído para a formação do sistema tributário quanto ao tema julgado, tendo em vista a completa imprevisibilidade das posições da Corte.

2. Justificativa dos casos escolhidos

O estudo está focado na questão da definição do Estado brasileiro competente para exigir (sujeito ativo da obrigação) o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (“ICMS”) incidente na importação de mercadorias do exterior.

O tema é relevante para a pesquisa, pois se identificou que nos últimos 10 anos o STF tem analisado diversos processos sobre a matéria e seu entendimento tem variado de forma inconsistente, o que tem gerado decisões com posições antagônicas das duas turmas da Corte e até mesmo de um mesmo ministro num único ano.

Como se verá, sem que haja elementos fáticos bem delineados ou razões jurídicas consistentemente fundamentadas, os julgados decidem aleatoriamente, a partir da mesma norma constitucional, que, num caso, o contribuinte deve ser o importador e, noutro, o destinatário final da mercadoria, deslocando, por óbvio, a sujeição ativa (Estado competente para receber o tributo).

Além disso, nota-se que os julgamentos realizados pelo STF pecam pela falta de definições seguras de conceitos e de elementos normativos que permitam à comunidade jurídica, aos legisladores (federal e estaduais) e à sociedade em geral uma melhor conformação ou, em outras palavras, a organização que o sistema tributário, como sistema normativo ordenado e coerente² que é, deveria propiciar. Afinal, se as decisões não garantem ordem e coerência, principalmente face às manifestações anteriores do Tribunal, tem-se, em verdade, caos tributário e não um sistema harmonizado.

Essa falta de consistência e de definição de elementos seguros na análise dos casos e das normas jurídicas aplicáveis gera dúvida e insegurança. Isso, obviamente, em nada contribui para a formação e implementação do sistema tributário brasileiro, tendo em vista que a pesquisa demonstrou que as decisões do STF são aleatórias e casuísticas, dificultando a

² O sistema jurídico é caracterizado como ordem teleológica. Ou, mais especificamente, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais do Direito (e não de normas, conceitos, institutos jurídicos ou valores), pois estes são os que melhor atendem às características do SJ (adequação e unidade na conformação dos fenômenos). (CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2008).

orientação tanto dos contribuintes quanto dos Estados (na cobrança dos tributos e na criação de suas normas de incidência).

3. A legislação aplicável – ICMS importação

Para delimitação das normas aplicáveis, tem-se que as linhas mestras normativas sobre a questão que será analisada são encontradas na Constituição Federal³ e na Lei Complementar n. 87/96⁴. Nelas tem-se alguns dos elementos importantes para a definição dos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária relativa ao ICMS quando da importação de mercadorias do exterior.

À guisa de ilustração, é interessante citar um exemplo de como os Estados têm tratado a questão. Optou-se pela legislação do Estado de Minas Gerais, por ser um Estado bastante ativo, atualmente, na exigência de ICMS em hipóteses como as analisadas no estudo. A legislação mineira (Lei Estadual n. 6.763/75) prevê o seguinte:

Art. 33

1º - Considera-se local da operação ou da prestação, para os efeitos de pagamento do imposto:

1) tratando-se de mercadoria ou bem:

1 - importados do exterior:

1.1 - o do estabelecimento:

³ Diz a alínea “a” inciso IX do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, que:

“Art. 155.

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, **cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;**” ([g.n.](#))

⁴ A Lei Complementar n. 87/96, em seu artigo 11, inciso I, letra “d”, traz elementos normativos relacionados com a sujeição passiva do tributo, assentando que: Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física;

e) importado do exterior, o do domicílio do adquirente, quando não estabelecido

A mesma Lei Complementar n. 87/96 define quando se considera ocorrido o fato gerador, afirmando que:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

IX – do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior

1.1.3 - destinatário, onde ocorrer a entrada física de mercadoria ou bem, quando a importação, promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, esteja previamente vinculada ao objetivo de destiná-los àquele.

Embora as normas estaduais difiram em redação, as exigências do ICMS Importação decorrem invariavelmente de previsões semelhantes à mencionada, por isso que as diferenças são irrelevantes para os fins deste estudo.

4. Contextualização dos julgamentos analisados e conclusões do STF

Antes de se dar início à análise dos julgados, importante esclarecer que a pesquisa analisou um período de 10 anos da jurisprudência do STF sobre o tema objeto do estudo, tendo sido analisados 17 processos julgados por ambas as Turmas da Corte. Essa delimitação temporal foi feita, pois não se identificou julgados anteriores que tratassem especificamente sobre essa questão.

No período anterior a 2004, como se verificou, os precedentes do STF versavam sobre o momento da incidência do ICMS, pois os contribuintes consideraram inconstitucional a exigência do tributo no momento do despacho aduaneiro, ao fundamento de que ainda teria havido a circulação da mercadoria no território nacional. Contudo, tal tese não teve acolhida no STF, que, neste tema, seu entendimento não variou, considerando constitucionais as leis que previam a incidência do ICMS quando do despacho aduaneiro⁵.

A seguir, serão apresentados um resumo fático e as conclusões a que chegou o STF, com o que será possível identificar a falta de coerência dos julgados e a inexistência de compromisso com a definição de conceitos, o que significa grave insegurança para o sistema tributário. Para facilitar a compreensão, o presente trabalho utilizará o termo **importador** para

⁵ *ICMS sobre mercadorias importadas. Fato gerador. Elemento temporal, Art. 155' § 2º, IX, a, da Constituição Federal. O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 192.711, assim decidiu: "ICMS — incidente sobre mercadorias importadas, fato gerador. Elemento temporal, CF/88. art. 155, § 2º, IX, a. Afora o acréscimo decorrente da introdução de serviços no campo da abrangência do imposto em referência, até então circunscrito a circulação de mercadorias, duas alterações foram feitas pelo constituinte no texto primitivo (art. 23, § 11, da Carta de 1969), a primeira, na supressão das expressões: 'a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor de mercadoria importada do exterior por seu titular'; e, a segunda, em deixar expresso caber 'o imposto ao Estado onde estiver situado o destinatário da mercadoria'. Alterações que tiveram por consequência lógica a substituição da entrada da mercadoria no estabelecimento do importador para o do recebimento da mercadoria importada, como aspecto temporal do fato gerador do tributo, condicionando-se o desembarço das mercadorias ou do bem importado ao recolhimento, não apenas dos tributos federais, mas também do ICMS incidente sobre a operação" (grifos meus) (STF — 1ª. T. — REExt. Nº 218.194-5/SP — Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção 1, 17 abr. 1998, p. 21)"*

definir sempre a empresa que realizou as atividades e procedimentos necessários para internalizar a mercadoria no país e o termo **destinatário final** para definir a empresa que deu entrada da mercadoria no estabelecimento em território nacional.

1) *AI 832278 AgR, Relator Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 18/06/2013*

Fatos:

A empresa Fiat ajuizou ação rescisória buscando rescindir acórdão que a considerou sujeito passivo do ICMS incidente na importação de mercadorias.

Ela sustentou a tese de que o contribuinte seria o importador, sendo devido o imposto ao Estado onde este estiver estabelecido.

Argumentos no julgamento do recurso da empresa:

O Relator afirmou que a “tese sustentada pela parte agravante [empresa] vai de encontro com a jurisprudência desta Suprema Corte, que se firmou no sentido de que o ICMS das importações será devido ao Estado onde está domiciliado o estabelecimento destinatário do bem importado. Caso assim não fosse, bastaria às empresas instalarem suas sedes em regiões onde eventualmente usufruam de benefícios fiscais para vender seus produtos em qualquer parte do país sem que sejam onerados pela totalidade do tributo devido.”⁶

2) *RE 611576 ED, Relator Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 05/02/2013*

Fatos:

As mercadorias importadas ingressaram no País na aduana de São Borja (RS), e tinham como destino direto a fábrica da General Motors, localizada na cidade de Gravataí, naquele mesmo Estado. O contribuinte pretendia que o sujeito ativo fosse o Estado do Paraná, onde estabelecida a empresa importadora.

Argumentos no julgamento do recurso da empresa:

Da mesma forma que no caso anterior, o Ministro Fux assentou que a “tese sustentada pela parte agravante [empresa] vai de encontro com a jurisprudência desta Suprema Corte, que se firmou no sentido de que o ICMS das importações será devido ao Estado onde está domiciliado o estabelecimento destinatário do bem importado [RS]. Caso assim não fosse,

⁶ O processo ainda aguarda julgamento dos Embargos de Declaração da empresa.

bastaria às empresas instalarem suas sedes em regiões onde eventualmente usufruam de benefícios fiscais para vender seus produtos em qualquer parte do país sem que sejam onerados pela totalidade do tributo devido.”⁷

3) *RE 555654 AgR, Relator Min. Ayres Britto, 2ª Turma, julgado em 08/11/2011*

Fatos:

A empresa LMG Comércio Internacional, estabelecida em Minas Gerais, sustentou que o destinatário da mercadoria importada seria a empresa LOWAN, estabelecida no Espírito Santo.

Argumentos no julgamento do recurso da empresa (LMG):

O Ministro Britto encampou o entendimento da Corte de Origem, contrário à defesa do contribuinte, qualificando a operação como “importação indireta”. Disse que a “autuação sustenta-se na suposta falta de recolhimento do ICMS que seria devido em face da importação de mercadorias por parte da impetrada [entenda-se impetrante] que foi adquirida através da importadora, Lowan Comercial Importadora e Exportadora Ltda e remetida para o seu estabelecimento, haja vista a desconsideração do fisco do pagamento do ICMS realizado pela importadora no local onde se encontra estabelecida, Estado do Espírito Santo.”

4) *AI 792467 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Relator p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 06/09/2011*

Fatos:

Voith Paper, sediada em São Paulo, importou mercadorias por aquele Estado, mas Minas Gerais considerou que a mercadoria tinha como destinatário a Cenibra lá estabelecida. Menciona-se que existia, previamente à importação, pedido expresso e formalizado em contrato entre Cenibra e Voith, o que demonstraria que o destino final da mercadoria seria Minas.

Argumentos no julgamento do recurso da empresa (Cenibra):

⁷ O processo está sobrestado com Embargos de Declaração da empresa para aguardar o julgamento do ARE 665134 (RG).

O Ministro Lewandowski cita diversos trechos do acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e da sentença que mencionam ser a Cenibra a destinatária final das mercadorias, conforme diversos documentos juntados à ação.

Nesse caso, o Ministro Marco Aurélio discordou do Ministro Lewandowski quanto ao julgamento monocrático do recurso, pois para ele deveria ser incluído o processo em pauta para possibilitar a sustentação oral. De forma um tanto confusa, o Ministro M. Aurélio diz que seria o importador estabelecido em São Paulo o destinatário da mercadoria, sem explicitar as razões.

O entendimento do Ministro Marco Aurélio acabou sendo seguido pelos Ministros Toffoli e Fux, mas somente quanto a esse ponto processual.⁸

5) *ARE 642416 AgR, Relator Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 28/06/2011*

Fatos:

A mercadoria foi importada pelo Porto de Santos, por empresa importadora estabelecida no Espírito Santo, com destino final empresa estabelecida em São Paulo. Ou seja, a mercadoria entrou no país por São Paulo e lá ficou.

O Estado de São Paulo pretendia cobrar ICMS sobre a importação em seu território.

Argumentos no julgamento do recurso do Estado de São Paulo:

O Ministro Gilmar, sem contudo apontar razões jurídicas relevantes, afirma que não seria possível chegar à conclusão diversa da do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido de que o importador estaria situado no Espírito Santo, então esse Estado seria o sujeito ativo.

Ou seja, embora o Ministro pareça argumentar em termos processuais, no sentido de não poder analisar os fatos da demanda, o que importaria em não conhecimento do recurso, acabou por fazer incursões na questão de fundo, respaldando o entendimento de que o tributo seria devido ao Estado onde localizado o importador e não o destinatário final.

6) *AI 653654 AgR, Relator Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, julgado em 14/09/2010*

Fatos:

⁸ Este caso foi incluído na análise, embora ainda não julgado, pois a questão de fundo começou a ser debatida, tendo o Ministro Marco Aurélio, inclusive, se manifestado pela inclusão dele em pauta para que o advogado pudesse fazer a defesa em sustentação oral.

O Estado do Rio Grande do Sul exigiu ICMS incidente na importação da empresa Comercial Sul Importadora e Exportadora Ltda. alegando que as mercadorias, embora tenham entrado no País pelo Espírito Santo, elas eram remetidas diretamente para o destinatário final localizado em Santa Rosa/RS.

Argumentos no julgamento do recurso da empresa:

De acordo com o Ministro Joaquim Barbosa, ausentes indícios ou provas de fraude, simulação ou ausência de propósito comercial capazes de descaracterizar o destinatário jurídico da operação de importação, deve-se reconhecer que o importador foi quem efetivamente internalizou a mercadoria, sendo a operação subsequente uma venda interna interestadual.

Ou seja, haveria duas operações, ambas tributadas: uma de importação, e outra, de transferência da mercadoria entre filiais.

Mencionou, ainda, que questões relacionadas com benefícios fiscais devem ser resolvidas pelos “instrumentos federativos, judiciais ou extrajudiciais, sem que os entes busquem soluções individuais, circunscritas à sua autonomia e em franca divergência com os ideais de convivência harmônica e de segurança jurídica emanados da Constituição”. Assim, no entender do Ministro Joaquim, acompanhado pela Turma, o Estado do Espírito Santo seria o sujeito ativo do ICMS importação, onde estabelecido o importador.

7) *RE 600559 AgR, Relator Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010*

Fatos:

A empresa alegou que a importação foi feita pela sua filial de Ipatinga/MG, não sendo devido o ICMS importação ao Estado de SP, embora o destino final tenha sido seu estabelecimento de Taubaté/SP.

Argumentos no julgamento do recurso da empresa:

O Ministro Joaquim menciona que não é tarefa simples identificar o destinatário jurídico da operação de importação, tendo em vista a complexidade da legislação do ICMS e diversas estruturas que podem ser adotadas pelas empresas. Diz que as empresas podem importar por conta-e-ordem, por encomenda ou até por filiais localizadas em Estados diversos.

Para ele, a pesquisa pelo destinatário não pode se esgotar no exame formal da estrutura, do modelo de importação ou do negócio jurídico adotado, devendo também ser analisadas a utilização dada ao bem e se as operações posteriores são tributadas.

No caso julgado, a conclusão do Ministro Joaquim foi por considerar o ICMS devido ao Estado de São Paulo ao fundamento de que o estabelecimento de Taubaté que “daria finalidade funcional e econômica aos bens”, mencionando que não haveria propósito comercial na utilização do estabelecimento de Minas para realização da importação.

8) *RE 405457, Relator Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, julgado em 04/12/2009*

Fatos:

A mercadoria foi importada por estabelecimento da própria empresa situado em Curitiba, desembarcado em Santos e destinado a outro estabelecimento da empresa localizado em São Paulo. Tanto a entrada no estabelecimento curitibano quanto a posterior transferência da mercadoria para SP deu-se fictamente (apenas documentalmente).

Argumentos no julgamento do recurso da empresa:

O Ministro Joaquim, favorável ao contribuinte que questionava a exigência do Estado de São Paulo, diz que o artigo da Constituição estabelece a competência para a arrecadação com base no princípio da territorialidade, o que ele define da seguinte forma: “Como a hipótese de incidência do ICMS, nessa modalidade, é a operação de circulação de bem amparada por importação, o destinatário a que alude o inciso IX do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal é o **jurídico**, isto é, o destinatário legal da operação da qual resulta a transferência de propriedade do bem, o importador-adquirente. A noção se contrapõe à ideia do destinatário da **mera remessa física do bem**”.

Em seguida, menciona que a questão está envolta dos problemas da guerra fiscal entre os Estados. Diz que é importante a distinção entre destinatário jurídico, físico ou aparente para a salvaguarda do pacto federativo, sem apresentar, contudo, a definição desses conceitos de destinatário jurídico, físico ou aparente. Prossegue assentando que o critério de partilha das competências tributárias não serve para favorecer os Estados privilegiados geograficamente e logisticamente, por possuírem zonas alfandegárias primárias (que entende ser os locais onde ocorrem por excelência os desembarques aduaneiros). Assevera, também, não ser possível considerar válidas operações sem propósito comercial. E conclui que o critério constitucional

para a definição do sujeito ativo “tem assento na expressão econômica que grava o ato de importação do bem e a função que ele terá para o seu destinatário.

Considera irrelevante o fato de o desembarço e a circulação da mercadoria ter se dado exclusivamente em território diverso de onde situado o importador, pois, segundo entende, o importante é identificar quem é o responsável pelo negócio jurídico que subsidiou a operação e trouxe os produtos ao território nacional, não sendo decisiva, para identificação do sujeito ativo, a entrada física dos bens em estabelecimento da pessoa jurídica.

Menciona o RE 268.586 (comentado mais adiante), em que teria ficado decidido que o importador seria mero intermediário ou consignatário das mercadorias, o que não ocorria na hipótese que estava em análise. Deu ênfase ao destaque do imposto devido na operação interestadual, para confirmar sua tese de que não haveria ofensa ao pacto federativo, em especial por ter sido indicada a existência de concessão intensa de benefícios fiscais.

9) *RE 590243 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, julgado em 13/10/2009*

Fatos:

Importação de veículos pela Cisa Trading, estabelecida no Espírito Santo, que, logo após o desembarço, revendeu os bens para duas concessionárias localizadas em Minas Gerais, conforme termo de compromisso firmado com a General Motors, que tem sede em SP.

Argumentos no julgamento do recurso da empresa:

O Ministro Lewandowski disse que não devem prevalecer os pactos particulares, mas sim a efetiva destinação do bem importado. Considerou irrelevante o local onde desembarçada a mercadoria ou onde situado o importador, sendo importante o local do adquirente efetivo/destinatário final da mercadoria importada, que era Minas Gerais no caso analisado.

10) *AI 733464 AgR, Relator Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, julgado em 25/08/2009*

Fatos:

Walmart Brasil Ltda. alega que seu estabelecimento localizado em Itapevi/SP importou as mercadorias posteriormente destinadas ao seu estabelecimento de Contagem/MG, Estado que lhe exigiu o pagamento do ICMS Importação.

Argumentos no julgamento do recurso da empresa:

A Ministra Cármen Lúcia afirmou que estaria confirmado nos autos que as mercadorias foram importadas com o intuito de serem enviadas ao estabelecimento situado em Contagem, “vez que foram remetidos a este, em sua totalidade, incontinenti a sua chegada ao outro estabelecimento localizado no Estado de São Paulo”.

Por isso, concluiu que o sujeito ativo do ICMS Importação “é o Estado onde estiver o domicílio ou estabelecimento do destinatário da mercadoria importada e não o ente da federação onde ocorreu o desembaraço aduaneiro”.

11) *AI 663936 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, julgado em 30/06/2009*

Fatos:

A decisão não traz qualquer dado do caso concreto.

Os dados de fato foram obtidos no acórdão do TJSP, em que se verificou que: a empresa DELL, com sede no Estado do Rio Grande do Sul, afirma que importava mercadorias por São Paulo, as quais transitavam por estabelecimento paulista que lhe prestava assistência técnica.

Argumentos no julgamento do recurso da empresa:

O Ministro Relator apenas afirma que o “fato gerador do imposto ocorre no momento do desembaraço aduaneiro, no entanto, o Estado credor é aquele onde se localiza o estabelecimento importador”.

12) *RE 598051 AgR, Relator Min. Eros Grau, 2ª Turma, julgado em 12/05/2009*

Fatos:

A decisão não traz qualquer dado do caso concreto.

Os dados de fato foram obtidos no acórdão do TJSP, em que se verificou que o Estado de SP ajuizou execução fiscal exigindo da empresa AMBEV o ICMS Importação incidente

sobre o malte importado por sua filial estabelecida em Teresina, no Estado do Piauí, desembaraçada em Santos e posteriormente destinada a seu estabelecimento em Jaguariúna/SP.

Argumentos no julgamento do recurso da empresa:

O Ministro Eros apenas citou os precedentes RE 299079 e AI 635746 para justificar sua posição contrária à empresa, sem notar que o RE 299079 seria contrário ao que estava sustentando, tal qual feito no AI 635746.

13) *AI 620448 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, julgado em 13/05/2008*

Fatos:

O Estado do Rio Grande do Sul exigia o ICMS Importação sustentado que o desembaraço aduaneiro ocorreu em seu território. Além disso, alegou que, embora a sede da empresa importadora ficasse no Estado do Espírito Santo, as mercadorias nunca saíram do RS.

Argumentos no julgamento do recurso do Estado do Rio Grande do Sul:

O Ministro Lewandowski alegou que o ICMS é devido ao Estado onde localizada a sede da importadora, sendo irrelevante “o fato de as mercadorias nunca haver transitado no referido Estado”. Citou o RE 299.079 para confirmar esse entendimento.

Mencionou, também, trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no RE 268.586/SP (apreciado adiante), em que teria ficado consignado o fato de que a mercadoria importada nunca tinha transitado pelo Espírito Santo não modifica sua condição de credor do ICMS Importação. Se a sede da importadora fica no Espírito Santo, sendo ela a compradora da mercadoria do exterior, não se exige que a mercadoria seja levada para o Espírito Santo se o seu comprador está em São Paulo.

Assim, entendeu-se que, mesmo sendo o desembaraço em Santos e o envio da mercadoria ao comprador também no Estado de São Paulo, não haveria qualquer modificação da sujeição ativa (Espírito Santo).

14) *AI 635746 AgR-AgR, Relator Min. Eros Grau, 2ª Turma, julgado em 26/02/2008*

Fatos:

A importação ocorreu pela empresa Cisa Trading, estabelecida no Estado do Espírito Santo, lá desembaraçada e encaminhada para o armazém da *trading* no próprio Estado. Posteriormente, a mercadoria seguiu para o Estado de Minas.

Argumentos no julgamento do recurso da empresa:

O Ministro Eros apenas citou os precedentes RE 299079 e AI 635746 para justificar sua posição contrária à empresa, sem notar que o RE 299079 seria contrário ao que estava sustentando. Embora a empresa tenha tentado demonstrar em dois recursos o desacerto da aplicação do RE 299079, que respaldava sua tese, o Ministro Eros manteve sua posição contrária, baseado no referido julgado.

15) *AI 531240 AgR, Relator Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, julgado em 21/02/2006*

Fatos:

Esse caso é interessante.

O Ministro Peluso aplicou multa no julgamento do agravo regimental do Estado por entender que a questão estava pacífica quanto ao tema no STF. Contudo, como se pode observar dos precedentes do STF, a tese não está pacífica até hoje.

Além disso, o caso, segundo se depreende do acórdão do STJ (REsp 256.814), envolvia uma importação de álcool realizada por uma empresa agroindustrial estabelecida no Estado de Alagoas pelo porto do Rio de Janeiro. Realizado o desembaraço no Rio, a mercadoria foi encaminhada para a Petrobrás (não está evidente no acórdão se tal remessa deu-se por um contrato prévio à importação), em seu estabelecimento em Duque de Caxias. Ainda mais curioso é que Alagoas isentava de ICMS tal operação.

Ou seja, não houve pagamento de ICMS na operação.

Argumentos no julgamento do recurso do Estado do Rio de Janeiro:

O Ministro Peluso considerou protelatório o Agravo Regimental do Estado e passou praticamente todo o voto tecendo considerações a esse respeito, sem nada tratar do mérito, que somente foi analisado na decisão agravada que se reportava ao RE 396859 AgR e ao RE 299.079.

16) RE 268586, Relator Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 24/05/2005

Fatos:

A empresa Polaroid ajuizou ação anulatória de débito fiscal constituído pelo Estado de São Paulo exigindo ICMS Importação, alegando que a importação teria sido feita pela empresa Oceania, importadora sediada no ES, empresa que seria beneficiária do sistema FUNDAP, pelo qual o ES concede benefícios fiscais às importações.

As mercadorias eram desembaraçadas no Porto de Santos e de lá seguiam diretamente para o estabelecimento da Polaroid em SP.

Argumentos no julgamento do recurso da empresa:

O Ministro Marco Aurélio, no início do seu voto, após fazer o relato dos fatos, afirma:

“Poucas vezes defrontei-me com processo a revelar drible maior ao Fisco. O acordo comercial FUNDAP, (...), é pródigo na construção de ficções jurídicas para chegar-se à mitigação do ônus tributário (...) A toda evidência, tem-se quadro escancarado de simulação”.

Em seguida, abandonando essa questão do vício do negócio jurídico, o Ministro assevera que o Plenário do STF já teria decidido que a previsão contida na Constituição de 1988 teria deixado claro que o sujeito ativo do tributo é o “Estado onde aportada a mercadoria, ficando mitigada a referência a estabelecimento destinatário”.

Citou os precedentes que trataram apenas da questão do momento da ocorrência do fato gerador, considerando-se constitucional a exigência do tributo no desembaraço aduaneiro. Tais precedentes, contudo, não cuidaram da questão sob o prisma do caso que estava sendo analisado pelo Ministro Marco Aurélio, o que foi suscitado pelos Ministros Sepúlveda Pertence⁹ e Carlos Britto.

No julgamento, os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso¹⁰ e Sepúlveda Pertence (este mudou de posição no final do julgamento, acompanhando os fundamentos do Ministro Peluso) entenderam que o tributo seria devido ao Estado onde estabelecido o destinatário final, ficou vencido o Ministro Carlos Britto, que pouco tempo antes tinha relatado o RE

⁹ O Ministro Pertence menciona, em suas intervenções durante o julgamento, o entendimento por ele externado no RE 396859 (comentado em seguida), em que se analisou a operação de importação envolvendo mercadoria destinada à Petrobrás.

¹⁰ Disse o Ministro em seu voto: “O decisivo é saber a quem, segundo o teor do negócio jurídico subjacente ao ato material da importação, é destinada a mercadoria que o próprio adquirente ou, por ele, terceiro traz do exterior. Isto é, quem adquire a mercadoria à importação”.

299.079 em ficou definido que o importador seria o sujeito passivo (analisado mais adiante)

11 .

17) *RE 396859 AgR, Relator Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julgado em 26/10/2004*

Fatos:

A importação de álcool foi realizada pelo porto do Rio de Janeiro por uma empresa estabelecida nos Estados de Pernambuco, Paraíba e no Mato Grosso do Sul. Realizado o desembaraço no Rio, a mercadoria foi encaminhada para a Petrobrás (não está evidente no acórdão se tal remessa deu-se por um contrato prévio à importação), em seu estabelecimento em Duque de Caxias. Ainda mais curioso é que Alagoas isentava de ICMS tal operação.

Argumentos no julgamento do recurso do Estado do Rio de Janeiro:

O Ministro Sepúlveda, embora tenha afirmado que a matéria foi julgada pelo STJ apenas em face da LC 87/96, o que levaria ao não conhecimento do Recurso Extraordinário, tendo em vista a solução da questão no âmbito infraconstitucional, diz, citando o RE 299.079, que “quando a operação se inicia no exterior, o ICMS é devido ao Estado em que está localizado o destinatário jurídico do bem, vale dizer, ao Estado onde se encontra o importador”¹².

18) *RE 299079, Relator Min. Carlos Britto, 1ª Turma, julgado em 30/06/2004*

Fatos:

O caso envolvia importação de álcool realizada por empresa agroindustrial estabelecida no Estado de Pernambuco pelo porto do Rio de Janeiro. Realizado o desembaraço no Rio, a mercadoria foi encaminhada para a Petrobrás (não está evidente no acórdão se tal remessa deu-se por um contrato prévio à importação), em seu estabelecimento em Duque de Caxias. O Rio entendia que a ele seria devido o ICMS Importação, pois a mercadoria foi destinada fisicamente ao seu território, ainda que juridicamente a importação tenha sido feita por estabelecimento de outro Estado.

¹¹ Este precedente é o que mais foi debatido entre os ministros quando do julgamento, demonstrando ter sido a questão de fundo bem compreendida por todos, embora não se tenha, também nessa oportunidade, definido conceitos que serviriam de lastro para a fixação de um entendimento coerente do Tribunal posteriormente.

¹² Este caso é muito semelhante (diferenciando-se apenas os Estados onde localizados os estabelecimentos importadores) ao AI 531240 (analisado anteriormente no item 15).

Curioso é que Pernambuco isentava de ICMS tal operação. Ou seja, não houve pagamento de ICMS na operação.

Argumentos no julgamento do recurso do Estado do Rio de Janeiro:

Nesse caso, os Ministros Carlos Britto, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio mencionaram que estavam analisando um caso novo, pois não se discutia se o desembaraço poderia ser fato gerador do ICMS, questão que era levada até então ao STF.

Em seu voto, o Ministro Britto é textual em dizer que a discussão do processo “cinge-se à abrangência da expressão ‘cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria’”.

Disse, ainda, que na interpretação da norma e definição do sujeito ativo não é importante o local onde feito o desembaraço aduaneiro, que é apenas o fato gerador, mas sim onde se localiza o sujeito passivo que promoveu juridicamente o ingresso da mercadoria no país. Mencionou que o dispositivo constitucional, quando se refere a “estabelecimento destinatário”, não especifica o tipo de estabelecimento, se é o final ou não.

Citou Roque Antonio Carraza, na obra “ICMS”, para assentar que, quando a operação se inicia no exterior, o ICMS é devido ao Estado em que localizado o destinatário jurídico do bem.

O Ministro Marco Aurélio acresceu que se trata de “tributo sobre a importação (...). Impossível é valorizar-se o desembarque de modo a se afastar do cenário jurídico a norma constitucional definidora do Estado titular do tributo”. Ressaltou, ainda, que “a conclusão seria diversa se a recorrida [empresa estabelecida em Pernambuco] fosse proprietária de estabelecimento no destino, no Estado do Rio de Janeiro. Repito que o negócio jurídico subsequente à importação, que foi a venda à Petrobrás, não repercute na relação tributária primitiva”.

Assim, após termos explicitado os fatos e os argumentos jurídicos apreciados nos 18 casos analisados pelo STF, apresenta-se, a seguir, as conclusões dos julgados acerca de quem é o sujeito passivo do ICMS na importação de mercadorias. O quadro está dividido por ministros relatores e decisões proferidas pelas Turmas ao longo últimos 10 anos, com a identificação se a conclusão foi pela incidência sobre o importador ou sobre o destinatário final:

Legenda: Importador (IMP) Destinatário Final (DES)

Ministro	2004	2005	2006	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Carlos Britto	- IMP - RE 299.079 (1T)						- IMP - RE 555.654 (1T)		
Marco Aurélio		- DES - RE 268.856 (1T)					AI 792.467 (1T) ¹³		
Ricardo Lewandowski				- IMP - AI 620.448 (1T)	- IMP - AI 663.936 (1T) / - DES - RE 590.243 (1T)				
Cármen Lúcia					DEST - AI 733.464 (1T)				
Joaquim Barbosa					- IMP - RE 405.457 (2T)	- DES - RE 600.599 (2T) / - IMP - AI 653.654 (2T)		ARE 665.134 ¹⁴	

¹³ Nesse caso, o Ministro Lewandowski citou diversos trechos do acórdão e da sentença que mencionam ser a Cenibra a destinatária final das mercadorias, conforme documentos juntados à ação, sendo ela a contribuinte do ICMS Importação e não o importador. O importante, nesse caso, foi a manifestação do Ministro Marco Aurélio, que discordou do Ministro Lewandowski quanto ao julgamento monocrático do recurso, pois para ele deveria ser incluído o processo em pauta para possibilitar a sustentação oral. De forma um tanto confusa, o Ministro M. Aurélio diz que seria o importador estabelecido em São Paulo o destinatário da mercadoria, sem explicitar as razões. O entendimento do Ministro M. Aurélio acabou sendo seguido pelos Ministros Toffoli e Fux, mas somente quanto ao ponto processual da inclusão em pauta do Recurso Extraordinário. Hoje, o processo está sobrestado aguardando o julgamento do ARE 665134, em que se reconheceu a repercussão geral.

¹⁴ Repercussão geral.

Gilmar Mendes							- IMP - ARE 642.416 (2T)		
Luiz Fux									- DES - RE 611.576 (1T) / AI 832.278 (1T)
Cesar Peluso			- IMP - AI 531.240 (1T)						
Eros Grau				- DES - AI 635.746 (2T)	- DES - RE 598.051 (2T)				
Sepúlveda Pertence	- IMP - RE 396.859 (1T)								

5. Fundamentos não apreciados pelo STF relevantes para a solução da questão e formação do sistema tributário

Feita a análise dos fatos julgados pelo STF e apresentadas as conclusões jurídicas dos precedentes para a definição e delimitação da questão jurídico-tributária envolta da incidência do ICMS Importação e da definição do sujeito ativo do tributo, é importante trazer alguns argumentos que parecem relevantes na atuação da Suprema Corte quando aprecia tema tão caro para a organização do Estado Brasileiro, especialmente porque nele encontra-se uma das mais graves questões que ainda pende de solução: a tão falada “guerra fiscal” entre os Estados, que dificulta sobremaneira o desenvolvimento da Federação tal como concebida pela Constituição, com autonomia política e econômica dos Estados.

A pretensão desta parte da pesquisa será, portanto, apontar alguns dos argumentos que seriam úteis para que o sistema tributário ganhasse em termos de unidade e organização.

Desse modo, tem-se que um primeiro argumento seria de natureza histórica do tributo em questão (ICMS Importação).

A Emenda Constitucional nº 23, de 1º de dezembro de 1983, inseriu o § 11º no artigo 23 da Constituição de 1967/69, dispôs que:

§ 11 - O imposto a que se refere o item II incidirá, também, sobre a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior por seu titular, inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento.

Como se pode observar, antes da Constituição de 1988, a norma constitucional não deixa margem para dúvidas de que o ICMS seria devido ao Estado onde estivesse o estabelecimento em que a mercadoria importada desse entrada.

Inclusive, justamente por essa redação da Constituição pretérita que os julgamentos do STF limitaram-se a apreciar a constitucionalidade das legislações que previam que o fato gerador do ICMS Importação era o desembaraço aduaneiro e não a posterior circulação da mercadoria, como pretendiam os contribuintes potencializando o elemento circulação do referido imposto incidente sobre o consumo.

Nos debates ocorridos nas reuniões da Comissão Tributária da Assembleia Constituinte de 1987/1988, a pesquisa não identificou manifestações que levassem à mudança desse entendimento que já existia no ordenamento constitucional (de que o tributo seria devido pelo estabelecimento onde a mercadoria entrasse fisicamente, ou seja, desse sinais de que estava circulando em direção ao consumo).

Verificam-se diversos debates, quando apresentado o Anteprojeto de Constituição, no capítulo sobre o sistema tributário nacional, a respeito da divisão de receitas que estava sendo criada entre Estados da Origem (produtores) e Estado de Destino (consumidores)¹⁵, com o que os constituintes pretendiam promover divisão de receitas entre os Estados de modo a não

¹⁵ Dignas de nota as seguintes manifestações:

“O SR. CONSTITUINTE FERNANDO SANTANA: – (...) Quero simplesmente dizer ao Sr. Relator que não faz justiça ao povo brasileiro quando S. Ex.^a retém todo o imposto na fonte produtora ou industrial. A justiça seria melhor distribuída se fosse aprovada a emenda apresentada pelo Constituinte Nelson Friedrich: o Estado produtor ficaria com 12%, e o consumidor apenas com 5%. Assim se faria justiça.”

“O SR. CONSTITUINTE NELTON FRIEDRICH: – (...) A proposta, efetivamente, distribui melhor a arrecadação tributária e, ao mesmo tempo, facilita o caminho para que, na boa aplicação dos tributos, possamos melhorar, a qualidade de vida do povo brasileiro. (...)”

privilegiar os produtores, que historicamente eram (e ainda são) os Estados mais ricos da federação¹⁶.

Com relação ao ICMS Importação, a primeira versão do Anteprojeto previa:

SEÇÃO III

Dos Impostos dos Estados do Distrito Federal

Art. 14 Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....

III – operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes, bem como prestações de serviços, inclusive fornecimento de energia elétrica;

.....

