

IV Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional

Constituição e Crise: A Constituição no contexto
das crises políticas e econômica

ORGANIZADORES

Carlos Blanco de Moraes e Gilmar Ferreira Mendes

AUTORES

Carlos Blanco de Moraes, Dias Toffoli

Helena Torres, João Otávio Noronha, João Tiago Silveira

Jorge Miranda, Jorge Viana, Luís Inácio Lucena Adams

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Maria Lúcia Amaral

Paulo Gustavo Gonet Branco, Pedro Luiz Costa Cavalcante

Pedro Sánchez, Ricardo Villas Bôas Cueva

Tiago Fidalgo de Freitas

Série IDP Eventos

idp

FGV PROJETOS

I CJP
INSTITUTO DE CIÊNCIAS
JURÍDICO-POLÍTICAS


FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

U
1894
UNIVERSIDADE
DE LISBOA

CIDP
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO
DE DIREITO PÚBLICO

IV Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional

Constituição e Crise: A Constituição no contexto
das crises políticas e econômica

ORGANIZADORES

Carlos Blanco de Moraes e Gilmar Ferreira Mendes

AUTORES

Carlos Blanco de Moraes
Dias Toffoli
Helena Torres
João Otávio Noronha
João Tiago Silveira
Jorge Miranda
Jorge Viana
Luís Inácio Lucena Adams
Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Maria Lúcia Amaral
Paulo Gustavo Gonet Branco
Pedro Luiz Costa Cavalcante
Pedro Sánchez
Ricardo Villas Bôas Cueva
Tiago Fidalgo de Freitas

Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional (4. : 2016 : Brasília, DF).
IV Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional: Constituição e crise:
a Constituição no contexto das crises políticas e econômicas. / Organizadores Carlos
Blanco de Moraes; Gilmar Ferreira Mendes. – Brasília: IDP, 2017.

180 p. (Série IDP Eventos)
ISBN: 978-85-9534-014-5

1. Direito Constitucional. 2. Sistema Político. 3. Segurança Jurídica.
I.Título. II. Série III. Carlos Blanco de Moraes. IV. Gilmar Ferreira Mendes.

CDDir 341.2

NOTA DOS EDITORES

Esta publicação resulta do IV Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional, realizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), pela Escola de Direito de Brasília (EDB/IDP) e pelo Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional, em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), com o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICPJ/FDUL) e com o Centro de Investigação de Direito Público (CIDP), nos dias 29, 30 e 31 de março de 2016, no auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Portugal.

Os textos reunidos nesta compilação são resultados das palestras proferidas na quarta edição do Seminário e de suas gravações, com as devidas adaptações para a linguagem formal da escrita. Neste sentido, foram preservados os conteúdos pertencentes à fala dos participantes e eliminadas as marcas de informalidade, não pertencentes à língua padrão escrita, bem como os textos já prontamente enviados.

SUMÁRIO

- 10** **Prefácio**
Paulo Gustavo Gonet Branco
- 12** **Apresentação**
Gilmar Ferreira Mendes
Carlos Blanco de Moraes
- 14** **Capítulo 1**
REMÉDIOS INSTITUCIONAIS PARA BLOQUEIOS CRÍTICOS DO
SISTEMA POLÍTICO
- 16 Manoel Gonçalves Ferreira Filho
30 Dias Toffoli
38 Jorge Miranda
- 56** **Capítulo 2**
GOVERNABILIDADE E CONTROLE DO PODER
- 58 Pedro Luiz Costa Cavalcante
66 Tiago Fidalgo de Freitas
74 Pedro Sanchez
- 86** **Capítulo 3**
SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL, SEGURANÇA JURÍDICA E QUAL
IDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA COMO PRESSUPOSTOS DA ATIVIDADE
EMPRESARIAL E DO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO
- 88 João Otávio Noronha

94	Capítulo 4
	OS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPO DE CRISE FINANCEIRA
96	Paulo Gustavo Gonet Branco
100	Maria Lúcia Amaral
112	João Tiago Silveira
124	Luís Inácio Lucena Adams
134	Capítulo 5
	GLOBALIZAÇÃO E REGULAÇÃO SUPRANACIONAL - BEPS (BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING) DA OCDE: VIGÊNCIA DA BEPS NOS PAÍSES EUROPEUS E NO BRASIL
136	Ricardo Villas Bôas Cueva
140	Helena Torres
148	Capítulo 6
	OS SISTEMAS POLÍTICOS EM AVALIAÇÃO EM TEMPO DE CRISE
150	Carlos Blanco de Moraes
158	Capítulo 7
	DESAFIOS DOS REGIMES DEMOCRÁTICOS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO
160	Jorge Viana
168	Encerramento
	Gilmar Ferreira Mendes

PREFÁCIO

Paulo Gustavo Gonet Branco*

*Mestre em Direitos Humanos pela university of Essex, Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília; Sub-Procurador Geral da República e Coordenador do Mestrado Acadêmico da EDB/IDP.

À GUIA DE ABERTURA

Tem-se revelado especialmente frutífera a cooperação estabelecida entre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) e o Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Entre os feitos da parceria ressaltam-se os Seminários Luso-Brasileiros de Direito, oportunidades para que temas jurídicos de interesse comum dos dois lados do Atlântico sejam revistos e reavaliados pelos mais distinguidos juristas de Portugal e do Brasil. Esses encontros ocorrem nos auditórios da augusta instituição de ensino lisboeta e vêm congregando crescente público, boa parte formado por consumados profissionais do Direito, atraídos de variadas cidades brasileiras.

A quarta edição dos Seminários, em 2016, teve como tema “Constituição e Crise”, e além dele, debates sobre remédios institucionais para bloqueios críticos do sistema político, que também motivou intervenções memoráveis. Seria de lastimar que o encontro não pudesse se alargar para além dos seus intrínsecos marcos espaciais e temporais, vindo a alcançar também o leitor, que tem este volume entre as mãos. Por isso, aqui se transcreveram as palestras proferidas. Não obstante as conhecidas dificuldades que a direta redução a escrito das palavras faladas oferece, a iniciativa se impõe como registro e como motivação para o prosseguimento do diálogo aberto e tão promissor.

Boa leitura!

APRESENTAÇÃO

Gilmar Ferreira Mendes*

*Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Vice-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e docente permanente da Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público (EDB/IDP).

Carlos Blanco de Moraes*

* Professor Catedrático da FDUL, Vice-Presidente do ICJP e Presidente da Comissão Coordenadora Científica do CIDP.

O Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) tem como uma de suas mais caras missões institucionais o desenvolvimento de cooperações científicas com centros de ensino, governos e universidades estrangeiras. Essas cooperações se materializam na realização de atividades de pesquisa e na organização de congressos e seminários que propiciam a troca de conhecimentos entre juristas dos mais diversos países.

O estreitamento dos laços acadêmicos entre Brasil e Portugal é constantemente buscado a partir de convênio institucional estabelecido entre Escola de Direito de Brasília (EDB/IDP) e o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da renomada Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. A parceria tem rendido valiosos frutos, como os intercâmbios de docentes e pesquisadores visitantes das respectivas instituições, a publicação de obras científicas conjuntas e a concretização de eventos nos quais são debatidos os desafios atuais das ordens constitucionais brasileira e portuguesa.

O Seminário Luso-Brasileiro de Direito é um desses ricos espaços de difusão internacional do conhecimento jurídico. A quarta edição do evento, realizada entre os dias 29 e 31 de março de 2016, em Lisboa, reuniu professores de renome do Direito Constitucional Contemporâneo, Juízes de Supremas Cortes, Ministros de Estado e advogados com o intuito de discutir as relações entre Estado

de Direito, Direitos Fundamentais e combate à corrupção na Interface Portugal/Brasil. Com o empenho dos ilustres professores Doutor Jorge Miranda (ICJP/FDUL) e Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco (EDB/IDP) na Coordenação Científica do evento, possibilitou-se que os temas discutidos no Seminário fossem reproduzidos em mais uma relevante e primorosa publicação da Série IDP/Eventos.

Os painéis do evento, estruturados nos capítulos desta obra, abordam aspectos de vanguarda da teoria constitucional, como os remédios institucionais para bloqueios críticos do sistema político, a governabilidade e o controle do poder e a superação do precedente judicial, segurança jurídica e qualidade do sistema de justiça como pressupostos da atividade empresarial e do desenvolvimento socioeconômico. Também são postas em debate os direitos sociais e os sistemas políticos em avaliação em tempo de crise financeira.

A presente publicação foi organizada em uma linguagem fluida que materializa a rica dialética das discussões travadas no evento. Atual e provocativa, a obra demonstra o quão promissor o diálogo entre as comunidades acadêmicas brasileira e portuguesa pode se revelar para o enfrentamento de questões complexas postas as nossas democracias.

Boa leitura a todos.

CAPÍTULO 1

REMÉDIOS INSTITUCIONAIS PARA BLOQUEIOS CRÍTICOS DO SISTEMA POLÍTICO

A EVOLUÇÃO E O HISTÓRICO DAS CRISES POLÍTICA BRASILEIRA

Manoel Gonçalves
Ferreira Filho*

*Professor Emérito de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor 'honoris causa' da Universidade de Lisboa, Portugal. Doutor em Direito Constitucional e Instituições Políticas da Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, França. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente da Associação Brasileira dos Constitucionalistas - Instituto Pimenta Bueno.

► Resumo

A preocupação com bloqueios do sistema político tem crescido atualmente. A razão é simples. Tais bloqueios se têm multiplicado no contexto de graves crises, mormente provocadas por problemas sociais - por exemplo, a questão dos refugiados - e/ou econômico-financeiros - a estagnação econômica ou a inflação. Esse bloqueio, todavia, não é algo jamais previsto, nem jamais intuído. Ao contrário, já teve sua possibilidade antecipada por Montesquieu no Espírito das Leis e detectada por Benjamin Constant no início do século XIX. Sempre foi visto como grave, a ponto de Constant já haver procurado remédio para ele. Entretanto, sua gravidade é extremamente potencializada no Estado de Bem Estar, que hoje se vivencia. Este, de fato, reclama uma ação positiva nos mais variados setores da vida social e econômica, que se espera da governança, eventualmente bloqueada e assim impotente. Nisto entra em causa a índole de cada sistema de governo, seja o presidencialismo, seja o parlamentarismo, seja algum sistema misto, pois, a face do bloqueio é diferente em cada um deles, bem como as vias eventuais de sua superação. Tal bloqueio - acrescente-se - põe em causa a democracia, eis que, por um lado, reclama tal atuação, a fim de atender à vontade geral, enquanto, por outro, ela contribui, e muito, para o bloqueio. Ademais,

ele ameaça o Estado constitucional e a democracia, como comprovam exemplos históricos ainda recentes. Um exemplo: a Alemanha de Weimar. A superação desse bloqueio assim é uma exigência imprescindível do constitucionalismo e da democracia. Justifica-se, portanto, e quanto, a busca de remédios que rompam tal bloqueio sem pôr em causa o Estado constitucional democrático, conquista penosamente obtida pela humanidade. Uma breve e despretensiosa análise do quadro acima apontado é a temática deste estudo. Apenas aflora ele um mare magnum. Por ser feita por um brasileiro, preocupa-se essencialmente com o sistema presidencial de governo, sem esquecer o que ocorre noutros sistemas.

I. A separação de poderes e o bloqueio

O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é lapidar: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição”. Exprime-se aí a essência do constitucionalismo que mais tarde a democracia iria enriquecer.

A separação dos poderes está assim no cerne do constitucionalismo. Importa ela na ideia de uma divisão do poder, favorável à liberdade, segundo funções visando ao bem geral. No final do século XVIII, entendia-se ela conforme a experiência inglesa, interpretada à francesa - a doutrina

do senhor de La Brède. Mais de dois séculos depois, ela mudou, adaptando-se a novos tempos. O seu núcleo continua válido - impedir que um órgão monopolize as funções principais do poder estatal¹- mérito que é ratificado pela experiência. Ainda hoje ilumina ela as Constituições, como a brasileira, art. 2º e 60, § 4º, III. Ora, Montesquieu, o pai da fórmula presumida pelo constitucionalismo nascente, ao desenhar o modelo clássico, já previu que a separação dos poderes poderia levar a um bloqueio. Na verdade, esse bloqueio é essencial para impedir o abuso. Está no Espírito das Leis, no cap. IV do Livro XI, intitulado “*Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a Constituição*” a afirmação imperecível: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”.

No cap. VI, “Da Constituição da Inglaterra”, em que fornece o modelo clássico da separação dos poderes, o modelo dos três Poderes - Legislativo, Executivo, Judiciário - é encarado exatamente por impedir o abuso do poder, cada um, por suas funções próprias, bloqueando a atuação de outro, de intenção opressiva. E transparece mais adiante supor ele que o bloqueio acabaria por ser superado, seja pelo “movimento das coisas”, seja pela necessidade, caso em que eles serão “forçados a ir adiante de concerto”.

A paralisia governamental não é, pois, para esse mestre um mal. Compreenda-se tal posição no seu contexto que é o do Estado, cuja missão essencial é garantir a liberdade e os direitos do Homem, não assegurar a todos o bem-estar. Este, cada um por si, por seu esforço, por seu mérito, é que deveria conquistá-lo. É a lição do liberalismo clássico.

Foi, todavia, Benjamin Constant quem pela primeira vez deu importância à questão e se apercebeu de sua gravidade.

Em obra publicada em 1815, escreveu ele²:

“O poder executivo, o poder legislativo e o poder judiciário são três meios de ação (ressorts) que devem cooperar, cada um na sua parte, no movimento geral: mas quando esses meios se cruzam, se entrecrocaram, se entram (s’entrentrent), é preciso uma força que os reponha no seu lugar”.

E continua:

“Esta força não pode estar numa dessas molas, pois ela lhe serviria para destruir as outras. É preciso que ela esteja fora, que ela seja neutra”

Tal força, no seu entender deve estar nas mãos do chefe de Estado, o que se obtém na monarquia constitucio-

¹ Cf. Mauro Barberis, “La séparation des pouvoirs”, em *Traité international de droit constitutionnel*, sob a direção de Michel Tropper e Dominique Chagnollaud, Dalloz, Paris, vol. I, p. 706 e s., especialmente p. 717.

² *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs*, apud *Oeuvres de Benjamin Constant*, La Pléiade, Paris, N.R.F., p. 1112 e s.

nal, pois esta cria um “poder neutro”. Este não tem interesse em que “um dos poderes derrube o outro, mas que todos se apoiem, se compreendam (entendent) e ajam de concerto”. Está aí a fonte do poder moderador, erigido pela Carta de 1824.

II. O bloqueio no Estado constitucional contemporâneo

O Estado constitucional contemporâneo, além de adotar a divisão do poder, isto é, a separação de poderes, seja no modelo clássico, seja noutra, apresenta caracteres diversos daqueles que imaginava Montesquieu e convivia Constant. De fato, este Estado tem uma finalidade positiva abrangente - é um Estado que se propõe a promover o bem-estar de todos; é um Estado democrático em que o povo é que escolhe os integrantes dos poderes e deve ditar a orientação destes; e é um Estado de Direito, em que a governança deve ser exercida secundum legem e em que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. E, não se esqueça, em qualquer modelo honesto de separação dos poderes o poder que faz a lei não é o que atua executivamente.

Ora, estes caracteres em si positivos contribuem para dar maior gravidade ao bloqueio.

Vale dedicar um pouco de atenção ao fato.

O Estado de Bem Estar, a fim de cum-

prir a sua missão, é um **provedor** de bens, materiais e imateriais. Disto decorre ter ele o **dever** de fazê-lo bem, como tem o povo o **direito** a essas prestações bem feitas.

Com efeito, hoje, por exemplo no Brasil com a Lei Magna de 1988, o Estado tem um imenso rol de obrigações. Tem de fornecer segurança - externa (que não tem estado em causa) e interna (que é agredida pela criminalidade crescente), tem de manter em funcionamento a administração necessária à vida em comum de milhões e milhões de pessoas. Até estamos no que já era encargo do Estado garantista.

Entretanto, o Estado de Bem Estar deve muito mais. Ele deve o bom andamento da economia, com o desenvolvimento e a prosperidade, tanto para os produtores como para os consumidores. Deve a previdência, portanto, a aposentadoria condigna para todos. Igualmente, tem assegurar a saúde, seja preventivamente com medidas sanitárias e profiláticas, seja tratamentos em hospitais, inclusive com o fornecimento de remédios sem olhar preços. Etc., etc. Até o lazer lhe incumbe propiciar. Afora a proteção aos desvalidos e as ações em prol das minorias, como os indígenas e descendentes de escravos, ou até de maiorias, como as mulheres.

Inegavelmente isto é uma sobrecarga que nem sempre é suportável pela economia, contudo tudo há de ser

atendido, não só porque são prometidos à comunidade e por esta exigidos, como são postos como direitos fundamentais, irrenunciáveis, impostergáveis, ou como reflexos inafastáveis dos mesmos.

Tudo o que se apontou, e a enumeração não é taxativa, é exigido do Estado e cobrado da governança. A legitimidade desta não depende mais, ou somente, de sua fonte, mas do seu êxito ao satisfazer esse Bem Estar, tudo o que nele se inclui e cada vez mais exigências se põem.

Ora, desta tarefa de concretizar o bem estar o Poder que está na primeira linha é o Executivo. Este tornou-se o Governo, por ter em mãos, ou melhor nas costas, a direção política e, também, responsabilidade por todos os encargos do Estado de Bem Estar. É dele que se espera a vida mais que digna, confortável. Em razão disto, a máquina com que conta este Governo, bem como o instrumental que o serve, teve grande ampliação, inclusive ensejando-lhe o papel de legislador, ao menos provisório.

Entretanto, esse Governo não é todo o Poder, é um Poder dentre outros. Ele não pode tudo sozinho. Ele depende do Parlamento - a versão atual do Legislativo - quanto à lei - pois sua legislação não escapa do visto desse Parlamento; quanto às finanças, na autorização dos tributos, na conformação do orçamento; também na aprovação de investidas, no controle por investigações, etc.

Igualmente, está ele sob o controle do Judiciário que o obriga a manter-se nas lindes da Constituição e da lei.

Esta situação, tem a separação dos poderes - todos reconhecem - um grande valor para impedir a concentração e o abuso de poder, é favorável à liberdade e aos direitos do Homem. Ela, entretanto, não é o melhor arranjo para a eficiência governamental, conseqüentemente para satisfazer a missão do Bem Estar. (Nisso está a valorização recente de autoritarismos “eficientes”, como o governo de Cingapura, ou China...).

O Estado de Bem Estar é um Estado de Direito - já se disse e agora se repete. Neste modelo, insista-se no já dito, o Governo há de atuar *secundum legem* e o povo somente há de fazer aquilo que a lei determina ou não fazer o que a lei proíbe.

Assim, as ações visando à concretização do Bem Estar têm de estar autorizadas pela lei, portanto, pelo Parlamento, que, propostas pelo Governo, pode negá-las ou alterá-las, até desnaturando-as.

Em termos claros, o Parlamento pode bloquear o Governo e a atuação governamental.

Acrescente-se que o Judiciário também o pode, mas - diga-se - num bloqueio “bom”, porque não se faz, salvo aberração, para preservar a Constituição e a lei.

O quadro que se pintou evidentemente não é exatamente igual em

todos os Estados contemporâneos, porque estes variam quanto ao sistema de governo.

Estados, como Brasil, adotam o sistema presidencial de governo que reflete uma **separação** de poderes rígida - Executivo e Legislativo, Governo e Congresso - são independentes. Em termos formais, um não depende do outro quanto à sua existência e exercício, ambos têm “mandato” de duração certa. Isto não exclui a necessidade de sua colaboração para a governança. Piamente a Constituição pede sejam harmônicos.

Em termos concretos, a lei, essencial que é no Estado de Direito, e aprovação de muitas medidas reclamadas pela governança, embora esta seja capitaneada pelo Executivo, são condicionadas, autorizadas ou negadas pela lei que depende do Legislativo. Assim, o Executivo precisa contar, ao menos em momentos importantes, com o apoio ou a tolerância de uma maioria parlamentar.

Obter esta maioria não é fácil, mormente onde o quadro partidário é esfarinhado, como no Brasil, entre dezenas de agrupamentos indisciplinados, de baixo nível programático. As benesses podem comprá-lo, mas, como na chantagem, o preço pago não exclui novas demandas. Ademais, as maiorias são instáveis, mesmo quando gratas, porque a sua sobrevivência depende do eleitorado e este pode não estar satisfeito com o andamento da governança.

Em consequência, no sistema presidencial, o bloqueio, quando se instaura, é de difícil solução. Esta tende a passar por fora da Constituição, quando ocorre a conscientização da necessidade da união nacional, ou até por cima da Constituição.

No sistema parlamentar - há um liame entre Governo e Parlamento, ou maioria parlamentar. Aquele se vincula a este e este tem naquele o seu líder natural. O Governo é governo, porque tem a confiança do Parlamento. Por isso, o bloqueio não deve ocorrer. Pode ocorrer, sim, a mudança de Governo, em razão da mudança na maioria parlamentar. Ou a renovação do Parlamento, que conduzirá a outra etapa na governança, se este for dissolvido.

Não será impossível um semi-bloqueio e isto se viu na França da IV República. Um sistema partidário fracionado, com profundas divergências quanto à desejável ou necessária ação governamental, pode gerar e sustentar governos impotentes, incapazes de levar adiante uma política mesmo que imperativa e urgente.

Nos sistemas mistos - ditos semi-presidenciais - que adotam Estados europeus e outros pelo mundo afora, se a condução ordinária da ação governamental cabe a um gabinete de estilo parlamentarista, tem o chefe de Estado um papel reconhecido na Constituição que lhe enseja intervenção legítima nos negócios políticos.

O modelo deste sistema foi a Constituição francesa de 1958 que deu ao Presidente da República o papel institucional de Poder Moderador, como aponta Maurice Duverger (inclusive fazendo referência à Constituição do Império brasileiro).³

Em tais sistemas, o Presidente da República pode, preenchidas determinadas condições, dissolver a câmara baixa e assim criar uma perspectiva de desbloqueio. Entretanto, esses sistemas podem ensejar dificuldades quando o Presidente e a maioria parlamentar pertencem a partidos hostis. Na França, isto tem ficado dentro de limites aceitáveis, tolerando-se a “*cohabitation*”. Em países de outra cultura, esse quadro pode desencadear se não o indesejado bloqueio, conflito entre Poderes o que é sempre muito grave.

Enfim, o Estado de Bem Estar é um Estado democrático. Um Estado democrático, na visão prevalecente no constitucionalismo, numa dimensão mínima, é um Estado cujos governantes - arrolados aqui todos os que, no Governo ou no Parlamento, participam da governança - são escolhidos pelo povo em eleições livres e competitivas. Numa dimensão idealista, mas não desprezível, é um Estado, cujos governantes hão de seguir a orientação do eleitorado, para que assim o povo se governe - e democracia, na célebre conceituação de

Lincoln, é governo do povo pelo povo para o povo. Isto significa o dever de “*responsiveness*” - uma dimensão de coerência - como diz a escola da qualidade da democracia, o que não é irrelevante, como diria um cínico, já que a periodicidade dos mandatos envolve a “*accountability*”, ao menos no momento da disputa de uma reeleição. Está aqui a dimensão eleitoral.

Neste contexto, o êxito na governança que se mede pelo nível de atendimento das prestações vinculadas ao Bem Estar é crucial para esta dimensão eleitoral. Entretanto, essa dimensão eleitoral pode estar em conflito com a *responsiveness*, criando-se uma situação que pode levar ao bloqueio. De fato, não fazer o prometido tem um custo político, falhar na provisão do Bem Estar tem igualmente um custo político. Entre esses custos a escolha não é fácil entre políticos, pois a opção lhes pode significar o êxito ou a derrota nas urnas. A postura de estadista tem riscos. E os riscos aumentam em crises.

Ademais, em razão da separação dos poderes, o membro de um deles não está na mesma situação do membro de outro, em face desses custos. O chefe de Governo tem de medi-los em face de toda a nação, os membros do Parlamento em função do seu eleitorado específico, parcial em relação à nação. Donde decorre que o êxito de uma política nacional pode significar o desastre para um político local. Aquele, imbuído da salvação pública,

³ Cf. La Ve République, PUF, Paris, 1960, p. 177.

pode estar disposto a incorrer em sacrifício político, este, não. Se houver um sistema de partidos coerentes e disciplinados, poderá ser obrigado a fazê-lo, num quadro de esfarinhamento partidário, jamais. Isto é flagrante no sistema presidencial, em que a eleição do Presidente se disputa num quadro diverso da eleição dos parlamentares, quanto ao eleitorado e o sistema. Veja-se o que se passa em Estados federais, como o Brasil, em que o Presidente é eleito numa eleição majoritária, direta, nacional, e os parlamentares em circunscrições limitadas que são as dos Estados e, mais, os deputados são eleitos no sistema de representação proporcional.

III. O bloqueio e as crises ⁴

No Estado de Bem Estar, o bloqueio institucional costuma ocorrer no pior momento possível, isto é, na ocorrência de emergências e, sobretudo, de emergências econômicas. De fato, o bloqueio, crise institucional, impede ou dificulta sejam enfrentadas tais emergências ou crises, tanto as de subversão da ordem política, quanto as de ordem econômico-financeira.

No Estado de Bem Estar, o bloqueio institucional costuma ocorrer no pior momento possível, isto é, na ocorrência de emergências e, sobretudo, de emergências econômicas. De fato, o bloqueio, crise institucional, impede ou dificulta sejam enfrentadas tais emergências ou crises, tanto as de subversão da ordem política, quanto as de ordem econômico-financeira.

As emergências da primeira espécie são as ameaças às instituições e aos governos estabelecidos provocadas por inimigos em armas. São as que decorrem da invasão estrangeira ou as desordens internas - na linguagem de há pouco - as “comoções intestinas”. São um fenômeno milenar, que suscitou respostas muito conhecidas - e desde a Roma antiga que previu a ditadura, para debelá-las. Na Constituição brasileira, para enfrentá-las há a previsão de instrumentos especiais de “defesa do Estado e das instituições democráticas”⁵, como o estado de sítio.

A característica geral dessas medidas de defesa é importarem numa restrição no exercício do dos direitos fundamentais e, sobretudo, uma atenuação da separação de poderes, fortalecendo-se o Executivo, reduzindo o papel do Legislativo e do Judiciário. Estas situações ainda existem, motivadas hoje pelo terrorismo, como faz fé a situação na França atual. Entretanto, são elas uma espécie conhecida com remédios conhecidos - nem sempre eficazes - que pode ocorrer em qualquer tipo de Estado. As emergências, todavia, que ferem peculiarmente o Estado de Bem Estar são as crises econômico-financeiras.⁶

⁴ V. sobre o tema Paul Leroy, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Dalloz, Paris, 1966.

⁵ Título V da Constituição, arts. 136 a 141.

⁶ Resumo neste passo o que está no meu livro *Estado de Direito e Constituição*, São Paulo, Saraiva, 4ª ed., 2007, cap. VI, A emergência econômico-financeira, p. 143 e s.

Estas o colhem no âmago do ser que regular e proteger a economia, fato essencial para promoção do bem estar. E, dada a sua feição variada e multiforme, não há na Constituição um modelo de resposta, não há um estado de sítio, ou um estado de emergência econômico, ou financeiro.

Ora, estas crises tem sido frequentes nos últimos cem anos pelo mundo afora. Ponham-se de lado, as que derivam da mobilização exigida pela guerra total moderna, recordem-se apenas as crises ocorrentes no fluxo ordinário da economia em tempo de paz.

O grande exemplo é a Alemanha logo após a guerra de 1914-1918. Em 1922, sofreu ela uma crise sem precedentes, com inflação galopante, que foi enfrentada com a utilização dos poderes previstos para as crises subversivas - o famoso art. 48 da Constituição de Weimar. Outra crise veio a eclodir em de 1930 e ainda perdurava quando Hitler subiu ao poder em 1933. No bojo desta, há um claro exemplo de bloqueio institucional. Havendo o Parlamento rejeitado o orçamento proposto, o Chanceler Bruening o promulgou por meio dos referidos poderes “de crise”.

Na verdade, o uso de tais poderes, desviados de sua finalidade, foi largamente empregado na Europa para enfrentar crises econômico-financeiras, nos anos vinte e trinta do século passado, inclusive na Grã-Bretanha.⁷

O exame da experiência mundial leva a observar que à falta de um regime preordenado, as emergências

ou urgências econômico-financeiras, têm sido combatidas por meio de medidas de constitucionalidade ao menos duvidosa. Louva-se o New Deal pelo resultado, mas a sua legislação foi numerosas vezes declarada inconstitucional – oito vezes entre 1934 e 1935 – mas depois de haver produzido efeitos (lá não há medida cautelar nos casos de impugnação de constitucionalidade...)⁸

Tal abandono da constitucionalidade tem sido justificada por um “estado de necessidade”, como aponta Geneviève Camus.⁹ Esta tese, perigosa e polêmica, foi aceita por juristas como Duguit, ao aceitar a validade de medidas econômico-financeiras, tomadas pelo governo francês em 1914 – verdade que num contexto de guerra – por meio dos chamados “regulamentos de necessidade” – (numa antecipação dos decretos-lei da Constituição brasileira de 1967, com a diferença de que esta os previa e a Constituição francesa, não). É certo que as Constituições do após Segunda Guerra tornaram menos usados os artifícios, sobretudo por aceitarem as delegações legislativas em favor do Executivo. O que não contribui pouco para sua preponderância como registra artigo recém publicado, a propósito da atualidade.¹⁰

⁷ Ob. cit., p. 149.

⁸ Id., p. 150.

⁹ Cf. Geneviève Camus, *L'État de nécessité en démocratie*, Paris, Lib. Générale, 1965.

¹⁰ Cf. Eugenia Kopsidi, “Le renforcement du pouvoir exécutif sous l’effet des crises financières”, em *Revue française de droit constitutionnel*, Paris, PUF, n° 104, dezembro de 2015., p. 823 e s.

As crises econômico-financeiras obviamente são malignas para o Estado constitucional democrático. Elas atingem o que na atualidade é o cerne da legitimidade, ou seja, a eficiência da governança para atender às múltiplas prestações que o Estado de Bem Estar promete. E atinge a todos, ricos, pobres e remediados, produtores, comerciantes, consumidores...

Ademais, quaisquer medida para debelá-las favorece alguns e prejudica a outros, e a esmagadora maioria pensa em si e não no bem geral. Esbarra em direitos e situações adquiridas, em posições ideológicas e em mitos. Tudo isto repercute não só na conduta dos governantes como na de todos os que participam da política, dada a óbvia repercussão eleitoral que provoca.

Em casos mais agudos, elas descambam em crises sociais. E, somadas a esta, geram perda de legitimidade do governo e, o que é pior, a descrença na democracia. Ensejam a admiração pelo autoritarismo eficiente. São ocasião senão causa de desordens, insurreições, golpes de Estado e revoluções.

IV. O sistema presidencial e a superação dos bloqueios

Se nos regimes de colaboração de poderes, há recursos constitucionais contra o bloqueio – penso na mudança do gabinete, na dissolução da Câmara, com novas eleições – que podem propiciar tentativas de

superação - é preciso ser franco e reconhecer que não há medida plena e integralmente constitucional para fazê-lo, ou tentá-lo, no sistema presidencial. Isto lhe potencializa o bloqueio, ensejando ações de constitucionalidade discutível baseadas num estado de necessidade, ou quebra da ordem constitucional em golpes de Estado ou revoluções.

Com efeito, na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, carta presidencialista *in extremis*, mas em pontos firmemente ancorados na tradição do sistema, não existe a possibilidade de dissolução do Congresso, ou mesmo da Câmara dos Deputados apenas.¹¹ Por outro lado, não existe possibilidade de apurar do poder o Presidente da República, salvo em julgamento em caso de crime de responsabilidade. Ou como se diz vulgarmente em caso de “*impeachment*”.

É verdade que em novembro de 1955, o Congresso Nacional, numa simples deliberação majoritária, afastou, por impedimento, o Presidente da Câmara dos Deputados no exercício da Presidência da República, quando afastado por doença o Presidente Café Filho, que, Vice de Getúlio Vargas, sucedera a este como Presidente da República. E o reiterou, quando Café

¹¹ Deodoro o fez nos primórdios da República, em 1891, mas foi por isso obrigado a renunciar (é verdade é que essa inconstitucionalidade foi seguida por outra, já que o Vice, Floriano Peixoto, não poderia permanecer na chefia do Executivo até o final do mandato, como o fez).

Filho quis reassumir o exercício do cargo.¹² No caso brasileiro, porém, o impedimento era de ordem fática - em razão de movimentação militar, o Presidente não podia exercer a governança. Foi um expediente para contornar uma crise político-militar, disfarçando uma quebra da ordem constitucional, com o beneplácito da maioria parlamentar.¹³

A figura do impedimento - distinta do *impeachment* - estava no art. 79, § 1º da Constituição de 1946, como está no art. 79, caput da Constituição em vigor. Tal figura não era objeto de regulamentação legal, como não o é. A doutrina a entendia como fruto de uma situação de fato que impedisse o exercício das funções, insistindo particularmente na situação de do-

ença. Registrava ela que a previsão era inspirada no art. 2º, seção I. n.º 6 da Constituição da Filadélfia, que se preocupava com a “*inability to discharge the power and duties of the said office*”, norma esta que havia provocado celeuma nos Estados Unidos, por ocasião da doença do Pres. Garfield, em 1881.

A questão dos crimes de responsabilidade e do seu processo merece um pouco de atenção, especialmente levando em conta, no Brasil, o tratamento dado ao caso Collor.¹⁴ Ouso a este propósito formular algumas observações, sem desnecessárias manifestações de erudição.

É pacífico que a fonte dessa matéria, como de toda a Constituição de 1891 obviamente a primeira a prevê-lo, é a Constituição dos Estados Unidos. Ora, esta, no art. 2º, seção IV, dispõe: “*The President, Vice President and civil officers of the United States shall be removed from office on impeachment for, and conviction of, treason, bribery, or other high crimes and misdemeanours*”.

Cito em inglês, porque isto tem importância. Note-se que cabe em casos de “*high crimes*” e “*misdemeanours*”. A tradução é fácil para a primeira expressão: “*high crimes*” são crimes graves, como traição e suborno - “*felonies*” segundo a linguagem do tempo. Mas que são “*misdemeanours*”? Não há ter-

¹² Resumindo os fatos, Carlos Luz, o Presidente da Câmara em exercício da Presidência, se estava impedido de exercer as funções do cargo, o era em razão de movimentação do exército que o levava a refugiar-se em belonave da Marinha brasileira. Esta se fizera ao largo, indo do Rio de Janeiro em direção a Santos. Esta situação foi utilizada para que fosse ele substituído pelo Vice-Presidente do Senado, Nereu Ramos. A declaração de impedimento foi repetida dias mais tarde, quando Café Filho pretendeu voltar ao exercício do cargo, mas foi obstado por tropa do Exército que cercava a sua residência. Observe-se que este último pleiteou do Supremo Tribunal um habeas-corpus e um mandado de segurança, que, a final, foram julgados prejudicados. Cf. sobre este assunto o livro do Prof. Rubens Beçak, *Sucessão presidencial de 1955 - Aspectos políticos e jurídicos* (Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2003) que tem em anexo documentos relativos ao tema. Originalmente, o trabalho foi apresentado como dissertação de mestrado, na Faculdade de Direito da USP, tendo eu a honra de ser o seu orientador.

¹³ Ao tempo, essa maioria se compunha de uma coalizão entre PSD e PTB, que haviam apoiado a eleição de Juscelino Kubitschek e João Goulart, para a Presidência e Vice-Presidência da República. Assegurar a posse destes era a alegada intervenção militar.

¹⁴ Este me fez muito pensar sobre o assunto e rever meu posicionamento.

mo equivalente em português. Nos dicionários jurídicos ingleses lhe é dado o sentido de “*less serious offenses as opposed to ‘felony’*”.¹⁵ Seriam então infrações, ou faltas, não criminalizadas.

No texto brasileiro de 1891, a expressão “*high crimes and misdemeanours*” foi traduzida por “crimes de responsabilidade” (art. 53, caput).

Terá sido isto uma intencional restrição ao âmbito do *impeachment*? Qual terá sido a intenção do constituinte?

Um argumento em prol da intenção restritiva está no fato de que na Constituição brasileira há uma previsão que não existe no direito norte-americano, nem na Constituição de 1891, mas, instituída na Lei Magna de 1934, está na atual (art. 85, parágrafo único), a da enumeração dos crimes de responsabilidade em lei.

Contra esse posicionamento, pode-se argumentar que a própria Constituição claramente considera diferente a natureza dos crimes de responsabilidade da dos crimes do direito penal e, em vista disto, dispõe diversamente quanto à sua sanção.

Com efeito, não aplica a Constituição aos crimes de responsabilidade o princípio *ne bis in idem* que é essencial ao direito penal. Existe, no direito brasileiro, a possibilidade de dupla sanção – a da perda do cargo – mais, se crime comum (crime do direito penal)

a aplicação posterior pelo órgão competente da pena para este prevista.

Mais. A absolvição no processo de crime comum não invalida a sanção política da perda do cargo, do que é exemplo o caso Collor.

Também, como ocorreu no caso Collor, a sanção acessória de suspensão de direitos políticos, pode ser aplicada, como o admitiu o STF, mesmo não ocorrendo a declaração da perda do mandato, que descabia, tendo havido a renúncia do Presidente.

E igualmente, absolvido esse Presidente no crime comum que se considerara crime de responsabilidade, nem por isto ele recebeu de volta o mandato, o reparação pelo “erro” de julgamento do Senado. Seria isto natural, em face de crime no sentido do direito penal.

Enfim, é por vê-los como diferentes que submete a autoridade a processo perante o Supremo Tribunal Federal no caso de crimes comuns e perante o Congresso Nacional no caso de crimes de responsabilidade.

