



NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - UFC

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



NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - UFC

Fortaleza

2011/2

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Volume 31.2 – jul/dez – 2011/2

Editora Chefe

Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes

António José Avelãs Nunes

Charles D. Cole

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Federico Di Bernardi

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Gilles Lebreton

Hugo de Brito Machado

João Luis Nogueira Matias

Jorge Miranda

José Luis Caballero

Juarez Freitas

Paulo Bonavides

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Willis Santiago Guerra Filho

Wolf Paul

Cordenação de Design

Jon Barros

Diagramação

Alex Keller

Alunos Colaboradores

Eric de Moraes e Dantas

Fernanda de Araújo Castelo Branco

Gustavo Fernandes Meireles

Renato Barbosa de Vasconcelos

Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

V. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral. Órgão oficial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

ISSN - 1807-3840

1 - Direito-periódico.

1 - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Curso de Mestrado em Direito.



SOBRE OS AUTORES

Cecília Lôbo Marreira

Enfermeira Oncologista. Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.

Gretha Leite Maia

Graduada em Direito pela UFC. Mestre em Direito pela UFC. Advogada. Professora de Teoria do Estado e Teoria do Processo da Faculdade Christus. Coordenadora do Programa de Pesquisa Institucional em Direito.

Helano Márcio Vieira Rangel

Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Advogado. Professor da Faculdade Estácio do Ceará.

Ivo Miguel Barroso

Mestre em Direito e Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

João Ricardo Catarino

Professor do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas - Universidade Técnica de Lisboa. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós graduado em Estudos Europeus pela mesma Universidade. Mestre em Ciência Política e Doutorado e Agregado em finanças públicas pela Universidade Técnica de Lisboa – ISCSP. É coordenador científico das disciplinas de Finanças Públicas, de Fiscalidade, de Políticas Financeiras e Gestão Orçamental e de Administração financeira e política fiscal.

Maria Edelvacy P. Marinho

Advogada. Consultora. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB. Doutora em Direito pela Universidade Paris 1-Panthéon Sorbonne.

Martinho Olavo Gonçalves e Silva

Especialista em Direito. Procurador Autárquico da Superintendência Estadual do Meio Ambiente – SEMACE, no Estado do Ceará; desenvolve atividades de pesquisa e trabalhos técnicos sobre Direito Ambiental com concentração em Gestão de Resíduos Sólidos, Licenciamento Ambiental; Reserva Legal e Áreas de Preservação Permanente. É membro dos Grupos de Trabalhos de Sa-

neamento Ambiental e Resíduos Sólidos do Conselho de Políticas e Gestão do Meio Ambiente - CONPAM; redator do Anteprojeto de Lei da Nova Política Estadual de Resíduos Sólidos no Ceará. É integrante da equipe de transição entre SEMACE/IBAMA que elaborou termo de cooperação técnica sobre o licenciamento e a gestão compartilhada dos recursos florestais no Estado do Ceará; ministra diversas palestras e conferências e tem diversos artigos publicados acerca do tema abordado.

Nayanne Neves Spessimilli

Acadêmica de Direito do 4º período da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Integrante do Grupo de Pesquisa Acesso à Justiça na Perspectiva dos Direitos Humanos do Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV.

Pedro Moniz Lopes

Assistente convidado da Faculdade de Direito de Lisboa. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas. Advogado.



SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INDÚSTRIAS FUMÍGENAS DIANTE DOS PACIENTES ONCOLÓGICOS <i>Cecília Lôbo Marreiro e Marcos Venício Alves Lima</i>	11
REVISITANDO QUATRO CATEGORIAS FUNDAMENTAIS: ESTADO DE DIREITO, ESTADO LIBERAL, ESTADO SOCIAL E DEMOCRACIA <i>Gretha Leite Maia</i>	29
A SÚMULA VINCULANTE COMO NORMA JURÍDICA E A SUA (IN) VIABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO <i>Helano Márcio Vieira Rangel</i>	43
O PROJETO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL E AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS AGRICULTÁVEIS NO TERRITÓRIO BRASILEIRO <i>Martinho Olavo Gonçalves e Silva</i>	61
AS JUSTIFICATIVAS COMUNS PARA O DIREITO DE PATENTES <i>Maria Edelvacy P. Marinho</i>	73
FORMAÇÃO JURÍDICA E EFETIVIDADE DO ACESSO METAINDIVIDUAL À JUSTIÇA <i>Nayanne Neves Spessimilli, Bruno Gomes B. da Fonseca e Carlos Henrique B. Leite</i>	87

DOCTRINA ESTRANGEIRA

INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL TRIBUTARIA <i>Clemente Checa González</i>	99
A NATUREZA DO SISTEMA DE GOVERNO NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1911 <i>Ivo Miguel Barroso</i>	127
GLOBALIZAÇÃO E COMPETITIVIDADE FISCAL INTERNACIONAL LIMITES E PROPOSIÇÕES <i>João Ricardo Catarino</i>	181
PRINCÍPIOS COMO INDUÇÕES DEÔNTICAS: A PREVISÃO INDUTIVA, O DÉFICE INFORMATIVO E A DERROTABILIDADE CONDICIONAL NOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS <i>Pedro Moniz Lopes</i>	197



DOUTRINA NACIONAL



A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INDÚSTRIAS FUMÍGENAS DIANTE DOS PACIENTES ONCOLÓGICOS

*Cecília Lôbo Marreiro**
*Marcos Venício Alves Lima***

RESUMO

O cigarro é considerado hoje um dos principais fatores químicos desencadeadores do câncer. Em que pese o efeito deletério que provoca no organismo dos seus consumidores, o tabagismo ainda é considerado lícito. Tais constatações serviram de alicerce para a elaboração deste estudo cujo objetivo geral foi demonstrar, à luz do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em quais circunstâncias é possível haver a responsabilidade civil da indústria fumígena diante dos pacientes oncológicos. O presente estudo constituiu-se ainda por dois objetivos específicos, que foram verificar o grau de conhecimento destes doentes sobre a composição química do cigarro e descrever as repercussões sócio-econômicas sofridas por estes. Ao término da análise dos dados, tornou-se possível evidenciar que os pacientes entrevistados apresentaram déficit em seu patrimônio atribuído ao gasto com medicação, material médico-hospitalar, transporte, dietas especiais, comprometendo dessa forma o orçamento familiar. Foram também observados, impactos na vida social da maioria dos pacientes. Do ponto de vista legal e social, a comprovação dos danos materiais e morais sofridos pelos os doentes com câncer e que se comportavam como nicotino dependente, contribuíram para ratificar a responsabilidade civil da indústria fumígena perante os mesmos.

Palavras-chave

Tabagismo. Câncer. Pacientes oncológicos. Responsabilidade civil.

ABSTRACT

Cigarette smoking is considered one of the main chemical factors associated with cancer. Despite its deleterious effects, smoking is still permitted. Thus, the main objective of this study was to demonstrate under what circumstances, in light of the Consumer Protection Code, the tobacco industry is liable to consumers for negative health impacts. The secondary objectives were to assess cancer patients' knowledge of the chemical composition of cigarettes and to describe the impact produced on patients' socioeconomic situation. Our analysis shows that the interviewed patients had suffered financial losses due to spending on medication, hospital and medical supplies, trans-

* Enfermeira Oncologista, Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, UNIFOR, com a linha de pesquisa voltada para os Direitos Humanos.

** Médico. Oncologista pelo Instituto Nacional de Câncer (INCA). Mestre e Doutor em Farmacologia pela Universidade Federal do Ceará, Professor de Práticas Médicas do Curso de Medicina da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Coordenador Operacional do Mestrado (MINTER) e Doutorado (DINTER) Interinstitucional em Oncologia da Fundação Antônio Prudente (FAP) e Instituto de Câncer do Ceará.

portation, special diets, thus compromising the family budget. We also observed impacts on the social life of most patients. From the legal and social point of view, the demonstration of material and moral damages suffered by these patients as a result of smoking has ratified the liability of the tobacco industry in relation to cancer patients.

Keywords

Smoking. Cancer. Cancer patients. Civil liability.

1 INTRODUÇÃO

Em tempo não muito remoto, assistíamos a comerciais de cigarro na TV, com jovens bonitos, aventureiros, destemidos a enfrentar os mais incitantes obstáculos. Porém, hoje, o tabagismo não é mais visto como uma opção de estilo de vida e sim, como uma doença, causada pela dependência física e psíquica de uma droga: a nicotina.

Destarte, a atividade tabagista é ainda considerada lícita, apesar dos seus efeitos deletérios sobre o homem. Tais efeitos nocivos sobre o organismo humano advém dos compostos químicos resultantes da combustão do tabaco, os quais viabilizam a ocorrência de lesão celular e posterior surgimento de doenças crônicas degenerativas, entre elas o câncer.

Mesmo diante desse cenário mórbido, as indústrias fumígenas são consideradas os maiores contribuintes industriais privativos do Brasil, representando uma importante receita fiscal. Assim, esses benefícios econômicos são obtidos à custa da dependência física e psíquica e da morte de milhares de consumidores brasileiros, que têm essas indústrias como fornecedor.

Apesar de ser um tema novel para o direito brasileiro, por envolver questões como vida, saúde, direito e o poderio de grandes empresários, a responsabilidade civil das indústrias fumígenas passa a ser questionada principalmente por profissionais das áreas humanas, sociais e da saúde, que indagam o dever de indenizar dessas indústrias aos seus consumidores, pois vislumbram no seu produto um dos principais fatores químicos desencadeadores de uma série de enfermidades.

Tal responsabilidade encontrou fundamento mais forte com o advento da Lei nº8. 078/90 (Lei do Código de Defesa do Consumidor), com o qual o consumidor passa a ser visto como o vulnerável, o hipossuficiente na relação de consumo. Assim, o fumante que é um consumidor amolda-se perfeitamente nesse conceito, pois é vulnerável por desconhecer a real composição química dos cigarros e os possíveis efeitos colaterais de cada um de seus componentes, ficando a mercê das informações limitadas e incompletas contidas nos maços de cigarros; é hipossuficiente por ser economicamente mais fraco do que as grandes Indústrias Fumígenas.

Não obstante, além de ser vulnerável na relação de consumo, o fumante na sua grande maioria passa a ser acometido por doenças tabaco-relacionadas, como o câncer, que geralmente desencadeia transtornos bio-psico-sociais e econômicos em sua vida.

Vale ressaltar que a lei consumerista criou para o fornecedor um dever de segurança, obrigação esta de não lançar no mercado produto inseguro. Se o lançar e sobrevier dano decorrente desse consumo, por ele responderá, independentemente de culpa (responsabilidade objetiva).

Diante do exposto, buscou-se desenvolver uma pesquisa monográfica que respondesse aos seguintes problemas: de acordo com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), poderá haver responsabilidade civil das indústrias fumígenas pelos danos que venham causar aos consumidores de tabaco? O consumo de cigarros torna seus consumidores vítimas de danos materiais e morais? Alguns cânceres estão correlacionados com o consumo de cigarro?

A justificativa desse trabalho está centrada na idéia de que, apesar da atividade tabagista ser lícita, não obsta para que as indústrias fumígenas indenizem seus consumidores pelos eventuais danos materiais e/ou morais sofridos, haja vista que esses pacientes eram homens e mulheres que até pouco tempo atrás trabalhavam, sustentavam o seu lar e tinham uma vida social. Posteriormente pelo uso contínuo do cigarro vêem-se restritos a um leito hospitalar, muitas vezes fisicamente e emocionalmente mutilados, submetendo-se a diversos tratamentos, dentre esses cirurgias, quimioterapias e radioterapias.

É nesse momento de aflição, que muitas famílias se vêm em apuros econômicos, pois a enfermidade de um dos cônjuges além de impossibilitá-lo para o labor os conduz a gastos excessivos com medicamentos, internações, alimentações adequadas, transportes, material hospitalar etc. Assim, as repercussões negativas desse vício, não só se fazem presentes na vida do fumante, mas também na vida de todos que se relacionam com ele.

Foi, portanto, dentro desse contexto, que este trabalho teve como objetivo geral, demonstrar, à luz do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em quais circunstâncias é possível haver a responsabilidade civil das Indústrias Fumígenas diante dos pacientes oncológicos. Contou ainda com dois objetivos específicos: verificar o grau de conhecimento dos pacientes oncológicos sobre a composição química do cigarro e descrever as repercussões sócio-econômicas sofridas pelos mesmos.

Para a concretude desses objetivos, realizou-se um estudo de natureza exploratória, de abordagem quantitativa e qualitativa. Para tal, empregou-se uma pesquisa de campo no Hospital do Câncer do Ceará durante o mês de março de 2007. As unidades hospitalares escolhidas foram os ambulatórios de radioterapia e quimioterapia e os postos 1, 2 e 4 de internamento, os quais contavam com a cobertura de convênios particulares e do Serviço Único de Saúde (SUS).

A população foi composta por indivíduos portadores de câncer que consumiam ou já haviam consumido cigarro. A amostra foi constituída por 16 pacientes, sendo 8 usuários do SUS e 8 dos demais convênios, todos internados, ou com atendimento ambulatorial de radioterapia ou quimioterapia.

Os dados foram coletados através de uma entrevista semi-estruturada, servindo de instrumento um formulário, com 05 questões objetivas e 05 questões subjetivas. Vale ressaltar que foi preservado o anonimato de cada um dos entrevistados, os quais foram identificados pelas iniciais de seus nomes.

Após a obtenção dos dados esses foram organizados e analisados levando em consideração tanto os achados objetivos, quanto a subjetividade dos entrevistados. A técnica empregada na análise de conteúdo foi segundo Bardin (1977), a qual possibilitou a formulação de três categorias.

As considerações finais estiveram centradas nos motivos legais, jurisprudenciais e doutrinários, bem como pela análise dos dados obtidos, os quais ensejaram ratificar a responsabilidade civil das indústrias fumígenas pelos danos materiais e morais sofridos pelos pacientes oncológicos que tiveram no cigarro o fator preponderante, desencadeador do câncer.

É um tema polêmico e de certa forma ignorado pela sociedade e pelo Direito. Talvez esteja relacionado ao fato da legitimidade da atividade tabagista. O certo é que, a cada hora um adolescente tornar-se um indivíduo nicotino-dependente e a cada hora morre um homem vítima dos efeitos deletérios desta droga.

2 ANÁLISE DE CONTEÚDO

A presente análise de conteúdo permitiu formular as seguintes unidades temáticas:

1. Determinantes sócio-econômicos contribuintes para o consumo do cigarro.
2. A percepção dos pacientes oncológicos acerca da composição química do cigarro.
3. Danos morais e materiais sofridos pelos pacientes oncológicos, que tiveram o tabaco como fator contribuinte para surgimento do câncer.

Tais unidades foram percorridas e comentadas a luz do referencial teórico e dos dados obtidos.

2.1. Determinantes sócio-econômicos contribuintes para o consumo de cigarro

Nessa primeira unidade temática foram abordados os fatores socioeconômicos contribuintes para o consumo do cigarro, os quais foram obtidos através dos indicadores de sexo, nível de escolaridade e renda mensal. Foram também analisados os motivos que levaram os pacientes oncológicos a fumar.

Para Lúcio Delfino (2005, *on-line*), 31 milhões de brasileiros fumam, sendo o menor consumo encontrado nas classes de maior rendimento familiar *per capita*, o que se explica pelo nível mais alto de conscientização, pelos aspectos culturais mais elevados e pelo maior grau de escolaridade. Dessa forma, prepondera o consumo de cigarro na base da pirâmide econômica, com 25% dos indivíduos

categorizados como fumantes. Tal afirmação pode ser também evidenciada na tabela 1:

Tabela 1 - Determinantes sócio-econômicos dos entrevistados. Instituto do Câncer do Ceará. Março, 2007.

Variável	Categoria	n
Sexo	Masculino	14
	Feminino	2
Renda mensal	< 1 salário	3
	1 salário	5
	Até 2 salários	3
	+ de 2 salários	5
Nível de escolaridade	Analfabeto	3
	1º grau	7
	2º grau	4
	3º grau	2

Através desses informes, foi possível constatar que dos dezesseis entrevistados, quatorze são do sexo masculino. A renda mensal da maioria é baixa, com apenas cinco pacientes perfazendo acima de dois salários mínimos. O nível de escolaridade também é precário, com prevalência do 1º grau e somente dois dos entrevistados com o 3º grau completo.

Ainda dentro desse contexto, é fundamental relatar a precocidade com que a juventude começa a fumar. Segundo o INCA (2004), o tabaco é a segunda droga mais consumida entre os jovens brasileiros, isso, provavelmente em razão da facilidade com que foi inserido no meio social. Alguns fatores contribuíram para essa realidade, tais como, o baixo custo do cigarro, em franca associação com as imagens de beleza, sucesso, liberdade, poder, desafios, dentre tantos atributos, veiculados através da propaganda comercial. Assim, a mídia, tornou-se responsável em grande parte pela sensação despertada entre os jovens, da forte aceitação social e da imagem positiva do comportamento de fumar, de tal sorte, que 90% dos fumantes iniciaram-se como tal antes dos 10 anos de idade.

Não obstante as propagandas de cigarros terem sido abolidas dos comerciais de TV e rádio, o incentivo ao seu consumo é ainda fortemente repassado à sociedade através das novelas e programas como *realitys show*, os quais exibem seus jovens de beleza opulenta “desfrutando” de um cigarro.

A tabela a seguir, põe à mostra a correlação existente entre os dados obtidos na pesquisa, e os disponibilizados pelo INCA:

Tabela 2 - Idade em que o paciente iniciou a prática do tabagismo. Instituto de Câncer do Ceará. Março, 2007.

Variável	Categoria	n
Idade (ano)	<10	2
	11a 20	2
	>20	1

Como se percebe, a grande maioria dos entrevistados iniciou-se no consumo do cigarro ainda adolescência, fato que se mantém em consonância com a literatura revisada.

Merece destaque, a resposta de uma dos entrevistados acerca do início do seu consumo de cigarro:

“Com uns quatro anos, minha irmã fumava e aí me ensinou”.
(F.J.A.B).

Em 2004, o INCA divulgou alguns trechos de documentos secretos das indústrias fumígenas acerca do marketing direcionado ao público infantil, por sinal altamente comprometedor, como se pode verificar através deste excerto:

[...] um cigarro para iniciante é um ato simbólico. Eu não sou mais a criança da minha mãe, eu sou forte um aventureiro, eu não sou quadrado. À medida que, a força do simbolismo psicológico diminui o efeito farmacológico assume o papel de manter o hábito! (Rascunho de relatório do Quadro de Direções da Phillips Morris, 1969).

Pelo visto, as crianças e os adolescentes tornaram-se alvos centrais para o expansionismo e a consolidação do mercado tabagista, já que futuramente tornar-se-iam adultos nicotino-dependentes e fonte geradora de lucros para essas indústrias.

Destarte, foi essa precocidade quanto ao hábito de fumar, que instigou a curiosidade própria dos pesquisadores a identificar os motivos que levaram a tanto. Os depoimentos de alguns dos entrevistados trouxeram em comum a representação da família como modelo comportamental.

“[...]a gente da família, via todo mundo fumando e aí fumei”(E.F.O.)

“[...]porque minha família todinha fumava, só ficou um irmão sem fumar, ele é que ta certo[...]” (J.A.B).

“[...] O povo fuma e eu via, aí me deu vontade” (L.A.S).

“[...]era rapazinho, via a namorada fumando e aí fumei ...até consegui casar com uma mulher que fuma, as namoradas que não fumava no instante eu acabava o namoro” (J.B.F).

“[...] um amigo me chamou, “vamos ali?”, roubou um cigarro da mãe, fumei e vi o mundo rodar e me deu vontade de vomitar; na segunda vez não senti mais nada... fumei duas carteiras por dia.”.(A.R.L.).

Dessa forma, o meio familiar, o ciclo de amizades, bem como as imagens falsamente positivas passadas pelo cigarro, são fatores intrínsecos ao início precoce do tabagismo, o qual é evitado de uma vontade inconsciente e imatura, tornando esses jovens míopes diante da clareza dos efeitos deletérios dessa droga no seu organismo. Em futuro bem próximo, esses jovens tornar-se-ão adultos sem autonomia de vontade para deixar o cigarro, até porque, da simples brincadeira ou aventura, eclodirá a dependência física e psíquica, transformando-os em escravos desse vício.

2.2 A Percepção dos Pacientes Oncológicos Acerca da Composição Química do Cigarro

Essa unidade temática teve como fulcro conhecer a percepção dos pacientes oncológicos acerca da composição química do cigarro. Essa é uma questão assaz, importante para analisar a existência do vício de informação envolvendo o produto, o que o torna imperfeito, sujeitando, pois, os seus fabricantes, a reparação dos danos ocasionados aos seus consumidores. Para tal, tornou-se importante tecer algumas considerações literárias sobre a composição química do cigarro.

A matéria prima do cigarro é o tabaco. Segundo o Instituto Nacional de Câncer (INCA, 2006 *on-line*), essa é uma planta do gênero *Nicotiana* (*Solanaceae*) em particular a *N. tabacum*, originária da América do Sul, da qual é extraída a substância nicotina. De início, ela foi usada em rituais de magia com o intuito de fortalecer os guerreiros; posteriormente, foi introduzida na Europa pelo pesquisador Jean Nicot, o qual a utilizou para fins terapêuticos, dentre esses curar as enxaquecas da rainha Catarina de Médicis.

O INCA atribui o aumento exagerado do consumo de cigarro ocorrido em meados do século XX, às técnicas avançadas de publicidade e marketing, responsáveis por tornar esse segmento um dos mais lucrativos da atividade econômica. Foi, no entanto, a partir da década de sessenta, que surgiram os primeiros relatos científicos correlacionando o tabagismo ao surgimento de algumas doenças, dentre as quais o câncer.

Destarte, o sucesso econômico das indústrias fumígenas e, em contrapartida, a eclosão de doenças nos indivíduos tabaco-dependentes, se dá pela dependência física e química do cigarro no organismo humano. Essa dependência é decorrente da nicotina, um dos componentes desse produto. Para compreender a nicotina como uma droga, julgou-se por bem buscar a definição do termo psicotrópico, para contextualizá-la lexicamente e farmacologicamente.

Do dicionário Aurélio (1999), consta a definição de psicotrópico como sendo uma droga que age no psiquismo, como calmante ou estimulante, levando o seu uso indevido a perturbações de ordem psíquica.

Clive Page et al. (2004), in *Farmacologia Integrada*, afirmaram que os psicotrópicos são drogas que agem no SNC, exercendo efeitos profundos nas

emoções, no humor e no comportamento, o que muitas vezes enseja o seu emprego, de forma não terapêutica. A esse uso não terapêutico da droga denominaram abuso das drogas, em que se inserem os opióides, cocaína, anfetaminas, nicotina, barbitúricos, benzodiazepínicos e etanol. Para esses autores, as drogas incluídas no rol de abuso, costumam causar depressão, excitação, euforia e alucinações. Ressaltam ainda, que a nicotina é uma droga de ação estimulante, capaz de causar surpreendente dependência psicológica.

Segundo Katzung (2003), a dependência é um fenômeno biológico frequentemente associado ao “abuso de drogas” e que repercute psicologicamente, e/ou fisiologicamente, no organismo humano. O mesmo autor assevera que o indivíduo com dependência psicológica manifesta um comportamento compulsivo de busca da droga, com o intuito de obter uma satisfação pessoal, mesmo que sabendo dos efeitos deletérios que provoca no seu corpo. É sua também a afirmação de que a dependência fisiológica ou física, se manifesta quando a droga é retirada de forma a produzir sinais e sintomas que não raro são contrários aos procurados pelo usuário. Enfatiza ainda que, a dependência psíquica, precede quase sempre a dependência fisiológica, mas não leva inevitavelmente à outra.

Uma das conseqüências da dependência física promovida pelo cigarro é a Síndrome da Abstinência, a qual, segundo Planeta e Cruz (2005, *on-line*) manifesta-se pela fissura, um quadro clínico presente em quase todas as abstinências químicas, decorrente das neuroadaptações sofridas pelo Sistema Nervoso Central, e se caracterizando por disforia (mal-estar súbito, acompanhado de depressão, tristeza e pessimismo) e ansiedade. Para esses mesmos autores, a abstinência do tabaco poderá ainda resultar em bradicardia, desconforto gastrointestinal, aumento do apetite, ganho de peso, dificuldade de concentração, depressão e insônia.

Infere-se do exposto, que a nicotina faz parte do grupo das drogas de abuso, bem assim, que o seu crescente consumo ao que parece, guarda relação com dois fatores: (1) é uma droga lícita; (2) é considerada uma das substâncias que causam mais insidiosamente adição, devido ao rápido desenvolvimento de tolerância.

Katzung (2003) conceitua tolerância, como sendo uma redução da resposta aos efeitos da droga, de forma a exigir doses ainda maiores para obtenção do mesmo efeito. Afirmar ainda que, tal fato pode estar relacionado com as respostas compensatórias que diminuem a ação farmacodinâmica da droga.

Para Planeta e Cruz (2005 *on-line*) a nicotina exerce sua ação farmacológica ligando-se a receptores colinérgicos nicotínicos (nAChR). Esses receptores são pentâmeros, compostos por diferentes combinações de cadeias de polipeptídios, denominados α e β presentes nos gânglios autonômicos, junção neuromuscular e sistema nervoso central (SNC). Por sua vez diferentes combinações dessas subunidades estão dispostas na membrana celular, formando um canal iônico. A ligação da nicotina com esses receptores promove alterações conformacionais, além da abertura desses canais, propiciando o influxo de cátions (Na^+ e Ca^{2+}).

Aduz Cavalcante (2000), ao se referir à ação da nicotina no SNC, que as concentrações desse elemento encontradas nos cigarros estão entre 1.000 a 3.000ug, o suficiente sem dúvida alguma para estimular os sistemas nervosos simpático e parassimpático. Para esse pesquisador, a dependência física e química da nicotina no organismo do tabagista, ocorre da seguinte forma: entre sete e dezenove segundos após uma tragada, a nicotina atinge o cérebro, atravessando facilmente a barreira hematoencefálica, distribuindo-se rapidamente no hipotálamo, tálamo, hipocampo, mesencéfalo, tronco cerebral e córtex cerebral. Com especificidade ela se liga aos neurônios dopaminérgicos e mesolímbicos, atuando ainda sobre dois importantes centros do sistema nervoso central: o lócus cerúleo e o sistema mesolímbico, o que a torna uma droga de efeito duplo, diferenciando das demais, como a cocaína, a heroína, que só têm ação no sistema dopaminérgico.

Ainda para Cavalcante (2000), o lócus cerúleo corresponde à área do sistema nervoso central (SNC), que regula a capacidade de vigília, do despertar e das reações de estresse e psicossomáticos. A ação da nicotina nesse local do cérebro promove o aumento da atividade cerebral tornando o indivíduo mais ativo, sem sono, e com diminuição ao estresse. A estimulação do lócus cerúleo também melhora a concentração, favorecendo a execução de tarefas entediantes e repetitivas.

Refere ainda o autor, que o centro dopaminérgico mesolímbico funciona como o centro do prazer do SNC, o qual, ao ser estimulado excita o organismo, direcionando-se essa excitação à readministração da droga.

Toda essa explanação leva ao entendimento que o indivíduo nicotino-dependente não deixa de fumar apenas por que não quer, mas, sim, devido às alterações neurológicas por ele sofridas, que impossibilitam a sua autodeterminação.

Como reforço aos argumentos de que a nicotina é uma substância psicoativa, cujo uso causa distúrbio mental de comportamento, a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1992, incluiu o tabagismo na Classificação Internacional de Doenças (CID-10), como Síndrome de Tabaco-Dependente (INCA 2006, *on-line*). Vale ressaltar que a Associação Americana de Psiquiatria, incluiu a nicotino-dependência, como uma desordem mental, decorrente do uso de substância psicoativa (INCA 2006, *on-line*).

Como é possível verificar, há argumentos suficientes para conceituar a nicotina como uma droga. Em que pese o fato, conforme afirmado anteriormente, o Ministério da Saúde (MS) não a inclui entre as substâncias psicotrópicas, sendo, portanto uma substância lícita, comercializada livremente através dos produtos fumígenos. Em resumo, é uma droga legalmente e socialmente aceita.

Assim, para amenizar as críticas sociais em torno das conseqüências do tabagismo, o Governo Federal vem nos últimos anos através da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) cuidando da regulamentação dos produtos derivados do tabaco. Dentre as medidas implementadas está a de exigir que as indústrias fumígenas venham a estampar em suas carteiras de cigarros frases

contendo: “este produto contém mais de 4.700 substâncias tóxicas e a nicotina causa dependência física ou psíquica”, e “não existem níveis seguros para o consumo dessas substâncias”.

Tal medida, embora bastante louvável, é vaga e imprecisa, com relação à composição química do cigarro, justo pela omissão quanto aos seus reais componentes químicos e aos seus efeitos deletérios. Esse fato, associado à presença da nicotina ao produto torna o processo de fabricação e a comercialização do cigarro embutido de vícios de concepção e informação, dando margem a uma reparação civil.

Para Delfino (2005, *on-line*), o vício de concepção resulta de erro no projeto do produto, como também da escolha do material inadequado ou componente orgânico ou inorgânico nocivo à saúde. Assim, o que faz o cigarro apresentar esse vício, é a presença da nicotina na sua composição, responsável pela dependência física e psíquica do fumante.

Para o mesmo autor, há outro vício que torna o cigarro um produto imperfeito: o vício da informação. Adianta-se o mesmo que a informação é um princípio fundamental das relações de consumo (art.4º, IV CDC), integrando-se ainda ao rol dos direitos basilares do consumidor (art.6º III do CDC). Em outras palavras, é a própria ossatura do Código de Defesa do Consumidor.

Prossegue Delfino (2005, *on-line*) argüindo que, não cabe ao fornecedor decidir se deve ou não exibir instruções acerca da natureza dos seus produtos, mas deverá sim, fornecer informações claras, precisas, objetivas, ostensivas, tornando-as eficazes, de modo a gerar um consumidor legitimamente instruído acerca do produto que está consumindo.

Os dados obtidos nessa pesquisa encaminharam-se para o mesmo entendimento, sendo oportuno centrar atenção aqui, no conteúdo da tabela 3:

Tabela 3 - Conhecimento do paciente oncológico acerca da composição química do cigarro. Instituto de Câncer do Ceará. Março, 2007.

Variável	Categoria	n
Tipo de conhecimento	Desconhecem totalmente	7
	É feito de tabaco	2
	É feito de fumo	4
	Sabem da existência da nicotina e de outras substâncias	3

Assim, de acordo com a análise dessa tabela, boa parte dos entrevistados, ou seja, 07 pacientes desconheciam totalmente a composição do cigarro. Alguns dos inquiridos afirmaram que, o cigarro era feito do fumo e do tabaco, deixando transparecer que o mesmo advinha da natureza e das plantas.

Deve-se observar ainda o depoimento de alguns pacientes:

“ não sei não.”(S.B.A)

“ é de fumo, mato veio” (F.J.A.B.)

“é do tabaco”. (A.A.M.)

Destarte, um dos depoimentos demonstrou a positividade das advertências contidas nas carteiras de cigarro. Veja-se o conteúdo da resposta do entrevistado:

“Não sabia antigamente, mas depois que comecei que a ler as carteiras de cigarro, agora eu sei; até veneno para matar rato tem! Só tem coisa feia... só tem coisa ruim!... a nicotina é uma droga, a gente que fuma fica viciado, eu acho, tudo que vem do cigarro é errado”. (A.R.L.).

Dos dezesseis pacientes entrevistados apenas três tinham conhecimento da existência da nicotina e de outras substâncias nocivas no cigarro. A esses três pacientes destacaram também o seu nível de escolaridade, haja vista serem os únicos com o nível superior, o que reforça a correlação do grau de estudo com o tabagismo. Seguem-se outros depoimentos acerca do conhecimento da composição química do cigarro:

“Nicotina, naftalina, tanta coisa, o alcatrão” (M.E.M)

“Da folha do tabaco, que passa por um processo de industrialização e leva a nicotina, o alcatrão e outras substâncias pesadas”. (R.C.A.)

Em razão da defasagem do conhecimento dos entrevistados acerca da composição química do cigarro, restou ao entrevistador indagar aos mesmos o conhecimento sobre a dependência física e psíquica gerada pelo vício do cigarro. As respostas vieram na forma como se segue:

“sim com certeza. Sou fumante há muito tempo e não consigo parar...” (C.A.B.F)

“si, ele vicia porque é uma droga lícita, causa a mesma dependência que uma droga ilícita, causa dependência física e psíquica” (M.E.M).

“sim, vicia e muito, porque é um vício e não é fácil de deixar” (F.O.M)

“sim o fumo é preto, não é coisa boa” (E.F.O.)

Tais depoimentos remeteram à idéia da associação do vício ao fato de não conseguirem parar de fumar e conseqüentemente pela perda de sua autonomia. A expressão desses pacientes reforça mais ainda a tese de que o cigarro é uma droga e causa dependência física e psíquica. Caracteriza-se, pois, uma situação marcada pela produção e comercialização de uma substância psicotrópica, como se psicotrópica não fosse.

Tem-se ainda a ressaltar, que o conhecimento dos entrevistados de que o cigarro vicia, não anula o seu desconhecimento sobre a exata composição química desse produto, bem como os riscos a que estão expostos. Permanecem vítimas, carentes de informações precisas, sobre o produto que estão consumindo. O vício de informação, só faz fomentar o sucesso dessas indústrias, as quais permanecem negligenciando suas obrigações.

2.3. Danos morais e materiais sofridos pelos pacientes oncológicos que tiveram o cigarro como forte fator desencadeador do câncer.

A análise dessa unidade temática foi de suma importância para enfatizar a responsabilidade civil das indústrias fumígenas perante seus consumidores, pelos danos advindos dos seus produtos.

Como foi atrás referenciado, é lícita a atividade de fabricar e comercializar produtos derivados do tabaco. Tal fato não implica, no entanto, que ditas indústrias sejam isentadas da reparação dos danos causados a seus consumidores, haja vista o Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabelecer dois sistemas de responsabilidade civil: a responsabilidade, por vício de qualidade e quantidade e a responsabilidade por defeito.

Tecnicamente, a palavra vício, segundo o Professor Rizzatto Nunes (2005), significa imperfeição de qualidade ou quantidade capaz de tornar o produto ou serviço impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina e também por diminuir-lhe o valor. Essa imperfeição pode chegar a interferir na própria segurança do consumidor, insurgindo dessa forma os defeitos. Assim, o defeito é originário do vício, muito embora consigo traga uma bagagem extra já que acarreta danos à integridade física e/ou psíquica do consumidor. Destarte, o defeito corresponde à idéia de resultado ou consequência; é sempre proveniente de um vício.

A doutrina corrente costuma separar em três modalidades os defeitos de produtos:

- a) defeito de concepção, também designado de criação, envolvendo os vícios de projeto, formulação, inclusive design dos produtos;
- b) defeito de produção, também designado de fabricação, envolvendo os vícios de fabricação, construção, montagem, manipulação e acondicionamento do produto;
- c) defeito de informação ou comercialização, envolvendo a apresentação, informação insuficiente ou inadequada, além da publicidade.