§ 6º O imposto de que trata o item III:

I – incidirá, também, sobre a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior por seu titular, inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento;

¹⁶ Além disso, percebe-se que havia uma clara intenção, de alguns constituintes, de realização de justiça social prática (em contraposição com a mera retórica de justiça social sem instrumentos e recursos para tanto), como se pode perceber da seguinte passagem extraída da manifestação do Constituinte Osmundo Rebouças:

“O SR. CONSTITUINTE OSMUNDO REBOUÇAS: (...) Finalmente, quero dizer que no Brasil há uma decepção muita grande quanto ao sistema tributário, que, parece-me, vai persistir. Todas as pesquisas feitas até hoje mostram que o nosso sistema tributário é vergonhoso, injusto e anti-socialmente regressivo. Quem ganha mais paga menos percentagem de sua renda no bolo geral dos impostos. Noto que nas mudanças que estamos propondo para o sistema tributário não conseguirão avançar – isso não é culpa nossa – porque há uma resistência conservadora da Assembléia Nacional Constituinte que vai impedir a criação de um sistema tributário progressivo, que onere realmente quem tem mais e quem ganha mais. Mas, certamente continuará sendo um sistema profundamente injusto por se basear, quase 90%, só em tributos indiretos, transferidos ao comprador pela empresa. Ao agir assim, ela atinge mais diretamente os mais pobres. Isso é um defeito da sociedade brasileira, que não aceita mudanças de justiça social, pois o sistema tributário poderia incorporar muita coisa como alguns países da Europa já o fizeram. Quando tentarmos dar um caráter de poder ao sistema tributário para redistribuir a renda, possivelmente vamos encontrar grandes resistências. Creio que ainda é tempo de tentar. No caso do ICM, já deveríamos indicar no relatório, que deve ser seletivo, cobrando mais luxuosos e menos dos produtos não luxuosos; estabelecer normas de tributação do Imposto de Renda, tirando uma grande parte da massa assalariada do campo da tributação desse imposto; e outras medidas para atingir atenda ou a riqueza daqueles que mais podem pagar. Do contrário, corremos o risco de ter um sistema conservador, como é o de hoje no Brasil. As pesquisas feitas na Universidade de Silo Paulo, por exemplo – e cheguei a coordenar uma pesquisa que publicamos e está citada nos Anais da Câmara e do Senado – mostram que o sistema tributário brasileiro é simplesmente uma peça de concentração de renda. Ela contribui para concentrar renda nas classes mais abastadas, exatamente o inverso do papel que lhe é atribuído em qualquer estudo sobre o sistema tributário, porque uma das finalidades básicas do sistema tributário é contribuir para reduzir as desigualdades de renda entre as classes. O nosso sistema tributário faz exatamente o oposto: concentra a renda entre as classes, o que é uma negação do pressuposto da justiça social, que deveria estar contida aí. Mas creio que ainda há possibilidades de imaginarmos mecanismos que revertam esse quadro.”

Em seguida, a redação foi alterada para contemplar os serviços, pois não se havia percebido na primeira redação que a incidência do imposto tinha sido ampliada na incidência sobre as operações internas, o que demandava a adaptação da norma para ter essa amplitude também nas importações. O dispositivo ficou assim redigido:

§ 6º O imposto de que trata o item III:

I – incidirá, também, sobre a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior por seu titular, inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, bem como sobre serviços prestados no exterior quando destinados a estabelecimento situado no País:

Como se pode observar, a norma constitucional, embora com redação mais extensa que a do ordenamento constitucional anterior, não demonstrou avanços ou modificações conceituais relevantes. Contudo, quando da versão final da Constituição surgiu o trecho que traz tanta dúvida para os intérpretes e que ainda remanesce sem um conteúdo jurídico seguro e definitivo. Na Constituição promulgada a redação do dispositivo passou a ser o seguinte:

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço;

Por não terem sido localizadas, nos debates dos constituintes, as razões e justificativas que motivaram a modificação do dispositivo, não foi possível que a pesquisa concluísse com segurança esse aspecto do elemento histórico da análise. Contudo, não há dúvidas de que o objetivo dos constituintes, com muitas das modificações que estavam sendo instituídas pela nova ordem constitucional, era a criação de um Estado Federado mais harmônico e com menos disparidades sociais e econômicas¹⁷, sendo evidente a consciência que eles tinham da importância do sistema tributário nessa nova conformação pretendida pelo Estado e

¹⁷ Tércio Sampaio Ferraz menciona que a Constituição de 1988 instituiu o federalismo solidário, que ele define como:

“O federalismo solidário exige, pois, como condição de efetividade, a cooperação entre os entes federados, tanto no sentido vertical quanto horizontal. Esta cooperação, embora à primeira vista faça pensar numa espécie de contrato federado, a presidir as relações entre as unidades, tem um outro fundamento. Na verdade, no contexto do federalismo solidário, ela não tem uma natureza contratual. Isto porque as relações interindividuais entre as entidades que compõem a federação, cujo objetivo deve ser o fomento das finalidades comuns, têm um sentido jurídico-político que as transcende”. (Guerra fiscal, fomento e incentivo na Constituição Federal, disponível em <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/137>, acessado dia 09/08/2013, às 17:37hs.)

Sociedade Brasileiros, especialmente no tocante a autonomia política e econômica dos demais entes federados em relação à União.

Além disso, tendo em vista a forte preocupação que os constituintes tiveram em possibilitar que as receitas desse tributo incidente sobre o consumo fosse compartilhada entre os Estados da Origem e Destino, nos parece razoável concluir que esses elementos também foram consideravelmente relevantes para a nova estrutura constitucional que estava pretendendo para esse tributo essencial para os Estados e Municípios do país¹⁸.

Por isso que o outro argumento que nos parece faltar nas análises empreendidas pelo STF até o momento diz respeito à análise da matéria partindo do que se pode denominar de Princípios da Origem e do Destino¹⁹, que são essenciais para qualquer estudo que envolva tributos sobre o consumo, como o ICMS, tanto o que incide na circulação internamente, quanto o incidente sobre a importação (nosso objeto de estudo).

Valcir Gassen em obra que dedicou à questão da tributação do consumo em processo de integração econômica entre os Países²⁰, nos traz importantes critérios de análise que demonstram a importância desses princípios na implementação da tributação sobre o consumo tanto nas relações entre os países, como em estados federados como o Brasil, configurando elemento muito importante na definição das soberanias²¹ estatais.

Para Gassen, “não há soberania sem um mínimo de independência econômica” (GASSEN, p. 149).

Segundo ele, nos tributos sobre o consumo, os elementos de conexão relevantes se expressam pela adoção dos princípios da origem e do destino. Ou seja, tais princípios são

¹⁸ Nesse sentido, menciona-se trecho da justificativa apresentada pelo Constituinte Nelton Friedrich sobre a importância dos critérios da origem e do destino para a implementação do imposto sobre o consumo de modo a repartir as receitas tributárias de forma mais justa e equânime entre os Estados:

“O SR. CONSTITUINTE NELTON FRIEDRICH: – (...) O que pretende esta emenda? Pretende que nas operações entre contribuintes se assegure ao Estado destinatário parcela do imposto, o ICM, nas operações interestaduais, quando os bens adquiridos se destinem ao uso ou ao consumo da empresa adquirente. É justo que o Estado que desembolsa o dinheiro fique com parcela do imposto. Bens, por exemplo, que se destinam ao uso, ao consumo. Imaginemos um exemplo concreto de aquisição de bens de capital. Uma indústria têxtil do Nordeste adquire uma máquina especial. Se há uma alíquota de 17% sobre a venda dessa máquina, estes 17% ficam totalmente no Estado que a produziu. Se esta emenda for acatada, 12% desse imposto ficará com o Estado onde se produziu esse bem e 5% serão repassados ao Estado sede da empresa adquirente do bem. (...)”

¹⁹ Infelizmente os estudos tributários a respeito do ICMS não dedicaram a questão dos Princípios da Origem e do Destino a importância que tais elementos têm na definição da tributação sobre o consumo.

²⁰ GASSEN, Valcir. *A Tributação do Consumo*, Florianópolis: Ed. Momento, 2004.

²¹ O termo soberania no texto refere-se ao seu uso comum e não técnico tal como utilizado pela Ciência Política. No texto, quer significar apenas o poder de que dispõe o ente de se autotutelar, organizar e administrar suas receitas e despesas.

elementos de conexão específicos para os tributos indiretos. O elemento de conexão baseado na origem põe em evidência o local em que ocorre a produção. Já o destino tem como foco o local onde se dá o consumo²².

A aplicação desses princípios está relacionado com a realização das trocas comerciais entre os Estados (sejam eles componentes de uma federação, sejam Estados Nacionais independentes) e os conflitos daí emergentes. Nessas relações, os Estados devem estabelecer seus tributos sobre o consumo tendo as seguintes diretivas:

- a) Produção e consumo do produto no mesmo Estado;
- b) Produção no Estado e consumo no outro;
- c) Produção no outro e consumo no Estado;
- d) Produção e consumo no outro.

A escolha por um ou outro princípio envolve um grande número de variáveis e possíveis problemas, tais como: evasão, dupla tributação e concorrência tributária, muitas vezes desleal. Pela pesquisa realizada, nos parece que a previsão constitucional de incidência de ICMS sobre a entrada de mercadorias importadas teve a finalidade de garantir que os produtos vindos do exterior não tivessem vantagens tributárias (além das que já poderiam ser dadas pelos seus próprios países) sobre os produzidos e comercializados internamente. A norma constitucionais buscou, evidentemente, criar um sistema harmônico de tributação sobre o consumo, seja quando tal consumo é de mercadorias nacionais, seja quando de mercadorias importadas.

Nesse contexto, embora a escolha do legislador constituinte tenha sido, nas operações interestaduais, pela aplicação dos princípios da origem e do destino concomitantemente, visto que autoriza que parte do tributo incidente sobre o consumo (quando a mercadoria é destinada a contribuinte do imposto²³) fique com o Estado da origem e parte com o Estado do destino,

²² Ricardo Lobo Torres denomina tal incidência de “Princípio do país de destino”: “O princípio do país de destino opera através dos seguintes mecanismos: na vertente da exportação, pela isenção do imposto com a anulação de todas as incidências internas anteriores ou pela cobrança do tributo com a restituição das importâncias pagas em todas as etapas do processo de circulação; na vertente da importação, pela incidência do imposto compensatório, capaz de igualar o preço da mercadoria estrangeira ao da nacional, seguido da cobrança do imposto não-discriminatório até o consumo do bem” (O princípio da não-cumulatividade, Pesquisas Tributárias – Nova Série 10, O princípio da não-cumulatividade, Ed. Centro de Extensão Universitária/Revista dos Tribunais, 2004, p. 161).

²³ Quando o destinatário não é contribuinte, todo o ICMS ficará com o Estado de Origem. Tal realidade normativa instituída pela Constituição tem sido objeto de forte crítica ante a uma realidade comercial atual baseada fortemente no comércio eletrônico, no qual as empresas conseguem atuar em diversas localidades sem possuir qualquer vínculo tributário com os Estados onde domiciliados seus consumidores (Protocolo n. 21).

tem-se que, quando os produtos advêm do exterior, foi consagrado, com exclusividade, o princípio do destino.

Assim, tem-se que tal previsão pretendeu evitar que os produtos nacionais sofressem concorrência tributária abusiva ou desleal dos produtos importados, além de garantir todo o fluxo de receitas ao Estado do destino, tendo em vista que, na importação, o Estado da origem está localizado no exterior.

Em outras palavras, em se tratando de imposto que grava o consumo, nos parece que o legislador constituinte, tal como já havia feito na Constituição pretérita (o que sinaliza ser essa a tradição que vem sendo seguida em nosso ordenamento constitucional com relação ao ICMS Importação), deslocou toda a receita do ICMS Importação o Estado onde localizado o consumidor da mercadoria importada.

Ocorre que, na prática, outro problema teve lugar, em decorrência das vicissitudes de nosso sistema tributário. A mencionada harmonia obtida com a previsão constitucional de incidência do ICMS sobre a mercadoria importada foi prejudicada pela competição tributária (“guerra fiscal”) entre os Estados. Isso porque os Estados que dispõem de portos em seus territórios passaram a oferecer benefícios (tributários e financeiros) para que as empresas lá se instalassem.

Muitas *tradings* estabeleceram-se nos territórios desses Estados, tendo em vista os facilitários de que passaram a dispor. Em decorrência disso, diversas importações passaram a ser realizadas por empresas localizadas em Estados não portuários por intermédio dessas *tradings* (que são empresas reais e com objeto legal, que é a exportação e importação de mercadorias). Em muitos desses negócios, as mercadorias sequer entram nos estabelecimentos dessas *tradings*, indo direto dos portos, depois do desembarço, para o seu destinatário efetivo (aquele que solicitou a importação à *trading*).

Tal fato, por si só, não deveria acarretar problemas na interpretação da norma constitucional, tendo em vista que a situação será a solucionada, pela ótica do princípio do destino, reconhecendo como sujeito ativo aquele Estado em que estabelecido ou domiciliado o destinatário da mercadoria.

Por isso que, nessas situações, cuja descrição acima é muito simples apenas para compreensão do problema, alguns Estados, onde localizados tais destinatários efetivos, passaram a entender que eles seriam o sujeito ativo do ICMS importação, lavrando, com isso, autos de infração contra os contribuintes estabelecidos em seus territórios, além de glosarem

os créditos tributários oriundos da operação que tais contribuintes entabularam com as tradings.

Esse foi o contexto em que o STF apreciou diversas demandas, todas na via do controle difuso, em que estava em debate o conflito interpretativo da norma constitucional que prevê a incidência do ICMS na entrada de mercadoria importada.

Como visto no tópico precedente, o STF, contudo, ainda não deu uma solução harmônica e segura para a questão, limitando-se a julgar os casos de forma aleatória, sem contribuir para a implementação de um sistema tributário equânime, eficiente, coerente, racional e, de preferência, mais justo em termos sociais.

6. Conclusões

Os principais objetivos dos sistemas tributários modernos são atingir o máximo de equidade de sacrifícios dos seus cidadãos e eficiência tributária. Pode-se dizer que a teoria da tributação equitativa tem como base fundante o princípio da justiça. Já “a teoria da tributação ótima elege como princípio a eficiência econômica” (GASSEN, p. 145).

Tendo essas duas teorias como norte para nossa interpretação, pode se afirmar, com certo grau de certeza, que os Estados buscam para si a maior quantidade de receitas tributárias possível, o que é alcançado de forma mais justa, nas relações entre eles, quando há equidade na repartição dessas receitas. Afinal, parece evidente que nenhum Estado abrirá mão, num longo prazo, de importantes recursos para sua manutenção em prol do Estado vizinho.

Assim, a ideia da justa tributação, da tributação equitativa, que se reflete na repartição das receitas de uma forma com que os Estados não se sentam lesados nas suas relações, mais do que um ideal abstrato, é um elemento bastante concreto dessas relações, as quais somente se manterão harmonicamente por um longo tempo se tal divisão justa e equânime for alcançada²⁴.

Já a ideia de eficiência, de tributação ótima, relaciona-se com a criação sistemas tributários que buscam a neutralidade das normas tributárias. Neutralidade, nesse contexto, significa que os tributos não interferem decisivamente, de forma negativa, na organização da

²⁴ É importante mencionar que essa conclusão é fragilizada quando a relação comercial entre os Estados é muito desigual, seja pela baixa capacidade produtiva e de geração de renda de um deles, seja porque o produto envolvido é estratégico (como petróleo, por exemplo).

sociedade, o que, sem dúvida alguma, é bastante subjetivo e fluido para que possamos estabelecer, previamente, o que seria uma tributação ótima para todas as sociedades²⁵.

Dentro dessa lógica de realização de um sistema tributário equânime, justo e eficiente o STF tem importante atuação institucional, podendo conferir ao sistema tributário a racionalidade prática que ele necessita para atingir aqueles objetivos, os quais poderiam não ser atingidos apenas pelas formulações abstratas do legislador.

É, portanto, nesse contexto, que devem ser analisadas as decisões do STF que envolvem a interpretação da norma constitucional que prevê a incidência de ICMS sobre as mercadorias importadas. Parece-nos essencial que o STF pautar seu entendimento de modo a garantir coordenação e harmonização nas relações entre Estados e contribuintes, e entre os próprios Estados.

Como muito bem ressaltou Valcir Gassen:

Construir uma coordenação ou harmonização interjurisdicional no que respeita à tributação indireta – tributos sobre o consumo – implica em [sic] possuir domínio da natureza e do funcionamento orgânico dos princípios de tributação no Estado de origem e destino dos bens e serviços, pois são eles elementos centrais desta construção. (GASSEN, p. 146)

Contudo, além da oscilação de entendimento ter sido a tônica verificada no STF nos últimos 10 anos, tem-se que os julgados não demonstram, em momento algum, qualquer apreço pela fixação de premissas seguras e claras na interpretação das normas constitucionais que autorizam tal tributação, o que poderia ser atingido se o STF identificasse se determinada norma é balizada pelo princípio da origem ou do destino, ou de ambos, bem como se buscasse as razões que motivaram tanto os constituintes pretéritos, como os que deram ensejo à Constituição de 1988.

Essa orientação, certamente, traria muito mais segurança, ordem e unidade para o sistema tributário, sendo essas as balizas lógicas de um sistema jurídico que se apresente como minimamente racional em termos de ciência jurídica (Canaris, 2008). Certamente não se espera que o STF seja apenas um mero julgador de processos de forma aleatória e sem compromisso com o papel institucional que desempenha na conformação de sistema tributário brasileiro.

²⁵ Tal impossibilidade de criação teórica de modelos tributários ótimos e eficientes também foi constatada por Nagel e Murphy na obra antes citada.

Além disso, voltando para a questão da incidência do ICMS na importação, é crucial que se perceba que tais questões relacionam-se diretamente com a autonomia e soberania dos Estados, visto que envolve o volume de seus recursos financeiros, o que tem óbvio impacto sobre as políticas públicas que pretendem desenvolver. Afinal, como pontua GASSEN: “Não há soberania sem uma mínima independência econômica”. (p. 149)

Liam Murphy e Thomas Nagel²⁶ corretamente afirmam que o debate em torno do sistema tributário não tem se desenvolvido com o mesmo grau de sofisticação das discussões em torno de questões como: liberdade de expressão, aborto, igualdades sociais, não discriminação de raça e sexo, liberdade religiosa, eutanásia, entre outros. Para esses autores, é necessário que as questões tributárias sejam observadas sob uma nova ótica, colocando-as diretamente relacionada com a realização prática da justiça na sociedade. Afinal, para se fazer políticas públicas, especialmente as inclusivas, são necessários recursos²⁷.

Assim, constata-se que o STF, nos últimos 10 anos, não definiu balizas interpretativas seguras para a questão da incidência do ICMS importação (muito menos para a criação de um sistema tributário mais justo, harmônico e eficiente), o que demonstra que a sua atuação com último intérprete da Constituição não tem sido desempenhada com a seriedade e competência do órgão de se atribui tamanha importância institucional na definição da moldura do ordenamento jurídico.

Juliano Zaiden Benvindo, em recente artigo (ainda não publicado), intitulado “A ‘última palavra’, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro”, desenvolve interessante tese no sentido de que o discurso do STF de defesa dos direitos fundamentais – enquanto princípios objetivos da ordem constitucional axiológica e mandados de otimização –, baseando-se, especialmente, num discurso técnico-estruturante de racionalidade, demonstra a busca do STF por mais poder ao se arvorar como o detentor da “última palavra” na interpretação do direito.

²⁶ Ob. cit.

²⁷ As demandas sociais pelo reconhecimento dos direitos das minorias (conceito abstrato e que permite ampla manipulação política) é cada vez mais uma realidade e isso tem levado a novas políticas públicas inclusivas. É importante perceber estamos a caminho do ápice desse modelo de proteção dos direitos humanos, em que todas as pessoas somente se reconhecem enquanto cidadãos se suas demandas são atendidas pelo Estado por intermédio de normas jurídicas e políticas de inclusão/proteção, perdendo a sociedade sua capacidade de renovar sem a intervenção do Estado por intermédio do direito. Quanto ao ponto, sugere-se a leitura da obra “O direito e os direitos humanos”, de Michel Villey e as páginas 322/341 de “Os princípios filosóficos do direito político moderno”, de Simone Goyard-Fabre.

Tal racionalidade discursiva prática do STF é especialmente relevante no âmbito das questões tributárias, em que há muito se prega a existência de um sistema de regras e princípios bem estruturados, partindo-se da Constituição (com inúmeras normas bastante minudentes), passando por diversas leis (federais, estaduais e municipais) e alcançando o ápice da sua complexidade nos decretos, portarias, instruções normativas, etc., isso sem falar nos diversos interesses fáticos conflitantes num país como o nosso, com um histórico conhecido de uma alta carga tributária e baixo retorno em serviços públicos de qualidade.

Assim, é fundamental verificar de que modo se dá a atuação do STF, em temas tributários de relevo para a União, os Estados e os Municípios (justamente uma das hipóteses apreciada pela presente pesquisa), nos desacordos políticos sobre direitos, pois como bem disse Benvindo:

é falacioso sustentar, sem maior análise crítica, que o Judiciário tem a primazia da 'última palavra' no direito, até mesmo no âmbito dos desacordos políticos sobre direitos. A tese que vai se defender é que a própria construção argumentativa de algum poder 'detentor da última palavra' é, por si só, uma afirmação que aparece como discurso por mais poder. Até porque - será assim defendido - não existe, em uma democracia constitucional, que prima pela cidadania, um órgão que possa arvorar ser ele o detentor da última palavra.

Dentro dessa perspectiva, aceitando-se, neste momento, como premissa para o estudo, o discurso do STF de que ele é o detentor da última palavra, embora a tese sustentada por Benvindo nos pareça mais realista em termos institucionais, a conclusão deste breve texto é de que, na prática²⁸, o STF, com relação à incidência do ICMS sobre a importação de mercadorias, não tem solucionado uma importante questão tributária de modo a criar um sistema jurídico-tributário (sistema enquanto ordem e unidade, nos termos de CANARIS), mas tem apenas julgado demandas de forma aleatória e casuística²⁹.

²⁸ BENVINDO: "É essa a grande questão. Porque, afinal, querer se afirmar o detentor da 'última palavra' não é tarefa que pode se resumir a uma retórica vazia. O discurso precisa ter alguma corroboração com as práticas de vida, caso contrário perde em autoridade. Ter a tão desejada 'última palavra' é custoso, porquanto lança, para um único órgão, a defesa institucional final de todo um processo democrático, de todo um diálogo que quer se manter aberto, em que a democracia e o constitucionalismo, como paradoxos necessários, se constroem e se aperfeiçoam."

²⁹ Nem se diga que essa forma de interpretação casuística encontraria sua fundamentação na tópica de Viehweg, enquanto pensamento voltado para o problema singular, o que evidentemente não é que faz o STF. Lembre-se, de forma resumida, que a tópica é uma maneira de pensar o mundo por problemas, a partir deles e em direcionamento para a solução deles. A tópica seria uma tentativa de fundamentar outros parâmetros de racionalidade, agora fundados no discurso e na discutibilidade; uma reabilitação da filosofia prática em contraposição com a filosofia lógica. Para Viehweg, a tópica seria uma doutrina do agir correto, baseando-se nos enfoques dogmáticos e zetéticos, os quais direcionam o intérprete a buscar a melhor solução para os problemas

Em outras palavras, as decisões do STF, no que respeita à incidência do ICMS Importação e o Estado competente para exigir tal tributo, não têm, de fato, conferido racionalidade prática para o ordenamento jurídico, de modo a tornar o sistema tributário mais isonômico, inteligível, compreensível, justo, eficiente, coeso, harmônico, coerente. As decisões têm sido emolduradas num modelo técnico de discurso, que apenas simulam a pretensa racionalidade³⁰ que pregam, gerando mais conflitos do que os pacificando.

Como visto nas análises feitas dos julgados do STF, muitos não esclarecem a situação fática que está sendo apreciada. Isso os torna julgamentos em tese, visto que não permitem a fixação de uma jurisprudência que pode ser observada com segurança pelos contribuintes e pelos Estados, afastando o STF do papel que deve ser desempenhado pelo poder que tem a última palavra sobre a Constituição. Devido à importância dos julgamentos do STF para a conformação do sistema tributário (e do sistema jurídico como um todo), o ideal seria que os julgamentos seguissem um padrão mínimo de descrição detalhada das questões fáticas ou jurídicas. Como tal análise demanda tempo e dedicação consideráveis, o melhor seria que se evitassem menções a inúmeros precedentes com o objetivo de convencimento, pois essa retórica deixa de ter uma função de convencimento pela força dos precedentes, passando a ser mero argumento de autoridade.

Além disso, a influência do discurso normativo no discurso político, o que é potencializado pelo STF quando se afirma detentor da “última palavra”, tornou necessário que a superação ou modificação de entendimentos demande que a nova decisão se fundamente enfrentando os argumentos da decisão anterior, e não apenas alegando “mudamos e pronto”, ou pior, arvorando-se em argumentos processuais (de impossibilidade de revolvimento de fatos ou de enfrentamento da legislação infraconstitucional), mas adentrando o mérito da questão jurídica. São necessários novos acoplamentos aos argumentos de modo a superar racionalmente o discurso anterior de forma sincera, transparente e objetiva, permitindo, com

em cada momento, mas não para decidi-los de forma aleatória e descompromissada com a realidade que lhe é subjacente e que, em momento posterior, tal decisão ajuda a criar.

³⁰ BENVINDO: “a racionalidade defendida nesse procedimento é decorrente de uma crença cartesiana de que método produz racionalidade e é coincidente, em grande medida, com a lógica discursiva do próprio parlamento, pois se torna fortemente política. Nesse último caso, tem-se um problema estrutural: se, especialmente após o giro hermenêutico, não é mais possível acreditar que um método traga racionalidade, qual é o outro argumento que o Supremo Tribunal Federal pode utilizar em benefício de sua legitimidade para esse tipo de decisão em comparação ao Parlamento? O que o torna tão especial e distinto para se afirmar como detentor da ‘última palavra’?”

isso, a renovação e revalidação constante do sistema jurídico a partir do sistema constitucional³¹.

Assim, como tem demonstrado o aumento das demandas que chegam ao STF questionando tal matéria (de 2004 a 2008, o STF apreciou 6 processos, e de 2009 a 2013, foram julgados 11 e um aguarda a análise da Repercussão Geral da matéria reconhecida em fevereiro de 2012³²) demonstra que a resposta do STF não tem sido definitiva, nem muito menos tem se mostrado satisfatória pela sociedade, seja pelos contribuintes, seja pelos Estados, sendo útil lembrar a assertiva do cientista político Louis Fischer, ao afirmar que, “como o registro histórico amplamente comprova, a Corte não é final e tampouco infalível. Decisões judiciais mantêm-se inatingidas apenas na medida em que o Congresso, o Presidente e o público em geral consideram as decisões convincentes, razoáveis e aceitáveis”³³.

Referências bibliográficas

Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado; 1988.

Brasil. *Lei Complementar nº 87*, de 13 de setembro de 1996, Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências (LEI KANDIR). D.O.U. de 16.9.1996.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro*. (texto em fase de pré-publicação).

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

³¹ Uma das consequências do Liberalismo foi o aumento da influência do direito nos domínios da política. Daí porque se tornou necessária a criação de um sistema (constitucional), que traga unidade e ordem para o poder e para as leis. E o sistema constitucional pretende articular a tensão da unidade (do povo) com a pluralidade dos direitos liberais (conforme demonstrado por Chantal Mouffe, na introdução da obra *The Democratic Paradox*. Londres, New York, Ed. Verso, 2000).

³² O reconhecimento da repercussão geral da matéria impede que os Tribunais dos Estados encaminhem novos recursos sobre o tema que será apreciado, bem como aconselha que os demais ministros do STF não julguem mais a questão monocraticamente ou nas Turmas, o que justifica o aumento de demandas constatado nos últimos 4 anos não ser mais uma constante.

³³ BENVINDO citando FISHER, 1988, p. 244, tradução livre.

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz, texto: *Guerra fiscal, fomento e incentivo na Constituição Federal*, disponível em <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/137>, acessado dia 09/08/2013, às 17:37hs.

GASSEN, Valcir. *A tributação do consumo: O princípio da Origem e de Destino em Processo de Integração Econômica*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. SP: Martins Fontes, 2002.

MARTINS, Yves Gandra da Silva. *O Sistema Tributário na Constituição*. 6ª. Ed. SP: Saraiva, 2007.

MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*. Londres, New York: Verso, 2000.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. SP: Martins Fontes, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *O princípio da não-cumulatividade*. Pesquisas Tributárias – Nova Série 10, O princípio da não-cumulatividade, Ed. Centro de Extensão Universitária/Revista dos Tribunais, 2004.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. SP: Martins Fontes, 2007.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. RS: SAFE, 2007.

Artigo recebido em 16 de setembro de 2013.

Artigo aprovado para publicação em 05 de maio de 2014.

DOI: 10.11117/1982-4564.07.07



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.

Os princípios constitucionais da administração pública e a vedação do nepotismo: uma análise a partir da ADC 12-DF

Simone Andréa Barcelos Coutinho *

Resumo: Este texto analisa, a partir do acórdão proferido na ADC 12-DF, o conteúdo de princípios constitucionais da administração pública, especialmente os da impessoalidade e da moralidade, que resultaram na vedação do nepotismo.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Princípios constitucionais da administração pública; Direito Administrativo; Servidor público; Vedação do nepotismo.

Abstract: This paper analyzes, from the judgment of the ADC 12-DF, the content of constitutional principles of public administration, especially the impersonality and morality, which resulted in the prohibition of nepotism.

Keywords: Constitutional Law; Constitutional principles of public administration. Administrative Law; Civil Servant; Prohibition of nepotism.

* Procuradora do Município de São Paulo.

Sumário: Introdução. 1. O objeto da ADC 12-DF. 2. A competência discricionária na Constituição de 1988. 3. Os princípios constitucionais da Administração Pública e o nepotismo. 3.1. O princípio da impessoalidade e o nepotismo. 3.2. O princípio da moralidade e o nepotismo. 3.3. Impessoalidade, moralidade e proibição do nepotismo. 4. A impessoalidade, a moralidade e a admissão de pessoal ao serviço público. 5. Conclusão.

Introdução

O tema-título deste estudo – os princípios constitucionais da Administração Pública e a vedação do nepotismo– comporta vasto campo de investigação, quer teórico, quer jurisprudencial. Este trabalho cingir-se-á à abordagem do tema a partir do julgamento proferido, pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, para o fim de ver declarada a constitucionalidade da Resolução 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes de magistrados, no âmbito do Poder Judiciário.

A leitura atenta do acórdão resulta na observação dos seguintes pontos: a) nenhum dos votos proferidos dissecou o tema da discricionariedade, ou competência discricionária, quanto ao seu conteúdo e extensão; b) nenhum dos votos debate o controle jurisdicional dos atos emanados no exercício de competência discricionária; c) os votos põem ênfase na competência do CNJ para emanar a norma cuja declaração de constitucionalidade se procura, bem como no conteúdo e eficácia dos princípios insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição da República.

Essas observações levam à seguinte conclusão, de saída: ao julgar a ADC nº 12, o Supremo Tribunal Federal considerou, quanto à matéria nela posta ao menos, irrelevantes as inquietações suscitadas pela doutrina tradicional do Direito Administrativo sobre o capítulo da discricionariedade, das quais passou ao largo naquela assentada.

Num primeiro turno, o aresto desperta importante problemática, como bem elucidou o Ministro Menezes Direito em seu voto: do alcance e da eficácia dos princípios insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, que, por unanimidade, o Tribunal acordou ser imediata. Isto não é pouca coisa, sobretudo se tivermos em mente o aforismo que define o princípio da legalidade para a Administração Pública – *só fazer o que a lei manda*. No turno final, como se verá a seguir, agregada a análise do conteúdo daqueles princípios, em especial, os da

impessoalidade e da moralidade, os debates travados quer no acórdão que julgou o mérito da ação declaratória, quer naquele que julgou a medida cautelar, fazem acudir à mente a seguinte questão: qual o regime da competência administrativa na Constituição de 1988, no tocante à admissão de pessoal? Porém, há algumas pedras no meio do caminho; tentaremos conhecê-las melhor.

1. O objeto da ADC 12-DF

Tal como adiantado na introdução, a ação declaratória em foco foi proposta com vistas a ver declarada a constitucionalidade da Resolução 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito do Poder Judiciário, e dá outras providências.

A Resolução em questão cuida de vedar o nepotismo em todos os órgãos do Poder Judiciário (art. 1º), arrolando as práticas que o caracterizam (art. 2º, *verbis*):

Art.2º Constituem práticas de nepotismo, *dentre outras*:
I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados; II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.

§ 1º Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, ou a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, além da qualificação profissional do servidor, vedada, em qualquer caso, a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade.

§ 2º A vedação constante do inciso IV deste artigo não se aplica quando a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público houver sido precedida de regular processo seletivo, em cumprimento de preceito legal.

Art. 3º É vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação. (itálicos nossos).

Vê-se que as práticas que constituem o nepotismo, nos termos da Resolução 7/2005, referem-se a situações decorrentes de atos administrativos praticados no exercício de competências discricionárias: nomeação para cargos em comissão ou funções gratificadas, contratação de servidores por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (não procedida de processo seletivo), contratação em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

O acórdão proferido entendeu que os condicionamentos impostos pela Resolução discutida não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança, porque a interpretação dos incisos II e V do artigo 37 não pode se desapegar dos princípios veiculados pelo *caput* do mesmo artigo; e que as restrições trazidas pela dita Resolução são as mesmas já impostas pela Constituição de 1988.

2. A competência discricionária na Constituição de 1988

BANDEIRA DE MELLO (2010, pp. 432-433) define a discricionariedade como liberdade dentro da lei, correspondendo à “margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”.¹

Logo, ensina PEREIRA (2007, p. 31) a discricionariedade administrativa “(...) cinge-se à liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas – indiferentes jurídicos – uma vez que a decisão a ser adotada se fundamenta em critérios extrajurídicos, *não-incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da Administração.*” (itálicos originais)

Cargos em comissão são de livre provimento e livre exoneração, prescindindo de concurso público. Tem-se, aqui, a outorga de competência discricionária.

O acórdão proferido explicita que tanto a nomeação quanto a exoneração desses cargos, conquanto livres, encontram-se balizadas pelos princípios insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição da República vigente. Oportuna se faz a transcrição do seguinte parágrafo do voto do Ministro Celso de Mello, na ADC nº 12 proferido:

Na realidade – e especialmente **a partir** da Constituição republicana de 1988 – a **estrita** observância do postulado da moralidade administrativa **passou a qualificar-se como pressuposto de validade** dos atos que, **fundados** ou não em competência discricionária, **tenham emanado** de autoridade **ou** órgãos do Poder Público, **consoante proclama** autorizado magistério doutrinário (...) (negritos originais).

Logo, embora o julgado passe ao largo dos debates que cercam o tema da discricionariedade, em última análise, firma, torna explícita a certeza de que o exercício de toda a competência administrativa, seja vinculada, seja discricionária, sujeita-se integralmente aos postulados de legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

¹ No mesmo sentido, JUSTEN FILHO (2005, PP. 745-746):

“A discricionariedade administrativa consiste num modo escolhido legislativamente quanto à disciplina para o exercício das competências administrativas. A discricionariedade se verifica quando a norma legislativa não contempla disciplina exaustiva no tocante à hipótese de incidência ou ao mandamento normativo, atribuindo ao titular da competência administrativa o dever-poder de formular a escolha mais adequada para satisfazer os direitos fundamentais.”

Há que se ter em mente, ainda, que, mesmo na seara dos concursos públicos para provimento de cargos efetivos, os respectivos editais e regulamentos trazem, não raro, itens discricionariamente estabelecidos – escolhas do gestor público - desde alguns requisitos para participar do certame até pontos das matérias das provas. Algumas etapas possibilitam, por seu modo de ser, reais possibilidades de escolhas subjetivas e idiossincráticas, que, diga-se de passagem, em nada se confundem ou se compreendem na discricionariedade. É o caso das provas orais e das entrevistas com bancas examinadoras, e, mesmo, das famigeradas “sindicâncias de vida pregressa”, que prosseguem sem que ninguém ouse lhes questione a utilidade ou legitimidade.

3. Os princípios constitucionais da Administração Pública e o nepotismo

Em que medida a prática do nepotismo maltrata a Constituição da República?

O Relator da ADC nº 12, em seu voto, remete à ementa do acórdão proferido no julgamento da Medida Cautelar. Naquela assentada, o Ministro Ayres Britto concluiu que as proibições contidas na Resolução 07/2005 do CNJ densificavam os princípios regentes de toda a atividade administrativa do Estado, sobretudo os da impessoalidade, da eficiência e da igualdade. Quanto à moralidade, observa:

37. É certo que todas essas práticas também podem resvalar, com maior facilidade, para a zona proibida da imoralidade administrativa (a moralidade administrativa, como se sabe, é outro dos explícitos princípios do art. 37 da CF). Mas entendo que esse descambar para o ilícito moral já é quase sempre uma consequência da deliberada inobservância dos três outros princípios citados. Por isso que deixo de atribuir a ele, em tema de nepotismo, a mesma importância que enxergo nos encarecidos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade.

Ver-se-á que os Ministros, no enfrentamento do tema, destacam sobretudo os princípios da impessoalidade e da moralidade.

3.1. O princípio da impessoalidade e o nepotismo

A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, afirma que a proibição do nepotismo advém do princípio da impessoalidade, “sendo de se lhe acoplar a moralidade administrativa”. Para BANDEIRA DE MELLO (2010, p. 114), a impessoalidade se traduz na proibição de discriminações, benéficas ou detrimen-tosas, de favoritismo, perseguições, não podendo

interferir na administração interesses sectários de qualquer espécie. Tal princípio, para o professor, “não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia” (*idem*). Já FIGUEIREDO (2007, p. 63) afirma que a impessoalidade não se confunde com a igualdade, assim definindo aquela: “A impessoalidade caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político.”