Destes pontos, transparece abranger a noção brasileira de crimes de responsabilidade as faltas graves que, sem serem sancionadas como crimes no âmbito restritivo do direito penal, são faltas graves na condução dos negócios públicos.

E, em abono desta tese, convém lembrar que o direito penal visa a sancionar a conduta antissocial do indivíduo, o direito constitucional, a condução contrária ao bem comum por parte da autoridade pública.

¹⁵ Cf. Oxford - Dictionary of Law, Oxford University Press, Oxford e Nova Iorque, 4ª ed., 1997.

Por tudo isto, pode-se sustentar que faltas políticas graves podem ser vistas como crimes de responsabilidade, desde que se associem a faltas criminalizadas, embora não estejam descritas literalmente nestas últimas.

Coaduna-se este entendimento com a lição de Paulo Brossard, cuja qualidade de jurista e de democrata não pode ser contestada que, com apoio de doutrina abalizada, o vê “instituto de natureza política”¹⁶, “com feições judiciais”.¹⁷

Um processo de natureza política para sancionar faltas de gravidade no plano da condução dos negócios públicos. Um processo político que é confiado a ente político que é o Congresso Nacional, cuja missão é política. Nasce numa câmara política - no Brasil, a Câmara dos Deputados, numa deliberação por maioria qualificada - e se instaura - automaticamente já que do contrário a decisão da Câmara seria inócua - na câmara alta, o Senado perante o qual se desenrola o processo e que fará o julgamento. Ora, pela índole natural das coisas, a apreciação do crime de responsabilidade por políticos que são os parlamentares - na sua esmagadora maioria, leigos em direito - não poderá ser técnica, mas política.

Mesmo porque a deliberação é de intrínseca natureza política - manter ou afastar do cargo, e apenas isto, a autoridade acusada.

E tanto nesse caso a Constituição prevê um processo político que, na hipótese de crime comum, o processo e o julgamento se dão perante órgão do Judiciário, o STF (CF art. 86, I).

Certamente, o processo não pode realizar-se sem o respeito ao devido processo legal. E quanto a este respeito e apenas quanto a este ponto sob o controle do Judiciário. Sendo, porém, uma decisão política, confiada pela Constituição ao Poder Legislativo, nenhum outro Poder pode contrariá-la na sua substância.

Os bloqueios institucionais, particularmente no sistema presidencial são uma vulnerabilidade que decorre da separação de poderes, agravada num quadro de democracia, e, sobretudo, num Estado de Bem Estar.

A ocorrência de tais bloqueios é daninha para qualquer Estado, seja qual for o seu tipo ou finalidade. Sempre enfraquecem o Estado no seu papel de manutenção da segurança e da ordem, nem se falando da perda de peso que lhe advém nas instâncias internacionais, ou do descrédito que o desprestígio num mundo globalizado.

Entretanto, no Estado de Bem Estar de Bem Estar, sua gravidade é potencializada. Isto é patente quando ocorrem crises econômico-financeiras, pois, estas trazem prejuízos e agruras para a sociedade inteira.

¹⁶ Cf. O impeachment, Livraria do Globo, Porto Alegre, 1965, nº 56.

¹⁷ Ob. cit. nº 179.

Geram, com efeito, crises sociais que abalam a condição de vida de cada um dos cidadãos. Negam a satisfação de suas necessidades mínimas. Com isto, tendem a deslegitimar a democracia, ineficiente, estimulando a tentação autoritária, supostamente mais eficiente, esquecendo o preço desta para a liberdade.

O fenômeno reclama do direito constitucional solução criativa, em face do estado de necessidade que se instaura. Na falta do remédio próprio, tem sido ele enfrentado por meio de instrumentos inadequados, de constitucionalidade contestável, ou, até por soluções inofismavelmente anticonstitucionais.

OS BLOQUEIOS INSTITUCIONAIS: A EVOLUÇÃO NO SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO – DO IMPÉRIO AOS DIAS ATUAIS

Dias Toffoli*

* Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF).

► Resumo

Na palestra, o Ministro Dias Toffoli apresenta os bloqueios institucionais que ocorreram desde o império, em todos os Governos do Brasil. Tece considerações sobre o conceito de unidade nacional e sobre os desafios para se manter essa unidade no contexto histórico do Sistema Político Brasileiro. Compartilha reflexões suas sobre o que é o Brasil político. Segundo Dias Toffoli, “falta uma elite que pense a nação brasileira como um todo, nas várias áreas que essas elites podem se formar ou existir”.

No Brasil, algumas das premissas imperiais necessárias para se manter a unidade nacional se transformaram no Poder Moderador descrito na obra de Benjamin Constant, de 1815, um poder neutro, que foi exercido com habilidade por Pedro II. Essa unidade nacional, que não ocorreu na América Espanhola, se manteve por obra e graça da ação portuguesa e teve como base dois elementos econômicos que mantinham o país unido, unindo as elites locais, sejam elas da Corte, do nordeste, do sul, de Cuiabá ou de Diamantina¹⁸: a monocultura exportadora e a mão de obra escrava.

A complexidade dessa unidade nacional baseava-se no império da lei. Isso porque o Brasil se tornou um estado constitucional antes mesmo da organização da sociedade. Não foi a

sociedade quem lutou pela Constituição de 1824. Ela foi outorgada por interesse das elites locais para manter uma unidade avalizada pelo Império, pela força da Monarquia. Essa elite local, por sua vez, correspondia aos interesses da Política da Monocultura Exportadora. Cada região do Brasil com sua monocultura: o Sul com a produção de alimentos; o Nordeste com a cana de açúcar; Minas Gerais com o minério. Essa monocultura exportadora, por sua vez, tinha a mão de obra escrava como base de sua produção. O Brasil nasce assim, o Estado vem antes da sociedade.

O que aconteceu com Dom Pedro I? Era preciso manter a unidade nacional. Em 1828, tivemos a independência da Província Cisplatina, que pertencia, até então, ao Império Brasileiro. Naquela época, ainda se formava o Exército Brasileiro. Grande parte das revoltas que Dom Pedro I combateu foi enfrentada por exércitos contratados, por mercenários. O Exército Brasileiro começou a se formar de uma maneira mais nacional e sólida somente na década de 1830.

Em 1831, Dom Pedro I abdicou, por problemas que aconteciam aqui em Portugal, e também por problemas que aconteciam lá no Brasil. E qual problema que acontecia no Brasil? O constante pêndulo entre o centralismo e a descentralização. A disputa das elites locais por seus interesses específicos, tendo uma figura central para fazer a moderação.

¹⁸ Para se chegar, naquela época da independência do Brasil, do Rio de Janeiro à Cuiabá, era preciso descer até o Rio da Prata e subir do Rio da Prata, de barco, até Cuiabá.

Dom Pedro, nosso primeiro governante, abdicou, deixando como Imperador um garoto de cinco anos, Dom Pedro II. Na Primeira Regência, com a força das elites locais, foi aprovado o Ato Adicional nº 1, de 1834 - tecnicamente a única emenda à Constituição de 1824 -, proporcionando mais autonomia para as províncias. O primeiro Gabinete de Regência caiu, foi seguido pela Segunda Regência e, na sequência, pela Regência Una. Com o objetivo de retomar a ideia de centralidade do poder, o Ato Adicional foi revisito com a Lei de Interpretação de 1840, seguido da Lei de Reforma do Código de Processo Criminal de 1841 e da emancipação de Pedro II, o chamado Regresso.

Dom Pedro II governou de 1841 a 1889. Nesses quarenta e oito anos, o Brasil teve trinta e dois gabinetes, em um sistema em que o Poder Moderador era exercido pela habilidade de Pedro II. Ele fazia o quê? Primeiramente, ele mantinha um equilíbrio entre os liberais e os conservadores, fazendo um rodízio entre eles - ora um Gabinete Liberal, ora um Gabinete Conservador - e exercia, efetivamente, um Poder Moderador.

Para manter a integridade nacional, o que D. Pedro II fazia? Nomeava para Comandante do Exército do Rio Grande do Sul alguém do Ceará; nomeava para Comandante do Exército em Manaus alguém do Rio de Janeiro; nomeava para Presidente de

Província pessoas que não eram da elite regional, para não permitir que as elites regionais - como aconteceu com a América Espanhola - pensassem em uma desintegração nacional. Essa foi uma política moderadora exercida ao longo do tempo.

Mas, com o tempo, a mão de obra escrava não tinha mais sentido e, com a abolição da escravidão, a Monarquia caiu, tecnicamente, via um Golpe de Estado Militar.

O que aconteceu, então, com nosso segundo Governante? D. Pedro II foi deposto, partiu em um navio e morreu sem nunca mais voltar para o Brasil. Esse foi o mais habilidoso de todos os nossos governantes. Quarenta e oito anos governando - desde quinze anos de idade -, foi deposto e morreu exilado. Acabou, assim, a monarquia.

Deodoro da Fonseca, primeiro Presidente da República, foi eleito indiretamente. Sob forte pressão política, dissolveu o Congresso Nacional e, com a reação das elites regionais - que ele não soube administrar -, renunciou, porque não tinha mais o que fazer.

Assumiu o Vice-Presidente, Floriano Peixoto, que passou por duas revoltas: a Revolta da Armada, quando a capital do país - o Rio de Janeiro - foi bombardeada pela Marinha, que queria a volta da Monarquia; e a Revolução Federalista no Sul do país, que precisou ser combatida pelo poder central, nas famosas disputas entre os maragatos (federalistas) e os chimangos (republicanos).

Floriano Peixoto nomeou Barata Ribeiro, um médico, para o Supremo Tribunal Federal, e também alguns militares. A nomeação foi, no entanto, rejeitada pelo Senado. Por diversas vezes, Floriano Peixoto governou sob Estado de Sítio.

Veio o primeiro Presidente eleito, Prudente de Moraes. Apenas 3% da população brasileira votou nessa eleição. Isso é importante. Hoje, votam 72% da população brasileira. Na eleição de Jânio Quadros, a última antes do Regime Militar, votaram 19% da população, porque os analfabetos não votavam. Quando Collor foi eleito, em 1989, já com o voto do analfabeto e com a ampliação da democracia brasileira, 70% da população votou. Então, temos esse índice de 70% da população eleitoral, dentro da população global, votando em cargos no Brasil desde a Constituição de 1988.

Prudente de Moraes passou por várias situações de instabilidade. Ele sofreu um atentado, mas o tiro a ele endereçado errou o alvo e acabou matando o Ministro da Guerra. Foi no governo dele que começou a Guerra de Canudos.

Veio Campos Sales, que, para ter estabilidade, criou a Política dos Governadores. Campos Sales chegou à seguinte conclusão: sem ceder aos poderes regionais, não há como manter esse país unificado e unido. Fez, então, um acordo com as elites locais, concedendo força política para os governadores.

Já Rodrigues Alves enfrentou, entre outras coisas, a Revolta da Vacina e a Primeira Greve Geral na Capital do país, na época, o Rio de Janeiro.

Depois veio Afonso Pena, que teve que lidar com uma grande crise financeira, resultado do financiamento pelos estados do Convênio de Taubaté para a compra antecipada do café dos agricultores, a fim de garantir o preço de venda para o exterior. Afonso Pena, então, arbitrou, com recursos do Banco do Brasil, uma guerra econômica e política pela valorização do café.

Depois veio Nilo Peçanha, que fechou a primeira década do Século XX. Nilo Peçanha teve que fazer intervenção em vários estados para garantir a posse de governadores, então chamados de Presidentes de Estado.

Na sequência, Hermes da Fonseca enfrentou a Guerra do Contestado, de 1912 a 1916, a primeira guerra na história da humanidade em que houve bombardeio aéreo registrado contra a população civil. Essa guerra, que durou quatro anos, ficou escondida na história brasileira e foi resgatada, principalmente, por um trabalho de pesquisa histórica feito no Governo de Esperidião Amim, quando esse governou Santa Catarina. Hermes da Fonseca também enfrentou a Revolta da Chibata, uma história que também estava escondida e foi resgatada há pouco tempo.

Depois, assumiu a Presidência Venceslau Brás. O Brasil foi para a Primeira Guerra Mundial (uma pequena participação). Venceslau Brás enfrentou as primeiras greves gerais nacionais e ordenou o fechamento dos sindicatos.

Em 1918, Rodrigues Alves foi eleito Presidente, porém morreu sem tomar posse, porque pegou a gripe espanhola. Quem assumiu? Delfim Moreira, seu vice, que exerceu o cargo até que fossem realizadas novas eleições, pois assim estabelecia, à época, a Constituição. Nas eleições de 1919, foi eleito Presidente da República Epitácio Pessoa, o qual foi eleito sem fazer campanha no Brasil, porque estava em Paris, representando o Brasil diplomaticamente nos Tratados da Paz, no final da grande guerra, em 1918. Epitácio Pessoa era Ministro do Supremo Tribunal Federal e aposentou-se, em 1912, por invalidez. Tomou posse como Presidente da República em 1919, completando o mandato de Rodrigues Alves e de Delfim Moreira. Em seu governo, teve de decretar alguns estados de sítio.

Veio, então, Artur Bernardes, que, dos quatro anos de seu governo, passou três anos e meio sob estado de sítio. Foi em seu governo que se iniciou o tenentismo, com as Revoltas Tenentistas. A Revolta Tenentista dos Dezoito do Forte de Copacabana, dos quais só dois sobreviveram: Siqueira Campos e Eduardo Gomes. Em 1923, foi deflagrada guerra civil no

Rio Grande do Sul contra a quinta reeleição do presidente do Estado, Borges de Medeiros, a qual foi pacificada com o Pacto de Pedras Altas, na estância de Assis Brasil.

Em 1924, houve outra grande Revolta Tenentista, uma história também pouco conhecida: a Revolta Paulista de 1924. A cidade de São Paulo, quando Artur Bernardes governava sob estado de sítio, foi bombardeada pelas forças aéreas do Exército Brasileiro (ainda não existia a Força Aérea Brasileira), em um contexto em que o contingente militar de São Paulo era próximo ao do Exército nacional. Houve centenas de mortos e cerca de cinco mil feridos. A cidade de São Paulo, então com pouco mais de trezentos mil habitantes, foi totalmente esvaziada. Quando as forças federais de Arthur Bernardes conseguiram controlar a cidade de São Paulo, a população voltou e os rebeldes - coronéis e parte da força militar paulista - foram para Bauru e, de lá, para Foz de Iguaçu, onde se uniram aos oficiais gaúchos que tinham lutado na Revolução de 1923, agora comandados por Luís Carlos Prestes, dando início à Coluna Prestes. A Coluna Prestes foi maior, do ponto de vista de quilômetros rodados, que a Coluna de Mao Tsé Tung na revolução da China Comunista. Posteriormente, em meados de 1930, Luís Carlos Prestes aderiu ao Partido Comunista. Em depoimento histórico concedido à TV Cultura de São Paulo, Luís Carlos Prestes disse que esta-

va em Buenos Aires, na Argentina, quando alguns dos antigos amigos tenentistas o procuraram para que ele liderasse a Revolução de 1930, porque Getúlio Vargas não estava querendo tomar a frente da revolução. Prestes disse na entrevista que, naquela época, ele já tinha se tornado comunista, mas não tinha anunciado. Ele queria ir para Moscou, mas Stalin pedia uma prova de garantia e que era preciso dar dinheiro para ir para lá. Em razão disso, Prestes pediu aos tenentistas que levassem para ele uma quantia em dinheiro e, em troca, ele iniciaria a revolução, a partir do Sul do país. Eles deram o dinheiro e Prestes foi para Moscou. Esse é um depoimento do próprio Luís Carlos Prestes, em um documentário da TV Cultura muito interessante!

Em 1926, foi editada a única Emenda à Constituição de 1891, com várias mudanças, muitas delas decorrentes desses movimentos tenentistas, como as condições para se decretar estado de sítio e a proibição da reeleição para os presidentes e governadores de Estado.

Veio, então, Washington Luís, que foi deposto pela Revolução de 1930, poucos dias antes do término do mandato. Em março de 1930, foi eleito Presidente da República um paulista: Júlio Prestes. Getúlio Vargas chegou em segundo lugar. Mas a deposição de Washington Luís - que se recusou a renunciar, sendo preso e deportado

para a Europa -, impediu a posse de Júlio Prestes. Getúlio Vargas, então, assumiu a Presidência da República de um governo provisório, prometendo convocar uma Constituinte. Para legitimar aquela Constituinte, o Governo Provisório solicitou um parecer de Hans Kelsen, que, inclusive, foi publicado em uma Revista de Jurisprudência.

Após a revolução constitucionalista iniciada em São Paulo em 1932, Getúlio Vargas foi eleito Presidente da República pelo Congresso Constituinte de 1934, com mandato até 1938. Em 1938, tinha que haver eleições, mas, em novembro de 1937, Getúlio Vargas deu o Golpe do Estado Novo e ficou no poder até 1945, período no qual não houve eleições no Brasil. Antes de terminar o mandato, em outubro 1945, foi deposto pelos militares, porque havia a preocupação de que ele também interferisse na eleição de 2 de dezembro ou, então, evitasse a posse do eleito. Assumiu a presidência José Linhares, Presidente do Supremo Tribunal Federal, para completar aquele mandato.

Em 1950, Eurico Gaspar foi eleito e governou o País por cinco anos. Em 1950, Getúlio Vargas ganhou as eleições. Naquela época, não havia previsão de segundo turno e Getúlio Vargas obteve 48% dos votos. Eduardo Gomes, o segundo colocado, teve uma votação expressiva e requereu no TSE a realização de segundo turno, judicializando a questão.

A Justiça então, decidiu que, não havendo previsão de segundo turno na Constituição de 1946 nem na legislação brasileira, não havia por que ser realizado.

Getúlio começou a governar e, com a forte oposição de Carlos Lacerda, dentre outras razões, suicidou-se em agosto de 1954. Após o suicídio de Getúlio, Café Filho assumiu a Presidência e ficou no poder de agosto de 1954 até 3 de novembro de 1955. Adoeceu e, em 8 de novembro de 1955, foi substituído por Carlos Luz, Presidente da Câmara.

Em 11 de novembro, Carlos Luz foi deposto pelo General Lott, sob a alegação de que conspirava contra a posse de Juscelino Kubitschek, eleito com 35% dos votos, enquanto o segundo colocado, Juarez Távora, teve 30% dos votos (a UDN pleiteou, na Justiça, a realização de segundo turno, mas não obteve sucesso). Café Filho, de alta médica, reassumiu, mas em 22 de novembro, foi impedido pelo Congresso Nacional, sob a alegação de que também conspirara contra a posse de JK. Ele foi ao Supremo, mas não obteve sucesso. Assumiu Nereu Ramos, Presidente do Senado, que governou o país em estado de sítio até a posse de JK, ou seja, até janeiro de 1956.

E o Juscelino Kubitschek? Além de toda essa celeuma acerca da sua posse e o fato de a transmissão do cargo ter ocorrido sob estado de sítio, ele passou por duas revoltas, a Revolta de Aragarças e de Jacareacanga.

Jânio Quadros, eleito Presidente, assumiu em janeiro de 1961 e renunciou ao cargo em agosto do mesmo ano. Aliás, há um livretinho, do jornalista Carlos Castelo Branco, no qual ele conta a história da véspera e do dia da renúncia de Jânio Quadros. Segundo consta, na véspera da renúncia, Carlos Lacerda, que tinha ido à Brasília e foi expulso do Palácio da Alvorada, voltou para o Rio de Janeiro e, à noite, deu uma declaração aos jornais e à televisão dizendo que Jânio Quadros tinha preparado um golpe para fechar o Congresso Nacional. Naquela mesma madrugada – naquela época não havia rede nacional –, o Congresso Nacional foi convocado e, por sua vez, convocou o Ministro da Justiça e o Ministro da Casa Civil para dar explicações. No dia seguinte, pela manhã, Jânio Quadros decidiu renunciar.

Após uma crise institucional e a ameaça de guerra civil por parte do Movimento pela Legalidade, liderado por Brizola, então governador do Rio Grande do Sul, assumiu a Presidência João Goulart, o Vice-Presidente, tendo o Congresso Nacional instaurado, para tanto, o sistema parlamentarista. No entanto, o povo, em plebiscito realizado em janeiro de 1963, decidiu pela volta do presidencialismo. Na sequência, veio o Governo Militar.

Com a deposição de João Goulart e a declaração de vacância da Presidência da República, assumiu, in-

terinamente, Ranieri Mazzilli, Presidente da Câmara dos Deputados. Por meio de uma eleição indireta, Castelo Branco foi eleito para completar o mandato de Presidente que terminaria no final de 1965. Porém, seu mandato foi prorrogado e suspensas as eleições diretas previstas para outubro de 1965, que já tinham candidatos lançados: Ademar de Barros e Carlos Lacerda. Em março de 1967, Costa e Silva assumiu a Presidência e, em dezembro de 1968, decretou o Ato Institucional nº 5. Costa e Silva adoeceu e, em vez de assumir seu vice – Pedro Aleixo –, assumiu a Junta Militar, que, após a morte de Costa e Silva, deu posse ao general Médici. Depois de Médici, veio Geisel. Nesse período, várias revoltas ocorreram na cidade e no campo, inclusive a chamada Guerrilha do Araguaia.

Depois de Geisel, veio Figueiredo, que estendeu seu mandato para adiar a transição. Tancredo Neves foi eleito indiretamente, mas não tomou posse e veio a falecer. Em seu lugar, assumiu o Vice-Presidente eleito, José Sarney, período do Congresso Constituinte, da moratória e de várias greves gerais e hiperinflação. Em 1989, foi eleito Fernando Collor de Mello, primeiro Presidente pós-governo de transição, o qual sofreu impeachment, tendo assumido a Presidência seu vice, Itamar Franco. Em 1995, assumiu Fernando Henrique Cardoso, que, com a aprovação da

Emenda da Reeleição, conseguiu dar uma estabilidade temporal maior à Presidência da República.

Na sequência, assumiu Lula que, no primeiro governo, enfrentou uma crise imensa, com o chamado “Escândalo do Mensalão”. Depois veio o segundo Governo de Lula e, na sequência, o de Dilma Rousseff.

Essa é a história do Brasil, uma história que mostra que governar este país não é tarefa fácil, não é simples. Nenhum dos imperadores e nenhum dos Presidentes da República teve estabilidade e condições fáceis de governabilidade. Isso é um problema que envolve só a escolha entre presidencialismo e parlamentarismo? Isso é um problema só do Sistema Eleitoral Político? Não. Penso que é algo mais profundo, é algo que vai além de tudo isso.

O Brasil não tem uma elite nacional que pensa o país de uma maneira unitária, seja uma elite nacional econômica, social ou política. Os partidos políticos são nacionais porque a Constituição manda e se a Constituição os manda serem nacionais, é porque eles não são naturalmente nacionais, eles têm que ser obrigados a ser nacionais.

Conclusão: falta uma elite que pense na nação brasileira como um todo. Assim, sugiro a todos essa reflexão.

VALORES PERMANENTES DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA*

Jorge Miranda*

*Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Sem esquecer a relevância da forma de Estado e da forma do sistema de governo, o essencial de uma Constituição *material*, subjacente à Constituição *formal*, consiste num conjunto de valores ou princípios em que assentam, desde logo, o seu articulado e, depois, todo o ordenamento jurídico.

É isso que, ao longo dos tempos, em Portugal distingue as sucessivas Constituições, as liberais, a de 1933 e a de 1976. É isso que, num determinado momento, distingue a Constituição de um Estado da de outro Estado (por exemplo, a Constituição portuguesa e a Constituição chinesa).

Quanto à Constituição de 1976, são valores permanentes identificadores do seu substrato:

- 1º) A dignidade da pessoa humana;
- 2º) A liberdade e a igualdade como fundamentos da democracia representativa;
- 3º) Os valores inerentes ao Estado de Direito material;
- 4º) O pluralismo político;
- 5º) O jus-universalismo.

A súmula deste valores e dos princípios conexos chama-se, de acordo com a própria Constituição, Estado de Direito democrático (preâmbulo e art. 2º).

O primeiro valor da Constituição material de 1976, o mais importante entre todos, por alguns reconduzi-

do a um metaprincípio, vem a ser a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, base da República, segundo o art. 1º, e do qual arrancam tanto os direitos, liberdades e garantias como os direitos económicos, sociais e culturais. A dignidade da pessoa humana, traduzida nuns e noutros direitos e que o Estado deve assegurar ou efetivar [arts. 2º e 9º, alíneas c) e d)], para se chegar a uma “sociedade livre, justa e fraterna” (conforme se lê no preâmbulo), ou a “uma sociedade livre, justa e solidária” (conforme diz ainda o art. 1º, após 1989).

E, textualmente, reiteram-na o art. 13º, nº 1, ao proclamar-se que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”; o art. 26º, nº 2, ao dizer que “A lei estabelece garantias efetivas contra a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”; o art. 26º, nº 3 ao garantir “a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano ...”; o art. 59º, nº 2, alínea b), ao prescrever “que todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar”; o art. 67º, nº 2, alínea c) ao incumbir

* Conferência proferida na Universidade do Minho em 19 de maio de 2016.

o Estado para protecção da família: “regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”; o art. 206º ao admitir limites às audiências públicas dos tribunais para salvaguarda da dignidade das pessoas (art. 206º).

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. Mas para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa. A conjugação dos diferentes direitos e das normas constitucionais, legais e internacionais a eles atinentes torna-se mais clara a essa luz. O “homem situado” do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino.

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (Declaração recebida como critério de interpretação e integração) precisa e explicita a conceção de pessoa da Constituição, recolhendo as inspirações de diversas filosofias e, particularmente, de diversas correntes jusnaturalistas: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Dotados de razão e de consciência – eis o denominador comum a todos os homens em que consiste essa igualdade. Dotados de razão e consciência – eis o que, para além das diferenciações geográficas, económicas, culturais e sociais, justifica o reconhecimento, a garantia e a promoção dos direitos fundamentais. Dotados de razão e de consciência – eis por que os direitos fundamentais, ou os que estão no seu cerne, não podem desprender-se da consciência jurídica dos homens e dos povos.

Característica essencial da pessoa – como sujeito, e não como objeto, coisa ou instrumento – a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas. Princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, é isso que explica que não apareça no quadro dos limites materiais de revisão constitucional do art. 288º.

Relativamente aberto como todos os princípios – até porque a sua concretização se faz histórico-culturalmente – não deixa de encerrar um valor absoluto. Pode haver ponderação da dignidade de uma pessoa com a dignidade de outra pessoa, não com qualquer outro princípio, valor ou interesse.

A partir daqui, da consciência jurídica geral e de diferentes princípios e regras constitucionais pode enunciar-se os seguintes pontos:

- a)** A dignidade da pessoa humana é a dignidade da pessoa humana individual e concreta;
- b)** A dignidade da pessoa humana é da pessoa enquanto homem e mulher;
- c)** A dignidade da pessoa humana é tanto da pessoa já nascida como da pessoa desde a concepção;
- d)** A dignidade da pessoa humana não pode ser apreendida sem consideração da bioética;
- e)** A dignidade da pessoa humana compreende o respeito das pessoas carecidas ou sujeitas a cuidados de saúde;
- f)** O respeito da dignidade implica a garantia da intimidade pessoal e familiar;
- g)** O respeito da dignidade implica o respeito da orientação sexual das pessoas;
- h)** A dignidade pressupõe autonomia da pessoa, embora não pressuponha capacidade (psicológica) de livre decisão;
- i)** Cada pessoa vive em relação comunitária, que exige o reconhecimento por cada pessoa de igual dignidade das demais pessoas;
- j)** Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
- k)** A dignidade da pessoa, que é também dignidade social, exige integração, participação na vida comunitária, inclusão;
- l)** A dignidade da pessoa exige condições adequadas de vida material;
- m)** O primado da pessoa é do ser, não o do ter, e a liberdade prevalece sobre a propriedade;
- n)** Somente a dignidade explica a procura da qualidade de vida;
- o)** O respeito da dignidade justifica a criminalização da ofensa dos bens jurídicos subjacentes aos direitos fundamentais de acordo com a consciência geral e um princípio de proporcionalidade, e requer a proteção da vítima;
- p)** Todavia, a dignidade da pessoa permanece independentemente dos seus comportamentos ilícitos;
- q)** A dignidade da pessoa é um *prius* em relação à vontade popular;
- r)** A dignidade da pessoa está para além da cidadania portuguesa. Não é possível aqui considerar todos estes aspetos. Só alguns.
- Em primeiro lugar, a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstrato. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubstituível e irrepetível. É o homem e a mulher, cuja participação democrática na vida política constitui condição e instrumento de consolidação do sistema democrático (arts. 48º e 109º).
- O valor eminente reconhecido a cada pessoa conduz, antes de mais, à inexistência da pena de morte (art. 24º, nº 2) e, coerentemente – mas quase ineditamente em Direito compara-

do – à proibição da extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física (art. 33º, nº 6).

Explica a garantia da integridade pessoal contra a tortura, a coação e os maus tratos, incluindo em processo criminal (art. 32º, nº 6); os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil e ao bom nome e reputação (art. 26º, nº 1). Assim como justifica o princípio da culpa em Direito penal.

Veda a suspensão, mesmo em estado de sítio, em qualquer caso, dos direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião (art. 19º, nº 6). Assim como determina a conservação pelos condenados sujeitos a pena ou a medida de segurança privativas da liberdade dos seus direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução (art. 30º, nº 5).

Cada pessoa tem, contudo, de ser compreendida em relação com as demais. A dignidade de cada pessoa é incindível da das demais pessoas. Dignidade implica intersubjetividade. Onde, em geral, a vinculação das entidades privadas aos direitos, li-

berdades e garantias (art. 18º, nº 1), assim como o direito de resposta e de retificação na imprensa (art. 37º, nº 4), a proibição de organizações racistas (art. 46º, nº 4), os direitos dos trabalhadores no trabalho (art. 59º), os direitos dos consumidores (art. 60º), os deveres de respeito e solidariedade para com os cidadãos portadores de deficiência (art. 71º, nº 2) e para com os idosos (art. 72º).

Donde, como formalidades de educação, a par do desenvolvimento da personalidade, o espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade (art. 73º, nº 2).

Donde, ainda, por exemplo, a punição do lenocínio, porque, afirmou o Tribunal Constitucional no acórdão nº 144/2004, de 10 de março, uma ordem jurídica assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de ação, situações e atividades, cujo “princípio” seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como mero instrumento ou meio ao serviço de outra.

A dignidade da pessoa exige condições de vida capazes de assegurar liberdade e bem-estar (cfr., ainda, art. 25º da Declaração Universal).

Daí, a retribuição do trabalho segundo a quantidade, a natureza e a qualidade, observando-se o princípio de a trabalho igual salário igual [art.

59°, nº 1, alínea a)]; a incumbência do Estado de estabelecer e atualizar o salário mínimo nacional [art. 59°, nº 2, alínea a)]; as garantias especiais do salário (art. 59°, nº 3); o direito dos trabalhadores a assistência material, quando, involuntariamente, se encontrem em situação de desemprego [art. 59°, nº 3, alínea e)].

Daí, caber ao sistema de segurança social proteger os cidadãos – e também os não cidadãos residentes, por força do princípio da equiparação (art. 15°, nº 1) – na doença, na velhice, na invalidez, na viuvez e na orfandade, no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição dos meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho (art. 63°, nº 3).

Daí também os direitos e garantias perante os impostos [arts. 103°, 105° e 165°, nº 2, alínea i)], evitando que estes onerem inigualmente e desproporcionadamente os cidadãos.

Daí, em suma, o direito das pessoas a uma existência condigna [art. 59°, nº 2, alínea a), *in fine*], o que implica, pelo menos, a garantia de subsistência, numa dupla dimensão: negativa – garantia de salário, impenhorabilidade do salário mínimo ou de parte do salário e da pensão que afete a subsistência, não sujeição a imposto sobre o rendimento pessoal de quem tenha rendimento mínimo; e dimensão positiva – atribuição de prestações pecuniárias a quem esteja abaixo do mínimo de

subsistência. Mas o que seja uma existência condigna não é a mesma coisa que o que se entendia há 50 ou 100 anos; as transformações sociais vão exigindo mais e melhor.

O ser humano não pode ser desinserido das condições de vida que usufrui; e, na nossa época, anseia-se pela sua constante melhoria e, em caso de desníveis e disfunções, pela sua transformação.

A Constituição alude, pois, repetidas vezes à “qualidade de vida” ligada à efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais [art. 9°, alínea d)], à proteção dos consumidores (art. 60°, nº 1), à defesa do ambiente e da natureza (art. 66°), à incumbência prioritária do Estado de promoção do aumento do bem-estar social e económico, em especial das pessoas mais desfavorecidas [art. 81°, alínea a)], aos objetivos dos planos de desenvolvimento económico e social (art. 91°). Mas a qualidade de vida só pode fundar-se na dignidade da pessoa humana; não é um valor em si mesmo; e muito menos se identifica com a propriedade ou com qualquer critério patrimonial.

E apela também a Constituição (após 1997) à solidariedade entre gerações, a propósito do aproveitamento racional dos recursos naturais [art. 66°, nº 2, alínea d)]. Ora, esta solidariedade assenta ainda no valor da dignidade: é para que as gerações futuras, compostas por homens e mulheres com a mesma dignida-

de dos de hoje, possam igualmente desfrutar dos bens da natureza que importa salvaguardar a capacidade de renovação desses recursos e a estabilidade ecológica, no quadro de um desenvolvimento sustentável. Transcrevendo de novo uma fórmula lapidar da Declaração Universal (do seu preâmbulo): “É essencial a proteção dos direitos do homem através de um regime de direito para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão”.

Com a fórmula “Estado de Direito democrático” (preâmbulo e, após 1982, art. 2º), e não simplesmente “Estado de Direito”, a Constituição pretende realçar a confluência de Estado de Direito e democracia.

Porque, se, historicamente, surgiram sob influências e em momentos diversos, hoje uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de Direito – por imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e de respeito dos direitos das pessoas. O poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com a regra da maioria (arts. 2º, 3º, n.º 1, 10º, n.º 1, 108º, 114º, n.º 1, 187º, etc.), mas está subordinado – material e formalmente – à Constituição (citados arts. 3º, n.º 2, 108º, 110º, n.º 2, 225º, n.º 3, 266º, 288º, etc.), com a consequente fiscalização jurídica dos atos do poder (arts. 3º, n.º 3, 204º, 268º, n.º 4, 278º e segs.).

Há uma interação de dois princípios substantivos – o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais – e a mediação dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão jurídica sobre a sua modelação; o equilíbrio obtém-se através do esforço de conjugação, constantemente renovado e atualizado, de princípios, valores e interesses, bem como através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas.

Reportando nos à Constituição, no articulado atual, firmam o Estado de Direito:

- a) A eficácia imediata dos direitos fundamentais (art. 18º, n.º 1);
- b) O caráter restritivo das restrições a direitos, liberdades e garantias (art. 18º, n.os 2 e 3);
- c) Os princípios da segurança jurídica (arts. 18º, n.º 3, 32º, n.º 9, 102º, n.º 3, 266º, n.º 2, 280º, n.º 3, e 282º, n.º 4), da proporcionalidade (arts. 18º, n.º 2, 19º, n.os 4 e 8, 30º, n.º 5, 50º, n.º 3, 65º, n.º 4, 266º, n.º 2, 267º, n.º 4, 270º e 272º, n.º 2) e da tutela jurisdicional efetiva dos direitos (arts. 20º e 268º, n.os 4 e 5);

d) O princípio de separação e interdependência dos órgãos de poder [arts. 2.º, 112.º, n.º 1, e 288.º, alínea j)];

e) A reserva aos tribunais da função jurisdicional, visto que eles são “os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo” (art. 202.º), e, assim, cabe lhes defender os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados (art. 202.º e ainda arts. 20.º, n.º 1, e 113.º, n.º 7);

f) O exercício do poder político, a nível do Estado, das regiões autónomas e do poder local, com sujeição à Constituição [art. 3.º, n.º 2 – inicial 115.º – e arts. 10.º, n.º 1, 108.º, 110.º, n.º 2, 111.º, n.º 1, 114.º, n.º 2, 223.º, n.º 2, alínea f), 225.º, n.º 3, 227.º, n.º 1, alíneas a) e b), 234.º, n.º 1, e 241.º], dependendo a validade dos seus atos da conformidade com a Constituição (art. 3.º, n.º 3); o poder de apreciação pelos tribunais da existência de inconstitucionalidade nos feitos submetidos a julgamento (art. 204.º); a competência de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral pelo Tribunal Constitucional (art. 281.º);

g) A subordinação dos órgãos e agentes administrativos à Constituição e à lei com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé (art. 266.º, n.º 2);

h) A responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem (art. 22.º).

A tudo isto há que acrescentar o contributo da jurisprudência em muitas áreas, densificando princípios e formulando direitos fundamentais implícitos.

Em segundo lugar, porém, Estado de Direito democrático parece querer significar um pouco mais. Ele liga se especificamente também à democracia económica, social e cultural, cuja realização é objetivo da democracia política (art. 2.º, 2.ª parte); reporta se ao relevo assumido pelos direitos económicos, sociais e culturais e pelas condições da sua efetivação [art. 9.º, alínea d), e arts. 58.º e segs.]; torna se indissociável da vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, n.º 1, *in fine*) e da subordinação do poder económico ao poder político democrático [art. 80.º, alínea a), e art. 81.º, alínea e)]; pretende se um modelo mais exigente (não necessariamente mais original) de Estado de Direito, quer no tocante aos direitos sociais quer no que tange aos próprios direitos de liberdade.

Afirmando a decisão de assegurar o primado do Estado de Direito democrático, a Constituição reitera do mesmo modo o primado do Direito – do Direito que justifica e organiza um Estado democrático e, concomitantemente, reflete e conforma uma sociedade que se aspira de pessoas livres e iguais. O Estado e a sociedade são, assim, qualificados pela sua integração pelo Direito e este é, por seu turno, posto perante a vivência dos fatores de vária ordem decorrentes daquela perspectiva.