Para Araújo (2002, *on-line*), o defeito de concepção tanto pode resultar de erro no projeto tecnológico do produto, quanto da escolha do material inadequado, ou do componente orgânico ou inorgânico nocivo à saúde.

O mesmo autor argumenta que, os defeitos de produção se manifestam em alguns exemplares do produto, como decorrência de falha mecânica ou manual, cuja incidência encontra-se na qualidade desenvolvida pela imprensa.

Araújo (2002, *on-line*) prossegue afirmando que, os defeitos de informação são aqueles que decorrem da apresentação do produto ao consumidor, ou seja, de informações insuficientes ou inadequadas sobre a sua utilização, vinculadas na própria embalagem ou outro tipo de acondicionamento.

Diante do exposto, pode-se dizer que a atividade tabagista apresenta defeitos de concepção e de informação, capazes de ensejar a reparação de danos causados aos seus usuários.

O defeito de concepção do cigarro está relacionado com a droga nicotina, causadora de dependência física e química aos seus consumidores, ao ponto de o ato de fumar passar a ser involuntário, a partir do momento desta dependência.

Referenciam Spence & Johnston (2003) que, em 1956, Doll e Hill realizaram um estudo epidemiológico com médicos ingleses, constatando uma correlação positiva entre o tabagismo e câncer de pulmão. Para esses autores, o tabagismo lidera todas as estatísticas de morte por câncer de pulmão (80-90%), produzindo influência direta no surgimento de outros tipos de câncer como da orofaringe, estômago, colo do útero, pâncreas, rim, bexiga, fígado e leucemias.

Os dados extraídos do presente estudo mantiveram-se bem próximos desse entendimento, muito embora haja sido constatado um número igual de pacientes com câncer de pulmão e de esôfago, além de confirmar a presença de dois casos de linfoma, mencionados, entretanto, na literatura exposta. Com relação ao câncer de pâncreas, apenas um paciente registrou a doença. Tais informações constam estão exposta na tabela 4:

Variável	Categoria	n
Topologia do câncer	Pulmão	5
	Esôfago	5
	Cabeça e pescoço	3
	Linfoma	2
	Outros	1

A unidade temática aqui tratada, ganha respaldo com Rizzato Nunes (2005), quando diz que dano material, é a composição em dinheiro capaz de repor o *status quo* antes ou valor efetivamente perdido (dano emergente), ou receita que deixou de ser de aferida (lucro cessante), pelo que a pessoa prejudicada deve ser ressarcida integralmente.

Adverti ainda, Rizzato Nunes (2005), que dano moral é tudo aquilo que está fora da esfera material/ou patrimonial do indivíduo. Diz respeito a bens incorpóreos, a exemplo da alma, da imagem, da honra, da privacidade, da auto-estima. É o que afeta a paz interior de cada um. Atinge o sentimento da pessoa, o decoro, tudo aquilo que não tem valor econômico, mas lhe causa dor e sofrimento.

Para esse doutrinador no campo da jurisprudência, o deferimento por condenação sob hipótese de dano moral era muito restrito. Não obstante com advento da Constituição Federal de 1988, especialmente com base nas garantias instituídas nos incisos V e X do art.5º, esse entendimento sofreu modificação, justo para impedir qualquer dúvida sobre esse tipo de indenização, consagrando, por conseguinte a teoria da responsabilidade civil por dano moral, no Brasil.

Foi em conformidade com os conceitos enunciados de dano material e moral, que as respostas dos pacientes foram analisadas, admitindo-se como elementos fáticos os gastos financeiros que os mesmos despenderam à conta da doença, bem como as alterações de ordem psíquica sofridas no seu interior, no seu eu propriamente dito. Vem daí a análise em primeiro lugar das respostas dadas a seguinte pergunta: você tem gastos financeiros com a sua doença? Eis algumas respostas:

“tenho com exames, chego a pagar R\$ 300,00 em exames, com passagens, pois moro em Itaitira, pra lá de Canidé” (F.J.A.B).

“Vixe! Tenho muito, to tirando da comida para comprar remédios, fazer exames; moro no Maranguape, acordo cedo para ta aqui... venho de ônibus” (P.A.R).

“Tenho, moro em Crateús e gasto muito com transporte, além da alimentação e remédio.” (E.E.O.).

“Bastante! Minha renda não estar dando... não estar dando para atender as minhas necessidades, uma caixa de Zylban é R\$ 60,00, gasto muito com taxi” (M.E.M.).

“Minha vida mudou, sou comerciante lá em Morada Nova, tenho uma venda, tudo em fazia...agora ta quase abandonada, minha mulher tem que vir comigo, só deixei um rapaz lá...o que tiro por mês é insuficiente, minha família, meus irmãos é que estão me ajudando; não ta dando para comer direito” (choro...) (C.PR.).

Esses depoimentos demonstraram de forma cristalina a veracidade do dano material sofrido por esses pacientes, em decorrência de uma doença que teve o cigarro como fator primordial para o seu desenvolvimento. Das respostas acima, os gastos mais citados foram com o tratamento (exames e remédios), transportes e alimentação. Tal situação parece agravar-se mais ainda quando o paciente é autônomo, dono do seu próprio negócio, até pela situação que se instala uma verdadeira sensação de impotência, de fracasso, de sentir-se culpado, enfim por estar pondo em risco o sustento da sua família.

Em um segundo momento foi indagado dos pacientes se a doença havia alterado a sua vida social. Os depoimentos que se seguem confirmam o quanto o câncer compromete a vida em sociedade do paciente que tem câncer:

“sim, me isolei do mundo; eu era uma pessoa sociável e agora não sou mais” (J.A.L.A).

“total, porque a descoberta da doença foi súbita, foi o acaso... eu

gostava de sair, conversar, tomar um aperitivo... esse tratamento não deixa; penso em fazer uma auto-reflexão da minha vida. Não me sinto bem em sair de casa; não tenho prazer com nada, nada que renove as minhas emoções". (M.E.M).

"claro, fico só em casa, não saio mais a noite; fico sem jeito quando as pessoas me olham, tem gente que pensa que pega; isso acaba com a gente. Trabalhava muito, fico estressado em casa, tomando remédio para os nervos" (F.O.M).

"deixei de sair, morro de vergonha do meu cabelo, to careca, nunca mais sai de casa, tenho vergonha" (A.R.L).

Fácil é verificar, portanto, o grau de sofrimento que acompanha o grupo estudado. A grande maioria referiu profunda sensação de tristeza, isso porque os doentes se sentem seres anti-sociais vivendo enclausurados com vergonha de sua aparência, principalmente por conta da alopecia decorrente da quimioterapia. Eles sofrem com o preconceito da sociedade, que ainda tem uma visão distorcida do câncer. De um modo geral, o grupo manifestou extremo pesar, lamentando o fato de a vida não ser mais como antes. O "interior", a alma de cada um, parecem sofrer tanto quanto o corpo, agredido pela doença.

Diante desses relatos, nada obsta para que haja a responsabilidade civil das indústrias fumígenas perante os pacientes oncológicos. Tal responsabilidade vem explicitada no art.12 do CDC, transcrito *in verbis*:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos seus consumidores por defeitos decorrentes de projeto de fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre utilização e riscos.

A responsabilidade dos fornecedores de cigarro é, portanto, objetiva, face resultar do risco de produzir e comercializar produto potencialmente nocivo à saúde de seus consumidores, não requerendo o caso comprovação de culpa.

Adiers (2002, *on-line*), refere que o princípio da equidade serve para justificar a aceitação dessa teoria, haja vista levar em conta uma questão circunstancial, quem cria riscos para os demais, valendo-se de instrumentos que utiliza para obtenção de vantagens, há de sofrer conseqüências dos danos que produzir, vez que ao auferir lucros e vantagens, deverá arcar também, com as desvantagens.

O artigo10, do CDC, é bastante enfático, quando explicita o seguinte:

O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que saiba ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

Não só a lei, mas outras fontes do direito também caminham para esse

mesmo entendimento. A assertiva pode ser comprovada através dos votos de dois Desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgarem Apelação Civil de Nº 70007090798, de 19 de novembro de 2003, que tratava da responsabilidade das indústrias fumígenas. Teve como relator, o Desembargador Luís Augusto Coelho Braga, (transcrição *in verbis*).

[...] Com efeito, estimo que houve descumprimento de obrigação originária da empresa demandada, defraudando expectativa social, quando desenvolveu suas atividades sonogando o dever secundário de informação e consequentemente ferindo o princípio basilar da boa-fé objetiva, pois sempre soube da nocividade decorrente do consumo do cigarro e, por omissão de informação decorreu em ilícito que enseja o dever de indenizar. (Desembargador Nereu José Giacomolli).

Não há dúvida de que a ré sempre foi criadora do perigo e do risco causados pelo fumo. Sempre soube e teve consciência dos malefícios e da dependência causada pelo cigarro e sempre omitiu qualquer informação ou ação no sentido de minimizar tais malefícios e prejuízos advindos tanto do público consumidor quanto para o público não consumidor. Foi necessário um verdadeiro clamor público mundial para que as empresas tivessem desnudadas toda essa negligência, omissão ou hipocrisia em nome da ganância (Desembargador Adão Sérgio do N. Cassiano).

Infere-se de tudo o que foi pesquisado e tornado exposto nesse estudo, que a atividade das indústrias fumígenas é perigosa e potencialmente nociva à saúde dos seus consumidores, pelo que se torna passível de submissão à responsabilidade objetiva. Manter essas indústrias em atividade e continuar investindo na ampliação do mercado, é ofender a integridade física e moral do ser humano, vítima maior dessa desastrosa relação de consumo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo interpretação constitucional, a atividade tabagista é ilícita, por insurgir contra os valores sociais, e por não atender a função social da propriedade. Para que a fabricação e o consumo de cigarro respeitassem esses direitos fundamentais, seria preciso que essas indústrias proporcionassem benefícios sociais, de tal sorte, a valorizar a vida e a saúde dos consumidores. Destarte, por motivos de ordem econômica, essa atividade ainda é lícita; porém, tal fato, não implica na impunidade dessas indústrias, diante dos possíveis danos proporcionados a seus consumidores.

A responsabilidade civil das indústrias fumígenas é motivada pelos defeitos de concepção e de informação, que põem em risco a integridade física e a saúde dos seus consumidores. O defeito de concepção se faz presente através da composição química do cigarro, principalmente por conter a substância nicotina, responsável pela dependência física e química do consumidor. No que

se infere ao defeito de informação, pode-se concluir que, está relacionado com a imprecisão das informações expressas na embalagem de cigarro, principalmente no tocante a composição química do mesmo e seus efeitos deletérios no organismo humano. Diante dessas afirmações, pode-se deduzir que se trata de uma responsabilidade civil objetiva o dever de reparar das indústrias fumígenas pelos danos promoventes aos pacientes oncológicos.

Os danos materiais mais presentes nos entrevistados, foram as gastos com a doença, principalmente os decorrentes de medicações, alimentações especiais, exames, material médico hospitalar, consultas e transportes. Já no que diz respeito aos danos morais, foram evidenciados a perda da auto-estima, a personalidade alterada, o interior ferido. Vale ressaltar que, a maioria dos entrevistados, desconhecia a composição química do cigarro, bem como os efeitos deletérios desta droga no seu organismo.

Portanto é de direito e moral a indenização a ser prestada pelas indústrias fúmicenas aos pacientes com câncer, que consumem ou já havia consumido cigarro, já que esse produto foi fator preponderante para o surgimento dessa doença e conseqüentemente pela eclosão dos danos materiais e morais nesses pacientes.

Como não há uma conscientização dos nossos governantes de proibirem a atividade tabagista, deve-se no mínimo esperar que, os nossos juristas reconheçam o dever dessas indústrias em reparar os danos que promovem aos seus consumidores, de forma a amenizar o sofrimento desses e de seus familiares diante das conseqüências do câncer.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADIERS, Leandro Bittencourt. Responsabilidade civil do fabricante de cigarros. **Jus Navigandi**, Teresina, ano6, n.55, mar.2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=27607>> Acesso em: 26 de abr de 2006.

ARAÚJO, Marcelo Pinto de. **Responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarro na ótica do Código de Defesa do Consumidor**. Salvador, PUC, 2002.51p. Monografia do Curso de Pós- graduação em Direitos Difusos e Coletivos. Pontifícia Universidade Católica, 2002. Disponível em: <<http://www.fesmip.org.br/arquivo/monografia>>. Acesso em: 13 janeiro 2007

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____.MINISTÉRIO DA SAÚDE/INCA. **Tabagismo: dados e números**. Disponível em : < <http://www.inca.gov.br/tabagismo>>. Acesso em: 30 set. 2006.

_____.MINISTÉRIO DA SAÚDE/ INCA. **Ação global para o controle do tabaco- 1º Tratado Internacional de Saúde Pública**. 3 ed. Rio de Janeiro, 2004.

_____.**Código de proteção e defesa do consumidor**. Lei n.8078, de 11 de setembro de 1990, 15. Ed.São Paulo: Saraiva 2005.

- CAVALCANTE, Josias. **Cigarro o veneno completo**. Fortaleza: INESP, 2000.
- CLIVE PAGE et al. **Farmacologia integrada**. In: As drogas e o sistema nervoso. 2 ed. São Paulo: Monole, 2004.
- DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a òtica do Código de Defesa do Consumidor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano9, n.615. mar.2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6441>>. Acesso em : 26 de abr de 2006.
- FERREIRA, A. B. H. *Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- MARCONI e LAKATTOS. **Metodologia do trabalho científico**. 6.ed. São Paulo: Atlas, p.29, 2000.
- NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2005.
- PLANETA & CRUZ. Bases neurofisiológicas da dependência do tabaco. **Revista de Psiquiatria Clínica**, São Paulo, v.32.n.5, p.251-258, 2005. Disponível em:www.hcnet.usp.br/ipq/revista/vol32/n5/251. Acesso em: 04 de fev.2007.
- KATZUNG, Bertram G. **Farmacologia básica & clínica**. In: Abuso de drogas. 8.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S/A, p.463-468, 2003.
- RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Acórdão em Apelação civil nº 70000144626, da capital. Noeli Francisca da Silva de Moraes e outros. Apelados : Souza Cruz S/A e Philp Moraes Marketins S/A. Relator: Rel. Dês. Adão Sérgio do Nascimento, 29 de outubro de 2003, **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em : <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em : 10 agt.2006.
- SPENCE & JOHNSTON. **Oncologia**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S/A, 2003.
- SÃO PAULO, Tribunal de Justiça (19ª Vara Civil). Ação Coletiva de responsabilidade por danos individuais homogêneos. Autores: Associação de Defesa da Saúde do Fumante. Réu: Souza Cruz S/A e Philp Morris Mar Ketins S/A. Relatora: Rel. Des. Adaisa Bernadi Isaac, 02 de fevereiro de 2004. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <www.adesf.com.br>. Acesso em: 10 agt.2006.



REVISITANDO QUATRO CATEGORIAS FUNDAMENTAIS: ESTADO DE DIREITO, ESTADO LIBERAL, ESTADO SOCIAL E DEMOCRACIA

Gretha Leite Maia*

RESUMO

O presente trabalho estabelece um quadro conceitual referente às designações Estado de Direito, Estado Liberal, Estado Social e Democracia, buscando avaliar se o Estado brasileiro refundado pela Constituição Federal de 1988 se permite qualificar como um Estado Social. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica dos livros *Do Estado Liberal ao Estado Social*, com leitura complementar do livro *Teoria do Estado*, ambos de Paulo Bonavides, e *A luta pelo Estado de Direito*, de Pablo Lucas Verdú. Trata-se de pesquisa teórica, bibliográfica, descritiva, que se encerra com uma análise de aplicabilidade dos conceitos para a compreensão do atual modelo de Estado brasileiro.

Palavras-chave

Estado de Direito. Estado Liberal. Estado Social. Democracia.

ABSTRACT

This paper establishes a conceptual framework related to the designations State of Law, Liberal State, Welfare State and Democracy, seeking to assess whether the Brazilian State refounded by the Federal Constitution of 1988 allows himself to qualify as a Welfare State. The methodology used was a bibliographical review of the books *Do Estado Liberal ao Estado Social*, with further reading of the book *Teoria do Estado*, both by Paulo Bonavides, and *A luta pelo Estado de Direito*, by Pablo Lucas Verdú. It is a theoretical, bibliographic and descriptive research, which ends with an analysis of the applicability of those concepts for the understanding of the current Brazilian State model.

Keywords

State of Law. Liberal State. Welfare State. Democracy.

INTRODUÇÃO

A fórmula política *Estado Democrático de Direito*, que inaugura nosso texto constitucional de 88, é um dos grandes desafios intelectivos propostos aos que se iniciam nos estudos constitucionais. Mais do que isso, é expressão que vai ganhando novas dimensões e significados à medida que avançamos na com-

* Graduada em Direito pela UFC. Mestre em Direito pela UFC. Advogada. Professora de Teoria do Estado e Teoria do Processo da Faculdade Christus. Coordenadora do Programa de Pesquisa Institucional em Direito.

preensão das estruturas jurídicas e suas fundamentações e implicações políticas. O presente trabalho estabelece um quadro conceitual referente às designações Estado de Direito, Estado Liberal, Estado Social e Democracia, preferindo como método a revisão bibliográfica dos livros *Do Estado Liberal ao Estado Social*, com leitura complementar do livro *Teoria do Estado*, ambos de Paulo Bonavides, e *A luta pelo Estado de Direito*, de Pablo Lucas Verdú, tornando o texto produzido uma espécie de resenha das obras mencionadas.

Como objetivo específico, busca-se avaliar se o Estado brasileiro refundado pela Constituição Federal de 1988 se permite qualificar como um Estado Social, operando as quatro categorias estruturantes do pensamento político que resultaram da formação do pensamento liberal dos séculos XVII e XVIII, quando se investiga o pensamento contratualista na dimensão política e o jusnaturalismo de base racional que se estrutura no campo jurídico, e das reações na literatura dita anti-liberal construída nos séculos XIX e XX, introduzindo como categorias para pensar os problemas sociais o materialismo, a justiça social e a superação conceitual de liberdade tal como previam os fundadores do liberalismo.

Para análise específica da conceituação do Estado brasileiro, investiga como os autores nos fornecem subsídios conceituais para o enfrentamento da questão qualificativa de Liberal ou Social ao Estado Democrático de Direito de 88. Faz também um breve estudo histórico acerca das condições sócio-políticas ao tempo na Assembléia Nacional Constituinte de 86/88, para desvelar-se com precisão qual a razão da opção democrática.

1 DO LIBERALISMO

O termo liberalismo é polissêmico: designa ao mesmo tempo um modelo econômico, um movimento político e um qualificativo que acompanha o primeiro Estado de Direito, o Estado Liberal. Convém saber identificar o uso adequado de cada um. Inicialmente, faremos como Bonavides¹ e retomaremos a discussão dos fins do Estado. O problema se coloca nos seguintes termos: de um lado, as teorias organicistas que fazem uma fusão pragmática e filosófica do que se compreende por Sociedade e Estado, e de outro, o mecanicismo, que separa ostensivamente ordem social e ordem estatal, embora reconheça na origem do Estado, a Sociedade. Esse problema é fundamental à nossa discussão por que, como veremos, ele implica em revolver as teorias jusnaturalistas e juspositivistas do Direito.

O organicismo, em especial o hegeliano, concebendo Estado e Sociedade como entidades orgânicas que se consubstanciam num todo único, entende o Estado como um fim em si mesmo. Como questionar os fins do Estado se indivíduo, Sociedade e Estado são parte de um mesmo todo orgânico? Neste sentido firma-se o positivismo jurídico kelseniano, que não vê razão para contemplar o

¹ Trata-se do capítulo I do livro *Teoria do Estado*.

tema da finalidade do Estado em sua teoria do Estado, exaltando o princípio da legalidade para verificar a conformidade dos atos estatais e a desnecessidade da legitimidade como um critério para validar a vontade estatal.

As escolas finalísticas rompem o organicismo posto que sejam embasadas, por sua vez, no problema da legitimação dos atos estatais subordinada à questão dos seus fins. Da resposta que se der à finalidade não dependem as funções, os direitos, os deveres e os limites da autoridade estatal. A introdução da legitimidade como critério de validação da vontade estatal demanda as teorias ditas mecanicistas.

O mecanicismo é essencialmente ligado ao jusnaturalismo. Indivíduo, Sociedade, Estado serão entidades perfeitamente identificadas em sua essência, fazendo nascer as dimensões de individualidade, a ordem social e a ordem estatal. As duas últimas passam a ser derivadas especialmente de um exercício de abstração e reconhecimento da artificialidade de sua existência, como derivadas de um ato consciente onde concorre a vontade humana, a autonomia ou livre arbítrio dos sujeitos. A própria consciência jurídica dos povos civilizados é uma conquista, e não um dado. Sob estas condições, fundam-se as escolas jusnaturalistas.

1.1 *O jusnaturalismo de base racional dos contratualistas: De Hugo Grotius à Hobbes e Locke. A definição do valor liberdade*

O jusnaturalismo identifica duas grandes escolas: a escola filosófica e a escola histórica/sociológica. Em ambos os casos, precisamos percorrer os caminhos que nos trouxeram ao jusnaturalismo de base racional e que são atravessados pelo movimento de secularização do sistema estatal que caracteriza as democracias ocidentais.

O Estado como fim em si mesmo (organicismo) não precisa de uma fundamentação para o Direito: é jurídico o que deriva da ordem estatal. Estando de acordo com a lei, está válido. O termo jusnaturalismo identifica escolas do pensamento jurídico que buscam a fundamentação do Direito em outras instâncias de validade. Os vários jusnaturalismos são derivados da base de legitimação a que se referem, resumidamente: Deus, a natureza humana e a razão. O Estado teológico que antecede o Estado moderno (especificamente a ordem normativa da conduta dos indivíduos fundada na teologia cristã) fundamentava as manifestações de poder numa ordem divina, sobrenatural. Como questionar o perpétuo, imutável e atemporal que deriva destas posições de mando e subordinação? Para desafiar o pensamento jusnaturalista de base teológica, fez-se uma longa travessia, de avanços e retrocessos rumo ao deslocamento para uma outra base de validação da ordem: a natureza humana.

Segundo Verdú, *o fenômeno da formalização do Direito tem início com a escola naturalista protestante, que vai de Grotius a Kant*². Deve-se à Hugo Grotius à noção

² VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.04

de que existe um direito natural que vem do Homem, da sua condição humana, dando início ao movimento de secularização do pensamento jurídico. Grotius mantém, na sua concepção de natureza humana, uma essência imutável que legitimasse toda ação de poder que estivesse com ela acorde. Para o pensador, a essência do Homem é um impulso social para convivência. Nesta circunstância de convivência, a sujeição a imposições interditivas/limitadoras de sua conduta/vontade somente teriam validade se estivessem de acordo com a natureza humana, que nos impulsiona para a convivência, mas cria uma esfera sagrada de resguardo contra a invasão estatal.

Atribui-se aos contratualistas a racionalização do jusnaturalismo. Convém iniciar por Thomas Hobbes. O contratualismo hobbesiano é o mais impiedoso no que diz respeito à natureza humana. Sumariamente, o contratualismo é o pensamento que se desenvolve nos séculos XVII e XVIII, mas tem seu nascedouro no antropocentrismo desenvolvido no Renascimento. É fundamental para este passo o pensamento de Maquiavel, no limiar do sec. XVI, afirmativo de que somos donos de parte do nosso destino.³ O Homem então era o senhor das suas escolhas. O contratualismo pressupõe então a crença na ideia de passagem e artificialidade das formas sociais. Daí as noções fundamentais de estado da natureza e estado social. Em Hobbes, o estado da natureza é o estado de *a-nomia* (ausência de regras) gerado pela condição de igualdade natural. Sendo iguais – ou *tão iguais que* – os Homens não se submetem às estruturas assimétricas de poder, necessária ao estabelecimento de regras. Neste *estado natural*, todos e qualquer um poderia pretender a satisfação de seus interesses e desejos. Verificando o risco de supressão da condição de coexistência (Hobbes segue o pensamento de Grotius, do impulso natural para a convivência como essencial à natureza humana), os homens se voltam para a construção de uma ordem que a assegure. Assim, os Homens pactuam um acordo social, um compromisso de passagem a um estado civilizado, isto é, normatizado, onde sua conduta se orienta por regras, emitidas por uma autoridade não só reconhecida como necessária. Então podemos nos remeter as conhecidas expressões hobbesianas de *guerra de todos contra todos*, o *homem como o lobo do homem* e o *Estado como um mal necessário*.

Logo se percebe o contratualismo a serviço do absolutismo monárquico. Em Hobbes, o pacto é de submissão e é o medo que nos impulsiona a relações desiguais, permissivas das estruturas de poder. O Estado é a esperança de sobrevivência das comunidades humanas. O contratualismo esboçado no *Leviatã*, em 1651, será reorientado por John Locke em seu *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, publicado logo após a Revolução Gloriosa de 1688.

Locke inverte as posições valorativas de estado da natureza e estado civil, ressaltando a instituição da propriedade ainda neste primeiro estágio de convivência.⁴ Em estado de natureza, somos todos iguais e livres. A apropriação

³ Ver o capítulo XXV d'O príncipe, no que se refere à *virtu e fortuna*.

⁴ Temos um trabalho publicado na coletânea *Entre o ter e o ser*, que descreve sumariamente a propriedade no pensamento político de Locke, Rousseau e Engels.

singular dos bens da vida decorre do reconhecimento de que o trabalho, a energia empregada na produção de um bem, incorpora-se ao resultado final, gerando um uso exclusivo do bem para que o produzisse, excluindo o usufruto dos demais. Tal raciocínio se aplica a qualquer tipo de riqueza produzida, levando o estado de igualdade natural a um estado artificial de desigualdade medida pela propriedade. Mas a propriedade é um dado natural, posto que desenvolvido pelo Homem no estado da natureza, em condições de igualdade e liberdade. O Homem apenas consente no modelo civilizado para preservar o que no estado da natureza foi instituído. Portanto, são os *direitos naturais* oponíveis às *formas sociais* que se estruturam em seu nome, de maneira consciente no momento da passagem contratualista lockeana. Em Locke, o pacto é de consentimento e é feito porque os Homens querem preservar o que o estado da natureza havia lhes legado de mais importante: a liberdade e a propriedade.

Podemos afirmar que há um esforço teórico de toda uma comunidade de pensadores do iluminismo para valorar e definir o que seja a liberdade. A liberdade, em Kant, é a liberdade de agir segundo leis⁵. Leis são descrições relacionais de causa e efeito. Portanto, os homens são livres quando orientados no seu agir. O paradoxo de tal afirmação é resolvido com o deslocamento definitivo para o jusnaturalismo racional: é a razão quem nos comanda, o próprio arbítrio, o indivíduo como o dono do seu destino⁶. No item 3 examinaremos a contribuição de Rousseau nos caminhos que nos levam da servidão à liberdade.

1.2 O Estado Liberal como o primeiro Estado de Direito

O liberalismo econômico do sec. XVIII identifica o pensamento que teoriza a respeito da condução ordenada ou livre dos processos de produção e distribuição de riqueza, preferindo a segunda opção como a que viabilizará o progresso acelerado dos meios produtivos de bens sob a lógica da livre concorrência e não intervenção de poder estranho à própria ordem econômica (Estado). Esse é o liberalismo econômico de Smith, Ricardo, Malthus e Stuart Mill. O Estado liberal como Estado de Direito mirava uma outra dimensão: a do controle das condutas humanas para garantia da harmonia social. Liberdade é ter o direito de fazer tudo o que as leis permitem. Neste sentido é marco jurídico resultante das revoluções liberais burguesas o Código Civil napoleônico, de 1804, a expressão máxima da intenção regulatória das condutas individuais. O Código Civil napoleônico concilia claramente a infra-estrutura triunfante do capitalismo liberal (modo de produção de riqueza orientado para a acumulação do capital, sem intervenção de autoridade estranha ao próprio processo de produção) com a superestrutura política e jurídica das instituições individualistas.

⁵ Bonavides dedica um capítulo ao pensamento político de Kant em **Do Estado Liberal ao Estado Social**.

⁶ Um bom estudo do pensamento kantiano e sua contribuição para o pensamento político estão em WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da política**: Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. 10. ed. São Paulo: Ática, 2000.

No avanço do reconhecimento/atribuição da personalidade jurídica ao próprio Estado, o princípio liberal afiança ao Homem os seus direitos fundamentais perante o Estado. O indivíduo é titular de direitos inatos, oponíveis ao Estado, o que demanda um zelo doutrinário em criar uma técnica de liberdade, traduzida em limitação de poder.

Bonavides desenvolveu a tese da trajetória do Estado Liberal ao Estado Social em 1950 e o espanhol Pablo Lucas Verdú lançou estudo intitulado *Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito*⁷ em 1955. Formulando uma classificação mais expressiva com relação aos adjetivos de *liberal* ou *social* como qualificativos para o Estado de Direito, trabalha a ideia de Estado de Direito imersa na noção de luta e conquista. Partindo da afirmação de que tal designação constitui uma nobre aspiração do estamento jurídico, desvela desde logo a *desmedida pretensão: que todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem ao que é determinado pelas prescrições legais*⁸. Verdú trabalha o tema orientado pelas inquietações e perplexidades que rodeavam os publicistas do pós guerra, questionando: o que aconteceu para que o termo Estado de Direito continue a se sustentar, se incorporando aos textos constitucionais do pós guerra e qual a razão da perdurabilidade de que goza a expressão diante das dificuldades que ela experimente para ter real eficácia social?

O Estado Liberal é a expressão do triunfo político da burguesia, o que não significa que o liberalismo fosse ou torne-se a única tendência política do mundo moderno. Por isso, Verdú apressa-se em afirmar que o Estado de Direito é um princípio de cultura, do qual pretendem se apropriar diversas tendências políticas. Assim definitivamente faz-se o corte que levava a uma falsa impressão de que o Estado de Direito era decorrente do liberalismo enquanto princípio político. *O Direito é o princípio realizador da convivência humana nos marcos de uma sociedade política*⁹; o Direito é a expressão das interdições que fundam as formas de vida associativas. O Estado *Liberal* de Direito é um produto histórico, concebido por e para um segmento em situação econômica próspera, que lega preciosas conquistas, como os direitos fundamentais; entretanto, o Estado *de Direito* não é patrimônio de uma classe social determinada. Neste sentido, podemos dizer com Verdú o que caracteriza o Estado de Direito:

Quando um Estado estrutura juridicamente a organização e o exercício do poder político, de maneira que os indivíduos estejam protegidos pela existência prévia das normas e instituições garantidoras de seus direitos e liberdades, quando toda a atividade estatal se submete a essas normas e instituições, sem exceções além daquelas reclamadas pelo bem-estar geral, podemos dizer que nos encontramos perante uma comunidade jurídica civilizada. O Estado Liberal de Direito juridicizou, esclareceu e ordenou,

⁷ Essa monografia é publicada, acrescida de mais 02 capítulos, no Brasil, com tradução de Agassiz Almeida Filho, em 2007, sob o título *A luta pelo Estado de Direito*.

⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.01

⁹ VERDU, op. cit. p.06.

Estado Liberal, por sua vez, caracteriza-se como um modelo de Estado que adote garantias individuais (direitos de liberdade), e um sistema de controle de poder estatal, tradicionalmente identificado no mecanismo da separação de poderes para estruturar o Estado. Possui sim um amplo conjunto de prescrições legais, que têm por objeto a normatização das condutas intersubjetivas. Mas é estranho aos problemas sociais e, conseqüentemente, a qualquer intervenção na ordem econômica. A questão social é uma questão para a polícia e não para políticas. Como produto histórico, o Estado Liberal vai enfrentar os questionamentos antiliberais do sec. XIX, das investidas teóricas à própria crise socioeconômica. O limiar do sec. XX leva as Nações à construção da legislação social e ao abandono do liberalismo clássico como doutrina econômica.¹¹ O *New Deal* é definido em termos de implementação de uma política social aliada ao saneamento da economia capitalista, *um profundo experimento social feito em larga escala*¹². A experiência da guerra também gera a crise das liberdades individuais. A realidade social não se identifica mais com as garantias constitucionais tradicionais.

2 DO SOCIALISMO (CONCEPÇÃO DE MODELO ECONÔMICO)

No sec. XIX, surgem as doutrinas dita anti-liberais, denunciando a conversão da universalidade de direitos propagada pelas revoluções liberais burguesas do sec. XVIII como uma ideologia de classe. Karl Marx, rompendo o pensamento organicista hegeliano, constrói seu pensamento fundado em duas grandes pilstras: a política e a revolução. A teoria marxista do Estado é essencialmente mecanicista. Funda-se em um sistema conceitual que se apóia na noção de luta de classes como o motor da história: dentro do sistema capitalista está o germe da mudança. O triunfo político é um triunfo de uma classe. Para Marx, as formas sociais e jurídicas decorrem das condições materiais de vida (materialismo). O Estado é uma instituição histórica, empírica e passageira, cujo fim é a opressão de uma classe por outra. O Estado é produto da sociedade e em processo natural/histórico de extinção. O modelo econômico – de produção e circulação de bens – é que está na base, na infraestrutura da sociedade. As demais formas sociais e jurídicas derivam desta infraestrutura, formando uma superestrutura. Por isso o foco do pensamento marxista é econômico. Somente com a reconfiguração da infraestrutura haverá a verdadeira revolução. Daí seu compromisso em desconstituir um dos dois grandes valores da burguesia: a propriedade privada dos meios de produção de riqueza.

¹⁰ VERDÚ, op. cit. p. 144.

¹¹ Verdú dedica um capítulo à análise da crise do liberalismo nos Estados Unidos, um capítulo à análise da estruturação do trabalhismo na Inglaterra e um capítulo para a crise do Estado Liberal de Direito nas Democracias Ocidentais.

¹² VERDU, op. cit. p.41.

Cabe de logo indagar a respeito da liberdade, o outro grande valor construído pelo pensamento liberal do sec. XVIII. Bonavides nos propõe o problema da liberdade em termos de crise da liberdade moderna: *a crise do Ocidente é principalmente a crise da liberdade na sua conceituação clássica, oriunda do liberalismo, e caduca perante os novos rumos que tomou a evolução social*¹³. O que nos conduz a necessidade de resignificar o que é liberdade individual, acrescentando à ideia de liberdade ética, superando a dualidade autoridade *versus* liberdade, como conceitos oposicionais. Essa superação somente é possível se introjetarmos, como Rousseau, que o homem não existe em particular, senão no geral; é social e não individual. E a liberdade será deslocada para a obediência à vontade geral: *a volonté générale é a última palavra na organização política e não só legítima como íntegra no grupo a liberdade*¹⁴. Em Rousseau, há uma positividade social da liberdade. Percebe-se como mais clara a noção direcional do Estado Liberal ao Estado Social, conforme pensamento de Bonavides, mantendo o Estado de Direito (conquista civilizatória), revisitando as disposições normativas e desenvolve a disposição para a regulação da ordem econômica e social. Daí Bonavides identificar o Estado Social como o segundo Estado de Direito.