Prossegue a saudosa professora (*idem*, p. 64):

A impessoalidade implica, refri-se, o estabelecimento de regra de agir objetiva para o administrador, em todos os casos. **Assim, como exemplo curial, em nomeações para determinado cargo em comissão, os critérios da escolha devem ser técnicos, e não de favoritismos ou ódios. Não pode a nomeação ser prêmio atribuído ao nomeado, como, também, não pode haver impedimento à nomeação por idiosincrasias.** (grifamos)

Ao votar no julgamento da Medida Cautelar na referida ADC 12, o Ministro Cezar Peluso também preferiu versar a questão à luz do princípio da impessoalidade, que apareceria “diretamente relacionado com o controle jurídico do exercício do poder político, que, por definição, é mantido sempre por minorias”. Convém transcrever as seguintes passagens de seu voto:

Todos sabemos – e não é caso de o lembrar – que o poder discricionário, embora descrito como poder jurídico, na verdade se reduz, em última análise, à categoria de dever jurídico, isto é, o administrador tem de escolher, em determinadas situações, certas condutas de acordo com os princípios do ordenamento jurídico que regula a administração à qual serve. Portanto, tem de assegurar a promoção da finalidade legal dos atos administrativos. O que limita esse poder, garantindo o alcance da satisfação das necessidades e dos interesses públicos, é o princípio da impessoalidade, o qual deve guiar o administrador na escolha dos quadros, não para servir ao que se crê dono do poder, isto é, o chefe, mas para acudir às necessidades da administração pública. Daí, a exigência constitucional, como regra, do concurso público.

A impessoalidade apresenta duas dimensões em relação ao exercício desse poder: diz respeito à titularidade em si e ao exercício do poder discricionário, jungido ao interesse público e ao bem comum. Seus traços substanciais estão exatamente nesses dois alcances: primeiro, coibir o exercício do poder voltado a favorecer ou a prejudicar pessoas, e, depois, impedir o personalismo no exercício desse poder mediante atos de promoção pessoal, que a mesma Constituição proíbe de maneira peremptória. Esse princípio, é bom repetir, no primeiro aspecto, sublinha o dever de preenchimento dos

cargos públicos *sine ira et studio*, significando vedação de privilégios e, também, de perseguições pessoais. E, no segundo, a autopromoção.

Na mesma vereda de destaque ao princípio da impessoalidade como fundamento da coibição do nepotismo foi o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, também no julgamento da Medida Cautelar na ADC nº 12.

Destarte, a problemática das nomeações para cargos em comissão parece levantar, em primeiro lugar, a questão acerca da observância do princípio da impessoalidade no exercício da competência administrativa. Impessoalidade, em síntese, como proscrição do personalismo, do patrimonialismo, do exercício da competência administrativa para consecução de interesses privados, próprios ou de terceiros. E, como bem observa a Ministra Cármen Lúcia,

Nem precisaria haver princípio exposto – quer da impessoalidade, quer da moralidade administrativa – para que se chegasse ao reconhecimento da constitucionalidade das proibições de contratação de parentes para cargos públicos. Bastaria que se tivesse em mente a ética democrática e a exigência republicana, contidas no art. 1º da Constituição, para se impor a proibição de maneira definitiva, direta e imediata a todos os Poderes da República.

Ética democrática, exigência republicana: merece, aqui, ser aberto um parêntese para recordar a noção de república apresentada por CARRAZZA (2003, pp. 48-49):

República é o tipo de governo, fundado na igualdade formal das pessoas, em que os detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, representativo (de regra), transitório e com responsabilidade.

(...)

A igualdade formal consiste na inexistência, para o Direito, de classes dominantes e de títulos nobiliárquicos. Numa república, não é possível a diversidade de leis aplicáveis a casos substancialmente iguais, de modo a privilegiar grupos sociais ou indivíduos.²

² CARRAZZA (2003, pp. 48-49):

“b) *Fundado na igualdade formal das pessoas*: numa verdadeira República não pode haver distinções entre nobres e plebeus, entre grandes e pequenos, entre poderosos e humildes. É que, juridicamente, nela não existem classes dominantes, nem classes dominadas. Assim, os títulos nobiliárquicos desaparecem e, com eles, os tribunais de exceção. Todos são *cidadãos*; não *súditos*.

De fato, a noção de República não se coaduna com os privilégios de nascimento e os foros de nobreza, nem, muito menos, aceita a diversidade de leis aplicáveis a casos substancialmente iguais, as jurisdições especiais, as isenções de tributos comuns, que beneficiem grupos sociais ou indivíduos, sem aquela ‘*correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida (...) e a desigualdade de tratamento em função dela conferida’, de que nos fala Celso Antônio Bandeira de Mello.

Aceitando que todos os homens, indistintamente, possuem condições de pretender os mesmos direitos políticos, a República impõe o *princípio da igualdade*, como fulcro da organização política. E o princípio da igualdade,

3.2. O princípio da moralidade e o nepotismo

FIGUEIREDO (2007, p. 57) conceitua o princípio da moralidade como o “conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os *Standards* comportamentais que a sociedade deseja e espera.”

A moralidade administrativa é aquela extraída do próprio ambiente institucional, condicionando o manejo da competência administrativa para a consecução do bem comum. Seu conteúdo é informado pelos valores abstraídos das práticas e padrões da atividade estatal que se firmam.

O Ministro Celso de Mello, ao votar no julgamento de mérito da ação declaratória em comento, registra, de saída, que a Resolução CNJ nº 07/2005 traduz emanção direta do que proscree a própria Constituição da República, considerados, sobretudo, os postulados da impessoalidade e da moralidade. Ao desenvolver seu voto, confere relevo ao princípio da moralidade, logrando gizá-lo com propriedade:

Sabemos todos que a atividade estatal, **qualquer** que seja o domínio institucional de sua incidência, **está necessariamente subordinada** à observância de parâmetros ético-jurídicos **que se refletem** na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa, **que se qualifica** como valor constitucional impregnado de substrato ético e **erigido** à condição de vetor fundamental no processo de poder, **condicionando**, de modo estrito, o exercício, pelo Estado e por seus agentes, da autoridade que lhes foi outorgada pelo ordenamento normativo. **Esse postulado**, que rege a atuação do Poder Público, **confere** substância e **dá expressão** a uma pauta de valores éticos, **nos quais** se funda a própria ordem positiva do Estado.

É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, **ao impor limitações** ao exercício do poder estatal, **legitima o controle** de todos os atos do poder público que **transgridam** os valores éticos **que devem pautar** o comportamento dos órgãos e dos agentes governamentais, **não importando** em que instância de poder eles se situem. (grifos originais)

O Ministro Joaquim Barbosa também empresta relevo, na apreciação do tema, ao princípio ora examinado. Suas palavras no voto proferido no julgamento da Medida Cautelar:

como é pacífico, tem um conteúdo prevalentemente negativo: a abolição e o afastamento dos privilégios. Evidentemente, esta igualdade é *formal*, e não substancial. Portanto, numa República todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de condições sociais e pessoais.”

Por sua vez, talvez com mais ênfase ainda, impõe-se ao caso o princípio da moralidade, por aplicação direta da Constituição, sem necessidade de nenhuma intermediação legislativa, como sugerem os opositores da norma atacada.

3.3. Impessoalidade, moralidade e proibição do nepotismo

Observa-se nos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quer na apreciação da medida cautelar, quer no julgamento de mérito, uma certa perplexidade diante da questão posta, até porque envolve o exame de conceitos jurídicos indeterminados – impessoalidade, moralidade. Uns emprestaram relevo ao princípio da impessoalidade como fundamento da vedação do nepotismo; outros, à moralidade; o Relator, por sua vez, entendeu que a prática do nepotismo maltrata, sobretudo, os princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade.

O voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da medida cautelar foi o que melhor enfrentou a questão jurídica posta na ação declaratória, abordando, metodicamente, cada problema nela embutido. Primeiro, identifica a existência de controvérsia constitucional relevante, passando pelo tema da competência do Conselho Nacional de Justiça para emanar a norma discutida, e, no tópico que abriu acerca da separação de Poderes, cuidou de examinar os princípios constitucionais envolvidos. Confirmam-se os seguintes trechos do voto, *verbis*:

Se cabe ao CNJ zelar pelo cumprimento dos princípios da moralidade e da impessoalidade, é da sua competência fiscalizar os atos administrativos do Poder Judiciário que violem tais princípios. E não há dúvida de que os atos que impliquem a prática do nepotismo ofendem diretamente os princípios da moralidade e da impessoalidade.

...

A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não pode ser um obstáculo à determinação da regra da proibição do nepotismo. Como bem anota GARCÍA DE ENTERRÍA, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um ‘núcleo fixo’ (*Begriffkern*) ou ‘zona de certeza’, que é configurada por dados Oprévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso. *A vedação do nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade.*

4. A impessoalidade, a moralidade e a admissão de pessoal ao serviço público

Inobstante a indeterminação de conceitos como impessoalidade e moralidade, é possível extraírem-se, a partir deles, regras constitucionais, como a proibição do nepotismo.

Todos os votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal aprofundam no exame desses princípios que tanta perplexidade causam mesmo na mais abalizada doutrina, e a riqueza dos debates travados na ADC nº 12 trazem novas luzes sobre o tema maior no qual a proibição do nepotismo está encartada: o da admissão de pessoal ao serviço público.

Concursos públicos deveriam, *sem qualquer exceção*, ser de provas e de títulos. Entretanto, há certames que contêm a exigência de que o candidato “apresente lista de autoridades com quem haja atuado em cada um dos períodos de prática profissional, discriminados em ordem cronológica”, e ainda “declaração, em ordem cronológica, dos períodos de atuação como Magistrado, Membro do Ministério Público, Advogado ou titular de função técnico-jurídica, pública ou privada, com o local e a época de exercício de cada um deles, assim como a indicação das principais autoridades com as quais serviu ou esteve em contato, inclusive com os seus endereços atuais e respectivos números de telefone”.³

Pergunta-se: qual a necessidade de tais exigências? Para que um Tribunal quer saber que autoridades o candidato a juiz federal conhece ou conheceu? A utilidade da exigência é nenhuma. *Além disso, qualquer concurso público é de provas e de títulos somente, jamais de relacionamentos pessoais.* Aqueles candidatos que tiverem boas relações com as mais altas autoridades apresentam-se em franca vantagem em relação aos demais e cai por terra o princípio da igualdade. O maltrato à impessoalidade é gritante: através da introdução desse elemento personalista – quem o candidato conhece, conheceu, com quem tem boas ou más relações – frustra-se totalmente o escopo do concurso público e descamba-se para mazelas idênticas às ocasionadas pelo nepotismo – o uso da coisa pública para a consecução de interesses privados, egoísticos, de indivíduos ou grupos determinados, promovendo favoritismos e impedindo aprovações por idiossincrasias das mais vis.

O mesmo se pode dizer das provas orais – em que o candidato deixa de ser um desconhecido impossível de ser conhecido, logo, de ser preterido ou favorecido – para tornar-se alguém, quem sabe, amado ou odiado, imposto por “padrinho” poderoso ou rejeitado por algum desafeto, da própria instituição ou estranho à ela.

Estas são reflexões surgidas neste momento, estimuladas pelo estudo dos debates travados na ADC nº 12. O que procuramos demonstrar, com esse exemplo, é que há vasta

³ Resolução nº 32, de 13 de abril de 2011, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Regulamento do XVI Concurso Público para Juiz Federal Substituto da 3ª Região. Disponível http://www.trf3.jus.br/trf3r/fileadmin/docs/concurso/XVI_concurso/RES_92-PRES_de_13-04-20110001.pdf. Acesso em 6.08.2012.

gama de aspectos ainda inexplorados no capítulo da admissão de pessoal à luz dos princípios constitucionais da Administração Pública, notadamente os da impessoalidade e da moralidade.

5. Conclusão

O julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, com o reconhecimento da proibição do nepotismo como regra constitucional, traz luzes acerca da densificação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade administrativa: conteúdo, alcance, eficácia. Chega-se, pois, à certeza de que todos os atos administrativos, fundados ou não em competência discricionária, sujeitam-se integralmente à incidência dos ditos princípios. Não há de ser diferente na admissão de pessoal, campo que ainda apresenta preceitos de aspectos inexplorados e incompreendidos pela doutrina e jurisprudência.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª edição São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 12-DF, Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 20/08/2008, *DJe*-237, publ. 18/12/2009. Acesso em 19/08/2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Resolução nº 32, de 13 de abril de 2011. Regulamento do XVI Concurso Público para Juiz Federal Substituto da 3ª Região. Disponível em:

<http://www.trf3.jus.br/trf3r/fileadmin/docs/concurso/XVI_concurso/RES_92-PRES_de_13-04-20110001.pdf>. Acesso em 6.08.2012.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*; 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª edição São Paulo: Malheiros, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariiedade Administrativa à Luz da Teoria da Adequabilidade Normativa. *In: Revista CEJ*. Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 36, pp.30-38, jan/mar 2007.

Artigo recebido em 20 de março de 2014.

Artigo aprovado para publicação em 27 de maio de 2014.

DOI: 10.11117/1982-4564.07.08



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.

A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)

Alexandre Sousa Pinheiro *

Resumo dos Editores: Neste artigo, o professor Alexandre Sousa Pinheiro analisa a jurisprudência do Tribunal Constitucional, entre os anos de 2011 e 2013, em casos referentes ao controle de constitucionalidade de medidas orçamentárias relacionadas com a crise econômica. O artigo demonstra como, em tempos de austeridade, os padrões normativos de controle são significativamente alterados tanto pelo texto constitucional, quanto, em especial, pelo contexto político-institucional.

Palavras-chave: Tribunal constitucional português; crise econômica; controle de constitucionalidade; excepcionalidade.

Editors' Abstract: This paper analyses some important decisions of the Portuguese Constitutional Court, from 2011 to 2013, most specifically associated to the constitutional control of budgetary measures that affected some constitutional rights to deal with the economic crisis. The article demonstrates that, in times of exceptionality, normative standards could change by reason of the political and institutional context.

Keywords: Portuguese Constitutional Court; economic crisis; constitutional control; exceptionality.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. O propósito deste texto consiste numa análise da jurisprudência constitucional em matéria orçamental durante os anos de 2011, 2012 e 2013, a que correspondem os acórdãos números: 396/2011¹, 353/2012² e 187/2013³. A sindicância das leis orçamentais foi suscitada por deputados à Assembleia da República, mas também pelo Provedor de Justiça e pelo Presidente da República. Este, nunca suscitou o problema em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade, fazendo-o em fiscalização sucessiva abstracta.

O Tribunal Constitucional tornou-se, desde 2011, um actor público fundamental, incontornável na comunicação social, considerado a figura nacional do ano de 2013 pelo influente semanário “Expresso”. A sua jurisprudência foi amplamente comentada pelo Primeiro-Ministro, membros do Governo, deputados da oposição, economistas e sindicalistas. Atribuiu-se às suas decisões efeitos macroeconómicos, alterações fiscais e influência na relação entre Portugal e a designada troika. Idolatrado e detestado – existindo figuras públicas relevantes defendendo a sua extinção – o TC foi resgatado à descrição e, até, ao desconhecimento.

Trata-se de um trabalho fadado a uma rápida superação, quando se espera para o mês de Junho deste ano uma nova decisão do TC relativa à lei orçamental aprovada para o ano de 2014.

A narrativa política subjacente à “jurisprudência da crise”⁴ baseia-se na adopção das designadas “medidas de austeridade”⁵ tornadas necessárias pela crise financeira de 2007/2008 que, no caso português, deu origem ao Memorando de Entendimento (sucessivamente alterado, de acordo com as avaliações efectuadas) entre Portugal a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, para a prossecução do Programa de Ajustamento Económico e Financeiro (PAEF) firmado em 2011. A redução do défice orçamental tornou-se o essencial da política económica portuguesa. O TC deu imediato eco à necessária influência que uma política plurianual decorrente do programa teria na interpretação da Constituição. Assim, no Acórdão n.º 396/2011 foi afirmado que: *Não pode*

¹ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>.

² Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>.

³ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>.

⁴ A doutrina começa a dar passos na apreciação fundada da “jurisprudência da crise”. Para uma introdução ver António Martins, *A jurisprudência constitucional sobre as leis do Orçamento do Estado e (in)constitucionalidade do OE2014*, Almedina, Coimbra, 2014.

⁵ Sobre o tema, e de forma ampla, pode ver-se Eduardo Paz Ferreira (coordenação), *A austeridade cura? A austeridade mata?*, AAFDL, Lisboa, 2013.

ignorar-se que as reduções remuneratórias estabelecidas na lei do Orçamento do Estado de 2011 têm como objectivo final a diminuição do défice orçamental para um valor precisamente quantificado, respeitador do limite estabelecido pela União Europeia, no quadro das regras da união económica e monetária. Para o efeito, foi estabelecida uma calendarização por etapas anuais, sendo que a satisfação plena de tal objectivo só se atingirá, de acordo com o programado, em 2013. Programa que, note-se, não traça metas de consecução desejável mas de cumprimento incerto, responsabilizadoras apenas internamente, em termos político-eleitorais, antes estabelece compromissos firmes do Estado português perante instâncias internacionais, compromissos constantes, num primeiro momento, do Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC) e, no presente, em moldes formalmente mais vinculativos, do “Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica”, acordado com a Comissão Europeia, e do Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, assinado com o FMI. Neste contexto, pode dizer-se que as medidas de diminuição da despesa pública inscritas no Orçamento de 2011 mais não representam do que uma parcela, uma fase, de um programa cuja realização integral se estende por um horizonte temporal mais alargado.

Redução da despesa e alargamento da receita passaram a ser tópicos interpretativos da Constituição, mediados pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da protecção da confiança. Apesar de se procurar uma retórica da blindagem do texto constitucional à “austeridade”⁶, afigura-se evidente que as decisões do TC acompanharam o “mundo dos factos”.

Entendemos que a “jurisprudência da crise” traduz um “processo negocial” entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as “exigências das circunstâncias”. O TC socorreu-se da “prosecução do interesse público” dentro de uma ordem “transitória” e “excepcional” para decidir no sentido da não inconstitucionalidade de medidas legislativas que conheceriam outro desfecho não fora o tempo de “crise”. A utilização banal e repetitiva, amiúde sem fundamentação abundante, do “interesse público” serviu de base a uma sequência de decisões do TC em manifesta cedência da normatividade – tal como vinha sendo interpretada – à verdade do mundo. A crueza desta conclusão assenta

⁶ José Duarte Coimbra, *Sobre o estatuto constitucional da austeridade* in *A austeridade cura? A austeridade mata?*, op. cit., p. 778.

não só no conteúdo das decisões, mas também na sua comparação com a jurisprudência “pré-crise”.

1.1. Como exemplo deste fenómeno pode citar-se a posição do TC no Acórdão n.º 396/2011, quando compagina a compatibilidade com a Constituição de reduções remuneratórias entre 3,5% e 10%⁷. Recuperando jurisprudência “pré-crise”, o TC estabelece a necessidade de estabelecer critérios de aplicação do princípio da protecção da confiança. Assim, assumindo a doutrina, do complexo de acórdãos constitucionais números: 128/2009⁸, 188/2009⁹ e 3/2010¹⁰, a decisão de 2011 concebia os seguintes pressupostos de aplicação: a) necessidade de o legislador ter encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; b) as referidas expectativas serem legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; c) os privados deverem ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual; d) não existirem razões de interesse público que justifiquem, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa».

A manutenção salarial estava, de acordo com os citados testes, assegurada através da “qualidade da expectativa”, ou seja com as características de legítima e acompanhada por um comportamento continuado do poder público que sedimentava opções de vida¹¹.

A jurisprudência de 2011 foi, porém, sensível à invocação do “interesse público” no contexto do princípio da protecção da confiança, numa decisão inédita do TC¹². Afirmou-se

⁷ O art.º 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2011) previa o seguinte, sob a epígrafe redução remuneratória:

1-A 1 de Janeiro de 2011 são reduzidas as remunerações totais ilíquidas mensais das pessoas a que se refere o n.º 9, de valor superior a € 1500, quer estejam em exercício de funções naquela data, quer iniciem tal exercício, a qualquer título, depois dela, nos seguintes termos:

a) 3,5 % sobre o valor total das remunerações superiores a € 1500 e inferiores a € 2000;

b) 3,5 % sobre o valor de € 2000 acrescido de 16 % sobre o valor da remuneração total que exceda os € 2000, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5 % e 10 %, no caso das remunerações iguais ou superiores a € 2000 até € 4165;

c) 10 % sobre o valor total das remunerações superiores a € 4165.

⁸ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090128.html>.

⁹ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090188.html>.

¹⁰ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100003.html>.

¹¹ A doutrina assinala a relação entre as expectativas privadas e a actuação do Estado na prossecução do princípio da protecção da confiança: *Os cidadãos têm direito à protecção da confiança, da confiança que podem pôr nos actos do poder político que contendam com as suas esferas jurídicas. E o Estado fica vinculado a um dever de boa-fé (ou seja, de cumprimento substantivo, e não meramente formal, das normas e de lealdade e respeito pelos particulares)*. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 312.

que: Do que não pode razoavelmente duvidar-se é de que as medidas de redução remuneratória visam a salvaguarda de um interesse público que deve ser tido por prevalecte – e esta constitui a razão decisiva para rejeitar a alegação de que estamos perante uma desprotecção da confiança constitucionalmente desconforme.

Na verdade, à situação de desequilíbrio orçamental e à apreciação que ela suscitou nas instâncias e nos mercados financeiros internacionais são imputados generalizadamente riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional, o que teria também, a concretizar-se, consequências ainda mais gravosas, para o nível de vida dos cidadãos. As reduções remuneratórias integram-se num conjunto de medidas que o poder político, actuando em entendimento com organismos internacionais de que Portugal faz parte, resolveu tomar, para reequilíbrio das contas públicas, tido por absolutamente necessário à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social. São medidas de política financeira basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por que optou o órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio democrático de representação popular.

O TC entendeu, assim, que apesar de atingido o princípio da protecção da confiança, a prevalência seria atribuída ao interesse público: As reduções agora introduzidas, na medida em que contrariam a normalidade anteriormente estabelecida pela actuação dos poderes públicos, nesta matéria, frustram expectativas fundadas.

Concluindo uma análise em que é difusamente convocado o princípio da proporcionalidade, juntamente com a necessidade de prosseguir compromissos com instâncias europeias e internacionais, o TC decidiu que não havendo razões de evidência em sentido contrário, e dentro de “limites do sacrifício”, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam, é de aceitar que essa seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto vigente, de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental.

O TC considerou estarem observadas as exigências de proporcionalidade, quanto às reduções remuneratórias, pois: (i) que estas eram idóneas, para fazer face à situação de défice orçamental; (ii) necessárias, por se fundamentarem numa articulação racional dotando o poder

¹² Para alguns tratou-se de uma *posição formalista, orientada para a titularidade do poder de ponderação de interesses*. António Manuel Hespanha, *A Revolução Neoliberal e a Subversão do «Modelo Jurídico»: Crise, Direito e Argumentação Jurídica* in Jorge Bacelar Gouveia e Nuno Piçarra (org.), *A Crise e o Direito*, Lisboa, Almedina, 2013, p. 116.

político de uma livre conformação dentro dos “limites de sacrifício” exigíveis aos cidadãos, atendendo ao contexto vivido; (iii) indispensáveis, não sendo, assim, excessivas. O TC realçou, em sede de princípio da proporcionalidade, que as remunerações inferiores a € 1.500,00 estavam isentas, bem como o carácter progressivo das taxas impostas pelas normas questionadas.

Decisivo na decisão do TC está a “desconsideração” do direito a um *quantum* salarial. Segundo o acórdão de 2011: *uma coisa é o direito à retribuição, outra, bem diferente, é o direito a um concreto montante dessa retribuição, irredutível por lei, sejam quais forem as circunstâncias e as variáveis económico-financeiras que concretamente o condicionam. Não pode, assim, entender-se que a intocabilidade salarial é uma dimensão garantística contida no âmbito de protecção do direito à retribuição do trabalho ou que uma redução do quantum remuneratório traduza uma afectação ou restrição desse direito.* Esta linha argumentativa situa-se na tradição da jurisprudência do TC, criticada por doutrina que recusa a secundarização dos direitos sociais na interpretação mais comum da Constituição portuguesa¹³.

A natureza “aceitável” do sacrifício está, na decisão do TC, intimamente ligada à posição estrutural de “desigualdade” entre quem recebe por verbas públicas, e os restantes cidadãos. A razão da desigualdade não é justificada na retórica argumentativa do TC, merecendo crítica em declarações de voto, em especial na do Conselheiro João Cura Mariano: *Não está demonstrado que exista uma diferença significativa nos efeitos da opção da redução dos vencimentos dos funcionários públicos, relativamente a uma tributação acrescida dos rendimentos de todos os cidadãos, sendo certo que ambas alcançariam o objectivo de redução do défice público, com menores encargos para os funcionários públicos, uma vez que a distribuição do sacrifício recairia sobre um universo substancialmente mais alargado. Além de que, estando nós perante um objectivo de interesse comum a todos os cidadãos, era*

¹³ *Esta confluência de factores proporcionou uma justiça constitucional de direitos sociais marcada por uma significativa autocontenção e com um alcance pouco condizente com o grande peso relativo que, afinal, os direitos sociais apresentam na nossa Constituição.* Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 374.

No mesmo sentido, pode ler-se no Acórdão n.º 187/2013 que: *o facto de o direito a um certo quantum de remuneração não estar protegido pelo artigo 59.º, n.º 1, alínea a), significa apenas e tão-só a inaplicabilidade, em princípio, desta regra como parâmetro de valoração, não assegurando, sem mais, a constitucionalidade da medida em causa. Uma vez fixado, por critérios de direito ordinário, o conteúdo do direito ao salário (sem precisa determinação constitucional), uma mudança legislativa que afete negativamente esse conteúdo tem que encontrar justificação bastante, à luz dos princípios constitucionais pertinentes, sob pena de inconstitucionalidade.*

indiscutivelmente mais justo que a medida de redução dos rendimentos particulares não atingisse apenas os trabalhadores da função pública.

No Acórdão n.º 353/2012, a natureza do sacrifício foi igualmente debatida a propósito da suspensão do subsídio de férias e de Natal ou equivalentes a trabalhadores em funções públicas e a aposentados e reformados ¹⁴. Assim, o TC analisou o *quantum* do sacrifício, e estabeleceu um parâmetro de avaliação de acordo com um "critério de evidência" no controlo da igualdade proporcional. Tratava-se de saber se a medida da restrição seria tomada como aceitável, quando comparada com a limitação salarial considerada não inconstitucional pelo Acórdão n.º 396/2011. Desta forma, a jurisprudência de 2012 determinou o seguinte quadro: *os pensionistas e os trabalhadores do sector público com rendimentos ilíquidos situados entre €600,00 a €1100,00 terão uma redução do seu rendimento anual que aumentará progressivamente até 14,3%. Estamos num universo em que a exiguidade dos rendimentos já impõe tais provações que a exigência de um sacrifício adicional deste tipo, como seja a sua redução, numa percentagem que vai progressivamente aumentando, até atingir 14,3% do rendimento anual, tem um peso excessivamente gravoso.*

Adiante, a decisão caminha no sentido de que: *para os que auferem remunerações ilíquidas superiores a €1500,00, a redução é também de 14,3% do seu rendimento anual. Ora, se o Tribunal Constitucional, no referido Acórdão n.º 396/11, neste mesmo universo,*

¹⁴ As disposições relevantes da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2012) são os artigos 21.º e 25.º, dos quais se extrai que:

Artigo 21.º 1 - Durante a vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), como medida excepcional de estabilidade orçamental é suspenso o pagamento de subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, às pessoas a que se refere o n.º 9 do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, alterada pelas Leis números 48/2011, de 26 de agosto, e 60-A/2011, de 30 de novembro, cuja remuneração base mensal seja superior a € 1100. **2** - As pessoas a que se refere o n.º 9 do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, alterada pelas Leis números 48/2011, de 26 de agosto, e 60-A/2011, de 30 de novembro, cuja remuneração base mensal seja igual ou superior a € 600 e não exceda o valor de € 1100, ficam sujeitas a uma redução nos subsídios ou prestações previstos no número anterior, auferindo o montante calculado nos seguintes termos: $\text{subsídios/prestações} = 1320 - 1,2 \times \text{remuneração base mensal}$. (...).

Artigo 25.º 1 - Durante a vigência do PAEF, como medida excepcional de estabilidade orçamental, é suspenso o pagamento de subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, pagos pela CGA, I.P., pelo Centro Nacional de Pensões e, diretamente ou por intermédio de fundos de pensões detidos por quaisquer entidades públicas, independentemente da respetiva natureza e grau de independência ou autonomia, e empresas públicas, de âmbito nacional, regional ou municipal, aos aposentados, reformados, pré-aposentados ou equiparados cuja pensão mensal seja superior a € 1100. **2** - Os aposentados cuja pensão mensal seja igual ou superior a € 600 e não exceda o valor de € 1100, ficam sujeitos a uma redução nos subsídios ou prestações previstos no número anterior, auferindo o montante calculado nos seguintes termos: $\text{subsídios/prestações} = 1320 - 1,2 \times \text{pensão mensal}$. **3** - Durante a vigência do PAEF, como medida excepcional de estabilidade orçamental, o valor mensal das subvenções mensais, depois de atualizado por indexação às remunerações dos cargos políticos considerados no seu cálculo, é reduzido na percentagem que resultar da aplicação dos números anteriores às pensões de idêntico valor anual. (...).

perante a redução salarial ocorrida no ano de 2011, determinada pelo artigo 19.º, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, que se situou entre 3,5% e 10% do rendimento anual, entendeu que a transitoriedade e os montantes das reduções efectuadas nos rendimentos dos funcionários públicos se continham ainda dentro dos limites do sacrifício adicional exigível, o acréscimo de nova redução, agora de 14,3% do rendimento anual, mais do que triplicando, em média, o valor das reduções iniciais, atinge um valor percentual de tal modo elevado que o juízo sobre a ultrapassagem daquele limite se revela agora evidente.

Utilizando a referida “regra de evidência”, o TC considera excessivos os valores em causa, funcionando a “igualdade proporcional”¹⁵ para aferir da compatibilidade com a Constituição da medida da diferença. Ou seja, na jurisprudência de 2011 o TC considerou não existir ofensa a princípios constitucionais, nomeadamente ao princípio da igualdade, por sufragar o entendimento de que os trabalhadores em funções públicas estavam numa “originária” posição de desigualdade relativamente aos demais cidadãos. Em 2012 trata-se de aferir da “medida do sacrifício” dentro de um modelo de desigualdade (não estamos, ainda, a analisar a situação de reformados e aposentados). Aqui a decisão considerou a redução excessiva a ponto de violar o princípio da igualdade: a categoria de cidadãos abrangida pela redução de rendimentos proveniente da decisão de 2011 não poderia ser atingida para além de um sacrifício razoável. De acordo com o TC: apesar de se reconhecer que estamos numa gravíssima situação económico-financeira, em que o cumprimento das metas do défice público estabelecidas nos referidos memorandos de entendimento é importante para garantir a manutenção do financiamento do Estado, tais objectivos devem ser alcançados através de medidas de diminuição de despesa e/ou de aumento da receita que não se traduzam numa repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada.

Em síntese, o TC estabelece que a limitação de rendimentos entre 3,5% e 10% é “razoável”, já o não sendo o acréscimo de 14,3%. Rigorosamente trata-se de uma decisão sobre o *quantum* da restrição, que leva a proporcionalidade a enraizar os contornos de uma

¹⁵ Ainda que o perfil da “igualdade” e da “proporcionalidade” difiram: *Se em 2011, na eventualidade de uma urgência ainda mais crítica do que a verificada (por exemplo, numa situação de quebra total e abrupta do financiamento externo provocada pela subida exponencial do risco da dívida soberana), o legislador em vez de reduzir os salários dos trabalhadores públicos acima de €1500 em 3,5% a 10%, como reduziu, tivesse cortado 50% de todos os salários dos trabalhadores das entidades públicas, o Tribunal Constitucional, se aplicasse a linha de argumentação que então perfilhou, poderia eventualmente considerá-la válida face ao princípio da igualdade (com fundamento nos efeitos quase imediatos de redução do nível da despesa do Estado), mas certamente que não poderia validá-la no âmbito da proporcionalidade.* Vitalino Canas, *Constituição Prima Facie: Igualdade Proporcionalidade, Confiança (aplicados ao “corte” de pensões)*, E-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público, n.º1, 2014, disponível em: <http://e-publica.pt/constituicaoprimafacie.html>

medida de controlo político¹⁶. O TC apontou soluções que configuram uma “política financeira alternativa”: *poderia configurar-se o recurso a soluções alternativas para a diminuição do défice, quer pelo lado da despesa (v.g., as medidas que constam dos referidos memorandos de entendimento), quer pelo lado da receita (v.g. através de medidas de carácter mais abrangente e efeito equivalente à redução de rendimentos). As referidas soluções, podendo revelar-se suficientemente eficientes do ponto de vista da realização do interesse público, permitiriam um desagravamento da situação daqueles outros contribuintes que auferem remunerações ou prestações sociais pagas por verbas públicas.*

1.2. A posição maioritária no TC, não foi avalisada por todos os seus membros. A Conselheira Maria Lúcia Amaral contraditou a posição da maioria entendendo que o judiciário não estava suficientemente preparado do ponto de vista técnico para apresentar uma “alternativa política”: *por razões de evidência, era certa a existência dessas medidas alternativas quando analisado o problema sob o ponto de vista do princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos. A medida ablatória de parte dos rendimentos dos trabalhadores do sector público e dos pensionistas e reformados foi julgada inconstitucional por violação deste princípio, por se entender que a intensidade do sacrifício, que por via dessa medida, por razões de interesse público, se impunha apenas a alguns, era tal que exigia a sua universal repartição por todos. Discordei, por estar convicta de que não dispunha aqui o Tribunal de nenhuma evidência que lhe permitisse comparar o grau de sacrifício exigido aos afetados por estas medidas e o grau de sacrifício efetivamente sofrido por outros (nomeadamente os trabalhadores do setor privado) com a conjuntura económica existente. Assim sendo, foi também minha convicção que não estava a justiça constitucional epistemicamente apetrechada para invalidar, neste caso, a decisão tomada pelo legislador. Foi por isso que me pronunciei pelo juízo da não inconstitucionalidade.*

No que toca a reformados e a aposentados, o TC não abundou em 2012 sobre a natureza da sua protecção constitucional. Tal veio a ocorrer, posteriormente, no Acórdão n.º

¹⁶ Por vezes, aproxima-se a fundamentação da decisão de 2012 do princípio da proporcionalidade, independentemente da vinculação à igualdade: *se a declaração de inconstitucionalidade se estribasse no princípio da proporcionalidade, que o TC – sem assim a qualificar – invocou quando deu os limites considerados ainda toleráveis em 2011 por transpostos em 2012.* Ricardo Branco, «*Ou sofrem todos ou há moralidade*»: *Breves notas sobre a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho* in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Volume I*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 351.

862/2013¹⁷, onde foi afirmado que: *a confiança que os pensionistas depositam no sentido de inalterabilidade das regras que serviram de base ao cálculo da pensão e do valor da pensão que foi fixado no momento da aposentação resulta também da natureza contributiva do sistema previdencial. Mesmo que não exista uma correlação direta entre a contribuição paga e o valor da pensão a atribuir, como acima se referiu, o direito à pensão não só pressupõe o cumprimento da obrigação contributiva, como também constitui uma prestação de substituição do rendimento de trabalho.*

A decisão de 2012 recebeu a censura de alguma doutrina, relevando a posição activista do TC, entrando no domínio político, *o que não deixa de ser um elemento perturbador nas actuais circunstâncias de crise*¹⁸. Parece-nos difícil filiar o Acórdão n.º 353/2012 na categoria das decisões políticas, sem que chegue a entendimento idêntico no Acórdão n.º 396/2011. O TC não se mostra, e dificilmente o poderia fazer, imune ao circunstancialismo político. Certa doutrina afirmou-o, de forma expressa, na sequência da decisão de 2011: *Este acórdão do Tribunal Constitucional constitui mais um passo na jurisprudência complacente que o mesmo tem vindo a seguir desde o início da crise financeira*¹⁹. (...) *a Constituição vai sendo sucessivamente reescrita pelo Tribunal Constitucional, receando-se que em breve nada reste da protecção dos direitos fundamentais*²⁰.

1.3. A fundamentação do TC estriba-se no princípio da igualdade, evitando formalmente a proporcionalidade e a protecção da confiança na sua dimensão de “garantia de projecção variável”²¹ ou de garantia relevante quanto a “políticas de realização de pensões e

¹⁷ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>.

¹⁸ Luís Pereira Coutinho, *Os Direitos Sociais e a Crise: Breve Reflexão* in *Direito&Política*, n.º 1, Outubro-Dezembro, 2012, p. 81.