Não é uma harmonia pré estabelecida que se pretende conservar a todo o custo, é uma sociedade imperfeita que se pretende transformar no respeito de certas regras e com vista a certos objetivos. Não se negam os contrastes, os conflitos e os antagonismos de classes, de grupos, de gerações, de setores e de regiões; mas inserem se tais contrastes numa visão dinâmica do processo social em que se espera a sua superação através de níveis crescentes de participação e desalienação – tudo dentro dum rigoroso quadro constitucional e na permanência dos valores que imprimem caráter e razão de ser à comunidade política.

Mais ainda um Estado de Direito material, um Estado de direitos fundamentais não pode deixar de ser também um Estado de Justiça, e significativos são os artigos da Constituição que pressupõem um princípio de justiça ou que mesmo se lhe referem expressamente.

Assim, pressupõem no: o art. 20.º, n.os 4 e 5, sobre direito a decisão judicial em prazo razoável e mediante processo equitativo; o art. 22.º, sobre responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas por ações ou omissões de que resulte prejuízo para outrem; o art. 30.º, n.os 2 e 3, sobre o princípio da culpa; o art. 32.º, n.º 5, sobre o princípio do contraditório em processo criminal; o art. 59.º, n.º 1, alínea a), sobre o princípio de para trabalho igual salário igual.

O art. 23.º, n.º 1, confere ao Provedor de Justiça o poder de dirigir aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir ou reparar injustiças; o art. 29.º, n.º 6, estatui que os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei determinar, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos; o art. 53.º, veda os despedimentos sem justa causa; o art. 59.º, n.º 1, alínea f), garante aos trabalhadores direito a justa reparação, quando vítimas de acidentes de trabalho ou de doença profissional; o art. 62.º, n.º 2, prescreve que a requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas mediante o pagamento de justa indemnização; o art. 103.º, n.º 1, declara que o sistema fiscal, além de visar a satisfação das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas, visa uma repartição justa dos rendimentos

e da riqueza; o art. 104.º, n.º 4 liga a tributação do consumo à justiça social; e, segundo o art. 282.º, n.º 4, o Tribunal Constitucional poderá fixar os efeitos de inconstitucionalidade e de ilegalidade por razões de equidade.

Não menos importante, o art. 266.º, n.º 2, declara o princípio da justiça um dos princípios que devem respeitar os órgãos e agentes da Administração, autonomizando o em face dos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

Como estes dois princípios, por seu turno, podem considerar se eles próprios expressões da ideia de justiça, então no art. 266.º o princípio de justiça está tomado em sentido estrito, seja autónomo ou residual, de modo a cobrir situações que aqueles não possam abarcar ou conferindo-lhe uma projeção mais intensa na vida institucional e coletiva.

Ora, neste sentido estrito, o princípio da justiça não se esgota na função administrativa. Abarca igualmente a função jurisdicional – dir-se-ia por definição (art. 202.º) – e a função legislativa. Precisamente, algumas das normas constitucionais há pouco indicadas dirigem-se imediatamente ao legislador.

Isto tudo sem esquecer os objetivos programáticos de construção de um país mais justo ou de realização de uma sociedade justa (preâmbulo e art. 1.º), da incumbência prioritária do Estado de promover a justiça

social, de assegurar a igualdade de oportunidades e de operar as necessárias correções dos rendimentos e da riqueza [art. 81.º, alínea b), e art. 103.º, n.º 1] e, noutro contexto, de criação de uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça nas relações entre os povos (art. 7.º, n.º 2).

A Constituição de 1976 institucionalizou em Portugal a democracia representativa, pois:

- 1.º Declara a República um Estado democrático fundado na vontade e soberania popular (arts. 1.º e 2.º);
- 2.º Declara que a soberania reside no povo (art. 3.º, n.º 1) e que o poder pertence ao povo (art. 108.º) (1);
- 3.º Estabelece que o povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, directo, secreto e periódico (arts. 10.º, n.º 1, e 49.º, n.º 1);
- 4.º Prevê a eleição, de acordo com este princípio, do Presidente da República, dos deputados à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas Regionais e dos membros das assembleias das autarquias locais (arts. 121.º, 149.º, 231.º, n.º 2, e 239.º, n.º 1);
- 5.º Prescreve que os partidos concorrem para a organização e para a expressão da vontade popular (arts. 1.º, n.º 2, e 51.º, n.º 1).

A representação política implica a responsabilidade política, ou seja, o dever de prestar contas por parte dos governantes, a sujeição a um juízo

de mérito sobre os seus actos e actividades por parte dos governados e a possibilidade da sua substituição por acto destes.

Trata-se, antes de mais, de uma responsabilidade difusa. O Presidente da República e os deputados representam todo o povo; logo, respondem perante todo o povo, e não apenas perante quem neles votou ou (quanto aos deputados) perante quem os elegeu, nos diferentes círculos.

Responsabilidade difusa, porque realizada:

a) Através da crítica dos cidadãos no exercício das liberdades fundamentais (em especial, de expressão e de manifestação), o que pressupõe o direito de eles serem esclarecidos objectivamente sobre os actos do Estado e demais entidades públicas e de serem informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos (art. 48.º, n.º 2, da Constituição);

b) Através das eleições no final dos mandatos, maxime através da não reeleição ou não recondução ou da não eleição de candidatos que apareçam identificados com os titulares cessantes;

c) Através de eleições para outros órgãos (v. g., de autarquia locais) com significado político relevante. E, como sublinha ANTONIO D'ATENA, o intervalo entre os actos eleitorais introduz um elemento de racionalização. Limitar a decisão do povo às

escolhas periódicas dos representantes significa criar condições para a apreciação dos seus actos menos emotivamente e para que o juízo popular tenha por objecto não tanto cada uma das decisões quanto a complexa actividade por eles desenvolvida ao longo do tempo.

Mas a responsabilidade política é também uma responsabilidade institucional, quando manifestada através dos poderes e direitos da Oposição, decorrente do exercício colectivo ou em comum daquelas liberdades fundamentais e exigida pela necessidade de se formularem alternativas e alternâncias.

A livre actividade da Oposição individualiza os sistemas políticos pluralistas: aqui, a maioria deve governar e a minoria deve estar na oposição (entendida como fiscalização pública dos actos dos governantes); e, portanto, a Oposição não é dos cidadãos individualmente considerados, mas sim a de aglutinados em partido político.

O direito de oposição democrática (art. 114, n.º 2), elevada a limite material de revisão constitucional [art. 288.º, alínea i), 2.ª parte], traduz-se, entre nós, no direito de resposta ou réplica política ao Governo (art. 40.º, n.º 2), no direito de informação regular e directa sobre o andamento dos principais assuntos públicos [arts. 114.º, n.º 3, e 180.º, n.º 2, alínea j)], no de determinar a ordem do dia de certo número de reuniões

do Parlamento (art. 176.º, n.º 4) e no direito de interpelação [art. 180.º, n.º 2, alínea d)]. E meios extremos, por envolverem a responsabilidade política do Governo, são as moções de rejeição do respectivo programa e as moções de censura (arts. 192.º, n.º 3, e 194.º).

Se o sufrágio é o modo específico de participação política dos cidadãos, a maioria é o critério de decisão – de decisão quer do conjunto dos cidadãos nas eleições e no referendo, quer dos órgãos do Estado de natureza colegial. Governo representativo é governo de maioria.

Contudo, a maioria não é fonte de verdade ou de justiça; é apenas forma de exercício de poder, ou meio de acção; e, por isso, está sujeita aos mecanismos de fiscalização, política e jurisdicional, já indicados.

Não há, nem deixa de haver verdade nesta ou naquela opção política; há só (ou tem de se pressupor que haja) referência ao bem comum. Naturalmente, quando se suscitam problemas de verdade, sejam quais forem – religiosos, morais, filosóficos, científicos ou técnicos – não cabe decisão de maioria. As minorias políticas são sempre contingentes e variáveis. Diversas, porque permanentes, são as minorias étnicas nacionais, linguísticas e religiosas – que existem em não poucos Estados e que se repercutem nas respectivas estruturas constitucionais.

Tão pouco se admitem decisões de maioria que afectem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou o conteúdo essencial da própria democracia representativa – mais especificamente, o pluralismo, os direitos das minorias e a possibilidade de alternâncias e de alternativas.

Qualquer forma de governo funda-se em certos valores que, conferindo-lhe sentido, vêm, por um lado, alicerçar o consentimento dos governados e o projecto dos governantes e, por outro lado, construir o referente ideal de todos quantos por ela se batem.

Assim, por detrás da diversidade de concepções e formulações teóricas, avultam valores políticos sem os quais a democracia aparece desprovida de razão de ser. É porque todos os seres humanos são livres e iguais que devem ser titulares de direitos políticos e, assim, interferir conjuntamente, uns com os outros, na definição dos rumos do Estado e da sociedade em que têm de viver.

A liberdade revela-se, portanto, do mesmo passo, fundamento e limite de democracia. Revela-se fundamento, visto que a participação na condução dos destinos comuns pressupõe a liberdade. E revela-se limite, visto que a democracia não pode pôr em causa a liberdade, e a maioria é sempre maioria de conjuntura, não maioria definitiva, pronta a esmagar os direitos da minoria.

É ainda em virtude de uma opção pela liberdade, e não, simplesmente,

por impossibilidade da democracia directa (de um qualquer seu sucedâneo), que se justifica a democracia representativa, porquanto:

– apenas na democracia representativa se distinguem (sem se cortarem pontes) espaço público e espaço privado, a esfera do Estado e a esfera da sociedade;

– do mesmo modo, apenas na democracia representativa, se distinguem o cidadão e a pessoa na sua vida própria, não deixando esta ser absolvida pelo cidadão total (caso da Atenas antiga e, sobretudo, dos regimes totalitários do século XX);

– apenas a democracia representativa assegura a separação de poderes e a responsabilidade política dos governantes perante os governados;

– somente a democracia representativa propicia o pluralismo e o contraditório (sem prejuízo do compromisso) no âmbito das assembleias representativas.

Não por acaso têm-se dito muitas vezes, que ela não constitui um minus no confronto com a democracia directa. Constitui um majus.

A liberdade política desemboca em pluralismo. O pluralismo requer liberdade. O pluralismo de expressão e de organização política democráticas implica pluralismo partidário [arts. 2.º e 288.º, alínea i), 1.ª parte].

A democracia interna dos partidos é um corolário, por coerência, do princípio democrático em que

assenta a Constituição. Não pode haver democracia na República e não haver democracia no interior dos partidos.

O falar-se em pluralismo de expressão e de organização política democrática, assim como em oposição democrática [arts. 114.º, n.º 2, e 288.º, alínea i), 2.ª parte], e o impor-se aos partidos o respeito do princípio da democracia política (art. 10.º, n.º 2) poderia inculcar, à primeira vista, uma ideia de limitação ou de uma democracia defensiva ou militante.

Pois democrático pode ser entendido tanto no sentido de favorável à democracia (sendo antidemocrático o que propugna um sistema político não democrático) como no sentido de conforme com a democracia (sendo antidemocrático o que utiliza meios não democráticos de acção política para realizar o seu programa, democrático ou não). Ali, para se avaliar da democraticidade, haveria que confrontar a doutrina e as finalidades dos grupos políticos com a concepção democrática que a Constituição consagra; aqui, haveria que confrontar a prática com as regras fundamentais da vida política democrática, para verificar se estas são ou não observadas.

O primeiro entendimento reduziria a margem de liberdade e de segurança dos cidadãos; daria à maioria de momento a possibilidade de eliminar as minorias sob pretexto de contrariarem a democracia; levaria

a um beco sem saída, porque, afora a democracia pluralista e representativa de tipo ocidental, outras visões de democracia se conhecem, cada qual pretendendo-se de maior validade, de tal sorte que, onde essas concepções estivessem algo difundidas, se tornaria impossível banir da vida pública os grupos e partidos correspondentes sem repressão ou sem marginalização de vasto número de cidadãos.

É preferível, sem hesitar, o segundo entendimento. O carácter democrático da expressão e da organização políticas tem de ser visto em acto, e não em intenções, palavras, programas ou ideologias, e é isso que verdadeiramente interessa para salvaguarda da ordem constitucional democrática; o qualificar-se um partido nunca pode ser uma questão jurídica, porque juridicamente só actos podem ser apreciados, não ideologias; o exercício da liberdade política não pode ser restringido por razões ou opções de natureza política.

A menção da democracia no art. 2.º incorpora uma regra prescritiva, não uma regra negativa ou proibitiva. Obriga a que na expressão e na organização políticas se observem as regras inerentes a uma ordem constitucional democrática – esse o sentido do art. 10.º, n.º 2; obriga a que se siga o “método democrático” de acção política, e não qualquer método assente na subversão ou na violência.

Não proíbe, só por si, nenhuma expressão ou organização, nem sequer a expressão e a organização que se proponham criar um regime diferente do regime democrático; nem autoriza qualquer discriminação com fundamento em fidelidade ou não à democracia, visto que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de convicções políticas ou ideológicas (art. 13.º, n.º 2), a informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções políticas ou a filiação partidária (art. 35.º, n.º 3), são proibidos despedimentos por motivos políticos ou ideológicos (art. 53.º) e os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades não podem ser prejudicados ou beneficiados em virtude do exercício de quaisquer direitos políticos previstos na Constituição, nomeadamente por opção partidária (art. 269.º, n.º 2).

O que a Constituição impede é a actividade, seja ela qual for e em nome de seja qual for a ideologia, que atente contra o respeito dos direitos fundamentais e contra o funcionamento das instituições constitucionais. Porém, essa actividade há-de apurar-se objectivamente através do seu enquadramento nos tipos de crimes previstos e punidos pela lei penal e só os tribunais a podem punir, como violação da legalidade democrática (art. 202.º, n.º 2), e não quaisquer órgãos políticos.

E é, a esta luz, que se entende a proibição de associações armadas, militarizadas e paramilitares e de organizações racistas (art. 46.º, n.º 4), aquelas por contrariarem a unidade do Estado e o Estado de Direito e estas por ofensivas da dignidade da pessoa humana.

Única excepção a este princípio – mas que, por isso mesmo, o confirma – é o art. 46.º, n.º 4, in fine [e, em conjugação com ele, o art. 160.º, n.º 1, alínea d)], o qual não consente “organizações que perfilhem a ideologia fascista”. Verdadeira quebra ou auto-ruptura da Constituição, há, contudo, que delimitá-la restritivamente, até por maioria de razão à face das regras do art. 18.º, n.º 2. Se ele pode ter sido emblemático na conjuntura histórica em que foi aprovado, de jure condendo nem por isso ele se justifica, por pôr em causa tanto a total democraticidade do sistema como o princípio da igualdade, através da discriminação contra uma ideologia, entre as várias eventualmente não identificadas com a democracia pluralista consagrada na Constituição.

Depois de muitos anos de incompreensão e de isolamento perante as grandes transformações do mundo e de hostilidade contra as Nações Unidas, Portugal, desde 1974, reabriu-se à comunidade internacional e retomou a tradição ecuménica de fraternidade entre os povos que haviam marcado os momentos mais altos da sua história.

Conforme consta do texto constitucional de 1976 (após sucessivas revisões):

– Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade (art. 7º, nº 1);

– Portugal preconiza o estabelecimento de um sistema de segurança coletiva, com vista à criação de uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça nas relações entre os povos (art. 7º, nº 2);

– Portugal reconhece o direito dos povos à autodeterminação e independência e ao desenvolvimento (art. 7º, nº 3);

– Portugal mantém laços privilegiados de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa (art. 7º, nº 4);

– Portugal empenha-se no reforço da identidade europeia e no fortalecimento da ação dos Estados europeus a favor da democracia, da paz, do progresso económico e da justiça nas relações entre os povos (art. 7º, nº 5);

– Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado

de Direito democrático e pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça e a definição e a execução de uma política externa, de segurança e de defesa comum, convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia (art. 7º, nº 6);

– Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma (art. 7º, nº 7);

– Incumbe ao Estado, em cooperação com todos os agentes culturais, desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa [art. 78º, nº 2, alínea d)];

– Uma das incumbências do Estado no âmbito económico social é desenvolver as relações económicas com todos os povos [art. 81º, alínea j)].

Por outro lado:

– As normas e os princípios de Direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do Direito português (art. 8º, nº 1);

– As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na

ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português (art. 8º, nº 2);

– As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos (art. 8º, nº 3);

– As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (art. 8º, nº 4);

– Prevalece na doutrina e na jurisprudência a supremacia do Direito internacional sobre o Direito ordinário interno e a lei orgânica do Tribunal Constitucional explicita o poder dos tribunais em geral, com recurso para o Tribunal Constitucional, de recusarem a aplicação de ato legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional [art. 70º, nº 1, alínea i)];

– O princípio da legalidade criminal não impede a punição, nos limites da lei interna, de ação ou omissão que, no momento da sua prática, seja considerada criminosa segundo os princípios gerais do Direito internacional comumente reconhecidos (art. 29º, nº 2).

Não menos claro vem a ser o sistema de direitos fundamentais:

– Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam, salvo exceções contadas, dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português (art. 15º, nos 1 e 2);

– Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática (art. 15º, nº 3);

– A lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral activa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais (art. 15º, nº 4);

– A lei pode ainda atribuir, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos Estados-membros da União Europeia residentes em Portugal o direito de elegerem e serem eleitos Deputados ao Parlamento Europeu (art. 15º, nº 5);

– Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros não apenas constantes da lei como das regras aplicáveis de Direito internacional (art. 16º, nº 1);

– Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16º, nº 2);

– É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua atividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana (art. 33º, nº 8) e a lei define o estatuto de refugiado político (art. 33º, nº 9);

– A expulsão de quem tenha entrado ou permaneça regularmente em território nacional, de quem tenha obtido autorização de residência ou de quem tenha apresentado pedido de asilo não recusado só pode ser determinada por autoridade judicial, assegurando a lei formas expeditas de decisão (art. 33º, nº 2);

– Sem prejuízo das normas de cooperação judiciária penal no âmbito da União Europeia, só é admitida a extradição por crime a que corresponda, segundo o Direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva de liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, se, nesse domínio, o Estado requisitante for parte de convenção internacional a que Portugal esteja vinculado e oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada (art. 33º, nos 4 e 5);

– Não é admitida a extradição, nem a entrega, a qualquer título, por motivos políticos ou por crime a que corresponda, segundo o Direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física (art. 33º, nº 6);

– A extradição só pode ser determinada por autoridade judicial (art. 33º, nº 7).

Finalmente, uma brevíssima referência à Declaração Universal.

As circunstâncias políticas anteriores a 1974 e as imediatamente posteriores levaram a que tanto nas primeiras declarações revolucionárias de 1974 como na Assembleia Constituinte se tomasse a Declaração Universal dos Direitos do Homem como elemento fulcral da legitimidade encarnada no novo Direito constitucional português e daí o há pouco citado art. 16º, nº 2 da Constituição de 1976.

Este art. 16º, nº 2 não envolve uma recepção material. Não sujeita os artigos ou proposições da Declaração Universal aos quadros da Constituição; conjuga, sim, a Constituição com a Declaração Universal no domínio dos direitos fundamentais, fazendo-a participar e depender do seu espírito numa necessária harmonia valorativa. É uma norma de recepção formal.

Traduzindo-se, como se traduz, a Declaração Universal em princípios gerais de Direito internacional, eles aplicar-se-iam sempre, enquanto

tais, na ordem interna por virtude da cláusula de recepção do Direito internacional geral ou comum do art. 8º, nº 1, da Constituição e da cláusula aberta de direitos fundamentais do art. 16º, nº 1.

O art. 16º, nº 2, eleva-os, porém, diretamente à categoria de princípios constitucionais, a par dos que estão inscritos no preâmbulo da Constituição e no articulado e de outros, ainda, que o legislador constituinte não tenha querido ou podido explicitar. E, desse jeito, integra a Constituição positiva portuguesa com “o ideal comum a atingir” ou a “conceção comum” de direitos e liberdades a que se reconduzem tais princípios; configura a Constituição em sentido formal e a Constituição em sentido material de modo a aí abranger a Declaração.

A função do art. 16º, nº 2, vem a ser dupla. Em primeiro lugar, ele situa os direitos fundamentais em Portugal num contexto mais vasto e mais sólido que o da ordem jurídica positiva do Estado, situa-os no contexto da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Em segundo lugar, vai impregnar a Constituição dos princípios e valores da Declaração, como parte essencial da ideia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais – e, por conseguinte, todas as normas da ordem jurídica portuguesa – têm de ser pensadas e postas em prática.

CAPÍTULO 2

GOVERNABILIDADE E CONTROLE DO PODER

A GOVERNABILIDADE E O SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO

Pedro Luiz Costa
Cavalcante*

*Pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Professor do Mestrado Profissional em Administração Pública do PPGA/UnB e IDP. Pós-Doutor na School of International and Public Affairs (SIPA), Columbia University. Doutor em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB).

► Resumo

O Professor Pedro Cavalcante, nesta exposição, apresentou uma análise histórica do processo político e institucional do Brasil. O Professor discorreu sobre a visão predominante da Ciência Política Brasileira, através de uma perspectiva neoinstitucionalista. Ao dar ênfase ao presidencialismo de coalizão, Pedro Cavalcante argumentou que é um tema central no debate da Ciência Política e do Jornalismo Político. Segundo ele: “o presidencialismo de coalizão é um padrão de funcionamento do relacionamento entre o Executivo e o Legislativo”.

O Cientista Político, normalmente, quando se interessa em fazer alguma previsão, algum prognóstico, erra em mais ou menos 110%. Então, como Cientista Político vou me ater ao histórico e a configuração do olhar da Ciência Política para esse tema tão relevante, que é: A Governabilidade e o Sistema Político Brasileiro. Parte do meu exercício é apresentar o olhar predominante da Ciência Política Brasileira dentro de uma perspectiva neoinstitucionalista, ou seja, um olhar da Ciência Política para as regras, para as instituições que moldam o comportamento dos atores e das organizações, principalmente, no relacionamento Executivo e Legislativo.

O Brasil, assim como os demais países da América Latina, segue a um processo de isomorfismo mimético, ou seja, segue uma reprodução do modelo

norte-americano de presidencialismo, bem ponderado pelo Professor Jorge Miranda anteriormente. Todos esses casos da América Latina não se assemelham ao modelo original de equilíbrio de poder, mas é inegável que são repúblicas presidencialistas em um cenário democrático dos últimos 30 anos.

Da mesma forma que a gente tem os Estados Unidos como referência, mas não segue o padrão norte-americano, quando colocamos uma lupa na América Latina vamos identificar, também, padrões bastante distintos de funcionamento desses presidencialismos, desses regimes, desses sistemas políticos que vai variar de acordo com outros fatores que não apenas a Constituição desses países, ou seja, o modelo básico.

A principal referência do funcionamento do Presidencialismo do Brasil é conhecida como presidencialismo de coalizão, algo que já não é novo, e que é muito comum no debate da Ciência Política e do Jornalismo Político, ou seja, senso comum no Brasil. Então, basicamente, é um padrão de funcionamento do relacionamento entre o Executivo e o Legislativo, de modo que em um sistema no qual existe um número muito grande de partidos e o principal partido, o Partido do Presidente da República, não possui maioria no Congresso, há uma tendência de construção de uma base de sustentação no Congresso Nacional. Na verdade, há uma separação

de poderes, mas há também uma tentativa de construção da maioria, olhando para os outros partidos, isso é muito comum em Sistemas Parlamentaristas, principalmente, Sistemas Parlamentaristas que também tem o multipartidarismo, diferente, por exemplo, da Inglaterra onde é predominantemente, ou seja, dois países dominam o cenário.

No Brasil, essa conceituação do Sérgio Abrantes ela é aplicada, embora muito disseminada, a sua aplicação original é na análise que ele faz de 1945 a 1964, ou seja, no período anterior democrático que vemos, ele vai alegar que a formação da base de sustentação do Governo pressupõem a entrega de postos a determinados partidos, e no caso de 1945 a 1964, eram partidos grandes, e também a utilização de verbas orçamentárias para manter essa base disciplinada, do ponto de vista de produção legislativa. A única adequação dessa conceituação, no período da Nova República, se dá ao fato de, não necessariamente, ser apenas partidos grandes, por exemplo, o Governo Lula, a base é muito mais heterogênea, incorporando partidos médios e partidos até considerados de pequenas legendas, nanicos e etc.. Então, é basicamente a partir dessa conceituação que funciona o Sistema Político Brasileiro.

Nesse Sistema, assim como já mencionado anteriormente, é na Presidência que está o centro da gravidade, o centro do poder e das grandes deci-

sões políticas, contraditoriamente ao senso comum. A literatura da ciência Norte-Americana preconiza, no caso americano, no caso da Política Doméstica Americana, que o autor central não é o Presidente e sim o Congresso. O Congresso Americano tem o poder muito forte, sobretudo, pelo fato de reter a formulação e a execução orçamentária. Todo anúncio de Política ou de guerra nos Estados Unidos é sempre uma convocação do Presidente Americano para que a sociedade pressione o Congresso, para que aprovem determinado orçamento. Então, há uma concentração muito forte de poder no Congresso Americano.

No caso da América Latina e, principalmente, do Brasil, o centro da gravidade se encontra na Presidência, existem razões para além da Constituição que vão explicar esse fenômeno. A primeira delas é a própria Constituição que possibilita que o Presidente faça um conjunto enorme de nomeações para as estatais, para as empresas públicas, para a administração direta e indireta, sendo a maioria delas desnecessárias a sabatina ou a aprovação no Congresso. A formulação e a execução do orçamento, diferente do modelo Norte-Americano é predominantemente do Governo Federal, do Poder Executivo Brasileiro, embora recentemente tenha sido aprovado o orçamento impositivo, esse orçamento está muito relacionado a imposição de execução de emendas, não neces-

sariamente de todo o orçamento. Alguns Poderes Legislativos, ainda há resquícios, muito deles resquícios do regime autoritário, regimes autoritários anteriores, como, por exemplo, a Medida Provisória que era conhecida como Decreto Lei anteriormente, a iniciativa exclusiva de alguns Projetos de Lei, pedido de urgência a um Projeto de Lei, veto parcial e veto total são prerrogativas constitucionais que aumentam a capacidade do Executivo de impor a sua agenda, fatores históricos das centralidades administrativa no Brasil que são fortes em Políticas Públicas, Políticas Sociais, principalmente, no âmbito do Governo Federal e do Poder Executivo.

Por fim, o padrão de carreiras políticas no Brasil, que também é diferente, tem uma predominância muito grande do Executivo. Nesse ano vamos viver mais um processo Municipal, das Prefeituras Municipais e, por exemplo, cerca de uma centena, em média, de Deputados ou Parlamentares se ausentam do cargo não oficialmente, mas para se candidatar, ou seja, há uma predominância, uma priorização do político brasileiro pelos cargos do Executivo. Em linhas gerais, o modelo de Presidencialismo de coalizão é bastante complexo, mas é considerado democrático, democrático por duas razões principais: i) maximiza o accountability. Basicamente, é a prestação de contas, grau de responsividade do Agente Público. Mas ele maximiza

o accountability na medida em que a eleição para Presidente define claramente, de forma objetiva, quem é o responsável pela poluição da administração do Brasil; ii) o Governo Federal responsável, por exemplo, pela Política Econômica e boa parte das políticas sociais. Um bom desempenho na política econômica tende a refletir na boa popularidade da Presidente e não do Congresso, por exemplo, e vice-versa.

Além disso, até mesmo o processo de maximização da representatividade, na medida em que o sistema proporcional de lista aberta faz com que muitos segmentos da sociedade consigam representação, não tem cláusula de barreira e as coligações também possibilitam que diversos setores, em boa medida, até um pouco exagerado, temos um número excessivo de partidos, mas obriga que o Executivo negocie com todos os segmentos da sociedade representada no âmbito do Congresso Nacional.

Um elemento central desse processo é justamente a formação do Governo, então o processo de formação do Governo, no caso de Presidencialismo de Coalizão Brasileiro, não é ditado pela sua Constituição e sim por outras dimensões relevantes, sendo:

i) A organização e o perfil dos Ministros de 1990, dos governos democráticos até 2014. A cota técnica e a cota institucional é uma parte significativa da composição do Ministério no Brasil, ou seja, determinadas áreas, como a

Jurídica, a Defesa, Relações Exteriores são ocupadas por representantes desse segmento. O Ministro Gilmar Mendes é um caso, um exemplo disso, assim como o Ministro Adams ocupava a Advocacia-Geral da União, dentro dessa lógica de cota técnica;

ii) A relação com o partido, normalmente o partido do Presidente ocupa os principais cargos. O partido da coligação eleita também ocupa alguns cargos;

iii) A equação mais complexa e mais difícil, o relacionamento com o Congresso Nacional. A composição, a proporcionalidade da importância do partido no Congresso e no Ministério.

iv) A questão regional. o Brasil é composto por cinco regiões e, normalmente, é uma preocupação atender essas regiões, sobretudo, em pautas específicas como, por exemplo, a integração nacional.

O desafio, então, do Presidente não é nada simples, não é nada trivial, é equilibrar esse apoio Parlamentar com o patamar mínimo de conhecimento técnico, embora o senso comum discorde, mas os dados mostram que em linhas gerais, em regra, o perfil do Ministro no Brasil é altamente qualificado, seja profissionalmente ou academicamente, o que não exclui o perfil político. Então, temos inúmeros casos de Ministros com envolvimento político e altamente qualificado.

Com relação a governabilidade existem três grandes teorias:

Uma teoria, que remonta a Década de 80 e 90, no início da redemocratização na América Latina, que alegava que o multipartidarismo aliado a um presidencialismo como partidos frágeis iria gerar crise institucional e paralisia decisória;

Uma que alega que o Sistema Eleitoral de Lista Aberta e incentiva que o Parlamentar tenha comportamento individualizado. Então, o Congresso tende a delegar ao Executivo o protagonismo da produção legislativa.

Teoria mais consensual, em que há uma harmonia, o Executivo consegue ter uma harmonia entre os fatores que descentralizam a atuação. Ou seja, Sistema Partidário, Federalismo e Lista Aberta, por outro lado as prerrogativas constitucionais e a organização da Câmara dos Deputados faz com que haja uma harmonia. A agenda do Executivo, na verdade, a agenda da maioria se sobrepõe.

Então, o argumento é que não existe agenda diferente. Durante muito tempo se argumentava que agenda do Executivo era preponderante no Legislativo, hoje não, hoje a ideia é muito mais voltada para uma composição complementar e endógena dessa agenda, ou seja, uma agenda da maioria e não uma agenda só do Executivo. Isso é explicado da seguinte forma: as Emendas Orçamentárias não são desassociadas do Orçamento Geral da União, muito menos do

Plano Plurianual, a composição dos Ministérios, muitas vezes, por Parlamentares ou indicados por Parlamentares, também tem um papel importante na definição da agenda de cada Ministério.

Por fim, há uma aproximação muito grande na composição da Comissão Mista de Orçamento, principalmente, nos seus cargos-chaves, com a composição do Ministério e da base. Isso vai refletir, quando a gente olha para a taxa de sucesso do Executivo no Congresso ou da maioria no Congresso. O caso brasileiro é bastante emblemático, e até superior a média dos Regimes Parlamentaristas.

Trago 1964 para dar um indicativo de como na Nova República chegou a um patamar próximo de 80%. Isso demonstra o quê? Que há uma convergência muito forte, que corrobora em boa medida com essa terceira teoria de agenda da maioria. Logicamente, que é uma tendência de momentos de baixa popularidade de essa aprovação ser diminuída. Quando falo aprovação do Executivo aqui, não é apenas matéria de proposição do Executivo, mas aquela em que o Executivo sinaliza a favor ou contra, o Governo sinaliza a favor ou contra. Lógico que isso vai diminuir de acordo com o mandato, ou seja, quanto mais próximo do começo do mandato maior a taxa, quanto maior a popularidade do Presidente, maior a taxa de aprovação. Até mesmo no último governo Dilma, encerrada em 2014, a taxa era muito alta, essa

proximidade com a posse, chama na Ciência Política: Efeito Honeymoon. Se olharmos para esse quadro e pensar na questão da governabilidade e da relação do Executivo e do Legislativo no Brasil, podemos até nos perguntar: o que o Pedro está fazendo aqui? Se o tema da pauta era governabilidade, crise e etc.. Ou seja, isso foi um reflexo dos últimos 25 anos, e, com certeza, momentos de crise aconteceram, seja econômica (em 1998), seja política (em 2005), com a crise do Mensalão e assim por diante. Mas, no geral, o relacionamento tem sido harmonioso.

Entretanto, a conjuntura nos traz um cenário bastante diferente e bastante agravado desse relacionamento. Para aqueles que não vivenciaram esse processo, a eleição de 2014 foi altamente tensa e com resultado mais acirrado na história recente do Brasil, na história da Nova República. A composição do Congresso é mais conservadora e fragmentada, quando falo fragmentada, não estou falando de seis partidos, estamos falando de 28 partidos. É um nível de fragmentação fora da realidade de qualquer democracia madura. E, além disso, há um elemento importante, que o Presidente de umas das casas é declaradamente opositor ao Governo. Isso é um fator importante também, porque nunca havia acontecido anteriormente.

Há uma crise econômica, desconfiança do mercado com relação a capacidade da Presidente, do Governo em impor e

honrar os seus compromissos fiscais. Um processo avassalador, do ponto de vista institucional de investigação da maior empresa do Brasil, que demonstrou que as nomeações, assim com o processo de financiamento de campanha não segue uma lógica tão republicana e tão ideológica, como se preconizava.

Abaixo a isso, conseqüentemente tem um efeito grande sobre a popularidade Presidencial. Um perfil técnico da Presidente da República, isso é importante, porque é outra lógica. Diferente dos dois Presidentes anteriores, que eram políticos de natureza, criadores dos seus partidos e Presidentes de Honra dos seus partidos, com a formação política muito mais forte, a Presidente não tem essa capacidade de articulação política dos anteriores, o que gera paralisia no Legislativo e, sobretudo, a situação atual, de tensão social e política desencadeada no processo de impeachment.

A conjuntura ela é bem mais negativa do que todo o histórico recente da Nova República, pós-impeachment do Presidente Collor principalmente, mas traz um caminho ou uma sinalização clara de que há uma crise de legitimidade desse modelo, ou seja, embora a Ciência Política argumentava que o custo, em termos de postos no Governo e a execução do orçamento era um custo baixo, com retorno alto, em termos de governabilidade, atualmente há um questionamento tanto dentro da Política, quanto na

sociedade, de que esse custo na prática não é baixo assim, então tem uma versão moral em relação a essa lógica, a esses mecanismos que mantiveram o presidencialismo de coalizão funcionando durante tanto tempo.

Não trago aqui nenhuma Resolução, nenhuma orientação, e muito menos alguma previsibilidade do processo, mas alguns pontos, algumas questões vale a pena para refletirmos e seguir de ponto de debate. Há uma clara possibilidade de mudança no comando do Governo, isso vai apresentar condições de reconstrução do modelo, ou seja, seria um problema puramente conjuntural? Difícil conseguirmos responder isso agora. Nós, Cientistas Políticos, pelo menos, esperamos alguns anos para conseguir responder esse tipo de questão, mas é algo a ser refletido.

O caminho, na verdade, seria estrutural, uma vez que há muito tempo já sinalizava que este modelo de presidencialismo, coalizão com multipartidarismo tende a paralisia decisória e a crises institucionais, então seria o caminho para uma Reforma Política? Alterar, diminuir ao menos o número de partidos, e enxugar o custo do financiamento dessas campanhas eleitorais?

Também tem se aventado alternativas muito pouco desenvolvidas de modelos do semiparlamentarismo e do semipresidencialismo. A despeito da dificuldade de construção de uma agenda de custo operacional de uma

agenda dessas, que requer emenda a Constituição, e já foi rechaçada pela Constituição pela população, no plebiscito de 1993, seria esse o caminho? Ou seja, uma reformulação completa em um modelo. Esses são pontos a serem debatidos e negociados.

Não há nenhuma tentativa de anedota aqui, mas procurei no Google alguma figura que apresentasse o relacionamento do Executivo e do Legislativo no Brasil, e esse do Cícero me pareceu bastante interessante, porque no olhar, com base nas teorias do relacionamento entre o Executivo e o Legislativo, coloca em cheque, justamente, aquilo que é consensual na Ciência Política, ou seja, de acordo com a teoria, pode tirar até o PMDB e deixar o Congresso com uma relação mais institucional e menos partidária, teríamos um relacionamento para aqueles que não são do Brasil. Esse é um pedaço do Congresso Nacional à direita e, aqui, a esquerda, é o Palácio do Planalto, que é a sede da Presidência. Então, se seguissemos à risca hoje, na leitura predominante da Ciência Política, essa relação seria o quê? Equilibrada. Se seguissemos a segunda interpretação, essa relação seria assimétrica, mas inversa, ou seja, a Dilma acima. O título dessa figura é: Altura do Poder. A Dilma acima.

Na verdade, o que vemos hoje é justamente aquilo que foi defendido por brasilianistas e pesquisadores da

América Latina, da Ciência Política na América Latina, justamente o inverso, ou seja, o multipartidarismo gerando conflitos e outros fatores, de modo que o Legislativo está se sobrepondo ao Executivo.

Qual será o resultado desse processo? Não sabemos. Não me cabe aqui fazer previsões. Em breve saberemos os resultados desse processo.