Convém lembrar que se o liberalismo econômico assinala ausência de regulação na atividade econômica, que projeta um Estado de Direito Liberal que regula as condutas intersubjetivas, ou seja, estrutura um sistema jurídico próprio, garantindo a liberdade individual, o mesmo não ocorre com relação aos termos socialismo (como pensamento econômico que desafia o modelo de liberalismo econômico) e Estado Social. Compreendido como o triunfo de um modelo de coexistência regulado pelo Direito, o Estado de Direito não é abolido para se compreender o Estado Social, ao contrário: segundo Bonavides, o Estado Social é o segundo Estado de Direito. Neste caso só no resta indagar: o Estado Social implica também na adoção do socialismo como modelo econômico (fundado na socialização/estatização dos meios de produção)?

A resposta será negativa nos dois autores que suportam este estudo. Ambos denunciam a crise do modelo liberal, não da fórmula Estado de Direito, nem fazem uma crítica rigorosa ao capitalismo. O Estado Social não implica um modelo econômico que se identifica com o socialismo. O Estado Social nos parece antes um resultado de ajustes – que variam nas diversas ordens estatais em que se manifestam – que incluem democracia na ordem política e, na ordem jurídica, legislação social, securitária e interventiva na ordem econômica.

Ainda que a pressão social direcione para uma desestabilização das instituições básicas do Estado de Direito, percebe-se claramente que não há movimento vigoroso que aponte para seu descarte, reconhecendo nos mecanismos jurídicos a melhor técnica de racionalização de poder. Este ponto da pesquisa deriva para a compreensão do movimento de constitucionalização do

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro: Forense: 1980, pp. 30 e 31

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit*, p.201.

Estado de Direito – liberal ou social - e a importância da existência de Tribunais Constitucionais independentes, tema que merece uma investigação profunda, mas que por ora não cabe investigar.

3 A DEMOCRACIA COMO AJUSTE POLÍTICO E A REORIENTAÇÃO CONCEITUAL PARA LIBERDADE

Retomemos agora a questão da liberdade e sua concepção moderna, premissa para se compreender o pensamento de Rousseau. Do filósofo de Genebra herdamos no Ocidente a tradição democrata. A proposta de compreender Rousseau não pode limitar-se à leitura do *Contrato Social*, deve iniciar pelo *Discours sur l'inégalité parmi les hommes*. A Academia de Dijon premiava teses desenvolvidas pela intelectualidade de então, sugerindo temas para um concurso literário. Por esta participação, Rousseau não leva o prêmio, mas contribui para compreender o esforço que os pensadores de iluminismo empreenderam para valorar e definir o que eram os grandes desafios ao modelo político então proposto pelos revolucionários contra o *ancien régime*: a liberdade e a igualdade.

Rousseau discursa sobre a desigualdade; em sua proposta a apropriação privada *da terra e de seus frutos* estruturara uma sociedade desigual. E é a partir desta constatação, descartando a necessidade de revolver uma instituição firmada e cristalizada no corpo social - a desigualdade - que Rousseau abre o *Contrato Social* nos provocando: *O Homem nasce livre, e, no entanto, por toda a parte, está sob ferros. Embora se creia senhor dos outros, não deixa de ser mais escravo que eles. Como se faz essa modificação? Ignoro-o. O que pode torná-la legítima? Creio poder resolver esta questão*¹⁵. Se a liberdade, em Kant, é a liberdade de agir segundo leis, a contribuição de Rousseau nos leva aos caminhos da servidão à liberdade, por que encontraremos um critério que torna legítima a submissão às leis.

Assim temos na democracia o regime do consenso, o único meio de tornar legítima a condição de agrilhado que parece ser o preço pago pela chance de vivermos em estado de convivência social. Democracia então é um princípio de orientação aos governos, não sendo exatamente um modelo de Estado. A democracia é princípio estruturante de um Estado legitimado pela participação do titular do poder na formação da vontade estatal.

A passagem ao Estado Social implica em descartar a liberdade como um direito individual e localizá-la como direito de dimensão social: *há um novo destino para a liberdade: seu ingresso na sociedade justa. Então a liberdade deixa de ser liberdade classista para adaptar-se à ideia de liberdade em uma sociedade justa e livre*.¹⁶

Assim, o Estado liberal pode ser democrático quando adote procedimentos participativos para legitimar a atuação da vontade estatal, o exercício do

¹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*: princípios de direito político. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.19.

¹⁶ VERDÚ, op. cit. p. 88

poder. Bem como o Estado Social pode ser democrático na medida em que adote os mesmos procedimentos, mantendo um sistema de governo que privilegie a consulta popular para a definição de grandes temas, a liberdade de expressão, a alternância do poder. A democracia é o ajuste político proposto quando a igualdade de condições material está inexoravelmente perdida pelo reconhecimento da *naturalidade* (no sentido contratualista) com que desenvolvemos a ideia e o sentimento de apropriação individual. E a liberdade, revisitada, deve se manifestar como uma igualdade de oportunidades, que devem ser livremente assumidas por cada um, ou seja, a liberdade ética.

4 O RESGATE BRASILEIRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CF/88 E AS 04 CATEGORIAS DE ESTADO SOCIAL

O texto constitucional brasileiro de 88 nos identifica como um Estado Democrático de Direito. Estado de Direito liberal, posto que preserve o princípio da separação de poderes (art. 2º) e assevere no art. 5º o rol de direitos e garantias individuais. Constituição cidadã, preserva os direitos de liberdade. Mais ainda, estipulou direitos sociais, a partir do art. 6º, e previsões normativas para intervenção na ordem econômica e social. Se considerarmos o Estado sob o governo militar como um Estado de Exceção (caracterizado pelo desequilíbrio entre os poderes e ofensa à liberdades individuais, como o direito de ir e vir, o direito de reunião, o direito à livre manifestação), então recuperou-se o Estado de Direito. Mas, mais do que isso, a Constituinte de 88 preocupou-se em afirmar a democracia. Resgatamos o pluralismo político, os processos de escolha pelo voto direto, a livre manifestação. Para Pinheiro, *a Assembléia Constituinte não deverá marcar somente a volta ao estado de direito, mas a desmontagem das estruturas políticas, econômicas e ideológicas que foram consolidadas durante a ditadura*.¹⁷ Será que se intencionava implementar um Estado Social? O Estado Social de Direito é caracterizado por Verdú como sendo

...uma feliz expressão que designa uma realidade identificada na incorporação dos direitos sociais às Constituições européias. Trata-se do louvável intento de converter em direito positivo várias aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pela garantia do Estado de Direito. São postulados inseridos em Constituições rígidas, que condicionam, enquanto direito imediatamente vigente, a legislação, a Administração e a prestação jurisdicional (art. 3º da Lei Fundamental de Bonn), e que estão salvaguardados pelos Tribunais Constitucionais. Os direitos sociais vêm reforçado o seu valor mediante garantias jurídicas claras e seguras. A segurança social se harmoniza com a segurança jurídica.¹⁸

¹⁷ PINHEIRO, Paulo Sérgio. A cidadania das classes populares, seus instrumentos de defesa e o processo constituinte, em ABRAMO, Claudio; DALLARI, Dalmo de Abreu; ROSSI, Clóvis; SADER, Emir. **Constituinte e democracia no Brasil hoje**. 4 ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p.67.

¹⁸ VERDÚ, op. cit. p. 79

Os Direitos Sociais são os direitos fundamentais de 2ª dimensão, ou os direitos de prestação. No capítulo XVIII do *Teoria do Estado*, Bonavides, por sua vez, vai esboçar as quatro categorias do Estado Social. São eles: o Estado Social conservador, o Estado Social da justiça e da igualdade; o Estado Social reformador e o Estado Social das ditaduras.

Assim como a burguesia primeiramente se serviu do direito natural para por abaixo o absolutismo e depois se valeu do direito positivo para manter de pé sua hegemonia, o Estado Social lograria fazer a revolução do proletariado pela via institucional, mais precisamente jurídico-constitucional. O liberalismo econômico como elemento do Estado Liberal de Direito tem sua justa medida na ausência de intervenção na ordem econômica e social, no seu abstencionismo. Assim, não só mantendo, mas utilizando-se das estruturas jurídico e institucionais do primeiro Estado de Direito, o Estado Social estaria caracterizado pela adoção de políticas intervencionistas. Surgem: o Estado Social Conservador, onde as intervenções da ordem econômica e social são objeto de normas constitucionais meramente programáticas (dependentes do legislador ordinário), posto que conserve o *status quo* da sociedade capitalista e sua herança institucional básica; o Estado Social da Justiça e da Igualdade, que se orienta para garantir materialmente conquistas reais e básicas para o valor trabalho e para as classes trabalhadoras; o Estado Social apoiado no Socialismo Democrático, onde se faz a estatização ampla dos meios de produção e socialização da riqueza, aliando intervencionismo rigoroso com livre competição participativa de acesso ao poder; e finalmente o Estado Social das Ditaduras, onde surgem, aliado a estatização ampla dos meios de produção e socialização da riqueza, formas totalitárias de monopólio do poder político.

Pode-se falar em Estado Social Democrático para qualificar mais que o Estado, a realidade política, jurídica, econômica e social brasileira? Admitidos o dirigismo econômico e o exercício democrático de acesso aos lugares do poder, alternância, eletividade e temporariedade de mandatos. Então fica enigmática a fórmula *Estado Democrático de Direito*. Se há um primeiro Estado de Direito (Estado Liberal) e um segundo Estado de Direito (Estado Social), afinal a qual dos dois modelos a CF/88 se refere, se conservamos intactas as bases do capitalismo como meio de produção de bens e distribuição de riqueza ao mesmo tempo em que introduzimos um capítulo na Constituição que prevê a intervenção do Estado na ordem econômica e social, além dos direitos sociais? Convém lembrar como Verdú, que

*Os direitos sociais também devem ser examinados do ponto de vista de sua eficácia. Não basta que esteja em vigor. É insuficiente, outrossim, a simples garantia de sua proclamação, que fixa uma linha de conduta vinculante para o legislador, impedindo que ele se afaste dos princípios consagrados por tais direitos. Desse modo, é preciso comprovar se as estruturas jurídica, econômica e social tornam viáveis os direitos sociais.*¹⁹

¹⁹ VERDÚ, op. cit. p. 59

O repúdio à ditadura orientou à Constituinte no sentido do resgate das garantias individuais, do regime democrático e também trouxe um rol de direitos sociais. Não era pouca coisa. Era um desafio que, passados mais de duas décadas, ainda parece nos exigir um esforço coletivo e institucional.

CONCLUSÃO

A passagem do Estado Liberal ao Estado Social não compromete o Estado de Direito. Implica limitações e intervenções na ordem econômica, pelo que podemos dizer que uma diferença fundamental entre os dois modelos é sua posição diante da dos processos produtivos e da propriedade privada. Na CF/88 é assegurada a propriedade privada, mas também se exige que esta atenda à função social. O que se tem, em verdade, é um texto constitucional que orienta o Estado rumo aos atendimento da justiça e igualdade sociais. Entretanto, o que se assistiu nos últimos vinte anos foi um ajuste por meio de políticas públicas ligadas a programa de governos, mais do que a aderência a estes princípios afirmados como políticas de Estado. A atuação do Estado brasileiro para consagrar-se como Estado Social deveria pautar-se por meio de uma legislação afirmativa e clara e por meio de intervenções do Judiciário que confirmasse esta tendência (ações administrativas, legislativas e jurisdicionais).

A opção democrática também não nos define como um ou outro modelo, liberal ou social. A democracia demonstra um repúdio à ditadura a que estava submetido o Brasil na ordem política. Independente da passagem do Brasil à condição de Estado Social, a afirmação da democracia era um ato fundador da própria Assembléia Nacional Constituinte. O reajuste para o Estado Social não se identifica por exigir um sacrifício do valor liberdade. A liberdade não é um bem humano passível de ser perdido: no Estado de Direito Social o que se há de mudar é o seu sentido de acordo com a realidade social. Reserva-se para o Estado o direito de fixar limites da ação individual, cabendo-lhe harmonizar os bens particulares com o bem comum, ou seja, mantém o Estado de Direito. À segurança jurídica, como confiança garantida na vigência do direito em sua administração imparcial e justa, deve ser acrescido o valor da *justiça social* que responda às transformações urgentes do nosso tempo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMO, Claudio; DALLARI, Dalmo de Abreu; ROSSI, Clóvis; SADER, Emir. **Constituinte e democracia no Brasil hoje**. 4 ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Ciência Política**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato social**: princípios de direito político. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da política**: Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. 10 ed. São Paulo: Ática, 2000.

WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 13 ed. São Paulo: Ática, 2000.





A SÚMULA VINCULANTE COMO NORMA JURÍDICA E A SUA (IN) VIABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Helano Márcio Vieira Rangel**

Resumo

O presente estudo enfoca a súmula vinculante e suas principais características no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de uma análise da tradição romano-germânica (*civil law*) e da tradição anglo-saxônica (*common law*). O ensaio teoriza que a súmula vinculante se inspirou na *stare decisis*, porém o fez de maneira imperfeita e parcial, principalmente porque deriva de uma imposição normativa levada a efeito por meio de uma emenda constitucional. De acordo com o artigo, a súmula vinculante é uma norma jurídica, pois ostenta características como bilateralidade, disjunção e sanção, estando no mesmo patamar hierárquico das emendas constitucionais. O trabalho enfoca particularmente as críticas desferidas à súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, basicamente por atentar contra princípios como o do acesso à justiça, o da separação dos poderes e o da motivação das decisões judiciais. O artigo conclui que a súmula vinculante é inconstitucional e que milita contra a segurança jurídica. Quanto à metodologia, trata-se de pesquisa explicativa, qualitativa e construída a partir de referências bibliográficas.

Palavras-chave

Súmula vinculante. Stare decisis. Supremo Tribunal Federal. Common law. Constituição Federal.

Abstract

The present study focuses the “súmulavinculante” and its main characteristics in the Brazilian legal framework, from an analysis of the civil law and common law tradition. The essay theorizes that the “súmulavinculante” was inspired by stare decisis, however incorrectly and partially, mainly because result from a legal imposition carried out by a constitutional amendment. According to the article, the súmulavinculante is a legal norm, as it displays characteristics as bilaterality, disjunction and sanction, being on the same hierarchic level of the constitutional amendment. The work focuses specially the criticisms aimed to the “súmulavinculante” in the Brazilian legal framework, as it goes against principles as access to justice, separation of powers and the motivation of the judicial decision. The article concludes that the súmulavinculante is unconstitutional and restrains the legal certainty. As far as methodology is concerned, the research is explicative, qualitative and it was built from bibliographical analysis.

Keywords

“SÚMULA VINCULANTE”. STARE DECISIS. FEDERAL SUPREME COURT. COMMON LAW. federal Constitution.

* Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Advogado. Professor da Faculdade Estácio do Ceará.

INTRODUÇÃO

O vocábulo *súmula* representa a ementa ou o resumo de uma determinada obra em um breve enunciado. No sentido jurisprudencial da palavra, a *súmula* representa uma prescrição que revela a interpretação dominante de um determinado tribunal sobre o julgamento de casos concretos.

Desse modo, a *súmula*, por representar uma prescrição, possui conteúdo normativo, razão pela qual, na forma como está constituída no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser aplicada às hipóteses que se assemelham à estrutura jurídica do enunciado. Com a sua instituição, nenhum órgão do Poder Judiciário, nem da administração poderá ir de encontro ao entendimento esposado no Supremo Tribunal Federal. Claramente, a suprema corte adquiriu poder legiferante, pois ao editar uma *súmula* vinculante, aquela interpretação deve ser seguida por todos os órgãos do poder judiciário.

A *Súmula Vinculante* foi admitida formalmente no ordenamento jurídico por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, a qual gerou a inserção do artigo 103-A na Constituição Federal, após um longo debate sobre a viabilidade de sua adoção. A *súmula* vinculante representa uma aproximação entre a tradição romano-germânica, que concede primazia à lei como fonte do direito, e a tradição anglo-saxônica, que prioriza o precedente judicial.

Os críticos da *Súmula Vinculante* argumentam que o instituto é inconstitucional, pois atenta contra o princípio da legalidade, restrição à livre persuasão racional e independência do juiz, cerceamento do acesso ao judiciário, desrespeito ao princípio da separação dos poderes. Demais disso, a *súmula* vinculante representaria o engessamento do direito brasileiro, o qual evoluiria a partir da dialética e da divergência na interpretação da norma e de sua incidência sobre o fato social conferida pelos juízos monocráticos.

Mas afinal, a *Súmula Vinculante* representa um avanço ou um retrocesso para o direito brasileiro? Em síntese é o que o presente ensaio pretende elucidar.

1 ASSTARE DECISISE A SÚMULA VINCULANTE

A compreensão do fenômeno da *Súmula Vinculante* passa necessariamente pela análise de duas importantes tradições jurídicas: a de origem romano-germânica e a de origem anglo-saxônica.

A tradição romano-germânica, própria da Europa Continental, foi transmitida ao Brasil pela tradição jurídica lusitana. Nessa tradição, as decisões judiciais devem ser subordinadas à lei, a qual adquire primazia como fonte do direito. A tradição romano-germânica fundamenta-se por uma desconfiança social em face da figura do juiz, cujo papel era legado ao Estado, no âmbito do poder administrativo. Tal desconfiança tornou-se nítida com as revoluções burguesas no século XVIII, pois os juízes eram vistos como representantes do antigo regime absolutista. Desse modo, o Direito pós-revolucionário e exegético, baseado no

constitucionalismo liberal, no princípio da legalidade e no da separação dos poderes. Esse Direito cuidou de limitar o poder, de maneira que os juízes deveriam simplesmente aplicar a lei sem exercer quaisquer funções criativas.¹

Para países como o Brasil, que seguem a tradição romano-germânica, a principal fonte formal do Direito é a lei em sentido lato, que se manifesta por leis em sentido estrito e códigos. Até o advento da súmula vinculante, a jurisprudência, que se sedimenta pela uniformização de decisões judiciais sobre determinado caso, não se constituía como fonte formal, pois a sua função não era a de estabelecer normas jurídicas, apenas a de interpretar a lei frente a casos concretos.² Para Kelsen, a jurisprudência é um processo de individualização ou de concretização do Direito, em que ele parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto).³

Por seu turno, a tradição anglo-saxônica é aquela cuja característica essencial é a força vinculante dos precedentes judiciais. Suas origens podem ser encontradas no ano de 1292, quando um escrivão da corte inglesa começou a arquivar as decisões dos tribunais, de maneira que, a partir do século XIV, tais decisões estavam servindo como precedentes para guiar juízes em casos similares. Então, em contraste com o sistema romano-germânico, que se baseia na lei, o sistema *common law* dos precedentes judiciais realmente evoluiu por volta do século XV, com o desenvolvimento da imprensa.⁴

Gradativamente a doutrina começou a aceitar o caráter vinculante dos precedentes judiciais, tomando uma posição mais definida entre os séculos XVII e XVIII. O aperfeiçoamento dos repertórios de julgados e a consolidação de uma hierarquia judiciária no século XIX terminaram por consagrar uma tradição consagrada, conhecida como *stare decisis*.⁵ Nesse período, vivia-se uma euforia quanto ao progresso da ciência, assim como havia uma abordagem otimista e positiva do sistema legal na Inglaterra.⁶

O direito, quer para um jurista americano, quer para um jurista inglês, é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial; as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nelas o tipo normal da regra de direito; estas regras só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos

¹ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.244-245.

² Cf. NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.143.

³ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.263.

⁴ Cf. SHEB, John M.; SHEB SECOND, John M. **An Introduction to the American Legal System**. New York: Thomson, 2002, p. 12.

⁵ Cf. FERRAZ JÚNIOR, op.cit.,loc.cit.

⁶ Cf. DOLEZALEK, Gero R. "**Stare decisis**": persuasive force of precedent and old authority (12th-20th century). Cape Town: University of Cape Town, 1989, p.3.

tribunais e quando se tornar possível, em lugar de referirem a elas, referiram-se às decisões judiciais que as aplicaram. Quando não existe precedente, o jurista americano dirá naturalmente: “*There is no law on the point*” (Não há direito sobre a questão), mesmo se existir, aparentemente, uma disposição de lei que a preveja.⁷

O instituto da *stare decisis* foi transmitida ao direito norte-americano pelo direito inglês como parte da tradição *common law*. Não está posta numa regra escrita e, portanto, não pode ser encontrada na Constituição ou na lei.

2.1 As características fundamentais das *stare decisis*

As características fundamentais das *stare decisis* são as seguintes: 1) obrigam-se os tribunais inferiores a respeitar as decisões emanadas pelas cortes superiores; 2) as decisões relevantes de quaisquer tribunais são argumentos fortes a ser levados em consideração pelos juizes quando do julgamento de causas similares; 3) o que vincula no precedente é a sua *ratio decidendi*, i.e., a fundamentação da decisão; 4) um precedente nunca perde a sua vigência, mesmo que se torne incompatível com as circunstâncias modernas, ou seja, permanece válido, e pode ser invocado desde que se demonstre utilidade para o caso.⁸

A justificativa usualmente dada para a doutrina da *stare decisis* pode ser resumida em quatro palavras: igualdade, previsibilidade, economia e respeito. O primeiro argumento é o de que a aplicação da mesma regra a causas similares e sucessivas resulta em igualdade de tratamento para todos que vêm em busca da prestação jurisdicional. A característica da previsibilidade deriva do fato de que uma base consistente de precedentes contribui para a previsibilidade em futuras disputas. A economia advém do fato de que critérios estáveis para a solução de novas causas poupam tempo e energia. Finalmente, respeita-se a sabedoria e a experiência de gerações de juizes de cortes superiores, quando um juiz adere aos precedentes.⁹

A doutrina do precedente ou a regra do *stare decisis* deve prevalecer de maneira que decisões passadas possuam efeito vinculante quanto aos casos subsequentes que têm a mesma ou substancialmente a mesma situação factual. A regra da *stare decisis* é rigorosamente seguida por cortes inferiores quando há precedentes de cortes superiores na mesma jurisdição.¹⁰ Desse modo, terão

⁷ DAVID, 1998 apud JANSEN, Rodrigo. A Súmula Vinculante como norma jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v.838, p.42-74, ago.2005, p.48.

⁸ Cf. FERRAZ JÚNIOR, loc.cit.

⁹ Cf. FARNSWORTH, Edward Allan. *An introduction to the Legal System of the United States*. New York: Oceana, 1963, p.49. Sobre o tópico ainda se pronuncia o ex-juiz da Suprema Corte Americana William O. Douglas: “And there will be no equal justice under law if a negligent rule is applied in the morning but not in the afternoon. Stare decisis provides some moorings so that men may trade and arrange their affairs with confidence”. Cf. DOUGLAS, William Orville. *Stare decisis*. New York, Association of the Bar of the City of New York, 1949, p. 8.

¹⁰ Cf. JONES, Harry Willmer. The purpose of law: an invitation to jurisprudence. In: ALEXANDER, Kern; ALEXANDER, M. David. *American Public School Law*. 6 ed. Belmont: Thomson, 2005, p.6.

força vinculante as decisões proferidas pelos órgãos superiores da jurisdição estadual e da jurisdição federal em relação às cortes que lhes são subordinadas e da Suprema Corte dos Estados Unidos em relação a todo o Poder Judiciário norte-americano. Fala-se em *staredecisis* vertical quando uma corte inferior acata os precedentes das cortes superiores. Já o *staredecisis* horizontal ocorre quando a corte acata os seus próprios precedentes.¹¹

De todo modo, as cortes podem limitar o impacto das *staredecisis* ao distinguir cuidadosamente as circunstâncias do caso presentedas circunstâncias do caso que geraram a decisão precedente. Demais disso, as cortes podem reverter as suas decisões prévias e modificá-las de maneira a acompanhar a evolução sociocultural, porém sempre levando em consideração as palavras do juiz Cardozo de que “a observância ao precedente deve ser a regra e não a exceção.”¹²

Os precedentes podem ser vinculantes (*bindingprecedent*) ou meramente persuasivos (*persuasiveprecedent*). Os precedentes vinculantes devem ser observados obrigatoriamente pela corte diante de um caso similar. Os precedentes persuasivos têm uma grande influência para a decisão de um caso similar, mas não são de aplicação obrigatória.¹³

Persuasiveauthority podem ter, por exemplo, decisões de cortes de jurisdições diversas ou decisões de cortes do mesmo nível hierárquico ainda que na mesma jurisdição. A *persuasiveauthority* dependerá da importância da corte que a proferiu; da profundidade e dos próprios argumentos que foram usados para a decisão do caso; de estar ela aparentemente alinhada com a jurisprudência dominante (*majority* em oposição a *minority*); ou mesmo da importância do juiz que relatou a decisão, donde se imagina que as decisões relatadas por MARSHALL, HOLMES ou CARDOZO tenderão a receber ampla adesão somente pela sua *persuasiveauthority*.¹⁴

Os precedentes com *bindingauthority* possuem o poder de vincular os órgãos hierarquicamente inferiores e, em grande medida, as decisões da própria corte que as proferiu. Dito sob outro giro verbal, são decisões tomadas por cortes superiores que devem ser obedecidas por todas as cortes subordinadas. Nos Estados Unidos, uma única decisão pode se tornar um precedente com *bindingauthority*, enquanto a *persuasiveauthority* de um precedente deverá variar com o número de decisões no mesmo sentido.¹⁵

2.2 A Súmula Vinculante no direito brasileiro.

Parte da inspiração para a criação do instituto da Súmula Vinculante

¹¹ Cf. JANSEN, 2005, p.49-50.

¹² Cf. JONES, op.cit.,loc.cit.

¹³ Cf. SHINER, Roger A.; ROTOLO, Antonino. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence: legal institutions and the sources of law.** Dordrech: Springer, 2005, p.32.

¹⁴ JANSEN, 2005, p.50.

¹⁵ Cf. JANSEN, 2005, p.50.

no Direito Brasileiro certamente derivado direito anglo-saxão. Todavia, algumas nítidas diferenças se apresentam. Em primeiro lugar, nastaredecisis são as próprias decisões que possuem força vinculante, inexistindo a figura da súmula, assim entendida como uma compilação da decisão.¹⁶ Uma segunda diferença, ainda mais marcante, leva em consideração a origem do efeito vinculante. Na common law o staredecisis faz parte da lógica do sistema, sendo tradicionalmente aceita como um imperativo de segurança jurídica e de deferência às cortes superiores. No Brasil, o efeito vinculante das súmulas tornou-se compulsório da noite para o dia, pois derivou de um aditivo constitucional (art. 103-A CF/88) levado a efeito por meio da Emenda Constitucional de nº 45/04.¹⁷

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Demais disso, ao contrário do que ocorre no sistema *common law*, onde é a própria decisão judicial que tem efeito vinculante, bastando uma única decisão sobre o tema para que se forme o precedente com *binding authority*, no Brasil, a súmula vinculante tem por base reiteradas decisões sobre uma determinada matéria. As súmulas vinculantes, ao contrário das *staredecisis*, não se originam a partir do deslinde natural de um caso, mas a partir de um procedimento específico no Supremo Tribunal Federal, na qual o enunciado da súmula é debatido e votado.¹⁸

¹⁶ Ibid., p.51.

¹⁷ Ibid., p.51.

¹⁸ Cf. JANSEN, 2005, p.45.

Desse modo, uma vez cumpridas todas as formalidades, a súmula vincula os julgadores de todas as instâncias, inclusive o Poder Executivo. Diante dessa aplicação compulsória, em procedimentos administrativos, por exemplo, a comissão processante deverá sempre observar as súmulas vinculantes do STF e não poderá julgar diferentemente, sob pena de revisão mediante arguição de descumprimento de preceito fundamental ou reclamação constitucional.

Segundo Albuquerque e Gomes, a súmula vinculante ocupa posição dúbia quanto ao seu enquadramento como norma jurídica ou decisão judicial (*legal actor legal norm*). Por um lado emana como decisão colegiada que decide sobre interpretação de matéria constitucional, mas discrepa de uma mera sentença que apenas resolve o caso concreto. Por outro lado, possui as características que a classificam como norma jurídica tais como bilateralidade, disjunção e sanção.¹⁹ Apesar da referida dubiedade, pode-se classificá-la como norma jurídica, uma vez que possuidora de características essenciais a tal condição.²⁰ De fato, a súmula vinculante segue a mesma estrutura de uma norma jurídica, ou seja, se determinado fato X ocorre, então deve ser a consequência Y.

A súmula vinculante ostenta ainda as qualidades de abstração e generalidade. Não apenas os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública são vinculados pelo instituto diretamente. Por meio da vinculação indireta, o próprio Poder Legislativo encontra-se atado aos enunciados exarados pelo STF, de maneira que as casas congressuais não podem deliberar, votar ou aprovar um projeto de lei que vá de encontro à súmula vinculante.²¹

O fato é que as súmulas vinculantes são editadas com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal e têm por base decisões reiteradas por ele proferidas em matéria constitucional. Sendo assim, o posicionamento exposto na súmula vinculante somente pode ser modificado em duas hipóteses: 1) ou o próprio STF revê o seu posicionamento, eis que essa corte não está vinculada às súmulas que dele dimanam ou 2) promove-se alteração do texto constitucional por meio de emendas à Constituição Federal.²² É por isso que se pode sustentar que as

¹⁹ Segundo Vasconcelos, as reais características da norma jurídica são a bilateralidade, disjunção e sanção. A bilateralidade, entendida como referibilidade a dois lados, ou seja, a norma se volta a seus destinatários. A disjunção da norma significa que ela se expressa na forma de um juízo composto de duas partes. Na primeira enuncia-se a prestação como resultado desejado, na outra a sanção punitiva, que será a implicação do descumprimento daquele objetivo. A sanção é puramente o efeito, a consequência, boa ou má, agradável ou desagradável, de uma atitude perante o Direito. Quando o agente não realiza o dever-ser normativo sofre uma sanção punitiva, quando verifica uma prestação a maior, tem-se uma sanção recompensatória. Cf. VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.149 et seq.

²⁰ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes; GOMES, Rafael Benevides Barbosa. Implicações sistêmicas da súmula vinculante. **Revista Nomos**, Fortaleza, v.26, p.225-237, jan./jun.2007, p.233.

²¹ Cf. JANSEN, op.cit., p.62.

²² Há situações excepcionais em que sequer uma emenda constitucional pode modificar entendimento consignado numa súmula vinculante. É o que ocorre quando esta dispõe sobre as cláusulas pétreas, pois não se admite que o exercício do poder constituinte derivado se volte para a alteração de tais assuntos, a teor do §4º, do art.60 constitucional. Cf. JANSEN, 2005, p.62.

súmulas vinculantes são normas que se aproximam, no sentido hierárquico, de emendas à Constituição Federal.²³

Desse modo, o poder conferido ao STF é de tal magnitude que uma lei editada contra súmula vinculante seria tão inválida quanto uma lei que violasse a própria Constituição Federal. Qualquer investida legislativa contra o entendimento sumulado, com exceção de uma emenda constitucional, “seria antijurídico, na medida em que ofenderia a própria Constituição e o seu significado normativo atribuído pelo Supremo Tribunal Federal.”²⁴

3 CRÍTICAS À ADOÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE

Conforme preconiza Lênio Streck, a Súmula Vinculante representa exercício, pelo Poder Judiciário, de poder maior do que lhe havia sido reservado pelo Poder Legislativo, de maneira a pôr em xeque vários princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Segundo o autor, o referido instituto agride, ao mesmo tempo, a divisão de atribuição de poderes, a formação democrática da lei a partir da vontade geral representada pelo Parlamento, a independência de parcela do Poder Judiciário, além de colocar em risco o modelo romano-germânico adotado por nossa Constituição.²⁵

Uma norma que interpreta ou revoga outra norma é tida como superior àquela que é interpretada ou revogada, uma vez que esta é o objeto da linguagem daquela. Tais normas superiores são conhecidas na filosofia da linguagem como metanormas.²⁶ A súmula vinculante pode ser considerada uma metanorma, pois tem por objeto a interpretação, validade e eficácia das normas editadas pelo Poder Legislativo. Desse modo, se encontra em posição de superioridade linguística.²⁷

Acontece que a interpretação não é ato neutro, mas político, pois há que se escolher entre os vários sentidos do enunciado. O STF, desse modo, ascende a uma posição de superioridade perante o Poder Legislativo, porque é bastante provável que um projeto de lei tenha dificuldades em sua aprovação quando contrariar súmula vinculante. Demais disso, na prática, exclui-se a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade. A ambiguidade inerente à lei, ao invés de ser resolvida num ambiente de discursividade, passa a ser resolvida pelo

²³ Cf. JANSEN, loc.cit.

²⁴ JANSEN, loc.cit.

²⁵ Cf. STRECK, Lênio Luiz. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional. Da revisão constitucional de 1993 à reforma do Judiciário. In: AGRA, Walber de Moura. (Coord.). **Comentários à reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 156.

²⁶ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira et al. Súmulas vinculantes: sua ilegitimidade no Estado Democrático de Direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, ano XXXV, n. 80, jan./jun. 2005, p.41-65, p. 27.

²⁷ FERREIRA, Janaína Parentes Fortes Costa. **Súmula vinculante e estado de exceção**. 2010. 120f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010, p.83. Disponível em: <uol1.unifor.br/oul/conteudosite/F106634601/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 14 mai.2011.

poder e ao invés de se buscar uma criação democrática do direito, impõe-se sua criação autocrática.²⁸ Demais disso, o problema é que, ao se editar uma súmula vinculante, é provável que se dê mais de uma interpretação razoável ao verbete. Desse modo, a súmula vinculante não se mostra como uma solução hermenêutica hábil a garantir a segurança e a estabilidade jurídica.²⁹

A metanormatividade da súmula vinculante provoca a sua sacralização, que se dá pela ausência de controle sobre o órgão de cúpula do Poder Judiciário, o enfraquecimento do poder legislativo e pelo esvaziamento da política. O controle do poder numa democracia é dado pela participação dos cidadãos na formação e interpretação da norma, garantindo a dialética jurídica e a fiscalização de sua aplicação.³⁰ A súmula vinculante, ao conceder poderes absolutos ao órgão de onde provém, restringe, ao mesmo tempo, a participação da sociedade e de seus representantes no processo de criação do Direito.³¹

É bem verdade que bem antes da configuração da súmula vinculante, parcela considerável da doutrina e da jurisprudência já vinha sendo servil às súmulas, como órfãos científicos à espera que o processo dogmático-hermenêutico lhes apontasse o caminho interpretativo. O problema é que a violência, que antes ocorria por um hábito, agora se institucionalizou na própria Constituição Federal.³²

O jurista Sérvulo da Cunha, que no ano de 2004 demitiu-se da chefia do Gabinete do Ministério da Justiça, tornou-se um dos doutrinadores brasileiros mais críticos do novo instituto. Segundo ele, a Súmula Vinculante coloca-se

²⁸ FERREIRA, 2010, p.83.