¹⁹ Está em causa jurisprudência constitucional permeável à retrospectividade fiscal, como o atesta o Acórdão n.º 399/2010 (disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100399.htm>): *Refira-se que o grau de tolerância da medida legislativa tomada face ao princípio da confiança é directamente correspondente ao grau de relevância do interesse público constitucionalmente tutelado. Segundo o legislador, existem razões imperiosas de interesse público que justificam quer uma nova taxa de IRS no valor de 45% para sujeitos passivos ou agregados familiares que obtenham um valor anual de rendimentos superiores a € 150000,00, a qual veio a ser criada pela Lei n.º 11/2010, quer uma tributação adicional em sede de IRS, mediante aumento de 0,58 % das taxas gerais deste imposto aplicáveis até ao 3.º escalão de rendimentos e em 0,88 % a partir do 4.º escalão, a qual consta da Lei n.º 12-A/2010. Ora, não tem este Tribunal razões que lhe permitam pôr em causa que a prossecução do interesse público, em face da situação económico-financeira do País, exige a adopção de medidas deste tipo.*

²⁰ Luís Menezes Leitão, *Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2011* in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, IV, Lisboa, Outubro-Dezembro, 2011, p. 1279.

²¹ José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, Lisboa: Principia, 2011, p. 86.

de remunerações”²². Assim, nas decisões de 2012 e 2013, apesar da menção à “igualdade proporcional” o TC procura deslocar-se da introdução de elementos materiais mais próximos dos dois princípios citados. No entanto, afigura-se claro que a “igualdade proporcional” de 2012 tem uma clara componente da idoneidade, da necessidade e da razoabilidade, mais do que da “proibição do arbítrio”²³.

No Acórdão n.º 353/2012 afirmou-se que: *O princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, enquanto manifestação específica do princípio da igualdade, constitui um necessário parâmetro de atuação do legislador. Este princípio deve ser considerado quando o legislador decide reduzir o défice público para salvaguardar a solvabilidade do Estado. Tal como recai sobre todos os cidadãos o dever de suportar os custos do Estado, segundo as suas capacidades, o recurso excecional a uma medida de redução dos rendimentos daqueles que auferem por verbas públicas, para evitar uma situação de ameaça de incumprimento, também não poderá ignorar os limites impostos pelo princípio da igualdade na repartição dos inerentes sacrifícios. Interessando a sustentabilidade das contas públicas a todos, todos devem contribuir, na medida das suas capacidades, para suportar os reajustamentos indispensáveis a esse fim. É indiscutível que, com as medidas constantes das normas impugnadas, a repartição de sacrifícios, visando a redução do défice público, não se faz de igual forma entre todos os cidadãos, na proporção das suas capacidades financeiras, uma vez que elas não têm um cariz universal, recaindo exclusivamente sobre as pessoas que auferem remunerações e pensões por verbas públicas. Há, pois, um esforço adicional, em prol da comunidade, que é pedido exclusivamente a algumas categorias de cidadãos*²⁴.

1.4. Apresenta toda a relevância a limitação de efeitos que o TC estabeleceu para a sua decisão no sentido da inconstitucionalidade no Acórdão n.º 353/2012. De acordo com o art.º 282.º, n.º 1 da Constituição portuguesa, a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral, tem eficácia retroactiva. Assim, a decisão positiva do

²² J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada (Artigos 1.º a 107.º)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 211.

²³ Para uma crítica da fórmula e da jurisprudência do TC, pode consultar-se Miguel Nogueira de Brito e Luís Pereira Coutinho, *A «Igualdade Proporcional», novo modelo no controlo do Princípio da Igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013* in *Direito&Política*, n.º 4, Julho-Outubro, 2013, pp. 182 e ss.

²⁴ A solução foi criticada na doutrina: *o Acórdão n.º 353/2012 manifesta um activismo judicial extremo e coloca num plano de inusitada exigência o teste da igualdade geral*. Miguel Nogueira de Brito, *Comentário ao Acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional* in *Direito&Política*, n.º 1, op. cit., p. 118.

TC implica que a norma declarada inconstitucional não produza efeitos no ordenamento jurídico.

A Constituição admite que nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, o Tribunal possa limitar efeitos com base na segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo. Esta disposição foi invocada pelo TC não para considerar aplicável até ao fim do ano a norma declarada inconstitucional, por violação do princípio da igualdade. Tratou-se de uma decisão inédita de discutível compatibilidade com a Constituição²⁵. O contexto da “crise” serviu, também aqui, de fundamento: *encontrando-se a execução orçamental de 2012 já em curso avançado, reconhece-se que as consequências da declaração de inconstitucionalidade acima anunciada, sem mais, poderiam determinar, inevitavelmente, esse incumprimento, pondo em perigo a manutenção do financiamento acordado e a consequente solvabilidade do Estado. Na verdade, o montante da poupança líquida da despesa pública que se obtém com a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou prestações equivalentes a quem aufere por verbas públicas, assume uma dimensão relevante nas contas públicas e no esforço financeiro para se atingir a meta traçada, pelo que dificilmente seria possível, no período que resta até ao final do ano, projetar e executar medidas alternativas que produzissem efeitos ainda em 2012, de modo a poder alcançar-se a meta orçamental fixada. Estamos, pois, perante uma situação em que um interesse público de excepcional relevo exige que o Tribunal Constitucional restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos permitidos pelo artigo 282.º, n.º 4, da Constituição, não os aplicando à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012.*

A decisão esteve longe de assegurar a unanimidade dos juízes. Declarar inconstitucional a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e Natal e prolongar no tempo os efeitos da citada norma, significou estender a inconstitucionalidade. Extrai-se da

²⁵Desde a vigência da crise financeira que os orçamentos de estado vivem numa permanente tensão constitucional, demonstrando que um estado falido não hesita em recorrer a todos os meios para obter receita ou cortar despesa, mesmo que esses meios afrontem claramente a Constituição. Lamentavelmente, no entanto, essa atitude tem contado com a complacência do tribunal Constitucional, que legitimou sucessivamente os cortes de salários. Primeiro no Acórdão 396/2011 declarou perfeitamente constitucional o corte de salários que tinha sido realizado no orçamento para 2011, no ano seguinte, perante a insistência e brutal agravamento da medida, no Acórdão 353/2012 decidiu pela primeira vez declarar a sua inconstitucionalidade, mas fê-lo de forma tímida, recusando-se, de forma claramente inconstitucional, a aplicar as consequências da inconstitucionalidade que tinha decretado Luís Menezes Leitão, Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012 in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 72, IV, Lisboa, Outubro-Dezembro, 2012, p. 1777.

declaração de voto da Conselheira Catarina Sarmiento e Castro: *De acordo com o juízo maioritário, decidiu-se restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, limitando-os à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal de 2013 e de 2014. Ora, afastei-me do âmbito delineado pela maioria para a produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por entender que estes só não deveriam aplicar-se aos subsídios que, devendo ter sido pagos, não o houvessem sido no momento da decisão de inconstitucionalidade (o subsídio de férias de 2012, ou equivalente). No caso, não se deveria permitir que a norma, agora declarada inconstitucional, ainda viesse a produzir efeitos para além do momento da decisão deste Tribunal. Na prática, a decisão maioritária, quanto à produção de efeitos, tolera também, por razões que explica, a suspensão do pagamento dos subsídios de Natal de 2012 (ou equivalente), ainda que a considere inconstitucional.*

É o n.º 4 do artigo 282.º da Constituição que confere ao Tribunal Constitucional a possibilidade de fixar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com um alcance mais restrito do que o resultante do n.º 1 do mesmo preceito, desde que tal seja justificado por razões relacionadas com a segurança jurídica, equidade ou interesse público de excecional relevo. Ora, parece-me ilógico - não havendo o Acórdão atendido, a meu ver, bem, ao argumento do excecional interesse público da execução das medidas tendentes à redução do défice, para justificar, sem outras considerações, a concreta solução em análise - que deva esse argumento ser esgrimido para, afinal, branquear a sua ablação ou redução em todo o ano que ainda corre. Na verdade, não tenho para mim como demonstrado que o facto de se encontrar a execução orçamental de 2012 já em curso, - e tanto mais que está apenas no início o segundo semestre do ano - inviabilizasse a adoção atempada de outras medidas universais alternativas que contribuíssem para o objetivo da garantia da solvabilidade das contas públicas. Mesmo tendo como seguro que não é ao Tribunal Constitucional que cabe qualquer opção nesta matéria, difícil será obnubilar que outras soluções legislativas foram anteriormente operacionalizadas de modo a contribuir com rapidez para a redução do défice, facto que, inevitavelmente, tem de ser ponderado em juízos de necessidade relativos a medidas posteriormente adotadas. E ainda que, em contradição de argumentos, se reconhecesse que um interesse público de excecional relevo justificaria, para todo o ano de 2012, a não produção de efeitos da decisão de inconstitucionalidade deste Tribunal, a meu ver, tal implicaria aceitar-se, num juízo de ponderação, que uma solução legislativa que o Tribunal Constitucional considerou constitucionalmente gravosa não teria, afinal, no ano que

corre, suficiente peso para aqueles que a sofrem. Ora, não posso, de modo algum, subscrevê-lo. Por um lado, porque o que levou à decisão de inconstitucionalidade, que votei favoravelmente, foi admitir-se que nem mesmo as circunstâncias excepcionais atualmente vividas permitem, à luz da Constituição, justificar uma situação fortemente inigualitária de ablação ou redução dos subsídios de férias e de Natal, imposta apenas aos que auferem remunerações salariais de entidades públicas, ou recebem pensões de reforma ou aposentação através do sistema público de segurança social, obrigando-os a um desmesurado sacrifício, em prol da comunidade. Por outro lado, atendendo ao variado leque de situações abrangidas pelas normas, é-me difícil aceitar que se tolere, durante todo o ano de 2012, o que para alguns casos será, certamente, um pesadíssimo sacrifício, sacrifício esse, não se esqueça, determinado por uma medida agora reconhecidamente inconstitucional.

A aplicação do art.º 282.º, n.º 4, nesta decisão abriu o debate doutrinário sobre a existência de um acto com a natureza de mutação constitucional: *criou-se, assim, um precedente instável e duvidoso, que abre caminho para que o Tribunal Constitucional, no futuro volte a autorizar que uma norma declarada inconstitucional produza efeitos futuros, sem que tal resulte da letra da Constituição ou do espírito de legislador*²⁶.

2. O Acórdão n.º 187/2013 do TC referente ao à lei do orçamento para o ano de 2013, contém quatro pedidos de fiscalização, provenientes do Presidente da República, do Provedor de Justiça e de deputados à Assembleia da República. Os artigos questionados estatuíam a manutenção da redução das remunerações dos trabalhadores do sector público, a suspensão do subsídio de férias para os trabalhadores do sector público, a suspensão do subsídio de férias ou equivalente de reformados e aposentados, a incrementação de uma Contribuição Extraordinária de Solidariedades (CES) sobre as pensões situadas entre €1.350 e €3.750, fixada entre as taxas de 3,5% e 10%, a redução de subsídios a atribuir pela Caixa Geral de Aposentações (CGA), a alteração do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS) e introdução de uma sobretaxa em sede de IRS.

Na decisão, o TC considerou que na manutenção da redução das remunerações, o Tribunal considerou que os argumentos produzidos no Acórdão n.º 396/2011 se encontrariam reforçados, pois era previsível o carácter plurianual das normas aplicadas em 2011, bem como

²⁶ Carlos Blanco de Moraes, *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*, in André Fellet e Marcelo Novelino (org.), *Constitucionalismo e Democracia*, Salvador-Bahia: Editora JusPodivm, 2014, p. 393.

a sua introdução nas leis orçamentais seguintes, pelo que foi entendido que estas normas não desempenhavam um “efeito surpresa” nos destinatários entendeu o tribunal. A situação económico-financeira portuguesa justificou a manutenção da medida.

No que respeita à suspensão do pagamento do subsídio de férias, o Tribunal admite que poderia existir uma maior expectativa quanto à não introdução de medidas de suspensão dos subsídios de férias e de Natal, atendendo a que no seu Acórdão n.º 353/2012, o Tribunal Constitucional se pronunciou no sentido da inconstitucionalidade das normas referentes à Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro. No entanto, porém, os “indícios consistentes” da necessidade de manutenção das medidas de redução da despesa pública leva o TC a não considerar as medidas incompatíveis com o princípio da protecção da confiança.

No que toca à suspensão de 90% do subsídio de férias dos reformados e aposentados,
o

Tribunal, reconhece desde logo que os destinatários destas normas, se encontram numa situação diferente daquela em que estão os funcionários do sector público que se encontram no activo. Os primeiros, têm afectado um direito já constituído, passando este a ser um direito adquirido, a partir do momento em que a pensão se torna exigível e é efectivamente atribuída.

Assim, este direito será merecedor de uma tutela reforçada, fundada não no facto de o cidadão ter efectuado contribuições, mas no de ter contado com um quadro em que o benefício foi definido, não tendo tido a possibilidade de se precaver quanto a eventuais diminuições do mesmo, nem podendo agora fazer face a elas uma vez que terminaram a sua vida activa. Ainda assim, considerou o TC que a frustração destas expectativas legítimas se justifica face às razões de interesse público que se têm invocado, a que acresce ainda o argumento da sustentabilidade do sistema de segurança social.

Por tudo o que foi dito, o TC pronunciou-se no sentido de não ter sido violado o princípio da protecção da confiança. O TC afirma-o expressamente a propósito da suspensão do subsídio de férias: *embora se reconheça, em relação à suspensão do subsídio de férias, que possa ter ocorrido um acréscimo de expectativas decorrente da circunstância de o Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 353/2012, ter julgado inconstitucionais as medidas de suspensão do subsídio de férias e de Natal introduzidas pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, não se afigura que a adopção de uma tal medida, ainda que subsequente à formulação desse juízo de inconstitucionalidade, mereça, na exclusiva perspectiva da tutela da*

confiança, uma ponderação substancialmente distinta daquela que suscitou a manutenção da redução salarial. Com efeito, a suspensão do subsídio de férias – que já havia sido adotada, no anterior exercício orçamental, em cumulação com a suspensão do subsídio de Natal – integra-se, ainda, numa linha de atuação programada, de carácter plurianual, que visa a realização de objetivos orçamentais essenciais ao reequilíbrio das contas públicas, num contexto de particular excecionalidade, o que manifestamente configura a prossecução de um interesse público real, perceptível, claro e juridicamente enquadrável, coincidente com a preservação da capacidade de financiamento do Estado no âmbito das obrigações assumidas e, por essa via, com as possibilidades de realização das tarefas fundamentais a seu cargo.

2.1. O TC, em 2013, vai utilizar como fundamento de inconstitucionalidade o princípio da igualdade proporcional, integrado pelos factores de cumulação dos “sacrifícios” provenientes da jurisprudência dos dois anos anteriores. Assim: *a igualdade proporcional só é aferível no contexto, pelo que há que atender ao conjunto diversificado de medidas, teleologicamente unificadas, que acompanham as de manutenção das reduções da remuneração mensal base e de suspensão total ou parcial de um dos dois subsídios. Para além da menor expressão quantitativa do sacrifício por estas imposto (em confronto com o resultante da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, tendo em conta que só é afetado o subsídio de férias), constata-se, nesta perspetiva alargada, que agora se prevê, em simultâneo (contrariamente ao que sucedera no âmbito daquele diploma), medidas de abrangência universal. Concebidas as intervenções redutoras do nível remuneratório como parte de um todo, só no que a elas diz respeito se pode apontar a repartição inigualitária de sacrifícios anteriormente sob apreciação.*

O TC afirma que as medidas de suspensão do subsídio de férias cumuladas com as reduções salariais com que os profissionais do sector público têm sido afectados desde 2011, a que acresce um forte agravamento fiscal com aplicado de forma generalizada aos rendimentos do trabalho, não encontram justificação suficiente no princípio de vinculação ao interesse público.

Por outro lado, o TC considera que o facto de em 2013 se estar numa fase avançada de cumprimento do PAEF, a compatibilidade de medidas de austeridade com a Constituição deve ser aferida com maior exigência: *Quando uma redução dos salários do setor público, a pretexto da excecionalidade da situação económica, devia ser acompanhada de soluções*

alternativas de redução da despesa pública, não serve hoje de justificação para a supressão de um dos subsídios que integram a retribuição dos trabalhadores da Administração Pública, a par da diminuição da remuneração mensal, que essa seja ainda a medida que apresenta efeitos seguros e imediatos na redução do défice e a única opção – como se afirma no Relatório do OE para 2013 – para garantir a prossecução do objetivo traçado. As razões que permitiriam reconhecer a impossibilidade de o legislador encontrar medidas sucedâneas, num contexto de urgência de obtenção de resultados – e que o acórdão n.º 396/2011 aceitou, por referência à redução salarial prevista na Lei do Orçamento de 2011 -, não apresentam o mesmo grau de convencimento em relação aos períodos orçamentais ulteriores. E, como se afirmou em declaração de voto aposta ao acórdão n.º 353/12, o decurso do tempo implica um acréscimo de exigência ao legislador no sentido de encontrar alternativas que evitem que, com o prolongamento, o tratamento diferenciado se torne claramente excessivo para quem o suporta, e exige ao legislador um ónus de fundamentação em termos de valores previsíveis para as diversas alternativas possíveis de aumento de receita ou redução de despesa.

2.2. Como medida inovadora de combate à crise a lei de orçamento de Estado para 2013 passou a incluir a contribuição extraordinária de solidariedade (CES) incidindo sobre pensões a com valor superior a €1350, pagas não só por entidades públicas, mas abrangendo todas as prestações pecuniárias vitalícias devidas a qualquer título a aposentados, reformados, pré-aposentados ou equiparados que não estejam expressamente excluídas por disposição legal. As pensões assumem uma progressividade da seguinte forma: a) 3,5% sobre a totalidade das pensões de valor mensal entre €1350 e €1800; b) 3,5% sobre o valor de €1800 e 16% sobre o remanescente das pensões de valor mensal entre €1800,01 e €3750, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5% e 10% e c) 10% sobre a totalidade das pensões de valor mensal superior a €3750. Para este último escalão, são aplicadas, em acumulação com a taxa de 10%, as seguintes percentagens: a) 15% sobre o montante que exceda 12 vezes o valor do IAS (€5030,64) mas que não ultrapasse 18 vezes aquele valor (€7545,96) e b) 40% sobre o montante que ultrapasse 18 vezes o valor do IAS (€7545,96) ²⁷.

²⁷ Contra esta solução, veja-se o artigo de opinião de Jorge Miranda no Jornal “O Público”, de 12 de Março de 2014, intitulado «Em vez da “Contribuição extraordinária de solidariedade” uma “Contribuição solidária de mobilidade”», disponível em: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/em-vez-da-contribuicao-extraordinaria-de-solidariedade-uma-contribuicao-solidaria-de-mobilidade-1627864?page=-1>.

O TC decidiu que a CES consiste numa medida que visa financiar o sistema de segurança social e que se apoia na racionalidade própria da estratégia seguida para combater a crise económica, estando ainda, dentro da margem de livre conformação política do legislador. O Tribunal considerou igualmente, que estas medidas não são excessivamente diferenciadoras, atendendo às causas que as motivam, que os montantes em causa não são significativos e que como tal, esta medida se encontra dentro dos limites do sacrifício.

Assim, segundo o TC: *um aspeto que se torna evidente, por tudo o que já anteriormente se expôs, é que os pensionistas afetados pela medida não se encontram na mesma situação de qualquer outro cidadão, justamente porque são beneficiários de pensões de reforma ou de aposentação e de complementos de reforma, e é a sua distintiva situação estatutária que determina a incidência da CES, como medida conjuntural, com a finalidade específica de assegurar a sua participação no financiamento do sistema de segurança social, num contexto extraordinário de exigências de financiamento que, de outra forma, sobrecarregariam o Orçamento do Estado ou se transfeririam para as gerações futuras. A Constituição não estabelece a proporção em que o financiamento da segurança social depende de qualquer uma das suas fontes, sendo essa matéria que está em grande medida à disposição do Estado no âmbito da sua liberdade de conformação política e legislativa.*

Relativamente à CES, verifica-se a prevalência do interesse público nos termos em que a jurisprudência do TC o tem valorizado: *em face do condicionalismo que rodeou a implementação da contribuição extraordinária de solidariedade, não só as expectativas de estabilidade na ordem jurídica surgem mais atenuadas, como são sobretudo atendíveis relevantes razões de interesse público que justificam, em ponderação, uma excecional e transitória descontinuidade do comportamento estadual. Como já resulta da ponderação efetuada noutra local, a propósito deste princípio, o interesse público a salvaguardar, não só se encontra aqui perfeitamente identificado, como reveste uma importância fulcral e um carácter de preminência que lhe confere uma manifesta prevalência, ainda que não se ignore a intensidade do sacrifício causado às esferas particulares atingidas pela nova contribuição.*

Nas declarações de voto que se pronunciaram contra a CES, assume relevo o especial sacrifício imposto a pensionistas e reformados. Para o Conselheiro Fernando Vaz Ventura: *não oferece dúvida que a CES opera sacrifício acrescido sobre pensionistas e reformados, também onerados, como os demais contribuintes, com o aumento generalizado de impostos. Ora, não se vê que essa condição, em si mesma, justifique uma obrigação especial na*

satisfação dos encargos públicos e participação suplementar na correção de desequilíbrios orçamentais, tanto mais quando incidente sobre quem se encontra numa fase de vida que não permite procurar outras fontes de rendimento. Não colhe, a meu ver, a justificação de que se trata de sacrifício equivalente às reduções salariais por parte de quem se encontra a beneficiar de verbas públicas e destinado a compensar o maior esforço orçamental com o sistema de segurança social na atual situação económica e financeira, desde logo porque a CES estende o seu âmbito de incidência a contribuintes cujas pensões não representam qualquer encargo para o orçamento da segurança social, como acontece com rendimentos proporcionados por planos de pensões criados por regimes previdenciais de iniciativa empresarial ou coletiva, geridos por entidades de direito privado ou cooperativo e até por entidades de direito público (caso da Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores - CPAS). A medida abarca, assim, as pensões enquadráveis no primeiro e segundo pilares do sistema da segurança social, o que a diferencia profundamente da medida com a mesma designação consagrada nos orçamentos de estado de 2011 e 2012.

Conclusão: A parametricidade da Constituição em tempos de crise leva a que se possa concluir que a inconstitucionalidade, na interpretação do TC, não dependa apenas do “texto”, mas, também, do “contexto”²⁸. Numa outra perspectiva, o que seria incompatível com a Constituição em tempos de normalidade constitucional, já o não será em tempos de memorandos e programas de assistência²⁹. Este desiderato decorre, sem dificuldade, da jurisprudência constitucional, apesar de a doutrina manter que se continua dentro de um quadro “normativo pleno”³⁰.

²⁸ *A temporalidade da constituição expressa-se também na alteração em sede de domínio da norma ou da realidade. Com efeito, no jogo complexo das mutações em termos de valores, bens e interesses não é apenas a alteração formal do parâmetro por via de revisão que deve ser tomada em consideração pela jurisprudência constitucional. Se a norma compreende um sector da realidade, a mutação relevante neste plano não pode ser descurada.* João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 169-170.

²⁹ Na óbvia ausência de uma “cláusula constitucional” de transição para um “estado de emergência económico-financeiro”, já se questionou qual seria o seu termo: *o critério que permite identificar essa passagem é o afastamento do «risco iminente de default», ou seja a fase em que embora exista ainda desequilíbrio e continuem a ser necessárias medidas de «ajustamento económico estrutural», deixamos de estar em risco de incumprimento.* Suzana Tavares da Silva, *Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise*, in José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva (org.), *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 86.

³⁰ *O que certamente não se pode consentir é que o reconhecimento da necessidade de ter em consideração a existência de uma crise económico-financeira conduza à afirmação de uma dicotomia facticidade/normatividade, como se esse reconhecimento levasse obrigatoriamente a aceitar um Estado de não direito. Que o Estado de Direito está presentemente a ser posto à prova ninguém duvidará, mas, tal como estão as coisas, não é correcto falar-se de um Estado de não Direito ou do ocaso ou desmantelamento do Estado de*

O TC desenvolveu uma fundamentação que teria necessariamente por consequência considerar não inconstitucionais normas que afectam o princípio da protecção da confiança como começa por ser reconhecido no acórdão de 2011. A segurança como antítese das transformações/regressões ditadas pelo interesse público vincado pelos compromissos internacionais do Estado. A “crise do princípio da segurança”, não significa mais do que a ampliação da discricionariedade legislativa em tempos de austeridade. Esta jurisprudência do Tribunal Constitucional é marcada por uma limitação da sua esfera de competências, em favor de uma maior liberdade de conformação do legislador. O refúgio principiológico na igualdade, mesmo que temperada pela “igualdade proporcional”, reduz o poder de intervenção do próprio TC.

Os três acórdãos apreciados são porosos, manifestando uma lógica de funcionalidade abundantemente remissiva. O Acórdão n.º 187/2013 do TC funciona como exemplo máximo ao remeter para a aplicação da plêiade de testes que foram tratados em jurisprudência anterior.

A jurisprudência da crise fica, igualmente, marcada por aquilo que pode ser considerada como “uma decisão, que desaplica a sua própria decisão”, com a manipulação de efeitos através da restrição de efeitos da inconstitucionalidade para o futuro aposta ao Acórdão n.º 353/2012 do TC.

A evolução da jurisprudência constitucional caminhou no sentido da diluição do peso dogmático do eixo interesse público/transitoriedade das medidas/excepcionalidade.

Referências Bibliográficas

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*. Lisboa: Principia, 2011.

BRITO, Miguel Nogueira de e COUTINHO, Luís Pereira. A «Igualdade Proporcional», novo modelo no controlo do Princípio da Igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013. *Direito&Política*, n.º 4, Julho-Outubro, 2013.

BRITO, Miguel Nogueira de. Comentário ao Acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional. *Direito&Política*, n.º 1, Outubro-Dezembro, 2012.

Direito. A descaracterização total do Estado de Direito está longe ainda de acontecer, mesmo naqueles países que implementaram medidas draconianas que afectam direitos e princípios constitucionais. Maria Benedita Urbano, *Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional*, in: Pedro Gonçalves, Carla Amado Gomes, Helena Melo e Filipa Calvão (org.), *A Crise e o Direito*. Lisboa: ICJP (Instituto de Ciências Jurídico-Políticas), 2013, disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf.

BRANCO, Ricardo. «Ou sofrem todos ou há moralidade»: Breves notas sobre a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho. *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Volume I*. Coimbra: Almedina, 2012.

CANAS, Vitalino. Constituição Prima Facie: Igualdade Proporcionalidade, Confiança (aplicados ao “corte” de pensões). *E-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º1, 2014. Disponível em: <http://e-publica.pt/constituicaoprimafacie.html>

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada (Artigos 1.º a 107.º)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COIMBRA, José Duarte. Sobre o estatuto constitucional da austeridade in A austeridade cura? A austeridade mata? In: FERREIRA, Eduardo Paz (coord.). *A austeridade cura? A austeridade mata?* Lisboa: AAFDL, 2013.

COUTINHO, Luís Pereira. Os Direitos Sociais e a Crise: Breve Reflexão. *Direito&Política*, n.º 1, Outubro-Dezembro, 2012.

FERREIRA, Eduardo Paz (coord.). *A austeridade cura? A austeridade mata?* Lisboa: AAFDL, 2013.

HESPANHA, António Manuel. A Revolução Neoliberal e a Subversão do «Modelo Jurídico»: Crise, Direito e Argumentação Jurídica. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar e PIÇARRA, Nuno (org.), *A Crise e o Direito*. Lisboa: Almedina, 2013.

LEITÃO, Luís Menezes. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, IV, Lisboa, Outubro-Dezembro, 2012.

LEITÃO, Luís Menezes. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2011. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, IV, Lisboa, Outubro-Dezembro, 2011.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?* Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MARTINS, António. *A jurisprudência constitucional sobre as leis do Orçamento do Estado e (in)constitucionalidade do OE2014*. Coimbra: Almedina, 2014.

MIRANDA, Jorge. «Em vez da “Contribuição extraordinária de solidariedade” uma “Contribuição solidária de mobilidade”». Porto e Lisboa, *Jornal “O Público”*, de 12 de Março de 2014. Disponível em: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/em-vez-da-contribuicao-extraordinaria-de-solidariedade-uma-contribuicao-solidaria-de-mobilidade-1627864?page=-1>

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. In: FELLETT, André e NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador-Bahia: Editora JusPodivm, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. In: NABAIS, José Casaltas e SILVA, Suzana Tavares da (org.). *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. Coimbra: Almedina, 2011.

URBANO, Maria Benedita. Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional. In: GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado; MELO, Helena e CALVÃO, Filipa (org.). *A Crise e o Direito*. Lisboa: ICJP, 2013. Disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrodp_31out2013a.pdf .

Artigo recebido em 09 de junho de 2014.

Artigo aprovado para publicação em 10 de junho de 2014.

DOI: 10.11117/1982-4564.07.09



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.

A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido?

João Costa Neto *

Resumo: Há algum tempo, a Corte Constitucional sul-africana tem recebido particular atenção por parte dos constitucionalistas de várias partes do mundo e, por via de consequência, seus julgados têm sido amplamente discutidos por acadêmicos de outros países. O presente texto buscará descrever e esclarecer as principais decisões proferidas pela Corte sul-africana em matéria de direitos fundamentais. Ao final, fez-se um breve balanço do papel desempenhado pela Corte, de modo a aferir se a sua atuação relativa a direitos fundamentais pode, ou não, servir de paradigma para outros países, como o Brasil.

Palavras-chave: direitos fundamentais; Corte Constitucional da África do Sul; Tribunal Constitucional Federal alemão; Jurisdição Constitucional.

Abstract: The Constitutional Court of South Africa has received particular attention from constitutionalists from various parts of the world and, as a consequence, its decisions have been widely discussed by scholars from other countries. This text seeks to describe and clarify the main cases taken to the South African Court on matters regarding Constitutional Rights. At the end, an assessment is made of the role played by the Court on the protection of Constitutional Rights, in order to ascertain whether its decisions may or may not serve as a model for other countries, such as Brazil.

Keywords: Constitutional Rights; Constitutional Court of South Africa; German Federal Constitutional Court; Constitutional Control.

* Doutorando em Direito Público pela Humboldt-Universität zu Berlin. Doutorando e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Mestrando em Direito Romano pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel e Licenciado em Filosofia pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Foi, durante um ano, aluno especial do Mestrado em Filosofia da Universidade de Brasília (UnB). É Professor Substituto de Direito Administrativo e de Direito das Sucessões na UnB e Advogado em Brasília. Student Member da Society for the Promotion of Roman Studies (Fundada em 1910) e da Society for the Promotion of Hellenic Studies (Fundada em 1879). É autor do livro "Dignidade Humana na visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos" (São Paulo: Saraiva, 2014).

Há algum tempo, a Corte Constitucional sul-africana tem recebido particular atenção por parte dos constitucionalistas de várias partes do mundo e, por via de consequência, seus julgados têm sido amplamente discutidos por acadêmicos de outros países.¹ O presente texto buscará descrever e esclarecer as principais decisões proferidas pela Corte sul-africana em matéria de direitos fundamentais. Como se sabe, a atuação da Corte Constitucional sul-africana foi especialmente expressiva nesse campo.

A abolição da pena de morte na África do Sul e a edição da lei que criou a possibilidade de celebração de casamentos homossexuais, por exemplo, foram decorrência direta e imediata de duas decisões judiciais da Corte sul-africana. Ademais, algumas célebres decisões foram proferidas no que se refere aos direitos sociais, incluindo o direito à moradia, o direito à educação e o direito à saúde. Mencione-se, igualmente, que a Corte já analisou outros importantes casos que envolviam a criminalização da prostituição e da maconha (no caso de uso em práticas religiosas rastafári).

Esses e outros julgados serão descritos e sucintamente explicados ao longo deste artigo. Ao final, far-se-á um breve balanço do papel desempenhado pela Corte, de modo a aferir se a sua atuação relativa a direitos fundamentais pode, ou não, servir de paradigma para outros países, como o Brasil.

Observações preliminares

A atual Constituição sul-africana foi aprovada em 1996 e apenas entrou em vigor em 1997. Antes dela, a África do Sul possuiu uma Constituição interina, que foi adotada em abril de 1994. O documento interino – que é verdadeira lei fundamental (*Grundgesetz*), porquanto inicialmente feito a título provisório – previa a sua substituição por outro permanente, mas estipulava uma série de princípios que deveriam ser observados pela Constituição definitiva.

Nesse contexto, a Constituição permanente foi, inclusive, submetida ao crivo da Corte Constitucional, que declarou algumas de suas partes inconstitucionais, à luz dos princípios

¹ Cf. SCHNEIDER, Hans-Peter. “Grundrechte in der Verfassung Südafrikas”, in *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat: Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013; REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010; KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012; MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2012. Entre nós, cf., em especial, MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2013.

que, segundo o texto constitucional interino, deveriam ser respeitados. Trata-se do processo denominado *Certificação da Constituição da República da África do Sul*.²

É importante notar que a Corte Constitucional sul-africana foi fundada e passou a funcionar com base na Constituição interina de 1994, a qual já previa, em seu texto, um catálogo de direitos fundamentais e uma forma de *judicial review*, isto é, de controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos e dos atos administrativos.

Igualmente relevante é o fato de a Constituição sul-africana não possuir direitos fundamentais com reserva legal. Adotou-se uma cláusula limitativa geral, que é aplicável a todos os direitos fundamentais. Dessa forma, não há direitos fundamentais sem reserva legal, com reserva legal qualificada e com reserva legal simples.³ Há, tão somente, uma lista de direitos fundamentais, os quais, sem exceção, são limitáveis por meio de uma cláusula geral, prevista na seção 36 da Constituição da República da África do Sul de 1996.⁴

Pena de morte

A primeira decisão genuinamente significativa – e também polêmica – da Corte Constitucional foi *State v Makwanyane and Another*.⁵ Nesse caso, declarou-se a inconstitucionalidade da pena de morte na África do Sul. A decisão foi redigida pelo *Justice Arthur Chaskalson*, que foi membro da Corte entre 1994 e 2001 e *Chief Justice* a partir de

² *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC).

³ A respeito, cf. HUFEN, Friedhelm. *Staatsrecht II. Grundrechte*. 3.Auf. München: C.H. Beck, 2011. pp. 111ss.; STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München: C.H. Beck, vol. III/2, 1994. pp. 369ss.; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2.Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. pp. 106ss.; BUMKE, Christian. *Der Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998; HERMES, Georg. “Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten”, in MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte: Einzelgrundrechte I*. München: C.F. Müller, 2012. pp. 333ss.

⁴ “36. Limitation of rights

1. The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including:

- a. the nature of the right;
- b. the importance of the purpose of the limitation;
- c. the nature and extent of the limitation;
- d. the relation between the limitation and its purpose; and
- e. less restrictive means to achieve the purpose.

2. Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights.”

⁵ *State v Makwanyane and Another*, 1995 (3) SA 391 (CC), 1995 (6) BCLR 665 (CC).

2001 até 2005. Chaskalson viria a desempenhar um papel decisivo na história da África do Sul, na condição de *Chief Justice*.

A abolição da pena de morte foi fruto de uma posição extremamente impopular e contra-majoritária. Estima-se que, logo após a decisão, em 1995, 75% dos sul-africanos desejavam ver reintroduzida a pena de morte no ordenamento jurídico.⁶

Nenhum dispositivo da Constituição sul-africana proíbe, explicitamente, a pena de morte. Foi necessário invocar, portanto, o direito à vida para fundamentar a decisão.⁷ O silêncio da Constituição parece ter sido proposital. Tudo indica que ele foi produto de uma transigência ou solução de compromisso adotada durante o processo constituinte. Decidiu-se, deliberadamente, não solucionar o impasse em torno da pena de morte, já que havia muita polêmica a respeito.⁸

Entretanto, o principal partido sul-africano da era pós-Apartheid, liderado por Nelson Mandela, repudiava, abertamente, a pena capital. O Congresso Nacional Africano (*African National Congress* - ANC) – como o partido é chamado – representa, até hoje, a principal força política na África do Sul. A maior parte dos *Justices* da primeira composição da Corte Constitucional tinha grande afinidade – senão vinculação direta – com o partido. Os *Justices* Arthur Chaskalson e Albie Sachs são exemplos bastante ilustrativos nesse sentido: ambos eram muito ligados a Nelson Mandela – pelo qual foram nomeados para a Corte Constitucional – e envolveram-se abertamente com todo o movimento político que culminou no fim do Apartheid.

Em apertada síntese, a Corte Constitucional entendeu que a pena de morte violava a proporcionalidade. Segundo a decisão, a finalidade da pena de morte é inibir e prevenir o cometimento de crimes violentos; o criminoso, após morto, não pode voltar a praticar crimes.⁹ Para tanto, consideráveis são os ônus à liberdade do indivíduo, à sua vida e à sua integridade física. Portanto, a existência de outros métodos menos gravosos que alcancem os fins

⁶ ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 238

⁷ SCHNEIDER, Hans-Peter. “Grundrechte in der Verfassung Südafrikas”, in *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat: Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 1170

⁸ ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 239ss.