A FUNÇÃO JURISDICIONAL E O CONTROLHE DO PODER POLÍTICO: UM APONTAMENTO¹⁹

Tiago Fidalgo de Freitas*

*Coordenador Executivo do Centro de Investigação de Direito Público (CIDP), Assistente Convidado e Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Lisboa, Portugal). LL.M. em Direito Comparado, Europeu e Internacional pelo Instituto Universitário Europeu (Florença, Itália). LL.M. em Direito pela N.Y.U. School of Law (Nova Iorque, EUA). Diplomado pela Academia Europeia de Direito Público (Legrainna, Grécia). Licenciado em Direito, menção de ciências jurídico-políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

► Resumo

A presente palestra tem por objecto as condicionantes do controlo do poder político por parte da função jurisdicional, focando-se em três aspectos: a independência judicial, a limitação funcional dos poderes de conhecimento da jurisdição e a legitimidade processual enquanto elemento essencial da separação de poderes.

I. Introdução

O tema proposto divide-se em dois aspectos: governabilidade, por um lado, e controlo de poder, por outro. Nesta intervenção o foco será no segundo aspecto.

Sobre a governabilidade, justifica-se, ainda assim, uma breve nota que fundamenta a actualidade das reflexões sobre a matéria.

Os dois sistemas políticos, de Portugal e do Brasil, estão, neste momento, numa encruzilhada numa busca de uma nova identidade. Ou, se calhar, sempre tiveram uma crise de identidade: basta analisar os seguintes dados paradoxais.

Em Portugal, na sequência de um regime autoritário que durou meio século, adoptou-se um sistema eleitoral (proporcional) que evitasse governos de maioria absoluta; esse sistema elei-

toral acabou por gerar três maiorias absolutas e uma quase quarta maioria absoluta. Por outro lado, consagrou-se, como Chefe de Estado, um Presidente da República que é o único órgão de soberania com legitimidade eleitoral unipessoal por ser eleito com sufrágio directo universal; no entanto, foram-lhe atribuídas competências muito limitadas para a amplitude da legitimidade democrática que tem.

No Brasil, instaurou-se, durante a vigência da Constituição cidadã de 1988, na sequência de plebiscito realizado em 1993, um regime presidencialista. Mas um regime presidencialista com num sistema partidário altamente segmentado leva a câmaras legislativas fragmentadas. A isto acresce que o sistema não teve, até 2007 (na sequência de resolução do Tribunal Superior Eleitoral), qualquer mecanismo de fidelidade partidária.

Há, então, razões para dizer que se verifica, em cada uma destas duas jurisdições, uma crise de identidade originária no que à governabilidade diz respeito.

Sobre a função jurisdicional enquanto instrumento de controlo do poder político, de uma perspectiva de teoria da Constituição – ou, dito de outro modo, de engenharia ou de desenho constitucional, não especificamente centrado numa jurisdição concreta –, apresentam-se três ideias, sequencialmente ordenadas:

(i) A independência jurisdicional é uma condição necessária, mas não

¹⁹ Trata-se da versão escrita desgravada e corrigida da intervenção do autor. Optou-se por manter o registo expositivo e oralizante da intervenção, sem referências bibliográficas. Aproveita-se para se agradecer o convite para, pela segunda vez, participar num Encontro Luso-Brasileiro de Direito ao Ministro Gilmar Mendes, ao Professor Paulo Gonet Branco, ao Professor Jorge Miranda e ao Professor Carlos Blanco de Morais.

suficiente, para assegurar um Estado de direito;

(ii) A limitação funcional dos poderes de conhecimento da jurisdição é, também ela, uma condição adicional de qualquer Estado de direito;

(iii) A legitimidade processual é um elemento essencial da separação de poderes e deve ser (também) pensada e perspectivada dessa forma.

II. A independência do poder judicial

A ideia da independência judicial remonta ao ano de 1701, com o Decreto de Estabelecimento no Reino Unido. Aprioristicamente, é entendida como a possibilidade de um juiz conduzir o seu trabalho sem pressões de outros poderes públicos, de partes em processos ou de grupos de pressão. A independência judicial não visa, assim, apenas a autonomia dos juízes enquanto um fim em si mesmo, mas também como um meio para um fim. Efectivamente, sendo os juízes os últimos árbitros dos vários conflitos que emergem, assegurar a respectiva independência contribui decisivamente para manter a estabilidade na sociedade, da política e da economia. Mais: como o poder judicial é uns dos actores centrais, senão o actor central, do sistema de justiça, um poder judicial vulnerável resulta naturalmente num sistema de justiça vulnerável.

A outro tempo, as decisões dos tribunais consistem numa aplicação da lei ao caso concreto e não na opinião dos juízes

sobre o caso, representando, por isso, uma decisão jurídica e não uma decisão política. É precisamente por isso que as decisões dos tribunais são obrigatórias e devem ser respeitadas por todos.

Neste sentido, a independência judicial é considerada, por todo o mundo, por todas as organizações internacionais, desde o Conselho da Europa às Nações Unidas, como um dos fundamentos do Estado de direito. O problema não é concordar ou discordar desta ideia, é saber o que ela significa. Para que possamos compreender o seu significado e quais são as suas consequências é necessário:

- (a) Identificar os elementos da independência judicial;
- (b) Determinar as medidas da independência judicial;
- (c) Identificar formas de potenciar essa independência;
- (d) Reconhecer algumas das dificuldades da independência judicial nos dias de hoje.

No que aos elementos da independência judicial diz respeito (a), os estudos identificam um conjunto amplo de variáveis a ter em conta. Nem todas têm de se verificar na maior medida possível, como se verá, devendo bastar uma medida adequada. Aquelas que de seguida se listam contribuem para defender o poder judicial de ataques de outros poderes públicos:

- (1) A proclamação da independência judicial no texto constitucional. Esta é, simultaneamente, a garantia mais

simples e a menos significativa; se é evidente que é a mais fraca de todas as garantias, a sua proclamação não deixa de ser necessária;

(2) Os mandatos dos titulares dos órgãos do poder judicial. Se nos Estados Unidos da América os titulares do Supremo Tribunal têm um mandato vitalício, podemos encontrar também mandatos muito mais curtos – basta pensarmos na Constituição da Síria de 1930, em que os mandatos dos juízes eram de um ano, ou na Constituição Mexicana pós-1994, que consagra mandatos de 15 anos. Alguns autores entendem que permitir apenas um mandato, não renovável, seja qual for a duração, é essencial para garantir a independência judicial. Outros entendem que o factor mais relevante é assegurar que a duração do mandato dos juízes é mais longa do que a de quem os designa. Uma terceira corrente doutrinária sustenta que apenas nos casos de mandato vitalício – com ou sem idade de reforma obrigatória – há verdadeira independência, visto que apenas nesses casos é seguro que o juiz não procurará outro emprego findo o seu mandato;

(3) O procedimento de selecção dos titulares do poder judicial. A escolha dos juízes, será tanto mais imparcial quanto for feita por um órgão autónomo do poder político – tal como um conselho judicial, semelhante, ou não, ao Conselho Superior de Magistratura português – ou não estiver

dependente de apenas um actor político, mas assegurando a participação de vários órgãos;

(4) Os procedimentos de cessação dos mandatos dos titulares do poder judicial. É necessário que se determine quais são os órgãos que têm iniciativa para um procedimento desta natureza, bem como o órgão e a maioria exigível nas votações para tomarem a decisão em causa. Quanto menos expostos aos órgãos do poder político forem estes procedimentos, maior a independência judicial;

(5) As causas de cessação dos mandatos dos titulares do poder judicial. Apenas em casos expressamente previstos na lei e muito limitados – designadamente a prática de crimes e violações graves do Estatuto Disciplinar dos Magistrados – poderá um juiz ver o seu mandato cessar antes do seu fim constitucional ou legalmente previsto;

(6) A irredutibilidade do salário. Se os salários dos juízes dependerem do poder político do Estado, os juízes poderão temer que, caso tomem decisões que sejam inconvenientes para aquele, o seu salário venha a ser reduzido. É, por isso, importante que os orçamentos dos tribunais sejam orçamentos privativos dos próprios. A autonomia financeira é, na verdade, quase o último reduto da autonomia do poder judicial.

É necessário, de seguida, encontrar mecanismos adequados para medir a independência judicial (b). Trata-se,

não obstante, de uma tarefa complexa, visto que a independência judicial é uma variável contínua, é uma variável de mais ou de menos, e não uma variável dicotómica (de sim ou de não). Significa que isto que não se pode olhar para um sistema jurídico e concluir que há independência judicial em absoluto ou que não há independência judicial de todo. O que tem de se avaliar e decidir é se há maior ou menor independência judicial.

Repare-se, em todo o caso, na dificuldade da tarefa: as combinações possíveis dos factores identificados acima são quase infinitas, correspondendo, na maior parte dos casos, a graus de realização muito diferenciada. Da mesma forma, a independência pode variar consoante os tipos de casos ou as matérias, bem como consoante se trate de um caso em primeira instância ou em recurso.

Por outro lado, há que notar que os factores elencados acima são essencialmente formais. Sucede, porém, que muitas vezes os referidos factores são respeitados *prima facie*, mas, na verdade, tornam-se apenas factores nominais.

A forma de promover, no fundo, a legitimidade e a independência judicial acaba por ser através da argumentação, ou seja, uma lógica de representação argumentativa (c). Essa representação argumentativa é feita através de três formas: (i) através da adopção de uma metodologia decisória que seja inteligível

e respeitada pelos juízes nas suas decisões; (ii) através do estilo de escrita das decisões judiciais: um acórdão que seja curta e seco, em lugar de discursivo, reduz potencialmente a legitimidade do poder judicial e, por essa via, potencialmente a sua independência; (iii) a existência de votos vencidos e de declarações de voto contribui para aumentar a representatividade das decisões dos tribunais, ao contrário do que acontece em tribunais em que seja exigido que se fale uma única voz, como acontece no Tribunal de Justiça da União Europeia.

O verdadeiro problema de todos esses aspectos da independência judicial é que construir um sistema de independência judicial que funcione representa um compromisso extremamente difícil. E tanto mais difícil quanto o momento em que Portugal e o Brasil instauraram a independência judicial (o Brasil na década de 80 e Portugal na década de 70), representante da ‘terceira vaga’ democrática, coincidiu com a expansão global do poder judicial e com a judicialização do poder político. Estes dois fenómenos resultaram em que, ao contrário do passado, em que se circunscreviam a decidir disputas entre particulares, os tribunais são cada vez mais politizados e controlam cada vez mais áreas do poder político. Este processo de expansão global do poder judicial tem vantagens, por exemplo, vantagens potenciais em relação ao aumento dos níveis de

protecção dos direitos fundamentais. Comporta igualmente, todavia, riscos significativos: a partir do momento em que os tribunais entram no processo político, e fazem-no com poder de decisão em última instância, os outros poderes do Estado passam a ter interesse em capturar os tribunais, determinando inexoravelmente, se nisso tiverem sucesso, uma perda significativa de independência judicial.

III. Os limites funcionais ao poder de conhecimento dos tribunais

Em relação aos limites funcionais ao poder de conhecimento dos Tribunais, no caso dos Estados Unidos da América, a mais conhecida decisão do Supremo Tribunal, *Marbury v. Madison*, de 1803, refere-se à conhecida “political question doctrine”, excluindo as questões desta natureza da sua jurisdição. Mas foi com a decisão *Baker v. Carr*, de 1962, que o Justice Brennan identificou os requisitos que permitiram identificar estar-se perante uma “political question”, a saber:

- (a) A existência de uma norma jurídica que atribua a responsabilidade pela matéria a um órgão do poder político;
- (b) A inexistência de normas jurídicas que possam ser aplicadas pela função jurisdicional que o permitam resolver;
- (c) A impossibilidade de decidir a matéria sem prescindir de uma perspectiva política que claramente extravase a discricionariedade judicial;

(d) A impossibilidade de um tribunal decidir o litígio sem desrespeitar o poder político do Estado;

(e) A necessidade incomum de respeitar uma decisão política que tenha sido tomada anteriormente; e,

(f) A possibilidade de criar uma situação embaraçosa para os órgãos do poder político do Estado.

Sem detalhar a forma que esta questão política tem em outros ordenamentos, deverá reconhecer-se que é um problema presente em todos os ordenamentos. É essencial conseguir determinar-se, em cada jurisdição, de uma forma constitucionalmente adequada – ou seja, de uma forma contingente, que depende de cada Constituição positiva –, o que está e o que não está excluído do âmbito do conhecimento do tribunal. Fazê-lo é absolutamente fundamental para assegurar que a função jurisdicional não extravasa as suas funções constitucionais.

IV. A legitimidade processual como factor da separação de poderes

A legitimidade processual é vista, em geral, em Portugal, sobretudo em Direito Público, como estando no centro de uma grande disputa entre subjetivistas e objetivistas.

É importante acrescentar uma outra perspectiva: mais do que ser apenas uma questão de subjetivismo, objetivismo, a legitimidade processual é também uma questão de expressão do poder. Isto porque determinar

quem pode levar uma determinada pretensão a tribunal, e saber quando e que pode fazer, vir aos poderes de decisão dos Tribunais, em particular, dos Tribunais com funções constitucionais, a questão, absolutamente central, e que levou aqui e em muitos Estados, os Tribunais acabassem por ser instrumentalizados.

Como já dizia Alexis de Tocqueville, “deixando a censura da lei aos interesses particulares, assim exigindo que a impugnação de actos do poder público esteja associada a um processo judicial a um indivíduo, assegura-se que os tribunais não estão ao serviço dos interesses político-partidários. Os erros do legislador são apenas expostos na medida em que essa exposição seja necessária”.

Ora, na medida em que se alargou o acesso aos tribunais com função de jurisdição constitucional, por um lado, aos actores políticos – como aconteceu em Portugal com a fiscalização preventiva da constitucionalidade –, ou aos particulares – como acontece em Espanha ou na Alemanha, com os mecanismos de amparo –, aumentou-se correspondentemente o poder dos tribunais. E quanto mais abrangente for a legitimidade activa dos órgãos do poder político – potencialmente mais até, em certa medida, do que as competências de decisão do tribunal – maior será a interferência do poder judicial no sistema político.

A legitimidade processual restringe ou aumenta, desta forma, a possibilidade de os tribunais interferirem no sistema político.

CONSTITUIÇÃO E CRISE: A AVALIAÇÃO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL

Pedro Sánchez*

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), em Portugal.

► Resumo

Nesta palestra, promove-se uma reflexão sobre as características do actual sistema político-constitucional português e dos seus reflexos sobre o sistema de governo, segundo a premissa de que é no binómio governabilidade vs. controlo do poder que cada sistema constitucional procura encontrar as suas principais respostas quando – como sucede actualmente – enfrenta crises que ameaçam os seus alicerces mais profundos. Para esta reflexão, parte-se de uma visão retrospectiva sobre as preferências históricas de cada geração de constituintes portugueses, confirmando-se uma inequívoca preferência estratégica pela adopção de mecanismos destinados a facilitar a governabilidade por órgãos de perfil executivo, que por isso obtinham a centralidade do sistema constitucional, em detrimento de mecanismos que favorecessem o controlo do poder por órgãos de tipo parlamentar-representativo.

Dentro da temática geral do Congresso, subordinada ao tema “Constituição e Crise”, este painel está dedicado ao tema específico “Governabilidade e Controlo do Poder”. Compreende-se e aplaude-se essa escolha: nesse binómio reside o essencial das respostas que cada sistema constitucional tem procurado dar quando é afectado por uma crise que ameaça os seus alicerces mais profundos.

Cada uma das (muitas) gerações de constituintes nos nossos países teve consciência da centralidade deste tema. Em cada processo de feitura ou de revisão de uma lei constitucional, um dos pontos centrais dos debates consistiu, com poucas excepções, na escolha quanto à prioridade a atribuir a cada componente desse binómio que era colocado em oposição.

O estudo da História Constitucional ensina que o resultado final do perfil de cada sistema construído por uma dada geração dependeu, essencialmente, da prevalência atribuída pelos constituintes a um ou a outro componente deste binómio: a Constituição Organizatória revelou uma feição radicalmente distinta consoante o legislador constituinte entendesse que a prioridade a ser prosseguida pelo sistema deveria residir na formação de mecanismos de estabilidade governativa, mesmo que para tanto se diminuíssem as potencialidades de controlo do poder, ou, pelo contrário, deveria residir na controlabilidade e na limitação do poder, mesmo que para tanto se aceitasse conviver com uma maior instabilidade governativa.

Esta é justamente a perspectiva mais rigorosa a utilizar para abordar o tema que foi proposto a este painel. Sendo certo que o tema tem uma dimensão inesgotável, a verdade é que as lições extraídas a partir da evolução do constitucionalismo nos últimos 200 anos indicam que a melhor forma de compreender o motivo por

que um dado sistema constitucional assume determinados traços – e também de prognosticar, na medida do possível, como ele virá a evoluir no futuro – consiste em apreciar o seu perfil histórico e em identificar as preferências que as diversas gerações de constituintes repetidamente revelaram – incluindo, naturalmente, os erros que os constituintes hajam cometido com maior frequência.

Esta perspectiva revela-se mais certa, desde logo, porque os nossos sistemas constitucionais apresentam uma característica que, noutra contexto, já foi designada como viscosidade: os seus traços dominantes apegam-se ao mundo dos factos e sobrevivem a mudanças de regime político e de forma de governo, sendo insistentemente recuperadas por sucessivas gerações de constituintes que não conseguem evitar copiar os elementos essenciais dos modelos anteriores, mesmo quando, na sua retórica discursiva, atacam violentamente o regime que acabam de derrubar.

O caso português representa o paradigma ideal dessa viscosidade: as investigações que mais aprofundaram a evolução histórica do constitucionalismo nacional vêm confirmando que a nota principal que caracteriza o seu perfil consiste na sua impressionante continuidade: as marcas que unem todas as Constituições são muito mais profundas do que aquelas que as separam. Afirma-se

mesmo, e com razão, que a alma das primeiras Constituições sobrevive até hoje, mesmo depois de passar por revoluções, interregnos constitucionais, golpes e rupturas nas quais os seus protagonistas asseguravam pretender cortar com o passado e romper com todos os traços da Constituição anterior.

Foi essa continuidade constitucional que – no contexto do binómio que está em estudo neste painel – permitiu que as sucessivas Constituições Portuguesas tivessem, na sua maioria, revelado uma esmagadora preferência pela governabilidade em detrimento dos objectivos de limitação e controlo do poder.

Esclareça-se: essa observação em nada implica que o país se tenha tornado mais governável por isso; sucede, apenas, que se verifica, objectivamente, um fenómeno de sucessiva preferência dos constituintes pela adopção de técnicas dirigidas à estabilidade governativa – com recurso à centralidade dos órgãos de perfil executivo – e de diluição dos mecanismos de controlo representativo-parlamentar que poderiam prejudicar a governabilidade.

E o que é crucial notar é que esse perfil se mostra tão marcado que permite prognosticar, com um razoável grau de segurança, a falta de probabilidade de uma alteração dessas preferências na evolução futura do sistema constitucional.

Essa obsessão das Constituições Portuguesas pela governabilidade, em detrimento dos mecanismos de controlo do poder, pode ser confirmada por se recordar – de forma muito telegráfica, tendo em conta o limitado tempo para esta intervenção – os seguintes traços que têm sido detectados pelas investigações de referência:

Primeiro, as Constituições que melhor e por mais tempo se adaptaram à cultura política portuguesa foram aquelas que menor peso concederam ao primado da representatividade parlamentar e que menores meios de controlo político concederam sobre órgãos de tipo executivo; a primeira condição para uma Constituição perdurar por mais tempo em Portugal consistiu na colocação de órgãos de tipo executivo no centro do sistema constitucional, oferecendo-lhe mecanismos de domínio do sistema político e da própria feitura de fontes normativas e esvaziando os instrumentos de fiscalização do poder.

Neste primeiro plano, até à implantação da democracia após a Revolução de 25 de Abril de 1974, nenhuma Constituição Portuguesa havia conseguido manter a sua vigência (real ou até meramente nominal) durante tanto tempo quanto i) a Carta Constitucional de 1826 (imposta e outorgada pelo rei ao país, reservando-lhe decisivas prerrogativas governativas e legislativas segundo um modelo constantiano); e ii) a

Constituição ditatorial de 1933, esvaziando qualquer mecanismo de controlo do poder (fosse parlamentar ou extraparlamentar) e atribuindo o domínio do sistema a um eixo bicéfalo composto pelo Presidente da República e pelo Presidente do Conselho de Ministros, que a prática converteria num presidencialismo de primeiro-ministro.

Segundo, a prática ia frequentemente mais longe do que a abertura que o próprio texto constitucional já oferecia para a centralização do poder e para a resistência governativa a interferências externas de tipo parlamentar. Os actores políticos que assumiram o controlo do poder executivo em sucessivas gerações não se contentaram sequer com os meios ambiciosos que a Constituição já lhes assegurava.

Em especial, a História indica que praticamente todas as grandes reformas legislativas do Direito Português foram aprovadas por algum tipo de decreto executivo, o qual, na maioria dos casos, não era sequer contemplado pela Constituição. Nalguns casos – como as célebres reformas da década de 1830 que são consideradas como a verdadeira fundação do Direito Administrativo Português –, as reformas surgiam mesmo em interregno constitucional, à margem de Parlamento, sem que qualquer órgão eleito pudesse, mesmo que a posteriori, controlar ou fiscalizar um facto governativo consumado.

Terceiro, as Constituições que em Portugal deram maior peso a uma assembleia representativa e que mais apostaram em colocar os governantes sob uma fiscalização (relativamente) mais intensa por órgãos representativos foram justamente as Constituições que – no plano da força normativa e da sua vigência – redundaram num clamoroso fracasso: o tempo somado de toda a vigência das três Constituições que aceitaram essa aposta mostra-se inferior ao tempo somado de interregnos constitucionais ou de guerras civis em que nenhuma Constituição vigorou de todo.

a) No caso da primeira Constituição Portuguesa, de 1822, a ousadia dos constituintes que, procurando um corte com a monarquia absoluta, alargaram consideravelmente as competências de uma Assembleia representativa, cerceando o papel do monarca enquanto chefe do executivo, redundou na feitura de uma Constituição que só conseguiu vigorar durante dois breves períodos, cuja soma pouco ultrapassou os dois anos, sem efectividade e intercalada por golpes militares e guerras civis.

b) Mais paradoxalmente, a segunda Constituição Portuguesa que, pelo menos parcialmente, procurou plasmar um princípio similar de compressão do poder monárquico (a Constituição de 1838) foi aprovada

no contexto de um compromisso entre correntes opostas que aceitaram uma fórmula pactícia (entre as legitimidades representativa e monárquica), não consubstanciando propriamente uma derrota dos partidários da centralidade do poder real. Porém, até mesmo as significativas cedências que os adeptos do primado do princípio representativo aceitaram negociar em benefício da efectividade da Constituição não foram suficientes para assegurar a sua estabilidade, tendo essa Lei Fundamental sido derrubada menos de quatro anos depois – em benefício, por fim, da ressurreição da (anterior) Carta Constitucional de 1826 que, depois de uma nova sucessão de rupturas constitucionais, acabaria vigorando por um total de 72 anos, sobrevivendo até ao início do século XX.

c) Por sua vez, a Constituição Portuguesa que mais genuinamente apostou num princípio de primado do Parlamento e que, dando origem a um sistema de governo parlamentar de Assembleia, pretendeu deixar a acção dos órgãos de perfil executivo sujeita à fiscalização de um Congresso eleito (a Constituição republicana de 1911) foi aquela que – justa ou injustamente – mais ficou guardada no imaginário português como símbolo de instabilidade e de ingovernabilidade. Nos seus quase 15

anos de vigência (interrompidos por um breve regime de tipo cesarista), foram ultrapassados os recordes de sucessão e queda de governos, ao ponto de, em 1926, no golpe militar que deu origem à Ditadura que flagelaria o país nas cinco décadas seguintes, uma importante parcela da população ter aplaudido esse golpe por aceitá-lo como mal menor em benefício da governabilidade nacional.

d) Mais impressionante ainda é notar – como prova do trauma que a instabilidade da I República deixou no país – qual foi o espírito dominante na feitura da actual Constituição democrática depois de 50 anos de ditadura. Embora fosse razoável esperar que um historial de meio século com défice de controlo parlamentar sobre a acção de órgãos de tipo executivo tivesse levando os constituintes a apostar em soluções tendentes a um primado parlamentar, a verdade é que a maioria constituinte, não obstante (genuinamente) desejosa de romper com a herança da ditadura, descobriu-se reiteradamente convencida a aprovar soluções que repetiram os mecanismos de governabilidade da ditadura. Aliás, os registos disponíveis revelam que as interpelações que algumas sensibilidades minoritárias lançaram para denúncia do paradoxo que afectava a Lei Fundamental em formação

– uma Constituição democrática que reiterava as soluções criadas por um regime ditatorial – esbarravam com a circunstância de a memória traumática respeitante à instabilidade da I República ser ainda mais forte e continuar bem presente nos espíritos nacionais, que, por isso, aceitavam um sistema de primazia governamental como um mal menor à luz das necessidades portuguesas.

Este perfil histórico dominante não deve ser minimizado como mera curiosidade do historiador. Antes, é ele que permite explicar por que motivo, em pleno século XXI, o sistema constitucional português continua a apostar em traços quase únicos, que têm pouquíssimos paralelos com qualquer sistema democrático que nos sirva de referência, ultrapassando mesmo o referente francês que inicialmente nos servia de inspiração.

Esta tradição cria a forte suspeita de que o perfil futuro do sistema constitucional português não poderá escapar do forte lastro histórico, de perfil antiparlamentar, que o vem afectando durante os últimos dois séculos.

Esses traços singulares e incommuns que a actual Constituição Portuguesa exhibe podem ser objecto de uma enumeração muito ampla; contudo, tendo em conta as limitações de tempo, destacam-se

aqui, muito telegraficamente, os seguintes seis aspectos:

Primeiro, a referida obsessão pela governabilidade e pela agilidade do executivo na implementação de reformas económico-sociais, no contexto de um Estado-Programador e interventivo, explica que a Constituição Portuguesa atribua ao Governo o mais amplo leque de competências legislativas que alguma vez foi admitido em Portugal por um texto constitucional – só equiparável a uma parte do período de ditadura, e apenas após 1945 –, tornando o Governo-Legislator, simultaneamente, no principal órgão de direcção política, o órgão superior da Administração Pública e (pelo menos do ponto de vista quantitativo) o principal órgão legislativo em Portugal.

Segundo, a mesma tendência veio a ser observada, posteriormente, através de uma verdadeira diluição das tentativas que o legislador de revisão constitucional veio a propor, neste mesmo plano legislativo, para mitigar o desequilíbrio inerente ao perfil expansionista de um Governo-Legislator.

A título de exemplo: ao verificar que o Governo vinha usando esta combinação de vestimentas constitucionais para escolher livremente a forma (legislativa ou administrativa) através da qual aprovaria e blindaria os seus actos

contra interferências judiciais, o legislador da Revisão de 1982, por um lado, aceitou como inevitável a possibilidade de o Governo recorrer em larga escala à aprovação de actos individuais sob forma de lei – usando a forma de lei para blindar qualquer conteúdo que pretendesse aprovar contra a ingerência de actos infralegislativos –; porém, por outro lado, impôs, como mal menor, que esses actos legislativos individuais fossem, pelo menos, impugnáveis pelos particulares nos mesmos termos em que seriam impugnados quaisquer actos administrativos. Por outras palavras, embora jamais considerando que os atos individuais sob forma de lei fossem reputados inconstitucionais – ou que não vissem reconhecida a sua forma e força de lei –, tais leis singulares deveriam, pelo menos, ser impugnáveis nos Tribunais Administrativos, sob pena de os particulares se descobrirem indefesos contra actos que directamente impactassem sob a sua esfera jurídica, logo que o Governo os protegesse com a forma legislativa. Ao contrário do que alguns comentadores viriam depois a afirmar de forma criativa, foi justamente este o sentido dado ao (actual) artigo 268.º, n.º 4, da Constituição.

Sucedem que foram os próprios Tribunais a esvaziar essa estratégia do legislador de revisão constitu-

cional. Numa verdadeira inversão da lógica constituinte, viriam a afirmar como requisito da impugnabilidade de qualquer acto jurídico-público, junto de Tribunais Administrativos, a prévia confirmação de que tal acto não consubstanciaria uma lei em sentido material. Ao invés de confirmarem, tão-só, se o acto impugnado tem ou não um alcance individual – se afecta ou não directamente uma esfera subjectiva determinada, dispensando a intermediação de actos posteriores, tal como fora pretendido pelo legislador constituinte –, reduziram o sentido do disposto no n.º 4 do artigo 268.º à impugnabilidade de leis em sentido formal: um acto legislativo só seria impugnável se fosse qualificado como lei em sentido formal, mas não em sentido material.

Ora, este critério jurisprudencial confrontou-se com a óbvia circunstância de a Constituição jamais ter distinguido entre actos formalmente legislativos e actos materialmente legislativos – repudiando a construção importada da Alemanha oitocentista e que não assume qualquer relevo para o actual sistema português –, o que, na prática, implicou que os Tribunais tão-pouco pudessem distinguir entre actos legislativos impugnáveis ou inimpugnáveis. Em consequência, no estado actual da discussão, os Tribunais superiores

da jurisdição administrativa vêm declarando inimpugnáveis todos os actos que tenham sido revestidos com a forma de lei, independentemente do seu conteúdo – porque, obviamente, não logram identificar em que casos se vislumbraria uma «lei formal» que não fosse «lei em sentido material» e que, por isso, pudesse ser impugnada pelos particulares. No limite, tem sido possível afirmar que – por exemplo – o acto individual pelo qual se procede à marcação do dia e da hora da assembleia geral de uma empresa pública (!) é, devido à sua natureza formal, um acto inimpugnável, logo que o Governo o blinda através do recurso à forma de lei.

Eis o efeito do fortíssimo lastro da nossa História Constitucional: a mentalidade pró-governamental do sistema português conduz os actores políticos e judiciais a diluir inclusivamente as medidas mais basilares tentadas pelo legislador constituinte de revisão para mitigação dos traços antiparlamentares do sistema.

Terceiro, é essa mesma tendência que justifica que, logo desde a versão original da Constituição de 1976, o antigo instituto das ratificações legislativas – que, pelo menos, compensava minimamente a histórica preponderância legislativa do executivo – tenha sido abandonado entre nós,

tendo os constituintes, em forte debate, imposto que a legislação governamental não ficasse sob um estatuto precário de dependência parlamentar. Pelo contrário, apenas se previu – naquele que é actualmente o artigo 169.º da Constituição – que, pretendendo o Parlamento modificar ou fazer cessar a vigência de um decreto-lei, expressamente dê início a um processo para esse efeito, sem o qual a legislação governamental vigora nos mesmos moldes da legislação parlamentar.

Quarto, é também essa cultura constitucional centenária que explica o bem-conhecido fenómeno que provoca a subversão da lógica legitimatória inerente a uma eleição legislativa-parlamentar, transformando a escolha do Primeiro-Ministro no motivo principalmente determinante da opção do eleitorado e, sobretudo, assegurando uma dependência dos deputados em relação aos directórios partidários sem os quais não têm lugar nas listas eleitorais. É igualmente esse contexto constitucional que leva a que, também neste ponto, não obstante estar o legislador de revisão constitucional alertado há décadas para esta tendência governamentalizadora – procurando nas sucessivas revisões aprovar novos poderes de fiscalização parlamentar que permitam mitigar esse fenómeno

–, a evolução global do sistema, fruto da conduta dos actores político-partidários, tenha conduzido a um agravamento, e não a uma mitigação, daquela tendência originária – ao ponto de, hoje, os directórios partidários formados pela Chefia do Governo e da oposição controlarem o próprio poder de revisão constitucional, que foi expropriado do domínio dos deputados na Assembleia da República.

Quinto, essa tendência vem sendo agravada pelo fenómeno da integração europeia, que impõe uma governamentalização ainda mais intensa do sistema político, com os mecanismos de fiscalização e controlo a cargo do Parlamento e da sociedade civil a se revelarem inúteis perante factos consumados que são negociados pelo executivo em Bruxelas e que nenhuma instância nacional pode reverter.

Longe de se poder alegar que tal fenómeno representa uma inevitabilidade à luz das características evolutivas do aprofundamento da União Europeia, não consistindo numa marca própria do sistema português, deve recordar-se que, pelo contrário, foi por opção da prática constitucional nacional, e não por imposição da União Europeia, que os actores constitucionais portugueses i) esvaziaram, na prática, os mecanismos de fiscalização parlamentar da acção

governamental, ii) transformaram em letra morta os novos poderes de acompanhamento parlamentar do processo de integração europeia, aditados em Revisões Constitucionais mas sem efeito útil, e, iii) no limite, permitiram ao Governo negociar unilateralmente o conteúdo de actos legislativos europeus que vincularão o legislador português (incluindo a Assembleia da República), mesmo em matéria de reserva absoluta da competência legislativa parlamentar, sem que este se mostre capacitado para reverter o conteúdo de factos consumados.

Sexto – e talvez ainda mais importante –, só a histórica atribuição de prioridade às medidas de governabilidade em Portugal, em detrimento dos mecanismos de controlo do poder – com o referido trauma causado pela memória da anarquia e da instabilidade das poucas experiências constitucionais anteriores que haviam apostado em sistemas de primado parlamentar –, pode explicar que a construção do sistema de governo – quer em 1976, quer já mesmo em 1982, depois de o regime se estabilizar após as conquistas revolucionárias – tenha sido intencionalmente preparada para a formação de um eixo privilegiado de domínio do sistema político, constituído pelo Chefe do Estado e pelo Chefe do Governo, com ex-

pressa desvalorização dos mecanismos de controlo parlamentar. Tal como vem sendo sublinhado nas investigações recentes – que desmentem as interpretações criativas que vários comentadores propuseram em sentido oposto, por considerarem chocante este episódio da História Constitucional portuguesa –, os registos constituintes confirmam que a hipótese de formação de um sistema de governo diferente, alicerçado numa primazia parlamentar, em oposição à herança governamentalizadora da Carta Constitucional de 1826 e da ditadura do Estado Novo, e em aproximação à experiência republicana de 1911, foi efectivamente discutida e reclamada por sectores minoritários do processo constituinte – tendo sido inequivocamente repudiada, quer em 1975-76, quer em 1982.

De resto, se essa fórmula constituinte já dificilmente poderia ser compreendida no seio da versão originária de 1976 – quando a Assembleia Constituinte afirmava pretender cortar com a herança antiparlamentar do Estado Novo, sem que, porém, soubesse vencer o trauma da memória de anarquia da I República –, menos justificável ainda terá sido a escolha do legislador de revisão de 1982. Com efeito, a circunstância de uma amplíssima maioria de deputados estar unida em torno da sua ini-

mizade para com o então titular da Presidência da República não se mostrou suficiente para superar definitivamente o sistema que fora concebido em torno do eixo de centralidade presidencial-governamental, sendo o regresso a um sistema parlamentar, apesar de tudo, considerado ainda menos desejável.

Neste sentido, a circunstância de uma maioria constituinte de revisão, assumidamente apostada na parlamentarização do regime – e dotada dos votos necessários para aprovar qualquer solução que pretendesse –, ter concluído os trabalhos com uma configuração antiparlamentar do sistema de governo, mantendo o essencial do perfil de 1976, constitui o mais eloquente testemunho, deixado para a posteridade, sobre quão imutável é o perfil governamentalizador da herança constitucional portuguesa.

Em conclusão, a visão retrospectiva sobre as preferências de sucessivas gerações de constituintes portugueses confirma a presença de um espírito ou de uma cultura dominante que – com poucas exceções, e cujas Constituições sempre fracassaram – se impôs a cada geração durante 200 anos da História Constitucional de Portugal, assumindo uma inequívoca preferência pela governabilidade em detrimento da adoção de

mecanismos de controlo do poder. Essas lições históricas esclarecem o significado dos tão singulares traços governamentalizadores mantidos pela actual Constituição Portuguesa, com poucos paralelos nas democracias ocidentais; mas permitem também prognosticar, com um razoável grau de segurança, a baixa probabilidade de a evolução futura do sistema português se libertar dessa tradição dominante.

Nesse sentido, parece claro que qualquer estratégia de mitigação dos actuais desequilíbrios do sistema de governo não pode assentar numa utópica reformulação global do perfil da Constituição. Fixar uma meta inalcançável para melhoria do sistema constitucional é o primeiro passo para que qualquer reforma fracasse e para que os traços actuais se mantenham imutáveis.

Desde logo, não seria imaginável que o sistema português se transmutasse em termos tais que soubesse passar a dispensar o recurso em larga escala à legislação governamental; ou que pudesse transformar a legislação governamental em actos precários que dependam de apreciação parlamentar expressa, reduzindo o seu peso relativo em face da legislação parlamentar.

Ao invés, o constitucionalista oferecerá contributos mais úteis se

souber apontar metas mais simples e exequíveis. Tais metas podem passar – só para dar dois exemplos – i) pela futura obediência jurisprudencial à intenção constituinte – que deveria ser óbvia no contexto de um Estado de Direito – de submeter qualquer acto individual e concreto à impugnação pelos particulares nos Tribunais Administrativos, abstraindo de qual seja a forma com que tal acto é blindado – e enterrando o conceito imprestável de lei em sentido material –, levando (finalmente) a sério o mandato formulado no n.º 4 do artigo 268.º da Constituição; ii) ou, ainda, pelo exercício real do poder, conatural a um Parlamento, de fiscalização efectiva da acção governativa em matéria de integração europeia, dando vigência prática às competências já previstas (mas não utilizadas) na alínea n) do artigo 161.º e na alínea f) do artigo 163.º da Constituição, evitando que a Assembleia da República continue a ser confrontada com a aprovação de factos consumados nas matérias da sua reserva de competência legislativa.

Embora mais modestos, estes pequenos passos podem auxiliar na mitigação do perfil governamentalizador mantido na generalidade das Constituições que em Portugal vigoraram nos últimos dois séculos.