²⁹ Um caso recente, envolvendo dissenso interpretativo, agitou os bastidores do Poder Judiciário. Segundo o artigo 192 da CLT, a base de cálculo do adicional de insalubridade deverá ser o salário mínimo. O inciso IV do art. 7º constitucional veda a vinculação do salário mínimo a qualquer fim. Em 2008, o STF editou a Súmula vinculante de nº 4, a qual veda a indexação do salário mínimo para qualquer fim, salvo nos casos constitucionalmente previstos. A Súmula nº 228 do TST, reformada em 2008, manteve o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade mesmo após o advento da CF/88. O TST modificou seu posicionamento jurisprudencial e passou a considerar que o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico ou sobre outro critério mais vantajoso fixado em norma coletiva e não mais sobre o salário mínimo. Como se vê, o TST interpretou a súmula vinculante nº 4 e tentou ajustar a sua própria jurisprudência aos ditames do verbete, eis que o artigo da CLT não foi recepcionado pela atual Constituição Federal. Todavia, o Ministro Gilmar Mendes, ao apreciar a reclamação de nº 6266 da Confederação da Indústria, suspendeu liminarmente a aplicação da Súmula de nº 228 do TST no que diz respeito à fixação do salário básico como base de cálculo para a incidência do adicional de insalubridade por ausência de previsão legal e por aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4 do STF. Segundo ele, até que venha uma nova previsão normativa, o salário mínimo deve ser utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade. Como se vê, diferentes interpretações sobre o mesmo enunciado acabam por gerar insegurança jurídica e conflitos entre tribunais. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Liminar suspende Súmula do TST sobre pagamento de insalubridade. **Notícias STF online**, Brasília, DF, 17 jul.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=93498>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

³⁰ LEAL, 2005 apud FERREIRA, loc.cit.

³¹ Por ocasião da elaboração da Súmula Vinculante nº 2, a ministra Ellen Gracie manifestou-se a favor da impossibilidade de se acolher a intervenção do *amicus curiae*, quando o procedimento fosse instaurado *ex officio* pelo STF. Cf. DANTAS, 2008 apud FERREIRA, loc.cit.

³² Cf. STRECK, 2006, p.296.

acima da lei e perverte todo o sistema jurídico ao impedir a interpretação legal. Demais disso, uma lei pode vir a ser alterada ou revogada por outra lei, mas a súmula não. Somente o STF, pela via autocrática, poderá revê-la ou revogá-la. Cunha ressalta ainda que o controle difuso de constitucionalidade é meio de defesa do povo contra interpretação normativa que vá de encontro à ordem jurídica, regime este que se vulnera com a súmula vinculante. Por conseguinte, o controle concentrado não se manifesta para a guarda da Constituição, mas para a guarda do próprio poder.³³

A propósito, como se depreende do art. 103-A da Constituição Federal, a súmula vinculante, quanto aos efeitos, em muito se assemelha ao controle concentrado de constitucionalidade. A diferença é que no controle concentrado de constitucionalidade clássico exige-se provocação do STF por meio de uma ação judicial competente, ao passo que a súmula vinculante pode ser editada até mesmo de ofício. Paradoxalmente a súmula vinculante pode representar um grave atentado ao princípio da segurança jurídica, uma das razões que teria justificado a criação do instituto. É que, ao contrário das decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, as quais são proferidas em definitivo e se revestem do manto da coisa julgada, as súmulas podem ser revistas ou canceladas.³⁴

Dessa maneira põe-se em xeque a segurança jurídica e a habilidade do Poder Judiciário de promover a pacificação social. Suponha-se que uma determinada lei, conforme entendimento vinculante sumulado, é declarada inconstitucional. Tal entendimento tem efeito *erga omnes* e, desse modo, vincula diretamente os demais órgãos do Poder Judiciário e toda a Administração Pública. Caso a súmula venha a ser revista ou cancelada, por imperativo lógico deve-se reconhecer que a inconstitucionalidade de uma lei também foi revista ou cancelada. Abrir-se-ia, nessa hipótese, àquele que se sentiu prejudicado, a oportunidade de anular a sentença proferida em consonância com a súmula revogada ou reformada, com fundamento no novo enunciado sumular ou na própria inexistência da súmula, em caso de cancelamento.³⁵

O mais agravante é que o STF, órgão prolator de Súmulas Vinculantes, atravessa por uma crise de legitimidade, a qual se difunde em três fases: 1) no ingresso de seus membros, no órgão, pois não há a menor participação popular; 2) no exercício da jurisdição, mediante a difusão de julgados distanciados dos anseios populares e 3) na impossibilidade de controle social de sua atividade jurisdicional. O ingresso no STF é o mais ilegítimo possível, pois não é o do concurso público, tampouco o da eleição direta. A competência

³³ Cf. CUNHA, 2004 apud DIAS, Marcus Gil Barbosa. **A evolução histórica das Súmulas no Supremo Tribunal Federal**. Salto: Schoba, 2009, p.42.

³⁴ Cf. CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. A súmula vinculante no contexto do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Fortaleza, ano VI, n.6, p.151-165, out.2007, p.167.

³⁵ Cf. CASTELO BRANCO, 2007, p.161.

medida é a política, *i.e.*, a proximidade ideológica do candidato com a Presidência da República e aliados do governo. Tal anomalia ainda é agravada pela vitaliciedade, o que gera desarmonia com a vontade popular, cuja influência na corte é irrelevante. O paradoxo atinge o ápice quando se considera que os transitórios (Presidente da República e senadores) nomeiam os vitalícios (Ministros do STF).³⁶

Como se vê, em virtude do *lobby* político na Corte, as Súmulas Vinculantes tenderão a beneficiar o Executivo, grupos políticos e conglomerados econômicos, em detrimento de uma interpretação que solucione problemas sociais. À guisa de ilustração, tome-se o caso da edição da Súmula Vinculante nº 11³⁷, que versa sobre restrições ao uso de algemas. Editada sob a efervescência de uma crise política, a referida súmula não passou por um prévio amadurecimento judicial e jurisprudencial, conforme preconiza o art. 103-A da CF/88.³⁸

Segundo Zaffaroni, nos países latino-americanos há uma tendência de verticalizar a estrutura do Poder Judiciário para melhor controlá-lo. A lógica do Poder Executivo é de trilhar o caminho mais simples para exercer o seu controle. Ao invés de controlar todo o Judiciário nas suas mais diversas instâncias em todo o território nacional, é mais fácil controlar um pequeno grupo de amigos, que mandam em todo o resto. O resultado são cúpulas hierarquicamente fortes, mas politicamente frágeis.³⁹ A Súmula Vinculante encaixa-se perfeitamente nesse raciocínio, na medida em que comandos obrigatórios emanados da Cúpula do Judiciário imperam não apenas sobre o Poder Judiciário, mas também em todos os órgãos da administração direta e indireta de todos os entes federados. (Art. 103-A da CF/88)

O instituto da Súmula Vinculante favorece à tomada de decisões conservadoras e contrárias ao apelo popular porque se for contrária ao governo e precipitar-lhe condenações em série, haverá de impactar o orçamento sobremaneira, gerando pressões do Executivo sobre o STF. Desse modo, o órgão

³⁶ Cf. MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira** – estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009, p.118.

³⁷ Eis o teor da Súmula Vinculante nº 11 na íntegra: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

³⁸ A Súmula Vinculante nº 11 do STF é consequência da operação Satiagrahadeflagrada pela Polícia Federal, que prendeu o banqueiro Daniel Dantas, o ex-prefeito de São Paulo Celso Pitta e o empresário Naji Nahas, por acusações relacionadas a desvio de dinheiro público, lavagem, transações escusas e crimes financeiros. Em junho de 2008, com os desdobramentos da investigação, o ex-ministro do STF, Carlos Velloso, convocado a depor na Polícia Federal sobre um suposto tráfico de influência, solicitou providências ao então Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, para debelar a forma grosseira como teria sido convocado a depor na Polícia Federal. A Súmula Vinculante nº 11 do STF, editada em agosto daquele ano, foi uma resposta do STF a essa crise política e institucional. Cf. MARQUES DE LIMA, 2009, p.620 et seq.

³⁹ Cf. ZAFFARONI, 1994 apud MARQUES DE LIMA, op.cit., p.177.

judiciário sentir-se-ia ameaçado por intermináveis conflitos que terminariam por provocar um rompimento institucional sem precedentes na história democrática brasileira desde a sua inauguração em 1988.⁴⁰

O artigo 5º, II, da CF/88 prescreve que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Trata-se de uma norma constitucional de cardeal importância porque impede a arbitrariedade no exercício do poder político de criar normas, o que garante o direito fundamental de liberdade de participação nas decisões coletivas. Por sua vez, o art. 60, § 4º da CF/88 consagra como cláusula pétreia a separação de poderes e os direitos e garantias individuais. A súmula vinculante viola, ao mesmo tempo, o direito de liberdade de participação e o princípio da separação de poderes, outro valor central da ordem jurídica democrática, afirmado desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.⁴¹ Não é por menos que Müller pondera que a súmula vinculante é “[...] desnecessária na prática, constitucionalmente inaceitável e deve ser rejeitada incondicionalmente”.⁴²

Ora, o Direito é um fenômeno tridimensional, sendo composto pelo fato, o valor e a norma como dimensões essenciais. Não se pode fragmentar essa experiência, sob pena de se provocar uma ruptura epistemológica e o comprometimento da natureza especificamente jurídica da pesquisa.⁴³ A inserção da Súmula Vinculante no ordenamento jurídico brasileiro cria um sistema jurídico *tertium genus* que desfigura o *civil law* sem o transformar eficazmente no sistema de *common law*. Não é por menos que a instituição das súmulas vinculantes não encontra precedente em outro sistema jurídico de tradição romano-germânica. Os antigos assentos lusitanos, de onde se originou a súmula brasileira, foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional de Portugal há duas décadas.⁴⁴

De fato, a Súmula Vinculante não leva em consideração as peculiaridades do caso concreto, como faz *astaredecisis*, onde o que vincula é a própria decisão e os seus fundamentos e não um simples enunciado. Desse modo, o precedente no direito anglo-saxão somente se vincula à solução de um caso concreto “[...] quando suas circunstâncias, mediante análise aguda, repetem-se no caso em

⁴⁰ Cf. ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.901.

⁴¹ Cf. ROCHA, José de Albuquerque. Súmula Vinculante e democracia na Constituição. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 17., 2008, Salvador. **Anais eletrônicos...** Salvador: lugar, ano, p. 2643-2659. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/jose_de_albuquerque_rocha.pdf>. Acesso em: 14 mai.2011.

⁴² MÜLLER, Friedrich. Dez propostas para a reforma do Judiciário na República Federativa do Brasil. Tradução de Peter Naumann. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n.4, p.13-22, jul./dez.2004, p.14.

⁴³ Cf. REALE, Miguel. **O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1968, p.49.

⁴⁴ Cf. STRECK, Lênio Luiz. A Hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.296.

juízo. ”⁴⁵ No Brasil, a súmula que emana do STF e se aplica compulsoriamente à miríade de conflitos submetidos ao Poder Judiciário é um instituto que eclipsa o acesso à justiça (art.5º, XXXV da CF/88) e a motivação das decisões judiciais (art. 93, IX da CF/88).

Filiado à família romano-germânica, nosso sistema tem a lei como corolário. Ninguém nega que aos tribunais Superiores – em especial ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e ao Superior Tribunal de Justiça, unificador do direito federal – cabe a última em uma ação. Porém, parafraseando o Juiz Dirceu Aguiar Cintra, se estes impedirem o juiz (ou os tribunais inferiores) de dar a primeira palavra, que nasce da dialética do cotidiano, da sangria da sociedade e do calor dos fatos, as discussões na base do Judiciário estarão imobilizadas! Então, do crime de hermenêutica da que falava Rui, ao crime de porte ilegal da fala (Bourdieu), faltará muito pouco!⁴⁶

Desse modo, existe ainda uma preocupação com o engessamento da prestação da tutela jurisdicional, de maneira a asfixiar o fenômeno jurídico. A dialética jurídica nos estratos inferiores do Poder Judiciário, os quais auscultam a evolução sociocultural e valorativa, restará neutralizada pelo efeito vinculante das súmulas, as quais acabarão por serem aplicadas automaticamente, sem maiores considerações sobre as peculiaridades de cada caso ou pelo princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX CF/88). É que o juiz ou tribunal, sem maiores fundamentações ou incursões nas peculiaridades do caso concreto, simplesmente poderá aplicar a súmula vinculante, em prejuízo da eficácia do provimento jurisdicional. Tais circunstâncias terminarão por romper o Estado Democrático de Direito.⁴⁷

A súmula vinculante, afastando o povo das decisões – o povo com suas mesquinhas, com seus pequenos-grandes desejos, conhecidos pelo juiz de primeiro grau –, para encontrar a decisão pura, emanada de cima pra baixo, está na mesma mão do pensamento burguês, que fundamentou a restrição ao voto. A decisão que valerá para supostos casos assemelhados, na verdade, desconhece o verdadeiro indivíduo, entendendo que todos aqueles submetidos à decisão são iguais; mas o são apenas abstratamente, e não em suas condições sociais, culturais e econômicas. A ideia pretende ignorar as diferenças que se vivencia justamente por saber de sua força, da potencialidade do homem concreto, do povo real, capaz de tornar viva a força democrática constituinte. Abstrair o povo é uma tentativa de controlá-lo em tal abstração, de fazê-lo distanciado de

⁴⁵ ALMEIDA MELO, 2008, p.892.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p.286.

⁴⁷ No mesmo sentido se posiciona Ovídio Baptista quando afirma que a súmula vinculante contribui para aprisionar o sistema jurídico ao passado, impedindo que a criação judicial lhe permita progredir em harmonia com a constantemente transformada realidade social. Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.257.

suas potencialidades. Tornar igual o que é diferente é desmantelar aquilo que poderia ser, em suas diferenças, uma potência.⁴⁸

Como diria Albuquerque Rocha, aplicar uma norma a um caso concreto não é uma tarefa mecânica, nem de mero silogismo. Ao contrário disso, “aplicar uma norma geral e abstrata a um caso concreto significa interpretar a norma, e interpretar a norma significa repensar, recriar e adequar a norma geral e abstrata a uma realidade em contínua mutação, como é a concreta realidade da vida.”⁴⁹

Mas como viabilizar uma prestação jurisdicional célere e que não agrida aos princípios constitucionais que sustentam o Estado Democrático de Direito? Mecanismos como a transcendência no Recurso de Revista (art. 896-A da CLT) e a repercussão geral no âmbito do Recurso Extraordinário (art. 102 § 3º da CF/88 c/c a Lei nº 11.418/2006) são hábeis a impedir a profusão de recursos nas instâncias superiores e garantir a eficácia do provimento jurisdicional. O requisito da repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário aproxima o STF das Cortes Constitucionais, cria um juízo prévio de deliberação. Assim, o STF pode administrar as causas nas instâncias superiores, sem prejuízo de princípios como a independência do magistrado, do acesso à justiça e da independência dos poderes.⁵⁰ É por isso que esse instrumento é bem mais sustentável juridicamente quando comparado à Súmula Vinculante.⁵¹

CONCLUSÃO

As *staredecisis* foram transmitidas ao direito norte-americano pelo direito inglês como parte da tradição *common law*. As *staredecisis* obrigam os tribunais inferiores a respeitar as decisões das cortes superiores, vinculação esta que se dá pela própria fundamentação do precedente, tendo ainda vigência indeterminada.

Para países como o Brasil, que seguem a tradição romano-germânica, a principal fonte formal do Direito é a lei em sentido lato, que se manifesta por leis em sentido estrito e códigos. Até o advento da súmula vinculante, a jurisprudência, que se sedimenta pela uniformização de decisões judiciais sobre determinado

⁴⁸ FERREIRA, 2010, p.84.

⁴⁹ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.95.

⁵⁰ A mesma opinião é compartilhada por Friedrich Müller quando lançou propostas à reforma do judiciário brasileiro ainda em 2004. O autor traçou o seguinte comparativo: enquanto o STF julgou cerca de cem mil processos em 2004, o Tribunal Constitucional Federal alemão julgou apenas mil e novecentos, já computadas as decisões das turmas e câmaras eliminatórias. Müller atribui esse excesso de litigiosidade no STF ao sistema recursal brasileiro. Para ele, deve-se reconfigurar a malha recursal de maneira a evitar a excessiva facilidade de provocação dos tribunais superiores. Em termos processuais, faz-se necessário exigir pressupostos de admissibilidade mais rígidos quando do manejo de recursos para instâncias extraordinárias. “Assim, será possível evitar, de acordo com o Estado de Direito e sem a súmula vinculante, contrária ao sistema [...], o julgamento de casos já decididos, de configuração igual (recursos) e, conseqüentemente, a mera reapreciação. Cf. MÜLLER, 2004, p.16.

⁵¹ Cf. MARQUES DE LIMA, 2009, p.140.

caso, não se constituía como fonte formal, pois a sua função não era a de estabelecer normas jurídicas, mas apenas a de interpretar a lei frente a casos concretos.

Parte da inspiração para a criação do instituto da Súmula Vinculante no Direito Brasileiro certamente derivada *common law*. Todavia *stare decisis* são as próprias decisões que possuem força vinculante, inexistindo a figura da súmula. Demais disso, *stare decisis* faz parte da lógica do sistema *common law*, sendo tradicionalmente aceita como um imperativo de segurança jurídica e de deferência às cortes superiores. No Brasil, o efeito vinculante das súmulas tornou-se compulsório abruptamente com a reforma do judiciário executada pela Emenda Constitucional de nº 45/04.

A Súmula Vinculante é uma norma jurídica visto que possui qualidades como bilateralidade, disjunção e sanção. Sustenta-se ainda que as súmulas vinculantes se aproximam, em termos hierárquicos, das emendas constitucionais. É que a sua modificação ou cancelamento somente se dá por revisão do próprio STF ou por alteração do texto constitucional mediante emendas constitucionais.

A inserção da Súmula Vinculante no ordenamento jurídico brasileiro cria um sistema jurídico ambíguo que desnatura o *civil law* sem o transformar no sistema da *common law*. Não é por menos que a súmula vinculante nunca foi adotada em outro sistema jurídico de tradição romano-germânica. O art. 60, § 4º da CF/88 consagra como cláusula pétrea a separação de poderes e os direitos e garantias individuais, tais como o direito fundamental de liberdade de participação nas decisões coletivas. A súmula vinculante viola, ao mesmo tempo, o direito de liberdade de participação e o princípio da separação de poderes, outro valor central da ordem jurídica democrática, afirmado desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Demais disso, a súmula vinculante, uma vez aplicada compulsoriamente à miríade de conflitos submetidos ao Poder Judiciário, é um instituto que obsta a eficácia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF/88) e da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX da CF/88). É que o juiz ou tribunal, sem maiores fundamentações ou incursões nas peculiaridades do caso concreto, simplesmente haverá de aplicar a súmula vinculante, em prejuízo da eficácia do provimento jurisdicional. Desse modo, ocorrerá o engessamento da tutela jurisdicional, de maneira a asfixiar o Direito. A dialética jurídica nos estratos inferiores do Poder Judiciário, os quais auscultam a evolução sociocultural e valorativa, restará neutralizada pelo efeito vinculante das súmulas.

O direito nacional conta com outras ferramentas que podem garantir uma maior celeridade da prestação jurisdicional, sem os inconvenientes de inconstitucionalidade que pairam sobre a súmula vinculante. À guisa de ilustração, a repercussão geral no âmbito do Recurso Extraordinário (art. 102 § 3º da CF/88) é um mecanismo hábil a impedir a profusão de recursos nas instâncias superiores e garantir a eficácia do provimento jurisdicional. Assim, o STF pode administrar as causas nas instâncias superiores, sem prejuízo de

princípios como o da independência do magistrado, do acesso à justiça e da independência dos poderes.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes; GOMES, Rafael Benevides Barbosa. Implicações sistêmicas da súmula vinculante. **Revista Nomos**, Fortaleza, v.26, p.225-237, jan./jun.2007.

ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Liminar suspende Súmula do TST sobre pagamento de insalubridade. **Notícias STF online**, Brasília, DF, 17 jul.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=93498>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. A súmula vinculante no contexto do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Fortaleza, ano VI, n.6, p.151-165, out.2007.

DIAS, Marcus Gil Barbosa. **A evolução histórica das Súmulas no Supremo Tribunal Federal**. Salto: Schoba, 2009.

DOLEZALEK, Gero R. **“Stare decisis”**: persuasive force of precedent and old authority (12th-20th century). Cape Town: University of Cape Town, 1989.

DOUGLAS, William Orville. **Stare decisis**. New York, Association of the Bar of the City of New York, 1949.

FARNSWORTH, Edward Allan. **An introduction to the Legal System of the United States**. New York: Oceana, 1963.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Janaína Parentes Fortes Costa. **Súmula vinculante e estado de exceção**. 2010. 120f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010, p.83. Disponível em: <uol01.unifor.br/oul/conteudosite/F106634601/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 14 mai.2011.

JANSEN, Rodrigo. A Súmula Vinculante como norma jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v.838, p.42-74, ago.2005.

JONES, Harry Willmer. The purpose of law: an invitation to jurisprudence. In: ALEXANDER, Kern; ALEXANDER, M. David. **American Public School Law**.6 ed. Belmont: Thomson, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira et al. Súmulas vinculantes: sua ilegitimidade no Estado Democrático de Direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, ano XXXV, n. 80, jan./jun. 2005, p.41-65, p. 27.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira** – estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

MÜLLER, Friedrich. Dez propostas para a reforma do Judiciário na República Federativa do Brasil. Tradução de Peter Naumann. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n.4, p.13-22, jul./dez.2004.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

REALE, Miguel. **O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1968.

ROCHA, José de Albuquerque. Súmula Vinculante e democracia na Constituição. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 17., 2008, Salvador. **Anais eletrônicos...** Salvador: lugar, ano, p. 2643-2659. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/jose_de_albuquerque_rocha.pdf>. Acesso em: 14 mai.2011.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999

SHEB, John M.; SHEB SECOND, John M. **An Introduction to the American Legal System**. New York: Thomson, 2002.

SHINER, Roger A.; ROTOLO, Antonino. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence: legal institutions and the sources of law**. Dordrech: Springer, 2005.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional. Da revisão constitucional de 1993 à reforma do Judiciário. In: AGRA, Walber de Moura. (Coord.). **Comentários à reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. A Hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.





O PROJETO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL E AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS AGRICULTÁVEIS NO TERRITÓRIO BRASILEIRO*

*Martinho Olavo Gonçalves e Silva***

RESUMO

O presente artigo tem o escopo de abordar as pretensas mudanças previstas no Projeto do Novo Código Florestal (PLC Nº 30, de 2011, originário do Projeto de Lei da Câmara Nº 1.876/99, cuja autoria é do Dep. Sérgio Carvalho e outros Deputados) no que tange a institutos atuais que restringem a intervenção em áreas territoriais especialmente protegidas, tais como as Áreas de Preservação Permanentes – APP's e as Reservas Legais – RL's, sobretudo, a respeito da possibilidade de inclusão da primeira no cômputo da segunda.

Palavras-chave

Projeto do Novo Código Florestal. Área de Preservação Permanente. Reserva Legal. Função Social da Propriedade.

ABSTRACT

This article has the scope of treating the alleged changes envisaged in the Project of the New Forest Code (PLC No. 30, 2011, originating in the Law Project of the Chamber No. 1.876/99, whose authorship is Deputy Sergio Carvalho and other Deputies) concerning the current institutes who restricting intervention in territorial areas specially protected, such as Permanent Preservation Areas - APP's and Legal Reserves - RL's mainly about the possibility of inclusion of the first in the computation of the second.

KeysWord

New Forest Code Protect. Permanent Preservation Areas. Legal Reserve. Social Function of Property.

* O presente artigo é inédito, embora tenha sido escrito por ocasião da 18ª Semana Internacional da Fruticultura, Floricultura e Agroindústria e XIII AGROFLORES – FRUTAL 2011, enquanto apanágio da Conferência apresentada pelo autor no Painel III do evento, cujo tema foi **CÓDIGO FLORESTAL APLICADO À FRUTICULTURA**. Data de 15 setembro de 2011.

** Especialista em Direito. Procurador Autárquico da Superintendência Estadual do Meio Ambiente – SEMACE, no Estado do Ceará; desenvolve atividades de pesquisa e trabalhos técnicos sobre Direito Ambiental com concentração em Gestão de Resíduos Sólidos, Licenciamento Ambiental; Reserva Legal e Áreas de Preservação Permanente. É membro dos Grupos de Trabalhos de Saneamento Ambiental e Resíduos Sólidos do Conselho de Políticas e Gestão do Meio Ambiente - CONPAM; redator do Anteprojeto de Lei da Nova Política Estadual de Resíduos Sólidos no Ceará. É integrante da equipe de transição entre SEMACE/IBAMA que elaborou termo de cooperação técnica sobre o licenciamento e a gestão compartilhada dos recursos florestais no Estado do Ceará; ministra diversas palestras e conferências e tem diversos artigos publicados acerca do tema abordado.

1. HISTÓRICO DO PANORAMA FLORESTAL BRASILEIRO

O primeiro documento a anotar um cuidado com a preservação do revestimento florestal brasileiro, ainda que de maneira singela, foi a manifestação do Governo das Terras da Nova Lusitânia, em 1537, rememorada por Carlos Adolfo Bantel durante Audiência Pública de sete de abril de 2010 em Brasília-DF, ao citar:

E assim mando que todo povo se sirva e logre dos ditos matos (...) tirando fazer roça (...) e que as árvores de palmo e meio de cestas, e daí para riba não cortarão sem minha licença (...) tais árvores são para outra cousa de maior substância em especial (...) e assim resguardarão todas as madeiras e matos que estão ao redor dos ribeiros e fontes.

Posteriormente, como primeiro diploma normativo eminentemente nacional a abordar a matéria florestal em território brasileiro, foi publicado o Regimento do Pau-Brasil, de 12 de dezembro de 1605, embora as Ordenanças (Alfonsinas, Manuelinas, Filipinas) já versassem sobre a quantidade e dimensão dos toros de madeiras que deveriam ser transportados e comercializados em favor da coroa portuguesa, assim como em alguns casos considerassem crime de injúria ao Rei o corte indiscriminado e proposital de árvores frutíferas.

Segundo os proficientes mestres Curte Trennepohl e Terence Trennepohl, “a preocupação era motivada pela grande necessidade de madeira para atender à expansão ultramarina de Portugal” (TRENNEPOHL & TRENNEPOHL, 2010:10).

Digredindo ao sobredito Regimento do Pau Brasil, pode-se dizer que o mesmo estava aliado do espectro ambiental, uma vez que amalgamava uma teleologia substancialmente mercantilista, cujo propósito residia em nortear a apropriação comercial da madeira.

Somente a partir do século XIX, após a criação do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, com as manifestações imperiais restringindo a derrubada de árvores em favor da salvaguarda dos mananciais cariocas, é que despontam os primeiros raios da aurora legiferante pró-meio ambiente. A propósito, foi com o Decreto Imperial Nº 577, de 11 de dezembro de 1861, de autoria de Dom Pedro I, que o caráter protecionista do meio ambiente veio se demonstrar com significativa ênfase (TRENNEPOHL & TRENNEPOHL, 2010:11).

Já no século XX, as leis da caça e da pesca, o código das águas, bem como o Código Florestal de 1965 (Lei nº 4.771), dispõem sobre a proteção ambiental de uma maneira que demonstra a preocupação com a forma adequada de degradar, isto é, com a maneira mais apropriada para se intervir no meio ambiente, propiciando equilíbrio tão-somente para que a predação seja possível “*a posteriore*”. Logo, denota-se que não há nestas primeiras legislações um viés estritamente protetivo ou sustentável, exceto raras exceções, mas um condão extrativista ao se partir da compreensão de que a madeira e os demais recursos naturais são insumos da economia.

Isso vale para o atual Código Florestal, haja vista o mesmo prelecionar

por meio dos seus diversos artigos, regras que disciplinam maneiras de suprimir coberturas vegetais ou de utilizar economicamente as matérias-primas de origem florestal, muito embora traga em seu corpo institutos que limitam tais intervenções e represente significativo progresso na tutela do patrimônio florestal brasileiro.

Decerto, não se pode olvidar dos avanços inaugurados pela Lei Nº 4.771/65 pertinentes à prática do manejo florestal sustentável, à delimitação das Áreas de Preservação Permanentes, ao cálculo das áreas de Reservas Legais etc.

Contudo, em decorrência da expansão do mercado e da demanda por produtos agrícolas, o campo brasileiro se mecanizou, ou melhor, tecnologicizou-se pelas máquinas, equipamentos e técnicas de manejo que alavancaram os quantitativos da produção, exportação e faturamento, instando um novo seguimento ao posto de timoneiro da embarcação produtiva, o agroindustrial.

Essa nova realidade foi responsável por um novel panorama no campo. No instante em que a produção se mecanizou, o trabalhador rural, desempenhador da agricultura familiar, deu lugar ao empregado rural, funcionário da agroindústria. Além disso, a necessidade por mais espaços agricultáveis no território brasileiro deflagrou uma corrida rumo à flexibilização das normas relativas à restrição de intervenções no espaço rural.

A dita corrida se materializou através das inúmeras proposituras legislativas apresentadas, sobremaneira, na Câmara Federal nos últimos anos. Até o momento em que o PL nº 1.876/99 foi submetido à votação, no final de maio deste ano, tramitavam no Congresso Nacional quarenta e dois projetos propugnadores de mudanças no Código Florestal, os quais foram “aglutinados” pelo substitutivo do Parecer do Dep. Aldo Rebelo (PcdoB/SP).

A título de exemplo, podem ser citados o PL 300, de autoria do Senador Júlio Campos, o qual dispunha sobre áreas de preservação permanente situadas ao redor de represas hidrelétrica; o PL 16, cujo genitor fora o Dep. Paulo Rocha, tratando de “proteção de florestas naturais primária na região Norte e ao norte da região Centro-Oeste”; bem como o PL 6.840, proposta pelo Dep. José Thomaz Nonô, pelo qual se estabelece a competência do órgão ambiental para fixar os critérios de compensação da reserva legal em outra bacia hidrográfica.

Nesse rumo, percorrido todo esse trajeto, chega-se ao estágio atual onde se discute flexibilizações de institutos nodais, influenciadores diretos das limitações territoriais e sobre casos excepcionais de intervenções e supressões de vegetação em áreas especialmente protegidas.

2. DA RESERVA LEGAL – RL

Segundo o Art. 16 da Lei Nº 4.771/65 (atual Código Florestal), todas as florestas e outras formas de vegetação nativa, excetuando-se as áreas de preservação permanente e aquelas de proteção integral por força de legislação

específica, são passíveis de supressões, desde que seja mantido, à título de reserva legal – RL, percentual de área da propriedade rural, cujo cálculo variará de acordo com as características e vulnerabilidade do bioma ou ecossistema afetado.

Em propriedade rural inserida no *bioma de floresta* da Amazônia Legal, é exigida a restrição de *oitenta por cento* de toda a área, ressalvadas as situadas em APP, como dito anteriormente. Já nas propriedades rurais situadas em área do *bioma cerrado* localizada na Amazônia Legal, o quinhão de terra a ser designado para fins de reserva legal é da ordem de *trinta e cinco por cento*. Nesse último caso, o cômputo da RL pode ser fragmentado, podendo ser considerada, no mínimo, 20% (vinte por cento) da área na própria propriedade e 15% (quinze por cento) na forma de *compensação* em outra área, contanto que pertença ao mesmo ecossistema e esteja situada na mesma *microbacia*, bem como seja assegurada por meio de averbação na matrícula do imóvel ou Termo de Ajustamento de Conduta, a depender se se tratar de propriedade ou posse, respectivamente (Art. 16, §§ 8º, 9º e 10 da Lei nº 4.771/65).

No que tange às áreas de florestas ou outras formas de cobertura vegetal localizadas em propriedades rurais situadas em *outras regiões do país*, a parcela a ser constituída enquanto reserva legal deverá ser de, no mínimo, *vinte por cento*. Semelhantemente, é de *vinte por cento*, o percentual da propriedade rural que estiver situada em áreas de *campos gerais* localizada em qualquer região do país.

Examinando-se, portanto, o PLC Nº 30, de 2011 (de autoria do Dep. Sérgio Carvalho e outros Deputados)¹, atualmente em tramitação no Senado Federal, originário do Projeto de Lei da Câmara Nº 1.876/99, à luz do atual código florestal, denota-se que os percentuais e as referências aos biomas permaneceram inalterados. Todavia, flexibiliza quanto à possibilidade de redução em até 50% (cinquenta por cento) da proporção da área do imóvel situado em floresta da Amazônia Legal, por meio de decreto (não especificando de qual unidade da federação), exclusivamente em caso de o Município ter mais da metade do seu território ocupado por Unidade de Conservação de Proteção Integral ou terras indígenas demarcadas.

Já os imóveis de até 4 (quatro) módulos fiscais que detiverem remanescentes de vegetação nativa em porcentagens inferiores ao exigido de acordo com o bioma, a Reserva Legal abrangerá, tão somente, a parte recoberta pela referida vegetação nativa remanescente existente em 22 de julho de 2008, data da publicação do Decreto Federal nº 6.514 (infrações e medidas administrativas), que regulamenta a Lei de Crimes Ambientais, Lei nº 9.605/98.

Por meio de seu Art. 15, §2º, o dito projeto de lei, possibilita a propositura de regularização de reserva legal *sem sanção administrativa* ao proprietário ou possuidor rural que não houvera ainda constituído sua RL.

Quanto à possibilidade de se alterar as dimensões da Reserva Legal,

¹ Doravante, será referido apenas pela expressão PLC nº 30/2011.

para mais ou para menos, quando for indicada pelo Zoneamento Ecológico Econômico – ZEE, o projeto de Lei segue em grande parte a teleologia da lei de 1965. Diferindo essencialmente apenas quando restringe ao poder executivo *federal* a competência para tal dimensionamento, bem como no instante em que cria a hipótese de redução da reserva legal para efeitos de “*regularização da área rural consolidada*” de imóveis inseridos em áreas de floresta localizada na Amazônia Legal.

A criação do conceito de “*área rural consolidada*” está diretamente ligada aos Programas de Regularização Ambiental, os chamados PRA’s, e consistem, segundo o protótipo de lei, em “*área de imóvel rural com ocupação antrópica pré-existente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvopastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de posuio*”.

Como consabido, a previsão de constituição de RL em condomínio continua sendo possível, consoante dicção do sugerido Art. 17 da PLC nº 30/2011, em forma de melhoramento da redação do atual §11 do Art. 16 da Lei nº 4.771/65.

Já sobre a inclusão das Áreas de Preservação Permanentes – APPs no cálculo da Reserva Legal, assim como há permissão do seu cômputo pelo parágrafo 6º do artigo 16 da atual Lei nº 4.771/65, desde que as APP’s não impliquem em novas áreas para uso alternativo do solo, o PLC nº 30/2011, pelo seu Art. 16, também mantém a restrição, mas não faz menção ao somatório limite na intersecção das áreas (APP e RL). Dá, por sua vez, tratamento diferenciado à pequena propriedade ou posse rural ao determinar que o órgão competente do SISNAMA estabelecerá procedimento simplificado de elaboração, análise e aprovação dos seus planos de manejo.

Com essas modificações, a rompente legislação elastece as dimensões territoriais passíveis de uso, intervenção, ampliando o potencial agrossilvopastoril, uma vez que viabiliza a supressão vegetal de áreas dantes não agricultáveis. Pelo prisma do agronegócio, é um cenário promissor.