⁹ *State v Makwanyane and Another*, 995 (3) SA 391 (CC), 1995 (6) BCLR 665 (CC) [184, 236].

almeçados com basicamente a mesma eficiência faz com que uma medida estatal seja inconstitucional.¹⁰

Os magistrados sul-africanos entenderam que a pena perpétua serviria para os mesmos fins e com praticamente a mesma intensidade. Também o preso condenado a uma pena perpétua está, em regra, impossibilitado de criminar novamente. Ademais, a Corte Constitucional não encontrou provas idôneas a demonstrar que a pena de morte inibia a ocorrência de crimes; que ela diminuía a sensação de impunidade. O governo não teria conseguido provar que a pena de morte promovia esse fim, e tampouco que a pena perpétua não serviria igualmente para esse desiderato.¹¹

Discussões sobre a constitucionalidade da pena de morte, ou de outros tipos severos de sanção, são comuns em vários países, o que demonstra que as questões constitucionais enfrentadas pela Corte sul-africana são muito semelhantes àsquelas enfrentadas por outros países.¹² Na Alemanha, por exemplo, houve um amplo debate jurídico sobre a admissibilidade da pena perpétua. O Tribunal Constitucional Federal alemão proferiu, há anos, decisão que decidiu ser a pena perpétua por homicídio qualificado (*Mord*), crime previsto na § 211, (1), do Código Penal alemão (StGB), compatível com a Lei Fundamental.

Entretanto, foi estipulada uma série de pressupostos para a constitucionalidade desse tipo de pena, a serem clara e coerentemente regulados por meio de lei em sentido formal, em homenagem ao princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*).¹³ O Tribunal alemão decidiu que a pena perpétua é constitucional desde que permaneça uma chance factível de o preso, por meio de seu próprio comportamento – conforme requisitos previstos em lei em sentido estrito –, voltar a ser livre.¹⁴

Por outro lado, entende o Tribunal Constitucional Federal alemão que a pena de morte é incompatível com a dignidade humana, pois tal punição nega “(...) uma confissão [ou comprometimento] com o valor básico da vida humana” (*ein Bekenntnis zum grundsätzlichen*

¹⁰ CURRIE, Iain; DE WAAL, Johan. *The Bill of Rights Handbook*. Cape Town: Juta, 2013. pp. 168-172.

¹¹ *State v Makwanyane and Another*, 995 (3) SA 391 (CC), 1995 (6) BCLR 665 (CC) [123, 128].

¹² No caso da Suprema Corte americana, cf. *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002) – proibindo a aplicação de pena de morte a “deficientes mentais” – e *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) – declarando inconstitucional a execução de criminosos que tinham menos de 18 anos na data do crime.

¹³ LAMPRECHT, Rolf. *Ich gehe bis nach Karlsruhe: Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*. München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2011. p. 165

¹⁴ BVerfGE 45, 187 – *Lebenslange Freiheitsstrafe*

Wert des Menschenlebens), a qual ninguém pode perder, nem mesmo por comportamento tido por socialmente indigno.¹⁵

Ao nível de Europa, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu, em sentido análogo ao adotado pelo Tribunal Constitucional alemão, que a prisão perpétua só é admissível, se houver revisão periódica. Isso significa que deve sempre permanecer uma possibilidade de o indivíduo deixar de cumprir pena. É plenamente possível que um preso fique durante toda a vida na prisão, mas deve ser-lhe assegurada a possibilidade de ter a punição revista, com base em critérios que não sejam de mera compaixão – como indulto ou graça. O entendimento tende a afetar, principalmente, o Reino Unido e a Holanda.¹⁶

Conforme se buscará demonstrar, as discussões constitucionais travadas na África do Sul envolvem problemas muito semelhantes aos que surgem em outros ordenamentos jurídicos.¹⁷ Logo, o que ocorre no que tange à pena de morte é análogo a outras áreas do direito constitucional.

Liberdade de expressão

Preliminarmente, há algumas peculiaridades da seção 16 da Constituição sul-africana – que prevê o direito à liberdade de expressão – que devem ser objeto de esclarecimento.¹⁸ Além de a liberdade de expressão poder ser limitada com base na cláusula limitativa geral prevista na seção 36 da Constituição sul-africana, o seu âmbito de incidência também é reduzido, abstrata e aprioristicamente. Isso porque a seção 16 da Constituição afasta qualquer proteção de discurso consistente em propaganda de guerra, incitação a iminente violência ou

¹⁵ BVerfGE 18, 112; WEIS, Hubert. *Meine Grundrechte: Bedeutung, Schranken und Rechtsprechung*. 4.Auf. München: DTV, 2004. p. 3

¹⁶ *Vinter and others v. United Kingdom*, 66069/09, 130/10 and 3896/10, Grand Chamber [9 July 2009].

¹⁷ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 9, 10ss., 16, 172.

¹⁸ “16. Freedom of expression

1. Everyone has the right to freedom of expression, which includes
 - a. freedom of the press and other media;
 - b. freedom to receive or impart information or ideas;
 - c. freedom of artistic creativity; and
 - d. academic freedom and freedom of scientific research.

2. The right in subsection (1) does not extend to

- a. propaganda for war;
- b. incitement of imminent violence; or
- c. advocacy of hatred that is based on race, ethnicity, gender or religion, and that constitutes incitement to cause harm.”

defesa de ódio que seja baseado em raça, etnia, gênero ou religião, e que constitua incitação a fim de produzir dano. Esse tipo de discurso é completamente desprovido de proteção constitucional, de modo que sequer recebe a incidência do dispositivo constitucional.

Trata-se de constatação relevante, porque exige o Estado de justificar eventuais limitações a esse tipo de discurso. Muitas formas de expressão podem ser restringidas, porém, em virtude da garantia constitucional da liberdade de expressão, isso pressupõe obediência aos requisitos da irretroatividade, generalidade, abstração, proteção do núcleo essencial do direito e observância do princípio da proporcionalidade. É o que ocorre com qualquer lei que limite direito fundamental. Todavia, o fato de a Constituição sul-africana já excluir, de antemão, a proteção de certos tipos de discurso implica que a limitação a tais tipos de discurso não estará condicionada aos mencionados requisitos, tradicionalmente intitulados limites dos limites (*Schranken-Schranken*).¹⁹

Dentre os casos julgados pela Corte Constitucional sul-africana sobre a liberdade de expressão, um dos primeiros foi *Case v. Minister of Safety and Security*. Neste julgado, reformou-se a condenação de vários homens que haviam sido flagrados na posse de fitas de vídeo com conteúdo sexualmente explícito. A conduta violou o *Indecent or Obscene Photographic Matter Act*, de 1967.²⁰

Na ocasião, a Corte Constitucional criticou a abrangência do dispositivo que definia o que seria obsceno ou indecente. O *Justice* John Didcott – responsável pela opinião da Corte – apontou que seria possível enquadrar, na definição do dispositivo proibitivo, várias obras de arte, antigas e modernas, inclusive algumas exibidas publicamente em museus e galerias de arte pelo mundo afora. Na opinião da Corte, considerou-se que a condenação violou o direito à privacidade, garantido pela seção 14 da Constituição sul-africana.²¹

Em seu voto concordante, a *Justice* Yvonne Mokgoro deu ênfase distinta ao problema, uma vez que fundamentou suas considerações no direito à liberdade de expressão. Segundo

¹⁹ Sobre os limites dos limites, cf., por exemplo, STERN, Klaus. “Einleitung”, in STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar*. Köln: Carl Heymanns, 2010. pp. 55ss.

²⁰ *Case and Another v Minister of Safety and Security and Others, Curtis v Minister of Safety and Security and Others*, 1996 (3) SA 617; 1996 (5) BCLR 608.

²¹ “14. Privacy

Everyone has the right to privacy, which includes the right not to have

- a. their person or home searched;
- b. their property searched;
- c. their possessions seized; or
- d. the privacy of their communications infringed.”

ela, a lei em questão fora editada em pleno regime do Apartheid, o qual era reconhecidamente marcado por uma forma de moral calvinista. Destarte, a “moral pública” foi utilizada como motivo para banir qualquer tipo de representação de divórcio, infidelidade conjugal, cenas amorosas apaixonadas, vida noturna, pessoas vestidas de maneira considerada inadequada, etc.²²

A *Justice* Mokgoro fez consignar em seu voto que o discurso sexualmente explícito também é protegido constitucionalmente. Assinalou-se, inclusive, que, enquanto o *bill of rights* norte-americano – e especificamente a *First Amendment* – não possui cláusulas que limitem ou autorizem a limitação de direitos fundamentais, a Constituição sul-africana adotou expressamente esse tipo de cláusula. Nesse sentido, a *Justice* conclui que as garantias constitucionais que definem um dado direito devem ser interpretadas generosamente, a fim de perquirir acerca de qualquer limitação constitucionalmente justificável apenas no segundo estágio da análise.²³ Essa constatação revela, claramente, a preferência da *Justice* pela teoria externa dos direitos fundamentais, em detrimento da teoria interna.²⁴

Outro ponto crucial do voto concordante é a sua defesa da teoria da autorealização como base do direito à liberdade de expressão.²⁵ Limitar a tutela constitucional do discurso à esfera política excluiria, por exemplo, a proteção da arte e de outras formas de expressão. Portanto, conquanto reconheça certa plausibilidade no argumento de que a proteção do

²² *Case and Another v Minister of Safety and Security and Others, Curtis v Minister of Safety and Security and Others*, 1996 (3) SA 617; 1996 (5) BCLR 608, par. 10.

²³ *Case and Another v Minister of Safety and Security and Others, Curtis v Minister of Safety and Security and Others*, 1996 (3) SA 617; 1996 (5) BCLR 608, par. 21.

²⁴ Hodiernamente, é corrente a classificação das teorias dos direitos, sejam eles fundamentais ou não, em internas ou externas (WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 10. Auf. München: C.H. Beck, 2012. pp. 229ss.). Interna é a teoria que defende que toda restrição ao direito fundamental gera, *ipso facto*, a sua violação. Desse modo, ela é monádica, porque, para aferir se houve violação do direito, basta saber qual é a abrangência ou suporte fático (*Tatbestand*) dele, e se a medida estatal ingressa na esfera desse suporte fático. Por outro lado, a teoria externa diferencia entre o suporte fático e a limitação, assim como entre a restrição ou interferência admissível e a inadmissível. Em ambos os casos, há um tolhimento do direito fundamental, ou seja, a restrição invade a abrangência ou âmbito de proteção do direito (*Schutzbereich*). Entretanto, do simples fato de a área de proteção ter sido atingida não se pode concluir que houve violação. A existência de uma efetiva violação dependerá de a restrição ou limitação ao direito fundamental ser proporcional e não ferir o seu núcleo essencial – seja ele absoluto ou relativo (nesta última hipótese, confundir-se-á com a máxima da proporcionalidade). Com efeito, a teoria externa é diádica. Em favor da irrelevância de se adotar uma teoria externa ou interna, cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. pp. 77ss.

²⁵ Sobre os fundamentos que justificam a tutela constitucional da liberdade de expressão, cf. MILO, Dario; PENFOLD, Glenn; STEIN, Anthony. “Freedom of Expression”, in WOOLMAN, Stu; BISHOP, Michael. *Constitutional Law of South Africa*. 2nd ed. Cape Town: Juta, 2013. pp. 14ss; BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. pp. 1-38.

discurso favorece a busca pela verdade – como epitomada na expressão *marketplace of ideas* – a *Justice* Mokgoro asseverou que a liberdade de expressão é:

A sine qua non for every person's right to realize her or his full potential as a human being, free of the imposition of eteronomous Power. Viewed in that light, the right to receive others' expressions has more than mere instrumental utility, as a predicate for the addressee's meaningful exercise of her or his own rights of free expression. It is also foundational to each individual's empowerment to autonomous self-development.²⁶

O excerto transcrito acima rechaça a tentativa de dar contornos consequencialistas, utilitaristas, funcionais ou instrumentais à garantia da liberdade de expressão. Não se trata de direito fundamental que possa ser explicado a partir de uma abordagem funcional-democrática. Do contrário, ter-se-ia que admitir que o direito à liberdade de expressão só pode ser gozado por aqueles que possuem direito a voto – pois são os únicos que podem compor a vontade coletiva da sociedade. Também se deveria aceitar que esse direito se restringe meramente à proteção do discurso político. Negar qualquer uma dessas conclusões gera a necessidade de se buscar um outro fundamento que justifique a contento a garantia da liberdade de expressão.

Nesse contexto, a *Justice* Mokgoro defende que a liberdade de expressão não é mera garantia instrumental, mas possui um valor em si mesmo, que é oriundo do fato de ser crucial para a autorealização de todo ser humano. O mero fato de uma opinião ser fruto do exercício autônomo e livre de uma personalidade, dota-a de algum valor jurídico, independentemente do conteúdo daquilo que é exprimido.

O *Justice* Albie Sachs redigiu um terceiro voto, por meio do qual aderiu ao argumento de que houve violação do direito à privacidade – seguindo a opinião da Corte redigida pelo *Justice* John Didcott – e ao argumento de que se violou a liberdade de expressão – conforme o voto concordante da *Justice* Mokgoro.

Um segundo caso relevante no que concerne à liberdade de expressão foi *Islamic Unity Convention v. Independent Broadcasting Authority*. Na espécie, havia uma estação comunitária de rádio cujo locutor dissera que Israel não era um país legítimo, que os judeus não haviam sido mortos em câmaras de gás durante a Segunda Guerra mundial, e que o número de judeus mortos durante aquele conflito bélico não passava de 1 milhão.

²⁶ *Case and Another v Minister of Safety and Security and Others, Curtis v Minister of Safety and Security and Others*, 1996 (3) SA 617; 1996 (5) BCLR 608, par. 26.

Por causa do pronunciamento do locutor, a estação de rádio foi punida administrativamente. A Corte chegou à conclusão de que o dispositivo legal no qual se fundou a sanção era excessivamente amplo. Ele proibia a transmissão de “(...) *any material which is indecent or obscene or offensive to public morals or offensive to the religious convictions or feelings of any section of a population or likely to prejudice the safety of the State of the public order or relations between sections of the population.*”²⁷

Para os *Justices*, a proibição ia muito além do discurso do ódio (*hate speech*) que fora excluído de antemão da proteção constitucional. Com efeito, tinha-se um dispositivo infraconstitucional que limitava esfera constitucionalmente protegida do discurso. Era necessário, portanto, aferir se as limitações empreendidas pela lei eram proporcionais e cumpriam as exigências da seção 36 da Constituição sul-africana. Em uma parte central da opinião da Corte – redigida pelo *Justice Langa* –, estabeleceu-se que:

The prohibition is so widely-phrased and so far-reaching that it would be difficult to know beforehand what is really prohibited or permitted. No intelligible standard has been provided to assist in the determination of the scope of the prohibition. It would deny broadcasters and their audiences the right to hear, form, and freely express and disseminate their opinions and views on a wide range of subjects. The wide ambit of this prohibition may also impinge on other rights, such as the exercise and enjoyment of the right to freedom of religion, belief and opinion.²⁸

Ao final, o dispositivo que fundamentou a sanção foi declarado inconstitucional. A decisão demonstra que o fato de a Constituição da África do Sul retirar de seu alcance algumas formas de discurso do ódio não significa que qualquer espécie de discurso do ódio possa ser irrestritamente proibida. Nem tudo aquilo que pode ser etnicamente ofensivo deve ser considerado ilegal. As restrições ao discurso devem ser direcionadas ao que efetivamente causa dano, e não a qualquer tipo de discurso que possua aptidão para constranger, ofender ou consternar.²⁹

Por fim, mencione-se, embora muito ligeiramente, que, no caso *South African Broadcasting Corporation Limited v National Director of Public Prosecutions and Others*, a

²⁷ *Islamic Unity Convention v Independent Broadcasting Authority and Others*, 2002 (4) SA 294; 2002 (5) BCLR 433, par. 22.

²⁸ *Islamic Unity Convention v Independent Broadcasting Authority and Others*, 2002 (4) SA 294; 2002 (5) BCLR 433, par. 44.

²⁹ KENDE, Mark S. *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 199

Corte Constitucional declarou constitucional a recusa de transmissão de um julgamento criminal na televisão. O julgamento envolvia figuras públicas e possuía relevância nacional, o que não impediu os tribunais inferiores de negar o direito de transmissão às emissoras. Em derradeira instância, a Corte Constitucional decidiu que a necessidade de que os procedimentos e o andamento de uma audiência criminal sejam équos (*fair*) impede a sua transmissão televisiva.³⁰

Liberdade religiosa

Um caso sobressai-se dentre aqueles referentes à liberdade religiosa: o caso *Prince*. Nele, um bacharel em direito teve negado o direito de tornar-se advogado pela *South African Law Society*, por causa de duas condenações prévias por posse de maconha. O bacharel afirmou que continuaria a fazer uso da droga como parte de sua prática religiosa, já que era membro da religião rastafári.³¹

O graduado em direito alegou que a proibição legal era excessivamente ampla, sem admitir qualquer exceção com fulcro em crenças religiosas, muito embora houvesse autorização para o uso da cânabis em pesquisas científicas e no tratamento de doentes.

A Corte Constitucional decidiu que conceder exceção com base em crença religiosa implicaria o esvaziamento da proibição criminal, já que qualquer um poderia alegar reserva de consciência para evitar ser punido por uso de drogas ilícitas.³² O caso envolve uma pletera de questões relacionadas à liberdade religiosa. Uma questão bastante controvertida diz respeito ao grau de confiança que se deve atribuir àquilo que um crente alega ser central em sua religião.³³

No caso *Prince*, por exemplo, a Corte Constitucional simplesmente não questionou a afirmação de que o uso religioso da maconha fazia parte da iluminação espiritual pregada pela religião rastafári. Todavia, outros tribunais constitucionais, como o Tribunal Constitucional

³⁰ *South African Broadcasting Corporation Limited v National Director of Public Prosecutions and Others*, 2007 (1) SA 523 (CC); 2007 (2) BCLR 167 (CC).

³¹ *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope and Others*, 2001 (2) SA 388; 2001 (2) BCLR 133, par. 177.

³² *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope and Others*, 2001 (2) SA 388; 2001 (2) BCLR 133, par. 129-30, 134.

³³ FARLAM, Paul. "Freedom of Religion, Belief and Opinion", in WOOLMAN, Stu; BISHOP, Michael. *Constitutional Law of South Africa*. 2nd ed. Cape Town: Juta, 2013. pp. 34-41

Federal alemão, tendem a adotar um critério híbrido: objetivamente, o tribunal avalia se a crença invocada realmente é central segundo o que prega a religião; subjetivamente, atribui-se certo grau de confiança ao que alega o membro da religião.³⁴

Embora a Corte tenha mantido a proibição, frise-se que o *Justice* Albie Sachs escreveu voto dissidente.

Direitos sociais

A Corte Constitucional sul-africana é particularmente elogiada por suas decisões referentes a direitos sociais, tais como direito à moradia, à educação, à saúde, etc.³⁵ O primeiro caso célebre julgado pela Corte no que tange aos direitos sociais foi *Soobramooney*. Pode-se dizer que foi um “início agonizante”³⁶.

O Sr. Soobramoney sofria de insuficiência renal crônica, associada a problemas cardiológicos e endocrinológicos. Ele ingressou perante a Corte Constitucional, a fim de que o sistema público de saúde fosse compelido a oferecer-lhe diálise renal, com base nas seções 27, (3), e 11 da Constituição sul-africana.³⁷ ³⁸ De início, os hospitais públicos haviam submetido o Sr. Soobramoney ao processo de diálise, o que havia salvo sua vida. Porém, após um tempo, ele foi informado de que, em virtude da escassez de recursos, apenas 30% dos pacientes com o mesmo problema poderiam ser contemplados.³⁹

³⁴ BVerfGE 108, 282 (298-299) – *Kopftuchverbot*

³⁵ Sobre a relevância das diferentes posturas e abordagens em face do direito constitucional estrangeiro, cf. JACKSON, Vicki C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2009; JACKSON, Vicki C. “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review*, v. 119, 2005, pp. 109-28; JACKSON, Vicki C. “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, in ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 54-74.

³⁶ ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 273

³⁷ “27. Health care, food, water and social security

1. Everyone has the right to have access to

a. health care services, including reproductive health care;

b. sufficient food and water; and

c. social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance.

2. The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights.

3. No one may be refused emergency medical treatment.”

³⁸ “11. Life

Everyone has the right to life.”

³⁹ SACHS, Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 174

Por uma questão de política pública, aqueles que tinham maior chance de obter sucesso em um eventual transplante de rins gozavam de prioridade no que refere à diálise. Exames revelaram que o Sr. Soobramoney tinha pouquíssimas chances de obter resultado positivo em um transplante, o que o condenava a ser dependente da diálise para sempre. Sem esse serviço hospitalar, ele estava fadado a morrer.

A Corte Constitucional entendeu que a negativa, por parte do hospital, não fora desarrazoada. Os elementos de prova indicavam que a política pública era racional e não-discriminatória. Diante da limitação dos recursos disponíveis, a escolha estatal não deveria ser suplantada pela Corte, porquanto não se mostrava inadequada.

O seguinte trecho explicita parte do raciocínio da decisão:

By using the available dialysis machines in accordance with the guidelines more patients are benefited than would be the case if they were used to keep alive persons with chronic renal failure, and the outcome of the treatment is also likely to be more beneficial because it is directed to curing patients, and not simply to maintaining them in a chronically ill condition. It has not been suggested that these guidelines are unreasonable or that they were not applied fairly and rationally when the decision was taken by the Addington Hospital that the appellant did not qualify for dialysis.⁴⁰

Consignou-se, igualmente, que:

The provincial administration which is responsible for health services in KwaZulu-Natal has to make decisions about the funding that should be made available for health care and how such funds should be spent. These choices involve difficult decisions to be taken at the political level in fixing the health budget, and at the functional level in deciding upon the priorities to be met. A court will be slow to interfere with rational decisions taken in good faith by the political organs and medical authorities whose responsibility it is to deal with such matters.⁴¹

Por fim, a propósito do caráter trágico da situação e do entendimento análogo que pode ser adotado no caso de outros direitos fundamentais sociais, constou da opinião da Corte que:

One cannot but have sympathy for the appellant and his family, who face the cruel dilemma of having to impoverish themselves in order to secure the treatment that the appellant seeks in order to prolong his life. The hard and unpalatable fact is that if the appellant

⁴⁰ *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)*, 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696, par. 25.

⁴¹ *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)*, 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696, par. 29.

were a wealthy man he would be able to procure such treatment from private sources; he is not and has to look to the state to provide him with the treatment. But the state's resources are limited and the appellant does not meet the criteria for admission to the renal dialysis programme. Unfortunately, this is true not only of the appellant but of many others who need access to renal dialysis units or to other health services. There are also those who need access to housing, food and water, employment opportunities, and social security. These too are aspects of the right to “. . . human life: the right to live as a human being, to be part of a broader community, to share in the experience of humanity.”

The state has to manage its limited resources in order to address all these claims. There will be times when this requires it to adopt a holistic approach to the larger needs of society rather than to focus on the specific needs of particular individuals within society.⁴²

Reconheceu-se que a escolha em questão era trágica, mas que a “justiciabilidade” dos direitos sociais encontra limites na parcimônia dos recursos. Aos tribunais, cabe apenas perquirir acerca da razoabilidade das políticas públicas.⁴³

Duas decisões impediam o tratamento do Sr. Soobramoney: (1) a decisão do hospital de dedicar os aparelhos de diálise de que dispunha para uma classe de pacientes, ante a impossibilidade de atender a toda a demanda; (2) a decisão do governo da província de KwaZulu-Natal sobre como alocar suas verbas orçamentárias destinadas à saúde. Ambas foram consideradas apropriadas, porquanto não havia elementos que demonstrassem que o governo provincial não tinha considerado a gravidade da situação ao determinar os recursos para os tratamentos renais. Ressalte-se, inclusive, que o valor total destinado a esse tipo de tratamento era considerável em relação ao resto do orçamento para saúde, bem como que o orçamento da saúde como um todo era expressivo em relação às demais despesas.⁴⁴

Decidiu-se que o governo fizera um esforço sincero e racional, pleno de boa-fé, no sentido de combater o problema em questão, o que não justificaria a intervenção judicial.⁴⁵

⁴² *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)*, 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696, par. 31.

⁴³ ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 274

⁴⁴ ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 276

⁴⁵ *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)*, 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696, par. 25-29.

Com relação aos direitos sociais, a segunda decisão digna de nota é *Republic of South Africa v Grootboom*. Theunis Roux assevera que “*Grootboom* is to South African constitutional lawyers what *Brown v. Board of Education* is to their American counterparts.”⁴⁶

Fala-se que *Brown* é um dos casos mais celebrados da história da Suprema Corte americana.⁴⁷ O apoio em torno do caso é tão grande, que até originalistas como Robert Bork buscaram justificar a decisão.⁴⁸ Com efeito, é possível constatar a relevância de se afirmar que *Grootboom* é para os sul-africanos o que *Brown* é para os americanos.

Em *Grootboom*, a Corte Constitucional sul-africana declarou que, conquanto o Estado tivesse desenvolvido um amplo programa para permitir que moradores de barracos (*shacks*) vivessem adequadamente, não era razoável deixar de criar um programa análogo voltado àqueles que não tinham qualquer tipo de moradia em função de despejos, incêndios ou enchentes. O caso envolveu a Sra. Grootboom, que perdera o barraco (*shack*) em que vivia, com sua irmã e três filhos, na circunvizinhança da Cidade do Cabo.⁴⁹ No corpo da decisão, tomada por unanimidade, teceram-se as seguintes observações preliminares, acerca do fato de a obrigação estatal de implementar direitos sociais variar de acordo com o contexto:

The state’s obligation to provide access to adequate housing depends on context, and may differ from province to province, from city to city, from rural to urban areas and from person to person. Some may need access to land and no more; some may need access to land and building materials; some may need access to finance; some may need access to services such as water, sewage, electricity and roads. What might be appropriate in a rural area where people live together in communities engaging in subsistence farming may not be appropriate in an urban area where people are looking for employment and a place to live.⁵⁰

⁴⁶ ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 280

⁴⁷ KENDE, Mark S. *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 45

⁴⁸ BORK, Robert. *The Tempting of America*. New York: Simon & Schuster, 1991. p. 82; A defesa de BORK sob uma perspectiva originalista é extremamente discutível. Cumpre lembrar que o mesmo Congresso que aprovou a 14ª emenda à Constituição americana, com base na qual se chegou à solução do caso *Brown*, promulgou leis que instituíram e intensificaram a segregação racial no Distrito de Columbia. Não há justificativa plausível para *Brown*, se se adota uma postura originalista consistente. Em outras palavras, ou *Brown*, ou o originalismo.

⁴⁹ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169.

⁵⁰ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, par. 37.

Em seguida, fica claro que nenhum meio fora adotado pelo governo no sentido de perseguir um fim claramente albergado pela Constituição sul-africana: proporcionar moradia para aqueles que não a possuem. Nesse sentido:

(...) there is no express provision to facilitate access to temporary relief for people who have no access to land, no roof over their heads, for people who are living in intolerable conditions and for people who are in crisis because of natural disasters such as floods and fires, or because their homes are under threat of demolition. These are people in desperate need. Their immediate need can be met by relief short of housing which fulfils the requisite standards of durability, habitability and stability encompassed by the definition of housing development in the Act.

What has been done in execution of this programme is a major achievement. Large sums of money have been spent and a significant number of houses has been built. Considerable thought, energy, resources and expertise have been and continue to be devoted to the process of effective housing delivery. It is a programme that is aimed at achieving the progressive realisation of the right of access to adequate housing.

A question that nevertheless must be answered is whether the measures adopted are reasonable within the meaning of section 26 of the Constitution.⁵¹

Por fim, leia-se, a propósito da falta de razoabilidade da ausência de programa para os desabrigados, o seguinte trecho:

The absence of this component may have been acceptable if the nationwide housing programme would result in affordable houses for most people within a reasonably short time. However the scale of the problem is such that this simply cannot happen.

(...)

Effective implementation requires at least adequate budgetary support by national government. This, in turn, requires recognition of the obligation to meet immediate needs in the nationwide housing programme. Recognition of such needs in the nationwide housing programme requires it to plan, budget and monitor the fulfilment of immediate needs and the management of crises. This must ensure that a significant number of desperate people in need are afforded relief, though not all of them need receive it immediately. Such planning too will require proper co-operation between the different spheres of government.

(...)

The proposition that rights are interrelated and are all equally important is not merely a theoretical postulate. The concept has

⁵¹ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, par. 52-3.

immense human and practical significance in a society founded on human dignity, equality and freedom. It is fundamental to an evaluation of the reasonableness of state action that account be taken of the inherent dignity of human beings. The Constitution will be worth infinitely less than its paper if the reasonableness of state action concerned with housing is determined without regard to the fundamental constitutional value of human dignity. Section 26, read in the context of the Bill of Rights as a whole, must mean that the respondents have a right to reasonable action by the state in all circumstances and with particular regard to human dignity. In short, I emphasise that human beings are required to be treated as human beings. This is the backdrop against which the conduct of the respondents towards the appellants must be seen.⁵²

Vê-se, desde o trecho transcrito acima, que a irrazoabilidade decorreu também da falta de isonomia das políticas públicas existentes.

Dois outros casos dignos de menção quanto aos direitos sociais foram *Minister of Health v Treatment Action Campaign* e *Khosa v Minister of Social Development*.

Em *Minister of Health v Treatment Action Campaign*, a Corte Constitucional determinou que era irrazoável restringir o fornecimento de uma droga antiretroviral a apenas dois locais do país, por um período de dois anos. Atestou-se que o governo tinha plenas condições de oferecer o antiretroviral, mas que não o fazia por causa da atuação direta de vários políticos de destaque no país, inclusive do então presidente, Thabo Mbeki. A má-informação e os equívocos desses dirigentes sobre os efeitos dos antiretrovirais estaria a impedir a distribuição das drogas. Dessa maneira, o Estado seria o responsável pela morte de centenas de crianças anualmente.

O caso foi particularmente desgastante para o então presidente e seu ministro da saúde. A Corte Constitucional determinou a imediata disponibilização da droga antiretroviral para mães e recém-nascidos com HIV.

Em *Khosa v Minister of Social Development*, considerou-se inconstitucional que a seguridade social não fosse acessível a estrangeiros residentes na África do Sul. Verificou-se que a legislação impedia estrangeiros oriundos de Moçambique, ainda que com *status* permanente de residência, de obter benefícios assistenciais para idosos e para crianças. A Corte Constitucional determinou a extensão dos benefícios aos estrangeiros, por entender que

⁵² *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, par. 65, 68, 83.

a seção 27 da Constituição sul-africana prevê um direito humano à seguridade social, o que torna, portanto, irrelevante ter, ou não, cidadania sul-africana.

Nesse aspecto, o caso *Khosa* é semelhante à recente decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão que declarou a inconstitucionalidade do valor do benefício pago aos aspirantes a asilo (*Asylbewerber*)⁵³, bem como ao recurso extraordinário n. 587970, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Neste último caso – que ainda não foi julgado –, caberá ao tribunal brasileiro analisar se é dever constitucional conceder, a uma estrangeira residente no Brasil, o benefício de prestação continuada (BPC), previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e no art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei 8742/1993).

Igualdade de orientações sexuais

Quanto à igualdade entre orientações sexuais distintas, há, pelo menos, duas decisões de particular interesse. No caso *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*, a Corte declarou inconstitucional a omissão de uma lei de imigração que garantia benefícios a estrangeiros casados com sul-africanos. Tais vantagens eram concedidas a maridos e esposas heterossexuais apenas, de modo que um casal homossexual alegou a inconstitucionalidade da lei.

Inicialmente, reconheceu-se a violação da Constituição sul-africana, que é uma das poucas, no mundo, a vedar expressamente a discriminação com base em orientação sexual.⁵⁴ Em seguida, enfrentou-se o seguinte dilema: é preferível extinguir o benefício aos casais heterossexuais ou estendê-lo aos homossexuais? Neste último caso, a Corte pode acrescentar

⁵³ *BVerfG*, 1 BvL 10/10. Sobre a decisão, cf. COSTA NETO, João. “Dignidade humana, assistência social e mínimo existencial: a decisão do Bundesverfassungsgericht que declarou a inconstitucionalidade do valor do benefício pago aos estrangeiros aspirantes a asilo”, in *Revista Direito.UnB*, v. 1, n.1, 2013.

⁵⁴ “9. Equality

1. Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.

2. Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken.

3. The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.

4. No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.

5. Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair.”

a expressão “*or partner in a permanent same-sex life partnership*” ao texto legal impugnado, sem sequer exortar o parlamento a tomar providência a esse propósito?

A Corte Constitucional decidiu que o benefício imigratório deveria ser estendido aos casais homossexuais e que, independentemente de recorrer ao parlamento, ela poderia acrescentar os termos necessários para que a lei se tornasse compatível com a Constituição.⁵⁵

O outro caso referente à igualdade de orientações sexuais diz respeito ao casamento. A Corte Constitucional foi diretamente responsável pela autorização legislativa que permitiu a celebração de casamentos homossexuais na África do Sul. Trata-se do caso *Fourie*, no qual se verificou que a impossibilidade de contrair casamento é uma forma de tratamento diferenciado e que isso é incompatível com a seção 9, (3), da Constituição sul-africana, segundo a qual é vedada a discriminação com base em orientação sexual.⁵⁶

Dentre as várias passagens notáveis da opinião da Corte no caso *Fourie*, a qual foi redigida pelo *Justice* Albie Sachs, destaquem-se as seguintes:

Equality means equal concern and respect across difference. It does not presuppose the elimination or suppression of difference. Respect for human rights requires the affirmation of self, not the denial of self. Equality therefore does not imply a levelling or homogenisation of behaviour or extolling one form as supreme, and another as inferior, but an acknowledgement and acceptance of difference. At the very least, it affirms that difference should not be the basis for exclusion, marginalisation and stigma. At best, it celebrates the vitality that difference brings to any society. The issue goes well beyond assumptions of heterosexual exclusivity, a source of contention in the present case. The acknowledgement and acceptance of difference is particularly important in our country where for centuries group membership based on supposed biological characteristics such as skin colour has been the express basis of advantage and disadvantage. South Africans come in all shapes and sizes. The development of an active rather than a purely formal sense of enjoying a common citizenship depends on recognising and accepting people with all their differences, as they are. The Constitution thus acknowledges the variability of human beings (genetic and socio-cultural), affirms the right to be different, and celebrates the diversity of the nation. Accordingly, what is at stake is not simply a question of removing an injustice experienced by a particular section of the community. At issue is a need to affirm the very character of our society as one based on tolerance and mutual

⁵⁵ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*, 1999 (1) SA 6; 1998 (12) BCLR 1517.

⁵⁶ *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*, 2006 (1) SA 524 (CC); 2006 (3) BCLR 355 (CC).

respect. The test of tolerance is not how one finds space for people with whom, and practices with which, one feels comfortable, but how one accommodates the expression of what is discomfiting.

The exclusion of same-sex couples from the benefits and responsibilities of marriage, accordingly, is not a small and tangential inconvenience resulting from a few surviving relics of societal prejudice destined to evaporate like the morning dew. It represents a harsh if oblique statement by the law that same-sex couples are outsiders, and that their need for affirmation and protection of their intimate relations as human beings is somehow less than that of heterosexual couples. It reinforces the wounding notion that they are to be treated as biological oddities, as failed or lapsed human beings who do not fit into normal society, and, as such, do not qualify for the full moral concern and respect that our Constitution seeks to secure for everyone. It signifies that their capacity for love, commitment and accepting responsibility is by definition less worthy of regard than that of heterosexual couples.

(...)

It follows that, given the centrality attributed to marriage and its consequences in our culture, to deny same-sex couples a choice in this respect is to negate their right to self-definition in a most profound way.

the antiquity of a prejudice is no reason for its survival. Slavery lasted for a century and a half in this country, colonialism for twice as long, the prohibition of interracial marriages for even longer, and overt male domination for millennia. All were based on apparently self-evident biological and social facts; all were once sanctioned by religion and imposed by law; the first two are today regarded with total disdain, and the third with varying degrees of denial, shame or embarrassment. Similarly, the fact that the law today embodies conventional majoritarian views in no way mitigates its discriminatory impact. It is precisely those groups that cannot count on popular support and strong representation in the legislature that have a claim to vindicate their fundamental rights through application of the Bill of Rights.⁵⁷

Ao final, concedeu-se o prazo de um ano ao parlamento para adequar a lei sul-africana que regula o matrimônio ao pronunciamento da Corte Constitucional. Fez-se constar na decisão que, se a lei não fosse adequada no prazo assinalado, automaticamente seria incluída nela a expressão “*or spouse*”, a fim de possibilitar, *pleno iure*, o casamento por parte de

⁵⁷ *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*, 2006 (1) SA 524 (CC); 2006 (3) BCLR 355 (CC) par. 60, 71, 72, 74.

homossexuais. Dois dias antes de o prazo expirar, o parlamento alterou a lei, nos termos do pronunciamento da Corte.⁵⁸

Outros casos relevantes

Além daqueles apresentados neste texto, é possível citar, rapidamente, alguns outros casos de grande relevância na história da Corte Constitucional Sul-africana em matéria de direitos fundamentais.