CAPÍTULO 3

**SUPERAÇÃO DO
PRECEDENTE
JUDICIAL, SEGURANÇA
JURÍDICA E QUAL
IDADE DO SISTEMA
DE JUSTIÇA COMO
PRESSUPOSTOS
DA ATIVIDADE
EMPRESARIAL E DO
DESENVOLVIMENTO
SOCIOECONÔMICO**

SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE E SEGURANÇA JURÍDICA: CONSEQUÊNCIAS NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

João Otávio de Noronha*

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).
Especialista em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.

► Resumo

Nesta palestra, abordam-se os reflexos da superação do precedente e da segurança jurídica na atividade empresarial (“Os precedentes jurisprudenciais são verdadeiras pautas de comportamento que estão sendo observadas pelo jurisdicionado”). Em relação ao sistema de precedentes, esclarece-se que o novo Código de Processo Civil (CPC) brasileiro foi estruturado para que o precedente tenha força vinculante.

No que tange aos precedentes e sua superação, é preciso saber se, no Brasil, em Portugal, no sistema do civil law, há tratativas de precedentes e se há um sistema de precedentes. Nos dias atuais, há uma aproximação muito grande entre os dois sistemas. O novo Código de Processo Civil foi estruturado para que o precedente tivesse força vinculante nas decisões, principalmente o dos tribunais superiores, do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em matéria de lei federal.

Na realidade, não importa se a matéria é constitucional ou infraconstitucional, a Constituição é uma lei. É apenas uma lei mais bem qualificada, com prevalência sobre as demais. Então, há realmente um precedente ou há decisões que reiteradas, ainda em razão da cristalização do entendimento das cortes, estabilizam-se e mostram

uma direção. É importante entender isso quando se trata de força vinculante dos precedentes.

No direito brasileiro, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, os precedentes têm a função muito clara não só de resolver o caso concreto como também de oferecer uma prospecção para a sociedade em termos do direito vigente. Sabe-se que a lei traça uma pauta de conduta para o cidadão, mas quem interpreta a lei são os tribunais. Portanto, os precedentes jurisprudenciais são verdadeiras pautas de comportamento que estão sendo observadas pelo jurisdicionado, daí a importância da estabilidade do entendimento.

Estabilidade não significa imutabilidade das decisões judiciais, dos precedentes, pois o direito evolui, mas não na velocidade que, às vezes, alguns querem. É comum no Brasil, em uma sessão de julgamento, haver uma decisão em um sentido e, em outro julgamento, decisão em sentido diferente.

Pode constatar esse tipo de acontecimento em várias ocasiões no Tribunal de Justiça do Espírito Santo, quando advogava para o Banco do Brasil. Em uma delas, ocorreu uma situação bastante inusitada: havia dois casos em pauta sobre o cabimento da correção monetária do crédito rural, cada qual com um relator diferente.

No primeiro, fiz sustentação oral defendendo a legalidade da cobrança da correção monetária no crédito rural. O relator, Desembargador Geraldo Correia da Silva, deu provimento ao recurso do banco, que venceu por dois votos a um, ficando vencido o Desembargador Feu Rosa.

No segundo caso, como a tese era rigorosamente a mesma, disse ao Presidente: “Vou dispensar a sustentação oral já que a tese é a mesma”. Nessas hipóteses, é possível antever o resultado se a questão é meramente de direito, como na espécie. Todavia, o resultado foi contrário: o pedido foi julgado improcedente por dois votos a um.

Como advogado, contestei: “Presidente, com a devida vênia, há um equívoco, pois a tese foi acolhida no primeiro caso, com a mesma composição, e o resultado foi dois a um. O relator do segundo caso foi o voto vencido no primeiro”. Seguiu-se, então, a explicação do Desembargador Jó Pimentel: “Não há engano algum. Votei com o relator, eu só voto com o relator”.

Esse é o maior caso de insegurança jurídica que enfrentei em trinta anos de carreira jurídica.

Entrou em vigor no Brasil o novo Código de Processo Civil, que tem algumas virtudes e mil defeitos. Propôs-se a ser rápido e, na realidade, criou a residência eterna do litígio nos tribunais, porque o processo não sai mais nem do primeiro grau, nem do segundo, nem do

STJ. Há, porém, um ponto positivo: ele expressa aquilo que já se encontrava insito no sistema.

Por que se encontrava insito no sistema? Em virtude da força do precedente. É que a Constituição brasileira, ao dispor sobre o Poder Judiciário, deu-lhe uma estrutura piramidal. Na ponta, o Supremo Tribunal Federal; abaixo, os demais tribunais superiores, dando destaque ao Superior Tribunal de Justiça em razão do número de conflitos que resolve. Logo a seguir, os tribunais de justiça, os tribunais regionais federais e depois os órgãos e juízes de primeira instância.

Deve-se observar que a Constituição deu ao Supremo Tribunal Federal o poder de interpretá-la por último, de dizer como devem ser aplicadas as normas que integram o sistema constitucional brasileiro. Atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça o papel de ser o guardião da inteireza do direito federal e infraconstitucional, ou seja, de interpretar por último a lei federal infraconstitucional, ora zelando pela inteireza do direito positivo, ora extinguindo os conflitos interpretativos entre os tribunais, quando há divergências de entendimento.

Nenhuma constituição, nenhum país cria órgãos para exercer função ornamental. Nem o STF nem o STJ podem ser considerados ornamento jurídico. No instante em que a Constituição cria dois órgãos com o papel de in-

interpretar por último o direito federal – um, o direito constitucional; o outro, o direito infraconstitucional –, deu a esses órgãos o poder de interpretar com força vinculante.

Embora, em algumas hipóteses, tenha o Superior Tribunal de Justiça decidido em determinado sentido, alguns juízes brasileiros não concordam com a posição adotada e, com base no juízo de livre convicção, julgam de modo diferente. Trata-se de uma prática inaceitável visto que esse processo vai subir do primeiro grau para o segundo e do segundo para o Superior Tribunal de Justiça, que não é órgão de revisão nem foi instituído para fazer a justiça no caso concreto, já que não aprecia prova. É um Tribunal cuja missão é interpretar a lei federal e fixar as teses que estão consagradas nas leis federais. Não subsiste o referido fundamento relativo à livre convicção, uma vez que, para o Código de Processo Civil, a livre convicção é a livre convicção motivada dos fatos, fundada nas provas. A livre convicção jurídica é fixada pela Constituição como atribuição dos tribunais superiores, e assim deve ser; caso contrário, não se justificaria a criação de um tribunal superior para ser apenas um órgão revisor das decisões dos tribunais estaduais e dos tribunais regionais federais.

Devem-se destacar os termos constantes do novo CPC ao dispor sobre

o sistema jurídico recursal. O texto é claro ao estabelecer que as decisões dos tribunais superiores e dos tribunais estaduais têm força vinculante: as dos tribunais estaduais em relação aos juízes jurisdicionados; as do Superior Tribunal de Justiça em relação a todos os juízes, todos os tribunais regionais e tribunais de justiça; as do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, em relação a todos os órgãos judiciais brasileiros. Essa determinação foi bastante feliz. O CPC, portanto, não considera fundamentada a decisão que não aplica a súmula vinculante ou a súmula dos tribunais superiores e, no caso de juiz vinculado a um tribunal, a decisão desse juiz que não aplica a jurisprudência consolidada nesse tribunal. Num e noutro caso, a decisão carece de fundamentação e, conseqüentemente, é nula.

Há uma série de dispositivos segundo os quais cabe aos tribunais unificar sua jurisprudência. Isso nem seria preciso dizer, mas não se fazia. Era raro o tribunal que unificava sua jurisprudência. Assim, de acordo com a vontade de cada membro, as decisões eram díspares, gerando interpretação contraditória, enfraquecendo, conseqüentemente, o papel do Judiciário, que é, além de prestar justiça, oferecer segurança jurídica ao jurisdicionado.

Aliás, o legislador sempre se deparou com esse conflito entre justiça e segurança, situação em que, entre uma e outra, é a política judiciária que define o que prevalecer. Portanto, é o legislador que define quando valorizar o fator justiça e quando valorizar o fator segurança jurídica. Muitas vezes, o legislador atribuiu importância menor ao fator justiça para valorizar a segurança jurídica, de forma a manter ou restabelecer a ordem social, por exemplo, nos casos de conflitos possessórios.

Além de o CPC determinar que os tribunais unifiquem suas jurisprudências, evidenciou a força vinculante interna, não cabendo mais um membro de tribunal julgar em desacordo com a orientação de seu tribunal, exceto se tal orientação for contrária à orientação superior, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional ou do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.

O sistema foi bem amarrado na medida em que, havendo esse desrespeito, o relator já tem autorização para dar provimento imediato ao recurso independentemente de submeter o caso ao colegiado. Quando unificada a jurisprudência mediante a técnica do julgamento do recurso repetitivo no Superior Tribunal de Justiça, o processo que ainda não subiu deve voltar ao colegiado que julgou em sentido diferente, para que se manifeste e tenha a oportunidade de reformar o julga-

do. Caso ocorra a reforma, não cabe mais recurso da decisão, que está em consonância com a decisão de tribunal superior. Portanto, o propósito de pacificação do entendimento foi atingido, aplicando-se a tese já fixada pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

Caso o colegiado mantenha posicionamento contrário ao precedente, cabe ao presidente do tribunal encaminhar o recurso especial ao STJ, onde o relator designado está autorizado a dar provimento ao recurso monocraticamente (art. 932, V, b, do CPC/2015).

O que se quer com isso? Quer-se valorizar exatamente a segurança jurídica. É preciso interpretar a lei devidamente e seguir um padrão. É válido ressaltar que a decisão do STJ pode não ser a melhor, mas é a última e, nessa condição, torna-se lei, devendo ser aplicada.

O legislador foi mais ativo? O legislador foi corajoso. Isso já se encontrava no sistema. O legislador agora foi categórico ao atribuir aos tribunais, principalmente ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, o poder de modular os efeitos das decisões judiciais.

Há um julgamento a destacar ocorrido no Superior Tribunal de Justiça. Durante 15 anos, a Corte adotava o entendimento de que o crédito-prêmio do IPI subsistia e gerava crédito para o exportador; depois desse período, a jurisprudência foi alterada.

Daí a importância da observância dos precedentes, porque essa mudança gerou uma surpresa: quem até então exportava, exportava calculando o crédito, que integrava o preço do produto; conseqüentemente, confiando na jurisprudência do STJ, pautava-se por ela, mas, de repente, foi surpreendido com a decisão de que não teria mais o referido crédito. Naquela época, ainda não havia uma lei, agora existe, então eu defendia, na Primeira Sessão do Superior Tribunal de Justiça, que a Corte deveria modular os efeitos de suas decisões, ou seja, o novo entendimento só deveria ser aplicado aos novos casos ajuizados a fim de não provocar surpresa e não prejudicar aquele que se amparara na orientação consolidada do STJ, isso porque os precedentes traçam pautas de comportamentos. Fazendo uma analogia, a eficácia da lei, quando alterada, salvo no caso penal que beneficia o réu, é para a frente.

Se o entendimento da lei se alterou, altera-se, em última análise, a lei. Que lei se o texto não mudou? É necessário distinguir norma de texto. As normas mudam sem que o texto tenha sido alterado. Por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos, interpretando a Constituição norte-americana, julgava constitucional a segregação racial; tempos depois, passou a entender que a segregação racial era inconstitucional, sem haver mudança no texto.

Considere-se o art. 530 do monumental Código Civil brasileiro de 1916, com base no qual o Supremo afirmava não caberem embargos de terceiro quando a escritura ou a promessa de compra e venda não estava registrada no cartório de registro de imóveis. O Superior Tribunal de Justiça, ao ser criado e assumir a missão de interpretar a lei federal infraconstitucional, passou a decidir em sentido oposto. Observa-se que aqui o que se está defendendo é um fato, exatamente a posse.

O mesmo texto do art. 530 foi interpretado de outra forma, isso significa que a norma se altera sem que necessariamente o texto tenha sido alterado. O que autoriza essa alteração da norma sem alteração do texto? A alteração do substrato social, da consciência jurídica. É assim que o direito evolui, sem necessariamente prender-se ao texto da lei. O julgador, entretanto, deve perceber a alteração da consciência jurídica, que nada tem a ver com política, com movimento social contra isso ou aquilo. Consciência social é exatamente um padrão de comportamento ao longo do tempo, e esse tempo não pode ser aquele do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, de cinco minutos, mas um tempo substancial, que dá para medir a maturidade e a evolução do pensamento jurídico.

CAPÍTULO 4

OS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPO DE CRISE FINANCEIRA

OS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE FINANCEIRA

Paulo Gustavo
Gonet Branco*

*Subprocurador-Geral da República. Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito Humanos pela University of Essex. Coordenador do Mestrado Acadêmico da EDB/IDP.

Crise significa, substancialmente, estado de incerteza e de declínio. É palavra que os dicionários associam a dor paroxística, a grave e repentino rompimento de equilíbrio. Filósofos e filólogos recordam que o sentido etimológico de crise remete ao termo grego KRINÔ (separar, cortar, decidir), implicando uma condição que clama por que se descubra alternativa.²⁰ Crise, então, também transmite ideia de fase extravagante, de momento de crítica e de julgamento do que era aceito como normal, de impulso para transição.

Disso sabem os portugueses por experiência recente, e o sentimos nós, brasileiros, vivendo hoje os desassossegos desses significados.

Nada parece imune às contingências de uma crise política, financeira, social e moral. É inevitável que o Direito também seja tocado pelas reverberações do fenômeno. E se é certo que a crise conduz a um repensar do que é estabelecido, uma crise financeira não deixará de provocar novos olhares também sobre direitos que dependem essencialmente de disponibilidade financeira – do Estado e dos agentes econômicos da sociedade.

Portugal viveu, antes de nós, e intensamente, esses desafios febris da crise financeira para a compreensão dos direitos sociais. A participação da Corte Constitucional portuguesa nesse processo gerou aplausos, críticas e pasmo. O certo é que a Corte atuou, com decisiva importância, nos acontecimentos dramáticos que se seguiram ao descalabro financeiro mundial, após o escândalo americano dos subprimes. Nada melhor, nem mais instrutivo, por isso, do que ouvirmos os privilegiados interlocutores portugueses deste painel.

Se o nosso Direito Constitucional deve tanto ao modelo lusitano, temos peculiaridades próprias, que não podemos deixar de levar em conta. Não obstante também reconhecemos a diferença de estrutura entre os direitos de defesa e os sociais, domina na nossa academia a doutrina de que se deve a ambas essas classes de direitos a mesma reverência no plano das virtualidades sem-par reservadas aos direitos fundamentais.

Assim, por exemplo, é, até agora, majoritária a inteligência de que, como os direitos e garantias individuais clássicos, também os direitos sociais constituem cláusulas pétreas, não sendo dado impor-lhes amesquinamento de seu conteúdo, nem mesmo por reforma constitucional.

²⁰ Janet Roitman. *Anti-crisis*. Durham e Londres, Duke University Press, 2014, pp. 15 e 16.

A crise financeira, com a ameaça que lhe é ínsita de tornar materialmente impossível o que é juridicamente devido, põe em teste não somente os limites da compreensão das cláusulas pétreas, mas também renova o interesse em inquirir o significado concreto do chamado mínimo existencial, a que, no extremo, servem os direitos sociais.

As intimações à engenhosidade do jurista brasileiro são certamente múltiplas, o que torna ainda mais convidativo ouvir sobre o tema os colegas conterrâneos presentes.

Não posso passar-lhes a palavra sem antes também dividir com a mesa e a plateia a convicção de que a crise que se agiganta no Brasil, pelo que se nota inclusive das expressivas manifestações populares mais recentes, não se volta contra a Constituição. O que se verifica é a generalizada e intensa vontade de que os valores e princípios constitucionais sejam cumpridamente satisfeitos pelos Poderes Públicos. Para favorecer esse objetivo, decerto que alguma reforma na Carta de 1988 há de ser contemplada - mas que vise ao reforço do seu núcleo básico. A crise no Brasil não retrata falência da expressão do poder constituinte originário em 1988; apresenta-se, sim, como cobrança aos Poderes Públicos para que atuem eficazmente sob as coorde-

nadas essenciais da Carta social-democrática em vigor - objeto de adesão e de referência por todos os protagonistas do momento político-econômico do país.

Se algumas crises radicais anulam todos os compromissos do passado, conferindo ao futuro desconhecido abertura desordenada para toda sorte de desejos e ansiedades, medos e esperanças²¹, não é esse o caso brasileiro. Daí a responsabilidade cívica e acadêmica que nos atinge de enfrentar a nossa hora sem permitir que a aflição leve ao desnorteamento.

Aqui me vem à lembrança um dos contos mais festejados de Machado de Assis, *A Cartomante*. Nele, um par de amantes se atormenta com a suspeita de que o marido da mulher, amigo de infância do amante, tenha descoberto o romance proibido. Um bilhete curto e imperativo chega ao amigo desleal. Vem do marido atraído e convoca o amante à sua casa, para tratar de assunto inadiável. A partir daí, o conto se concentra nas vacilações de espírito do amante, a caminho do encontro. Ele ora se regela de medo, supondo que o marido sabe de tudo, ora se entretém com o pensamento consolador de que o affaire estava seguro.

²¹ R. Koselleck. 2006. "Crisis." *Journal of the History of Ideas* 67, p. 372.

Em dado momento, a carruagem estanca, justamente em frente a uma loja de uma cartomante. O amante não se contém e entra para consultar sobre o que o espera. É tranquilizado pela vidente, que lhe assegura um futuro venturoso com a amante. Revigorado, segue lépido e com a paz de espírito retomada. Quando chega à casa do amigo, porém, vê a amante ensanguentada, atingida por bala fatal. O conto se encerra com o personagem diante da arma que o marido traído lhe aponta.

O conto nos recorda, com graça de composição, que, em tempos de dúvidas e perplexidades, não se deve ceder às facilidades enganosas das soluções mágicas e irresponsáveis. É preciso tanto mais reflexão e bom senso. É o que buscamos nesse nosso 4o Seminário e, particularmente, neste painel.

DIREITOS SOCIAIS: DA RETÓRICA À PRÁTICA

Maria Lúcia Amaral*

*Vice-Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal. Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

► Resumo

Pediram-me que falasse sobre crise e direitos sociais. Interpretei o pedido de tal forma que me permiti desenvolver o tema que me tinham sugerido numa dupla perspectiva. Como este é um Congresso Luso-Brasileiro, pensei em primeiro lugar que me seria dada a possibilidade de abordar o tema sob uma específica perspectiva lusa, ou seja, europeia; depois, e como estes são os tempos da crise, pensei também que era este o momento adequado para procurar alcançar uma certa distância em relação ao discurso habitual sobre direitos e direitos sociais, distinguindo nele (nesse discurso) entre o que releva da retórica e o que dela sobra, com relevância para a prática quotidiana de todos nós. Daí o título e o subtítulo da minha intervenção: *Direitos Sociais, da retórica à prática*.

O título e o subtítulo remetem para questões vastas, que podem ser vistas sob muitos ângulos e que adquirem hoje, em tempos difíceis – e difíceis para a sociedade, para o Estado e, sobretudo, para as pessoas, que são os titulares dos direitos –, especial acuidade. Escolhi tratar tais questões, vastas, sob o ângulo específico da sua relevância e significados jurídico-constitucionais, mas tendo sobretudo em atenção a necessidade que nós, juristas, temos, de manter alguma distância – e, por essa via,

algum domínio – sobre a linguagem que ocupa o espaço público.

Fala-se muito de direitos, e em especial de direitos humanos. Nesta linguagem divulgada, os “direitos sociais” aparecem muitas vezes como dizendo respeito ao capítulo mais críptico da larga conversa sobre os “direitos”. Uns acusam o poder, ou a economia desregulada, ou o império da ideologia do mercado livre de serem os responsáveis pela inobservância dos “direitos sociais”, já adquiridos. Outros acusam esses mesmos direitos – ou a sua consagração em textos jurídicos, sobretudo portugueses – de serem os responsáveis pelo nosso atraso, decorrente da natureza irreformável do nosso modo de viver. No meio de tamanho desencontro de opiniões convém antes do mais que saibamos do que se fala. O que vêm a ser, afinal, os “direitos sociais”?

Na sua Parte I, que define os direitos fundamentais das pessoas face à Comunidade e ao Estado, a Constituição da República apresenta uma grande divisão. Por um lado, consagra os chamados direitos, liberdades e garantias; por outro, os direitos e deveres económicos, sociais e culturais. A distinção, que foi nestes termos adoptada pela Assembleia Constituinte em 1976, teve como inspiração próxima dois pactos celebrados pela Assembleia

Geral das Nações Unidas em Dezembro de 1966.

A 12 de Dezembro de 1948, no rescaldo da IIª Grande Guerra, a ONU aprovava a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Apesar de conter um núcleo de princípios que, pretendia-se, deveriam valer como a matriz ético-política da ordem mundial que então se reorganizava, a Declaração, que fora aprovada como mera resolução, não possuía força jurídica vinculante, isto é, não obrigava juridicamente os Estados-membros da Organização. Por isso, em 1966, celebraram-se nas Nações Unidas dois Tratados – o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais – com o duplo intuito de, por um lado, desenvolver e concretizar os direitos já enunciados na Declaração Universal, e, por outro, conferir obrigatoriedade jurídica a esses mesmos direitos, caso os Estados membros da ONU viessem a ratificar os Tratados.

Estes dois Pactos, que só entraram em vigor em 1976 (e que, de então para cá, foram ratificados por um grande número de Estados), referiam-se a dois tipos distintos de direitos. Através do Pacto dos Direitos Civis e Políticos obrigava-se os Estados a observar, nas suas ordens internas, a proibição da tortura, a proibição da escravidão, as liberdades de circula-

ção, de pensamento, de religião, de expressão, e de associação; o direito à não privação da liberdade senão em circunstâncias jurídicas precisas e bem determinadas; e ainda o direito à vida, com ressalvas para aqueles Estados que previssem, nos seus direitos internos, a pena de morte. Por seu turno, o Pacto dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais vinculava os Estados-membros à adopção de medidas que assegurassem o exercício de um certo número de direitos relativos ao trabalho (por exemplo: remunerações satisfatórias, condições de higiene e segurança no local de trabalho, férias e repouso, liberdade sindical e direito à greve, salário igual para trabalho igual); e ainda direitos relativos à segurança social, à educação – com a obrigação de instituição de um nível de instrução obrigatória, universal e gratuita – e “às melhores condições possíveis de saúde física e mental.”

A lógica destes dois pactos, e a sua terminologia própria, influenciou a linguagem adoptada pela Constituição portuguesa em 1976. Assim, enquanto aqueles direitos que as Nações Unidas designaram como “direitos civis e políticos” correspondem aos nossos “direitos, liberdades e garantias” – de acordo com uma denominação já tradicional na nossa história constitucional

– os “direitos económicos, sociais e culturais” receberam este nome na Constituição portuguesa porque já o detinham no Pacto da ONU de Dezembro de 1966. A expressão direitos sociais tem portanto, e desde logo, este significado jurídico preciso: através dela, designam-se, por abreviatura, aquele conjunto de direitos que, por influência do Pacto Internacional, a Constituição portuguesa consagra no Título respeitante aos “Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais”. Que conteúdo têm estes direitos, ou como é que eles se definem?

Normalmente, os direitos sociais não se definem por si só. Definem-se por contraposição com aquela outra categoria de direitos que reúne as liberdades clássicas ou os direitos de defesa, e a que nós, portugueses, chamamos “direitos, liberdades e garantias”.

A contraposição mais comum ou generalizada – e de que poderemos agora partir – resume-se ao seguinte: a cada direito corresponde, “do outro lado”, um dever, já que ter direito a algo implica deter um poder de impor a outrem um certo comportamento, que, de um modo ou de outro, concorrerá para a “realização” do direito de que se é titular. Os direitos de defesa, ou as “liberdades clássicas” – aqueles mesmos que o Pacto da ONU denomina “direitos

civis e políticos” – são direitos que implicam um dever de abstenção ou de não fazer por parte do Estado e da comunidade. Impõe-se aqui que o Estado (e também, como veremos, toda a comunidade) não impeça um curso de acção que se escolheu empreender, ou não afecte um bem fundamental da pessoa. Estão neste caso, como já vimos, o direito à vida, à liberdade e à segurança, as liberdades de expressão, de religião, de pensamento, de associação, de circulação, ou de escolha de profissão. Diz-se ainda, na formulação comum que por agora adoptamos, que, sendo estes direitos essencialmente negativos – por implicarem do outro lado um dever de não fazer – é fácil em geral garantir o seu exercício efectivo. Porque tal exercício consiste, afinal, em actividades livres das pessoas, basta que os textos jurídicos, ou seja, a Constituição e a lei, os consagrem para que o seu conteúdo efectivo seja protegido pelos tribunais.

Em contrapartida, os direitos sociais são comumente definidos como direitos positivos. Através deles, exige-se que o Estado ou a comunidade política actue positivamente, adoptando políticas ou criando as condições necessárias e suficientes para que sejam às pessoas entregues certos bens (por exemplo, habitação), presta-

dos certos serviços (por exemplo, saúde e educação), ou atribuídos, em caso de necessidade, certos recursos (por exemplo, subsídios ou pensões).

Daqui resulta – ainda e sempre de acordo com a definição comum – que, se a garantia do exercício dos direitos negativos se afigura aparentemente fácil por ser “apenas” jurídica, (ou seja, por implicar “apenas” o reconhecimento de força vinculante aos textos que os consagram), a garantia dos direitos sociais afigura-se difícilíssima, por não depender só de decisões legislativas ou de recursos jurídicos. A efectivação dos direitos sociais não pressupõe apenas que sejam definidos os seus instrumentos jurídicos; pressupõe antes que sejam adoptadas políticas públicas complexas, que envolvem desde logo a decisão de afectar avultados recursos financeiros à realização de certos fins, e que são executadas através de procedimentos que envolvem leis, práticas administrativas, instituições, instalação de serviços em larga escala. Por assim ser, torna-se muito discutida a questão de saber em que medida podem estes “direitos sociais” ser merecedores de efectiva tutela jurídica. A discussão, que é vasta, não vale a pena tê-la aqui. Preferiria antes continuar a falar sobre o que há de retórico e de prático na questão dos direitos

sociais através do escrutínio das afirmações comuns que sobre eles se fazem. Na verdade, há certas coisas que, no espaço público, se dizem frequentemente sobre este tema e que são absolutamente inexactas.

A primeira afirmação comum, e que é inexacta, é a seguinte: diz-se muitas vezes que a consagração deste tipo de “direitos” corresponde a um traço peculiar da Constituição portuguesa, provocada pela forte influência marxista na sua redacção, sem paralelo noutros lugares. Há algum assomo de verdade nesta afirmação. É certo que a nossa Constituição tende a ser, neste domínio, mais prolixa, generosa e detalhada do que outras, e que tal pode ser explicável pelas peculiares circunstâncias históricas em que nasceu. Mas o que já não é verdade é que a “invenção” dos direitos sociais seja coisa só sua. Bem pelo contrário.

Por outro lado, e em afirmação corrente que aparece estreitamente associada à primeira, ouve também dizer-se com frequência que melhor fora que este tipo de “direitos” desaparecesse de vez da Constituição, por ser inútil, vã, e completamente destituída de eficácia a sua “constitucionalização”. Tal como ocorre com a primeira afirmação, também aqui existe algum assomo de verdade: a garantia efectiva dos direitos sociais não depende, necessaria-

mente, da sua previsão em textos constitucionais. Há países em que não existe tal previsão, e em que os direitos sociais são satisfeitos em muito maior grau do que o são em Portugal. Tal não significa, porém, que seja totalmente desacertada, por inútil e vã, a sua consagração constitucional.

Qualquer debate sério sobre os direitos sociais exige que ponhamos a nu o grau e a medida em que se revelam inexactas estas duas afirmações comuns.

Em primeiro lugar, não é verdade que a previsão dos direitos sociais seja uma peculiaridade da Constituição portuguesa, ou uma idiosincrasia nossa só explicável pelas condições históricas em que nos encontrávamos em 1976. Isto, assim dito, é absolutamente inexacto.

Se nos limitarmos ao contexto cultural europeu, a verdade é que se foi afirmando desde a década de 80 do séc. XIX a consciência de que é necessário enunciar e garantir este tipo de direitos. Na Alemanha, em 1884 e em 1889, foram instituídos e impostos por lei seguros estaduais obrigatórios para os trabalhadores da indústria em caso de despedimento ou de incapacidade para o trabalho, bem como para os inválidos e para os velhos; depois, e sobretudo a partir da segunda metade do século XX, a ideia básica de se-

gurança que preside à formulação deste tipo de direitos generalizou-se a outros sectores da vida e foi sendo prevista não só nas leis mas também nas constituições. Não é só a Constituição portuguesa que se refere a “direitos sociais”. A mesma referência surge, por exemplo, na Constituição italiana de 1947 e na Constituição espanhola 1978. E a Constituição da República Federal da Alemanha, que os não prevê textualmente, contém no entanto uma cláusula geral (a do “Estado Social”) da qual têm retirado os tribunais, e em particular o Tribunal Constitucional, consequências práticas equivalentes àquelas que ocorrem em Itália ou em Espanha.

É claro que todos estes exemplos – que não incluem muitos outros que seriam indicáveis face à expansão das Constituições democráticas no leste europeu durante a década de 1990 – corresponderam historicamente à construção de um certo modelo de Estado que se encontra hoje em crise. Sem dúvida que precisam de ser revistas as estruturas e os modos de funcionamento do chamado “Estado Social” ou “Estado Providência”, com as suas formas típicas de intervenção na economia e na sociedade. No entanto, não é certo que a revisão destas estruturas acarrete necessariamente a vanificação, ou o desaparecimen-

to, das normas jurídicas (sobretudo das constitucionais) que consagram direitos sociais.

A previsão jurídica destes direitos, nas constituições e nas leis, foi a resposta que a cultura europeia encontrou para resolver um problema civilizacional que, se começou a ser vivamente sentido a partir da segunda metade do século XIX, o nosso tempo, com toda a evidência, não resolveu. Esse problema, que persiste e apresenta hoje facetas renovadas, é o da crescente e objectiva insegurança das pessoas face às mudanças sociais operadas nos mundos industriais e pós-industriais, que trouxeram a desagregação das pertenças comunitárias tradicionais, capazes de socorrer os indivíduos em casos de doença ou de outra premência existencial. A construção do nosso mundo foi implicando, pelo menos desde a revolução industrial, a destruição gradual de um outro, onde havia elos comunitários (familiares, locais, vicinais) que prestavam assistência às pessoas em caso de necessidade. Dessa destruição resultou um acentuado e crescente isolamento individual. As pessoas, agora sem as protecções decorrentes dos vínculos comunitários tradicionais, isolam-se e ficam mercê de todos os riscos da existência: à mercê da incerteza ínsita nos mecanismos

do mercado; à mercê da instabilidade gerada pela rápida mudança técnica e tecnológica; à mercê das profundas clivagens entre as gerações, provocadas por rápidas mudanças de “valores” em sociedades abertas e com velozes ritmos de desenvolvimento de condições de vida.

Aí onde já não há, ou não é seguro que haja, solidariedades familiares, profissionais, locais, vicinais ou até mesmo contratuais, tem que haver solidariedades nacionais, que confirmam protecção às pessoas nestas particulares circunstâncias civilizacionais que são as nossas. E a solidariedade nacional é a de todos nós, é a da comunidade política, é a do Estado. Pode não ser essa a única forma de solidariedade existente; é desejável que não seja essa a única forma de solidariedade existente. Mas não podemos pôr em causa a necessidade da sua existência. Por isso, e ainda que o chamado Estado Social se transmute em qualquer outra coisa e deixe de existir tal como o conhecemos, isso não significa que um dos seus resultados jurídicos – os direitos sociais – sejam necessariamente nulificados ou tidos por obsoletos. Uma coisa não conduz necessariamente à outra. Pelo contrário: é perante a evidência da crise histórica e política do Estado Social que se torna

ingente que saibamos, com maior exactidão, o que é que podemos esperar da previsão jurídica deste tipo de direitos.

A questão é vasta, e corre sobre ela, hoje, uma intensa discussão. Sem deixar de ter em conta toda a complexidade do que se discute, gostaria de chamar a vossa atenção para alguns pontos firmes que, em meu entender, poderão nortear o debate.

O primeiro ponto firme decorre daquilo a que se pode chamar o *acquis* europeu em matéria de direitos sociais. Invoquei há pouco o exemplo de outras constituições europeias que não a portuguesa – a espanhola, a italiana e a alemã – que contêm, igualmente, normas consagradoras deste tipo de direitos. Nestes países, tais normas foram sendo interpretadas e aplicadas durante décadas, sobretudo pelos respectivos tribunais constitucionais, pelo que é ainda necessário ter em conta tudo o que se foi dizendo, ao longo de quase cinquenta anos, sobre o conteúdo rigoroso que pode vir a ser dado a este tipo de direitos. Como não parece razoável que a “crise” do chamado “Estado-providência” constitua argumento bastante para que se remeta para o caixote do lixo da história tanto material acumulado, há ainda que escutá-lo, para que saibamos o que

é que, face às dificuldades do presente, dele pode e não pode ficar. Sobretudo, para que se desvaneça a ideia vulgarizada segundo a qual as normas que consagram este tipo de direitos são meras declarações retóricas, vagas, ineficazes, e sem quaisquer consequências jurídicas. Quem repete esta ideia desconhece a existência deste *acquis* jurisprudencial europeu, que, graças à acção dos tribunais nacionais, foi esclarecendo (em Itália, em Espanha, na Alemanha) o que é que tais normas podem querer dizer.

O segundo ponto firme que gostaria de salientar é o seguinte. Deste material acumulado durante décadas, e decorrente da acção quotidiana dos tribunais, resultam algumas conclusões que, sendo validamente aplicáveis a todas as experiências nacionais, formam o núcleo essencial de uma espécie de direito comum europeu em matéria de direitos sociais. Este núcleo ou direito comum – que aparece reflectido, aliás, na Carta Social Europeia e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – é rico de ensinamentos. Graças a ele, podemos desde logo identificar aqueles domínios da vida que, nos diversos lugares, foram sempre protegidos pelos direitos sociais. Há, com efeito, aqui uma espécie de sentir comum entre os vários direitos nacionais,

que convergem na identificação daquele conjunto essencial de necessidades das pessoas que deve ser matéria de direitos sociais.

De acordo com este sentir comum, protegidas devem ser, logo à partida, as actividades que têm que ver com os lugares fundamentais de socialização das pessoas, que a sociologia designa como “lugares de socialização primária e secundária”. São eles a família, a escola, o trabalho. Em relação a estes três lugares terá sempre a comunidade política organizada em Estado alguns deveres de prestação positiva, de amparo e de protecção. Poder-se-á discutir que conteúdo, âmbito e amplitude devem ter estas prestações positivas; poder-se-á discutir o seu *modus faciendi* e a sua articulação com a economia e a sociedade; mas o princípio, em si, não parece poder ser objecto de discussão. Em relação à família, à escola e ao trabalho alguma responsabilidade terá sempre que ter o Estado, qualquer que seja a sua forma concreta de organização.

Como a terá que ter em relação àqueles outros bens que, como a saúde, a habitação e o ambiente, correspondem às condições que são absolutamente necessárias para que se viva de forma minimamente condigna.

O grande debate que se deve travar é, como já sabemos, o da medida e forma de intervenção pública em todos estes domínios da vida. No entanto, outro dado há que, resultando igualmente da experiência vivida durante décadas pelos tribunais constitucionais nacionais, deve ser tido em conta, por ajudar, também ele, ao rigor do debate.

Disse no início desta apresentação que, de acordo com a definição mais divulgada, os direitos sociais serão direitos positivos ou direitos à acção do Estado, por contraposição com os “direitos de liberdade”, que, sendo direitos negativos ou direitos à não acção (por parte do Estado e da comunidade), se tornam de mais fácil cumprimento e garantia. No entanto, sabemos hoje – e graças à acção prática dos tribunais, particularmente dos Tribunais Constitucionais – que, assim formulada, esta contraposição é de um simplismo redutor. Na prática, as coisas revelam-se bem mais complexas. Também para assegurar o cumprimento dos chamados “direitos de defesa”, ou liberdades clássicas, precisa o Estado de agir, pelo menos emitindo normas que organizem e assegurem o exercício desses direitos, e os protejam face a eventuais agressões por parte de terceiros. Dou exemplos: a liberdade de circulação (ou a garantia do

seu exercício) requer a regulação estadual do tráfico; a vida requer a garantia estadual da segurança e da integridade física das pessoas; a liberdade de consciência requer a edificação de institutos jurídicos e de procedimentos que permitam e garantam a sua efectivação. Aos tribunais cabe velar para que, aqui, não seja o Estado deficitário no cumprimento dos seus deveres, positivos, de protecção.

Por outro lado, tal como as liberdades exigem afinal alguma prestação positiva por parte dos poderes públicos – não podendo ser exercidas em espaços vazios de organização e de protecção jurídicas -, inversamente, também os direitos sociais contêm em si dimensões negativas, cujo cumprimento exige do Estado, não um fazer, mas um abster-se de fazer ou um dever de não perturbar. Dou alguns exemplos. No domínio do trabalho, detêm dimensões imediatamente imperativas – a exigir um dever de respeito ou de não perturbação por parte dos poderes públicos e da comunidade – direitos como os decorrentes da proibição da discriminação salarial, da exigência de tempos de repouso e férias, da liberdade sindical ou do exercício do direito de greve. Tal como detém essa mesma dimensão imperativa o próprio direito ao trabalho, entendido não

como direito a um emprego ou a uma ocupação remunerada que o Estado obrigatoriamente assegure, mas como direito à procura de ocupação ou emprego que, sendo correspondente às escolhas e às capacidades de cada um, permita a prossecução de projectos de vida condignos. Este direito – assim entendido – tem um alcance prático inegável: dele decorre um outro, que é relativo à possível estabilidade da ocupação ou emprego que se procurou e alcançou. Por assim ser, deve o Estado (e esta é, para o tal direito comum europeu de que há pouco falei, uma conclusão consensual) regular especialmente o trabalho temporário, de modo a sujeitá-lo a condições mais exigentes do que aquelas que valem para os contratos de trabalho de duração indeterminada.