A *compensação de área Reserva Legal*, alhures aduzida sob a óptica do atual Código Florestal, é tratada pelo PLC nº 30/2011 como um dos métodos de “*Regularização Ambiental em Reserva Legal*”, ao lado da *recomposição* e da permissão de “*regeneração natural da área de Reserva Legal*”, consoante regras aludidas em seu artigo 38.

A retro compensação pressuporá o devido cadastro da área a ser compensada, no sugerido *Cadastro Ambiental Rural – CAR*, proposto pelo sobredito projeto de lei, constituinte do Sistema Nacional de Informações de Meio Ambiente (SINIMA), obrigando todos os imóveis rurais a tal regime. Tratamento isonômico será dada em casos de regeneração natural e recomposição no que toca à obrigatoriedade do cadastramento.

Ainda em consonância com o PLC nº 30/2011, o proprietário ou possuidor de imóvel rural que não tiver Reserva Legal delimitada; extensão inferior à exigida por lei para a sua respectiva RL ou tiver suprimido cobertura vegetal da

sua RL, nos limites definidos por lei, poderá, após o devido Cadastro no CAR, efetuar a compensação da área de Reserva Legal por meio de: a) aquisição de Cota de Reserva Ambiental (espécie de título representativo); b) arrendamento de área sob o regime de Servidão Ambiental ou Reserva Legal (*plus* de área do imóvel a ser especialmente protegida); c) doação ao Poder Público de área localizada no interior de unidade de conservação de domínio público pendente de regularização fundiária, ou contribuição para fundo público que tenha essa finalidade; ou d) a aquisição ou manutenção, de modo pessoal e particular, de área equivalente, florestada, em regeneração ou recomposição de vegetação nativa, no mesmo bioma, da área excedente à Reserva Legal dela.

Conforme a proposta em tramitação no Senado Federal, não será exigido a constituição de área de Reserva Legal para os empreendimentos de abastecimento de água, assim como para empreendimentos referentes à geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica. Essa exceção tem supedâneo no caráter de utilidade pública dessas hipóteses interventivas. O mesmo tratamento é dado às espécies de intervenções para as circunstâncias excepcionais de supressão de vegetação em APP contidas na Resolução CONAMA nº 369/2006 (hipóteses de interesse social, utilidade pública ou de baixo impacto).

Percebe-se, por conseguinte, que, a despeito da Reserva Legal ser um instituto eminentemente protetivo da vegetação constituinte de sua área, existem diversas exceções a esta regra. Isso decorre do fato de a *reserva legal* poder ser manejada em conformidade com o respectivo Plano de Manejo Florestal Sustentável – PMFS, devidamente aprovado pelo órgão ambiental do SISNA-MA (preconizado pelo Art. 16, §2º combinado com o Art. 19, ambos da Lei Nº 4.771/65). Inclusive, o PLC nº 30/2011, em seu Art. 21 na perspectiva de manejo da RL, elenca “práticas de exploração seletiva que atendam ao manejo sustentável”. De igual modo, o mesmo projeto legiferante prevê o manejo florestal com propósito comercial, em seu Art. 24.

3. DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - APP'S

O disciplinamento através de normas gerais trassadas pela união no que tange às Áreas de Preservação Permanente continua a defini-la como sendo “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”.

Entretanto, afere-se o ganho de outros matizes na aquarela dos institutos que lhe são afeitos, por meio do projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional, a partir do momento que se traça um paralelo com o hodierno regramento.

Nesse velejar, cumpre ser perscrutado, a bem do didatismo, os pontos que desbordam da diagramação legal vigente, isto é, os itens que se demonstram alteradores no trato legislativo da matéria sob luzes.

Cediço é que nos dias atuais vigoram as Resoluções CONAMA Nºs 303 e 302, ambas do ano de 2002, as quais tratam da previsão de espaços ambientalmente sensíveis considerados Áreas de Preservação Permanente e sobre o dimensionamento das APP's de reservatórios aquáticos artificiais, respectivamente. Muito embora as citadas resoluções não sejam leis em sentido estrito, os órgãos ambientais e os particulares a elas se submetem em virtude do poder normativo dos Conselhos Ambientais, assim como pelo fato de a legislação, em alguns casos, disporem expressamente que o CONAMA definirá sobre tal matéria por meio de resolução.

É o caso das circunstâncias de Utilidade Pública e Interesse Social, incipientemente traçadas pelos incisos IV e V do Art. 2º da Lei nº 4.771/65, que em sua alínea “c” delega ao CONAMA o poder de prever outros casos específicos. Tal delegação foi cumprida inicialmente pela Resolução CONAMA nº 341/2003, a qual fora posteriormente revogada pela Resolução CONAMA nº 369/2006, conforme entendimento esposado por diversos entes públicos, dentre os quais se destaca a Superintendência Estadual do Meio Ambiente – SEMACE, haja vista a expedição do Parecer Normativo Nº 450/2010, publicado no DOE de 10 de novembro de 2010, pp. 16-17, autarquia do Estado do Ceará, de cujo quadro o autor destas linhas é servidor.

Dessarte, hoje é a Resolução CONAMA nº 369/2006 que trata dos casos de utilidade pública, interesse social e baixo impacto, autorizadores de intervenções em APP's. Cenário que se pretende alterar caso o PLC nº 30/2011 em tramitação no Senado Federal seja aprovado como está, obviamente, após o seu retorno à Câmara dos Deputados e a consequente sanção presidencial.

Isso porque o novel *Codex* Florestal delegaria a competência de especificar outros casos de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto, além daqueles estipulados pela lei, para o chefe do Poder Executivo, a ser interpretado como se referindo ao Chefe do Poder Executivo Federal, Presidente da República.

Deixando de lado os casos de utilidade pública, interesse social ou de baixo impacto e voltando ao trato específico da delimitação e proteção das APP's, exsurge do projeto legiferante em comento várias inovações. No entanto, pela limitação deste trabalho, atem-se por meio de apertada síntese a algumas dessas inovações, superficialmente. Tem-se como exemplos a alteração do grau de inclinação dos topos de morro, montes, montanhas e serras; o trato dos manguezais e as suas cercanias; a consideração da calha do leito regular do curso d'água; a previsão de APP de 15 (quinze) metros.

No primeiro instante, para se abordar a mudança no tratamento da demarcação de APP de “*topo de morro, montes, montanhas e serras*”, requer seja elucidado a definição da “base de morro ou de montanha”. Segundo o inciso VI do Art. 2º da Resolução CONAMA nº 303/2002, base de morro ou montanha seria o “plano horizontal definido por planície ou superfície de lençol d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota de depressão mais baixa ao seu

redor”. Dessa forma, o topo será sempre resultado de uma análise do releve sob o prisma matemático depreendido sempre de um plano horizontal, que terá três condições dissociativas, quais sejam, por planície; por superfície de lençol d’água adjacente; ou por cota de depressão mais baixa ao seu redor.

No rumo da premencionada resolução, surgem alguns inconvenientes. De pronto se cai no dédalo da incompreensão do que seria “lençol d’água”. Doutra banda, denota-se a difícilíssima tarefa de se aferir a inclinação do lençol freático logo acima do nível em que a água brota. Estudos, portanto, demonstram que por tais razões, a *base do morro ou montanha* jamais poderá ser delimitada por nascentes ou cursos d’água².

Assim sendo, a fragilidade do relevo só se configura objetivamente plausível por força da declividade do terreno. Por tal razão, é que o projeto de lei, em seu Art. 4º, VIII, considera uma inclinação na linha de maior declividade superior a 25% (vinte e cinco por cento), constituindo Área de Preservação Permanente com altura mínima de 100 (cem) metros tal inclinação média, “em área delimitada a partir da curva de nível correspondentes a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação”.

Deixando de ser considerado para efeitos de constituição de APP, com base no exposto, o critério de análise, nas linhas de cumeadas, a fixação da curva de nível para cada segmento da linha de cumeada equivalente a mil metros, a fim de que seja calculado os dois terços a partir do pico mais baixo da cumeada (Art. 3º, VI da Resolução CONAMA Nº 303/2002). Aprimora-se, pelo visto, o método de equacionamento.

Passando para as considerações sobre os manguezais, a Resolução CONAMA nº 303/2002 considera APP a área situada “em manguezal, em toda a sua extensão”, contrariando, no dizer de muitos, o preconizado pela própria Lei nº 4.771/65, uma vez que o Código Florestal não atribui à área a condição de protegida, mas às “florestas e demais formas de vegetais” em localizações específicas. Dessa forma, pela exegese da citada resolução CONAMA, estariam revestidos dos atributos de preservação permanente o Apicum e o Salgado. O Salgado, por exemplo, embora pertencente a bioma de alta vulnerabilidade, configura terreno com extremo teor de salinidade e é desprovido de cobertura vegetal. Logo, de *legiferenda* não seria APP.

O PLC nº 30/2011, neste particular, contempla os manguezais em conjunto com as Dunas fixas para considerar APP as restingas que contribuirão para sua estabilização (Art. 4º, VI). Quanto aos Salgados e Apicuns, é taxativo ao *desconsiderá-los* Áreas de Preservação Permanente em toda a sua extensão (Art. 4º, §3º), apesar de já existirem destaques do Senado Federal para que recebam o tratamento protecionista.

² CORTIZO, Sérgio. **Topo de Morro na Resolução CONAMA nº 303**. Disponível em sítio na internet: <http://www.isfx.com.br/artigos/topo.pdf> Acessado em 04 de setembro de 2011, p. 03.

Entretanto, o atual estágio do projeto acena para uma ampliação de possibilidades de intervenções nestes espaços de transição. Em que pese não serem terrenos agricultáveis em razão do seu alto teor de salinidade, são espaços adotados para implantação de empreendimentos de aqüicultura, a exemplo da carcinicultura.

Já no que consiste à previsão de APP's de 15 (quinze) metros, será condição necessária para que nas áreas rurais consolidadas, nos moldes transcritos mais ao norte deste arrazoado, às margens de cursos d'água de até 10 (dez) metros de largura, seja admitido o desenvolvimento de atividades agrícolas, de extrativismo, e de pastoreio. Isso, desde que, cumulativamente, sejam observados critérios técnicos de conservação do solo e água.

Também há a previsão para a consideração de APP de 15 (quinze) metros para as áreas urbanas, circundantes de reservatório artificial de água destinado ao abastecimento público ou à geração de energia, construídos antes do período em que se passou a exigir o licenciamento ambiental, legando-se ao empreendedor o dever de arcar com os ônus da aquisição dessa faixa territorial.

O projeto de Lei para o novo Código Florestal transmuda o paradigma de averiguação da largura mínima da faixa marginal constitutiva de APP ao longo de cursos d'água, posto ser atualmente considerada o "nível mais alto" alcançado por ocasião da cheia sazonal perene ou intermitente do suposto curso d'água (Art. 2º, alínea "a" da Lei nº 4.771/65 C/C Art. 2º, I e 3º, I, ambos da Resolução CONAMA nº 303), propondo que passe a ser considerado como parâmetro a chamada "calha do leito regular" (Art. 3º, IV, Art. 4º, I e Art. 35, I, todos do Projeto de Lei da Câmara Nº 30/2011, de autoria do Dep. Sérgio Carvalho sob o número originário 1.876, de 1999).

Essa aparente singela modificação poderá corresponder a um acréscimo de significativa porção de terra passível de intervenção, pois não é fácil a percepção do real curso regular dos rios e há uma diversidade de dimensionamento de calhas de rios no território brasileiro, haja vista, a título de ilustração, os rios da bacia amazônica terem suas calhas caracterizadas pelo formato de "prato", enquanto os rios das bacias da Mata Atlântica e do Cerrado terem suas calhas semelhantes a forma de "copo".

À guisa de fechamento do tema "APP", vale destacar que dentre outros espaços, tanto as Veredas quanto as Várzeas, deixariam de ser consideradas enquanto APP's taxativamente, podendo vir a ser consideradas de preservação permanente por ato do Poder Executivo, em caso de interesse social, as suas áreas cobertas por florestas ou outras formas de vegetação que lhes guarneçam.

4. O CÓDIGO FLORESTAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

É cediço que o cumprimento da função social da propriedade se dá quando a dita propriedade, seja ela rural ou urbana, proporciona a adequada

circulação de riqueza em conformidade com as regras de proteção ambiental e trabalhistas. Dito de outro modo, pode-se afirmar que uma propriedade cumpre sua função social quando o seu uso econômico não afronta as normas ambientais, assim como respeita os direitos dos trabalhadores, ou seja, não degrada além dos limites e por meio de métodos diversos daqueles estabelecidos em lei, ou não usa mão de obra escrava, deixa de pagar verbas laborais (décimo terceiro salário, adicional de um terço das férias, salário-família etc.).

Nessa perspectiva, tomando como base as anotações trazidas a efeito nestas linhas e diante das limitações impostas a este trabalho, pelos institutos jurídicos aventados nos articulados encimados, as restrições impostas pelo código florestal sobre parcelas de áreas de imóveis privados são instrumentos os quais, observado a proporcionalidade e a sempre sábia razoabilidade, propiciam o cumprimento da função social da propriedade e contribuem para atingimento do almejado crescimento sustentável. Tratam-se de maneiras de internalização de ônus, uma vez que o produtor, empreendedor, utiliza-se economicamente de recursos naturais, neste particular a terra ou propriedade rural.

Na medida em que se colhe o bônus da produção, o seu beneficiário deverá também receber seu ônus. Isso é devido pelo fato de quem produz, embora exteriorize ganhos como a geração de emprego e renda, a circulação de mercadorias e serviços e o recolhimento de impostos, internalizam-se lucros e se externalizam impactos negativos.

Necessário é, com efeito, o sopesamento de tais reações oriundas da produção (internalidades e externalidades) para que a produção agrícola não seja comprometida, a agricultura familiar seja fomentada e o território brasileiro seja racionalmente potencializado, ao mesmo tempo em que o meio ambiente ecologicamente equilibrado e uma sadia qualidade de vida sejam garantidos para as presentes e futuras gerações.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, institui o Código Florestal.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 9529, 16 de set. 1965, seção 01, retificado em 28 de set. 1965, p. 9913, seção 01.

BRASIL. Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA. **Resolução CONAMA Nº 303, de 20 de março de 2002, dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente.** Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil nº 90, Brasília, DF, p. 68, 13 de maio de 2002.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara – PLC nº 30/2011, Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá**

outras providências. Disponível em sítio da internet: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/Consulta.asp?Tipo_Cons=6&orderby=0&Flag=1&RAD_TIP=OUTROS&str_tipo=PLC&txt_num=30&txt_ano=2011 Acessado em 05 de setembro de 2011.

CORTIZO, Sérgio. **Topo de Morro na Resolução CONAMA nº 303.** Disponível em sítio na internet: <http://www.isfx.com.br/artigos/topo.pdf> Acessado em 04 de setembro de 2011.

FIGUEREDO, José Aldo Rebelo. **Parecer do Relator Deputado Federal Aldo Rebelo (PcdoB-SP) ao Projeto de Lei nº 1876/99 e apensados.** Disponível na internet em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/777725.pdf> Acessado em 08 de junho de 2011.

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento Ambiental**, 3ª ed. - Niterói: Impetus, 2010.



AS JUSTIFICATIVAS COMUNS PARA O DIREITO DE PATENTES

*Maria Edelvacy P. Marinho**

RESUMO

Apesar do direito de patentes conseguir promover de maneira uniforme a inovação nos Estados que o adota, esse fato não impede que as leis nacionais sobre patentes tenham uma justificativa e objetivos comuns. Não se trata propriamente de um direito humano do inventor de ter um direito de propriedade sobre o bem criado, mas de um direito que nasce da necessidade econômica de se criar um instrumento de incentivo ao investimento privado em inovação. Parte-se do pressuposto que as normas de livre mercado não são capazes de garantir o estímulo necessário para a produção de inovação em razão das características peculiares dos bens intelectuais.

Palavras-chaves

Direito de patentes. Natureza jurídica. Inovação.

RESUME

Bien que le droit des brevets n'arrive pas à promouvoir l'innovation de façon uniforme dans les Etats qui ont l'adopté, ce fait n'empêche pas que les lois nationales sur les brevets aient une justification et des objectifs communs. Il ne s'agit pas exactement d'un droit humain de l'inventeur à avoir un droit de propriété sur le bien qu'il a conçu, mais un droit qui est né du besoin économique de créer un instrument pour encourager l'investissement privé dans l'innovation. On suppose que les règles du marché libre ne sont pas en mesure de garantir l'encouragement nécessaire pour la production de l'innovation en raison des caractéristiques particulières des actifs intellectuels.

Mots-clés

Droit de brevets. Nature juridique. Innovation.

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido sobre os efeitos que o sistema de patentes tem sobre a produção de inovação de um país. Em Estados desenvolvidos, ele tende a ser um fator de incentivo relevante para o investimento em inovação em determinados setores, em Estados em desenvolvimento essa relação não é tão clara. Entretanto, o objetivo desse artigo não é discutir os diferentes graus de incentivo gerado pelo sistema de patentes em razão do grau de desenvolvimento dos Estados. O objetivo é analisar a natureza comum dos direitos de patentes a partir de suas justificativas e objetivos.

* Advogada, consultora, Professora do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB, Doutora em Direito pela Universidade Paris 1-Panthéon Sorbonne.

1. A NATUREZA COMUM DOS DIREITOS DE PATENTES

A patente é um título de propriedade que assegura a seu titular o direito de exclusividade na exploração de um invento por um período de tempo limitado. Ela é concedida a inventos que sejam considerados novos, apresentem atividade inventiva e aplicabilidade industrial. Em teoria, o depositante do pedido de patente deve apresentar um relatório descritivo onde revela como o invento foi produzido de modo que terceiros possam reproduzi-los. Na prática, os relatórios são elaborados de modo a revelar o mínimo necessário para se obter a patente.

Essa troca entre «inventor ou investidor» e o Estado, na qual um revela o segredo de seu invento e o outro concede um título que garante a exclusividade na exploração desse invento foi a solução encontrada para resolver o difícil equilíbrio entre acesso e incentivo à produção de inovação. Esse equilíbrio não é estático, por isso sua definição tem se alterado com o passar do tempo. A cada época foi aplicado um tratamento jurídico diferente quanto ao conteúdo dos direitos e deveres dos inventores¹. A seguir iremos analisar como as justificativas e objetivos do direito de patentes foram sendo modificados.

a) Do privilégio a um direito de propriedade

A lei de patentes começou a ser desenhada em 1421, em Florença, berço do Renascimento, com a concessão da patente de Filippo Brunelleschi. A patente foi concedida para uma invenção que ele intitulou “loading crane for ships”. O invento foi criado para transportar pedras para a construção da Catedral de Florença. Brunelleschi recusou-se a transmitir os segredos de sua invenção em troca de um prêmio por medo que os outros reproduzissem o invento sem autorização.² Em razão de sua recusa, o Conselho de Florença decidiu dar-lhe o direito exclusivo de explorar a invenção por um período de três anos, em troca da técnica de fabricação do barco. O texto da primeira patente começa com uma justificativa para o privilégio «He refuses to make such a machine available to the public, in order that the fruit of his genius and skill may not be reaped by another without his will and consent ; and that, if he enjoyed some prerogative concerning this, he would open up what he is hiding, and would disclose it to all».³

¹ Para referências históricas sobre o desenvolvimento do direito de patentes, ver : DAVID, P. A. “Intellectual property institutions and the Panda’s Thumb: patents, copyrights, and trade secrets in economic theory and history”, in WALLERSTEIN, M.; MOGEE, M. S. R. *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology*. National Academies Press (Eds.), 1993, pp. 19-64; KHAN, Z.; SOKOLOFF, B. K. L. *Intellectual Property Institutions in the United States: Early Development and Comparative Perspective*. Washington: World Bank Summer Research Workshop on Market Institutions, 2010. HILAIRE-PERE. L. *L’invention technique au siècle des lumières*. Paris : Albin Michel, 2002 ; DENT, C. *Patent Policy in Early Modern England: Jobs, Trade and Regulation*, Intellectual Property Research Institute of Australia, 2007. MACLEOD, C. *Inventing the industrial revolution. The English patent system, 1660-1800*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988 .

² BUGBE. *Genesis of American Patent and Copyright Law*. Washington: Public Affairs Press, 1967, p. 17.

³ Idem.

A primeira patente foi, portanto, concedida como resultado de uma negociação entre o Estado e o inventor. A inovação dessa negociação reside na escolha do modelo de recompensa do inventor : um direito exclusivo ao invés das formas tradicionais como um pagamento em moeda ou um título de nobreza. Tal inovação reflete o temor do inventor de ver sua invenção reproduzida sem autorização. Ele percebeu que em razão das possibilidades de uso de sua invenção era mais lucrativo garantir o controle sobre sua produção do que receber um valor fixo sobre seu invento. A troca de seu conhecimento por um preço não foi suficiente, o inventor sentiu a necessidade de outras garantias para a divulgação do segredo, e neste caso, o Estado concedeu o privilégio em nome do «bem comum». Os relatos sobre a concessão das primeiras patentes nos deixam a impressão de que a patente era parte de uma estratégia do Estado para o desenvolvimento e difusão de invenções, como um privilégio, uma recompensa, dada pelo soberano em razão dos serviços prestados pelo inventor ao divulgar o segredo da concepção do invento.

Entretanto, constata-se que em Florença e Veneza, a concessão de patentes não era uma prática comum o suficiente para que esta fosse identificada como parte de uma política econômica voltada para a inovação.

Na Inglaterra, inicialmente, a concessão de patentes não era exclusiva para inventos, servindo também para legitimar privilégios na exclusividade de comercialização de certos produtos como é o caso do sal. A escolha sobre quem conseguiria ou não o privilégio ainda era baseada no critério de conveniência e oportunidade da Coroa. A concessão de privilégios foi uma das formas encontradas para estimular a produção local e reduzir a dependência das manufaturas importadas. O privilégio era uma prerrogativa real⁴, não havendo ainda um direito do inventor de ter o seu invento protegido. É importante ressaltar que a concessão de privilégios era uma prática comum da economia mercantilista⁵, não sendo prática reservada apenas aos inventos.⁶

A passagem do modelo de privilégios para o modelo de propriedade não se deu de maneira uniforme nem imediata. O conceito de patente como propriedade foi fruto das ideias liberais, da valorização do homem pelo movimento iluminista e do fim do absolutismo. Na Inglaterra, essa transição aconteceu paulatinamente como resposta aos abusos cometidos pela coroa com a concessão de patentes⁷. Mas é importante que se enfatize o fato de que a associação entre patentes e direito de propriedade, não nasceu na Inglaterra.

⁴ CHAUCHEAU, S. "Marchandisation et brevet", in : VIVANT, Michel (dir), **Propriété intellectuelle et mondialisation: la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?** Paris : Dalloz, 2004, p. 106

⁵ Idem.

⁶ MACLEOD, C. **Inventing the industrial revolution. The English patent system, 1660-1800.** Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

⁷ Esses abusos foram cometidos principalmente nos governos de Elizabeth I e Jaime I. Sobre o sistema de patentes inglês ver: MACLEOD, C. **Inventing the industrial revolution. The English patent system, 1660-1800.** Cambridge: Cambridge University Press, 1988

A contribuição do direito inglês para a construção do direito de patentes como conhecemos hoje residiu na elaboração de critérios mais objetivos a concessão do título e sua dissociação entre os privilégios comerciais e os privilégios advindos de um invento.

Essa dissociação começa a se realizar graças à pressão do parlamento inglês contra a concessão de privilégios pela Coroa. Em resposta, em 1601, Elizabeth I permitiu que se arguisse a validade dos privilégios perante o judiciário. Como essa medida não foi suficiente, em 1621 o parlamento votou o *statute of monopolies*, tornando os monopólios ilegais à exceção daqueles deferidos às invenções que: não fossem “contrárias a lei, nem importassem em prejuízo ao Estado pelo aumento do preço das mercadorias e que não impedissem o comércio ou levasse a desconforto geral.”⁸ As reformas de 1734, 1829 e 1852 consolidaram a passagem do modelo de privilégios para um modelo mais objetivo e impessoal, no qual era suficiente que o inventor pagasse as taxas e preenchesse os requisitos do depósito do pedido para que este fosse analisado.⁹ O processo de oposição à concessão foi facilitado, o que repercutiu na qualidade das patentes concedidas.

O sistema evoluiu de uma negociação particular entre inventor e soberano para um sistema mais impessoal, onde os inventores depositavam um pedido de proteção de seu invento que após análise do Estado, poderia ser objeto de um privilégio ou não. As regras se tornaram mais objetivas, o que permitiu que o instituto da patente começasse a se constituir um direito específico.

Outro momento importante para a consolidação do direito de patentes ocorreu com a Revolução Francesa.¹⁰ Depois da Revolução, a patente não poderia mais ser justificada como um privilégio. A solução foi considerá-la como um direito de propriedade.¹¹ Segundo os ideais da revolução, o homem só poderia ser livre se fosse proprietário de si mesmo e dos frutos do seu trabalho. Como demonstrou Marie-Angèle Hermitte:

“O pensamento revolucionário implicava de maneira irresistível a extensão da idéia propriedade de bens materiais aos bens imateriais (...) Para fazer isto, foi necessário para dar as obras intelectuais o mesmo tratamento dado aos bens materiais, porque os dois estavam intrinsecamente envolvidos no desenvolvimento da pessoa humana.”¹²

⁸ PLASSEREAUD, Y.; SAVIGNON, F. *L'Etat et l'invention : histoire des brevets*. Paris : La documentation française, 1986, p. 45.

⁹ Apesar do sistema inglês de patentes ter se tornado mais democrático, o acesso ao sistema ainda era limitado pelo poder aquisitivo do inventor. O alto custo das taxas e a burocracia impediam que pequenos inventores depositassem seus pedidos. As taxas variavam entre 100 a 120 libras chegando a 4 vezes esse valor em 1860. KHAN, Zorina B. *An Economic History of Patent Institutions*. Bowdoin College Disponível em: <http://eh.net/encyclopedia/article/khan.patents>

¹⁰ HILAIRE-PERE, L. *L'invention technique au siècle des lumières*. Paris : Albin Michel, 2002, p. 241-287.

¹¹ Essa justificativa filosófica está baseada nas ideias de Locke e nos ideias da revolução francesa que tinha como uma de suas bases a sacralização da propriedade como meio do homem alcançar sua liberdade.

¹² HERMITTE, M.-A. *Les concepts mous de la propriété industrielle: passage du modèle de propriété*

Expressamente, a lei de 1791 reconhece o direito de propriedade dos inventores e autores sobre suas obras e inventos, assegurando em seu primeiro artigo que: “Toda nova descoberta ou invenção, em todos os tipos de indústria é propriedade do autor e, conseqüentemente, a lei garante seu pleno exercício , na forma e na duração que serão determinados a seguir. “ A lei francesa foi a primeira a reconhecer a natureza de propriedade do título de patentes.

A discussão sobre a natureza dos direitos de propriedade intelectual não se extinguiu com a criação da lei francesa. Questionava-se se o direito de propriedade decorreria de um direito natural ou de um contrato entre sociedade e inventor. Segundo o direito natural, por ser fruto do trabalho do inventor, o bem intelectual é de sua propriedade. Para a teoria do contrato, o bem pertence ao inventor em razão de um contrato entre a sociedade e o inventor em que este por revelar o segredo do invento recebe como recompensa a exclusividade na exploração do seu invento.

O fato da patente passar a ser considerada como um direito de propriedade não impediu que esta continuasse a ser utilizada como um instrumento de política industrial nacional. Por exemplo, o direito francês adotou uma postura nacionalista, ao recusar o reconhecimento do direito dos estrangeiros para solicitar patentes, ao impor aos inventores agraciados com a patente francesa a produção local (ou seja na França) das invenções protegidas e a invalidar as patentes para invenções que posteriormente fossem solicitadas em outro país.

Além disso, sendo um direito de propriedade e não mais um privilégio, a patente passou a ser submetida aos limites da categoria da propriedade.¹³ Assim, como toda a propriedade, a patente teve que se enquadrar na regra de que há elementos que não são passíveis de apropriação e, portanto, não patenteáveis; que o Estado diante de uma necessidade justificada e previamente definida em lei poderia submeter o titular da patente a um processo de expropriação. Entretanto, por conceder um monopólio de uso, exploração e comercialização a um bem que não se deteriora, a patente tem à diferença da propriedade clássica, um limite temporal: sua duração é pré-determinada pela lei.

Se por um lado as limitações impostas ao inventor pelo Estado, reduzia o potencial de exploração exclusiva do invento, por outro, a falta de estrutura dos sistemas nacionais de patentes, reduzia o acesso da população em geral ao relatório onde se descreviam os “segredos” do invento, o que por consequência reduzia a difusão do invento e a possibilidade de cópia. Nessa fase de consolidação dos direitos de patentes como direitos de propriedade, a contrapartida da sociedade com a divulgação dos segredos da concepção do invento ainda era reduzida em virtude da falta de estrutura dos escritórios de patentes da época e da dificuldade de circulação das informações. Além disso,

foncière au modèle du marché, in **Homme, nature et droit**, Bourgeois : Edition Christian, 1988, p. 89

¹³ SALGUES, B. “Evaluation économique des droits de la propriété intellectuelle”. in **Droit du génie vegetal**. Paris : Librairie Techniques, 1987, p. 182.

a publicidade promovida pelo escritório de patentes desempenhou um papel limitado na disseminação de novas tecnologias em razão da baixa qualidade das informações fornecidas pelos requerentes do título. As exposições de novas máquinas ao público em geral era, na época, um dos meios mais eficazes de divulgação de informações.

No que se refere ao sistema de patentes, a publicidade do invento patenteado era feita através da publicação de uma breve descrição do invento e do nome do seu inventor em jornais de grande circulação da época. Aquele que se interessasse em obter informações específicas sobre o invento deveria se dirigir ao órgão que concedeu a patente.¹⁴ No entanto, esse acesso nem sempre era garantido. Na França, o acesso era bastante restrito. Se o solicitante fosse francês, este deveria apresentar os motivos pelos quais desejava acesso ao relatório, e se fosse estrangeiro só poderia ler o relatório na presença de um advogado francês, sem o direito de copia-lo. Além da dificuldade de acesso, a qualidade do relatório nem sempre era boa, em muitos casos não se podia reproduzir o invento com as informações apresentadas no relatório.¹⁵ Na Inglaterra a situação era parecida.¹⁶

A análise histórica das primeiras legislações sugere que a justificativa “jurnalista” da patente enquanto direito do inventor de se apropriar do fruto do seu trabalho intelectual foi importante para legitimar a passagem do privilégio para um direito de propriedade autônomo. Todavia, o reconhecimento da patente como direito de propriedade deve ser analisado sob a luz do contexto econômico e político da época para se evitar equívocos quanto à determinação da natureza desses direitos. Nos séculos XVIII a XX o sistema de patente se adequou às necessidades dos Estados de proteger suas indústrias nacionais. Nessa época o reconhecimento dos direitos de estrangeiros de solicitar patentes ainda era exceção entre as legislações nacionais.¹⁷ Sendo comum que a concessão da patente em outro país fosse considerada como causa de perda de novidade. Alguns países ainda determinavam que caso o titular solicitasse uma patente em outros países esse ato constituiria uma razão para nulidade da patente nacional.¹⁸ Em razão das políticas protecionistas da época, o reconhecimento de um monopólio de exploração sobre uma tecnologia estrangeira no mercado nacional poderia ter efeitos negativos sobre a indústria nacional. Por essa razão, o direito do homem de se apropriar do seu invento não era absoluto, mas condicionado em certas legislações à nacionalidade do inventor e à produção local do invento.

¹⁴ MACLEOD, *op. cit.*, p. 170-185.

¹⁵ ZORINA KHAN., B. **Intellectual Property and Economic Development: Lessons from American and European History**. Commission on Intellectual Property Rights, Study Paper 1a, 2002.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Nos EUA, por exemplo, apenas na revisão de 1836 que foi facultado ao estrangeiro a solicitação de patentes.

¹⁸ A exemplo da lei francesa de 7 de janeiro de 1791, Artigo 16. 5º: « Tout inventeur qui, après avoir obtenu une patente en France, sera convaincu d'en avoir pris une pour le même objet en pays étranger, sera déchu de sa patente »

Feitas essas considerações, a utilização da propriedade clássica como modelo para a apropriação do conteúdo intelectual dos inventos permitiu que fosse acordado aos titulares o controle sobre a produção e comercialização dos seus inventos contra o uso não autorizado de terceiros. Por ser um título de propriedade, a patente passou a poder ser cedida, vendida ou licenciada, conforme a vontade do titular.

2. ADAPTABILIDADE DO MODELO DE PROPRIEDADE PARA OS BENS INTELECTUAIS

O modelo tradicional de propriedade não se aplica perfeitamente as particularidades do bem intelectual. Tomemos como exemplo a posse. Nos bens materiais o proprietário pode excluir terceiros da exploração do bem pela simples posse deste. Nos bens imateriais, tal fato não é possível - milhões de pessoas podem escutar a mesma música no mesmo momento. A venda de um cd, não exclui a propriedade intelectual do autor da música.

A adaptabilidade do modelo de propriedade para os bens intelectuais também é questionada diante da incorporação de novos setores tecnológicos como a informática e a biotecnologia. Parte desses questionamentos decorre do próprio sucesso do sistema de patentes. Os investidores do setor de informática e de biotecnologia vêm no sistema de patentes um meio eficaz de proteção de suas inovações contra o uso não autorizado de terceiros. Contudo, a estrutura do direito de patentes não é perfeitamente adaptada a esses campos. É importante lembrar que a estrutura do sistema foi pensada para inventos no campo da mecânica. A garantia de exclusividade de um invento no campo da mecânica não tem os mesmos efeitos da exclusividade acordada sobre uma cadeia genética. Além do fator ético, estudos tem provado que a concessão de patentes com reivindicações largas nesse campo tem dificultado a realização de pesquisas na área. Dessa forma, o sistema ao invés de estimular a inovação poderia ser considerado como um obstáculo.

Outro ponto relevante a se analisar é o sujeito protegido pelo direito de patentes. Inicialmente, a ideia era conceder um título de propriedade ao inventor que poderia ser considerado como um prêmio por sua genialidade, uma recompensa pelo esforço. Justificou-se, para alguns, a concessão do título em razão de um direito natural de propriedade que o inventor teria sobre o fruto do seu trabalho, o invento. Hoje os grandes solicitadores de patentes são grandes empresas, onde em grande parte dos casos, os inventos são fruto de um trabalho de equipe setorializado, onde o inventor raramente é inventor do todo.

A evolução recente do direito de patentes nos mostra que embora o conceito da patente não tenha se alterado substancialmente ao longo dos anos, a justificativa para sua concessão tem se baseado cada vez mais pela sua função econômica do que nos direitos de inventor de ser reconhecido como proprietário de seu trabalho intelectual. De fato, a teoria de contrato entre sociedade e investidor-inventor parece mais adaptada a esse estágio do sistema de patentes.

Contudo, os benefícios da sociedade com o sistema que antes eram focados na divulgação do segredo, parece ter se concentrado na construção de um ambiente seguro para o investimento em inovação.