Em *Hoffmann v South African Airways*, decidiu-se que a *South African Airways* agiu de maneira inconstitucional ao negar emprego a um candidato ao cargo de comissário de bordo que possuía HIV. Em 1996, o candidato Hoffman passara, com sucesso, pelas quatro etapas de uma seleção de emprego. Exames médicos revelaram que ele estava apto para a função que iria desempenhar. Todavia, um exame de sangue mostrou que ele estava acometido de AIDS, o que fez com que não fosse admitido para o posto.⁵⁹

A Constituição sul-africana – assim como a portuguesa em seu artigo 18º, item 1 – é um raro exemplo de texto constitucional que contém dispositivo explícito acerca da aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídico-privadas. A assim chamada eficácia horizontal

⁵⁸ SACHS, Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. pp. 253-4

⁵⁹ *Hoffmann v South African Airways*, 2001 (1) SA 1 (CC); 2000 (11) BCLR 1235 (CC).

dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*)⁶⁰ encontra-se prevista na seção 8 (2) da Constituição de 1996.⁶¹

Com base nesse artigo, a Corte Constitucional sul-africana julgou que a rejeição de Hoffmann representou uma violação do seu direito fundamental à igualdade.⁶² A *South African Airlines* alegou que outras linhas aéreas também rejeitavam candidatos naquelas situações e que, se fizesse de maneira diversa, perderia clientes. A Corte rejeitou esse argumento enfaticamente.⁶³

No caso *Jordan*, a Corte Constitucional não declarou inconstitucional a lei que criminalizou a prostituição na África do Sul. Surpreendentemente, não se reconheceu que se trate de uma esfera da vida tutelada pela privacidade. Já o tratamento desigual que se estabeleceu entre a prostituta e o seu cliente, para fins de sanção penal, não foi considerado anti-isonômico. Assim, manteve-se a condenação de uma prostituta que fizera uma “massagem pélvica” em um policial por 250 randes – os quais equivalem a aproximadamente 25 dólares. O cliente saiu impune, já que não praticou crime, enquanto a garota foi presa. A

⁶⁰ Sobre a *Drittwirkung* em geral, cf. ENGLE, Eric. “Third Party Effect of Fundamental Rights (*Drittwirkung*).” *Hanse Law Review*. vol. 5, n. 2, 2009. pp. 165-173; GANTEN, Ted Oliver. *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000; MOTALA, Ziyad; RAMAPHOSA, Cyril. *Constitutional Law: Analysis and Cases*. Oxford: Oxford University Press, 2002; STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München: C.H. Beck, vol. III/1, 1988, § 76. Entre nós, cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004; SOMBRA, Thiago. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004; VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004; KAUFMANN, Rodrigo. *Dimensões e Perspectivas da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: Possibilidade e limites de aplicação no Direito Constitucional brasileiro*. Tese para obtenção de título de Mestre em Direito apresentada em 2004 e orientada pelo Professor José Carlos Moreira Alves; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais.” *Direito Público*, vol. 1, n. 2, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, out./dez. 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005; COSTA NETO, João. “A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso Google.” *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Fórum: Belo Horizonte, ano 6, n. 22, pp. 457-487, abr./jun.2012.

⁶¹ A respeito, cf. KENDE, Mark S. *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 48

⁶² Vale mencionar que, no Brasil, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou, em setembro de 2012, a seguinte súmula sobre dispensa discriminatória, que pode ser aplicada por analogia ao caso de não-contratação discriminatória: “DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - 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.”

⁶³ *Hoffmann v South African Airways*, 001 (1) SA 1; 2000 (11) BCLR 1235 ; [2000] 12 BLLR 1365 (CC).

Corte dividiu-se: a orientação dissidente, redigida pelos *Justices* O'Regan e Sachs, deixou de ser prevalecer por um voto. Ao que parece, a posição minoritária era preferível.⁶⁴

Outra questão relevante diz respeito às ações afirmativas, que estão expressamente autorizadas pela Constituição sul-africana, em sua seção 9, (2), mas que são objeto de questionamento jurídico na África do Sul.⁶⁵

Um paradigma a ser seguido?

A interpretação dada pela Corte Constitucional sul-africana à seção 36 da Constituição de 1996 afigura-se moderada. Na África do Sul, como na Alemanha e em vários outros países⁶⁶, primeiramente, define-se o suporte fático ou a abrangência do direito fundamental (*Tatbestand; scope*). Em seguida, afere-se se as limitações feitas a essa área de proteção (*Schutzbereich*) são admissíveis, já que nem toda limitação, intervenção ou ingerência (*Einschränkung, Eingriff* ou *Beeinträchtigung*) em direito fundamental é uma violação (*Verletzung*) desse direito.

A Suprema Corte americana mostrou-se, em reiteradas vezes, mais agressiva e protecionista em relação aos direitos fundamentais. Não se trata propriamente de algo positivo, mas sim de uma mera constatação.

A Corte Constitucional sul-africana não reconheceu violação da isonomia, por exemplo, quando Nelson Mandela, então presidente da África do Sul, concedeu indulto a presidiárias com filhos menores de 12 anos, mas não o fez para presidiários na mesma situação. No caso *Hugo*, a Corte Constitucional reformou decisão de primeiro grau que reconheceu, em favor de um pai viúvo que estava preso, a violação de seu direito fundamental à igualdade. A decisão da Corte Constitucional baseou-se no estereótipo de que a mulher é a principal responsável pela criação da prole, além de ter-se negado a estender o benefício garantido às mães presidiárias no caso de um pai que era o único genitor vivo de seu filho – hipótese em que não havia mãe para cuidar da criança.⁶⁷

⁶⁴ *S v Jordan and Others*, 2002 (6) SA 642; 2002 (11) BCLR 1117.

⁶⁵ *Minister of Finance and Other v Van Heerden*, 2004 (6) SA 121 (CC); 2004 (11) BCLR 1125 (CC); [2004] 12 BLLR 1181 (CC).

⁶⁶ cf. MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁶⁷ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo*, 1997 (4) SA 1; 1997 (6) BCLR 708.

A Corte Constitucional sul-africana reconheceu a constitucionalidade de diferentes formas de ações afirmativas, embora não tenha ela própria decidido sobre a instituição de cotas em Universidades.⁶⁸ Esse tipo de política inclusiva não foi submetido a um escrutínio judicial de maior densidade⁶⁹, de modo que se presumiu, em grande parte, a legitimidade desse tipo de medida estatal. Não parece ter havido um debate mais profundo, ao contrário do que aconteceu e torna a acontecer nos Estados Unidos.⁷⁰

No que se refere à liberdade religiosa, a Corte Constitucional sul-africana não reconheceu direito a eximir-se de proibições abstratas e gerais com base em crença. Essa posição foi adotada inicialmente pela Suprema Corte americana no caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon vs. Smith*, ocasião em que foi considerada constitucional lei estadual que negava benefícios a quem usasse a droga peiote, ainda que em ritual religioso.⁷¹ A decisão, tomada em 1990, gerou forte comoção social e fez com que o Congresso norte-americano editasse o *Religious Freedom Restoration Act of 1993*, cujo escopo era evitar sanções ou outras formas de *onera* àqueles que fazem uso de droga ilícita em virtude de crença religiosa.

Finalmente, em *Gonzáles v O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*, a Suprema Corte americana superou – ainda que parcial e implicitamente – a decisão proferida em *Employment Division v Smith*. Em *Gonzáles*, chegou-se à conclusão de que o interesse do governo de aplicar, uniformemente, as leis federais de combate às drogas [no caso sob exame, a ayahuasca] não justifica a limitação à liberdade religiosa. Destacou-se, em especial, que o próprio governo já havia estipulado exceções a essa regra para comunidades indígenas norte-americanas que faziam uso de substâncias alucinógenas como o peiote.⁷²

Diferentemente daquilo que a Suprema Corte americana fez no caso da ayahuasca, a Corte Constitucional sul-africana não criou qualquer exceção, com base em motivos

⁶⁸ cf., por exemplo, *Minister of Finance and Other v Van Heerden*, 2004 (6) SA 121 (CC); 2004 (11) BCLR 1125 (CC) ; [2004] 12 BLLR 1181 (CC).

⁶⁹ Acerca da densidade, profundidade ou intensidade do controle judicial de limitações a direitos fundamentais, cf. MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012. pp. 965ss.; BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 509ss.; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2.Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. pp. 495ss.; CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. 3rd ed. Austin: Aspen Publishers, 2009. pp. 289-303, 718-723.

⁷⁰ cf. a recente decisão da Suprema Corte americana *Fisher v. University of Texas*, 570 U. S. ____ (2013), que poderia ter causado a superação (*overruling*) de *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

⁷¹ *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon vs. Smith*, 494 U.S. 872 (1990)

⁷² *Gonzáles v O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*, 544 US 973 (2005)

religiosos, à proibição do uso de drogas ilícitas. Embora o argumento primordial da Corte sul-africana seja de ordem consequencialista e pragmática – porquanto se alega que qualquer exceção inviabilizaria o combate às drogas – o próprio Estado sul-africano já criara hipóteses relacionadas ao combate de doenças em que o uso da maconha é permitido.

Em seu livro póstumo, Ronald Dworkin concorda com a primeira decisão da Suprema Corte americana, em que se negou exceção à proibição do uso do peiote com base em crença religiosa, e critica o *Religious Freedom Restoration Act*.⁷³ Dworkin defende que a liberdade religiosa não pode ser compreendida plausivelmente como um trunfo, na acepção forte do termo. Ela não seria um direito fundamental, como a liberdade de expressão, por exemplo; mas apenas um desdobramento da independência ética de cada indivíduo.

Daí afirmar-se que é possível limitar a religião com base em alguns motivos, porém não em outros. Isso não significa, entretanto, que a liberdade religiosa seja um direito fundamental ou um trunfo, porque, se o fosse, não poderia ser limitada em praticamente nenhuma situação, nem mesmo se ficasse provado que isso impediria danos às outras pessoas.⁷⁴ Afinal, segundo Dworkin, só pode ser trunfo o direito que envolva interesse individual tão importante que não possa ser colocado de lado, nem mesmo quando isso geraria resultados melhores para um maior número de pessoas. Trata-se de uma forma de ordenação lexical ou de uma prioridade do certo sobre o bom.⁷⁵

Presumidamente, Dworkin estaria de acordo com a decisão proferida pela Corte Constitucional sul-africana no caso *Prince*. Contudo, saber se a Corte é um paradigma nesse campo pressupõe a resposta de uma questão prévia: a decisão forneceu proteção adequada ao direito à liberdade religiosa? É difícil definir os contornos da liberdade religiosa e até que ponto ela pode eximir um indivíduo de cumprir obrigações impostas abstratamente aos demais.⁷⁶ Tomar partido sobre esse problema está além da devida abrangência deste texto.

⁷³ DWORKIN, Ronald. *Religion without God*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013. p. 134

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Religion without God*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013. p. 131

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. pp. 329, 367ss.; Sobre a ordenação lexical, cf. RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993. pp. 173ss.

⁷⁶ Nesse particular, nota-se que: “The extent to which legislation is constitutionally required to afford accommodation to religiously-dictated personal life choices, especially to grant (some kind of) religiously motivated regulatory and jurisdictional autonomy to religious communities, is highly debated.” SAJÓ, András; UITZ, Renáta. “Freedom of Religion”, in ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 919

Contudo, em qualquer caso, a melhor compreensão do problema demonstra que a Corte Constitucional e a Suprema Corte americana possuem posições antagônicas no que se refere à colisão entre a proibição de drogas ilícitas e as crenças religiosas de um indivíduo. Optar por um desses modelos depende, em última instância, de como se entendem os direitos fundamentais e o papel que eles devem ter em uma sociedade.⁷⁷

A área em que a atuação da Corte sul-africana é claramente mais vanguardista do que a da Suprema Corte americana é a de igualdade em matéria de orientação sexual. Contudo, esse fato é facilmente justificável, já que há cláusula expressa na Constituição sul-africana que veda discriminações desse tipo. Por outro lado, na Constituição norte-americana, qualquer proteção de relações homossexuais deve ser extraída das penumbras do *bill of rights*, destacadamente do direito à privacidade, que não está explícito em nenhum dispositivo constitucional americano.⁷⁸

No que toca aos direitos sociais, percebeu-se que a Corte Constitucional rejeita a abordagem do núcleo mínimo (*minimum core approach*). Os direitos sociais devem ser adjudicados de maneira prudente, de modo que não há um mínimo absoluto, completamente independente das limitações orçamentárias e financeiras do Estado. É sempre necessário analisar, se a atitude governamental é razoável ou não, se ela pode ser justificada de maneira plausível. Sob essa ótica, é aceitável que o Estado faça escolhas difíceis, em que vidas são perdidas para um ganho maior em outras áreas. Os recursos são finitos, e os dilemas que se apresentam são plúrimos. Nesse contexto, as escolhas difíceis quando da alocação de recursos e eleição de prioridades devem ficar a cargo do Estado. Há meios democráticos de o povo manifestar-se contra eventuais escolhas governamentais, a fim de que novas prioridades sejam eleitas.

Prevalece a visão de que, ao Judiciário, cabe apenas o papel de agir como navalha de Ockham, isto é, de tolher os excessos praticados pelo Estado em matéria de fixação de

⁷⁷ No Brasil, há pelo menos um caso semelhante ao sul-africano. Ras Geraldinho, designação religiosa de Geraldo Antonio Batista, foi condenado a 14 anos de reclusão por tráfico de drogas. Ele é o líder do movimento religioso rastafári no Brasil. A sentença condenatória foi proferida por juiz do município de Americana-SP. Trinta e sete pés de maconha teriam sido encontrados, pela guarda municipal da cidade, em uma chácara de Ras. As autoridades chegaram à chácara, onde fica um templo rastafári, após prender dois jovens com maconha e pequenas mudas da Cânabis. Na sentença, determinou-se a perda do imóvel de Rãs, a título da chamada desapropriação-confisco, instituto previsto no art. 243 da Constituição Federal. Os integrantes da igreja rastafári no Brasil alegaram que a decisão se baseou em preconceito, intolerância religiosa e conservadorismo (MONTEIRO, André; SANT'ANNA, Emílio. "Criador da 1ª igreja rastafári é condenado por plantar maconha." *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 maio 2013.).

⁷⁸ cf., por exemplo, a "ginástica" argumentativa empreendida pela Suprema Corte em *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), para declarar inconstitucional a criminalização do homossexualismo.

políticas públicas. Em regra, a adjudicação dos direitos sociais em sede individual não se afigura aceitável.

A postura da Corte Constitucional sul-africana no que tange aos direitos fundamentais sociais já foi elogiada por autores como Jorge Reis Novais e Jeff King.⁷⁹ Ambos concordam que a decisão proferida em *Grootboom*, por exemplo, acertou ao negar a ideia de um núcleo mínimo e absoluto dos direitos sociais (*minimum core approach*). Em contrapartida, ofereceu-se uma alternativa plausível e factível ao projeto minimalista, baseada na razoabilidade (*reasonability*).

A adoção do *minimum core approach* poderia levar ao absurdo de obrigar o Estado a gastar todos os seus recursos para alcançar um mínimo considerado absoluto, mesmo em tempos de crise acachapante. O Estado ver-se-ia compelido a retirar os recursos de todas as outras áreas socialmente relevantes para atender a um mínimo social considerado indispensável e intransigível, possivelmente inviabilizando o seu próprio funcionamento estatal.

Essa abordagem é irracional, pois: ou o mínimo será muito, muito reduzido, e, portanto, oferecerá uma proteção jusfundamental de somenos monta e relevância; ou ele não será tão reduzido assim, o que gerará inviabilidade econômica diante da primeira crise econômica ou dilema financeiro-orçamentário que surgir.

É preciso compreender que há limitações bastante restritas a direitos fundamentais que são inconstitucionais; assim como há limitações bastante gravosas que são constitucionais.⁸⁰ O *minimum core approach* não oferece respostas suficientemente convincentes para essas perplexidades.

Nesse diapasão, a Corte Constitucional sul-africana parece estar correta. Sua forma de lidar com direitos sociais afigura-se, inclusive, preferível, àquela adotada pelo Brasil. Jeff King, por exemplo, tece críticas contundentes ao modelo brasileiro de adjudicação do direito fundamental à saúde. Segundo o autor inglês – que se amparou em trabalhos de Virgílio Afonso da Silva, Fernanda Vargas Terrazas e Octávio Ferraz –, os tribunais brasileiros têm decidido que os direitos à vida e à saúde independem completamente de problemas e

⁷⁹ REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. pp. 210-22; KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. pp. 85, 115-7

⁸⁰ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 106

limitações orçamentárias. Isso é não apenas juridicamente implausível como economicamente inviável.⁸¹

Ademais, a adjudicação dos direitos sociais na África do Sul foi predominantemente coletiva, mesmo nos casos em que a Corte foi acionada por indivíduos. Isso foi possível porque, ao decidir, a Corte Constitucional sul-africana emitiu decisões que corrigiram, de maneira geral e relativamente abstrata, as políticas públicas em curso, sem simplesmente decidir o caso concreto levado à sua apreciação.

King também afirma que, no Brasil, a atuação dos tribunais tem gerado vantagens, predominantemente, para a classe média. Com efeito, não se obteve, nem mesmo de maneira aproximada, uma democratização dos serviços prestados pelo sistema público de saúde. Sob a perspectiva de King, adotar os parâmetros da Corte Constitucional sul-africana seria seguramente uma opção preferível ao modelo brasileiro atual.⁸²

É importante perceber, igualmente, que a Corte Constitucional adotou uma posição moderada ao não declarar inconstitucional a lei que criminalizou a prostituição na África do Sul.⁸³ Mark S. Kende faz uma análise pormenorizada acerca dessa questão e conclui que há inconsistências graves na argumentação da Corte. Uma delas é o fato de a Corte não reconhecer que se trata de uma esfera da vida tutelada pela privacidade.⁸⁴

Se se está a falar da esfera íntima e sexual de um indivíduo adulto e capaz, parece ser coerente defender que cabe a cada um guiar a própria vida e ser senhor de si mesmo. A sexualidade é um âmbito personalíssimo da vida. Portanto, eventuais intervenções estatais devem limitar-se ao verdadeiramente necessário.

Como se sabe, a África do Sul é um dos países que mais possui pacientes acometidos de HIV. Talvez fosse razoável limitar relações sexuais em casos excepcionais, se isso fosse rigorosamente necessário para fins de saúde pública. Impedir ou minimizar catástrofes é, sem dúvida, justificativa bastante para a limitação de um direito fundamental. Isso é aceito até

⁸¹ KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. pp. 115-7.

⁸² KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. pp. 85, 115.

⁸³ *S v Jordan and Others*, 2002 (6) SA 642; 2002 (11) BCLR 1117.

⁸⁴ KENDE, Mark S. *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. pp. 126ss.

mesmo por quem entende que direitos fundamentais são trunfos, na acepção mais forte da palavra.⁸⁵

Contudo, no caso da lei sul-africana que criminalizou a prostituição, ficou claro que não se tratava de uma tentativa de conter o avanço da AIDS, mas sim de uma medida “moralizante”. O único *Justice* que defendeu que se cuidava de uma tentativa de conter o avanço da AIDS foi Albie Sachs, o qual, em seu voto, menciona, rapidamente, essa possibilidade como mais um argumento a favor da lei. Porém, além de isso não ter sido suscitado por nenhum outro *Justice* durante o julgamento, o próprio governo não invocou esse argumento em sua defesa. Ademais, a história de surgimento da lei também corrobora a tese de que se tratava de uma medida contra a prostituição em si.⁸⁶ Observe-se, inclusive, que, se a medida fosse feita por questão de saúde pública, dever-se-ia criar um rol de medidas contra o sexo casual e promíscuo em geral e não unicamente contra a prostituição, que é apenas um exemplo da sexualidade potencialmente lesiva à saúde pública.

É importante notar, outrossim, que o direito à autodeterminação sexual, que pode ser enxergado como corolário do direito à privacidade, serve precisamente para tutelar práticas sexuais que estejam fora daquilo que é tradicional, convencional e dominante. Normalmente, não é necessário garantir constitucionalmente aquilo que é amplamente aceito pelas maiorias. Se, por um lado, é questionável se práticas como o pansexualismo merecem algum tipo de proteção constitucional, por outro, é forçoso reconhecer que os limites que o Estado pode impor às práticas sexuais dos indivíduos devem ser submetidos a um controle intenso e percuciente. Trata-se de uma das esferas mais íntimas da vida. Nela, há de prevalecer a autonomia. Exceções à livre determinação nesse âmbito da vida só devem ser aceitas em casos excepcionais. O ônus argumentativo deve ser muito maior em hipóteses desse tipo.

Ressalte-se, ademais, que a Corte parece ter errado ao não declarar inconstitucional o tratamento desigual que se estabeleceu entre a prostituta e o seu cliente, para fins de sanção penal. Em *Jordan*, manteve-se a condenação de uma prostituta que fizera uma “massagem pélvica” em um policial por 250 randes – os quais equivalem a aproximadamente 25 dólares.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. pp. 191-2; KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 17-24.

⁸⁶ KENDE, Mark S. *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. pp. 128-32.

O cliente saiu impune, já que não praticou crime, enquanto a garota foi presa.⁸⁷ A Corte dividiu-se: a orientação dissidente, redigida pelos *Justices* O’Regan e Sachs, deixou de ser prevalecer por um voto. Ao que parece, a posição minoritária era preferível.

A criminalização da conduta da prostituta apenas fortalece estereótipos de que a mulher promíscua merece toda a repreensão social, ao passo que o homem promíscuo apenas cede aos seus impulsos naturais. Se a conduta da prostituta é juridicamente repreensível, então parece ser arbitrário diferenciá-la daquela perpetrada pelo cliente. Ele concorre direta e imediatamente para a atividade em questão, de sorte que ambos os envolvidos são igualmente capazes, esclarecidos e determinantes para a existência da prostituição.

No que concerne às técnicas de decisão adotadas pela Corte Constitucional, é justo asseverar que houve uma atitude progressista e pró-ativa. Adotaram-se várias técnicas distintas, que muito se assemelham ao que é feito na Alemanha e no Brasil, por exemplo. Ao contrário da Suprema Corte americana, que é muito tímida quando se cuida disso, a Corte Constitucional sul-africana proferiu decisões que podem ser classificadas, tipicamente, como manipulativas, intermédias ou intermediárias de acolhimento⁸⁸, tais como: interpretação conforme a Constituição, declaração de nulidade sem redução de texto, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, “sentença” aditiva, etc.

Leia-se, a propósito, a seguinte passagem, escrita pelo *Justice* Albie Sachs:

If the statute could not be read in a manner that was constitutionally compliant, and if the limitation of the right concerned could not be justified, what would the appropriate remedy be? The Constitution gave the Court a wide discretion in this regard, which it had to exercise judicially on a case-by-case basis. It could sever words from a statute that produces unconstitutionality, provided that what remained made sense and was consistent with the constitutional purpose of the statute. If words could not be blue-penciled in this way, the Court could declare notional unconstitutionality, that is, that the statute was unconstitutional to the extent that it purported to do X, Y, and Z. This was language quite unheard of in pre-

⁸⁷ KENDE, Mark S. *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 117

⁸⁸ A respeito, cf. BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, tomo II, 2011. pp. 259ss.; Sobre as diversas possibilidades de modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, cf., dentre outros, MARINONI, Luiz Guilherme. “Técnicas de Decisão”, in SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. pp. 1045ss.; MENDES, Gilmar Ferreira. “O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade”, in MENDES, Gilmar Ferreira; SILVA MARTINS, Ives Gandra; VALDER DO NASCIMENTO, Carlos. *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 357ss.; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: Comentários à Lei n. 9.868/99*. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 510ss.

constitutional days. And for those who remained embedded in the old legal practice of seeking maximum obedience to what the law-maker had had in mind, things got worse. We read words into the statute that had not been there before!⁸⁹

Quanto ao que Sachs chama de inconstitucionalidade nocional no trecho acima, trata-se da clássica interpretação conforme a Constituição. Considera-se constitucional a lei, mas sob a condição de serem afastadas as interpretações X, Y e Z, tidas por inconstitucionais.

Já a última técnica mencionada no excerto acima⁹⁰ – adicionar termo ou expressão a uma lei para sanar inconstitucionalidade – foi utilizada pela primeira vez no caso *Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others*.⁹¹ Como visto, na ocasião, a Corte declarou inconstitucional lei que atribuía vantagens imigratórias a parceiros legalmente casados e, portanto, heterossexuais; sem que houvesse qualquer menção a parceiros homossexuais. Para sanar a omissão relativa, simplesmente se acrescentou, por decisão judicial, uma nova frase ao dispositivo questionado, a fim de que os benefícios fossem estendidos também a parceiros homossexuais, independentemente de casamento prévio.

Como visto acima, curiosamente, foi outra a solução adotada no caso *Fourie* – que gerou o reconhecimento jurídico de casamentos entre parceiros do mesmo sexo. Na ocasião, concedeu-se, ao parlamento sul-africano, um ano para sanar a omissão inconstitucional que impedia homossexuais de se casarem. Se, ao final do prazo, nada fosse feito, uma decisão aditiva entraria automaticamente em vigor, de maneira que um termo fosse acrescentado à lei que dispunha sobre as regras do casamento. Dois dias antes do término do período pré-fixado, o parlamento editou lei que criou a possibilidade de celebração de casamento entre parceiros homossexuais.⁹²

⁸⁹ SACHS, Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 207

⁹⁰ Sobre a possibilidade de acrescentar termos ou expressões a dispositivos legais (*read words into the statute*), cf., por exemplo, os parágrafos 81 e ss. da decisão em *National Credit Regulator v Opperman and Others*, 2013 (2) BCLR 170 (CC); 2013 (2) SA 1 (CC).

⁹¹ *Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others*, 2000 (1) BCLR 39 (CC), 2000 (2) SA 1 (CC).

⁹² SACHS, Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 253

Considerações finais

Por fim, deixou-se sem resposta a pergunta sobre o caráter paradigmático da atuação da Corte Constitucional sul-africana em matéria de direitos fundamentais. Trata-se de um silêncio proposital. Escolher a Corte como paradigma depende de como se entendem os direitos fundamentais.

Previamente, é necessário saber se é preferível uma teoria interna a uma teoria externa dos direitos fundamentais. Quanta proteção se deve dar aos direitos sociais? Os direitos fundamentais podem ser flexibilizados e sopesados em face do interesse coletivo?

Viu-se o entendimento da Corte Constitucional sul-africana em relação a cada um desses pontos, dentre muitos outros. É somente a partir da escolha de que tipo de dogmática dos direitos fundamentais nós desejamos adotar é que se poderá dizer se a Corte Constitucional sul-africana é, ou não, um paradigma no que concerne aos direitos fundamentais. E ainda que ela não o seja, espera-se ter ficado claro o quanto se pode aprender da experiência constitucional tão rica que fornece a Corte Constitucional da África do Sul.

Referências bibliográficas

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2.Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2nded. Oxford: Oxford University Press, 2005.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, tomo II, 2011.

BORK, Robert. *The Tempting of America*. New York: Simon & Schuster, 1991.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais.” *Direito Público*, vol. 1, n. 2, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, out./dez. 2003.

BUMKE, Christian. *Der Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. 3rd ed. Austin: Aspen Publishers, 2009.

COSTA NETO, João. “A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso Google.” *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Fórum: Belo Horizonte, ano 6, n. 22, pp. 457-487, abr./jun.2012.

COSTA NETO, João. “Dignidade humana, assistência social e mínimo existencial: a decisão do Bundesverfassungsgericht que declarou a inconstitucionalidade do valor do benefício pago aos estrangeiros aspirantes a asilo”, in *Revista Direito.UnB*, v. 1, n.1, 2013.

CURRIE, Iain; De Waal, Johan. *The Bill of Rights Handbook*. Cape Town: Juta, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Religion without God*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

ENGLE, Eric. “Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung).” *Hanse Law Review*. vol. 5, n. 2, 2009. pp. 165-173.

FARLAM, Paul. “Freedom of Religion, Belief and Opinion”, in Woolman, Stu; Bishop, Michael. *Constitutional Law of South Africa*. 2nd ed. Cape Town: Juta, 2013.

GANTEN, Ted Oliver. *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

HERMES, Georg. “Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten”, in Merten, Detlef; Papier, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte: Einzelgrundrechte I*. München: C.F. Müller, 2012.

HUFEN, Friedhelm. *Staatsrecht II. Grundrechte*. 3.Auf. München: C.H. Beck, 2011.

JACKSON, Vicki C. “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, in Rosenfeld, Michel; Sajó, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

JACKSON, Vicki C. “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review*, v. 119, 2005, pp. 109-28.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

KAUFMANN, Rodrigo. *Dimensões e Perspectivas da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: Possibilidade e limites de aplicação no Direito Constitucional brasileiro*. Tese para obtenção de título de Mestre em Direito apresentada em 2004 e orientada pelo Professor José Carlos Moreira Alves.

KENDE, Mark S. *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LAMPRECHT, Rolf. *Ich gehe bis nach Karlsruhe: Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*. München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Técnicas de Decisão”, in Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: Comentários à Lei n. 9.868/99*. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. “O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade”, in Mendes, Gilmar Ferreira; Silva Martins, Ives Gandra; Valder do Nascimento, Carlos. *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012.

MILO, Dario; PENFOLD, Glenn; STEIN, Anthony. “Freedom of Expression”, in Woolman, Stu; Bishop, Michael. *Constitutional Law of South Africa*. 2nd ed. Cape Town: Juta, 2013.

MONTEIRO, André; Sant’Anna, Emílio. “Criador da 1ª igreja rastafári é condenado por plantar maconha.” *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 maio 2013.

MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MOTALA, Ziyad; RAMAPHOSA, Cyril. *Constitutional Law: Analysis and Cases*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

SACHS, Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SAJÓ, András; UITZ, Renáta. “Freedom of Religion”, in Rosenfeld, Michel; Sajó, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SCHNEIDER, Hans-Peter. “Grundrechte in der Verfassung Südafrikas”, in *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat: Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

SOMBRA, Thiago. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

STERN, Klaus. “Einleitung”, in Stern, Klaus; Becker, Florian. *Grundrechte-Kommentar*. Köln: Carl Heymanns, 2010.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München: C.H. Beck, vol. III/2, 1994.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München: C.H. Beck, vol. III/1, 1988, § 76.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

WEIS, Hubert. *Meine Grundrechte: Bedeutung, Schranken und Rechtsprechung*. 4. Auf. München: DTV, 2004.

WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 10. Auf. München: C.H. Beck, 2012.

Artigo recebido em 19 de fevereiro de 2014.

Artigo aprovado para publicação em 05 de maio de 2014.

DOI: 10.11117/1982-4564.07.10



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.

¿Hacia una democracia más participativa? Debates constitucionales sobre la incorporación de mecanismos de participación a la ciudad de Buenos Aires.

*Maria Laura Eberhardt **

Resumen: La constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se aprobó el 1 de octubre de 1996, inaugurando la nueva Legislatura porteña, que llegaba para reemplazar al desacreditado Concejo deliberante. La Asamblea Convencional Constituyente estaba compuesta por cuatro bloques partidarios: Unión Cívica Radical, Partido Justicialista, Frente País Solidario y Nueva Dirigencia. Entre los temas abordados se incluyó la participación ciudadana y, en particular, los mecanismos institucionales semidirectos para canalizarla.

Esos mecanismos fueron incorporados a la legislación local en el contexto de la crisis de representación, evidente en gran parte del mundo occidental desde fines de los años '80. Dichas instituciones se presentaban como posibles paliativos de tal crisis, al constituirse como canales alternativos y/o complementarios a los partidos, las elecciones y los órganos de gobierno, para que los ciudadanos y organizaciones pudieran expresar en forma más directa sus propuestas y demandas e intervenir en la toma de decisiones políticas

El objetivo de este artículo consiste en conocer los debates constituyentes en torno de la incorporación de tales mecanismos en la Capital argentina, así como sobre sus diseños y características. Ello dará un panorama acerca de la percepción de la crisis representativa y del valor de la participación directa ya a mediados de los años 90. Asimismo permitirá conocer las estrategias diseñadas por los representantes para combatir la apatía cívica y defender la estabilidad democrática así como la legitimidad de gobierno en tal entorno crítico.

Para terminar, en las conclusiones se evaluará el formato final adquirido por tales institutos así como sus potenciales y limitaciones en tanto remedios anti-crisis.

Palabras clave: Debates constituyentes; Democracia; Crisis de la representación; Participación ciudadana; Mecanismos semidirectos.

* Doctora en Ciencia Política (UNSAM), Magíster en Ciencia Política y Sociología (FLACSO), Licenciada en Ciencia Política (UBA). Profesora en UBA, UNLM y UNAJ. Directora de proyectos Ubacyt (UBA) y Proyecto de Redes Universitarias (UNAJ). Fue becaria doctoral y posdoctoral del CONICET y de la Fundación Antorchas. Autora del libro *Siga participando...* (Buenos Aires, Prometeo, 2013).

Abstract: The Constitution of the Autonomous City of Buenos Aires was approved the October 1, 1996, inaugurating the new Legislature which came to replace the disgraced city council. The Conventional Constituent Assembly was composed of four partisan blocks: Radical Civic Union, the Justicialist Party, Front Country in Solidarity and New Leadership. Topics included citizen participation, and in particular, the institutional semidirect mechanisms to channel it.

These mechanisms were incorporated into local law in the context of the crisis of representation, manifested in most of the Western world in the late '80s. These institutions were presented as possible solutions to the crisis, establishing themselves as channels for citizens and organizations to express more directly proposals and demands, in an alternative and / or complementarily way to parties, elections and branches of government.

The aim of this paper is to analyze the constituent debates around the inclusion of such mechanisms in Argentina's capital, and about their designs and features. It will give an overview of the perception of representation crisis and the value of direct participation since the mid-90s. It also let you know the strategies designed by the representatives to fight against the civic apathy and to defend democratic stability as well as legitimacy of government in such critical environment.

In the end, the conclusions will evaluate the final format acquired by such institutions and its potential and limitations as anti-crisis remedy.

Keywords: equity; Aristotle; argumentation; legal formalism; rule of law.

¿Qué entendemos por crisis de la representación?

La llamada “crisis de representación” es un concepto controvertido que caracteriza a una situación de amplia y profunda desconfianza y apatía de los ciudadanos respecto de sus gobernantes y del funcionamiento de las instituciones de las democracias contemporáneas (partidos políticos, elecciones y poderes de gobierno), vigente desde los últimos 30 años.

Este fenómeno sacudió los pilares de los regímenes indirectos siendo que los parlamentos y los congresos de las democracias modernas ya no se correspondían con la visión de un cuerpo que reproducía la deliberación ideal que la totalidad de la sociedad hubiera llevado a cabo por sí misma en caso de haber sido practicable (Nino, 1997:237).

Simultáneamente, muchas de las deficiencias de los parlamentos reflejaban las flaquezas de los partidos, los que lejos estaban de cumplir con las funciones atribuidas como “vehículos necesarios para conducir la discusión pública sobre la base de principios, ideologías o modelos de la sociedad”, así como de resultar “útiles para contrarrestar el poder de las facciones que unen a los individuos sobre la base de sus crudos intereses” (:237-238).

Como señalaba Nino, los partidos hoy en día se constituían como “coaliciones amorfas con una decreciente definición ideológica” (Ídem). La adhesión a un partido político se debía más a una cuestión de tradición familiar, lealtad personal y competencia de tipo deportiva que a una cuestión de compromiso ideológico. Asimismo, la mayor parte de la actividad política que tenía lugar dentro

de los partidos se refería más a la competencia interna que al análisis de los problemas nacionales (Ídem).

Dado que los parlamentos y los partidos políticos son los principales canales –aparte de la participación popular directa- a través de los cuales funciona la democracia deliberativa, sus deficiencias constituyen una debilidad primaria que afecta a la totalidad del sistema. Estas deficiencias explican con amplitud los pobres resultados morales del proceso democrático, a pesar de su alegada calidad epistémica, cuando este se aproxima a la práctica informal de la discusión moral (:241).

En la actualidad, la modernización social y tecnológica redujo la centralidad de los partidos como agentes de representación política, viendo disputado su rol histórico como organizadores de la sociedad civil por grupos de interés, movimientos sociales y Organizaciones No Gubernamentales (ONG) (Roberts, 2002:57).

Además, la profesionalización de los partidos y su inclinación hacia funciones prioritariamente electorales, los desvinculó de sus bases sociales concentrándolos en los círculos del poder, redundando en una menor participación y en una mayor volatilidad del voto: “los individuos buscan una relación de transparencia con la política (en general desde lugares ‘no políticos’), mediante un vínculo de tipo empático que desprecia cualquier tipo de mediación. Pero sin mediación no hay representación posible” (Abal Medina, 2004:105).

Si la sociedad contemporánea impidió el juego político representativo, el sistema de partidos tuvo entonces que adaptarse y llevar a cabo una transformación radical: “poco a poco fueron abandonando sus antiguos compromisos, prácticas y funciones para tomar su lugar en el juego político contemporáneo, que es cada vez más autorreferencial” (:105-106).

Tal cualidad autorreferencial, consistía en su capacidad de establecerse y reproducirse a sí mismo, como sistema diferenciado a través de la producción continua de consenso y legitimidad (:106). Su antiguo rol como mecanismo agregador y representante de voluntades políticas, surgidas de la base social, caducó frente a las nuevas realidades.