Se as coisas se passam deste modo quanto ao trabalho, o mesmo acontece no que diz respeito à escola e à família. Aqui, nestes dois últimos domínios, cruzam-se frequentemente as dimensões negativas e positivas dos direitos. Vejamos o caso da escola, “coberto” pelo comumente designado direito à educação. O direito à educação tem uma ineliminável componente de liberdade: primeiro, porque o Estado deve aceitar a existência, no seu seio, de projectos educativos que

sejam diversos do seu, por serem próprios das famílias e de grupos sociais e por só poderem ser cumpridos através da liberdade de constituição de escolas privadas; depois, porque mesmo no sistema público de ensino devem os poderes públicos abster-se de impor uma única (a sua) visão do mundo, não podendo por isso programar a instrução de acordo com “quaisquer directrizes filosóficas, políticas, ideológicas ou religiosas (artigo 43.º da Constituição portuguesa). Mas, para além desta ineliminável dimensão de liberdade, parece conter o direito ao ensino um núcleo mínimo de prestações estaduais que são, elas próprias, imperativas. Qualquer que venha a ser o modelo de políticas públicas neste domínio escolhido, caberá sempre ao Estado o dever de assegurar um nível universal, mínimo e obrigatório de instrução básica, bem como exercer funções homologatórias e inspectivas que coordenem os diversos sistemas e graus de ensino e assegurem a sua qualidade. Quanto à família, os deveres públicos de abstenção e de prestação aparecem também imbricados. Diz-se, na Constituição portuguesa como noutros textos constitucionais e internacionais, que a família se encontra sob a protecção da sociedade e do Estado. Ora, proteger a família significa,

desde logo, proteger e reconhecer o instituto jurídico do casamento, fonte privilegiada da formação das relações familiares; proteger a maternidade na formulação dos regimes laborais; definir institutos jurídicos que permitam o cumprimento, por parte dos pais, do dever fundamental de educação dos filhos; organizar procedimentos que assegurem a protecção devida à infância e à adolescência.

É difícil determinar agora qual o “mínimo” que deve ser garantido pela comunidade política nos outros três domínios que mencionei – na saúde, na habitação, no ambiente. Estou segura que o aprofundamento do debate pode conduzir, também aqui, à determinação de campos mínimos imperativos de “realização” dos direitos, ou seja, de dimensões deles que sejam afinal de cumprimento prático tão exigível quanto o são as relativas aos direitos de defesa, ou às chamadas liberdades. Não é no entanto este o momento para empreender tal tarefa. Basta que se sublinhe que, ao contrário do que vulgarmente se diz, há dimensões dos direitos sociais que, definidas a partir de um núcleo mínimo, se mostram tão imperativas e tão imediatamente exigíveis quanto o são as próprias liberdades clássicas. Tanto basta para que se corrija a ideia, igual-

mente vulgarizada, segundo a qual a consagração jurídica (e, desde logo, jurídico-constitucional) deste tipo de direitos é algo de vão, inútil, descartável, meramente proclamatório. Criar condições positivas de vida que libertem as pessoas de condições de privação é o objectivo do Direito, neste domínio. Em todas as áreas que enunciei – trabalho e empregabilidade; educação e instrução; protecção à família; saúde, ambiente, urbanismo – a acção positiva o Estado que garanta a satisfação destes bens será sempre, e antes do mais, acção política, que implica escolhas fundamentais quanto ao modo de afectação de recursos escassos à realização de interesses comuns. São os poderes políticos, sobretudo o legislativo, que, na sua liberdade de conformação, decidem sobre os critérios que devem presidir a essas escolhas. Os juizes e os tribunais não se substituem ao legislador, fazendo política em vez dele – a não ser naqueles domínios, que eu tentei enunciar, em que é evidente, manifesta e clara a dimensão imediatamente imperativa do direito social. Simplesmente, e dito isto, há um ponto que não deve ser esquecido. O legislador que decide sobre estas questões não é um legislador qualquer. É antes aquele que, democraticamente, escolhemos e legitimamos. Por isso, é bem

necessário não esquecer que a garantia última do cumprimento do cumprimento e da satisfação deste tipo de direitos não depende só dos meios jurídicos. Depende da qualidade da cultura cívica e social, e, essa, depende afinal do empenhamento de cada um de nós.

A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE E SEUS RESULTADOS

João Tiago Silveira*

Doutor em Direito Público e professor na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro de Direção do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e da International Association of Legislation. Consultor na sociedade de advogados Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados. É árbitro-presidente nos tribunais arbitrais do Conselho Económico e Social e árbitro do Centro de Arbitragem Administrativa.

► Resumo

Nesta palestra, Silveira discorreu sobre o significado da “jurisprudência da crise” em Portugal. Silveira apresentou questionamentos e conceitos sobre a jurisprudência e seus reflexos nos Direitos Sociais, devido às Políticas Públicas adotadas pelo Governo português. Segundo Silveira: “Não podemos ver sempre os Direitos Sociais apenas como direitos que, necessariamente, devem ser limitados em tempos de crise, porque existe uma outra dimensão também: a circunstância de constituírem uma forma eficaz de resposta à crise.”

I. O que é a “jurisprudência da crise”?

O conceito de “jurisprudência da crise” tem sido utilizado para abranger um conjunto de decisões do Tribunal Constitucional adotadas durante um período de crise financeira mundial, que afetou particularmente Portugal.

Como é sabido, Portugal esteve sujeito a um Programa de Assistência Financeira no período de 2011 a 2014, que foi acordado com a Comissão Europeia, com o Fundo Monetário Internacional (FMI) e com o Banco Central Europeu (BCE). Porém, antes disso, verificou-se igualmente um período de austeridade e que levantou problemas análogos, que também foram abordados pelo Tribunal Constitucional. Portanto, a denominada “jurisprudência

da crise” não se limita apenas ao período da assistência financeira, mas também a tempos anteriores, onde algumas outras medidas com natureza semelhante foram adotadas e escrutinadas pelo Tribunal Constitucional.

As medidas que foram analisadas pelo Tribunal Constitucional visavam a redução da despesa pública ou o aumento da receita pública e incidiram essencialmente em quatro áreas: impostos, pensões, empregos e salários. Ou seja, estavam em questão matérias com impacto sobre os Direitos Sociais. Nalguns casos não estarão em causa apenas Direitos Sociais, mas também Direitos, Liberdades e Garantias de natureza análoga. De qualquer forma, a questão reporta-se sempre a direitos com incidência social, tenham eles a natureza de Direitos Sociais ou de Direitos, Liberdades e Garantias de natureza análoga.

II. Qual é a jurisprudência que está em causa?

A “jurisprudência da crise” costuma referir-se a certos acórdãos do Tribunal Constitucional que é possível identificar. Vejamos quais são.²²

²² Todos os acórdãos citados podem ser consultados em www.tribunalconstitucional.pt

a) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 399/2010

Este acórdão resulta de um pedido do Presidente da República e incidiu, essencialmente, sobre um agravamento do IRS, que é o Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

Estava em causa uma mudança dos escalões e das taxas de IRS a meio do ano fiscal. Ou seja, a alteração legislativa em análise provocou um aumento, que ocorreu quando já se tinha iniciado a obtenção de rendimentos num determinado ano fiscal e, portanto, a questão era saber se este tipo de retroatividade seria admissível.

O Tribunal Constitucional entendeu que não estava em causa um caso de retroatividade autêntica, mas antes uma questão de retrospectividade. Assim, não haveria uma afetação total de situações passadas, mas antes uma intervenção legislativa sobre um conjunto de direitos e deveres ainda em formação, a meio de um ano orçamental. O grau de afetação era bem diferente do que ocorreria num caso de verdadeira retroatividade e, por isso, não ocorreria uma violação da Constituição.

Haveria, contudo, de verificar ainda se o princípio da tutela da confiança

seria afetado. Quanto a este aspeto, o Tribunal Constitucional entendeu que se verificava um interesse público especialmente qualificado, que prevalecia sobre as expectativas dos cidadãos, que eventualmente pudessem estar em causa. Esse interesse público prevalecente relacionava-se com as dificuldades da “conjuntura económica e financeira” e a necessidade de aprovar medidas de reação à situação de crise financeira mundial que se vivia e aos impactes que provocou no plano nacional

O que resulta especialmente deste acórdão?

Essencialmente, a consideração de que a conjuntura económica e financeira é uma justificação constitucionalmente relevante para justificar a afetação de expectativas dos cidadãos.

b) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 3/2010

O pedido que motivou este Acórdão não resultou da intervenção do Presidente da República, mas antes de um grupo de Deputados da Assembleia da República. Estava em causa uma alteração ao Estatuto da Aposentação, que envolvia, por um lado, a definição dos critérios de cálculo das pensões e, por outro lado, um aumento da idade de reforma.

Qual a relevância deste acórdão e do que nele foi afirmado?

Essencialmente, afirmou-se que não haveria inconstitucionalidade, porque estavam em causa direitos ainda em formação e porque se verificava um período transitório suficientemente amplo apto a minimizar a eventual afetação de expectativas.

Note-se que, neste caso, não estava em causa a afetação de pensões já atribuídas, mas apenas a mudança de regras relativas as pessoas que pagavam as suas contribuições, mas que ainda não se encontravam numa situação de reforma. Portanto, o Tribunal Constitucional reconheceu que valores como os da solidariedade intergeracional e a necessidade de sustentabilidade do sistema de Segurança Social podiam prevalecer sobre eventuais expectativas que os cidadãos poderiam ter sobre o direito ao recebimento de uma pensão da Segurança Social.

c) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2011

Trata-se aqui de mais um acórdão provocado por iniciativa de Deputados à Assembleia da República.

Estava em causa uma redução dos salários dos trabalhadores que exerciam funções públicas, isto é, dos funcionários públicos. Tratava-se de uma redução remuneratória que

oscilava entre cerca de 3% e 10%, sendo que, noutros casos, não havia afetação do vencimento. Tratava-se, portanto, de uma redução que, de certa forma, se poderia caracterizar como gradual.

O Tribunal Constitucional, mais uma vez, não julgou inconstitucionais as normas que previam esta redução dos salários dos funcionários públicos, tendo afirmado que não existia um princípio de irreduzibilidade dos salários dos trabalhadores do setor público decorrente da Constituição. Além disso, aceitou também que a situação dos funcionários públicos ou trabalhadores das entidades públicas e a situação dos trabalhadores do setor privado podia ser tratada de forma desigual. Com efeito, para o Tribunal Constitucional, o vencimento dos trabalhadores do setor público tem um impacto e uma consequência bem mais forte e imediata sobre a despesa pública e, logo, um efeito mais direto sobre as finanças públicas. Portanto, considerou que a desigualdade se encontrava justificada face dos valores que estavam presentes e que importava prosseguir.

d) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012

Neste acórdão estava em causa a suspensão dos subsídios de férias e de natal dos trabalhadores de en-

tidades públicas para o ano de 2012, o que gerava um corte salarial bem mais profundo que o anteriormente analisado. Recorde-se que a redução salarial ocorrida anteriormente e aceite pelo Tribunal Constitucional afetava 3% a 10% dos salários dos funcionários públicos e dos trabalhadores de entidades públicas.

Neste caso, o Tribunal Constitucional decidiu de forma diferente, pois afirmou que se verificava, realmente, uma inconstitucionalidade.

Em primeiro lugar reconheceu que existia uma situação grave de emergência financeira. O Tribunal Constitucional considerou este um valor como relevante para justificar alguma limitação em matéria de Direitos Sociais.

Depois, em segundo lugar, o Tribunal afirmou que a situação de exceção é de vigência transitória, o que importaria ter em conta. Esta situação transitória era caracterizada por um plano, que foi acordado pelo Governo de Portugal com o FMI, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu. Em terceiro lugar, o Tribunal Constitucional admitiu alguma desigualdade entre trabalhadores do setor público e do setor privado, mas essa desigualdade não poderia exceder aquilo que o princípio da proporcionalidade determina. Isto é, a desigualdade, para ser admissível, teria

de se manter dentro de limites de proporcionalidade. O Tribunal Constitucional denomina este exercício, caracterizando-o como uma verificação acerca do cumprimento da “igualdade proporcional”.

Ora, neste caso, o Tribunal Constitucional considerou que esse limite foi ultrapassado e que, portanto, a redução dos salários dos trabalhadores do setor público afetava a “igualdade proporcional” por envolver um tratamento excessivamente desigual, face aos trabalhadores do setor privado, relativamente aos quais não se verificava um corte salarial.

É esta a razão que levou o Tribunal Constitucional a pronunciar-se pela inconstitucionalidade das normas que previam a redução dos subsídios de férias e de Natal dos trabalhadores das entidades públicas.

Contudo, o Tribunal fixou um limite aos efeitos da sua própria decisão.

O artigo 282.º da Constituição Portuguesa permite a limitação dos efeitos das decisões do Tribunal Constitucional com força obrigatória geral, como era o caso. Ou seja, permite que o Tribunal Constitucional determine que, num caso concreto, a sua decisão não terá os efeitos típicos de um acórdão adotado em fiscalização sucessiva abstrata e que, portanto, esses efeitos são limitados.

Ora, foi exatamente o que sucedeu. O Tribunal Constitucional afirmou que a sua decisão no sentido da inconstitucionalidade não iria produzir efeitos durante o ano orçamental que estava em causa, e, portanto, em 2012 não teria o efeito de obrigar à devolução dos cortes salariais previstos. Ou seja, como esta decisão não iria, afinal, produzir efeitos no ano económico em causa, ela não afetaria o esforço de contenção orçamental desse ano, antes servindo como parâmetro a ter em conta para o futuro e para anos orçamentais subsequentes.

e) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013

Este acórdão incidiu sobre medidas orçamentais do ano de 2013, que incluíam i) um corte salarial sobre os vencimentos dos funcionários públicos, equivalente ao subsídio de férias, ii) uma sobretaxa sobre o Imposto de Rendimentos (IRS), iii) uma suspensão de 90% dos subsídios de férias e de Natal de pensionistas do Estado, iv) outros cortes em certas pensões de valor mais baixo, v) uma contribuição extraordinária de solidariedade sobre pensões de valores mais elevados e, ainda, vi) outras medidas que foram também averiguadas neste acórdão do Tribunal Constitucional.

O que entendeu o Tribunal Constitucional neste acórdão?

Considerou inconstitucionais algumas das normas onde se adotavam estas medidas, mas outras, não.

Para o efeito, voltou a utilizar o conceito de “igualdade proporcional” como critério para verificar se a desigualdade de tratamento entre trabalhadores do setor público e trabalhadores do setor privado seria inadmissível ou aceitável. Assim, efetuou uma comparação rigorosa entre os sacrifícios impostos aos trabalhadores do setor público, quando confrontados com os sacrifícios impostos aos trabalhadores do setor privado. Ou seja, o Tribunal Constitucional não analisou, apenas, o impacte singularmente considerado destas medidas, antes realizando uma ponderação global sobre o seu efeito para medir o grau de desigualdade e, portanto, verificar se a mesma seria excessiva

Assim, o Tribunal Constitucional considerou que a desigualdade entre as situações analisadas não seria conforme à Constituição.

Este acórdão é ainda relevante, pois nele foi tomada outra decisão bastante importante, relativa a adoção de uma contribuição extraordinária de solidariedade, que agravava a situação dos pensionistas. O Tribunal Constitucional não considerou que se verificava, quanto a este aspeto,

uma inconstitucionalidade. Para tal referiu o caráter temporário da situação de exceção financeira, o qual justificaria medidas como esta. Portanto, mais uma vez, o Tribunal Constitucional, no mesmo acórdão, afirma que algumas medidas eram inconstitucionais, mas outras não.

f) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013

O caso abordado neste acórdão é de natureza diferente.

Tratava-se aqui de normas de um diploma que adotava um regime de requalificação da função pública, ou seja, de trabalhadores de entidades públicas. Ao abrigo deste regime, os trabalhadores do setor público poderiam, em certas situações, perder o seu vínculo através de um mecanismo de tentativa de reaproveitamento de funcionários do setor público, que, se não o fossem ao final de um certo período temporal, poderiam perder o seu vínculo. Ou seja, estava em causa uma situação de despedimento, caso não houvesse reaproveitamento dos trabalhadores do setor público colocados nessa situação, ao fim de um certo lapso temporal.

O Tribunal Constitucional considerou inconstitucionais as normas que previam este mecanismo, por violação da norma constitucional que obriga à necessidade de existência de justa causa no despedimento. Além dis-

so, também estaria em causa uma violação do princípio da proteção da confiança, pois esses trabalhadores tinham a expectativa legítima de que o seu vínculo fosse definitivo.

g) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 862/2013

Neste acórdão, provocado por iniciativa do Presidente da República, estava em causa uma redução do pagamento de pensões dos beneficiários da Caixa Geral de Aposentações.

Em Portugal, existe a denominada “Segurança Social”, que abarca os trabalhadores do setor privado e alguns trabalhadores do setor público. Além disso, existe ainda a “Caixa Geral de Aposentações”, que é um mecanismo de reforma do setor público e que inclui uma parte substancial dos trabalhadores deste setor. Portanto, há dois sistemas que convivem separadamente, que vão tendo regras cada vez mais próximas e comuns, mas relativamente aos quais existe ainda alguma separação e algumas diferenças.

O Tribunal Constitucional afirmou que tinha existido um investimento de confiança dos cidadãos nas prestações que pudessem receber, e que, em certa medida, essa confiança poderia ser afetada. Contudo neste caso, o Tribunal entendeu que não havia justificação para essa afetação.

Em primeiro lugar, porque não tinha sido explicitado e justificado um interesse

público centrado na sustentabilidade da Caixa Geral de Aposentações. E, em segundo lugar, porque se tratava de uma medida completamente isolada e circunscrita de redução de pagamento de pensões e não de uma reforma estrutural do sistema.

h) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 413/2014

Uma vez mais, o que estava em causa neste acórdão era um corte salarial dos vencimentos dos trabalhadores do setor público, mas desta feita, num valor entre 3% a 10%. Além disso, verifica-se uma afetação do método de cálculo de pensões de sobrevivência e um agravamento da contribuição extraordinária de solidariedade.

Mais uma vez, o Tribunal Constitucional utilizou o teste da “igualdade proporcional” para verificar se existia uma inconstitucionalidade por tratamento excessivamente desigual entre trabalhadores do setor público e do setor privado, tendo concluído que esse tratamento inadmissivelmente desigual se mantinha.

i) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 574/2014

Por solicitação do Presidente da República, mas com a anuência do Governo, para a verificação e teste da viabilidade constitucional de medidas que se pretendia implementar, o Tribunal Constitucional foi outra vez solicitado a intervir, agora em novas questões.

Este acórdão analisou a constitucionalidade de um mecanismo de reversão dos cortes salariais efetuados aos funcionários públicos.

O Tribunal Constitucional entendeu que o mecanismo de reversão, ou seja, de eliminação gradual dos cortes salariais que ainda estavam em vigor não poderia ser admitido, pois estava condicionado à disponibilidade orçamental nos três exercícios orçamentais seguintes, e o período de emergência financeira já havia terminado. Portanto a justificação constitucional para o tratamento desigual face aos trabalhadores do setor privado já não existia.

j) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 575/2014

Por último, neste acórdão, estava em causa a introdução de uma contribuição para a sustentabilidade do pagamento das pensões. Ou seja, na prática, tratava-se de assumir um corte definitivo em pensões que já estavam a ser pagas com um reduções de natureza provisória, transformando-se uma redução temporária em definitiva.

Exatamente pelas mesmas razões apontadas anteriormente, o Tribunal Constitucional entendeu que as normas que adotavam esta medida seriam inconstitucionais, pois não estava em causa uma reforma global do sistema de Segurança Social e, portanto, existiria uma afetação não justificada do investimento na confiança pelos cidadãos.

III. Conclusões

Que conclusões podemos retirar de todo este processo e destas decisões do Tribunal Constitucional relativas ao período de crise financeira vivida em Portugal na sequência das várias crises internacionais?

Vale a pena considerar três planos diferentes. Num primeiro plano, há que perguntar o que fez, afinal, o Tribunal Constitucional nestes acórdãos. Num segundo plano, é preciso saber se as decisões em questão constituem, ou não, uma intromissão inadmissível na esfera de atuação do poder político ou se foram baseadas em princípios, conceitos e critérios vagos e que ofereceram um grau e margem de subjetividade excessiva ao jogador. Finalmente, num terceiro plano, haverá que verificar se vivemos hoje, ou não, uma crise dos Direitos Sociais.

Portanto, em primeiro lugar, há que verificar o que fez o Tribunal Constitucional nestas suas decisões.

Essencialmente, o Tribunal Constitucional definiu parâmetros e os aplicou-os.

Como se sabe, os Direitos Sociais estão sujeitos à cláusula do possível, face às situações materiais, económicas, financeiras. Naturalmente que, em momentos de crise, tende a existir uma certa

compressão destes direitos, pois as condições económicas e financeiras são piores e, logo, as possibilidades de os concretizar são menos favoráveis. Ora, o Tribunal Constitucional aceita a compressão destes direitos nestas situações, como se viu através da análise da jurisprudência acima referida.

O que o Tribunal Constitucional fez – e bem –, foi utilizar princípios e composições dos princípios do sistema para definir, em tempos de crise, o que é o significado do “possível” em matéria de satisfação de Direitos Sociais.

Trata-se, quanto a nós, de um exercício difícil, inédito e positivo, que deixa o nosso sistema constitucional bem mais preparado para enfrentar futuras situações. Hoje, são mais bem conhecidos os limites do que a Constituição permite fazer em tempos de contingência financeira.

Num segundo plano, cabe perguntar se as decisões do Tribunal Constitucional constituíram uma intromissão na esfera de atuação do poder político. E, ainda, se os conceitos que o Tribunal Constitucional utilizou serão de tal forma vagos que determinam que as decisões judiciais foram, no fundo, elaboradas com base numa subjetividade do próprio julgador e já não na lei.

Não parece que tenha existido uma intromissão na esfera de atuação política nem que os parâmetros de decisão se tenham dirigido pela subjetividade do julgador em termos excessivos. E isto, fundamentalmente, por três razões.

Em primeiro lugar, é preciso recordar que várias das decisões do Tribunal Constitucional foram no sentido da inexistência de inconstitucionalidade quanto às medidas adotadas. Assim, por exemplo, i) foram admitidos cortes salariais aos funcionários públicos e trabalhadores das entidades públicas, desde que temporalmente limitados e desde que não exista uma desigualdade inadmissível ou desproporcional relativamente aos vencimentos dos trabalhadores do setor privado, ii) foram admitidas reduções do valor pago a título de trabalho extraordinário, iii) foi admitida uma contribuição extraordinária para pensões superiores a um determinado valor, iv) foram admitidas alterações aos escalões do IRS a meio do ano fiscal, para pagamento de uma quantia superior de impostos e v) foi aceite a criação de uma sobretaxa de IRS. Em suma, não se pode dizer que o Tribunal Constitucional tenha provocado, por via da sua atuação, um bloqueio sistemático à ação do executivo.

Em segundo lugar, mesmo em deci-

sões onde o Tribunal Constitucional afirma a existência de inconstitucionalidades, o mesmo Tribunal limitou os efeitos dessas suas decisões, por forma a que elas produzam efeitos mais limitados do que o normal. Ou seja, em decisões em que o Tribunal Constitucional tem noção do impacto financeiro que a sua decisão vai provocar, limita os efeitos da sua decisão e, com isso, preserva a medida adotada, pelo menos durante algum tempo, mesmo que a mesma padeça de inconstitucionalidade. Ou seja, não se pode dizer que o Tribunal Constitucional não tenha preservado uma certa margem de decisão política, inclusive ao ponto de permitir a subsistência de medidas inconstitucionais durante um determinado período.

Finalmente, em terceiro lugar, a utilização de determinados critérios como “igualdade proporcional” ou “proteção da confiança”, ou seja, de conceitos com alguma indeterminação, não significa só por si uma intromissão do poder judicial no exercício de funções políticas. Por um lado, estão em causa conceitos que resultam da própria Constituição e que o Tribunal Constitucional já vinha trabalhando e desenvolvendo antes do período da crise financeira. Por outro lado, em várias outras áreas, muitas de grande sensibilidade

em matéria de Direitos, Liberdades e Garantias, é conferida uma ampla margem de conformação ao julgador. Veja-se, por exemplo, no direito penal, a ampla liberdade de que o juiz dispõe para verificar se uma determinada conduta é dolosa, negligente ou se nem sequer negligente é.

Por último, cabe analisar o terceiro plano que referimos: o de saber se desta jurisprudência resulta uma crise dos Direitos Sociais, tal como os conhecemos.

Na verdade, o que se verificou foi uma crise mundial nascida em 2008, nos Estados Unidos da América, e que, depois, se transformou numa crise financeira que acabou por ser “importada” pela União Europeia, em grande medida devido à sua fraca resposta, e que, por isso, se transformou numa espécie de “crise dos orçamentos e das finanças públicas” dos estados da União Europeia.

Como se disse, os Direitos Sociais, em situações como esta, estão sujeitos à cláusula do possível. E, nesta situação, o que fez Tribunal Constitucional?

Face a uma situação em que existiam limitações financeiras, o Tribunal definiu quais eram os limites inultrapassáveis, fazendo apelo a critérios e princípios que já eram conhecidos ou composições desses

mesmos princípios. Parece-me que se tratou de um exercício positivo, na medida em que permitiu a construção de um quadro de proteção dos Direitos Sociais em situações de emergência financeira. Certamente que em novas situações deste tipo estaremos mais bem preparados para as enfrentar e bem mais cientes do que pode, ou não, ser feito, em termos constitucionais. Portanto, em certa medida, os Direitos Sociais ficaram bem mais preservados, pois agora é reconhecida a sua subsistência em tempos de crise e em que medida tal deve ser aceite.

Vale a pena deixar uma última nota sobre uma curiosidade, que é a seguinte: por vezes, nós, os juristas, temos tendência para olhar para os Direitos Sociais apenas como uma despesa, em termos financeiros. Mas não podemos ter só esta perspectiva contabilística. Isto porque os Direitos Sociais e a sua concretização provocam, também eles, efeitos económicos e financeiros positivos e relevantes, designadamente no que toca à despesa e à receita fiscal. Mais emprego significa menos desempregados e menos subsídios de desemprego pagos. Logo, menos despesa pública. Mais educação significa cidadãos mais qualificados e aptos a ter melhores empregos, com mais rendimentos e, naturalmente, pagando mais impostos.

Além disso, é preciso observar o que se passou noutros países do Mundo, também afetados por graves crises financeiras, mas que tiveram uma reação bem diferente da adoção de políticas austeritárias dirigidas à redução ou diminuição de Direitos Sociais.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, durante os tempos de crise discutiu-se e adotou-se o famoso “ObamaCare”, aumentando-se a proteção social na saúde e aumentou-se o salário mínimo nacional para valores inéditos

Pergunto, qual é a situação econômica e financeira nesses países, comparada com outros Estados que utilizaram formas austeritárias de lidar com estas crises? Não estarão os Estados Unidos da América a ultrapassar melhor que a União Europeia estas crises, mesmo apostando na promoção dos Direitos Sociais?

Ou seja, não podemos ver sempre os Direitos Sociais como direitos que, necessariamente, devem ser limitados em tempos de crise, porque existe uma outra dimensão também: a circunstância de constituírem uma forma eficaz de resposta à crise.

CRISES FINANCEIRAS E SUAS POTENCIALIDADES

Luís Inácio Lucena
Adams*

*Procurador da Fazenda Nacional. Ex-Procurador-Geral da Fazenda Nacional (PGF). Ex-Secretário-Executivo Adjunto do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). Especialista em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Foi Advogado-Geral da União de 2009 a 2016.

► Resumo

Nesta exposição, Adams apresentou reflexões referentes à crise financeira e o seu contexto na sociedade. Apresentou a Constituição Federal como um instrumento de defesa dos direitos sociais. Para o ex-Procurador-Geral da Fazenda Nacional, a Constituição de diversos países veio a estabelecer garantias fundamentais existenciais. Adams disse que parte significativa das soluções jurídicas não está no Direito positivo, mas na capacidade de os representantes políticos exercerem escolhas em conjunto com a sociedade para sustentar as decisões sob o ponto de vista humanitário.

Os tempos de crise financeira potencializam a realidade de escassez, que, no caso do Brasil, mostra diversas tensões. Em primeiro lugar, devemos partir de uma constatação: a nossa Assembleia Constituinte Originária, aqui temos, pelo menos, duas testemunhas, o Senador Serra e o Deputado Paes Landim, que são signatários da nossa Constituição, foi uma Constituinte que, quebrando muito uma trajetória e modelo de Constituição brasileiro, veio a estabelecer os direitos sociais como um tema de destaque na Constituição. Trouxe o tema para o início do texto constitucional, como no Artigo 6º (direitos sociais) e no Artigo 5º (direitos e garantias fundamentais), além de estabele-

cer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III). Além disso, estabeleceu, no Título VIII, um sistema normativo extensivo e abrangente relativo aos direitos sociais. Isso é uma distinção muito singular desta Constituição, diferenciada das que a precederam, produzindo em decorrência uma série de demandas e desafios que não estavam presentes no sistema jurídico brasileiro até aquele momento. Não que o problema social não existisse, mas, no momento em que a Constituição veio a buscar regular uma realidade muito mais abrangente, o tema tem sido incorporado cada vez mais nos debates existentes no Supremo Tribunal Federal, o que não era comum, senão inexistente.

O nosso sistema constitucional veio a incorporar um ideário moral de universalidade, que se realiza pela difusão de direitos. É um ideário que busca dar melhores condições para todos, promovendo uma reforma baseada na efetividade desses direitos sociais, como um processo de implementação da própria cidadania.

Estabelecida essa constatação da pretensão à universalidade a ser equacionada pelo direito, trago alguns pontos de reflexão que a experiência histórica brasileira nos

oferece. Ela não é muito distinta, eu acredito, das experiências históricas de outros países, mas ela traz uma realidade que merece um mínimo de reflexão, e a primeira delas é aquela constatação inicial: o desafio do cobertor curto.

Vemos na Suprema Corte Brasileira debates que, invariavelmente, são debates associados a impactos. Não é um problema específico para momentos de crise (a crise potencializa essa realidade), pois existe mesmo em situações de bonança, mesmo em realidades de orçamento crescente e o Brasil viveu isso na sua história recente. Mesmo nessa realidade a questão se faz presente: qual o custo para implementação de direitos e quem arca com eles. No âmbito das decisões políticas sempre estão presentes as questões de qual é a escolha que fazemos e qual é a prioridade que adotamos. No âmbito jurídico em que a universalidade é uma diretriz moral estas questões tornam-se um problema.

A história política brasileira lida com um pecado original, que é a desconfiança em relação às escolhas políticas. Isso se reflete no texto constitucional na medida em que essas escolhas, muitas vezes, são limitadas ou pré-determinadas. Isso se dá explicitamente no âmbito dos direitos sociais. Peguemos o

exemplo da saúde, que sempre é carente de recursos. Isso é uma realidade constante. Agora, a possibilidade de escolha pelos agentes políticos do Estado na alocação de recursos, como estabelecido pelo nosso Constituinte, é eliminada, porque os recursos para a saúde são pré-determinados no próprio texto constitucional. Eles correspondem a um montante que é corrigido automaticamente todo ano, e esse montante é uma obrigação de gastos, não é obrigação de alocação, é obrigação de alocar e, efetivamente, de gastar o recurso naquela área.

Da mesma forma, vamos ver em outras áreas a necessidade ou a imposição pré-determinada em eliminar ou reduzir, muitas vezes, essa possibilidade de escolha. Isso mostra, assim, uma dinâmica de implementação da nossa Constituição, que em última análise lida com uma realidade em que não reconhece legitimidade das escolhas políticas. Busca, ao contrário, através da Constituição, pré-determinar estas escolhas.

O administrador público, como agente de Estado que é, não exerce ou não é levado a exercer essa possibilidade de escolha. Então, observemos a questão específica de medicamentos. Hoje temos uma disputa muito intensa nas nossas

Corte em relação aos chamados medicamentos alternativos ou não testados, que não enquadrados na lista do Sistema Único de Saúde.

O Tribunal de Contas da União tem feito um exame de várias ações de políticas públicas, entre as quais a fiscalização saúde, em que se avalia essa questão. O que se constatou é que nesse tema há uma evolução expressiva, entre 2010 a 2014, de ações judiciais relacionados a aquisição de medicamentos. Essas ações judiciais têm sido propostas em busca de decisões que ultrapassem as escolhas fixadas pelos órgãos e entidades do Estado que limitam e determinam os recursos disponíveis nas ações de saúde. Isso é um fenômeno que, evidentemente, não é só um problema brasileiro, mas que tem sido muito intenso no nosso âmbito e mostra, em última análise, essa tensão entre as escolhas do Legislador/Administrador e a implementação de direitos que são, no caso de Constitucionais, direitos muito mais universais e valorativos do que meramente normativos. Quer dizer, não existe uma regra constitucional fixando: toda pessoa tem direito a uma determinada medicação independente das escolhas. Não! O que existe é o direito a saúde como um valor estabelecido na constituição. Só que essa regra de direito a saúde

está diretamente conectado a um drama que não está limitado ao atendimento social, mas fundamentalmente a um drama extremamente pessoal, quer dizer, aquela pessoa está querendo sobreviver a uma doença, um limite da vida, buscando todas as possibilidades de existência.

Recentemente travou-se um debate muito interessante no Brasil, que inclusive provocou a adoção de legislação nos Estados, consistente na adoção da chamada pílula do câncer. Em um momento, ano passado, popularizou-se a informação de que estaria sendo produzida no Brasil uma pílula que curava o câncer. Isso começou em São Paulo e provocou uma intensa celeuma sobre o tema no Brasil, pois esta pílula não era uma testada, não existindo nenhuma comprovação de sua efetividade. Mas ela era distribuída gratuitamente por um professor da Universidade de São Paulo (USP), que é uma Universidade prestigiada, o que acabava por criar uma aura de legitimidade e as pessoas queriam essa pílula. Isso levou a adoção de uma legislação estadual que permitia ao poder público pagar pela pílula.

Isso mostra bem o dilema na implementação de direitos e o drama das pessoas quando lutam pelo direito à existência. Agora, quan-

do falamos de políticas públicas temos que compreender também os limites das decisões, em face do limite do possível, que chamo “drama do cobertor curto”,. Quer dizer, você não pode dispor de todas as soluções todos os dias para todas as pessoas. Não existe isso! Não existem meios! Se todas as pessoas, não estou dizendo aqui que é o padrão inviolável de vida, mas se todas as pessoas do mundo vivessem como vive o Americano médio, o mundo não existiria. Porque não há condições físicas de o planeta sustentar esse padrão, então limites existem. Escolhas têm que ser feitas!

Vejam a solução que os Estados Unidos adotou para enfrentar o mesmo desafio: universalizar a saúde. O Patient Protection and Affordable Care Act ou ObamaCare, como o programa passou a popularmente ser chamado, não é um Programa de Assistência do Estado, mas sim uma política que obriga todo mundo a comprar o Seguro de Saúde, o Seguro Padrão de Saúde. Não é propriamente uma atividade do Estado. Não é um Sistema Único de Saúde, como existe no Brasil ou na Inglaterra; é um sistema pelo qual, na verdade, todos os Americanos têm que comprar o seguro de saúde. Ou seja, trouxe o custo do programa diretamente para a

sociedade, sendo que o Chief Justice Roberts, em voto de desempate a favor da constitucionalidade do programa, adotou o interessante entendimento de que a obrigação de adquirir seguros de saúde atribuída aos cidadãos americanos deriva do direito constitucional do Estado adotar tributos.

Mas o fato é que essas limitações mostram os desafios que são dados ao Poder Judiciário na implementação de direitos que incorporam a universalidade como um valor moral. Em face desses desafios e desses limites, o Poder Judiciário, particularmente, é conduzido a tomar posições que muitas vezes extrapolam o próprio limite da causa, o limite do Direito. Ou seja, o Judiciário para lidar com a complexidade de um problema social acaba por ultrapassar os seus limites para adotar soluções tradicionalmente desenvolvidas pela discricionariedade e ponderação política exercida pelos representantes da sociedade, ele passa a ter que lidar com esse problema no universo do Direito em que o exercício desta discricionariedade é extremamente limitado.

Exemplo disso podemos ver no caso da Raposa Serra do Sol, em que a Corte Constitucional Brasileira foi chamada a resolver uma disputa em relação ao Estado de Roraima,

um Estado ao norte do Brasil, em que praticamente 40% do Estado era objeto de uma demarcação contínua de uma reserva indígena. A área demarcada guardava enormes problemas, em particular por concentrar a maior densidade populacional não indígena no Estado, portanto, gerando uma intensa disputa social.

Não estamos falando somente de dinheiro, mas de conflitos de direitos. As pessoas que tinham direitos à terra, que é ocupação antiga, algumas ilegítimas, mas muitas legítimas, e o direito indígena imemorial sobre a mesma terra.

Essa decisão tinha a ver com a premissa da constitucionalidade da demarcação contínua de terras indígenas, ou seja, a demarcação não era segregada por diversas tribos e aldeamentos, permitindo a incorporação de toda a área tradicional indígena. A Suprema Corte veio a validar essa solução, mas, ao mesmo, viu a necessidade de adotar diversos elementos de compensação a uma decisão que ela percebia como capaz de potencializar conflitos. Aqui, o que é importante entender é que, quando tratamos de direitos sociais, lidamos com conflitos que são não só financeiros de responsabilidade do Estado, mas conflitos entre pessoas, entre grupos, entre

espaços pré-existentes. E quando o Judiciário intervém, não se limita ao espaço do Direito, mas também alcança áreas tradicionalmente reservadas à política.