Em teoria, além de ser um incentivo ao investimento privado em inovação, a patente teria outros benefícios econômicos como a obrigação do inventor de revelar a sociedade os segredos da concepção de seu invento evitando que as empresas concorrentes deslocassem recursos para desvendá-los. Todavia, essa contrapartida tem algumas limitações. Há situações onde as empresas concorrentes desenvolvem em paralelo, pesquisas similares na busca da solução para um mesmo problema. Nesses casos, o direito de patentes promove uma corrida pelo patenteamento.¹⁹ E o benefício da sociedade não estaria tanto na revelação do segredo, mas na velocidade com que o invento seria divulgado. A empresa que também investiu no desenvolvimento do produto por não ter sido a primeira a inventar/patentear²⁰ o invento não poderia utilizar do sistema de patentes para reaver seus investimentos em inovação. Associado a esse fato, a capacidade crescente de engenharia reversa das empresas tem reduzido os benefícios da revelação do segredo do invento para o progresso tecnológico. Caso o invento seja de difícil reprodução, a proteção por segredo poder ser mais favorável ao inventor que a opção da patente. A patente seria a escolha dos inventores para inventos com uma maior probabilidade de serem copiados. Nesse caso, em curto prazo, a sociedade não ganharia tanto com a revelação do segredo já que em pouco tempo este poderia ser desvendado pela empresa concorrente.

De fato, a contrapartida da sociedade viria em longo prazo com a formação de um ambiente seguro ao investimento em inovação. A possibilidade de concessão do título de patentes é uma das poucas seguranças que o investidor pode contar diante das incertezas quanto ao sucesso dos projetos em R&D. Mesmo que o projeto seja bem sucedido e se concretize em um produto comercializável, a mera concessão da patente, não garante ao titular o retorno de seus investimentos. Após conferido o título, caberá ao mercado determinar seu valor diante das soluções que a invenção apresentar para sociedade, dos custos de produção e da capacidade de pagamento do público consumidor em potencial.

A justificativa econômica que mais se aproxima do real função da patente é a fornecida pela teoria das falhas de mercado²¹. Parte-se da premissa de que o mercado sozinho não é capaz de promover o investimento privado em R&D. A diferença dos bens corpóreos, os incorpóreos - como é o caso dos bens intelectuais - não estão sujeitos a escassez. Ou seja, o fato do conhecimento ser

¹⁹ Sobre a análise sobre os efeitos econômicos para a sociedade da da corrida pelas patentes ver ;Bessen, James E. and Maskin, Eric S., "Sequential Innovation, Patents, And Imitation" MIT Dept. of Economics Working Paper No. 00-01, 2000. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=206189>

²⁰ Nos EUA a patente é concedida ao primeiro inventor e não ao primeiro depositante como ocorre na maioria dos países.

²¹ WJ GORDON, Asymmetric market failure and prisoner's dilemma in intellectual property. University Dayton, 1992; Ejan Machaay, legal hybrids: beyond property and monopoly, 94, Col., 1994.

utilizado por um não impede o outro de fazer o mesmo, sem que com isso se perca em qualidade ou em quantidade.²² De fato,

“a natureza da propriedade intelectual intangível - que é independente de sua materialização e de seu emprego - garante-lhe um poder especial no campo da fabricação e venda de mercadorias. Uma invenção pode ser usada em todo o país como uma regra para fabricar um bem de modo ilimitado ou para executar uma atividade. (...) Todos os ativos intangíveis podem ser a fonte de um uso infinitamente repetido, quantitativamente, no tempo e no espaço.”²³

Em razão dessas características, - não rivalidade e não exclusividade²⁴- o controle sobre a utilização dos conhecimentos que integram a invenção por terceiros se torna difícil. Nesse aspecto, o mercado falha em promover a produção de inovação, sendo somente pela via do direito que a apropriação do bem intelectual é assegurada para seus autores/inventores.

Do ponto de vista econômico, o baixo custo da cópia em relação ao custo de pesquisa e desenvolvimento de produtos estimula a ação de imitadores e acaba por promover um ambiente pouco inovador. A teoria da falha de mercado implica que, para garantir um quadro legal favorável à inovação, o Estado deve intervir através da concessão de um monopólio temporário. Graças a lei de patentes, os investimentos efetuados em P&D podem ser convertidos em capital, como parte dos ativos da empresa como ativo intangível.²⁵

Diante da falha do mercado, a patente seria justificada como um meio de reduzir custos de transação de forma mais eficiente que a recompensa via prêmios e que o segredo do negócio.²⁶ Essa justificativa pressupõe a existência de ambiente de livre mercado, onde a patente, ao converter o conteúdo imaterial do invento em título de propriedade delimitado, reduziria os custos não só no desenvolvimento do produto como também da sua comercialização.

A teoria da patente como solução a uma falha de mercado serve tanto para justificar a existência da patente quanto às exceções à exclusividade na exploração do invento. Assim, justifica-se a autorização pelo Estado da exploração de uma patente mesmo sem a anuência do titular “para remediar um procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial”.²⁷ A função econômica da patente estaria em garantir o bom funcionamento do mercado, estimulando uma concorrência baseada na inovação que por sua vez garantiria a provisão constante de inovação para sociedade. Nesse modelo, os limites impostos ao direito de patentes não

²² SCHMIDT-SZALEWSKI, J. ; PIERRE, J.-L. defendem que por natureza os bens intelectuais não são passíveis de apropriação in , *Droit de la Propriété Industrielle*, Paris, Litec, 2007

²³ TROLLER, Alois Précis du droit de la propriété immatérielle. Helbing&Lichtenhahn, Bâle, 1978, p. 34.

²⁴ LEVÊQUE; et Y. MENIERE ,*Economie de la propriété intellectuelle*, Paris, La découverte, 2003.

²⁵ LEVÊQUE; et Y. MENIERE ,*Economie de la propriété intellectuelle*, Paris, La découverte, 2003, p. 63

²⁶ PIRES DE CARVALHO, N. *The TRIPS regime of patent rights*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 2005, p. 25

²⁷ Essa possibilidade está prevista no Accordo TRIPS artigo, 31, K.

são exclusivamente determinados pelo direito de propriedade clássica, mas são moldados pelo mercado e pelo direito de concorrência.²⁸

No entanto, o modelo da patente, não é capaz de corrigir todas as falhas de mercado que permeiam o investimento em inovação. Como uma solução para um problema colocado pelo mercado, o sistema de patentes funciona especialmente nos casos em que o setor privado está disposto a investir, pois supõe a expectativa de um retorno sobre o investimento, ou seja, a existência de potenciais compradores e em número suficiente. Por exemplo, quando se trata de desenvolver medicamentos contra doenças que afetam pobres ou um número muito pequeno de pacientes, o modelo da patente não é capaz de incentivar o investimento privado. A malária é um bom exemplo. Em 2006, cerca de 1 milhão de pessoas morreram por causa desta doença²⁹ mas os recursos para o desenvolvimento de uma vacina são limitados e são investidos principalmente por institutos de pesquisa governamentais e ONG. O setor privado não está interessado em investir em tais pesquisas. As empresas investem no desenvolvimento de produtos que precisam de uma boa recepção no mercado, com os consumidores capazes de pagar, o que não é bem o caso de pacientes com malária.³⁰

Apesar da teoria da falha de mercado ser aplicada apenas quando o mercado está disposto a investir, ela é útil por explicar porque a patente, sendo um monopólio temporário, ou seja, a princípio um fator limitante da livre concorrência, pode ser um instrumento em favor da concorrência leal.

O título de patentes tem se consolidado como uma propriedade voltada para o mercado, cujo escopo é definido pelo equilíbrio entre acesso e incentivo à produção de inovação. A categoria de propriedade é preservada pela ligação de apropriação entre o sujeito “investidor-inventor” com seu invento, mesmo que esta relação necessite do exame do Estado para se concretizar.³¹ A questão da posse, tão marcante na propriedade clássica, assume no caso da patente e da propriedade intelectual em geral mais uma ideia de poder de controle: acesso, reprodução e comercialização do bem, não sendo uma razão para excluir a propriedade intelectual da categoria de propriedade.

Dessa forma, a propriedade intelectual se estrutura tendo como base um duplo objetivo: legitimar a apropriação do bem intelectual por quem o criou ou que ajudou a criar (financiamento) e pela sua função econômica de solucionar uma falha de mercado promovendo primeiramente a produção pelo setor privado para depois assegurar o acesso às inovações pela sociedade.

²⁸ SALGUES, B “Evaluation économique des droits de la propriété intellectuelle”, in *Droit du genievegetal*, Librairie Techniques, Paris, 1987.

²⁹ OMS. Rapport annuel sur le paludisme, 2008. Disponible sur : <http://www.who.int/malaria/mediacentre/wmr2008/MAL2008-SumKey-FR.pdf>

³⁰ Para mais informações consultar o relatório : « The malaria R&D Alliance » publicado no sitio malariaalliance.org.

³¹ ABELLO, A. La propriété intellectuelle, une “propriété de marché”, in : FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir). *Droit et économie de la propriété intellectuelle*. Paris : L.G.D.J, 2005, p. 351.

Ao se analisar a propriedade intelectual como “uninstrumentéconomi- queplutôt que commel’achèvement de l’individualismejuridique”³² ela deixa de ser vista como “exceção a propriedade clássica”³³ e passa a ser concebida “commele bastion avancé d’une nouvelle conception de lapropriété”³⁴. Para Alexandra Abello esse movimento característico dos direitos de propriedade intelectual não deve ser visto como exceção, mas deve ser entendido como uma versão moderna da propriedade enquanto categoria; ela representaria de fato a evolução do instituto.³⁵ Abello se refere a propriedade intelectual no atual estágio de desenvolvimento como uma propriedade de mercado.

Todavia, essa denominação de propriedade de mercado não deve induzir o leitor a erro; como bem precisou Michel Vivant et PhillipeGaudrat “uma coisa é um direito que tem sua razão de ser e sua legitimidade em uma economia de mercado. Uma outra é a situação onde o mercado dita sua lei (...)”³⁶

A existência do direito de patente responde a uma necessidade de correção do mercado para que o incentivo à inovação seja mantido sobre bases leais de concorrência. Entretanto, mesmo se pautando na lógica do retorno dos investimentos, o direito de patentes tem sua legitimidade na promoção da produção e acesso aos inventos pela sociedade. Quando o interesse do titular da patente de reaver seus investimentos conflita com o interesse da sociedade de ter um acesso rápido e mais barato a um bem intelectual- como é o caso dos medicamentos- o próprio direito de patentes regula o conflito prevendo a utilização do instrumento da licença compulsória. Não se deve confundir o mau uso do direito de patentes como se este fosse a justificativa para sua existência.

Alexandra Abello acertadamente associa a ideia de propriedade de mercado como um tipo de propriedade-necessidade na qual o “direito a apropriação” se justifica pela promoção do bem comum.

Para ela

“propriedade intelectual relaciona a propriedade e a necessidade, portanto, não se admite em princípio o não-uso, a falta de uso pode ser penalizada em nome dos interesses de todos. Monopólios não utilizados perdem sua razão de ser. (...) De fato, se o objeto em questão não é mais útil, a lei torna-se mais fraca e contestável. Os contornos do direito, passam então pelo uso. Se o uso é menos legítimo e a utilidade descrece, a propriedade se torna mais fraca. Além disso, uma vez que se pensa a propriedade em função das necessidades de seu titular, deve-se pensar nos terceiros que também tem necessidades. Assim, se conectarmos o direito de propriedade à necessidade, talvez possamos atacar o caráter egoísta

³² Idem, p. 347

³³ Idem, p. 348.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ GAUDRAT, P ; VIVANT, M. Marchandisation, in VIVANT, Michel (dir). **Propriété intellectuelle et mondialisation: la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?** Paris : Dalloz, 2004, p. 32.

da propriedade, pois se a necessidade e a utilidade diminuem, logo deve-se deixá-la acessível aos outros.”³⁷

Por isso, a exclusividade do titular da patente pode ser retirada em razão do não uso da patente : não seria do interesse geral que fosse acordado ao titular da patente um acesso privilegiado ao mercado, permitindo inclusive a exclusividade na produção do bem se este se recusasse a produzi-lo³⁸.

Sob a mesma lógica de “propriedade-necessidade” que a exclusividade do direito de patentes não é “infinita”, ela é concedida para um período pré-determinado para que a patente cumpra a função de incentivo ao investimento privado e logo depois passe a integrar o domínio público permitindo à sociedade a livre reprodução daquele conhecimento. Essa ideia reforça o entendimento de que a patente é uma propriedade atrelada a sua função social, cujos contornos são definidos em função da necessidade de equilíbrio entre incentivo à produção e acesso à inovação.

CONCLUSÃO

Analisando a evolução dos direitos de patentes, percebe-se que a passagem da propriedade clássica para a propriedade de mercado não representa a rejeição de um modelo sobre o outro, mas revela o caminho da afirmação da real natureza dos direitos de patentes. Essa concepção utilitarista trazida pela propriedade de mercado traz consigo o desafio de criar instrumentos que equilibrem o interesse privado e o interesse público na produção de inovação. Não se trata ainda da solução para esse momento de transição. Atualmente, o sistema de patentes precisa se adaptar aos novos campos tecnológicos de modo a manter sua função de equilíbrio entre incentivo à produção de inovação e seu acesso pela população. Essa mudança passa pelo esclarecimento dos objetivos que a sociedade pretende atingir com o sistema de patentes atual.

BIBLIOGRAFIA

ABELLO, A. La propriété intellectuelle, une “propriété de marché”, in : FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir). **Droit et économie de la propriété intellectuelle**. Paris : L.G.D.J, 2005.

BESSEN, James E. ; MASKIN, Eric S., Sequential Innovation, Patents, And Imitation. MIT Dept. of Economics Working Paper No. 00-01, 2000. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=206189>

BUGBE. **Genesis of American Patent and Copyright Law**. Washington: Public Affairs Press, 1967.

³⁷ ABELLO, A. op.cit. p. 354.

³⁸ Como é o caso da licença compulsória por não uso justificado ou a decadência do direito pelo não pagamento da tarifa anual , instrumentos estes presentes em todos os direitos de patentes.

CHAUVEAU, S. Marchandisation et brevet, in : VIVANT, Michel (dir), **Propriété intellectuelle et mondialisation: la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?** Paris : Dalloz, 2004.

DAVID, P.A Intellectual property institutions and the Panda's Thumb: patents, copyrights, and trade secrets in economic theory and history, in WALLERSTEIN, M.; MOGEE, M. S. R. *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology*. National Academies Press (Eds.), 1993, pp. 19-64.

DENT, C. Patent Policy in Early Modern England: Jobs, Trade and Regulation, Intellectual Property **Research Institute of Australia**, 2007.

GAUDRAT, P ; VIVANT, M. Marchandisation, in VIVANT, Michel (dir). **Propriété intellectuelle et mondialisation: la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?** Paris : Dalloz, 2004.

GORDON, W.J. Asymmetric market failure and prisoner's dilemma in intellectual property. University Dayton, 1992.

HERMITTE, M.-A. Les concepts mous de la propriété industrielle: passage du modèle de propriété foncière au modèle du marché, in *Homme, nature et droit*, Bourgeois : Edition Christian. 1988.

HILAIRE-PERE. L. **L'invention technique au siècle des lumières**. Paris : Albin Michel, 2002.

KHAN, Z.; SOKOLOFF, B. K. L. **Intellectual Property Institutions in the United States: Early Development and Comparative Perspective**. Washington: World Bank Summer Research Workshop on Market Institutions, 2010.

LEVÊQUE; Y. MENIERE .**Economie de la propriété intellectuelle**. Paris : La découverte, 2003.

MACLEOD, C. **Inventing the industrial revolution. The English patent system, 1660-1800**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988 .

PIRES DE CARVALHO, N. **The TRIPS regime of patent rights**. Kluwer Law and Taxation Publishers, 2005.

PLASSEREAUD, Y.; SAVIGNON, F. **L'Etat et l'invention : histoire des brevets**. Paris : La documentation française, 1986.

SALGUES, B. Evaluation économique des droits de la propriété intellectuelle. in **Droit du génie végétal**. Paris : Librairie Techniques, 1987.

SCHMIDT-SZALEWSKI, J. ; PIERRE, J.-L. **Droit de la Propriété industrielle**. Paris : Litec, 2007

TROLLER, Alois. **Précis du droit de la propriété immatérielle**. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1978.



FORMAÇÃO JURÍDICA E EFETIVIDADE DO ACESSO METAINDIVIDUAL À JUSTIÇA

*Nayanne Neves Spessimilli**
*Bruno Gomes Borges da Fonseca***
*Carlos Henrique Bezerra Leite****

RESUMO

Este artigo reportou-se aos interesses metaindividuais como direitos fundamentais de terceira dimensão. Inicialmente, listou os obstáculos encontrados pelo Poder Judiciário na realização da tutela coletiva e as possíveis soluções para amenização desses óbices. Para tanto a pesquisa expôs as tradicionais três *ondas* processuais e acresceu a quarta *onda*, materializada na palavra educação. Cabe ao ensino jurídico no país contribuir para verdadeira formação de juristas, capazes de desempenhar suas funções adequadamente. Ademais, como mínima contribuição, concluiu-se que a inserção de disciplinas afinadas com os interesses metaindividuais parece poder abreviar o caminho para a efetividade da tutela coletiva.

Palavras-chave

Interesses metaindividuais. Ensino jurídico. Acesso à justiça.

ABSTRACT

This paper has addressed the metaindividual interests as fundamental rights of the third dimension. Initially, it has listed the obstacles faced by the Judiciary in the accomplishment of collective protection and the possible solutions for alleviating these barriers. For this, the research exposed the traditional three process waves and then adds a fourth wave, embodied in the word education. It is up to the legal education in the country to contribute to the real formation of jurists, capable to perform their functions properly. Moreover, as a minimum contribution, it was concluded that the insertion of courses/subjects in tune with the metaindividual interests seems able to shorten the path to the effectiveness of collective protection.

* Acadêmica de Direito do 4º período da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Integrante do Grupo de Pesquisa Acesso à Justiça na Perspectiva dos Direitos Humanos do Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV.

** Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Especialista em Direito Constitucional pela UFES. Procurador do Trabalho na 17ª Região. Ex-Procurador do Estado do Espírito Santo. Integrante do Grupo de Pesquisa Acesso à Justiça na Perspectiva dos Direitos Humanos do Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV.

*** Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor da FDV e da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Desembargador Federal do Trabalho. Diretor da EJUD-Escola Judicial do TRT da 17ª Região (biênio 2009/2011). Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Professor orientador do Grupo de Pesquisa Acesso à Justiça na Perspectiva dos Direitos Humanos do Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV.

Keywords

Metaindividual interests. Legal education. Access to justice.

INTRODUÇÃO

O Brasil apresenta interessante microsistema de tutela coletiva formado, especialmente, pela aplicação sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 (CF/1988), Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (LACP) e Lei n. 8.078, de 12 de setembro de 1990 (CDC). No plano normativo é possível afirmar, de modo geral, que esse microsistema é capaz de oferecer tutela coletiva adequada às demandas existentes.

O manejo do microsistema de tutela coletiva exige mudança de modelo de ensino pautado no acesso à justiça individualista e patrimonialista, típico do paradigma do Estado liberal. Os interesses metaindividuais, divididos em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos decorrem da concepção de uma nova dimensão de direitos fundamentais e exigem análise distinta e sob arquétipo do Estado democrático de direito.

Este estudo tem o intuito de discutir o papel do ensino jurídico no país no desenvolvimento do acesso coletivo à justiça. Num primeiro momento, abordar-se-ão os interesses metaindividuais como direitos fundamentais de terceira dimensão. Depois, reportar-se-ão aos obstáculos enfrentados pelo Poder Judiciário relativamente à tutela desses interesses; por fim, analisar-se-á o desenvolvimento do ensino jurídico no Brasil e sua contribuição para sanar obstáculos ao acesso coletivo à justiça.

A pesquisa será impulsionada pelo seguinte problema: a existência de cadeiras específicas sobre interesses metaindividuais nos cursos de direito do país poderá contribuir na efetividade do acesso coletivo à justiça?

1 OS DIREITOS¹ METAINDIVIDUAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO

O fenômeno dos direitos coletivos era conhecido no direito romano. Assim, é incorreto apontá-los como novos direitos². Contudo, é possível afirmar que, após a CF/1988, a recepção constitucional da LACP e à promulgação do CDC houve sistematização da tutela coletiva.

A CF/1988 representou um marco histórico de ruptura no ordenamento jurídico brasileiro ao conferir *status* de direitos fundamentais aos interesses metaindividuais. Dessa maneira, pretendeu romper com o ranço liberal, in-

¹ As expressões *direitos metaindividuais* e *interesses metaindividuais*, nesta pesquisa, serão utilizadas como sinônimas.

² NERY JUNIOR, Nelson. O processo do Trabalho e os Direitos Individuais Homogêneos: um estudo sobre a ação civil pública trabalhista. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, n. 64, fev. 2000, p. 151-160.

dividualista e patrimonialista, então prevaletentes. Um desses exemplos é a proteção conferida ao meio ambiente (art. 225)³, como bem comum do povo e direito de todos.

Por determinação constitucional (art. 5º, XXXII da CF/1988 e art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT⁴), o CDC foi promulgado. Esse Código foi além de estipular os direitos do consumidor; definiu os interesses metaindividuais e a maneira de serem defendidos coletivamente:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.⁵

O dispositivo legal prevê a defesa coletiva de direitos e três espécies de interesses metaindividuais: direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Outrossim, consigna a definição do que se deve entender por cada tipologia, o que contribuiu sobremaneira, especialmente por serem temas desconhecidos da maioria das pessoas (e dos juristas)⁶.

A CF/1988, ademais, recepcionou a LACP, de 1985, e constitucionalizou a ação civil pública (ACP) (art. 129, III)⁷, como ação coletiva, por excelência, do microsistema de tutela coletiva nacional. Embora a Constituição tenha-a consignada como função institucional do Ministério Público (MP), ressaltou que a legitimação do *Parquet* não impede a legitimidade de terceiros (art. 129, §1º)⁸.

Os interesses metaindividuais propõem ruptura ao escopo meramente individual⁹. Criam categoria específica de direitos com desiderato de alcançar

³ BRASIL. Constituição Federal. *Vade mecum*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73.

⁴ BRASIL. Op. cit., p. 11 e 84.

⁵ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Vade mecum*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 816.

⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: na perspectiva dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2008, p. 51.

⁷ BRASIL. Op. cit., p. 50.

⁸ Idem.

⁹ WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 45.

número indeterminado de pessoas, grupos, categorias ou classes de pessoas ou, ainda, pessoas ligadas por situações decorrentes de origem comum. E é justamente nesse ímpeto de alcançar todo o gênero humano que se estabelece a relação com determinados princípios, como por exemplo: o princípio da universalidade, indivisibilidade, complementaridade e interdependência¹⁰. Nesse sentido José Carlos Barbosa Moreira:

Com efeito: em primeiro lugar, ele se caracteriza, à evidência, como 'transindividual', já que não pertence, de modo singularizado, a qualquer dos membros da comunidade, senão um conjunto indeterminado – e, ao menos para fins práticos, indeterminável – de seres humanos.¹¹

Carlos Henrique Bezerra Leite adiciona:

A fundamentalidade desses novos direitos híbridos é reconhecida em atenção à preocupação de todos os povos com a qualidade de vida, o desenvolvimento sustentado e integrado da pessoa humana e a preservação da natureza. Além da teoria dos direitos fundamentais, desponta, hodiernamente, a teoria dos interesses metaindividuais que, propondo a superação da tradicional doutrina individualista, propiciou uma nova categorização de direitos e interesses, como a sua justiciabilidade, antes inimaginável.¹²

Os interesses metaindividuais são direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade e/ou de solidariedade¹³. Essa dimensão engloba, por exemplo, os seguintes direitos: ao meio ambiente; do consumidor; de desenvolvimento econômico sustentável; ao patrimônio comum da humanidade; e a paz¹⁴.

Os direitos de terceira geração consistem em direitos cujos sujeitos não são os indivíduos propriamente ditos, mas, na realidade, grupos de indivíduos, ou seja, esses direitos pertencem a grupos humanos, por exemplo: ao povo, a nação e a própria humanidade¹⁵.

2 OBSTÁCULOS ENFRENTADOS PELO PODER JUDICIÁRIO RELATIVAMENTE À TUTELA COLETIVA

A luta pela plenitude de garantia dos direitos está ligada ao *Movimento Universal de Acesso à Justiça*, obra dos autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁶,

¹⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 37.

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação civil pública e programação da TV. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar e FGV, n. 201, jul.-/set., 1995, p. 45-56.

¹² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001, p. 40.

¹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 37.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 49.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

porquanto, especialmente a partir desse marco, foi possível discutir acerca da problemática enfrentada pelo Poder Judiciário relativamente à tutela daqueles direitos. O objetivo principal é avaliar a forma que os indivíduos encontram para reivindicar, ou seja, o acesso à justiça pela população:

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetivação¹⁷.

Os autores analisam esse movimento como algo que não se restringe ao simples acesso da população aos tribunais, pois este entendimento já não satisfaz aos anseios da sociedade. É necessário entender o acesso à justiça como um direito fundamental do homem com superação do paradigma do Estado liberal¹⁸.

Cappelletti e Garth apontam o primeiro passo para se alcançar efetivo acesso à justiça: identificação dos *obstáculos*, isto é, dos entraves impeditivos do real ingresso à justiça¹⁹. Esta pesquisa abordará alguns desses óbices, notadamente os que possam gerar reflexos na tutela coletiva, e, adiante, incluirá outros.

A tutela coletiva é complexa por sua proteção poder envolver conflitos internos. Assim, por exemplo, à proteção de um interesse difuso, como o meio ambiente, poderá colidir-se com argumentos afinados com desenvolvimento econômico e aos interesses de trabalhadores e empresários.

A fragmentação é também outro obstáculo da tutela coletiva. O benefício econômico individual da demanda coletiva, às vezes, é inexistente ou de reduzido valor, o que desestimula o litigante individual e incentiva o violador contumaz. Por ser fragmentado há dificuldade na identificação dos lesados e na caracterização da conduta apontada como ilegal²⁰.

Esse parco benefício econômico concedido pelos interesses metaindividuais, igualmente, encontra-se com o outro obstáculo consignado por Cappelletti e Garth referente às custas judiciais especialmente nas pequenas causas²¹. Daí a relevância de previsão de outros legitimados, além das pessoas naturais, bem como da previsão de assistência judiciária gratuita.

Outro obstáculo é chamado de *possibilidade das partes*. Essa barreira questiona a desigualdade existente entre as partes. Existem certas vantagens e desvantagens, como, por exemplo, os recursos financeiros e educação básica que cada uma das partes possui. Assim, as ações judiciais tornam-se desequilibradas, assimétricas²².

Depois de compreender os obstáculos apresentados por Cappelletti e Gar-

¹⁷ Idem, p. 11-12.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem, p.15.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Op. cit., p. 26-27.

²¹ Idem, p.16 e 19.

²² Ibidem, p. 21.

th, o segundo passo para a efetivação do acesso à justiça apresentado pelos autores é analisar a maneira com que esses óbices serão transpassados. Os obstáculos serão ultrapassados por *ondas*, expressão adotada de forma metafórica (o movimento feito no mar pelas ondas ilustra uma forma de transpor barreiras).

Três são as *ondas* indicadas. A primeira refere-se à assistência judiciária aos pobres. Alude à situação econômica dos cidadãos, sem ingresso no Poder Judiciário por ausência de recursos. A segunda diz respeito à representação dos interesses difusos²³. No Brasil, esse papel tem sido cumprido pelo MP. Por fim, a terceira embasa-se numa concepção ampliata de acesso à justiça²⁴.

A doutrina mais recente continua apontando para inúmeros obstáculos encontrados pelo Poder Judiciário, similares aos expostos por Cappelletti e Gharth. Nesse sentido Ada Pellegrini Grinover:

A sobrecarga dos tribunais; a morosidade dos processos; seu custo; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os códigos lhe atribuem, a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o judiciário e seus usuários²⁵.

Um dos grandes óbices, além da sobrecarga, é a dificuldade no trato com macrolesões. As demandas coletivas, de massa, exigem conduta diferenciada do juiz e, também, dos demais atores envolvidos (membros do Ministério Público, advogados, públicos e privados, defensores públicos etc.). A aplicação das normas do processo individual, geralmente, de caráter liberal, patrimonialista e individual é imprestável.

Entretanto, esse obstáculo somente será ultrapassado com educação jurídica adequada e abrangente dos interesses metaindividuais. O processo de mudança está intimamente ligado em novo modelo educativo, com inserção de disciplinas referentes àquele tema, entre outras medidas.

3 O DESENVOLVIMENTO DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL²⁶ E OS INTERESSES METAINDIVIDUAIS: A QUARTA ONDA DE ACESSO À JUSTIÇA

Tem-se, assim, a *quarta onda de acesso à justiça* proposta por Kim Economides²⁷. Esse autor faz uma leitura do papel exercido pelas faculdades de Direito

²³ Na ordem jurídica brasileira, leia-se: interesses metaindividuais.

²⁴ *Ibidem*, p. 31.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 278.

²⁶ Na exposição do desenvolvimento do ensino jurídico no Brasil extraíram-se informações de estudo anterior: FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Um olhar transdisciplinar sobre as (in) consequências das vestes formais dos profissionais do Direito. In: FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. *Um diálogo entre ensino jurídico e pedagogia*. Curitiba: CRV, 2011, p. 85-88.

²⁷ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves et al. (Org.). *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de

e pelos organismos profissionais na definição de princípios e padrões postos aos futuros juristas. Constrói a ideia do operador que deve ter imensa paixão e missão pelo Direito. Para o autor, além das três ondas propostas por Cappelletti e Garth, é imprescindível aplicação da quarta onda: formação jurídica acadêmica²⁸.

Segundo Kim Economides, relativamente ao acesso à justiça, a análise deve partir dos operadores do direito e não apenas do cidadão. Deve ocorrer nova orientação no processo de formação dos juristas e, para isso, é preciso que os direitos humanos deixem de compor apenas um papel de introdução ao estudo do Direito e ganhem *status* de real importância²⁹.

Diante disso, é possível afirmar que o jurista desempenha papel fundamental na efetivação dos direitos. A formação acadêmica deve ser palco de muitos debates. A formação dos acadêmicos de direito tem reflexos imediatos na vida da sociedade. A educação desempenha papel fundamental, pois todo processo de mudança, seja político, social ou econômico implica mudança no processo educativo³⁰.

Dentre as formações relevantes na sociedade atual, parece imprescindível o estudo dos interesses metaindividuais, ou seja, um direito coletivizado, seja em suas normas materiais, seja em sua defesa coletiva. Do contrário, os futuros profissionais do direito encontraram sérias dificuldades no trato pragmático desses interesses.

O ensino jurídico no Brasil, teoricamente, deveria ter seguido três fases: (i) paradigma liberal no Brasil imperial; (ii) modelo de Estado Social e de governos autoritários; e (iii) arquétipo decorrente da promulgação da CF/1988 relativizado pelo movimento neoliberal dos anos noventa³¹. Contudo, na realidade, essa repartição inexistiu. O ideário liberal percorreu todo o período e ainda ronda o ensino do Direito no Brasil.

Os cursos de Direito, historicamente, além de serem cursos que apenas a elite brasileira tinha acesso, eram utilizados como instrumento de manutenção do poder dominante (ou ainda são). O local acadêmico omitia-se como palco de debates com vistas à formação de juristas com olhar crítico aos acontecimentos da sociedade³².

Inês da Fonseca Pôrto verificou existir modelo de ensino jurídico no país denominado de central, influenciado pelas seguintes orientações: (i) descontext-

Janeiro: FGV, 1999, p. 61-76.

²⁸ Idem, p. 61-76.

²⁹ Ibidem, p. 61-76.

³⁰ GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses individuais homogêneos na perspectiva das 'ondas' de acesso à justiça. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). *Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2005, p. 53.

³¹ MARTINEZ, Sergio Rodrigo. *Manual da educação jurídica*. Um contra-arquétipo na proposta de criação de um núcleo transdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2003, p. 26.

³² OLIVEIRA, Juliana Ferrari. Ensino Jurídico: história que explica a prática docente. In: MIGUEL, Paulo Castello; OLIVEIRA, Juliana Ferrari de (Org.). *Ensino Jurídico: experiências inovadoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 03.

tualização, (ii) dogmatismo e (iii) unidisciplinariedade³³. Essa posição resume o panorama do ensino do Direito no Brasil.

O paradigma do Estado social e do Estado democrático de direito foram incapazes de transformar o ensino jurídico no Brasil. Há continuidade do ensino de viés liberal, embora se reconheça avanços. A mudança na grade curricular dos cursos de Direito seriam, por si sós, insuficientes para alterar esse contexto. Urge real transformação, com mudança de mentalidade de todos os atores envolvidos na educação jurídica.

Entretanto, além da transformação esperada, a inserção de disciplinas sobre interesses metaindividuais (entre outras disciplinas), dentro de um contexto crítico, poderá favorecer no trato desses direitos por futuros profissionais do direito e ocasionar benefícios no acesso coletivo à justiça. Obviamente, esta pesquisa aborda um pequeno ponto dentro de um universo imenso de questões que devem ser revistas.

A ausência da grade curricular de certas disciplinas, como as relacionadas como os interesses metaindividuais, parece contribuir para inabilidade dos profissionais do direito no acesso coletivo à justiça. Por exemplo: dificuldade na aceitação do pedido genérico nas ações civis coletivas; extinções (indevidas) sem resolução meritória de incontáveis ACPs por suposta falta de legitimidade ativa, impossibilidade jurídica e interesse de agir; desconhecimento quanto ao papel desempenhado pelo MP no processo coletivo; incompreensão dos rogos inibitórios; parcimônia nas condenações em danos morais coletivos e sociais; desprezo às regras do microsistema processual coletivo; confusão entre as abrangências dos interesses metaindividuais e individuais etc.

Muitas dessas dificuldades, apontadas exemplificativamente, poderão ser amenizadas com inclusão de disciplinas afinadas com os interesses metaindividuais. A inserção dessa temática dentro de cadeiras como o processo civil parece inadequado, por favorecer à manutenção da ideologia individualista e liberal incompatível com os direitos fundamentais de terceira dimensão.

Assim, parece possível o ensino jurídico favorecer o acesso coletivo à justiça. A graduação prepararia esse profissional. A pós-graduação além de especializá-lo, poderá suprir eventuais deficiências, especialmente dos atuais profissionais que não tiveram oportunidade de estudar, na formação, os interesses metaindividuais.

Relativamente aos juízes, membros do Ministério Público e advogados (públicos e privados) as escolas específicas dessas funções teriam papéis fundamentais e poderiam, com cursos de atualização, amenizar deficiências relativas ao aprendizado dos interesses metaindividuais. Decerto, por exemplo, um membro do *Parquet* que não tenha razoável conhecimento acerca do processo coletivo afigura-se incapacitado para exercício do cargo.

³³ *Ensino jurídico, diálogos com a imaginação*. Construção do projeto didático no ensino jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 31.