Tal evolución del sistema partidario y del sistema político en general, constituyó un resultado lógico “frente a un individuo que se desentiende de lo político” (Ídem). Y es que para el ciudadano medio lo político resulta:

Algo distante y remoto, un mundo “sucio” plagado de comportamientos egoístas, estratégicos e hipócritas en el que él no tiene ninguna capacidad de acción. Esto lo lleva a un mayor desentendimiento con la política, que es empujada a su vez, a asumir mayores niveles de autorreferenciación (:106-107).

Efectivamente, los partidos políticos, otrora componentes insoslayables de las democracias representativas modernas en tanto representantes claves de las divisiones de la sociedad en términos de intereses sectoriales y de propuestas de conducción social, se han visto seriamente amenazados en dicha función por el surgimiento de nuevos temas y conflictos.

Estas nuevas inquietudes (de género, medio ambiente, modernidad, globalización), no encuentran expresión en los viejos partidos surgidos de otros clivajes previos, y los nuevos partidos sólo los llegan a representar de uno a la vez, sin extenderse sobre los restantes. A ello se suma el desafío de la opinión pública que, a través de la “ilusión de las encuestas y los medios de comunicación”, suele ser presentada como un actor social relevante (Garretón, 2001:375).

Respecto de lo último, García Lema subrayaba la importancia que revisten en nuestros días las mediciones o encuestas de opinión: “Ellas son reveladoras de que en la acción gubernamental existe una permanente referencia a la opinión ciudadana, a la que se sondea de modo habitual para constatar su grado de conformidad o disconformidad con las políticas en ejecución” (1994:258).

Por lo demás, la crisis económica y las reformas de libre mercado de las últimas décadas socavaron la lógica organizacional de los partidos obreros y las estructuras de clivaje estratificado del sistema de partidos en que se constituyeron. La precariedad, fragmentación y flexibilización de los mercados, diversificó los intereses e identidades de los trabajadores, desincentivando las organizaciones colectivas (como los sindicatos), ya profundamente debilitadas por la represión (Roberts, 2002:70).

Muchos de los movimientos sociales (de género, comunitarios, de derechos humanos, ecologistas, aborígenes, étnicos) surgidos de dicha declinación y cambios; varios de ellos de índole local, con intereses heterogéneos, estructuras fragmentadas y aspiraciones de autonomía; no pudieron ser articulados por los partidos en un proyecto político común. Además, varias ONG desplazaron a los partidos y al Estado en la provisión de recursos a los actores sociales.

Para Piedra Buena, “las consecuencias prácticas de esta apreciación se traducen en el discurso ciudadano, que sostiene que ante la falta de credibilidad en los partidos, en cuanto a articuladores de demandas, su rol debe ser asumido por organizaciones de la sociedad civil” (2007:198). No obstante, el autor creía que la sociedad civil no podía reemplazar a los partidos. Si así lo hiciese, podía ocurrir que algunas de las ONG que accionaban en su seno perdieran de vista la finalidad básica que les había dado origen, para transformarse en nuevos partidos políticos (Ídem).

Por el contrario:

El rol del tercer sector sobre la vida política –verdadero embrión de una sociedad civil que comienza a tomar conciencia de sí misma- no es otro que el crecimiento de lo que ha dado en llamarse el capital social; lo que de

suyo implica relaciones horizontales de reciprocidad y cooperación, actitudes de compromiso y participación en los asuntos públicos y el desarrollo de la confianza y la tolerancia (:199).

A lo anterior, Roberts agregaba su visión de que en estos tiempos ya “no se hallan promesas políticas ni ideológicas de distribución de beneficios colectivos a través del Estado para movilizar la participación política de los sectores populares” (2002:71). Lo que es más, puesto que los lazos de los partidos con los actores sociales se volvieron cada vez más tenues, aquellos se relacionan con los electores más como individuos que eligen libremente que como miembros de la comunidad de fieles (Ídem). Lo curioso es que los impulsores de tales políticas reestructuradoras fueron muchos de los partidos obreristas de antaño.

Por el contrario, la competencia partidaria de estos tiempos se caracteriza por tres tendencias. Primero, una des-institucionalización de la representación política, debido a que los votantes se han vuelto cada vez más independientes de las organizaciones. Segundo, su desmasificación, consistente en el declive de las asociaciones secundarias de gran escala, de las estructuras organizacionales de base y de la propia militancia política, así como en la profesionalización de los partidos y las campañas electorales. Y, tercero, la verticalización de los lazos entre partido y sociedad, donde las antiguas formas horizontales de organización de intereses de clase y solidaridades dan lugar a redes verticales policlasistas que dependen de intercambios de favores materiales y políticos individualizados.

Estas tres tendencias dan cuenta de cierto retorno a un estilo de política oligárquica donde la competencia gira en torno de figuras notables que atraen a un conjunto diverso e indiferenciado de adherentes, pero sin usar la ideología o intereses de clase para la movilización política (:76).

En ese contexto la realidad de la Argentina mostraba que, la consolidación democrática alcanzada durante los años `90, trajo consigo el apartamiento de la gente respecto de la política y la privatización de la ciudadanía: “un distanciamiento entre sistema político y sociedad, desafección de la política y crisis del consenso fuerte y de expectativas respecto de un mundo mejor asociado a la política” (García Delgado, 1998:120).

Las causas de la crisis rondaban la influencia de los sucesivos incumplimientos programáticos de los diferentes gobiernos; la creciente importancia que adquirió el fenómeno de la corrupción atribuido a toda la clase política; la situación social declinante de vastos sectores cuya principal responsabilidad recaía sobre los políticos; la profesionalización de la política, la cual aparecía como una mera gestión de negocios y de control; y la influencia de los medios de comunicación y de su concomitante desarrollo de una opinión pública más independiente e informada.

La drástica modificación de las relaciones de fuerzas entre política y economía, producida en los últimos 15 años en el marco del proceso de globalización, tuvo también gran influencia. Dicho proceso, redujo los márgenes de autonomía del Estado nacional al igual que la capacidad de la política de regular una economía desnacionalizada. Opuestamente, surgieron otros nuevos factores de poder: los grupos económicos, los organismos internacionales y los medios de comunicación, los que desplazaron a los sindicatos, a las fuerzas armadas, a las cámaras sectoriales y a la Iglesia. La capacidad decisoria del Estado se vio entonces acotada a la medida en que se realizaban los intereses de estos actores (:125).

La sensación resultante fue la de una democracia débil, “pero no en términos de una debilidad del régimen para reproducirse, sino de la política para reorientar la economía de acuerdo a fines sociales o encarar la realización del bien común” (Ídem). Las elecciones y los lazos de representación eran solo una parte (y no la más importante) del proceso de estructuración de las relaciones de poder. Además, aumentaban la necesidad y la dificultad de dominar la creciente complejidad social que muchas veces se escapaba de las posibilidades de la política tecnocrática.

Por último, se sumaba la transición a un nuevo modelo de representación que acompañaba el paso de un Estado de Bienestar a otro postsocial o neoliberal dominado por partidos *catch all*; bajo la creciente influencia de mecanismos de representación permanente como los sondeos de opinión; y tras el surgimiento y aplicación de nuevas instituciones como las audiencias públicas, el control del financiamiento partidario, la *accountability* en la gestión pública, entre otras.

Debates constituyentes sobre la adopción de mecanismos de democracia directa en la Ciudad para contrarrestar la crisis representativa.

Bajo la denominación “Mecanismos de Democracia Directa”, se inició la discusión constituyente sobre la participación ciudadana en la ciudad de Buenos Aires. La Comisión sobre Relaciones Interjurisdiccionales, Partidos Políticos y Mecanismos de Democracia Directa fue el primer marco de discusión de los proyectos de texto por ella elaborados y contenidos en los órdenes del día. Los proyectos pasarían luego a la Comisión de Redacción y Normas de Gobernabilidad para la Transición, que emitiría los respectivos dictámenes.

El debate se inició sobre “las varias figuras de democracia directa que introdujo la Convención Nacional Constituyente de 1994 en la Constitución Nacional” (iniciativa popular, consulta popular y referéndum), las que pretendían tuvieran “efectividad y vigencia en la ciudad de Buenos Aires” (Legislatura, 2002:VT8–569). La Constitución Nacional reformada se convirtió así

en marco legal, antecedente e impulso para la incorporación ampliada de mecanismos participativos en la ciudad.

El tratamiento como “figuras de democracia directa”, daba una noción de la alta consideración de estas herramientas por los asambleístas como canales alternativos y/o complementarios a las instituciones indirectas para la participación ciudadana, no mediatizada por ellas: “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá, a partir de su nuevo rango constitucional, dar cuerpo a formas de participación en sus instituciones que cristalicen derechos que nos fueron cercenados por mucho tiempo a los varones y mujeres de la ciudad” (Legislatura, 2002:VT8–572).

Tal complementariedad de estos mecanismos respecto de las instituciones electoral partidarias se justificaba en su función de apuntalar una democracia representativa en plena crisis de legitimidad (mencionada explícitamente por los constituyentes aún 5 años antes del estallido político social de 2001), a través de abrir la toma de decisiones políticas a la participación cívica.

La Nación Argentina adoptó para su gobierno la forma representativa; ha consagrado la democracia semidirecta, y a esa imagen y semejanza han hecho lo propio las provincias en sus constituciones. Corresponde al pueblo elegir a los representantes a través del sufragio, que se erige así en una herramienta fundamental para transmitir a los representantes los poderes suficientes para cumplir con sus funciones. Sin embargo, al momento de estar fundando la democracia para la ciudad de Buenos Aires no podemos dejar de contemplar la crisis de representatividad que afecta normalmente a los poderes constituidos. Como consecuencia de ello, entre la democracia pura al estilo ateniense y la democracia indirecta han aparecido las formas de participación directa del cuerpo electoral para que tenga intervención en asuntos de gran envergadura, de trascendencia e interés público verdadero (Legislatura, 2002:VT8–575).

Efectivamente, los convencionales argumentaban que “en la actualidad estos mecanismos sirven para remozar esta democracia representativa combinándola con elementos que constituyen un complemento del proceso de formulación de políticas públicas y no un sustituto” (Ídem). Los instrumentos de “democracia directa” “vienen a ser un complemento de la forma de gobierno consagrada en la Constitución Nacional, que por una parte adopta la forma representativa y por otra determina que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes” (Legislatura, 2002:VT8–572).

A lo que agregaron: “probablemente la nueva Constitución para la ciudad de Buenos Aires incorpore a esa frase otra que dirá: ‘o por medio de los mecanismos de democracia semidirecta’” (Ídem), dando gran peso a tales institutos, equiparados ahora con los verticales.

La importancia que se atribuía a estos mecanismos de democracia “directa”, era “que todos los ciudadanos tenemos la posibilidad de iniciar y decidir por nosotros mismos medidas legislativas,

como también actuar como legisladores, decisores y poseer competencia legal sobre la conveniencia de determinadas medidas y políticas. En definitiva, lo que estamos diciendo es: déjese al pueblo decidir” (Ídem).

Sin embargo, la falta de una definición precisa respecto del uso y lugar de estos mecanismos, así como de una prospectiva sobre sus potenciales y limitaciones, se ponía en evidencia en lo ambiguo del vocabulario empleado para su tratamiento y en el rol cambiante a ellas atribuido: pasando de ser el canal central de expresión y autogestión directa de las demandas ciudadanas, a constituir un complemento de las instancias representativas o indirectas prevalecientes.

Otro fundamento esbozado por los constituyentes a favor de la incorporación de esas herramientas fue sobre el “origen institucional de estas prácticas”. Hacia fines del siglo XVIII y principios del XIX fueron utilizadas en la Revolución Francesa. En el orden institucional, dos países sembraron esta tradición: los Estados Unidos, que la adoptaron como práctica habitual (y la mantienen) y Suiza, donde el referéndum es la segunda forma de gobierno a nivel federal (Ídem). Dicha trayectoria y antecedentes otorgaban un firme sustento y respaldo a su exportación a la Capital argentina. Una relevancia similar se dio a los precedentes locales de adopción de estos mecanismos, los que habían “sido incluidos prácticamente en todas las constituciones provinciales” de Argentina. En efecto, “en los últimos diez años el derecho público provincial lo ha incorporado en forma mayoritaria” (Ídem).

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de las Naciones Unidas, también fue citada en su defensa en cuanto a que: “Toda persona tiene el derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por medio de los representantes libremente elegidos” (Ídem).

La propuesta participativa adoptaba también una visión de la democracia “en la que se asigna un alto valor al debate público”: “Estos mecanismos son una forma de ampliación de los espacios democráticos frente a las presiones de, por ejemplo, determinados intereses corporativos, y también constituyen una forma de enfrentar la apatía política de los ciudadanos” (Ídem)

Su contribución a la ciudad de Buenos Aires consistiría en brindar instituciones que permitieran incentivar y canalizar una participación política que hasta entonces (quizás debido a esa carencia) no era costumbre en tal escenario, a pesar de su tradición “absolutamente pluralista”.

La otra cara de los mecanismos semidirectos: el control a los gobernantes.

Por otro lado, para el buen funcionamiento de tales instrumentos los assembleístas requerían una “garantía respecto al acceso igualitario a la información para que todos los ciudadanos estén en

condiciones de expresar claramente sus preferencias” (Ídem). La información pública aparecía como un requisito imprescindible para el uso de los mecanismos. El acceso a ella traía al debate un segundo aspecto fundamental, no ya referido a la expresión y/o gestión personal y directa de las propias demandas ciudadanas (participación positiva), sino al control o vigilancia de las acciones y omisiones de los gobernantes (participación negativa).

Según afirmaban, “los mecanismos que vamos a consagrar permiten achicar la brecha entre dirigentes y dirigidos, entre representantes y representados. Contribuyen a mejorar los órganos representativos, ya que estos mecanismos están fuertemente relacionados con las posibilidades de control que ejercen los ciudadanos” (Legislatura, 2002:VT8–573).

Así, ante la amenaza latente en los regímenes representativos de que los gobernantes “olviden” o “dejen de escuchar la voz del pueblo”, la iniciativa popular, la audiencia pública y los demás institutos, constituían “un mecanismo operativo para que ellos se hagan escuchar y, al mismo tiempo, significan un corte a los períodos en los que no hay elecciones o no hay necesidad de hacer determinadas promesas de campaña, de modo que el control y el deber de informar a los representados se ejerza en forma constante y permanente” (Ídem).

De este modo, las formas de “democracia semidirecta”, permitirían “corregir algunas desviaciones de la democracia representativa” (Ídem).

Audiencia pública, iniciativa popular, revocación de mandatos, referéndum y consulta popular

Audiencia Pública:

En adelante, el debate constituyente continuó por tratar, en forma particular, cada uno de los mecanismos “directos”. Comenzaron con la audiencia pública, considerada “un mecanismo eficiente ya que hasta hoy tanto el poder administrador de la ciudad como el legislativo no han tenido que dar cuenta de sus gestiones y el proceso de toma de decisión ha resultado ajeno aún a los propios interesados” (Legislatura, 2002:VT8–572).

Su utilidad radicaba en conformar “un espacio entre las autoridades y la comunidad para la discusión, el intercambio y la rendición de cuentas”. Además, se atrevía a “pedir y explicitar en esta cláusula la presencia inexcusable del funcionario público” (Ídem). A pesar de que dicho instituto no detentaría carácter vinculante, permitiría “dar curso a la explicitación de demandas y opiniones en áreas de interés colectivo. Esto, al mismo tiempo, por el nivel de exposición pública implicado, servirá indirectamente como reaseguro para la transparencia de la gestión administrativa” (Ídem).

La propuesta inicial incluyó dos tipos de audiencias:

Uno, por iniciativa de la Legislatura, del Poder Ejecutivo o de las autoridades comunales –una vez que se establezca la división de esta ciudad en distritos–, para debatir asuntos de interés general; y otro, concurrente con el anterior, a iniciativa de individuos en número suficiente, que en el artículo fijamos en el medio por ciento del electorado de la ciudad o de la zona que corresponda (Legislatura, 2002:VT8–569).

Se planteaba así tanto una versión impulsada “desde arriba” donde el monopolio de la convocatoria quedaba en manos de los gobernantes, como otra “desde abajo” que abría un espacio para la iniciativa ciudadana. Dicho espacio requería la reunión del 0,5% de avales del padrón de la ciudad o zona correspondiente, un mínimo bajo y por ello fácil de ser alcanzado, que demostraba un diseño coherente con el carácter directo de la democracia a la que decían orientarse los constituyentes. Esta propuesta fue aprobada sin cuestionamiento.

Por otro lado, se idearon audiencias públicas obligatorias, previas al tratamiento legislativo de ciertos proyectos. La determinación de los temas de su convocatoria disparó una polémica en la Comisión, la cual, sin embargo, logró un equilibrio “sobre la base de los temas más críticos, que por su definición involucran efectos sociales más abarcativos” (Ídem). Si bien los temas, dijeron, podrían haber sido más numerosos, fueron elegidos como los más importantes para el fin de la audiencia: proyectos sobre normas de edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales o comerciales, y modificaciones de uso o dominio de bienes públicos.

La importancia de estos temas radicaba en haber sido “motivo de conflicto en el pasado por el manejo de la cosa pública en la ciudad” (Ídem), razón que en adelante obligaría a la celebración de audiencias públicas antes de tratar una norma de estos contenidos en la Legislatura, permitiendo a la población intervenir en la función de expresión del Legislativo, particularmente:

En asuntos que son caros a esta ciudad y a la opinión pública, sobre todo en los últimos diez años aproximadamente –aunque es una tendencia que abarca la gestión urbana en todos los países del mundo–, a fin de dar transparencia a la discusión de algunos temas, como el caso ya citado por el Presidente de la Comisión de las normas de edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales o comerciales, o ante modificaciones de uso o dominio de bienes públicos (Legislatura, 2002:VT8–572).

Para reforzar lo anterior, la Comisión requirió también que “el Gobierno adopte un mecanismo simétrico”, y “que el Poder Ejecutivo tome iniciativas similares ante cuestiones de envergadura que tengan que ver con estos temas o con otros análogos” (Legislatura, 2002:VT8–569).

Iniciativa Popular:

El siguiente instrumento de democracia directa debatido para sumarse a la ciudad fue la iniciativa popular: “derecho diferente del de peticionar pues significa poner sobre el tapete la discusión de un tema y la posibilidad del planteo legislativo” (Legislatura, 2002:VT8-573). Su rédito era que “reduce el poder de los grupos de interés, ya que con su ejercicio los ciudadanos pueden contrarrestar las presiones de grupos pequeños que manejan recursos económicos, medios de comunicación o determinados factores de poder que sabemos perfectamente que en la sociedad quizá no tengan el peso del número pero sí el de los recursos” (Ídem).

Igualmente, permitía que los votantes intervinieran y plantearan la solución de problemas que de otra manera quedarían excluidos de la agenda política.

Hoy por hoy todos los políticos sabemos que muchas veces las discusiones no tienen que ver exactamente con los problemas cotidianos y permanentes que vive la gente, lo cual es mucho más palpable en una ciudad. Entonces, el ejercicio de este derecho da la posibilidad de hacer públicos e incorporar al tratamiento legislativo determinados temas que quizás el termómetro de la democracia representativa no sea tan apto para medir en todo momento (Legislatura, 2002:VT8-573-574).

Los mecanismos de democracia en este caso “semidirecta”, vendrían así a salvar algunas de las limitaciones de las instituciones indirectas y, principalmente, a combatir las mayores expresiones de la crisis de representación y apatía cívica: “al ampliar los espacios de participación que en los sistemas exclusivamente representativos están limitados a las elecciones, se incentiva la participación ciudadana y el desarrollo de virtudes cívicas” (Legislatura, 2002:VT8-574).

Además, “alienta la responsabilidad de la ciudadanía y se evita el alejamiento de la población del proceso político al impulsar un mayor interés por los asuntos de gobierno, y se aumenta el sentido de responsabilidad de los funcionarios electos ya que sus decisiones pueden ser apeladas por los ciudadanos (Ídem).

Una cuestión delicada de dirimir sería la definición de los temas excluidos de su ámbito, que claramente recortaría los alcances participativos del instrumento. En esta oportunidad, los constituyentes respetaron “estrictamente lo que la Constitución (Nacional) prevé”. Tras un intenso debate, si bien se propuso la exclusión de otras cuestiones adicionales (lo que hubiera limitado aún más su potencial de uso), el criterio final de la Comisión “fue el de transcribir lo mínimo: aquello que está previsto en la Constitución Nacional” (Legislatura, 2002:VT8-570).

La principal discusión se había generado sobre la incorporación de los “tributos” como materia excluida de la iniciativa popular. Ese término había sido eliminado del despacho de la Comisión de Redacción tras una ferviente discusión. Si bien se reconocía que “la fuente de esta

norma es el artículo 39 de la Constitución Nacional, en donde, ciertamente, aparece la palabra ‘tributos’”, ocurría que “la naturaleza de los tributos en el ámbito de la ciudad es bastante diferente de la de los que son materia impositiva nacional” (Legislatura, 2002:VT8–580), por lo que se justificaba la quita. Según argumentaban algunos constituyentes:

Puede existir aquí algún tributo de alcance exclusivamente local, como ser una contribución de mejoras que tal vez la propia iniciativa de los vecinos pretenda imponer para realizar una obra; o quizá la eliminación de algún impuesto, como podría ser el que grava los ingresos brutos, en momentos en que una actividad pueda atravesar por una crisis temporaria (Ídem).

Así como es razonable que la Constitución Nacional no establezca este instituto en materia de tributos nacionales, en el orden local parecería razonable otorgar esta posibilidad de iniciativa, teniendo en cuenta, además, que dicho instituto contempla ciertos requisitos y que lo único que compromete es su tratamiento obligatorio, en el ámbito de la Legislatura, en un plazo de doce meses (Ídem).

Se subrayaba la falta de efecto vinculante de los proyectos ingresados como iniciativa y su consecuente inocuidad, donde la Legislatura sólo se hallaba compelida a tratarlos durante el año sucesivo a su entrada, y a cuyo fin se la obligaba a incluirlo en el orden del día parlamentario una vez transcurridos 11 meses sin tratamiento, o a su presentación a referéndum vinculante luego de los 12 meses, pero siempre y cuando acreditase el alto aval del 15% de los ciudadanos.

De este modo, algunos sectores insistían en la redacción original del artículo, que excluía la palabra “tributos” de las materias exentas de la presentación de iniciativa popular (habilitando dicha temática para la misma), porque creía que en el ámbito de la ciudad existían algunos institutos que podían funcionar a pesar de resultar inconcebibles en el ámbito nacional. Por lo que, sostenían, “me parece que excluir de la iniciativa popular la materia tributaria es tal vez exagerado, siendo que ésta puede ser, indudablemente, una de las materias que más movilice, inquiete o induzca a la ciudadanía a utilizar este instituto” (Legislatura, 2002:VT8–581).

No obstante, la petición fue desestimada y la cuestión tributaria finalmente agregada (es decir, denegada de la iniciativa popular), ratificando el rol secundario otorgado a los mecanismos participativos en la decisión sobre política respecto de los gobernantes, su impotencia ante algunas cuestiones claves del Estado y su carácter inofensivo. Temían que excluir de las materias prohibidas de iniciativa a la tributaria empujaría al “resbaladizo terreno que nos lleva bien a la ingobernabilidad o bien a la anarquía de mercado”. Por lo tanto, recomendaban “motorizar todos los mecanismos de participación popular, pero teniendo en cuenta que el financiamiento del Estado con relación a las garantías y derechos individuales que estamos considerando día a día no debe ser materia de especulación política” (Legislatura, 2002:VT8–583).

Frente al ejemplo cercano de la reglamentación de la iniciativa popular a nivel nacional, se hacía presente entre los constituyentes el “peligro de colocar en normas constitucionales figuras nuevas que incentivan la participación e invitan al ejercicio creciente de la democracia y que luego son distorsionadas cuando se las reglamenta” (Ídem).

Aquí radicaba la clave de estos mecanismos. Por amplia que fuese la cantidad y variedad incorporada a la Constitución, si luego eran maniatados en sus alcances respecto de su convocatoria, temas, resultados, quedarían lejos de satisfacer el objetivo general por el que se habían creado: habilitar instancias de participación para que la ciudadanía se expresase más directamente y participase de la toma de decisiones políticas. “El proyecto de ley que el Congreso de la Nación acaba de sancionar establece suficientes trabas a la iniciativa popular como para que sea prácticamente inimaginable que un grupo de individuos en la Argentina se tome el trabajo de cumplir con los requisitos que allí se establecen” (Legislatura, 2002:VT8-570)

Las trabas a su empleo radican en que:

No sólo se fijan normas vinculadas con la verificación de las firmas – lo que es razonable y legítimo–, sino que además se especifica un conjunto de prohibiciones insólitas en cuanto a la recaudación de fondos para los gastos que genere la recolección de firmas. Se habla de una serie de elementos para la verificación de esos gastos que, honestamente, desalienta por completo el ejercicio de la iniciativa popular a nivel nacional (Ídem).

Lo anterior aconsejaba reducir al mínimo el riesgo de convertir en pura retórica demagógica la creación legal de mecanismos participativos, de modo que hiciera prohibitivo su uso.

Sobre aquél punto se argumentaba que “el elevado número de adhesiones requeridas impone una organización y un esfuerzo que difícilmente responda en forma exclusiva al posible ‘incentivo económico’ de algún grupo poderoso”, y que “estas restricciones son virtualmente inoperantes, ya que las personas a las que se les prohíbe el aporte pueden canalizarlo fácilmente a través de otros medios” (Ídem): las entidades extranjeras con fines de lucro pueden canalizar su aporte a través de entidades nacionales o extranjeras sin fines de lucro; una misma persona puede burlar el límite de \$30.000, repartiendo la suma entre amigos o familiares; las asociaciones sindicales, patronales o profesionales pueden realizar aportes a través de sus afiliados, etc.

Por ello algunos constituyentes recomendaban la desestimación del límite opuesto al apoyo de una iniciativa popular en el caso de asociaciones sindicales, patronales o profesionales, ya que podían tener legítimo interés en promover un proyecto de ley, así como a “una costumbre saludable y no instalada en el país, como es la de aportar fondos para actividades de interés público”. Ello, debido a que “la iniciativa popular resulta un mecanismo mucho más abierto y transparente de discusión de asuntos de interés público que otras formas de presión política, como el *lobby* o la

venta de influencias”, por lo que “resulta mucho más saludable para la vida democrática de un país que los grupos de presión que apoyan cierta iniciativa legislativa lo hagan públicamente, y no a través de contactos y negociaciones alejados de la opinión pública” (Ídem).

Por último, se recomendaba que, “como contrapeso de la ausencia de un eventual resarcimiento público de los gastos de los promotores”, se asegure “la mayor amplitud de acceso a fuentes de financiamiento de esta actividad de indudable interés público” (Ídem) a través de la no incorporación de tal restricción nacional a la ley local.

A pesar de la desconfianza hacia el financiamiento externo de los gastos de recolección de firmas por temor a que un proyecto fuese diseñado e ingresado para el beneficio particular de la empresa o individuo promotores, su prohibición limitaría en mucho el alcance democrático de este mecanismo, dándole un sesgo “elitista” o “corporativo”, donde sólo tendrían posibilidad de cumplirla los pocos que contasen con recursos económicos y organizativos propios.

Otra cuestión que preocupaba a los constituyentes era “reglamentar cómo se hará para garantizar que en el plazo de 12 meses se sancionará o rechazará esta medida” (Legislatura, 2002:VT8–570). Sin esa garantía, la Legislatura podría ignorar la iniciativa popular ingresada careciendo sus promotores de medios para evitarlo. La falta de garantía al tratamiento legislativo desalentaría todo intento de asumir los costos de impulsar una iniciativa popular frente a resultados tan inciertos. Como remedio algunos propusieron una “consulta popular obligatoria para cada caso en que el congreso falte a la cita a la que él se compromete a asistir” (Ídem).

Revocatoria de Mandato:

La tercera figura debatida en la Asamblea fue la revocatoria de mandato, que venía a subsanar la denunciada incapacidad e inoperancia de las instituciones políticas “para sancionar conductas o decisiones sospechosas de sus miembros” (Legislatura, 2002:VT8–574).

En algunos casos la relación numérica de fuerzas o las mayorías coyunturales han impedido la puesta en marcha de los mecanismos tradicionales previstos por la Constitución y las normas vigentes. De todas formas, hasta la actualidad no existe una instancia ante la que el ciudadano pueda expresar el retiro de su confianza en un funcionario electo sin tener que esperar al siguiente acto comicial (Ídem).

La Constitución Nacional disponía de seguros institucionales para la sanción de determinadas conductas, pero no revocatoria de mandato: “en los últimos tiempos 13 de las 23 constituciones provinciales han incorporado este nuevo instituto de la democracia semidirecta” (Ídem).

Concebido como un instituto “apto para dar solución a determinadas situaciones” (Ídem), se aconsejaba su inclusión para todos los cargos electivos de la ciudad, fueran o no centralizados. Los límites fijados (el mandato y los avales mínimos exigidos) eran “simplemente salvaguardias para que los funcionarios no vean limitados su actividad, sus dichos y sus hechos por la acción de mecanismos al servicio de intereses espurios” (Legislatura, 2002:VT8-574-575). Y es que, en la nueva Constitución estos mecanismos constituían “una herramienta más para construir una sociedad y una ciudad en las cuales la transparencia, la equidad y la participación sean valores que estén a disposición de toda la ciudadanía” (Legislatura, 2002:VT8-575).

En términos operativos, el informe de Comisión postulaba un piso del 20% de los inscriptos en el padrón electoral de la ciudad o comuna para iniciar el referéndum revocador. Tan elevado respaldo popular requería, según su vocero, de un motivo de evidente gravedad para reunirlos. Este piso, funcionaba como resguardo institucional a la autoridad erigida por el voto popular, una defensa a la democracia representativa frente a la participación directa. Otro resguardo, “obvio” para el vocero, era exceptuar del pedido de revocatoria de mandato a todo funcionario que no hubiera cumplido 1 año de mandato y a quien le restare menos de 6 meses para concluirlo.

Una vez atravesado este primer umbral, “la secuencia que se fija es bastante simple” se decía, “a partir de ese momento se establece una secuencia expeditiva, convocándose a un referéndum de revocación que, automáticamente, determina la destitución del funcionario si existieran causales para ello” (Legislatura, 2002:VT8-570-571). No obstante, lo “simple” y “expeditivo” del trámite escondía una segunda limitación de gran importancia: que, para ser efectiva, el voto a favor de la revocación debía lograr un mínimo de apoyos del 50% del padrón (más que de los votantes efectivos), un porcentaje muy elevado y difícil de alcanzar. Valla mayor, casi infranqueable, defendiendo la democracia vertical contra los embates peligrosos de la horizontal. Tan exigentes barreras volvían estéril al mecanismo y le restaban efecto participativo, poniendo en evidencia el carácter relegado de estos institutos por detrás de los indirectos.

El debate sobre la revocatoria se desató en la Asamblea sobre este último aspecto, asentado en la diferencia surgida entre el despacho original y el producido por la Comisión de Redacción. El texto modificado decía que la revocatoria de mandato: “Es de participación obligatoria y de efecto vinculante si los votos favorables a la revocación superan el 50% de los inscriptos” (Legislatura, 2002:VT8-585-586).

La diferencia respecto de la propuesta inicial modificaba “el concepto de una manera muy fuerte, ya que sobre un total de un 70 a 75% de votantes sobre el padrón, la exigencia del 50% de los inscriptos implicaría que más del 70% de los que vayan a votar debería estar de acuerdo con la

revocatoria de mandato” (Legislatura, 2002:VT8-586). De esta manera “el camino para conseguir la revocatoria sería sumamente tortuoso, y en realidad estaríamos definiendo un derecho que prácticamente no podría ejercerse”: “un 20% de las firmas para convocar el referéndum (y) luego un 75% de los votantes para revocar el mandato” (Ídem).

La propuesta alternativa en esta línea sugería que: “Es de participación obligatoria y de efecto vinculante si los votos favorables a la revocación superan el 50% de los votos emitidos” (Ídem).

Los defensores de la opción final más restrictiva argumentaron que, primero “se puso claridad en cuanto a la obligación del voto, por lo cual se excluyó un requisito vinculado con el mínimo de votantes” (Ídem), y que, segundo, las razones de los porcentajes requeridos de firmas (20% del padrón), y de votos positivos a favor de la revocación (50% del padrón), residían en que si:

Para requerir la revocación se está exigiendo la firma del 20% de los inscriptos. Entonces, no parece exagerado que ese 20%, que es el promotor de la revocatoria, convenza a poco más de una porción equivalente del electorado. Si se junta un 20% de las firmas para poner en marcha el procedimiento de revocación, bastaría con que cada uno de los que firmó ese pedido convenciera a un elector y medio más, lo que sumaría el otro 30% del electorado que hace falta para llegar al 50%. Parecería que casi bastaría con promover la revocación para que el mandato ya estuviera revocado (Ídem).

Se temía que, en caso de falta de correspondencia “entre la pertenencia partidaria de quienes promueven la revocación y la de aquel cuyo mandato se quiere revocar”, “bien podría ocurrir que 2 fuerzas se coaligaran para revocar el mandato de una tercera” (Ídem). Ante tal escenario posible, ocurría que “si apenas se exigiera la mayoría equivalente a la mitad más 1 de los votantes” (Ídem), el riesgo de manipulación de este instituto por parte de las fuerzas opositoras, ansiosas por asumir el poder, sería demasiado alto, desvirtuando el fin de la creación del mismo.

Y es que “pese a la obligatoriedad del sufragio, la concurrencia a las urnas en la ciudad de Buenos Aires oscila entre el 70 y el 80% del electorado”. La mitad del promedio era 37,5%, “y ni siquiera se exigiría que se duplique el número de promotores del proceso de revocación. De modo tal que, si exigimos un 20% para poner en marcha el proceso de revocación me parece que lo menos que podemos exigir, para que sea exitoso, es el 50% más 1 de los inscriptos en el padrón” (Ídem).

Esta versión, más exigente y restrictiva, resultó vencedora. Un esfuerzo dirigido a proteger a los gobernantes legítimamente instituidos por la voluntad popular soberana, expresada a través del mecanismo representativo por excelencia, el voto, frente a los embates políticamente especulativos

de los partidos y facciones opositoras minoritarias. Una vez más, la democracia indirecta mostraba su predominio, a costa de restringir severamente la participación semidirecta.

Referéndum y consulta popular:

El cuarto mecanismo fue el referéndum obligatorio y vinculante, justificado en la “la idea contenida en ‘El Contrato Social de Rousseau’, quien sostenía que toda ley que el pueblo en persona no ratifica es nula” (Legislatura, 2002:VT8–575):

Por medio del instituto del referéndum obligatorio, y consecuentemente vinculante en sus resultados, le estamos reconociendo al pueblo de la ciudad de Buenos Aires su derecho a tomar participación directa en la sanción, reforma o derogación de normas de alcance general, esto es, normas dictadas por la Legislatura, pero también por el Poder Ejecutivo de la ciudad de Buenos Aires (Ídem).

Permitiría “afirmar la participación e intervención del pueblo, así como garantizar la influencia de la opinión pública en los asuntos de gobierno”. Se declamaba que, con él “la ciudad de Buenos Aires habrá dejado de ser gobernada para gobernarse a sí misma” (Legislatura, 2002:VT8–576). Frases tanto más optimistas que los diseños institucionales luego otorgados.

Se fundaba también en los antecedentes históricos de EEUU y Francia, y en que “en el país el mismo instituto del referéndum ha sido recogido por varias constituciones provinciales, entre ellas las de Mendoza, Buenos Aires, Chubut, Misiones y Córdoba” (Legislatura, 2002:VT8–575–576). El puntapié había sido dado en 1984, a través del decreto N° 2272 por el Presidente Alfonsín, quién llamó a una consulta popular no obligatoria ni vinculante sobre el diferendo del Canal de Beagle, con importante participación cívica.

Entre sus prescripciones se acordó que sería convocado por ley del Legislativo para la sanción, reforma o derogación de una norma. La convocatoria obligatoria se reduciría a “cuando la Legislatura esté en falta con respecto a una obligación, como acontece en el caso de no tratarse una ley que contara con la iniciativa popular y que hubiera sido apoyada por más del 15% de las firmas del total de inscriptos en el padrón” (Legislatura, 2002:VT8–571).

El Jefe de gobierno (y no a la Legislatura) era el encargado de convocarlo en tal circunstancia, por razones de *accountability* horizontal respecto de una falta del Legislativo, “como un mecanismo de reaseguro que impedirá que proyectos originados en la iniciativa popular terminen durmiendo el sueño de los condenados en los cajones de la administración” (Legislatura, 2002:VT8–575). La conexión entre 2 mecanismos venía a fortalecer y potenciar sus alcances.

Otra cuestión fueron las materias excluidas del referéndum: las mismas que la iniciativa popular y las que requerían mayoría especial. Hubo discusiones en la Asamblea sobre la exclusión de los tributos, tanto de la iniciativa como del referéndum y la consulta popular.

Para algunos, había que excluir la materia tributaria de las prohibiciones de referéndum. Sin estar “contemplando la posibilidad de que la cuestión tributaria sea sometida a referéndum para ver si la gente quiere pagar los impuestos o no”: “creo que eso no es gratificante para nadie”.