No caso concreto, a Corte agiu em decorrência da ausência de regulamentação de um dispositivo constitucional, o § 6º do Artigo 231 da Constituição, que trata dos direitos indígenas, para criar uma compensação e equilíbrio à regra. O artigo 231 veio a estabelecer o seguinte pressuposto: se a ocupação indígena é permanente, a área correspondente deve ser demarcada em favor da comunidade e não é suscetível de ser indenizada aos antigos ocupantes. A regra parte do pressuposto de imemorialidade da ocupação indígenas, baseada nas tradições da comunidade. Qualquer outra ocupação é nula.

Existe um aspecto prático nesta norma que consiste em que o Estado não tem obrigação de indenizar, com exceção das benfeitorias de boa fé. Assim, por ser reduzido o custo material, a ação estatal torna-se menos contida e a partir daí proliferam diversos procedimentos de demarcação. Isto acaba por potencializar uma realidade de conflitos extremos. Por quê? Porque diversas regiões do Brasil foram ocupadas por decisão do Estado, como no caso do Paraná, do Mato Grosso,

Rio Grande do Sul, na região Norte; áreas que foram ocupadas pela colonização promovida pelo Estado e colonizações que remontam há 100 anos, 150 anos. Os conflitos de terras no Rio Grande do Sul, envolvendo comunidades indígenas, não são entre grandes latifundiários, como é usual no estereótipo do velho oeste. São conflitos que envolvem pequenos agricultores, proprietário de apenas um hectare ou meio hectare versus Comunidades Indígenas, que também tem e são protegidas nessa área.

Agora, o § 6º do art. 231 diz assim: é nulo, é tido como inexistente qualquer título existente em área indígena. Já é possível aqui ver o conflito que gera uma demarcação, pois a nulidade do título não gera nenhuma compensação. Alguém que ocupa uma área na qual viveram seus pais e avós e na qual os respectivos ascendentes, inclusive, podem estar enterrados, de repente pode perder tudo (terra, história e subsistência) porque a área é indígena.

Do outro lado, a Comunidade Indígena, que historicamente foi espoliada, também tem seu direito legítimo de ser restituída a essa área, com as quais também tem uma relação histórica, confirmada pela existência de cemitérios dos seus ancestrais. Então, essa

situação possui uma potencialidade da crise; a norma, em vez de resolver o dilema, o potencializa. A crise se torna mais grave, em que o processo de ocupação e desocupação por ordem judicial tem gerado violência e morte.

Só que o mesmo § 6º do art. 231 da Constituição, ao mesmo tempo que determina a nulidade dos atos que legitima a ocupação de terras indígenas, também ressalva as situações de relevante interesse público, segundo dispuser Lei Complementar. Essa Lei não existe. Desde a adoção Constituição em 1988, existe a demanda para a adoção de Lei Complementar que venham a identificar as situações de interesse público que justifiquem a permanência de alguns atos jurídicos de propriedade ou posse em áreas indígenas. Mas, por inação do Congresso, ela não existe.

Aqui há uma característica muito interessante: o nosso Constituinte Originário adotou uma Constituição muito abrangente, mas ao mesmo tempo fez dela uma Constituição flexível, porque com apoio de apenas 60% do Congresso é possível alterá-la. É até discutível se esse processo legislativo é mais exigente quanto o da adoção de uma Lei Complementar, já que esta, apesar de precisar de um pouco menos de apoio – maioria absoluta de cada

casa do Congresso –, ainda é submetida à sanção ou veto do Presidente da República. Portanto, de certa forma, a Lei Complementar, que é uma norma para efetivação de um direito constitucional, é submetida a exigências tão significativas do ponto de vista do processo legislativo quanto a que é submetida uma Emenda Constitucional. A escolha do Congresso Nacional pela adoção de emenda constitucional acaba sendo mais comum do que a regulamentação por lei complementar.

E o que faz o Supremo Tribunal? Na ausência da norma que produziria equilíbrio ao processo, ele dita condicionantes. Ou seja, o Supremo, ao decidir que a demarcação contínua, não viola direitos constitucionais da propriedade, a boa-fé, porque a própria Constituição garante outro valor, outro direito, um direito social, que é o da ocupação indígena a partir de uma realidade in memorial. Mas o Supremo Tribunal também vem a reconhecer a falta de equilíbrio no processo de demarcação, o que decorre da própria excepcionalidade legal que o Congresso Nacional deveria adotar. O Supremo Tribunal, então, estabelece 19 (dezenove) condicionantes. Condicionantes, inclusive, que não têm relação direta com o mérito do julgamento do Recurso Extraordi-

nário, como é o caso daquela que assegura a efetiva participação dos entes federativos no processo de demarcação (Raposa Serra do Sol já havia sido demarcada, portanto essa tem a ver com processos de demarcação futuras).

Assim, o Supremo Tribunal passa a atuar como legislador ativo ao regular um tema que é tradicionalmente objeto do Congresso Nacional. Isso ocorre por dois motivos: primeiro, o Legislador evidentemente não cumpriu o seu papel, e a demanda de regulação existe; segundo, a realidade fática impõe desafios ao Direito que não são resolvidos apenas pela aplicação nua e crua da norma, porque ela é incapaz de equacionar a complexidade das questões que emergem do conflito existente, exigindo soluções que surgem tradicionalmente em espaços próprios da política, como acontece aqui na decisão que veio a ser adotada.

O desafio do direito é o da constante legitimação, e para isso a aplicação da lei passa não apenas por olhar o conflito nos limites em que é posto, mas também a fazer escolhas para o futuro, como é esse caso das condicionantes adotadas no caso da Raposa Serra do Sol. Acho sempre interessante o famoso caso *Marbury VS. Madison*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos veio a

estabelecer o seu moderno papel no exercício do controle de constitucionalidade das leis. Mas esta decisão não respondeu apenas um desafio jurídico, mas igualmente político ao enfrentar o dilema de um conflito com o Poder Executivo sob a presidência de Thomas Jefferson. Como tratar uma situação que poderia tornar-se uma crise institucional? Marshal superou o conflito de uma forma elegante, evidentemente inteligentíssima, respondendo ao desafio político e não apenas ao jurídico.

No final, somos defrontados, nos debates constitucionais dos direitos sociais, com problemas da melhor alocação dos recursos que nós temos à nossa disposição para lidar com desafios materiais e imateriais que são anteriores a nossa existência enquanto indivíduos. Não participamos da expulsão de comunidades indígenas de suas terras tradicionais, mas, com certeza, os nossos antepassados fizeram isso. Tenho familiares agricultores, alemães que vieram para o Brasil há quatro gerações viver no Brasil, eu sou a quinta geração, e essa comunidade, evidentemente, já consolidou e já se enraizou nessa terra. Também para eles surgiu o direito de preservar suas raízes!

E como é que se mediam esses conflitos? Como é que são resolvidos?

Esse é o desafio que, para mim, é dado pelas as escolhas políticas que a sociedade faz. E o Judiciário, como parte da estrutura do Estado, é chamado, invariavelmente, a fazer e parte dessas escolhas. Mas, ao contrário dos poderes políticos tradicionais, o Judiciário convive com as limitações do direito decorrentes da aplicação daquilo que é a maior potência humanitária da Constituição, que busca a universalidade, em face da realidade concreta que é crua, que é cruel e que é difícil. Isso vale para medicamentos, vale para as questões indígenas, vale para a questão racial, vale para a questão de educação, vale para a questão do nosso sistema prisional, e assim por diante.

Temos visto uma grande conquista humanitária nas nossas Constituições e nas decisões das nossas Cortes, mas, de novo, grande parte das soluções não está apenas na aplicação do Direito em si, mas igualmente na capacidade dos nossos representantes políticos realizarem escolhas junto com a própria sociedade, não separadamente, que combinem os limites impostos pela realidade com a potência libertadora e humanitária da norma. É reconhecimento da realidade como regulador do desejo pela realidade que gera possibilidades concretas de mudança.

Um mundo que se torna uma aldeia da internet potencializa cada vez mais as tensões entre universalidades e particularidades, tornando necessário ao Direito saber enfrentar os desafios que surgem nos nossos tempos modernos, em todos os países do mundo, dos Estados Unidos à Ásia.

CAPÍTULO 5

**GLOBALIZAÇÃO
E REGULAÇÃO
SUPRANACIONAL -
BEPS (BASE EROSION
AND PROFIT SHIFTING)
DA OCDE: VIGÊNCIA
DA BEPS NOS PAÍSES
EUROPEUS E NO BRASIL**

A CRISE FISCAL E A CRISE TRIBUTÁRIA: OS PARADIGMAS E OS MODOS DE FINANCIAMENTO DO ESTADO SOCIAL

Ricardo Villas
Bôas Cueva*

*Ministro da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça; Doutor em Direito Tributário Ambiental, pela Johann Wolfgang Goethe Universität. Mestre em Direito Tributário pela Harvard Law School.

► Resumo

Villas Bôas Cueva, em sua exposição, apresentou a crise fiscal e tributária. O Ministro discorreu sobre o Projeto: Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). Para ele, “o benefício do BEPS consiste na troca efetiva de informações que seria propiciada”. No fim de sua palestra, Cueva propôs as seguintes reflexões: Será conveniente criar uma convenção internacional tributária? Será conveniente criar uma organização tributária internacional, que possa efetivamente oferecer um leque de mecanismos aos países dos mais diferentes níveis de desenvolvimento, a fim de combater a erosão da base fiscal e evitar o deslocamento de lucros?

O BEPS – Base Erosion and Profit Shifting –, é um projeto desenvolvido pela OCDE em cooperação com o G20, que tem por meta combater a erosão da base tributária e o deslocamento dos lucros para países com tributação mais favorável, especialmente por parte das empresas multinacionais.

A declaração do BEPS foi feita em julho de 2013, em uma reunião com os Ministros da Fazenda e da Previdência e Presidentes dos Bancos Centrais realizada em Moscou, posteriormente ratificada pelos respectivos Chefes dos Estados em São Petersburgo, em setembro daquele ano.

A adesão dos países do G20 se explica em razão da crise da soberania fiscal, que tem sido marcada por uma

intensa competição tributária entre os Estados, pelo planejamento fiscal agressivo e pela redução de cerca de 10% da receita global do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, o que representa, segundo alguns cálculos, cerca de US\$ 240 bilhões de dólares.

Além disso, a economia digital, a transferência de preços ocasionada pela crescente proporção do comércio intrafirmas no comércio internacional e as cada vez mais frequentes situações em que há dupla não-tributação evidenciam a necessidade de uma nova modalidade de cooperação tributária internacional, que permita reduzir as fricções entre os sistemas tributários e fechar as brechas que hoje favorecem a elisão e a evasão fiscais.

Não é à toa que a OCDE entende que essa modalidade de cooperação que se anuncia agora, é, talvez, a mais importante renovação substancial do Direito Tributário Internacional nos últimos 100 anos.

Ela não é propriamente uma medida vinculante, mas é um instrumento de soft law que se pretende desdobrar em um pacote abrangente de medidas, que vão desde o estabelecimento de alguns padrões mínimos de tributação até a revisão dos padrões existentes, o que, em tese, facilitará a convergência de práticas nacionais em conjunto de melhores práticas.

O que levou a isso?

Segundo a OCDE, cerca de 400 multinacionais hoje pagam uma média de 4% ou 5% de impostos sobre lucros, enquanto a média dos países ricos é de 24%. Há um crescimento, como já dito, do planejamento tributário abusivo, embora não haja um conceito muito claro sobre o que isso seria, e há uma utilização cada vez mais intensa de paraísos fiscais.

O BEPS se desdobra em 15 ações, sendo que a primeira delas é voltada para a economia digital, as questões que se colocam com uso crescente da internet e dos computadores para transações econômicas; as ações de 2 a 5, fundamentalmente, procuram dar uma maior coerência ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica em âmbito internacional; as ações 6 e 7 visam restaurar os efeitos integrais de benefícios de padrões internacionais; as ações de 8 a 10 procuram assegurar que os resultados dos preços de transferência estejam em linha com a criação de valor; as ações de 11 a 14 procuram dar maior transparência, visando elevar os graus de certeza e previsão; e a última, ação 15, destaca a necessidade de uma rápida implementação desse pacote de medidas.

No Brasil, a Receita Federal tem participado das discussões, até porque há uma perspectiva de que as ações e sua implementação sejam monitoradas no Brasil até o ano de 2020. Pelo menos em nível retórico, o BEPS já tem produzido efeitos.

Recentemente, em julgamento histórico, do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do mecanismo previsto na Lei Complementar nº 105/2001, que permite a transferência de informações entre bancos e os órgãos da administração tributária, ambos protegidos contra o acesso de terceiros. Finalmente, 15 anos depois do surgimento da norma, o Fisco poderá se valer desse mecanismo para fiscalizar adequadamente e ter a informação necessária a exercer sua atividade.

O relator do recurso, Ministro Edson Fachin, consignou em seu voto que “no plano internacional, o Estado brasileiro tem reiteradamente tomado decisões soberanas a fim de se integrar ao conjunto de esforços globais de combate à fraude fiscal internacional, evasão de divisas, lavagem de dinheiro e paraísos fiscais, por meio do aprimoramento da transparência fiscal em relação às pessoas jurídicas e arranjos comerciais”. Ele faz expressa menção ao BEPS e ao FACTA em seu voto, no que foi acompanhado pela maioria dos Ministros. Como o BEPS é visto pelos países não desenvolvidos?

A OCDE fez um questionário bastante detalhado sobre a iniciativa e é muito interessante ler a reação dos países subdesenvolvidos. A primeira pergunta diz respeito aos efeitos da degradação do sistema tributário em cada país. A maior preocupação, como era de esperar, é o

efeito sobre a receita tributária, que tende a se reduzir drasticamente. Em consequência, o foco da política tributária passa a ser os impostos diretos, sobre o consumo, mais fáceis de cobrar. Os assalariados e as pequenas empresas, com impossibilidade ou menores recursos para adotar planejamento tributário, acabam por pagar a conta, o que gera pressões políticas, na razão direta das percepções de injustiça e regressividade no sistema tributário, que se torna efetivamente mais regressivo, a despeito dos objetivos fixados na política tributária.

Outra preocupação também é que a transferência de preços para muitos países subdesenvolvidos tenha um custo alto de gestão. É cada vez mais difícil ter a informação adequada para poder alocar corretamente os preços que são arbitrados pelas empresas multinacionais e suas transações. Há também uma grande resistência a usar mecanismos como a tributação da movimentação financeira, que poderia ser uma forma mais adequada para monitorar as entradas e saídas de recursos financeiros, bem como o uso dos juros sobre capital próprio, que poderiam de maneira mais eficaz evitar que as empresas, nas transações financeiras internas entre elas, arbitrassem deduções e lucros de acordo com a jurisdição mais favorável.

Observa-se, ainda, pelas respostas dos países ao questionário da OCDE, uma adesão à ideia de que uma cooperação jurídica internacional,

pelo menos, possa favorecer a manutenção da base tributária.

É claro que há dificuldades. Não se sabe se a convergência tributária será atingida e se a harmonização efetiva beneficiará os países menos desenvolvidos ou se apenas manterá a tributação dos países mais ricos.

O benefício mais óbvio do BEPS, aparentemente, consistiria na troca mais efetiva de informações que seria propiciada por esse nobre mecanismo de cooperação, mas isso talvez seja já uma decorrência do próprio fim da privacidade no mundo, com o terrorismo e a preocupação com a lavagem de dinheiro.

Quanto ao aspecto prático, como é que essas medidas se converteriam em medidas internalizadas nos ordenamentos de cada país? Obviamente, em cada país haverá uma negociação, um curso político próprio, um debate difícil, que não tem uma solução previsível de horizonte temporal do que será necessário para atingir os objetivos das ações do BEPS. Afinal, há sempre uma grande resistência a mudanças.

Por fim, propõe-se os seguintes questionamentos: Será conveniente, por exemplo, criar uma convenção internacional tributária? Será conveniente criar uma organização tributária internacional, que possa efetivamente oferecer um leque de mecanismos aos países dos mais diferentes níveis de desenvolvimento, a fim de combater a erosão da base fiscal e evitar o deslocamento de lucros?

FINANCIAMENTO E FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Heleno Torres*

*Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Do-cente de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Tributário pela Università di Roma – La Sapienza.

► Resumo

Nesta palestra, Torres expos sobre o funcionamento da Administração Pública, sua forma de financiamento e os principais entraves para a economia. O Professor explicou que a Constituição é um instrumento de auxílio para o controle da despesa pública. Torres relata sobre os direitos fundamentais e o aprimoramento da eficiência do Estado. De acordo com o Professor: “A tributação sofre uma demanda complexa, porque a economia também tem um grau de suportabilidade, como já demonstrou a “curva de Lafer” e tanto outros teoremas sobre finanças públicas”. Torres defendeu que fosse elaborado um projeto, composto por uma equipe qualificada, técnica e juridicamente, para combater os planejamentos tributários abusivos.

Nos dias atuais as constituições se expandiram, não só a partir do conceito de estado social, mas especialmente para o aperfeiçoamento dos estados democráticos de direito, o que exige abranger uma série de custos estatais na concretização de direitos fundamentais.

Diversos autores, americanos e europeus, começaram a se preocupar com a crescente ampliação da demanda por recursos públicos, especialmente a partir da década de 80, e, ao mesmo tempo, sobre o esgotamento do estado fiscal, até porque dinheiro não dá em árvo-

re e os direitos sociais, os direitos humanos, todos eles têm custos assaz elevados.

Eu diria que qualquer Constituição é uma carta de despesas públicas. Do primeiro ao último artigo eles só se concretizam com recursos públicos. Esta é a preocupação central sobre os limites da Constituição Financeira. A cada instituição criada ou direito reconhecido, o Estado assume mais um núcleo de despesas públicas a ser financiado pelos impostos.

Percebam. A Constituição Financeira não está só naqueles dispositivos que dizem como financiar o Estado. Não! É toda ela. Quando diz que o cidadão tem direito à moradia, cria-se de imediato a expectativa de despesa pública para construir as habitações. No que declara que os cidadãos têm direito a uma educação de qualidade, aí está o custo do Estado para financiar e criar as condições para essa educação de qualidade. Por isso toda Constituição é uma grande carta de despesas públicas. O desafio é que as fontes de financiamento, cada vez mais, são escassas ou passam por crises e insuficiências de toda sorte.

Por isso, revela-se o inevitável contraste. De um lado, há uma necessidade muito grande para concretizar a pauta de direitos fundamentais, aprimorar a eficiência do Estado; e do outro, a constatação de que os

recursos são escassos. E a tributação sofre com esta complexa realidade, porque a demanda por aumentos de gastos públicos e sucessivos picos de arrecadação faz ver que a economia também tem um grau de suportabilidade máximo, como já demonstraram a “curva de Lafer”, o debate de Schumpeter sobre a crise do estado fiscal no início do século XX, na Áustria, e tanto outros teoremas sobre finanças públicas. Por isso, houve por bem, a comunidade internacional assumir um compromisso de cidadania com as Constituições para tentar coibir as práticas da evasão fiscal internacional, e já não era sem tempo, porque os abusos foram muitos, e exatamente este é o sentido desta nova regulação supranacional, para permitir equilíbrio entre nações no financiamento público.

O Ministro Ricardo Cueva disse muito bem, é uma pauta de soft law. Pode ser, e mais ainda para aqueles países que ainda não são membro da OCDE, como é o caso do Brasil. Mas é uma pauta urgente e necessária.

Eu acompanhei de perto o surgimento dos debates sobre esses avanços, porque estava na condição de vice-presidente da International Fiscal Association – IFA, que dava suporte aos debates da OCDE sobre o Projeto intitulado Base erosion and profit

shifting (BEPS). Também estive na OCDE, a convite de um dos seus diretores, Raffaele Russo, e posso atestar que esse projeto foi encaminhado com muita dedicação, seriedade e qualidade, em superação às tantas tentativas de superar a luta contra a evasão fiscal internacional e os chamados planejamentos tributários agressivos.

Há alguns dias o Washington Post publicou uma lista de duzentas empresas americanas e dava notícias sobre R\$ 2 trilhões de dólares que estas empresas não teriam repatriado, para evitar o pagamento de impostos sobre dividendos nos Estados Unidos.

Essa é uma realidade mundial, que não é a realidade só do Brasil ou de países em desenvolvimento. Essa luta não pode ser vencida por sonegadores e justifica o emprego de todos os meios para coibir estas práticas. Entretanto, no combate necessário aos planejamentos tributários agressivos ou desprovidos de propósito negocial válido, não se pode deixar de proteger quem não quer sonegar, mas usar dos meios lícitos para alcançar vantagens competitivas válidas, pelo que se pode denominar de planejamento tributário legítimo.

Essa luta começa com um primeiro grande grupo de ações, que foram as lutas contra os paraísos fiscais,

isso vai mais ou menos de 1998 a 2006. Depois temos uma segunda etapa que foi o aprimoramento dessa luta individual isolada, país a país, no enfrentamento dos paraísos fiscais, para uma tentativa de acordos de cooperação ou de troca de informações com esses países, dito de tributação favorecida, o que teve início a partir do ano 2000, mas que só se aperfeiçoa após 2010. E, além desses acordos de troca de informações, temos um esforço da OCDE para que os países criem leis que permitam a desconsideração dos planejamentos tributários abusivos, por cláusulas gerais, as Normas Gerais Anti-elusivas. Como é o caso da norma de Portugal de planejamento fiscal abusivo e da declaração de planejamento fiscal. O efeito dessas normas não foi o esperado, não alcançou o êxito necessário, especialmente, naquilo que denominamos de Planejamentos Tributários Abusivos. A partir da crise de 2008 e de todos os problemas decorrentes do combate ao terrorismo, iniciado a partir de 11 de setembro de 2001, coincide toda a sorte de esforços internacionais para declarar o fim do sigilo bancário, na reunião do G-20 de 2009, e chegarmos à concretização do maior acordo de troca de informações automáticas em matéria tributária do mundo, a envolver mais de 135

países, no chamado Global Forum. Eis a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal. Portanto, o BEPS não é uma ação isolada, ele vem como resultado de todo esse esforço, em paralelo com as trocas de informações.

A partir de 2010, os países estão absolutamente convencidos que não combateriam os planejamentos tributários abusivos isoladamente, eles precisariam de uma união, de uma comunhão internacional para esses enfrentamentos. É deste amadurecimento que surge o ambiente jurídico para admitir as convenções multilaterais sobre trocas de informações, com superação do sigilo bancário.

Percebam a novidade, agora teremos trocas de informações multilaterais automáticas, portanto, as quais independem de pedidos individuais de informações. Este modelo impõe a cada país informar tudo aquilo que seja necessário aos demais países mesmo que sem nenhuma demanda prévia.

Ao lado deste empenho, temos agora o Base Erosion And Profit Shifting, um projeto da OCDE, talvez uns dos mais audaciosos, mais ambiciosos que se possa imaginar, que tem a pretensão de uniformização de critérios para inibir planejamentos tributários abusi-

vos, geralmente preparados por grandes companhias para produzir, comercializar, vender e alcançar os seus clientes internacionais com pagamento mínimo de tributos e, na maioria dos casos, com custo zero de tributação.

Deixemos claro o que pensamos sobre o recurso a tais expedientes evasivos: isso é um atentado contra o conceito de Estado de Direito e contra o princípio republicano.

Entendam bem, esta não é uma crítica ao planejamento tributário lícito, válido. O planejamento tributário lícito é legítimo, assim entendido aquele que se opera em conformidade com a legalidade, por meio do qual o contribuinte paga o que seria devido em situações de normalidade.

O planejamento tributário abusivo é outra coisa. É alcançar situações para evitar o Estado de Direito. Ou melhor. É uma tentativa de usar Estado de Direito, toda a estrutura do Estado de Direito, para se locupletar e pagar dividendos aos seus acionistas sem nenhuma tributação. Isso é uma quebra do princípio da igualdade de forma frontal e desigual. E desigual porque tem aqueles que não conseguem fugir a tributação, e são esses os que pagam no lugar daqueles que conseguem essas vantagens.

Por isso, o BEPS vem dentro desse conjunto de esforços internacionais, a somar-se à convenção internacional de troca de informações automáticas em matéria tributária.

Esse conjunto de ações, planos e ações, são medidas não só de orientação, mas vinculam fortemente, para que esses países, até 2018, tenham todas as Leis preparadas, aprovadas nos parlamentos, para que haja no ambiente internacional uma uniformidade de critérios para assegurar o tratamento desejável e suficiente de controle que se projeta.

Então, pela ordem dos planos que ficaram prontos no âmbito da OCDE, temos a questão da tributação da economia digital, os efeitos dos instrumentos de investimento híbridos, as práticas fiscais prejudiciais, a questão do abuso dos tratados internacionais, dentre tantas outras, não vou cansá-los com todas essas hipóteses. Na verdade, são quinze ações, quinze grandes ações para as quais os países deverão criar leis específicas em conformidade com a recomendação e cooperar fortemente.

A construção desse conjunto de ações trouxe a novidade da cooperação de esforços, por múltiplas audiências públicas. Por exemplo, os contribuintes, muitas empresas forneceram dados, como a CNI, a

FIESP e outras instituições brasileiras, forneceram dados, para que a OCDE pudesse chegar à sua conclusão no prazo, o que foi feito exatamente em 05 de outubro. E vale ressaltar que tivemos a satisfação de receber no Brasil, ainda em outubro, o Doutor Raffaele Russo e o outro colega da OCDE para expor no Ministério da Fazenda e no Senado Federal todo o conteúdo do BEPS e da Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal. Nestas visitas, foi feita uma apresentação no Senado, na CAE - Comissão de Assuntos Econômicos, Ministro Gilmar, Senador Serra, com transmissão ao vivo inclusive, sobre todos esses objetivos, com ativa presença de parlamentares e juristas.

Na sequência, pela primeira vez, e lamento muito que a imprensa não tenha dado destaque merecido a isso, esteve no Brasil, o Secretário-Geral da OCDE. Justamente por esforços do Ministro Levy junto ao Secretário e à própria OCDE, além dos trabalhos da Receita Federal. A OCDE está convencida que o Brasil é um parceiro fundamental, não obstante não ser ainda um membro oficial. Ao meu ver, seria fundamental que o Brasil estivesse unido a esse grande projeto.

O Brasil não é membro da OCDE, mas o Brasil atua no Comitê de Assuntos

Fiscais da OCDE, coopera fortemente com todos os Fóruns das questões de administração tributária e, obviamente, tem todo o interesse de participar desse grande esforço, que não é só dos membros da OCDE. O Brasil integra o G20, OCDE/G20, ao lado também do que chamamos de Foro Global, o somatório de 135 países, inclusive, a maioria dos paraísos fiscais. Para nossa surpresa, e da própria OCDE, até o Panamá pediu para ser incluído nesse grupo recentemente, um dos países mais resistentes a essas ações de troca de informações.

Como fruto destes esforços, tenho a satisfação de dizer que, no dia 23 de março passado, foi aprovado na Câmara de Deputados a autorização para que a Presidência da República assinasse o Tratado Internacional de Trocas Automáticas de Informações, o que segue agora para o Senado. Em breve, o Brasil deverá ratificar a Convenção e passar a admitir a assistência mútua administrativa e trocas de informações tributárias. E teremos uma nova era, a era do “fisco global”, que não se limitará mais às fronteiras de uma soberania, mas que poderá acompanhar a atividade econômica globalizada de todos os seus residentes.

A tendência mundial e que esses países todos somem-se a esse grande grupo de transparência, que é o

Foro Global, na expectativa de que eles apliquem aquelas orientações do BEPS e cumpram toda a agenda para o acordo de trocas automáticas de informações.

Como exemplo, o Brasil, em relação a Portugal, deverá prestar informações dos cidadãos portugueses que lá estão e vice e versa. Nada mais coerente, desde que atendido os requisitos de inviolabilidade de tudo aquilo que concerne aos dados fiscais, ao sigilo de dados, etc., que tudo e seja tratado de forma coerente com a legalidade.

Temos hoje dois grandes tratados internacionais no mundo de troca de informações automáticas: o Tratado da OCDE e o FATCA, que é o Foreign Account Tax Compliance Act, o acordo americano de troca de informações bancárias.

Em 2014, o acordo da OCDE, que era só de informações tributárias, passa a ser também um acordo de troca de informações bancárias, exatamente, com uma tentativa de eliminar o uso indevido de contas bancárias para o financiamento de terrorismo e pela omissão dos nomes nos fundos compostos de recursos de origem das mais variadas, como vimos na crise de 2008, mas também em outras circunstâncias de sonegação internacional.

Assim, a partir de 01 de janeiro de 2017, todas as informações bancárias serão automaticamente trocadas com os países signatários dentro do grupo de países do Foro Global que já atenderam aos parâmetros do BEPS, mas Brasil não está nesse grupo, está naquele que vai enviar informações a partir de 2018.

Há um esforço da comunidade internacional para a transparência, não a transparência que invade sigilos, quebra sigilos, não isso, uma transparência para que os países possam recuperar as suas bases tributárias, essa base de tributação para concretização dos direitos sociais, para efetividade dos direitos fundamentais, para a expansão da economia, para a garantia das condições de investimento no País pela melhoria da infraestrutura.

A luta pelo combate ao planejamento tributário abusivo, não o planejamento tributário legítimo, é uma luta que os países necessitam ter um êxito eloquente.

A preocupação central dessa discussão é justamente – e em um Congresso de Direito Constitucional esse assunto se impõe – como fazer essas trocas de informações que respeite ao máximo a proteção do direito a intimidade, do direito ao sigilo de dados dos contribuintes, e, ao mesmo tempo, que garanta os in-

teresses sociais, o interesse público relevante de combate à sonegação.

A indústria brasileira é tributada com uma carga próximo a 56%. Esta indústria brasileira recuou de 14,7% a 9% nos últimos 10 anos, o que é algo gravíssimo. Nós temos uma indústria que participa do PIB a um dígito. Então, é preciso ter essa consciência de que evidentemente temos que combater a sonegação dos grandes grupos internacionais, de um lado, e, ao mesmo tempo, graduar a carga tributária daqueles que sobraram, daqueles que ainda resistem no espaço econômico, de modo a permitir a continuidade das atividades com competitividade. Assim, uma luta tecnicamente e juridicamente qualificada contra os planejamentos tributários abusivos, para que todos sejam chamados à tributação de uma forma legítima e de uma forma justa, há de beneficiar a todos.

CAPÍTULO 6

OS SISTEMAS POLÍTICOS EM AVALIAÇÃO EM TEMPO DE CRISE

ENGENHARIA CONSTITUCIONAL E SISTEMA POLÍTICO

Carlos Blanco de Moraes*

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito
de Lisboa. Vice-Presidente do ICJP-Coordenador
Científico do CIDP.

► Resumo

A temática do sistema político é usualmente tratada e concebida como uma matéria de ordem acadêmica e uma espécie de “no man’s land” entre a Ciência Política e o Direito Constitucional. Na Universidade, o tema do sistema político permite ensinar aos alunos o modo de organização do poder em democracia. E neste domínio emergem querelas teóricas entre constitucionalistas que nos dizem que para definir o sistema político se deve partir da Constituição e complementarmente da prática política e politólogos que privilegiam fundamentalmente a prática política. Se, por exemplo, num sistema semipresidencialista, os politólogos afirmam que o mesmo evoluiu para o parlamentarismo porque o PR teve um ciclo político pouco ativo, os constitucionalistas corrigem dizendo que a Constituição não mudou, o semipresidencialismo subsiste, embora com um maior pendor parlamentar. E estão certos. A prática é relevante, indicia as tendências dominantes em diversos ciclos mas raramente provoca uma mutação definitiva do sistema, o qual é definido pelos poderes dos diversos órgãos soberanos e os seus freios e contrapesos constantes da Constituição.

Contudo, o tema do sistema político deixa por vezes este cómodo gineceu para ser debatido pelos próprios agentes políticos e, quando tal sucede, nem sempre é indício de um bom sinal, já que reflete o despontar de uma crise que afeta o funcionamento das instituições soberanas. Aí os debates começam a fluir nas antecâmaras de um processo constituinte ou de uma reforma constitucional.

Em Portugal a questão da mudança de sistema nunca esteve na ordem do dia. A manifestação mais relevante ocorreu nas vésperas da revisão constitucional de 1982, na qual foram recalibradas as instituições de um sistema semipresidencialista que necessitava de mitigar o poder do PR sobre o Governo e terminar com a tutela militar. Posteriormente os debates ocorreram em ré menor. Em 2009 por exemplo, durante o pontificado de um governo minoritário socialista desafiado por uma obstrução das oposições no parlamento, houve quem defendesse, sem êxito, a introdução da moção de censura construtiva à alemã.

Falou-se de novo em reforma após as eleições de 2015, no contexto de uma crise política em que os partidos que ganharam as eleições e formaram governo foram derrubados no Parlamento por uma coligação de partidos não vencedores,

desde o socialismo democrático até partidos comunistas e a extrema-esquerda. Em face da ausência de maioria absoluta de qualquer coalizão homogênea e ante a impossibilidade de o Presidente dissolver o Parlamento e provocar eleições antecipadas (o PR não pode dissolver nos últimos 6 meses do seu mandato e nos primeiros seis após a eleição do Parlamento) criou-se um impasse e nasceu um governo inédito, à dinamarquesa, em que o segundo partido mais votado fez um governo minoritário com acordo parlamentar apoiado com partidos de esquerda.

Alguns defenderam que se reforçasse o poder de dissolução do PR e que se alterasse o sistema eleitoral em favor dos maiores partidos, facilitando governos de maioria. A crispação partidária inviabilizou qualquer reforma.

O Brasil teve um expressivo e rico debate sobre as alternativas presidencialismo/ parlamentarismo/ e monarquia por alturas da constituinte, tendo o povo em plebiscito, realizado em 1993, confirmado a primeira opção. A questão retorna de novo, com a grave crise que o Brasil está vivendo e de novo se discute a transição para o parlamentarismo ou para o semipresidencialismo. Não é claro contudo se sem uma renovação da própria

classe política e dos seus valores e sem aperfeiçoamento dos meios de controlo do poder, um novo sistema político resolveria a crise atual. Reza o novo Testamento que Vinho novo em odres velhos não costuma ser uma boa combinação. Mas o tema é reforma ou alteração do sistema e sobre isso será a nossa fala.

II. Reforma ou transição de sistema político?

As alterações ao sistema político dependem da magnitude sísmica das crises que afetam as instituições democráticas e da legitimidade dos agentes políticos para as resolver, sendo certo que não se pode mudar de um sistema político como quem muda de camisa.

É que a substituição de um sistema de governo muda igualmente a identidade da Constituição. Se a Constituição americana de 1787 e a constituição francesa de 1958 passassem no futuro a consagrar sistemas parlamentares, elas seriam as mesmas? Pode a Constituição Portuguesa de 1976 ser a mesma, se o sistema evoluir para o Presidencialismo?

Se como afirma Sartori o papel fundamental da Constituição é o de definir o sistema político porque será então que as cláusulas pétreas que defendem a identidade da Constituição não integram ne-

las o sistema político? Não haverá um déficit defensivo das cláusulas pétreas? Na verdade elas fazem subsistir institutos e direitos fundamentais de menor dimensão, mas não evitam uma substituição do sistema político a qual altera o ADN de uma Constituição.

Ora no Brasil, se o sistema político passar a ser outro, por exemplo com um Presidente com poucos poderes e um primeiro-ministro forte, não haveria que admitir que a Constituição de 1988 teria perdido parte da sua identidade, apesar das cláusulas pétreas ficarem intocáveis?

As mudanças de sistema político não podem resultar de impulsos ou modas. Quando se pretende mudar ou corrigir o sistema importa em primeiro lugar entender qual o problema que reclama uma mudança e depois avaliar o impacto das diversas opções inerentes à mudança pretendida. Veja-se o completo fracasso registado em Israel com eleição direta do Primeiro-Ministro que se destinava a por termo à barganha política dos micro-partidos religiosos e extremistas na constituição do Governo e a reforçar a liderança do Executivo. Só que a mesma reforma não funcionou, pois sem uma alteração do sistema eleitoral, o povo, pese concentrar o primeiro boletim de voto num dos líderes dos grandes partidos,

continuou a dispersar o segundo boletim na eleição de deputados de pequenos partidos. Nada mudou e o sistema ficou mais confuso. Há, pois, alterações em que a emenda pode ser pior do que o soneto.

Por outro lado quando se muda de sistema não basta uma disfunção problemática no plano da governabilidade ou do abuso de poder a qual se soluciona por vezes com alterações ao sistema eleitoral e com retoques aos freios e contrapesos. Para mudar a própria governance é necessário que haja uma crise tão grave que o sistema vigente não logre digerir.

III. Crises e Alterações possíveis no sistema político português

Para resolver o problema de um Governo minoritário em 2009 que se confrontava com um Presidente hostil e com uma maioria parlamentar de direita e esquerda que exercia atividades ditas obstrucionistas, constitucionalistas afetos ao Governo defenderam a moção de censura construtiva, presente em sistemas parlamentares como Espanha e Alemanha. Com ela, reforça-se a autonomia do Governo ante o Parlamento: a oposição, para derrubar o Executivo com uma moção de censura, necessitaria de aprovar por maioria absoluta dos deputados a demissão do Governo

em funções e sufragar um Primeiro-Ministro alternativo.

Só que entre 2009 e 2011, essa reforma teria permitido que o II Governo Sócrates não pudesse ser derrubado, pois nunca o PSD e CDS (centro-direita) poderiam acordar com o PCP/BE (partidos marxistas) um governo alternativo para substituí-lo. E o Presidente passaria a ter limitações no poder de designar o Primeiro-Ministro. A reforma pacífica noutros sistemas como o alemão, se aceite em Portugal para fortalecer governos minoritários, teria apenas um partido, o PS, como beneficiário. Afinal, uma reforma à medida.