Ressalte-se, por fim e novamente, que o ensino do Direito no Brasil deve ser transformado profundamente. Alterações pontuais na grade curricular, embora bem vindas, serão insuficientes para suprir todas as necessidades dos futuros profissionais jurídicos. A proposta desta pesquisa foi contribuir, minimamente, para o debate.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O paradigma do Estado democrático de direito inaugurado pela CF/1988 absorveu as bandeiras dos modelos do Estado liberal e social, mas acresceu a palavra *democracia*. Assim, aos direitos de primeira e segunda dimensões, conseqüentemente, agregaram-se os metaindividuais (terceira dimensão). Em parte, rompeu-se com o ranço individualista e patrimonialista da ordem constitucional anterior.

O Brasil, nessa direção, apresenta interessante microssistema de tutela coletiva formado, notadamente, pela CF/1988, LACP e CDC, municiado por normas processuais e materiais referentes aos interesses metaindividuais, reconhecidos como direitos fundamentais de terceira dimensão.

Entretanto, a tutela coletiva tem encontrado diversos obstáculos (fragmentação, custos, assimetria entre litigantes), que serão ultrapassados com fomentação da assistência judiciária gratuita, da adequada representação dos interesses metaindividuais e adoção de concepção mais ampla de acesso à justiça.

Ademais, talvez o ponto mais relevante, tem-se na quarta onda, materializada pela palavra *educação*. Cabe ao ensino jurídico no país cumprir seus propósitos e avançar com estudo crítico, humanizado, contextualizado e transdisciplinar. Cumpre, ainda, inserir em sua grande curricular novas cadeiras, como as afinadas com os interesses metaindividuais, com objetivo de favorecer a tutela coletiva no país.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Constituição Federal. *Vade mecum*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Vade mecum*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves *et al.* (Org.) *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 61-76.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Um olhar transdisciplinar sobre as (in) consequências das vestes formais dos profissionais do Direito. In: FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. *Um diálogo entre ensino jurídico e pedagogia*. Curitiba: CRV, 2011, p. 83-107.

FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon P. *Ensino jurídico e pedagogia: Em busca de novos saberes*. Curitiba: Editora CRV, 2010.

GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses individuais homogêneos na perspectiva das 'ondas' de acesso à justiça. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). *Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual. Legitimação do ministério público*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *Ação civil pública: na perspectiva dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

MARTINEZ, Sergio Rodrigo. *Manual da educação jurídica*. Um contra-arquétipo na proposta de criação de um núcleo transdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação civil pública e programação da TV*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar e FGV, n. 201, jul.-set. 1995, p. 45-56.

NERY JUNIOR, Nelson. O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos: um estudo sobre a ação civil pública trabalhista. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, n. 64, fev. 2000, p. 151-160.

OLIVEIRA, Juliana Ferrari. Ensino Jurídico: história que explica a prática docente. In: MIGUEL, Paulo Castello; OLIVEIRA, Juliana Ferrari de (Org.). *Ensino Jurídico: experiências inovadoras*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

PÔRTO, Inês da Fonseca. *Ensino jurídico, diálogos com a imaginação*. Construção do projeto didático no ensino jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

DOUTRINA ESTRANGEIRA



INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL TRIBUTARIA.

*Clemente Checa González**

RESUMEN

Se analiza en este estudio el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en la esfera tributaria, poniendo de relieve los avances que sobre esta cuestión se han producido sobre todo en la esfera jurisprudencial, doctrina que ha servido de base para al final concluir declarando también la existencia de esta responsabilidad en los supuestos en los que se haya producido una vulneración del Derecho comunitario europeo.

Palabras-claves

Responsabilidad patrimonial tributaria. Medios de protección para garantizar la preeminencia del Derecho comunitario europeo

RESUMO

O presente estudo trata a questão da responsabilidade da Assembleia Legislativa do Estado na área de tributação, salientando os progressos sobre esta questão está ocorrendo principalmente na doutrina jurisprudencial, área que tem sido a base para a declaração da conclusão final também a existência de responsabilidade nos casos em que houve uma violação do direito comunitário europeu.

Palavras-chaves

Responsabilidade fiscal do Estado Legislador. Meios de protecção para garantir a supremacia do direito comunitário.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Aunque el trabajo tiene como objetivo básico el análisis de la responsabilidad patrimonial tributaria del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario europeo estimo que es necesario efectuar un análisis más amplio de la cuestión general de la responsabilidad del Estado legislador, ya que, de otro modo, difícilmente se comprenderían determinados posicionamientos originarios del Tribunal Supremo en relación aquella responsabilidad, ni la razón por la que el mismo se ha visto luego abocado a modificar su inicial criterio.

El apartado 3 del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-

* Catedrático de Derecho financiero y tributario de la Universidad de Extremadura (España).

-PAC, en adelante) es el que alude a la responsabilidad derivada de actos legislativos que hayan sido dictados de conformidad con el ordenamiento constitucional.

Dicho precepto constituye la respuesta del ordenamiento jurídico español a una cuestión que genera muchos problemas, y ello porque, como bien ha escrito SANTAMARÍA PASTOR¹, el planteamiento de la teoría de la responsabilidad del Estado por actos normativos era muy conflictivo por el hecho “de presentarse como una cuña dirigida a los más profundos reductos de la libre decisión política, de la soberanía”², añadiendo que: “El proceso histórico de expansión de la garantía patrimonial del súbdito, aparentemente incontenible, choca aquí con un sólido valladar que impide a la doctrina desprenderse de ese temor reverencial que se experimenta cuando se enfrenta con la propia médula del poder”.

Fueron el *arrêt Société des produits laitiers “La Fleurette”*, de 14 de enero de 1938, y, sobre todo, el *arrêt Bovero*, de 23 de enero de 1963, del *Conseil d’Etat*, los hitos básicos en el tema de la responsabilidad patrimonial debida a la actuación del Estado legislador³.

En el primero de ellos se declaró que la sociedad La Fleurette tenía derecho a exigir que el Estado fuese condenado a abonarle una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido como consecuencia de una prohibición legal impuesta en favor de la industria lechera que había colocado a tal sociedad en la obligación de cesar en la fabricación de un determinado producto que venía explotando. Con esta tesis era, sin embargo, necesario que el demandante probase, ante el silencio de la ley, que el legislador no había pretendido excluir el derecho a indemnización.

No obstante, a partir del *arrêt Bovero*, que implicó un menor grado de exigencia en cuanto al régimen de especialidad del perjuicio, se mantuvo la doctrina de que la producción de un daño por un acto normativo obliga, como regla general, a indemnizar, a salvo de que el legislador haya excluido expresamente tal derecho.

Con base en todo ello, en citado artículo 139.3 de la LRJ-PAC se dispone que: “Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por apli-

¹ “La teoría de la responsabilidad del Estado legislador”, *R.A.P.* nº 68, 1972, p. 57 y ss., en especial p. 85 y ss.

² Así lo puso de relieve asimismo QUINTANA LÓPEZ “La responsabilidad del Estado legislador”, *R.A.P.*, nº 135, 1994, p. 104, cuando escribió: “la hipotética responsabilidad económica del Estado legislador, derivada de la aplicación de las Leyes, ha suscitado y sigue generando muchas reticencias, muy legítimas, por otra parte, porque, a diferencia de la actividad administrativa -vicarial y subordinada-, el legislador -en nuestro país las Cortes Generales y, en el marco de las competencias autonómicas, los Parlamentos territoriales- representa al pueblo, en quien reside la soberanía, lo cual impregna su actuación. Con esto último queda apuntado el escollo más importante que hay que salvar para situarse a favor del reconocimiento del derecho a la indemnización de los ciudadanos por el hecho de las leyes, en expresión de los juristas franceses”.

³ Véanse también, en una línea similar los *arrêts Caucheteux et Desmond*, de 1944, *Compagnie d’aménagement et de promotion immobilière* (C.A.P.R.I.), de 1981, y S.C.I. *La Cardinale*, de 1991.

cación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

La redacción de este precepto es deficiente, puesto que parece dar a entender que si en los actos legislativos no se establece la obligación de indemnizar ésta no existirá.

Pese a ello, hay que tener en cuenta, sin embargo, como han puesto de relieve diversos autores⁴ que la jurisprudencia no viene siguiendo el criterio, presente en el artículo 139.3 de la LRJ-PAC, de si el acto legislativo dispone expresamente o, por el contrario, omite la referencia a la indemnización procedente; ya que lo determinante para el Tribunal Supremo, es, más bien, la prueba de los distintos elementos de la responsabilidad, habiendo por ello podido llegar a afirmar que no es descartable que pueda existir responsabilidad, aun tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres lo suficientemente singularizados e imprevisibles como para que pueda considerarse producida o relacionada con la actividad de la Administración llamada a aplicar la Ley⁵.

2. ADMISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN APLICACIÓN EXPRESA DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

Con fundamento en las premisas referidas, la jurisprudencia española ha declarado, en ocasiones, que no puede descartarse que pueda existir responsabilidad, aun tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres lo suficientemente singularizados e imprevisibles como para que pueda considerarse intermediada o relacionada con la actividad de la Administración llamada a aplicar la ley.

Véanse, entre otras, las SSTS recaídas en relación con la eliminación de los cupos de pesca exentos de derechos arancelarios derivado del Tratado de Adhesión de España a la Unión Europea; o aquellas otras en las que también se accedió a la petición de indemnización solicitada por los perjuicios ocasionados por el hecho de haberse implantado un impuesto por la Ley del Parlamento de Canarias 5/1986, de 28 de julio, del Impuesto Especial sobre Combustibles Derivados del Petróleo⁶.

⁴ Véanse, entre otros, GARRIDO FALLA “A vueltas con la responsabilidad del Estado legislador: Las Sentencias del Tribunal supremo de 11 de octubre de 1991 y de 5 de marzo de 1993”, *Civitas, R.E.D.A.*, nº 81, 1994, CD-ROM núms. 1-100; QUINTANA LÓPEZ “La responsabilidad del Estado legislador”, *ob. cit.*, p. 127; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ “Responsabilidad del Estado legislador: pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de la Ley 30/1992”, *Civitas, R.E.D.A.*, nº 104, 1999, p. 633 y ss.; y LEGUINA VILA y DESDENTADO DAROCA *Portalderecho*. www.iustel.com

⁵ Véanse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS, en adelante) de 8 de abril de 1997, Recurso núm. 7504/1992, y de 2 de junio de 2010, Recurso núm. 588/2008.

⁶ En cuanto a la primera cuestión ya en las lejanas SSTs de 5 de marzo de 1993, Recurso núm.

Y para llegar a tal conclusión estas sentencias invocaron de forma expresa a estos fines el principio de confianza legítima, como argumento básico para llegar a declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de actos legislativos, en línea como lo que antes se apuntó de que la jurisprudencia no presta atención, de forma usual, a si el acto legislativo recoge o no la indemnización procedente, sino, más bien, al hecho de que el daño consista en un sacrificio especial e imprevisible para alguna persona, con quebranto, además, de los principios de confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica y equilibrio de las prestaciones.

Este principio de confianza legítima tuvo su origen en el Derecho Administrativo alemán, y constituye en la actualidad desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) de 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965, As. 111/63, Lemmerz-Werk, un principio general del Derecho Comunitario, que ha sido objeto de recepción por el Tribunal Supremo español en reiteradas ocasiones.

Dicho principio, que está relacionado con los más tradicionales, en nuestro ordenamiento, de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones.

1318/1990, y 27 de junio de 1994, Recurso núm. 300/1988, aun reconociendo que la eliminación de los cupos de pesca exentos de derechos arancelarios derivado del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Europea podía considerarse producida “incluso, y más propiamente, como consecuencia de las determinaciones del poder legislativo”, se estimó, sin embargo, la existencia de responsabilidad patrimonial, por apreciar que los particulares perjudicados habían efectuado fuertes inversiones –que se vieron frustradas– fundados en la confianza generada por medidas de fomento del Gobierno, que a ello estimulaban, plasmadas en disposiciones muy próximas en el tiempo al momento en que se produjo la supresión de los cupos, de tal suerte que existió un sacrificio particular de derechos o al menos de intereses patrimoniales legítimos, en contra del principio de buena fe que debe regir las relaciones de la Administración con los particulares, de la seguridad jurídica y del equilibrio de prestaciones que debe presidir las relaciones económicas.

Por su parte, en las SSTs de 8 de octubre de 1998, Recurso de Apelación núm. 5578/1992, y 9 de octubre de 1998, Recurso de Apelación núm. 5609/1992, que resolvieron en el asunto consistente en la petición de indemnización por los perjuicios ocasionados, por el hecho de haberse implantado un impuesto por la Ley del Parlamento de Canarias 5/1986, de 28 julio, del Impuesto Especial sobre Combustibles Derivados del Petróleo, que la empresa apelada no pudo repercutir en cuanto a los *stocks* que tenía en sus depósitos en el momento de aplicarse la nueva imposición, se declaró que “la omisión generadora del perjuicio económico partió del Legislador Canario que no hizo previsión alguna, en forma de disposición transitoria, para impedir la situación, objetivamente injusta, de la imposible repercusión de tributo sobre los productos almacenados con anterioridad, a pesar de serle advertido por la propia recurrente y otras empresas petrolíferas”, añadiéndose que “es al Legislador, que toma la iniciativa normativa en el más alto rango, al que corresponde adoptar también las previsiones para evitar el resultado dañoso en la aplicación de aquélla, adquiriendo, en el supuesto contrario, la obligación de indemnizarlo, como en el presente caso, para el mantenimiento de los principios constitucionales de igualdad y justicia fiscal”.

En consecuencia, si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su posterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en aquellos. Y tal quebrantamiento impondrá el deber de satisfacer dichas expectativas que hubieren resultado defraudadas, o bien de compensar económicamente el perjuicio de todo tipo sufrido con motivo de la actividad desarrollada por el ciudadano bajo la creencia de que la misma es lícita y adecuada a Derecho⁷.

Sobre este extremo, esto es, sobre que este principio de confianza legítima pueda utilizarse como guía para el reconocimiento de una responsabilidad patrimonial derivada de las Leyes, se ha mostrado muy crítico GARCÍA DE ENTERRÍA⁸, al afirmar que no es admisible que este principio “pueda erigirse en fundamento de la admisión de que los actos del Legislador puedan generar una responsabilidad patrimonial a favor de quien pueda invocar una confianza en que la situación derivada de la Ley anterior se mantendría incambiada”, señalando, como conclusión, que: “La democracia, que es la que ha creado enteramente el concepto mismo de Legislación sobre el que hoy vivimos, no tolera -sencillamente- la invocación de ninguna confianza, o comodidad, o interés, de que nadie pueda justificar la imposibilidad de que el Legislador pueda cambiar una Ley a su arbitrio, con la salvedad (...) de los derechos fundamentales del hombre o los demás valores que cada Constitución haya creído oportuno proteger. La libre configuración como facultad necesaria del Legislador resulta insoslayable y echa por tierra, definitivamente, cualquier intento de condicionarla, o de gravarla con costosísimas indemnizaciones, por quien invoque, simplemente, la confianza que ha podido haber puesto en una estabilidad normativa cualquiera”.

Disiento de esta opinión, ya que, a mi juicio, no se trata de prohibir al Legislador, en modo alguno, que no pueda modificar las Leyes existentes para adecuarlas convenientemente a las nuevas situaciones, a las nuevas realidades que precisan de una mejor, o más actual, regulación. Nadie creo que pueda razonablemente -yo, desde luego, no- oponerse a ello, puesto que una prohibición tal conduciría de forma directa a la indeseable situación de la congelación del ordenamiento jurídico y a su petrificación, a la par que se atentaría contra el amplio margen de discrecionalidad política del que, como es obvio, dispone el Legislador.

⁷ Debe indicarse, en todo caso, que la protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, ya que solo es susceptible de protección aquella “confianza” que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes, no garantizando tampoco este principio la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones que se estimen precisas para atender las necesidades del interés general.

⁸ En *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*, Thomson, Civitas, 2005, p. 27 y ss.

Ahora bien, debe tenerse presente, asimismo, la indiscutible vigencia del principio de seguridad jurídica, con su correlato de confianza legítima, subyaciendo en éste la idea de la certeza sobre el Derecho, que constituye la exigencia primaria de aquel principio, como bien ha escrito VILLAR EZCURRA⁹ recogiendo la doctrina sustentada por las Sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1 de julio de 1953, 24 de julio de 1957 y, sobre todo, 19 de diciembre de 1961, en todas las cuales se acogió la plena y total validez del principio de confianza legítima, como garantía protectora de los ciudadanos ante cambios legislativos injustificados o no razonablemente previsibles.

Cierto es que también en todas ellas se declaró que este principio no ampara, en ningún caso, un pretendido derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado y específico régimen legal, ya que ello conllevaría las consecuencias que antes puse de relieve de congelación del ordenamiento jurídico existente y de su petrificación, y en este sentido, baste por todas, es útil acudir de nuevo a la antes citada STC alemán 26/1961, de 19 de diciembre, en la que se afirmó que existían una serie de excepciones a la aplicación de referido principio de la confianza legítima, señalando al respecto, con consideraciones todas ellas referidas al tema de la retroactividad o irretroactividad de las leyes, que no es protegible la confianza cuando el ciudadano, teniendo en cuenta la situación jurídica existente en el momento al que se refieran las consecuencias jurídicas establecidas en la nueva ley con carácter retroactivo, tenga que contar con que se vaya a implantar una nueva regulación; que el ciudadano tampoco podrá alegar, a la hora de realizar sus planes, su confianza en el derecho vigente cuando éste resulte confuso y enmarañado; que el ciudadano no podrá basar su confianza en la apariencia de legalidad generada por una norma inválida; y que pueden existir razones urgentes de bien común que gocen de preferencia sobre el mandato de seguridad jurídica y que justifiquen disposiciones con carácter retroactivo.

Ninguna objeción tengo que hacer a estas excepciones, que me parecen pertinentes y correctas. Pero de lo que tampoco cabe dudar es de que el principio de confianza legítima es fundamental y, por tanto, aún con todos los límites que se quieran, debe constreñir al Legislador a la hora de proceder a dictar las Leyes, toda vez que, como ha escrito PULIDO QUECEDO¹⁰: Un Estado, aunque sea un Estado democrático, no por ello está libre de incurrir en abusos y atropellos o más sencilla o neutramente, en responsabilidad¹¹.

⁹ "La protección a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima frente a las reformas tributarias retroactivas: consideraciones en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el 'gravamen complementario' de las tasas de máquinas de azar", *Quincena Fiscal*, nº 6, 1997, p. 38.

¹⁰ "La responsabilidad del Estado Legislador por declaración de inconstitucionalidad de una ley", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 7, 2000, Westlaw Aranzadi BIB 2000/494.

¹¹ Continúa afirmando este autor que del mismo modo "que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración se ha defendido como necesario que los Tribunales condenen a la Administración con fallos disuasorios, como medio preventivo de que no vuelva actuar y perpetuarse *ad eternum* en su irresponsabilidad, al Estado Legislador le debe costar caro, debe pagar un alto precio, por los daños y perjuicios derivados de actos legislativos teñidos

Y de ello puede derivarse, no veo inconveniente jurídico alguno, la posible declaración de responsabilidad patrimonial con base en la existencia de mencionado principio, el cual, por lo demás, también es frecuentemente invocado, aunque como es obvio no siempre aceptado, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹².

Extrayendo de forma sintética y resumida la doctrina sustentada por

de inconstitucionalidad, cuando sabe que juega además con el beneplácito de un Tribunal condescendiente con el Legislador económico. Sólo así le obligará a ser cuidadoso y ponderado en sus decisiones y a no adoptar medidas desproporcionadas, que luego puedan encontrar cobijo, bien en el amplio margen de libertad del legislador o en caso de reproche constitucional, en la seguridad de que no habrá ningún poder público que le obligue a resarcir su actuar contrario a la Constitución". Como ha escrito MORENO FERNÁNDEZ *La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2009, p. 25 "sólo cuando aceptemos la responsabilidad del Estado legislador como algo natural, sin traumatismos intelectuales o sofismas exculpatorios, habremos dado un paso importante en la consolidación del sistema de garantías que toda sociedad que se califica como democrática adeuda a sus ciudadanos". Véase también SIMÓN ACOSTA "Daños antijurídicos imputables a las leyes tributarias", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 794/2010, Westlaw Aranzadi BIB 2010/258, quien ha escrito: "Hablar de Estado de Derecho equivale a no admitir la existencia de personas u órganos con inmunidad para infringir el ordenamiento jurídico. En un Estado de Derecho no hay poder soberano con facultades para transgredir ley. Ni siquiera el legislador, que tiene el poder de modificar o derogar las leyes, tiene franquicia para infringirlas".

¹² Véanse, a título de mero ejemplo, además de las antes citadas, sus Sentencias de 15 de diciembre de 1987, As. 325/85, Irlanda/Comisión; 14 de febrero de 1990, As. 350/88, Delacre et al./Comisión; 22 de febrero de 1990, As. 221/88, CECA/Fallimento Bussens; 26 de junio de 1990, As. 152/88, Sofrimport Sarl/Comisión; 20 de junio de 1991, As. C-365/89, Cargill BV; 1 de abril de 1993, Asuntos acumulados 31/91 a 44/91, SpA Alois Lageder et al.; 5 de octubre de 1993, Asuntos acumulados C-13/92, C-14/92, C-15/92 y C-16/92, Driessen en Zonen y otros; 28 de marzo de 1996, As. C-299/94, Anglo Irish Beef Processors International y otros; 17 de julio de 1997, As. C-183/95, Affish B.V.; 24 de septiembre de 1998, As. C-35/97, Comisión/República Francesa; 3 de diciembre de 1998, As. C-381/97, Belgocodex SA; 25 de mayo de 2000, As. C-82/98 P, Max Kögler; 8 de junio de 2000, As. C-396/98, Grundstücksgemeinschaft Schloßstraße GbR; 8 de junio de 2000, As. C-400/98, Brigitte Breitsohl; 6 de julio de 2000, As. C-402/98, Agrícola Tabacchi Bonavicina Snc di Mercati Federica (ATB); 23 de noviembre de 2000, As. C-1/98 P, British Steel plc; 11 de julio de 2002, As. C-62/00, Marks and Spencer plc; 6 de marzo de 2003, As. C-14/2001, Molkerei Wagenfeld Karl Niemann GmbH and Co. KG; 29 de abril de 2004, As. C-17/01, Walter Sudholz; 29 de abril de 2004, Asuntos acumulados C-487/01 y C-7/02, Gemeente Leusden y otros; 15 de julio de 2004, As. C-459/02, Association agricole pour la promotion de la commercialisation; 11 de noviembre de 2004, Asuntos acumulados C-183/02 P y C-187/02, Electronics Manufacturing España, S. A.; 26 de abril de 2005, As. C-376/02, Stichting "Goed Wonen"; 15 de septiembre de 2005, As. C-199/03, Irlanda/Comisión; 22 de junio de 2006, Asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03, Bélgica y otros/Comisión; 18 de julio de 2007, As. C-213/06 P, Georgios Karatzoglou; 16 de diciembre de 2008, As. C-47/07, Masdar; 4 de junio de 2009, As. C-241/07, JK Otsa Talu Oü; 10 de septiembre de 2009, As. C-201/08, Plantanol GmbH and Co. KG; 17 de septiembre de 2009, As. C-519/07 P, Koninklijke FrieslandCampina NV; 14 de octubre de 2010, As. C-67/09 P, Nuova Agricast y Cofra; 16 de diciembre de 2010, As. C-537/08 P, Kahla/Thüringen Porzellan; 14 de abril de 2011, Asuntos acumulados C-288/09 y C-289/09, British Sky Broadcasting Group; 12 de mayo de 2011, As. C-107/10, Enel Maritsa Iztok 3; 9 de junio de 2011, Asuntos acumulados C-465/09 P a C-470/09 P, Diputación Foral de Vizcaya/Comisión; 21 de julio de 2011, As. C-194/09 P, Alcoa Trasformazioni; 28 de julio de 2011, Asuntos acumulados C-471/09 P a C-473/09 P, Diputación Foral de Vizcaya/Comisión; 28 de julio de 2011, Asuntos acumulados C-474/09 P a C-476/09 P, Diputación Foral de Vizcaya/Comisión; y 8 de diciembre de 2011, As. C-81/10 P, France Télécom.

estas Sentencias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo se llega, a mi juicio, a la siguiente conclusión:

Es plenamente lícito, y en principio conforme con el principio de protección de la confianza legítima, que una nueva normativa se aplique a los efectos futuros de situaciones nacidas al amparo de la normativa anterior.

No obstante, el principio de protección de la confianza legítima se opone a que una modificación de la normativa prive al sujeto pasivo, con efecto retroactivo, de un derecho que le había sido conferido por la normativa anterior.

En definitiva, este principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones para atender las necesidades del interés general. No se trata, pues, en modo alguno, como ya se indicó, de prohibir al Legislador que no pueda modificar las Leyes existentes para adecuarlas convenientemente a las nuevas situaciones, a las nuevas realidades que precisan de una mejor, o más actual, regulación.

Por el contrario, sí que se atenta contra dicho principio, y así se ha declarado en bastantes de las SSTJUE antes referidas, cuando se promulgue una nueva norma modificativa de la ya existente, privándose en este proceder a los ciudadanos, con efecto retroactivo, de derechos que les habían sido conferido por la normativa anterior, y remarco la palabra derechos, ya que estoy plenamente de acuerdo con la afirmación de BARTHELEMY, citada por CALMES¹³, de que no hay que pagar un peaje a los privilegiados que se beneficiaban de la situación anterior; pero estoy de acuerdo siempre que se trate de eso, de privilegios, y considero que presuponer que todo lo establecido por la normativa anterior eran privilegios con los que hay que acabar a toda costa, y nunca derechos, me parece completamente fuera de lugar y manifiestamente erróneo¹⁴.

Por otra parte, reducir la virtualidad del principio de confianza legítima a su mera vertiente de confianza política, como parece postular GARCÍA DE ENTERRÍA cuando escribe que es fundamental y feliz la idea de MAURER de que “el ciudadano debe, en un Estado democrático, confiar en que el legislador parlamentario plasme en sus trabajos lo que le ha sido transmitido por el pueblo en su mandato democrático”¹⁵, es tanto como reducir a la nada dicho principio, ya que cada vez está más extendida la idea de que los Parlamentos,

¹³ *Du principe de la protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et français*, París, 2001, p. 498.

¹⁴ Ello es tanto como afirmar que el Legislador anterior era conscientemente arbitrario, y que el Legislador actual es, por el contrario, beatífico y justo, y sólo busca el bien común frente a lo que había hecho su predecesor, lo cual, como es obvio, o al menos a mi me lo parece, está falto de la más mínima comprobación.

¹⁵ En *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*, ob. cit., p. 35. La obra de MAURER a la que se refiere es *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, tomo III del *Handbuch des Staats-Rechts*, 2ª ed., Heidelberg, 1996, p. 243.

concebidos en abstracto, de acuerdo con ELÍAS DÍAZ¹⁶, como las instituciones que suministran legalidad y legitimidad a las instituciones que ejercen la acción gubernamental, han ido perdiendo de manera lenta pero inexorable, su posición como eje central del sistema político.

Así lo ha sostenido incluso el propio GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁷, cuando escribió que el poder legislativo, dominado por los partidos y escenario predominante de sus luchas pugnares, ha dejado de ser el depositario indiscutido y seguro de una voluntad nacional común¹⁸, uniéndose con ello a una larga serie de autores que, desde todas las ópticas políticas, han tratado la crisis del Parlamento por el auge incontenible de los partidos políticos, y cuya cita, por su desmesurada extensión, es imposible de reproducir aquí; a lo cual debe añadirse, además, y en considerable medida, por una parte, la circunstancia de la importante presión que los intereses corporativos ejercen en el proceso de creación de las normas, como también han puesto de relieve numerosos autores¹⁹, y, por otra, el propio proceso de integración europea, que ha conllevado la

¹⁶ “Estado de Derecho y sociedad democrática”, en *Constitución, Estado de las Autonomías y justicia constitucional. (Libro homenaje al profesor GUMERSINDO TRUJILLO)*, VV.AA., Tirant lo Blanch, Valencia 2005, p. 94.

¹⁷ *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, reimpresión, p. 42.

¹⁸ Lo mismo afirmó este autor en “La democracia y el lugar de la Ley”, en *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, VV.AA., Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, p. 58, en donde indicó que el papel destacado que en las democracias de masas actuales han pasado a desempeñar los partidos políticos, como agentes y beneficiarios de los procesos electorales, ha llevado a que los mismos estén pretendiendo atribuirse el viejo principio representativo popular del que la elección sería el instrumento, tendiendo a presentarse los partidos en el poder como los legítimos representantes de la voluntad popular y a intentar beneficiarse de la posición soberana que a ésta corresponde en el sistema, ocupando así los partidos la posición, *in loco et in ius*, del pueblo mismo.

¹⁹ Véanse, por ejemplo, PORRAS NADALES “La función de gobierno y la dialéctica entre política y Administración”, en *Gobierno y Administración en la Constitución*, VV.AA., Vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, p. 1488 y ss.; ARAGÓN REYES *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 259 y ss., ELÍAS DÍAZ “Estado de Derecho y sociedad democrática”, ob. cit., p. 101; VALADÉS “Problemas constitucionales de los flujos financieros internacionales”, en *Constitución, Estado de las Autonomías y justicia constitucional. (Libro homenaje al profesor GUMERSINDO TRUJILLO)*, VV.AA., Tirant lo Blanch, Valencia 2005, p. 430 y ss., y BEL y ESTRUCH MANJÓN “Crisis financiera y regulación. Tentación, pecado, penitencia y propósito de enmienda”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 4, 2009, p. 50 y ss. Todo ello ha propiciado el surgimiento de una legislación concertada o pactada con las instituciones públicas, sin suficientes garantías de participación e igualdad de armas para todos los grupos sociales, peligro expuesto de forma concluyente por MENÉNDEZ MENÉNDEZ “Sobre lo jurídico y lo justo”, en *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, ob. cit., p. 78, cuando escribió: “en nuestro tiempo el acto de creación de Derecho legislativo es la conclusión de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales particulares (grupos de presión, sindicatos, partidos,...). La consecuencia que se produce es que la ley es, cada vez más, transacción o compromiso, tanto más cuanto que la negociación se extiende a fuerzas numerosas y con intereses heterogéneos; cada uno de los actores sociales cuando cree haber alcanzado fuerza suficiente para orientar en su propio favor los términos del acuerdo, busca la aprobación de nuevas leyes que sancionen la nueva relación de fuerzas; se produce así la «cada vez más marcada ‘contractualización’ de los contenidos de la ley». A este fenómeno también se ha referido MARCILLA CÓRDOBA

pérdida de calidad democrática a favor de la eficacia en la actuación reguladora de los Estados en el plano económico, como también ha señalado la doctrina²⁰ y el propio Consejo de Estado español en su *“Informe sobre modificaciones de la Constitución española”* del Consejo de Estado, de 16 de febrero de 2006, en el que se puede leer que: “Los Parlamentos nacionales no suelen tener intervención alguna en la creación de esas normas (se refiere a los Reglamentos y Directivas comunitarias), teniendo que aceptar que sus propias leyes se vean desplazadas por los Reglamentos y viéndose forzados a trasponer unas Directivas que cada vez les dejan menor margen de libertad como legislador estatal, hasta el extremo de que la trasposición se reduce muchas veces a una cuestión de legalidad más que de decisión soberana”²¹.

Basarse, por otro lado, en que el poder judicial carece de la suficiente legitimación como para proyectar sobre el Legislador una institución como ésta, ya que si así se admitiese la jurisprudencia quebraría el principio de división de poderes, como sostiene OSSEN-BÜHL²², puede mantenerse en teoría y si se pudiese seguir admitiendo que este principio continúa siendo operativo; pero en la práctica no se sostiene habida cuenta que esta teoría de la división

Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 184, cuando señaló que es posible que de hecho la legislación se haya convertido en un proceso negociado de *do ut des*, semejante al de los contratos, es decir, un proceso en el que, al igual que en el mercado, se persiguen ventajas particulares, y en el que los medios para convencer al resto de las partes implicadas son las promesas y las amenazas, siendo en ocasiones el propio ordenamiento el que favorece esta “contractualización” de la ley, al dar entrada en el procedimiento legislativo a los grupos de interés.

²⁰ Véanse, por ejemplo, ORÓN MORATAL “Consecuencias de la integración en las Comunidades Europeas sobre el Derecho Financiero y Tributario”, *Civitas*, R.E.D.F., nº 97, 1998, p. 61 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ “El Derecho financiero constitucional de la Unión Europea”, *Civitas*, R.E.D.F., núms. 109-110, 2001, p. 119 y ss.; MONTORO CHINER “Técnica normativa y órganos consultivos. Perspectiva europea”, *Revista española de la función consultiva*, núm. 2, 2004, p. 53; ALEGRE MARTÍNEZ “Las potestades normativas del Gobierno en el contexto de la pertenencia a la Unión Europea”, en *Gobierno y Constitución. Actas del II Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*. VV.AA., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 412 y ss.; CALATAYUD PRATS “La ejecución normativa del Derecho fiscal comunitario derivado en el Derecho interno”, en *Estudios de Derecho financiero y tributario en homenaje al profesor CALVO ORTEGA*, VV.AA., Tomo II, Lex Nova, 2005, p. 2183 y ss., y FRANZONI “Los viejos y los nuevos derechos en la sociedad cambiante”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 1, 2009, p. 74.

²¹ Véase también JOVER GÓMEZ-FERRER y GARCÍA-MANZANO JIMÉNEZ DE ANDRADE “Las garantías del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea: prevención frente a los incumplimientos y formas de repercusión”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 26, 2012, p. 63. En una situación como ésta, como bien ha escrito BUSTOS GISBERT “La transposición del Derecho Comunitario por el Gobierno”, en *Gobierno y Constitución. Actas del II Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*, ob. cit., pp. 383 y 384, presumir que la intervención legislativa en la ejecución normativa del Derecho comunitario constituye una forma de garantía de las competencias legislativas parlamentarias es, como mucho, un *wishful thinking* bastante alejado de la realidad. Si el margen de maniobra es mínimo, la intervención parlamentaria no es más que una participación formal sin contenido político real.

²² “La responsabilidad de los poderes públicos en la república Federal de Alemania”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, VV.AA., Tecnos, Junta de Andalucía, 1995, pp. 952 y 953.

de poderes, prefigurada por LOCKE, en *Essay on Civil Government*, y desarrollada por MONTESQUIEU, en *L'Esprit des Lois*, es -al menos interpretada de forma literal y debido en gran medida a la muy notoria difuminación actual Legislativo-Ejecutivo- un puro mito²³, que no ofrece ninguna base científica²⁴, por lo que la misma no debería utilizarse para con fundamento en ella denegar al Poder Judicial que examinase la conducta de ese Legislativo tan disminuido en sus funciones y cometidos en la actualidad.

3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL TRIBUTARIA DERIVADA DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY

Esta doctrina de la existencia, y subsiguiente reconocimiento de responsabilidad patrimonial debe ser igualmente aplicable, sin sombra de duda alguna, en aquellos casos en que haya tenido lugar la declaración de inconstitucionalidad de una Ley²⁵, supuesto que de forma paradigmática se ha producido en la esfera tributaria, ya que, como bien ha escrito MORENO FERNÁNDEZ²⁶, la desaparición sobrevinida del soporte legal que legitimaba la obligación de pago de un tributo, por declaración de inconstitucionalidad de la Ley que así lo disponía, debe provocar, *eo ipso*, el deber de restituir a los ciudadanos lo que a con posterioridad se revela como percibido de forma indebida²⁷.