Pero, “despreciar un poco la sabiduría popular y suponer que por el dolor que implica el pago de los tributos la gente va a vaciar las arcas del Estado, es ir muy lejos” (Legislatura, 2002:VT8-589): “cualquier gran obra para la ciudad que fuese materia de tratamiento por un referéndum, y a la que la gente le preste el apoyo para su realización, sin duda llevaría implícito el aspecto tributario, porque no creo que ninguna obra de importancia se pueda hacer sin el financiamiento expreso por medio de un tributo o sin un incremento de alguno de los que ya existen” (Ídem).

Al incluir la materia tributaria, no se estaba proponiendo una discusión sobre la tributación en sí, “porque ningún gravamen existe si no es como contrapartida del pago de algún gasto o erogación que sea de específico interés de la comunidad” (Ídem). La propuesta no implicaba:

La posibilidad anacrónica de poner en riesgo la propia existencia del Estado sino que en todo lo que afecte el bolsillo de los ciudadanos –que es la víscera más sensible de los seres humanos– exista la posibilidad de someterlo a la consideración de la gente; es decir, que cualquier tema que tenga incidencia en una mayor presión tributaria sobre los ciudadanos de la ciudad pueda ser materia de consulta (Ídem).

La salvaguarda de la voluntad general contra el predominio de intereses facciosos de una insignificante minoría, no representativa del querer popular, se aseguraría, para algunos constituyentes, en el requisito previo de alcanzar el apoyo de “una mayoría significativa, mediante la presentación de una importante cantidad de firmas; no estamos diciendo que se tendrá que realizar lo que pida un grupo de trasnochados” (Ídem).

Tales argumentos hacían razonable el pedido de contemplar la voluntad de la gente, “a fin de saber si estaba dispuesta a contribuir más, con sus recursos personales, al sostenimiento de los mayores gastos del Estado”. Esto no constituía una materia distorsiva en un Estado como el de la ciudad de Buenos Aires, el que no atravesaba una situación de quiebra.

A modo ilustrativo se citó el ejemplo de lo que había ocurrido hacía poco en Mar del Plata, donde el intendente había convocado a la ciudadanía para decirle: “Tengo esta cantidad de proyectos; no los puedo pagar; si ustedes están dispuestos a pagar un impuesto más, los podemos financiar” (Legislatura, 2002:VT8-591), obteniendo un mayoritario apoyo al plan de obras, que

habilitara su financiamiento y correcto funcionamiento. De esta manera, el referéndum aparecía como “una herramienta que las autoridades de la ciudad deberían tener. Esto no los hace obligatorios; simplemente, es una herramienta más en el gobierno de la ciudad” (Ídem).

Para otros, era necesaria la eliminación de la materia tributaria “en atención a su gravedad e importancia”, porque, de lo contrario, “sería una manera de abrir la ventana para dejar colar maniobras que pusieran en riesgo las reglas de juego pluralistas, democráticas y transparentes” (Ídem). Se oponían a la “vocación de discutir la materia impositiva en espacios públicos. Esto tiene que ver con decirle a una sociedad que está sobrecargada por el peso de la presión fiscal, que es necesario rediscutir entre todos el acuerdo fiscal” (Legislatura, 2002:VT8–581).

Entonces, ante una preocupación sana en el sentido de que la sociedad determine las formas en que se imponen los circuitos económicos, se monta desgraciadamente una discusión mucho mayor: frente a un estado de quiebra fiscal de la Nación en su conjunto y de la ciudad en particular, pasamos a utilizar mecanismos de democracia directa o semidirecta, reclamando a la gente –palabra más, palabra menos– si tiene ganas de pagar más o menos impuestos (Legislatura, 2002:VT8–582).

(...) Podría suceder que si pretendemos introducir el debate en materia de política tributaria, preguntando a la gente si quiere pagar más impuestos, se nos vuelva a la cara como un mecanismo deslegitimador de las políticas públicas –no obstante que me parece que no está en el interés último de algunos de los convencionales preopinantes–, lo cual puede lesionar gravemente el texto de esta Constitución, sustrayéndonos de las manos de la futura Legislatura las herramientas tributarias para honrar los derechos que queremos (Ídem).

Por tanto, se concluyó que el planteo referido al dictamen de referéndum, era correcto “en cuanto a que la obligatoriedad de este mecanismo para las cuestiones tributarias –como en disidencia minoritaria reclama el bloque justicialista– es contraria a una sana administración de la ciudad” (Legislatura, 2002:VT8–584). Se dejaba otra vez así, solapadamente, en un lugar secundario a estos mecanismos, lejos de los temas relevantes, empleables solo para cuestiones inocuas o menos significativas, en defensa de la democracia indirecta y no de la participación semidirecta, la que, en este caso, se convertía en una amenaza latente contra la administración del Estado.

Por otro lado, el “buen clima con que se trabajó en la Comisión” y el logrado “acuerdo sobre prácticamente la totalidad de la temática puesta a consideración” (Legislatura, 2002:VT8–576) sobre la audiencia pública, la iniciativa popular y la consulta popular, no tuvo igual consentimiento unánime respecto del referéndum en otra cuestión, para la que se propuso un texto alternativo como dictamen de minoría. Se exigía agregar una convocatoria obligatoria “cuando se hubiere sancionado y promulgado una ley por la que se otorguen concesiones de obras o de servicios públicos por

períodos mayores de 15 años”. Dicha situación, “ciertamente excepcional”, existía de hecho, decían, y era conveniente limitarla y controlarla. Se argumentaba, que tan largo lapso comprometía seriamente al erario por 3, 4 o 5 administraciones municipales, excediendo ampliamente el período de los funcionarios a cargo de aprobar la medida.

Se quería evitar que la Legislatura y la Jefatura de gobierno celebrasen contratos por períodos muy largos, así como asegurarse de que, caso contrario, y no siendo suficiente para tomar tal decisión “el mandato que esos representantes de la ciudad recibieron oportunamente de su pueblo”, se consultase sobre la misma “al mandante, es decir, al representado, a los hombres y a las mujeres de la ciudad. Ellos son quienes deben dar su opinión, la que debe ser escuchada de modo obligatorio” (Legislatura, 2002:VT8–577).

La segunda disidencia buscaba impedir que un proyecto de ley que se hubiese originado por iniciativa popular y hubiera logrado recabar un 10% de adhesiones del padrón electoral, fuera desestimada por un veto del Ejecutivo y la no insistencia del Legislativo, siendo que “la falta de insistencia del órgano legislativo no puede hacer caer la ley sin que se exprese previamente la voluntad de los vecinos que en un número importante, por cierto, le diera oportunamente origen” (Ídem).

Otra disidencia se produjo respecto de la propuesta de convocatoria obligatoria de referéndum por el Ejecutivo, “en caso de creación o aumento de tributos, y en caso de aumento de la retribución de los funcionarios electivos de la ciudad” (Legislatura, 2002:VT8–578). Propuesta sustentada en la “crisis de representatividad y de falta de credibilidad” (Ídem) de los ciudadanos, quiénes acusaban a los políticos de prometer cosas en campaña que después no cumplían en los cargos: “Como decía el general Perón, mejor que prometer es realizar. Nosotros prometimos que íbamos a establecer la obligatoriedad de convocar a un referéndum para el aumento de los impuestos y de esta forma, estamos cumpliendo con lo prometido” (Ídem). Ninguna de estas 3 propuestas de disidencia fue sumada al dictamen de Comisión, permaneciendo la original.

El último mecanismo tratado en la primera parte fue la consulta popular no vinculante, “a fin de determinar una opinión que pueda ayudar a tomar una decisión a los poderes públicos” (Ídem). En general, y para todos los mecanismos “directos”, el motivo clave de la incorporación de este “gran conjunto de instrumentos” era el de ponerlos “simultáneamente a disposición del funcionamiento de la democracia en la ciudad de Buenos Aires”. Según los convencionales “representan un significativo avance para el funcionamiento democrático de esta ciudad” (Ídem).

Sin embargo, sabían que todas estas herramientas, al crearse juntas y en simultáneo, “presentan el obstáculo práctico de que son demasiadas cosas al mismo tiempo, que deberán ser

explicitadas y ordenadas para que la ciudadanía haga un uso ágil y rápido de dichos instrumentos”, lo que no se concretó luego. Aún así, su presencia quedaba justificada “como vehículo fuerte de participación, de control y de crecimiento colectivo muy singular” (Ídem).

La consigna en adelante, tanto para ciudadanos como para funcionarios (electivos o no), sería: “animarse a respetar los mecanismos cuando sea la ciudadanía la que tome la iniciativa, y a usarlos ágil y dinámicamente cuando sea el funcionario quien deba dar el primer paso en el uso de estos instrumentos” (Ídem). Lo que tampoco se vio concretado.

Una vez más, la cuestión tributaria fue motivo de discusión respecto de su aceptación o no como materia excluida de la convocatoria a consulta popular. Ciertos convencionales consideraban recomendable suprimir la expresión “excepto la tributaria” de las materias exceptuadas de consulta. Otros, en cambio, si bien coincidían con “no incluir en lo vinculante, sea a través de la iniciativa o del referéndum, la materia tributaria” (Legislatura, 2002:VT8-591), entendían, contrariamente, que dicha materia debía ser agregada a las posibles preguntas de consulta popular no vinculante. La redacción finalmente sellada por la Comisión para la consulta no vinculante terminó excluyendo las materias que no podían ser objeto de referéndum, excepto la tributaria, al ser un mecanismo más inofensivo (por ser no vinculante) y cuyo efecto quedaba completamente supeditado a la voluntad última de los gobernantes a cargo.

No siendo vinculante la opinión ciudadana consultada a través de este mecanismo semidirecto, su puesta en práctica no implicaba ningún peligro evidente para los gobernantes ni para los recursos de los que disponían, y, por tal motivo, era innecesario quitar la antes tan controvertida cuestión tributaria de su ámbito. Una vez más, la calidad secundaria y aleatoria, casi meramente demagógica, de tales herramientas participativas, dependientes de la decisión y voluntad final de los representantes, quedaba expuesta sin tapujos.

El Carácter participativo del Presupuesto

Los convencionales se inclinaron a favor de volver participativo el presupuesto y de promover una mayor intervención ciudadana en la decisión pública, siguiendo “una de las tendencias del mundo moderno”. Proponían “recordar la reflexión a nivel nacional que se hizo de las distintas formas de la democracia semidirecta, tales como la consulta, la iniciativa popular y el referéndum” (Legislatura, 2002:VT8-605).

Estos mecanismos constituían a su juicio “inserciones de participación popular directa en sistemas netamente participativos”, que “tienen por objeto lograr un mayor interés y compromiso de

los ciudadanos en la cosa pública” (Ídem). Tanto la expresión “participación popular directa” como la de “sistemas netamente participativos” demostraban un énfasis optimista sobre sus potenciales, un gesto poco costoso (y casi obligado) respecto de ensalzar las virtudes generales de la incorporación de estas herramientas. El consenso unánime era previsible ya que “uno de los temas de mayor relevancia y más apasionante que aparece en la mayoría de las comisiones es el que tiene que ver con esta cuestión de la participación” (Legislatura, 2002:VT8–606). Se estaban “discutiendo las reglas de juego que van a regir las relaciones entre el Estado y la sociedad en los próximos años en la ciudad de Buenos Aires. Estamos debatiendo también cuáles son las mejores instituciones a partir de las que se va a dar respuesta a los conflictos sociopolíticos” (Ídem).

Estamos discutiendo la dimensión que va a tener la participación de los vecinos y de los ciudadanos en la gestión de la cosa pública. Este tema estuvo presente en los discursos de todos; estuvo en las propuestas y en los proyectos. Está y estuvo latente desde siempre pero, especialmente, desde que reconquistamos la democracia, sobre todo en la ciudad de Buenos Aires a partir de 1983. Y no es casual que esté en todos los proyectos que estamos analizando porque también fue parte del diagnóstico que las fuerzas políticas hicieron en su momento cuando se trataron distintas reformas a las leyes orgánicas, antes de la efectuada a la Constitución Nacional en 1994. Es decir, cada reforma institucional que se imaginó se hizo sobre la base de que no había cauces, canales formales para la participación de los vecinos (Ídem).

El carácter alternativo y/o complementario de estos institutos para apuntalar las instituciones representativas en crisis quedaba manifiesto en el argumento de que “al ciudadano de hoy ya no le es suficiente expresarse a través del voto para la elección de sus representantes. Actualmente, la sociedad ha adoptado una postura más activa y comprometida con el accionar público”. De esta forma, “representantes y representados confluyen a los efectos de aunar un mayor esfuerzo para el logro de un bienestar general” (Legislatura, 2002:VT8–605).

No obstante, el entusiasmo participacionista se vería luego acotado, como se constató, al momento de definir sus alcances y competencias específicas, las que, en ciertos casos y materias, implicaban un avance inaceptable por sobre las facultades y poderes de los representantes.

Retornando al presupuesto participativo, este apuntaría a “lograr el equilibrio y la convergencia entre la necesidad de dar participación a los habitantes de la ciudad en la fijación de prioridades para la asignación del gasto y al mismo tiempo la necesidad de garantizar que esto se haga con un mecanismo ordenado, transparente, eficiente, que lleve al objetivo central que es discutir las grandes cuestiones de la ciudad” (Ídem).

Esta propuesta de carácter participativo del presupuesto que hoy presentamos implica un gran desafío para la futura Legislatura de la ciudad

de Buenos Aires: el de abrir los canales de participación haciendo converger tanto un espíritu de mayor democracia y participación como el propósito de que esos canales sean los más eficientes y efectivos para dicha participación (Ídem).

Implicaría “someter a la consideración de los ciudadanos, con mecanismos de participación y discusión, cuáles son las prioridades del presupuesto”, “un desafío realmente sutil e importante” (Ídem). Dicha incorporación sería vital, como “una semilla que seguramente tendrá que pasar por un proceso importante para poder germinar y transformarse en una nueva y fundamental herramienta de la democracia participativa que pregonamos en el Estatuto”. Ni democracia directa, ni democracia representativa: “democracia participativa”, solución intermedia que combinaría ambas. Una nueva explosión de optimismo y entusiasmo constituyente.

Otra medida asociada, conveniente para la implementación del presupuesto participativo y demás institutos era:

La más inmediata puesta en funcionamiento de las estructuras de descentralización que nos permitirán contar, en el más breve lapso posible, con una efectiva inserción y desarrollo de los mecanismos de descentralización, cuales son las alcaldías o las futuras comunas, que van a permitir la participación de todos los vecinos. Pero esta herramienta adicional que permitirá canalizar a través de las comunas la participación y la opinión de los ciudadanos me parece realmente de suma importancia (Ídem).

En las futuras estructuras de las alcaldías descentralizadas de la ciudad de Buenos Aires se reunirán a discutir con responsabilidad las prioridades de la asignación del gasto y del presupuesto los encargados de la función pública, los directores de los hospitales y de las escuelas, los comisarios de las comisarías locales y los directores de los centros culturales y deportivos, junto con los representantes de las estructuras políticas representativas de las zonas y los representantes de los organismos no gubernamentales, las entidades ciudadanas representativas, dando un marco de debate y de discusión sobre la prioridad en la asignación de los recursos escasos de un presupuesto, como son todos los bienes en la economía. El arte de fijar prioridades en la administración de recursos escasos (Legislatura, 2002:VT8-605-606).

Si bien se concebía al presupuesto participativo como “la semilla importante que va a proliferar en adelante para que tengamos un mecanismo de inserción y de participación en la planificación de las políticas públicas de los vecinos de la ciudad” (Legislatura, 2002:VT8-606); también se advertía sobre “los peligros y las asechanzas de que estas instituciones sean de alguna manera desnaturalizadas en el momento de sancionarse las leyes o a través de la dinámica de su funcionamiento posterior” (Ídem).

Para algunos asambleístas, “la falta de canales formales para la participación de los vecinos” no era tal como se decía: “Existieron los consejos vecinales y también un sinnúmero de programas que con distinta suerte y con distintos objetivos, con mayor profundidad, seriedad y continuidad, se fijaron como meta hacer participar a los vecinos” (Ídem). Lo importante sería “hacer alguna reflexión sobre los resultados de estos programas. ¿Qué saldo han dejado sobre la ciudadanía? ¿Para qué han servido todas estas experiencias anteriores que tienen que ver con las estructuras preexistentes sobre las cuales vamos a construir estas nuevas instituciones?” (Ídem).

Otros argumentos a favor de una mayor, más directa, relevante y efectiva participación ciudadana, la ensalzaban contra situaciones indeseables en las que “mientras todas las cuestiones irrelevantes se discutían en los ámbitos participativos que se creaban, las cuestiones más relevantes y a veces las que podían ocasionar mayor perjuicio para la ciudadanía se discutían en otro lado; la gente se enteraba de ellas a través de los diarios” (Legislatura, 2002:VT8-607). Un ejemplo claro de ello había sido la eliminación de la materia tributaria de la iniciativa popular y el referéndum, ambos con potenciales efectos vinculantes, incluyéndola en la consulta popular no vinculante y por ello menos peligrosa.

Otra situación indeseable a evitar era la de proyectos que, “con muy buena intención, se fijaron una relación objeto-sujeto, una relación emisor-receptor”. En estos casos “se pedía lograr la adhesión, conseguir información, lograr el acompañamiento de la ciudadanía en temas que eran decididos siempre centralmente y a veces también en forma arbitraria” (Ídem). Aquí, los mecanismos de participación ciudadana se usaban con fines demagógicos, para legitimar, con la adhesión popular, una decisión que había sido tomada en los ámbitos verticales indirectos del poder político. Como ejemplo servían la consulta popular y el referéndum.

En tercer lugar, mencionaban la situación indeseable “del recurso de los que no tienen bienes para repartir”. Y era que “muchas veces funcionarios políticos han inventado programas participativos para establecer una relación privilegiada con determinados sectores sociales y negociar esa relación en las estructuras partidarias o hacia adentro de la propia estructura política” (Ídem). Se utilizaba el apoyo popular para escalar posiciones, asentarse en el partido y obtener un lugar favorable en la campaña, tanto para cargos públicos como partidarios.

La cuarta situación a sortear, “a lo mejor muy relacionada con todas las anteriores, es el ‘clientelismo’: es la subordinación de las organizaciones sociales, el vulneramiento de su autonomía a partir de beneficios particulares o específicos a través del establecimiento de relaciones ‘clientelares’” (Ídem). Los mecanismos participativos serían aquí motorizados por políticos a través de organizaciones no gubernamentales que, en nombre propio o del “de la gente”, los empleaban

para socializar una medida o iniciativa promovida desde un sector político a cambio de beneficios privados o de incentivos selectivamente orientados.

Una última situación propagandística, sin contenido participativo y algo desdeñable era que:

Podría hablarse de una que quizá cruza a todas las mencionadas y que se ha puesto muy de moda, que es la participación por la participación misma. Es decir, es más importante el proceso que los resultados; es más importante profesionalizar a los hacedores de la participación y cuando vienen las topadoras, cuando vienen las máquinas, cuando las obras se hacen, empezar a ponerse nervioso. Porque lo importante es mantener un proceso deliberativo que se privilegia por encima de los resultados (Ídem).

Tales modalidades, según denunciaban, correspondían a “concepciones, a prácticas instaladas y a vicios de la política que seguramente van a asechar de vuelta a estas instituciones y van a intentar desnaturalizar los propósitos democratizadores que estamos declamando y que firmemente estamos defendiendo acá” (Ídem). Se desenmascaraban así prácticas políticas que, más allá de los loables objetivos con que se fundamentaban las creaciones institucionales, hacían un uso oportunista, manipulador y estratégico de mecanismos ideados para otros fines. Si bien estos institutos constituían herramientas a disposición de la población para que pudiese gestionar más “directamente” sus demandas, también estaban al alcance de los representantes, quienes podían utilizarlos con metas distintas y hasta opuestas a las atribuidas en sus comienzos.

En este contexto, la defensa del presupuesto participativo no era una “cuestión de moda, que funciona bien en países limítrofes; no es por demagogia que planteamos este artículo sino que estamos convencidos de que a través de la participación el poder político es más democrático”. El tratamiento del proyecto era entonces una cuestión de central importancia para sus promotores, “ya que define dónde y para qué se va a participar” (Ídem).

Este mecanismo, se concebía como “un requisito técnico, no solamente un valor de la democracia en sí mismo, que seguramente va a elevar la calidad y la eficacia de la acción de gobierno” (Ídem). En el presupuesto participativo “se concilian participación y democracia”, donde la democracia es la representativa y la participación un complemento que la mejora. Su perfeccionamiento consistiría en “buscar los mecanismos más idóneos para conciliar estos dos valores: democracia y participación” (Ídem). En palabras de algunos constituyentes: “desde el punto de vista ideológico, creemos que la creación de nuevos actores políticos y sociales a partir de estos mecanismos es muy importante porque a través de ellos se va a discutir concretamente el ingreso de proyectos y propuestas de la sociedad a los mecanismos más opacos y sofisticados que presenta la administración pública, como la elaboración del presupuesto” (Ídem).

Expuestas las precauciones y advertencias sobre el diseño y uso de los institutos semidirectos, los convencionales auguraban que: “se abre una etapa muy interesante en la que se va a dar verdadero sentido a la participación, fortaleciendo los vínculos entre la administración y la ciudadanía” (Legislatura, 2002:VT8–608), y recomendaban aprobar el presupuesto participativo: “Se trata de una innovación que pretendemos introducir en la Constitución, y que el presupuesto, que es el instrumento vital de la gestión pública, debe adquirir una nueva característica, cual es la de admitir que la sociedad pueda definir sus posibilidades presupuestarias” (Ídem).

Por un lado, reconocer a los habitantes el derecho a proponer el destino de sus tributos y, por otro, brindarles la posibilidad de determinar las prioridades de su zona y de su barrio. Es el reconocimiento de la existencia del hospital, de la escuela, del instituto geriátrico, del hogar para la madre soltera y de la seguridad pública, sin que esto signifique una enumeración taxativa (Ídem).

Según sostenían, la “iniciativa constituye una excelente forma de mejorar la trama social y a la vez de evitar el despilfarro y la corrupción mediante el control de los funcionarios y la optimización de los servicios” (Ídem). Participación + control societal = mejor democracia.

A los exitosos resultados alcanzados por Barcelona y Puerto Alegre, la Capital Federal podía emularlos: “ofrecer al habitante de la ciudad una real y concreta manera de vivirla y plantearle un compromiso consigo mismo y con ella es propender a la eficacia y a la eficiencia en la gestión y en la actuación ciudadana. Creemos que el esfuerzo realmente vale la pena” (Ídem).

Hasta el momento “presupuesto y participación” eran dos conceptos que no solían estar asociados, “por el contrario, diría que para algunos son contradictorios” (Ídem). Si bien se reconocían los antecedentes de “algunas tibias experiencias para promover la participación vecinal en los últimos años en la ciudad”, también se entendía que:

Había algunas materias que estaban rigurosamente excluidas de aquellas experiencias de participación, de aquellos intentos de celebrar audiencia pública y de generar algún tipo de organismo participativo. Y por sobre todas las cosas, estaba excluida la posibilidad de discutir el presupuesto. Es decir que, en última instancia, estaba excluida la posibilidad de discutir en serio todas y cualquiera de las políticas de gobierno. Porque sabemos que en la medida en que el presupuesto es secreto y que no existe control sobre él, no hay posibilidad alguna de influir, de debatir ni de controlar ninguna de las políticas de gobierno (Legislatura, 2002:VT8–608–609).

Participación y control, las dos caras de los mecanismos semi-directos, nuevamente presentes.

El presupuesto participativo era también celebrado como un triunfo sobre una de las mayores falacias impuestas por el neoliberalismo en el discurso dominante durante los últimos años: “La idea de que, si se quiere alcanzar la eficiencia, si se quiere ser ejecutivo y resolver las cosas con presteza y eficacia, hay que rechazar la posibilidad de participación. Según el discurso dominante en los últimos años, quien elige la eficiencia, renuncia a la participación y a la solidaridad social” (Legislatura, 2002:VT8–609).

Contrariamente, los constituyentes advertían: “para que en la ciudad una gestión sea eficaz tiene que conocer el pensamiento y las prioridades de sus habitantes. Y la única manera de conocerlos es posibilitando espacios para la participación, para la consulta y para el debate” (Ídem). Las experiencias acumuladas en el tema abonaban también estas esperanzas:

En varias ciudades del Brasil, y muy especialmente en Porto Alegre, se viene desarrollando desde hace años esta política del presupuesto participativo. Empezó con dificultades porque la población de la ciudad en la primera convocatoria no creyó del todo; seguramente les debía resultar tan extraño como hoy le resulta a la gente de Buenos Aires pensar que las decisiones en materia de presupuesto, de obras públicas y las prioridades en materia de inversiones pudieran ser consultadas con la población. Pero cuando se advirtió que existía un gobierno que persistía en el camino de la consulta y del debate, y que los funcionarios municipales concurrían a todos los barrios para discutir con la gente, en asambleas, cuáles eran las prioridades, el movimiento del presupuesto participativo se transformó en un movimiento social poderoso y muy importante que empezó a ser tomado como ejemplo en otras ciudades del Brasil y también en otras latinoamericanas (Ídem).

A opinión de los asambleístas, si “este compromiso de consultar a la gente y esta idea de comprometer a los sectores sociales en el debate y en la ejecución del presupuesto se lleva adelante, estaremos modificando el rumbo en aspectos que son esenciales para la gestión de la ciudad de Buenos Aires” (Legislatura, 2002:VT8–610).

Tanto para éste como para los futuros gobiernos de la ciudad de Buenos Aires habrá de ser una norma que sirva para convocar cada vez más a la gente de la ciudad a que tome en sus manos la solución de sus problemas, a que debata este presupuesto y colabore con todas las instancias de gobierno para que, en última instancia, esta democracia que estamos construyendo sea cada vez más profunda y más participativa (Ídem).

La democracia participativa significaba aquí un grado más de profundización democrática respecto de los regímenes vigentes, que, sobre la base de las instituciones representativas indirectas, abría sin embargo nuevos canales para la expresión directa de la gente.

El artículo sobre el presupuesto participativo, se aprobó unánimemente: “Nos parece excelente que se den mecanismos de participación efectivos y eficientes, de modo que la gente

pueda opinar y fijar las prioridades de manera ordenada para que esto sea operativo y no simplemente un mecanismo declamativo que no lleve a resultados puntuales y concretos” (Ídem).

El Carácter y funciones del Consejo de Planeamiento Estratégico

La Comisión de Políticas Especiales dio su dictamen favorable al plan estratégico: “En virtud de que entendió que es conveniente la creación de un órgano destinado al planeamiento estratégico en el que participen y estén representados los distintos sectores del trabajo, la producción, la cultura y las distintas actividades relevantes de la ciudad” (Legislatura, 2002:1916-1917).

Si hubiera que resumir en pocas palabras de qué se trata, diría que consiste en inaugurar una forma directa de participación de los actores sociales relevantes en la tarea de búsqueda de consuno con el resto de los actores, de los denominadores comunes que permitan ir fijando de tiempo en tiempo las políticas de Estado, es decir, aquellos elementos que por corresponder a la voluntad del conjunto del pueblo no estarán sujetos a los cambios que la propia voluntad popular vaya determinando en el color de los gobiernos que se vayan sucediendo en la ciudad (Legislatura, 2002:1917-1918).

Se exponía en la Asamblea la “necesidad de la creación de un organismo de estas características, estableciendo cuáles son las finalidades que debe cumplir en materia de planeamiento estratégico y señalando su carácter participativo” (Ídem). El proyecto fue votado en general y aprobado.

Calificado como “una forma directa de participación” se tenía igualmente en cuenta que:

Se trata de la necesidad de generar un espacio público y plural para que el propio Estado dialogue con los actores sociales relevantes en torno a las respuestas a dar a algunas cuestiones fundamentales, por ejemplo el perfil que hacia afuera ofrecerá la ciudad, el rol que ocupará en la región y en el país, de qué va a vivir la gente en el futuro mediato, esto es, cuál será el perfil económico de la ciudad a grandes trazos. En definitiva, las respuestas a las preguntas que el conjunto de la sociedad se está formulando a sí misma (Legislatura, 2002:1918).

Mecanismo semidirecto que habilitaba “una forma directa de participación” pero enmarcada en “un espacio público y plural para que el propio Estado dialogue con los actores sociales” (Ídem).

Lo que estamos propiciando, insisto, es que el Estado se haga responsable de tender la mesa en torno de la cual los actores relevantes de la sociedad civil y el propio Estado puedan formular las preguntas pertinentes y encontrar las respuestas que sirvan como consenso, como acuerdo de

todos ellos, como denominadores comunes de un conjunto de políticas que serán las de Estado, de la ciudad, para un tiempo determinado (Ídem).

Estado y sociedad en un diálogo hecho posible, pero también mediado por, un marco vertical e indirecto. El artículo finalmente aprobado por unanimidad postulaba:

El Consejo de Planeamiento Estratégico, de carácter consultivo, con iniciativa legislativa presidido por el jefe de Gobierno e integrado por las instituciones y organizaciones sociales representativas, del trabajo, la producción, religiosas, culturales, educativas y los partidos políticos, articula su interacción con la sociedad civil, a fin de proponer periódicamente planes estratégicos consensuados que ofrezcan fundamentos para las políticas de Estado, expresando los denominadores comunes del conjunto de la sociedad. Sus integrantes se desempeñan honorariamente (art. N°19 de la Constitución de la ciudad de Buenos Aires).

La participación de las organizaciones se hacía por tanto realidad para el diseño de la ciudad por todos deseada de cara a un mediano plazo. Sin embargo, la exclusión de la participación individual así como la capacidad de acción limitada exclusivamente a la iniciativa legislativa o al asesoramiento a los órganos del Estado, reducía en gran medida su potencial de impacto.

Conclusiones

Profundas discusiones, dictámenes de minoría, amplios consensos y acuerdos unánimes fueron los diversos humores que atravesó la Asamblea constituyente de la ciudad de Buenos Aires alrededor del tratamiento de la incorporación de los diferentes mecanismos de participación ciudadana. La primera ambigüedad registrada, tanto entre convencionales como a lo largo de los discursos de cada uno de ellos, implícita o explícitamente manifiesta, fue respecto del modo mismo de nombrar a estos institutos. Se pasaba de considerarlos instrumentos de “democracia directa” a concebirlos como canales “semidirectos”, de constituir herramientas imprescindibles para la participación ciudadana a ser dispositivos meramente secundarios y subsumidos bajo la voluntad política o dependientes de las instituciones representativas. Ello, según fuese el mayor o menor alcance, ámbito de competencia e incidencia que se les concediera en sus diseños constitucionales. Así, se pasaba de un tratamiento altamente entusiasta y optimista sobre su potencial y contribución al fortalecimiento democrático, a un temor y desconfianza evidentes en cuanto a la posibilidad de ser manipulados por intereses espurios tanto civiles como políticos.

Segundo, la anterior ambigüedad de tratamiento de los mecanismos participativos, iba de la mano de una tan implícita como explícita competencia de facultades entre gobernantes y gobernados, a modo de juego de “suma cero”, donde las atribuciones concedidas a unos lo eran a

costa de la limitación de las de otros. La decisión sobre lo vinculante o no de los resultados de estos mecanismos para los gobernantes constituye un buen ejemplo.

Efectivamente, la voz ciudadana sólo se hizo vinculante en los restringidos casos en los que provenía de mecanismos convocados y controlados exclusivamente “desde arriba”, como en el referéndum, donde la norma sometida a decisión popular era propuesta unilateralmente por los gobernantes. O también si provenía “desde abajo”, pero, en este caso, tras superar una casi imposible barrera de apoyos requeridos, como en las iniciativas populares que hubieran reunido un elevado caudal del 15% del padrón y no hubieran obtenido el tratamiento legislativo en el año reglamentario, derivando así en un referéndum. O en las revocatorias de mandato, donde se debía reunir un aval del 20% primero y del 50% del padrón después para hacerla efectiva.

Contrariamente, el caudal de firmas exigido se reducía drásticamente para los mecanismos de efectos no vinculantes (e inofensivos), como la iniciativa popular (1,5% del padrón) o la audiencia pública de requisitoria ciudadana (0,5%).

Otro aspecto en que el que se desató dicha tensión entre las potestades atribuidas a gobernantes y gobernados, abriendo uno de los más intensos debates y disensos en la Asamblea, fue sobre los temas habilitados y los excluidos para la actuación de los diferentes mecanismos. El muy sensible ítem tributario resultó eliminado, tras sendos intercambios argumentales, de las atribuciones del referéndum y de la iniciativa popular (la que, no obstante, aún debía superar el filtro de la aprobación legislativa). No así de la consulta popular, la que, sin embargo, era convocada exclusivamente por los representantes, su voto era no obligatorio y su resultado era no vinculante para los gobernantes: lo que a través de ella decidiera en forma mayoritaria la población quedaba igualmente a merced de la decisión final arbitraria de sus convocantes.

El “autogobierno ciudadano” o la democracia directa estaban así muy lejos de plasmarse. En las diversas y numerosas restricciones impuestas a los diseños institucionales de los diferentes mecanismos, se advertía una defensa de la democracia representativa y un recelo último respecto de la participación ciudadana directa.

Si bien los constituyentes concordaban en forma unánime en que, en un contexto en el que se reconocía abiertamente la crisis de representación basada en la desconfianza ciudadana respecto de los gobernantes y sus instituciones representativas, “estos mecanismos son una forma de ampliación de los espacios democráticos frente a las presiones de, por ejemplo, determinados intereses corporativos, y también constituyen una forma de enfrentar la apatía política de los ciudadanos” (Legislatura, 2002:VT8–572); sin embargo, llegada la hora de hacerlos efectivos,

surgían sus resquemores hacia la participación y el control societales, patentes en las numerosas restricciones atribuidas que estrechaban sus efectos y alcances, al punto de casi anularlos.

Por otra parte, los creadores de estos instrumentos de avanzada, aún debían cumplir con el paso posterior de difundirlos entre la población y enseñar su uso, al igual que “animarse a respetar los mecanismos cuando sea la ciudadanía la que tome la iniciativa, y a usarlos ágil y dinámicamente cuando sea el funcionario quien deba dar el primer paso en el uso de estos instrumentos” (:571).

Asimismo subsistía el peligro que estos mecanismos afrontaban de ser manipulados estratégicamente por los representantes a cargo, como un modo de legitimar decisiones previas unilateralmente adoptadas con finalidades ajenas al beneficio de la población.

En síntesis, en la ciudad de Buenos Aires, el escenario sobre el que desarrollaban los debates constituyentes para sentar las bases de su organización autónoma en 1996, era el de una indiscutible pérdida de credibilidad y debilitamiento de las instituciones representativas vigentes, fenómeno que excedía incluso los límites del continente latinoamericano, y que demandaba la búsqueda de soluciones por los gobernantes.

Una de tales salidas, ensayadas en otras constituciones nacionales y provinciales del país y del mundo, fue la creación de mecanismos participativos que habilitaban una intervención ciudadana más directa en los asuntos públicos, eludiendo los desgastados canales verticales, de modo que los complementaran y fortalecieran. Ese fue el espíritu general consensuado en forma unánime por los constituyentes porteños a la hora de incorporar a su Ley Fundamental los mecanismos semidirectos, el que, sin embargo, no fue luego plasmado plenamente en la práctica. El discurso pro participativo de los convencionales se vio pronto acallado por el diseño otorgado finalmente a estas herramientas, que las volvieron cuasi imposibles de implementarse e impotentes.

Referencias Bibliográficas

ABAL MEDINA, J. M. (2004): *La muerte y la resurrección de la representación política*; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

GARCÍA LEMA, A. M. (1994): *La reforma por dentro. La difícil construcción del consenso constitucional*, Buenos Aires: Planeta.

GARRETÓN, M. A. (2001): *Cambios sociales, actores y acción colectiva*, CEPAL.

GARCÍA DELGADO, D. (1998): “Crisis de representación, nueva ciudadanía y fragmentación en la democracia argentina”, en Gaveglio, S. y Manero, E. (comps); *Desarrollos de la teoría política contemporánea*; Rosario: Homo Sapiens; pp. 117-144.

NINO, C. (1997): *La constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona: Gedisa.

PIEDRA BUENA, C. A. (2007): “Crisis de partidos políticos en la Argentina: aproximación a un diagnóstico de su situación actual”, en Ancarola, G. et al *Calidad institucional o decadencia republicana*, Buenos Aires: Lajouane, pp. 179-204.

ROBERTS, K. (2002): “El sistema de partidos y la transformación de la representación política en la era neoliberal latinoamericana”, en Cavarozzi, M. y Abal Medina, J. M. (comps.) *El asedio a la política. Los partidos latinoamericanos en la era neoliberal*; Rosario: Homo Sapiens; pp. 55-76.

Fuentes Legislativas:

Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1 de octubre de 1996, disponible en <http://www.cedom.gov.ar>.

Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2002): “Mecanismos de democracia directa”, 6ta y 10ma Sesión Ordinaria, Convención Constituyente, 6 y 28 de septiembre de 1996, en *Debates de la Convención Constituyente y Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Dirección General de Taquígrafos, Buenos Aires, 1ra. Edición.

Artigo recebido em 28 de maio de 2014.

Artigo aprovado para publicação em 07 de junho de 2014.

DOI: 10.11117/1982-4564.07.11