Já crise Portuguesa de 2015 abriu o debate quanto à reconfiguração do sistema. Um Presidente impedido de dissolver quase durante um ano e um Parlamento fragmentado, incapaz de gerar soluções governativas maioritárias criaram um quadro inédito: o segundo partido mais votado forma governo minoritário e negocia as suas políticas, em vários tabuleiros: no Parlamento, com dois partidos à esquerda que pretendem aumentar a despesa; com a União Europeia que a quer reduzir; e com um novo Presidente mediático, hiperativo e transitoriamente complacente: uma inédita conjugação astral levou o semipresidencialismo a assumir um pendor parlamentar governante.

Seria necessário rever a Constituição para dar mais estabilidade ao

Governo? Não necessariamente. Essa estabilidade poderia ser dada pela redefinição dos círculos eleitorais por lei reforçada que criasse pequenos círculos como em Espanha, permitindo que os grandes partidos polarizassem o sufrágio e formassem governo mais facilmente. Outra hipótese seria conceder ao Partido vencedor um bônus de deputados que lhe permitisse formar maioria como na Grécia até 1016 (proporcionalidade reforçada por um sistema “jackpot”). Há condições para a reforma? Não, os dois maiores partidos, os beneficiários, mal se falam.

IV. Post scriptum final para brasileiros

Sobre este tema irei retomar o que disse em novembro de 2015 no Congresso do IDP em Brasília. Aí ouvi defender a migração do presidencialismo para outros sistemas. Entre eles o semipresidencialismo.

No semipresidencialismo, à portuguesa e também à francesa, o Governo é duplamente responsável perante o Parlamento (que o pode derrubar com uma moção de censura) e perante o Presidente (que o pode demitir em certas circunstâncias). E o Presidente, eleito diretamente e com legitimidade própria pode dissolver o Parlamento.

O semipresidencialismo mais presidencial e estável é o francês, o qual reforça os poderes do Presidente

mas que, através de um sistema eleitoral majoritário (voto distrital a dois turnos), fabrica governos com maiorias no parlamento. Com este sistema, os pais fundadores conceberam um modelo formado pela interação Presidente/ Governo/ Maioria parlamentar. O Presidente pode presidir por direito próprio ao Governo e pode ser o líder indireto da maioria parlamentar, mas partilha o poder executivo com um Primeiro -Ministro que é o coordenador do Governo.

O “Calcanhar de Aquiles” do sistema é a coabitação. Se o Presidente p.ex^o for eleito pela direita e o Governo se formar com apoio numa maioria de esquerda no parlamento, ou vice-versa, gera-se uma situação anacrónica em que o Presidente preside ao conselho de ministros dos partidos adversários. As experiências de coabitação (Chirac Mitterrand e Chirac- Jospin) correram mal, com um Presidente da oposição desgastando o Governo e esperando o momento ideal para dissolver o Parlamento. Seria possível uma coabitação entre a Presidente Dilma Roussef e o Primeiro-Ministro Serra, com a Presidente chefiando um Conselho de Ministros do PSDB e aliados? Ou entre o Presidente Aécio ou Temer e o Primeiro-Ministro Lula?. Em Portugal, o semipresidencialismo é outro: o Presidente reina mas não governa e

exerce um poder moderador, como o do rei nas monarquias dualistas, na linha de Benjamin Constant, tal como foi consagrado na Carta de 1824.

Contudo, a experiência semipresidencial não foi muito feliz devido à coabitação conflitual. Quando a maioria presidencial e parlamentar coincidem (confluência) e o Presidente não é o líder do partido governante, este transforma-se numa figura certificatória, cerimonial e arbitral (Sampaio/Cavaco). Quando há coabitação a experiência é sempre conflitual: o Presidente não Governa mas, frequentemente, não deixa governar: usa o veto e o controlo de constitucionalidade como armas de arremesso O Presidente Eanes tinha um projeto pessoal de presidencializar o regime e formou um partido que fracassou. O Presidente Soares comportou-se como verdadeiro líder da oposição socialista durante os Governos centristas de Cavaco e Silva. Sampaio um socialista taciturno e quase impercetível fez uma prova de vida no final do mandato pondo termo um governo majoritário de centro-direita dissolvendo o Parlamento. E Cavaco Silva teve um discurso arrasador para um Governo socialista minoritário, ajudando à sua queda. No restante espaço lusófono, exceto em Cabo Verde, o semipresidencialismo pairou sobre golpes de Estado

na Guiné, S. Tomé e Timor, com conflitos entre PM e PR.

Outra questão é o sistema eleitoral. Com um sistema proporcional como o português, o Brasil manteria um parlamento fragmentado como o de hoje, com quase trinta partidos e o Governo ficaria sujeito, quer à boa vontade de alianças instáveis quer à instável boa vontade do Presidente em caso de coabitação. Em suma, duas frentes e uma dupla ingovernabilidade.

Creio que o Presidencialismo de coalizão ainda não esgotou no Brasil as suas virtualidades no contexto de uma reforma moral e eleitoral do regime. Contudo, sem ser um entusiasta do semipresidencialismo, julgo que a sua implantação pode ser debatida no quadro de duas opções alternativas.

A primeira seria uma aproximação reforçada ao sistema francês e com alguns elementos do semipresidencialismo russo e peruano. As eleições Presidenciais e parlamentares poderiam ser simultâneas, com tempos de mandato idênticos, favorecendo um comportamento do eleitorado unitário que potenciase uma maioria presidencial e parlamentar e o peso presidencial na escolha do Primeiro Ministro. Haveria um Primeiro-Ministro que chefiaria o Executivo sob a orientação do Presidente e assumiria o atrito do po-

der executivo. O sistema eleitoral francês, majoritário a duas voltas para o parlamento, concentraria as opções em alianças de partidos interdependentes reduzindo número de partidos e reforçando governos majoritários. A Coabitação seria, ainda assim, um risco.

A segunda hipótese seria um compromisso entre o semipresidencialismo austríaco (reduzindo-se o poder presidencial e fortalecendo-se o Primeiro-Ministro) e o sistema eleitoral francês (criando um voto distrital a 2 turnos). O Presidente ficaria com poderes limitados e o poder seria concentrado num Governo dependente de um parlamento servido por um sistema eleitoral polarizador e constrangedor. Eventualmente aditando-se uma moção de censura construtiva e cláusulas de barreira. Haveria concentração de voto nos grandes partidos e o polo do poder seria o Primeiro-Ministro suportado pelo Parlamento e supervisionado por este e pelo Presidente. Com tantos partidos, seria duvidoso que funcionasse.

Questiono-me, contudo, se bastará uma alteração do sistema político para resolver a crise estrutural que vive o País irmão: se a mudança de sistema resolve as teias endémicas entre o mundo do dinheiro e o poder que se foi enquistando nas democracias, desde o Chile à Espanha e

França; se essa mudança vai inibir a dissipação para a esfera privada e partidária de recursos essenciais para a construção de um estado social avançado; se essa mudança tem algum efeito na redução drástica de partidos políticos muitos deles fictícios e cuja existência não logra garantir a governabilidade; se essa mudança evitará que um desejável combate à corrupção protagonizado pelo judiciário, que está a fazer história, possa redundar num Estado Judicial ou numa tentativa de alguns magistrados, como sucedeu com de Pietro e Baltazar Garzon, de abraçarem a carreira partidária; e se, finalmente essa mudança chegará para uma refundação da República de 1988, em torno de valores de ética republicana que exigirão o afastamento de quem, na política, se desviou do mandato que os eleitores lhe deram para a defesa do bem comum. Trata-se de algo também transponível para Portugal, que viveu recentemente numa escala diversa, alguns problemas desta natureza.

CAPÍTULO 7

**DESAFIOS
DOS REGIMES
DEMOCRÁTICOS NO
CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO**

A CONSTITUIÇÃO E O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA

Jorge Viana*

*Senador da República pelo Estado do Acre (Partido dos Trabalhadores, 2011-2018). Foi Vice-Presidente do Senado (2013-2016), Governador do Estado do Acre (1999-2006) e Prefeito de Rio Branco (1993-1996). Graduado em Engenharia Florestal pela Universidade de Brasília (UnB).

► Resumo

Nesta palestra, Jorge Viana defendeu o cumprimento da Constituição e o fortalecimento da democracia no Brasil. O Senador Federal fez um breve relato sobre a crise política e econômica brasileira.

Há exatos 52 anos, no dia 1º de abril de 1964, o Brasil, como disse o Senador Serra, viveu uma ruptura com sua Constituição e um regime totalitário de exceção foi implantado para fazer frente a uma crise política e econômica que o Brasil vivia. Senador Serra foi pedagógico ao falar que naquela época a inflação era de 100% no nosso país. Tínhamos uma estabilidade, um recém-criado um parlamentarismo. A solução que o Brasil encontrou há 52 anos, para fazer frente a uma crise, foi romper com os princípios constitucionais, com o constitucionalismo.

Vim com a intenção original de me prender ao que ocorreu no passado aqui na Europa, e também no meu país. Depois da Segunda Guerra, a Itália elaborou uma Constituição; a Alemanha, outra. Muitos países seguiram esse caminho, nos anos 70, para enfrentarem um problema grave que vivenciavam. Portugal, nos anos 70, rompeu com a sua ordem constitucional para superar uma crise em um regime de recessão. No Brasil não foi diferente. A nossa Constituição veio com um propósito muito nobre: deixar para trás

um regime de recessão e repressão. Esse foi o motivo pelo qual elaboramos a Constituição de 88. Ela foi feita de maneira diferente, plural e democrática.

A intenção era elaborar a nova Constituição nos moldes das Constituições de 34 e de 46. Um grupo de notáveis elaborariam um texto base; e os Constituintes o detalhariam para a consolidação do texto final da Constituição de 88. Porém, durante esse processo, houve uma mudança: prevaleceu o que se chama de centralismo. Um grupo resolveu assumir protagonismo na condução do processo e não aceitou o caminho natural: ter um texto básico elaborado por notáveis a partir do qual a nova Constituição seria elaborada.

Ontem mesmo, conversava sobre esse assunto com alguns colegas, quase uma centena de parlamentares, que exerceram protagonismo nas diferentes Comissões, muitas vezes ocupando as Relatorias e Sub-relatorias, e escreveram a nossa prolixa e detalhada Constituição de 1988.

Tenho na parede da minha sala, na Vice-Presidência do Senado, quadro da Lei Aurea. Talvez, a Lei mais importante que um país, uma nação, um povo poderia ter elaborado. E ela tem só um artigo: “Fica abolida a escravidão no Brasil”. Se feita hoje como seria? Quantos

capítulos teria essa história de abolir a escravidão do homem pelo homem? Quer coisa mais grave? E foi desse jeito simples e conciso que a escravidão foi enfrentada: fica abolida a escravidão no Brasil; revogam-se as disposições em contrário.

Fui prefeito da capital do Acre, Rio Branco. Fui Governado do Acre. Hoje estou Senador, sempre pelo Partido dos Trabalhadores – PT. Sei que meu partido enfrenta uma grave crise. O Governo que nós apoiamos enfrenta uma crise tão grande ou maior que a vivenciada pelo próprio partido. Mas, esses são desafios que a vida democrática nos impõe, a vida partidária de governo nos impõe. É a realidade com a qual temos que conviver.

Queria agora falar um pouco sobre essa crise que o Brasil atravessa. É uma crise aguda, como se vende dentro e fora do Brasil e como os setores da imprensa propagam. Para alguns trata-se de um simples impeachment; para nós, trata-se de um grave atentado contra a ordem democrática, um golpe parlamentar que rompe com nossos preceitos constitucionais.

Mas será que realmente o Brasil está vivendo tão graves problemas do ponto de vista econômico e social? Sobre isso tenho algumas reflexões.

Em 2002, a taxa de desemprego no Brasil era de 12%. Hoje, em fevereiro, é de 8%. Não estou aqui diminuindo o tamanho dos problemas que estamos enfrentando, mas esses são os números oficiais. As reservas internacionais no Brasil, naquela época, em 2002, quando não tínhamos ameaça de ruptura institucional, eram de US\$ 37 bilhões de dólares; hoje é de US\$ 370 bilhões de dólares.

Estamos vivendo uma crise insuperável? Em 2002, os juros eram de 23%; hoje são de 14%. O Senador Serra deixou claro que conquistamos a estabilidade da inflação há muito tempo. Devemos essa conquista ao trabalho de muitos governos: Presidente Itamar, que tinha como Ministro da Fazenda o Ex-Presidente Fernando Henrique; Presidente Fernando Henrique; Presidente Lula; e Presidenta Dilma.

O risco Brasil em 2002 era de 1.400 pontos; hoje é de 400. São as agências internacionais que fazem esse tipo de aferição. A inflação era 12.5%; hoje é 10%. A dívida líquida era de 59% do PIB; hoje é de 35%. A dívida bruta era de 76% do PIB; hoje é de 71%. O rendimento médio pelo trabalho era de R\$ 2 mil reais; hoje é de R\$ 2.800,00 reais. E os investimentos externos no Brasil eram de US\$ 16 bilhões de dólares; hoje são US\$ 75 bilhões de dólares.

Vamos falar da que dizem ser a empresa mais corrupta do mundo, a Petrobras, que tinha um valor de US\$ 15 bilhões de dólares em 2002; alcançou, em 2014, o valor de US\$ 104,8 bilhões. Não estou com isso querendo passar a mão por cima dos graves e injustificados problemas de corrupção dentro da Petrobras e de outras empresas. Mas é fato: o Brasil de hoje é muito melhor do que o Brasil de 2002.

Sinceramente, o caminho do impeachment não é o melhor. Um país como o nosso, com duzentos milhões de habitantes, é admirado pelo mundo inteiro pelo jeito de ser das brasileiras e dos brasileiros, por ser o país que conseguiu fazer o mais importante programa de inclusão social da história recente do mundo, pelo que fez o Presidente Fernando Henrique com a conquista da estabilidade econômica do país. O nosso Brasil é tão admirado ao ponto do Presidente Obama olhar para o Presidente brasileiro e dizer: – “Você é o cara, Presidente Lula”. Nos últimos anos o Brasil inteiro ganhou respeito e nos encheu de orgulho mundo afora por conta das conquistas sociais, das oportunidades para os negros, das políticas públicas que levaram luz para milhões de brasileiros que viviam na escuridão.

O presidente Juscelino Kubitschek levou o Brasil para o Centro-Oeste e construiu Brasília. Mais recentemente, o Presidente Lula levou o Brasil aos rincões por meio de suas políticas econômicas e sociais, que fazem parte da bela história do Brasil.

Infelizmente, agora, assistimos ao enredo de um golpe parlamentar que está anunciado há muito tempo no meu país, um inconformismo, uma intolerância que impede brasileiros de frequentarem determinados restaurantes, políticos de subirem em palanques para fazerem discurso, manifestantes de empunharem bandeiras de partido. Mais especificamente, refiro-me ao Senhor Jair Bolsonaro, hoje em ascensão política no Brasil, como novo líder de radicais conservadores.

No Brasil atual, apenas cinco famílias controlam mais de 80% daquilo que é divulgado, de como e quando é divulgado. Nenhum tipo de mecanismo de controle social dos órgãos de imprensa é permitido no Brasil. Não estou aqui defendendo limites para a liberdade de imprensa, mas regras regulamentadoras devem existir como em qualquer país civilizado do mundo. Por exemplo, na Inglaterra há um rígido sistema de responsabilização dos órgãos de imprensa por eventuais excessos.

No nosso país não tem isso. Pelo contrário, há um monopólio historicamente consolidado e controlado por menos de meia dúzia de famílias que não permite avanços na legislações sobre o tema. Com isso, as versões, às vezes, no nosso país, são mais fortes do que os fatos. Como pode uma figura como o Presidente Lula, com a sua família, que eu conheço bem, com a sua história, que também conheço bem, com o seu legado em favor dos brasileiros e desse país, em dois anos deixar de ser uns dos melhores brasileiros da nossa história para muita gente? Estou falando de um Presidente que saiu com mais de 95% de aprovação e, imediatamente, um ano e meio depois, passou a ser divulgado como uma pessoa amaldiçoada, enviada das profundezas do inferno para causar mal ao Brasil e aos brasileiros. É, mais ou menos, isso que está feito no país.

Durante esta crise política e econômica, o Brasil precisa amadurecer suas instituições para aguentar um governo que não está indo bem, que comete erros, que está mal avaliado. Porém, por termos um Governo que está mal avaliado, não precisamos fazer atalhos na Constituição. Se isso for feito, temos que repensar também sobre o Congresso Nacional, do qual eu faço parte e é tão mal ou pior avaliado que o Governo.

Há no Brasil uma proposta perigosa de alguns que querem tirar do poder um Governo legitimamente colocado lá por 54 milhões de brasileiros, sem que tenha sido tipificado crime de responsabilidade, como exigido pela nossa Constituição. Essa proposta vem sendo trabalhada por mais de um ano, maquinada pelo Senhor Presidente da Câmara Eduardo Cunha, com chantagens, com o seu modus operandi de fazer política.

Isso tudo acontece em um momento de muita fragilidade dos partidos, inclusive do meu. O PT tem errado. O mais grave erro foi de não ter trabalhado fortemente por uma reforma política no Brasil, não ter trabalhado para mudar a relação dos partidos com o financiamento de empresas. O PT cometeu esse gravíssimo erro e está pagando caro por isso, e não é sem razão. Nesse contexto, o PMDB, que estava conosco nas eleições, e o PSDB, inconformado com a derrota nas urnas, estão querendo encontrar uma perigosa solução alternativa para a crise, que já tem um enunciado, um enredo, de golpe parlamentar.

Existe um ditado no Brasil: “Que nada é tão ruim, que não possa piorar”. Você tira uma Presidenta que foi eleita nas urnas; coloca, depois de um impeachment juridicamente questionável, um vice do PMDB que

não recebeu nenhum voto; além disso, mantém o PMDB controlando tanto a Presidência da Câmara, com o Senhor Eduardo Cunha, que passa a ser Vice-Presidente da República, quanto a Presidência do Senado e do Congresso, com o Presidente Renan, meu colega que tem procurado dar sua parcela de contribuição para a superação desta crise pela via da boa política e da democracia. Isso caminha no sentido contrário da preocupação do Constituinte que dividiu o exercício do poder em três ramos.

Com o PMDB no controle da Presidência da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional, acho que, aí sim, podemos ter uma situação de crise longa, traumática e que pode afetar a vida de um país tão fantástico como o nosso.

Para não ficar lançando palavras ao vento ou só uma versão da história, eu queria ler, com todo o respeito, as declarações de ontem, do segundo mais antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio de Mello: “Se não houver fato jurídico que respalde o processo de impedimento, esse processo não se enquadra em figurino legal e transparente, como um golpe”. Repito: “Esse processo não se enquadra em figurino legal e transparente, como um golpe”. É uma esperança

vã que um impeachment resolva a crise. Não teremos a solução e o afastamento das mazelas do Brasil simplesmente apeando do poder a Presidente da República. Precisamos, na verdade, de entendimento, compreensão e visão em prol do interesse nacional.

Reconheço que há uma parcela de culpa do nosso Governo por não ter tido a grandeza de procurar os poderes e as oposições para construir um diálogo institucional. Estamos em uma situação de permanente confronto, que, acredito, precisa ser evitada. Talvez, a oposição que nós temos hoje no Brasil não tenha um cacoete de ser oposição; pelo contrário, talvez, tenha certo inconformismo por ser oposição.

Para ser oposição tem que ter calma, paciência. Tem que aceitar perder uma eleição, perder outra eleição. Nós perdemos várias! Daqui a seis meses haverá uma eleição geral no Brasil. Custa esperar e ganhar no voto em 2016 para depois tirar o PT do Governo também pelo voto na eleição de 2018?

Por fim, há em andamento no nosso país uma importante investigação judicial, que é: a “Operação Lava Jato”. Essa investigação tem o fim de combater à corrupção. Houve um período no Brasil em que era proibido investigar. Agora é diferente. As Instituições de investigação e

controle foram fortalecida nos governos do PT e estão funcionando, investigando, prendendo e punindo. Claro que há o risco dos excessos. O Ministro Teori Zavascki, que é o Relator da Lava Jato no STF, trata isso com muita propriedade. Nessa semana tivemos um episódio simbólico: o pedido de desculpas do Juiz Moro ao Supremo Tribunal Federal. O Juiz Moro, há poucos dias, tornou públicas escutas telefônicas da Presidente Dilma com o Presidente Lula, agindo assim, nas palavras do Ministro Teori, ao arrepio da Constituição e das Leis brasileiras. O Juiz Moro extrapolou seus limites, disse Teori.

Acho que o Juiz Moro, o Ministério Público e a Polícia Federal estão fazendo um trabalho importante para o país, mas não pode ter abuso. E o Ministro Teori falou sobre o abuso de autoridade, ao reconhecer os excessos e dar 10 dias para o Juiz Moro apresentar justificativas ao STF. Em resposta, o Juiz Moro apresentou um pedido de desculpas ao Supremo. Mas aí, o problema já tinha sido criado: a Presidenta teve suas conversas privadas violadas e expostas perante toda a nação. Em qual outro País do mundo isso aconteceria impunemente pelas mãos de um Juiz de primeira instância? Então, diante disso, prefiro as palavras do Ministro Teori:

“O papel do Juiz é resolver conflitos e não criar conflitos”.

No atual momento de dificuldades em que vivemos, as paixões se exacerbam. É justamente por isso, mais do que nunca, que o Poder Judiciário tem que exercer o seu papel com prudência, serenidade, racionalidade e sem protagonismo. É isso que a sociedade espera dos juízes. Nós estamos realmente dependendo dessa serenidade e firmeza do Poder Judiciário na defesa da Constituição e na solução dos conflitos entre Executivo e Legislativo.

Sigo confiando na Justiça do meu país. Não há saída que não seja o cumprimento da e o respeito à Constituição; o fortalecimento das Instituições; e o diálogo institucional. Penso que esse é o caminho que deveríamos trilhar para superar a grave crise hoje vivenciada, sem promovermos ruptura institucional e atentado à Constituição, sem seguirmos o mesmo caminho do golpe realizado há 52 anos e que nos custou tão caro.

AGRADECIMENTOS FINAIS

Gilmar Ferreira Mendes*

*Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Doutor em Direito pela Universität Münster (1990), na Alemanha, e Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (1987) e pela Universität Münster (1989). Docente permanente do Instituto Brasiliense de Direito Público. Professor-adjunto de Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB). Colaborador do Centro de Investigação de Direito Público e membro-permanente da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito.

Inicialmente, gostaria de cumprimentar o professor Blanco de Moraes, hoje titular da cadeira de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e o professor Marcelo Rebelo de Souza. Cumprimentar a todos os senhores e desde logo agradecer a todos aqueles que participaram e fizeram deste evento um evento singular, agradecer especialmente ao professor Jorge Miranda que tem sido inspirador desses diálogos, agradecer todo o profícuo trabalho do professor Blanco de Moraes, que nos encorajou a estar aqui, também o nosso colega Jairo Schäfer pelo lado do IDP ajudou a frutificar este evento e claro, agradecer a todos os professores que nesses três dias nos trouxeram razões para reflexão, assim como o professor doutor Pedro Romano Martinez, diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, senhor presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal que nos brindou com uma belíssima introdução à temática do seminário, professor Jorge Miranda, presidente do Instituto de Ciências Políticas e nosso partner neste evento e, claro, como já foi destacado aqui professor de todos nós, um homem que tanto é um eminente jurista português como também de todo mundo lusófono, especialmente o Brasil, Embaixador

Mario Vilalva, embaixador do Brasil em Portugal, nosso agradecimentos, agradeço também ao doutor Cesar Cunha, presidente da FGV Projetos. É sempre imensa a satisfação de cumprimentá-los referendando, mais uma vez, o interessante em partilharmos um certo otimismo constitucional de não pensarmos que tudo está acabado.

Nesta quarta edição, desse já, acredito, consagrado seminário luso-brasileiro de direito constitucional, norteamos debates, como já foi aqui destacado, o tema Constituição e Crise, a Constituição no contexto das crises políticas e econômicas, não poderia ser diferente, em todo mundo o abismo colossal de sucessivas crises vem estrangendo a humanidade sob as mais diversas vertentes, veja-se, por exemplo, a tragédia humanitária que hora de defronta a Europa, diariamente contrafeita milhares de refugiados que clamam basicamente sobre direito a vida quase que igual drama que há anos coage a Oceania às voltas com o caos intermitente de uma imigração descontrolada, na África nunca se chegou a superar a inadmissível fatalidade da fome, na Ásia, o máximo nível de desenvolvimento civilizatório convive lado a lado com situações de quase barbárie a começar com ditaduras sanguinárias nas quais o mínimo grau de

liberdade enquadra-se no patamar de longínqua utopia, no continente americano percebemos, estarrecidos, que os valores democráticos até agora não chegaram a ser de todo solidamente interiorizados, havendo, ainda, alguns países que tentam submeter suas desvalidas populações aos efeitos perversos de experimentações ideológicas primárias e já superadas, enfim, a pauta que infelizmente parece conectar o mundo são as crises, o terrorismo hediondo, abala-nos a todos, e o modo mais eficiente de resolver, nada obstante como nem de longe nos passa a pretensão de livrar o mundo nossas aspirações se circunscrevem a discutir e a achar soluções viáveis as vicissitudes que desafiam Brasil e Portugal, dois países irmãos tão umbilicalmente unidos visando, sobretudo, ao aperfeiçoamento do nosso sistema de governo e assim, quem sabe, dar início a alguma significação às nossas tão complexas realidades políticas, ao identificarmos arestas, desvios, erros e acertos sabermos, ao fim, encontrar soluções conjuntas e criativas com objetivo maior de aprimoramento o mais precioso dos instrumentos civilizatórios, o conjunto extraordinário das nossas vicejantes instituições democráticas, nesta jornada não percorreremos outras linhas

senão aquelas alicerçados pelos princípios do constitucionalismo moderno a exemplo da supremacia da Constituição, bem assim do constitucionalismo contemporâneo, a cuja evolução pode se creditar o gradual, mas significativo avanço do movimento de democratização em todo o mundo, no bojo do qual se desenvolve o notório processo de conscientização política e jurídica dos povos. Não é demasiado destacar que sob a Constituição de 88 nós estamos vivendo o mais longo período de normalidade institucional da vida institucional brasileira, especialmente da vida republicana, não desconhecemos, é claro, que há ainda largo caminho a percorrer até a realização plena e valores de cidadania no Brasil, como de resto na maioria dos demais países, entretanto haveremos de lutar até o último resquício das nossas forças para preservar tudo quanto até aqui com tanto esforço alcançado, esse encontro a reunir os mais ilustres jus congressistas contemporâneos também atende a esse nobilíssimo propósito.

Importante ressaltar que buscamos preservar a ordem democrática em meio a uma grave conjuntura de desacertos quer no plano político, quer na esfera econômica, institucional e até judicial, lançando mão, para tanto, exatamente dos remé-

dios constitucionais disponíveis de modo a encontrar mecanismos que possam viabilizar a devida estabilização jurídica, acredito, como vimos inclusive no ano passado, nunca a ideia de força normativa da Constituição esteve tantas vezes colocada à prova, temos tido esse debate, inclusive ressurgiu aquele fenômeno clássico referido por Lassalle nos chamados fatores reais do poder, essas questões que se recolocam em função da, talvez, incapacidade ou relativa capacidade da Constituição de regular tantos eventos de difícil regulação, em síntese é o estado democrático de direito que almejamos resguardar de qualquer desvalio ideológico, autocrático, populista ou meramente nonsense

Eu queria encerrar dizendo que o mundo tem sede de que se crie, o que aí está a apodrecer a vida, quando muito, é estrume para o futuro, numa privilegiada jornada em direção às soluções inclusive de caráter pragmático, conferencistas renomados, homens públicos que se desviem tanto no ambiente acadêmico quanto no espaço jurídico magistrados operadores do direito, lideranças do setor empresarial de ambos os países haverão de nos conduzir decodificando e resolvendo os problemas atuais que perfaçam a governabilidade e a efetividade constitucional,

estamos convictos, pois, de que dessa forma mais uma vez esse congresso servirá ao desígnio de colaborar, decisivamente para o avanço dos institutos constitucionais, seu aprimoramento e assim para o fortalecimento e a expansão dos valores democráticos do Brasil e alhures, tenhamos todos o melhor proveito que tudo quanto aqui foi ministrado, muito obrigado.

Finalizo, agradecendo esta parceria que há muito nos digna e nos deixa felizes pelo êxito de mais um seminário que foi pautado no diálogo frutífero para todos brasileiros que aqui estão e espero que também tenha sido para os nossos amigos e irmãos portugueses, muito obrigado.

O INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

Fundado em 1998, o Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), consolidou-se como um Centro independente de ensino, de pesquisa e de reflexões sobre Direito e Administração Pública. Um Instituto, portanto, que produz e difunde conhecimento sobre assuntos estratégicos nos campos em que atua e contribui para as transformações sociais, políticas e econômicas do Brasil.

Para o cumprimento desta missão, a localização do Instituto em Brasília lhe confere uma posição estratégica. A cidade possui a vocação própria das capitais nacionais de ser um polo de excelência intelectual. Ao concentrar governantes, legisladores, juristas no seu mais alto grau de formação e ligados ao setor público, Brasília torna-se local onde acontecem os debates acerca do desenvolvimento e do futuro do país.

Se a escolha de Brasília, como sede institucional, contribui para projetar nacionalmente os debates promovidos pelo IDP, outro mérito do Instituto consiste em ampliá-los globalmente por meio da cooperação internacional

com Centros de Ensino, Governos e Instituições renomadas de outros países. Intercâmbio que preza tanto pelo contato e pela assimilação de novas realidades, pensamentos e formas de atuação em vigor, fora do Brasil, quanto pela exportação dos saberes e das boas práticas desenvolvidas aqui.

O IDP é a entidade mantenedora das Escolas de Direito de Brasília (EDB) e de Administração de Brasília (EAB), que disponibilizam cursos de graduação, especialização, mestrado e extensão. O corpo docente é um dos principais diferenciais do Instituto, pois além de ser composto majoritariamente, por Mestres e Doutores, reúne Professores com carreiras consolidadas. Ministros, Juízes, Procuradores, Promotores, Advogados, membros das mais altas cortes e órgãos governamentais dedicam o domínio acadêmico e a experiência profissional que possuem a formação dos alunos.

O IDP é também um Instituto voltado para a pesquisa e, como tal, possui Núcleos de Estudo e o seu próprio Centro de Pesquisa, o CEPES, que

desempenha a função de integrar todo o conhecimento gerado, principalmente, nos Grupos de Estudo e Grupos de Pesquisa. O CEPES é responsável por uma série de iniciativas, sobretudo, científicas, mas também de cunho social, nas quais se congregam alunos da graduação, da especialização e do mestrado, além, de Professores pertencentes a estes três níveis acadêmicos.

Outra vertente tradicional do IDP é a de realizador de eventos de grande porte. O Instituto organiza palestras, seminários e congressos nacionais e internacionais, que reúne lideranças do cenário político, jurídico, empresarial e acadêmico do país e do exterior, o que reforça seu posicionamento como espaço reconhecido de debate.

A vocação para o diálogo acadêmico é reiterada pelas publicações do Instituto, como esta que faz parte da Série IDP/Eventos e reúne o pensamento daqueles que participam de encontros nacionais e internacionais da Instituição. As publicações do IDP abrangem monografias, artigos e dissertações, coluna em revista jurídica, e-books, periódicos digitais e revistas acadêmicas. Merecem destaque os livros da Série IDP/Saraiva, publicados em uma parceria com a Editora Saraiva, cuja intenção é disponibilizar obras de qualidade àqueles interessados em assuntos das áreas do Direito e da Administração Pública.

CONTATOS E LOCALIZAÇÃO

idp@idp.edu.br
+ 55 61 3535 – 6565
www.idp.edu.br

SGAS Quadra 607, Módulo 49, Via L2 Sul
CEP 70.200 – 670
Brasília – DF
Brasil

FUNDADORES

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes
Prof. Dr. Paulo G. Branco Gonet

DIREÇÃO-GERAL

Dra. Dalide Corrêa, Diretora-Geral do IDP

DIREÇÃO ACADÊMICA

Prof^a. Dra. Fátima Cartaxo, Diretora-Geral da EDB e da EAB

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA E O INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

Fundada em junho de 1913, a Faculdade de Direito de Lisboa abriu as suas portas em dezembro do mesmo ano, contando para o efeito com um corpo diminuto de Professores – sete Doutores e Bacharéis – e com uma frequência escolar de algumas dezenas de alunos. Não dispendo de instalações próprias, inaugurou aulas no edifício da antiga Escola Politécnica, após transitou para o Palácio dos Viscondes de Valmor, sito no Campo dos Mártires da Pátria, onde permaneceu até 1958.

Em 1958 transferiu a sua sede para o campus da Cidade Universitária, onde permanece instalada em edifício próprio, cujo risco se deve ao Arq. Pardal Monteiro e cuja decoração reuniu grandes artistas plásticos da época, a exemplo de Almada Negreiros, Lino António, Barata Feyo e António Duarte. Já nos últimos anos do século XX, foi iniciada a construção de um novo edifício, anexo ao primeiro,

que, modernizando a Escola, adotou de uma biblioteca presencial, de um auditório informatizado e de uma sala de Audiências, para a simulação de julgamentos.

Pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia cultural, científica e pedagógica, a Faculdade de Direito de Lisboa é fundamentalmente um espaço de liberdade: de ensino, de investigação, de transmissão e difusão da cultura jurídica. Mas é também uma Escola feita de pessoas e para pessoas.

Nos últimos anos, um papel extremamente importante que têm vindo a desempenhar os Institutos criados, sob a forma de associações de Direito privado, que os Professores e Assistentes têm vindo a constituir. Eles têm permitido estudos aprofundados, em harmonia com um princípio de especialização científica, assumindo a realização de múltiplos cursos de Pós-Graduação

de vários tipos, promovido conferências, colóquios e outros eventos de âmbito nacional e internacional, trazendo à Faculdade eminentes Professores de outros países.

Um desses Institutos é o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, a funcionar desde 2003, e que até agora já promoveu cursos sobre as seguintes matérias: Ciência Política, Autarquias Locais, Logística e Ciência da Legislação, Direito da Comunicação Social, Direito das Telecomunicações, Direito das Pessoas com Deficiência, Direito do Patrimônio Cultural, Direito Administrativo, Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território, Direito do Ambiente, Direito da Energia, Contratos Públicos, Contencioso Administrativo e Procedimentos Administrativos.

Muito recentemente, foi declarada pelo Estado Português a utilidade pública do Instituto de Ciência Jurídico-Políticas, por Despacho do Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros (Despacho nº 16057/2012, de 30 de novembro de 2012). Em março de 2012 foi criado, no âmbito do Instituto, um Centro de Investigação, que tem por objeto a prossecução de atividades de investigação e desenvolvimento na área das ciências do Direito Público e disciplinas afins, numa perspectiva de interdisciplinaridade, e que atribuirá especial relevância ao Direito Público dos Países e Povos de Língua Portuguesa.

**FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA**

Diretor da Fdul

Prof. Dr. Pedro Romano Martinez

CONTATOS E LOCALIZAÇÃO:

secretariadir@fd.ulisboa.pt

+ 351 217 984 600

www.fd.ulisboa.pt

www.icjp.pt/cidp/cidp

**ALAMEDA DA UNIVERSIDADE
CIDADE UNIVERSITÁRIA**

1649 - 014

Lisboa – Portugal

**INSTITUTO DE CIÊNCIAS
JURÍDICO-POLÍTICAS DA FDUL
DIREÇÃO DO ICJP**

Presidente

Prof. Dr. Jorge Miranda

Vice-Presidente

Prof. Dr. Carlos Blanco de Morais

Vice-Presidente

Profª. Dra. Maria Luísa Duarte

Vogal

Prof. Dr. Rui Guerra da Fonseca

Vogal

Mestre João Tiago Silveira

Secretária-Geral

Dra. Mariana Melo Egídio

Secretária-Executiva

Dra. Telma Oliveira

www.icjp.pt

www.facebook.com/icjp.pt

CRÉDITOS DA PUBLICAÇÃO

PROMOÇÃO

Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)
Escola de Direito de Brasília (EDB/IDP)
Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional da EDB

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da (ICJP/FDUL)
Centro de Investigação de Direito Público (CIDP/FDUL)

ORGANIZAÇÃO

Gilmar Ferreira Mendes (STF - IDP/EDB)
Carlos Blanco de Moraes (ICJP/FDUL)

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Jorge Miranda (ICJP/FDUL)
Gilmar Ferreira Mendes (EDB/IDP)
Carlos Blanco de Moraes (ICJP/FDUL)
Paulo Gustavo Gonet Branco (EDB/IDP)

COORDENAÇÃO GERAL

Dalide Corrêa (EDB/IDP)
Rui Lanceiro (FDUL)
Raquel Alexandra Brízida Castro (ICJP/FDUL)

COORDENAÇÃO ACADÊMICA

Maria de Fátima Cartaxo de Mello (EDB/EAB)
Sérgio Antônio Ferreira Victor (EDB/IDP)
Jairo Schäfer (EDB/IDP)

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Ana Paula de Azevedo e Silva (IDP)

Polliana Cristina Oliveira de Carvalho (IDP)

COMUNICAÇÃO

Célia Regina dos Santos (IDP)

COLABORAÇÃO

Maria Clara Nascimento (IDP)

DIAGRAMAÇÃO

Stéfano Pessoa de lima

idp

 **FGV PROJETOS**

 **ICJP**
INSTITUTO DE CIÊNCIAS
JURÍDICO-POLÍTICAS


FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa


LISBOA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

 **CIDP**
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO
DE DIREITO PÚBLICO

ISBN: 978-85-9534-014-5