²³ Vid. GONZÁLEZ NAVARRO "Potestad legislativa del Estado y potestad reglamentaria. Autonomía de las nacionalidades y regiones", en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Vol. II, VV.AA., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 1028.

²⁴ Vid. XIFRA HERAS "El Gobierno y la función política", en *Gobierno y Administración en la Constitución*, VV.AA., Vol. II, ob. cit., p. 1844. En la misma línea GARCÍA ROCA "Del principio de la división de poderes", en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo LUCAS VERDÚ*, UNAM Méjico-UCM, Tomo II, 2001, p. 1087 y ss., ha señalado que la moderna organización constitucional no se articula ya desde la vieja concepción tripartita de poderes y funciones.

²⁵ Así lo señaló con rotundidad en reiteradas ocasiones GARRIDO FALLA. Véanse, entre otros, sus artículos "Sobre la responsabilidad del Estado legislador", *R.A.P.*, nº 118, 1989, pp. 46 y 50 y ss., en el que indicó -tras poner de relieve que, a su juicio, el único supuesto claro de «responsabilidad del Estado-legislador» sólo se da cuando los daños causados tienen su origen en la aplicación de una Ley declarada inconstitucional- que si la Ley se hubiese declarado inconstitucional y consiguientemente anulado, la procedencia de reparar el daño causado a los perjudicados por la aplicación de la ley es indiscutible, y que toda ley declarada inconstitucional genera un derecho a indemnización a favor de quienes hayan sido perjudicados por la aplicación de dicha ley; y "A vueltas con la responsabilidad del Estado legislador: las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991 y de 5 de marzo de 1993", ob. cit., en donde manifestó que en los casos donde la Ley vulnera la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar, precisando que en este caso estamos en presencia de la responsabilidad nacida de una actividad antijurídica del Poder Legislativo.

²⁶ *La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, ob. cit., p. 38.

²⁷ Y ello porque el pago de un tributo al amparo de una norma luego declarada contraria a la Constitución convierte a los actos de aplicación en "actos nulos de pleno derecho", incluso aunque los mismos sean firmes, bien por no haber sido impugnados en tiempo y forma, bien por haberlo sido, pero haber recaído ya una resolución firme.

En estos supuestos cabrá acudir a los procedimientos especiales de revisión, tales como la revisión de actos nulos de pleno derecho o la revocación por infracción manifiesta de la Ley o por aparición de circunstancias sobrevenidas, y, en todo caso, a la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Así lo ha entendido, y de ello hay que congratularse, el Tribunal Supremo, al declarar que en estos supuestos, y con el fin de habilitar un cauce para obtener la restitución de lo ingresado con infracción de lo establecido por la propia Constitución, es posible el ejercicio de citada acción, lo cual a mi juicio es loable por ofrecer un cauce para solventar el grave problema al que había conducido el posicionamiento del Tribunal Constitucional, como ya señalé en un precedente trabajo²⁸.

Éste, en origen, mantuvo la tesis de que la inconstitucionalidad de las normas con rango de Ley llevaba, de manera inevitable, aparejada su nulidad²⁹, por lo que lo habitual era que se ordenase que se restableciesen las situaciones jurídicas anteriores y que, en consecuencia, se reparasen o indemnizasen los daños ocasionados a los ciudadanos por la Ley expulsada del ordenamiento jurídico, por lo que la práctica que se seguía en estos supuestos era, pues, como ha señalado FALCÓN Y TELLA³⁰, la de proceder a la devolución de las cantidades ingresadas en virtud de normas declaradas inconstitucionales, realizándose, en consecuencia, como afirmó GUTIÉRREZ DE GANDARILLA GRAJALES³¹, una lectura tradicionalmente a favor de la devolución de los tributos inconstitucionales como consecuencia de una nulidad, entendida *ope legis* y *ex tunc*, derivada de las declaraciones de inconstitucionalidad bajo la apreciación de la doctrina retrospectiva.

Esta situación, sin embargo, cambió de raíz a partir de la STC 45/1989, de 20 de febrero, en la que se produjo, como ha escrito CONCHEIRO DEL RÍO³², un punto de inflexión con la doctrina precedente, al declararse en ella, por una parte, la *inconstitucionalidad y nulidad* de determinados preceptos de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del IRPF y, por otra, tan sólo la *inconstitucionalidad* de otros; pero sin aparejarla a la nulidad, distinción esta que ya había sido acogida, como puso de relieve HERRERA MOLINA³³, en la Ley de 21 de

²⁸ En "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por la aplicación de actos legislativos" *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 15, 2003, p. 43 y ss.

²⁹ Véanse, entre otras, sus Sentencias 27/1981, de 20 de julio; 37/1981, de 16 de noviembre; 20/1985, de 14 de febrero; 26/1985, de 22 de febrero; 72/1985, de 13 de junio; 14/1986, de 31 de enero; 19/1987, de 17 de febrero; 141/1988, de 12 de julio, y 181/1988, de 13 de octubre.

³⁰ "La llamada jurisprudencia «prospectiva»: precisiones sobre el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de normas tributarias", *Quincena Fiscal*, nº 7, 1997, p. 5.

³¹ "Los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley fiscal y la responsabilidad del Estado legislador", *Revista de Contabilidad y Tributación*, C.E.F., nº 224, 2001, p. 119 y ss.

³² *Responsabilidad patrimonial del Estado por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Su posible reclamación con carácter retroactivo según el Tribunal Supremo*, Madrid, 2001, p. 118 y ss.

³³ "Los efectos de la inconstitucionalidad de las leyes tributarias en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (en especial la ultraactividad transitoria de los preceptos inconstitucionales)", *Quincena Fiscal*, nº 13, 1996, p. 44. Véase también sobre el alcance y vinculación de los pronunciamientos de este Tribunal Constitucional el artículo de LEPSIUS

diciembre de 1970, de modificación del Tribunal Constitucional Alemán, que junto a la “declaración de nulidad” (*Erklärung der Nichtigkeit*) introdujo la “declaración de incompatibilidad” (*Erklärung der Unvereinbarkeit*), equivalente a la empleada por nuestro Tribunal Constitucional de simple inconstitucionalidad.

En dicha STC 45/1989 se acogió, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA³⁴, la doctrina de la llamada por el Tribunal Supremo americano, formulada en el año 1965 en su Sentencia Linkletter, prospectividad del fallo frente a la tradición de la *retroactividad* de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, al afirmarse en ella que la declaración de nulidad de una ley tiene tan sólo eficacia *pro futuro*, de donde cabría deducir que entre las situaciones jurídicas consolidadas que han de considerarse no susceptibles de poder ser revisadas figuran no sólo aquéllas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, sino también las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes, añadiéndose en citada STC 45/1989 “que tampoco en lo que se refiere a los pagos hechos en virtud de autoliquidaciones o liquidaciones provisionales o definitivas acordadas por la Administración puede fundamentar la nulidad que ahora acordamos pretensión alguna de restitución”.

Esta doctrina ha sido defendida, entre otros argumentos, en base a la circunstancia de que de no admitirse tal tipo de pronunciamientos probablemente no llegarían a declararse inconstitucionales un buen número de normas, por miedo a que la declaración de nulidad provocase hacia el pasado una serie de repercusiones difícilmente controlables, tanto desde la vertiente jurídica como, sobre todo, desde la económica, al tenerse que hacer frente a una serie de desembolsos económicos fruto de las declaraciones de inconstitucionalidad de las Leyes³⁵.

Semejante tesis de limitar en estos supuestos los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional cuando el fallo puede tener repercusiones en el equilibrio financiero del Estado, que, sin duda, tiene su parte de razón desde un punto de vista pragmático, es, sin embargo, en mi opinión, difícilmente defendible desde una óptica estrictamente jurídica, puesto que con ese mie-

“Sobre la vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 6, 2009, p. 28 y ss.

³⁴ “Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”, *Civitas, R.E.D.A.*, nº 61, 1989, CD-ROM, núms. 1-100.

³⁵ Así se pronunció, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA “Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”, *ob. cit.*, cuando escribió: “(...) se ve claro que el Tribunal Constitucional se ha sentido verdaderamente alarmado por la real catástrofe financiera que habría ocasionado una nulidad retroactiva de los preceptos impugnados. Es, justamente, la relación estrecha entre ambos conceptos (nulidad=catástrofe) la que le ha llevado a buscar en el ordenamiento constitucional otra solución y ha creído haberla encontrado en la adopción del criterio de la inconstitucionalidad prospectiva”.

Es éste un caso prototípico de lo que ya GARRIDO FALLA “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *R.A.P.*, nº 119, 1989, p. 36, calificó de “«prudente» postura que los Tribunales suelen adoptar cuando de condenar al Estado se trata”.

do a ocasionar una catástrofe presupuestaria se origina un déficit del control constitucional tributario, tal como han indicado diversos autores³⁶, y la misma fue, por cierto, muy criticada por el TJUE en su Sentencia de 11 de agosto de 1995, Asuntos acumulados C-367 a 377/93, Roders BV, en la que, de forma muy acertada a mi juicio, se declaró que si el Tribunal tuviese que atender a esta circunstancia: "(...) las violaciones más graves recibirían el trato más favorable, en la medida en que son éstas las que pueden entrañar las consecuencias económicas más cuantiosas para los Estados miembros. Además, limitar los efectos de una sentencia basándose únicamente en este tipo de consideraciones redundaría en un menoscabo sustancial de la protección jurisdiccional que los derechos de los contribuyentes obtienen de la normativa fiscal"³⁷.

Lo cierto, sin embargo, es que a partir de dicha Sentencia 45/1989 la *prospectividad* se ha instalado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, de forma tal que sus pronunciamientos en materia tributaria vienen, en bastantes casos, acompañados de unos efectos *pro futuro* de la exclusión del ordenamiento jurídico de normas tributarias sustantivas³⁸.

Debido a esta circunstancia de que las SSTC tengan ya, en gran parte de los supuestos, el contenido que se acaba de señalar, se generó un grave problema, que se aprecia básicamente en el seno del Derecho Financiero y Tributario, y que se produce cuando el ciudadano solicita, con base en la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, la devolución de ingresos indebidos satisfechos con cobertura en dicha norma.

³⁶ Véanse, entre otros GARCÍA NOVOA *La devolución de ingresos tributarios indebidos*, I.E.F., Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 140 y ss.; SÁNCHEZ SERRANO *Dictamen sobre medios de defensa de los contribuyentes desde el momento de la iniciación de un proceso constitucional en materia tributaria hasta la resolución del mismo y en otras situaciones de fundadas dudas de inconstitucionalidad de normas tributarias*, AEDAF, Monografía, nº 2, 1994, p. 30 y ss.; LÓPEZ MARTÍNEZ y GÓMEZ CABRERA "La judicialización del procedimiento de inspección y las posibilidades de actuación de los inspectores jefes ante las propuestas de liquidación de las actas", *Jurisprudencia Tributaria*, 1995-III, p. 1265 y ss.; HERRERA MOLINA "Los efectos de la inconstitucionalidad de las leyes tributarias en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (en especial la ultraactividad transitoria de los preceptos inconstitucionales)", *ob. cit.*, p. 51; CAAMAÑO ANIDO "Nuevos matices de la jurisprudencia comparada en materia de declaración de nulidad de una norma y devolución de ingresos indebidos", *Civitas, R.E.D.F.*, nº 92, 1996, p. 764 y ss., y MALVÁREZ PASCUAL *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o nulidad de disposiciones tributarias*, Monografías AEDAF, nº 12, Madrid, 1998, p. 58 y ss.

³⁷ Parecidas consideraciones se contienen también en, por ejemplo, las Sentencias de este mismo órgano de 2 de febrero de 1988, As. C-309/85, **Bruno Barra**; 31 de marzo de 1992, As. C-200/90, **Dansk Denkavit Aps y P. Poulsen Trading Aps**; 16 de julio de 1992, As. C-163/90, **Leopold Legros y otros**; 6 de diciembre de 1994, As. C-410/92, **Elsie Riga Johnson**, y 6 de julio de 1995, As. C-62/93, **BP Soupergaz**.

³⁸ Véanse, entre otras, sus Sentencias 179/1994, de 16 de junio; 185/1995, de 24 de diciembre; 194/2000, de 19 de julio; 289/2000, de 30 de noviembre; 234/2001, de 13 de diciembre; 137/2003, de 3 de julio; 193/2004, de 4 de noviembre; 189/2005, de 7 de julio; 179/2006, de 13 de junio, y 295/2006, de 11 de octubre, en todas las cuales se ha declarado, con parecidas expresiones literales, que por exigencia del principio de seguridad jurídica, tan sólo han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en dichas sentencias aquellas que, a las fechas de su publicación, no hubiesen adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre ellas.

Tal como ha quedado el sistema luego de la doctrina nacida de la tantas veces citada STC 45/1989 única y exclusivamente quien había instado en tiempo de la revisión del acto administrativo o de una declaración-liquidación podía aprovecharse, de forma retroactiva, del fallo del Tribunal declarativo de la inconstitucionalidad de la Ley correspondiente, siempre que, de acuerdo con lo ya manifestado, la sentencia resolutoria de tal recurso no se hubiese aún pronunciado, por lo que, en suma, ello equivalía, como se ha señalado muy gráficamente, a algo parecido a un “un premio al recurrente”.

En cambio, quien no había recurrido, se venía a encontrar con la desagradable sorpresa de que una vez recaída la STC en el sentido indicado, esto es, con efectos para el futuro, se le cerraban las puertas para conseguir su objetivo de que se le restituyese lo que en su momento ingresó en la Hacienda pública, lo que es, por decir poco, un verdadero dislate, la generación de una indeseable desigualdad de la que, claramente, salía favorecido quien había recurrido frente a quien no lo había hecho.

Esto, bajo cualquier perspectiva, no deja de ser, como ya expuse en otra ocasión³⁹, un verdadero dislate, la generación de una indeseable desigualdad de la que de manera muy clara salía favorecido quien había recurrido, frente a quien no lo había hecho.

El Tribunal Supremo reaccionó, como ya se ha dicho, contra citada doctrina del Tribunal Constitucional, propiciando y posibilitando un camino para obtener la restitución de lo ingresado con infracción de lo dispuesto por la propia Constitución, al establecer al respecto que es posible el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial derivada de un acto legislativo que haya sido declarado inconstitucional, basándose para ello en lo que ya había afirmado en, por ejemplo, su Sentencia de 11 de octubre de 1991, Recurso núm. 85/1987, de que el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos –Leyes– quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-legislador puede tener, origen en la inconstitucionalidad de la Ley⁴⁰.

³⁹ “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por la aplicación de actos legislativos”, ob. cit., p. 43.

⁴⁰ Con carácter general, en las SSTs de 26 de noviembre de 2009, Recurso de casación núm. 585/2008, 27 de noviembre de 2009, Recurso de casación núm. 603/2007, y 2 de junio de 2010, Recurso núm. 588/2008, se declaró que el principio de responsabilidad de los poderes públicos positivizado al máximo nivel en el artículo 9.3º de la Constitución Española y que tiene un valor normativo directo, sirviendo para estructurar, junto con otros, todo el sistema jurídico-político de nuestro Estado, “como todo principio general del derecho, cumple la triple función de expresar uno de los fundamentos del orden jurídico, servir de fuente inspiradora del ordenamiento y criterio orientador en su interpretación, así como operar en cuanto fuente supletoria del derecho para los casos de inexistencia o de insuficiencia de la regulación legal, *triple funcionalidad que autoriza a afirmar que no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad, estando el Estado obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin*

Los principales hitos en esta línea fueron la STS de 29 de febrero de 2000, Recurso núm. 49/1998, mediante la que se estimó el recurso en el supuesto de una persona que había agotado contra la aplicación de un gravamen complementario establecido en la Ley 5/1990, y que luego sería declarado inconstitucional en virtud de la STC 173/1996, de 31 de octubre, todas las instancias posibles; la STS de 13 de junio de 2000, Recurso contencioso-administrativo núm. 567/1998, en la que se estimó otro recurso, en este caso de un empresario que había ingresado lo que en aplicación de dicha Ley 5/1990 le correspondía pagar, pero que, a diferencia del caso anterior, no había recurrido con carácter previo, ejercitando las oportunas acciones judiciales a su alcance; y la STS de 15 de julio de 2000, Recurso contencioso-administrativo núm. 736/1997, en la que también se estimó otro recurso de similar naturaleza, y se aprovechó la ocasión para sistematizar la doctrina de esas otras dos precedentes sentencias, doctrina luego reiterada en multitud de pronunciamientos jurisdiccionales.

La controversia doctrinal generada por estas Sentencias originó que el Tribunal Supremo se tuviese que pronunciar de nuevo sobre el obstáculo que puede suponer para el ejercicio de la acción de responsabilidad lo previsto en los artículos 161.1.a), inciso final, de la Constitución, y 40.1, inciso inicial, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC, en adelante), normas que establecen determinados límites a la eficacia *ex tunc* de las declaraciones de inconstitucionalidad, y ello se produjo en la STS de 2 de junio de 2010, Recurso núm. 588/2008, que resolvió la impugnación formulada contra la resolución desestimatoria presunta de una reclamación de responsabilidad patrimonial por el menoscabo económico causado al actor por la aplicación del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad, declarado inconstitucional y nulo por la STC 68/2007, de 28 de marzo.

En dicha Sentencia se ratificó -aun con numerosos Votos Particulares, lo que prueba una vez más la gran complejidad que esta cuestión encierra- la doctrina recogida en las páginas precedentes, al declararse en ella que lo ordenado en citados artículos 161.1.a) de la Constitución y 40.1 LOTC no impide el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial sustentada en el perjuicio irrogado por la aplicación en la Sentencia dotada de ese valor de cosa juzgada de la Ley o norma con fuerza de Ley luego declarada contraria a la Constitución⁴¹.

excepción alguna”.

⁴¹ Se declaró a este respecto lo siguiente:

“El bien jurídico cuya protección se solicita al deducir esta pretensión está, nadie lo duda, claramente conectado con aquél que se solicitó en el proceso no revisable que feneció con esa sentencia, hasta el punto de que uno y otro pueden llegar a guardar una plena relación de equivalencia o utilidad económica, que les haría así, aunque sólo desde esta perspectiva, intercambiables. Pero no es el mismo bien jurídico; no hay identidad entre uno y otro. En el proceso fenecido lo era el derecho o derechos que a juicio del pretendiente derivaban de una concreta situación o relación jurídica. En el nuevo lo es el derecho a ser indemnizado cuando un tercero causa en su patrimonio un perjuicio que no tiene el deber jurídico de soportar. Como tampoco la hay necesariamente entre las partes de uno y otro proceso, entendidas con

4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL TRIBUTARIA POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. POSICIÓN INICIAL Y POSTERIOR RECTIFICACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Bienvenida sea, pues, esta doctrina del Tribunal Supremo, que parte de la premisa, que estimo acertada, de que: “En los casos en que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquél, constatada por dicha declaración, sólo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían, como hipótesis no descartable, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria, que aseverara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar el daño”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo pareció replegarse ante las críticas que su doctrina recibió, al no querer extender, en principio, su doctrina sobre la ley inconstitucional a las leyes contrarias al Derecho comunitario.

Ello se puso de relieve en relación con la cuestión litigiosa resuelta por la STJUE de 6 de octubre de 2005, As. 204/03, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España, que condenó en costas a éste por haber incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del Derecho comunitario y, en particular, de los artículos 17, apartados 2 y 5, y 19 de la de la Sexta Directiva⁴², al prever una prorrata de deducción del IVA soportado por los sujetos pasivos que realizaban únicamente operaciones gravadas, y al instaurar una norma especial que limitaba el derecho a la deducción del IVA correspondiente a la compra de bienes o servicios financiados mediante subvenciones, lo que suponía una indebida restricción al derecho a deducir, que constituye el eje cardinal sobre el que se estructura el IVA.

Ante ello procedía la adaptación de nuestro Derecho interno a la doctrina de esta Sentencia de 6 de octubre de 2005, lo que, sin embargo, no se llevó a cabo hasta la promulgación de la Ley 3/2006, de 29 de marzo. No obstante, la

la extensión con que lo hace el párrafo primero del artículo 222.3 LEC, pues en el fenecido sólo lo eran y sólo podían serlo quienes definían la situación o integraban la relación jurídica cuyo contenido o cuyos derechos se ponían en litigio, mientras que en el nuevo lo es el tercero tal vez ajeno a ellas a quien se imputa el daño antijurídico.

En suma, si lo que excluye la cosa juzgada es, tal y como dice el artículo 222.1 LEC, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo, no es ese efecto de exclusión el que producen aquellos artículos 161.1.a) de la Constitución y 40.1 LOTC para el posterior proceso de reclamación de responsabilidad, pues no es esa situación de identidad de objeto la existente entre éste y el anterior.

Mantenemos pues el criterio reiterado en la controvertida jurisprudencia que iniciaron aquellas sentencias de 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000, que afirma que la acción de responsabilidad patrimonial ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia que hizo aplicación de la ley luego declarada inconstitucional, y que dota por tanto de sustantividad propia a dicha acción”.

⁴² Véanse, en la actualidad, los artículos 167 y ss. de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA.

Dirección General de Tributos, adelantándose a dicha reforma legal, ya había procedido a emitir su Resolución 2/2005, de 14 de noviembre, en la que, en lo que atañe a la cuestión del efecto temporal de dicha Sentencia del Tribunal de Luxemburgo, se señaló, de forma sorprendente, que en los supuestos en los que se hubiere dictado una liquidación administrativa provisional o definitiva y ésta hubiese devenido firme, no podía procederse a la devolución de ingresos indebidos por aplicación del artículo 221.3 de la LGT⁴³.

Ante ello, esto es, ante esta muy deficiente regulación de esta cuestión en dicha Resolución, a los contribuyentes no les quedó más remedio para obtener la satisfacción de sus legítimas pretensiones que interponer reclamación de responsabilidad patrimonial contra la actuación del Estado Legislador que podía ejercitarse en el plazo de un año a contar de la publicación de mencionada STJUE de 6 de octubre de 2005, ya que, de acuerdo con la teoría de la *actio nata*, fue a partir de ese momento cuando se completaron los elementos fácticos y jurídicos que permitían en el ejercicio de la acción, según la doctrina sentada con carácter general por, entre otras, las SSTs de 13 de junio de 2000, Recurso núm. 567/1998; 12 de junio de 2003, Recurso núm. 46/1999; 31 de mayo de 2005, Recurso 294/03; 21 de diciembre de 2006, Recurso 73/06; 12 de septiembre de 2007, Recurso 205/06, y 18 de enero de 2011, Recurso núm. 541/2007.

Ello parecía plenamente posible por aplicación de la doctrina, antes referida, sustentada por el Tribunal Supremo a propósito de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990.

Sin embargo, existía para ello un grave obstáculo, toda vez que este Tribunal, inaplicando de forma indebida, en mi opinión, su anterior doctrina, no lo había entendido así en su Sentencia de 29 de enero de 2004, Recurso núm. 52/2002, al declararse en ella⁴⁴ -ante las pretensiones de un recurrente que había solicitado, invocando la aplicación de referida doctrina sobre responsabilidad patrimonial como consecuencia de la exacción indebida del gravamen complementaria de la tasa de juego, indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de acta de inspección por la deducción indebida de IVA, que luego resultó ser no conforme a derecho como consecuencia de la STJUE de 21 de marzo de 2000, Asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, Gabalfrisa, S.L., y otros contra la AEAT, que declaró que el artículo 111 de la LIVA vigente en ese momento contravenía la normativa comunitaria en cuanto difería el ejercicio del derecho a la deducción al momento de inicio efectivo de la actividad em-

⁴³ Y digo que es sorprendente porque citado precepto de la LGT no es, desde luego, tan rotundo como en esta Resolución se nos presentó, ya que el mismo dice que en estos supuestos en que los actos de aplicación de los tributos en virtud de los que un ingreso indebido hayan adquirido firmeza si se puede solicitar la devolución del mismo a través de una serie de cauces citados en tal artículo, lo que fue desconocido, sin duda de manera interesada, en mencionada Resolución 2/2005, que partió así de la premisa, en mi opinión errónea por la defensa a ultranza de los aspectos recaudatorios que la misma implica, de que la devolución no sería factible en ningún caso en este supuesto.

⁴⁴ Con doctrina que se reiteró en la posterior de 24 de mayo de 2005, Recurso núm. 73/2003.

presarial- que la doctrina mantenida por el propio Tribunal en los supuestos atinentes a referido gravamen:

“(...) no es trasladable a los supuestos en que una norma, en nuestro caso el artículo 111 de la Ley 37/92, es contrario a la legislación europea ya que tal contradicción es directamente invocable ante los tribunales españoles y por tanto la recurrente pudo recurrir en vía administrativa primero y en vía contenciosa después al acta de liquidación y tanto la administración como la jurisdicción posteriormente debían haber aplicado directamente el ordenamiento comunitario. La recurrente en este caso, al contrario de lo que acontece en los supuestos de gravamen complementario de la tasa de juego, sí era titular de la acción por (sic) invocar la contradicción entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento comunitario que debía ser aplicado directamente por los tribunales nacionales incluso aun cuando no hubiese sido invocado expresamente, por tanto la doctrina del acto firme y consentido unida al principio de seguridad jurídica justifica en este caso, el contrario de lo que hemos establecido en las sentencias citadas sobre ingreso indebido del gravamen complementario, la no aplicación al caso de autos de la doctrina sentada en aquellas sentencias y la desestimación de la pretensión indemnizatoria ya que la recurrente, al no impugnar el acta de conformidad levantada por la Agencia Tributaria, está obligada a soportar el perjuicio causado al no concurrir en el caso que nos ocupa la misma circunstancia que en las sentencias de esta sala anteriormente citadas”.

Esta Sentencia parece, en principio, razonable, ya que el obligado tributario no había impugnado, en este caso concreto, el acta que le había sido levantada por la Inspección tributaria, y, sin embargo, quería ampararse, *a posteriori* en la declaración del Tribunal de Justicia de Luxemburgo para exigir algo a lo que en su momento se aquietó, sin formular reparo de ninguna índole. Sin embargo esa pretendida razonabilidad cae de inmediato por su base, a poco que se tenga en cuenta, como ya se ha dicho, que el propio Tribunal Supremo había admitido, para el supuesto de reclamaciones de responsabilidad patrimonial como consecuencia de la exacción indebida del gravamen complementaria de la tasa de juego, que tal responsabilidad era igualmente apreciable en el caso de que los obligados tributarios hubiesen consentido los actos iniciales, sin interponer recurso alguno, hasta tanto ya conocieron la Sentencia del Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad de la Ley en la que los actos se basaban ¿Qué diferencia existe, pues, desde esta perspectiva entre uno y otro supuesto? No parece apreciarse ninguna.

Si se ha admitido que tras la declaración de inconstitucionalidad de una Ley se puede solicitar una reclamación de responsabilidad patrimonial para así poder obtener el resarcimiento patrimonial de los perjuicios económicos derivados de los actos aplicativos de tal Ley, exactamente lo mismo debiera hacerse cuando lo que se ha producido es una Sentencia del Tribunal de Luxemburgo declarando que unos determinados preceptos de una Ley interna vulneran el Derecho comunitario, supuesto en el que, aplicando la misma lógica, debiera ser plenamente posible

interponer una reclamación de responsabilidad patrimonial para así intentar el resarcimiento de los daños originados por actos dictados en aplicación de esos preceptos luego declarados contrarios a la normativa comunitaria.

En dicha STS de 29 de enero de 2004 se afirmó también, como nuevo argumento tendente a declarar la inaplicación de su precedente doctrina en materia de responsabilidad patrimonial, que “en el caso que enjuicamos la responsabilidad patrimonial que se demanda, de existir, lo sería por infracción de la normativa comunitaria, infracción que es apreciada en sentencia que resuelve una cuestión prejudicial y que por tanto no acarrea per se la desaparición *ex tunc* de la norma del ordenamiento jurídico, al contrario de lo que ocurre con una sentencia de inconstitucionalidad, ello con independencia de que los efectos de la nulidad de la Ley inconstitucional normalmente sean *ex nunc* correspondiendo al Tribunal apreciar su alcance en cada caso”.

Con ello parece apuntarse en este pronunciamiento del Tribunal Supremo que las Sentencias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo no tienen alcance retroactivo alguno, por lo que sus efectos sólo rigen para el futuro; no siendo, pues, aplicable su doctrina hacia el pasado, de forma tal que los actos dictados en aplicación de la norma luego declarada contraria al Derecho comunitario no podían ya ser revisados.

Sin embargo, esta afirmación es por completo infundada e incorrecta, ya que el propio Tribunal de Justicia de Luxemburgo⁴⁵, luego de recordar que el mismo tiene como misión aclarar y precisar, cuando es necesario, el significado y el alcance de una norma de Derecho comunitario, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor, ha declarado que de ello “resulta que la norma que ha sido interpretada por este Tribunal puede y debe ser aplicada por el Juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la Sentencia”.

Con ello se refuta este último argumento empleado por mencionadas SSTs para no aplicar al caso concreto su propia doctrina, puesto que la interpretación de una norma establecida por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo puede, y debe, aplicarse por el Juez nacional incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de dicha Sentencia, habiendo escrito a este propósito el Abogado General LÉGER, en las conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la STJUE de 23 de mayo de 1996, As. C-5/94, Hedley Lomas, que “el respeto de la primacía no exige solamente que deje de aplicarse una Ley contraria al Derecho comunitario. Exige también que se reparen los daños que su aplicación en el pasado ha provocado”⁴⁶.

⁴⁵ Véanse, entre otras, sus Sentencias de 14 de diciembre de 1995, As. C-312/93, Peterbroeck, Van Campenhout & C^{ie} SCS; 14 de enero de 1997, Asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95, Comateb y otros, y 30 de marzo de 2006, As. C-184/04, Uudenkaupungin kaupunki.

⁴⁶ Y es que, en definitiva, como bien se declaró por la STJUE de 5 de marzo de 1996, Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Brasserie du Pêcheur, “admitir que la obligación de indemnización a cargo del Estado miembro interesado pueda limitarse únicamente a los daños sufridos con

Por todo ello, en suma, considero muy desacertada la doctrina recogida en susodichas SSTs de 29 de enero de 2004 y de 24 de mayo de 2005, y, en consecuencia, entiendo que al supuesto que se viene analizando le era de plena aplicación la doctrina del Tribunal Supremo, reiterada en múltiples Sentencias, con base en la que si es perfectamente posible la solicitud de indemnización, en concepto de responsabilidad patrimonial, por las actuaciones del Estado Legislador, y ello mucho más cuando en la propia STJUE de 6 de octubre de 2005 se afirmó de forma concluyente que “no procede (...) limitar los efectos en el tiempo de la presente Sentencia”, con lo cual la misma tiene un alcance retroactivo total.

La crítica vertida a referidas SSTs de 29 de enero de 2004 y de 24 de mayo de 2005 ha encontrado eco en el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, que en su Sentencia de 26 de enero de 2010, As. C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L., contra Administración del Estado, se ha pronunciado en el mismo sentido considerado acertado en los párrafos anteriores, estimando, pues, la incorrección de la tesis sustentada por el Tribunal Supremo, tal como ya he indicado en otros trabajos anteriores⁴⁷.

En ella el Tribunal comenzó señalando -con cita de sus precedentes Sentencias de 30 de septiembre de 2003, As. C-224/01, Köbler, y 13 de marzo de 2007, As. C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation- que incumbe al Estado, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, reparar las consecuencias del perjuicio causado, entendiéndose que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (*principio de equivalencia*) y no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (*principio de efectividad*), principios éstos a la luz de los cuales procedía examinar esta cuestión.

posterioridad a que se haya dictado una Sentencia del Tribunal de Justicia en que se declare el incumplimiento de que se trate equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización reconocido por el ordenamiento jurídico comunitario”, debiendo recordarse a estos fines, siguiendo a D. SIMÓN “La responsabilité de l’Etat saisie par le droit communautaire”, *Actualité Juridique de Droit Administratif*, núms. 7-8/1996, p. 489, y a BERNARD-FRANK MACERA “La responsabilidad estatal por violación del ordenamiento comunitario: últimos pronunciamientos del TJCE”, *R.A.P.*, nº 167, p. 169, que la regla según la cual los particulares tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios que hayan sufrido como consecuencia de una violación del Derecho comunitario imputable a las autoridades nacionales conforma la columna vertebral de lo que ha sido definido por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo como “un principio inherente al sistema del Tratado”. Véase también CÓRDOBA CASTROVERDE “Responsabilidad patrimonial del Estado-juez por incumplimiento del Derecho comunitario”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 5, 2009, pp. 12 y 13.

⁴⁷ “Limitaciones al derecho a deducir en el IVA como consecuencia del régimen establecido para las subvenciones, y responsabilidad patrimonial del Estado español por infracción del derecho de la Unión Europea”, *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, nº 2, 2010, edición digital, y “Subvenciones y limitaciones del derecho a deducir el IVA. Responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea”, *Quincena Fiscal*, nº 9, 2011, p. 91 y ss.

Por lo que se refiere al *principio de equivalencia* recordó también este Tribunal –remitiéndose a sus Sentencias de 15 de septiembre de 1998, As. C-231/96, Edis; 1 de diciembre de 1998, As. C-326/96, Levez; 16 de mayo de 2000, As. C-78/98, Preston y otros, y 19 de septiembre de 2006, Asuntos acumulados C-392/04 y C-422/04, i-21 Germany y Arcor- que el mismo exige que el conjunto de normas aplicables a los recursos, incluidos los plazos establecidos, se aplique indistintamente a los recursos basados en la violación del Derecho de la Unión y a aquellos basados en la infracción del Derecho interno.

Por ello, en suma, para comprobar si se había respetado este principio de equivalencia en esta concreta controversia era preciso examinar si, habida cuenta de su objeto y de sus elementos esenciales, la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por Transportes Urbanos, basada en la infracción del Derecho de la Unión, y la que dicha sociedad habría podido interponer basándose en una posible infracción de la Constitución podían considerarse similares.

Y afirmó a este respecto el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, en esta Sentencia de 26 de enero de 2010, que procedía señalar que tenían exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado.

La única diferencia existente entre las dos reclamaciones mencionadas: la de responsabilidad patrimonial interpuesta por Transportes Urbanos, basada en la infracción del Derecho de la Unión Europea, y la que dicha sociedad habría podido interponer basándose en una posible infracción de la Constitución, consistía en que las infracciones jurídicas en las que se basaban habían sido declaradas, en un caso, por el Tribunal de Justicia mediante una sentencia dictada con arreglo al artículo 226 CE y, en otro, por una sentencia del Tribunal Constitucional español, circunstancia ésta que no era bastante para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia, razón por la que, en definitiva, estas dos reclamaciones podían considerarse similares, en el sentido de la jurisprudencia comunitaria.

Y de todo ello concluyó declarando el Tribunal, en referida Sentencia de 26 de enero de 2010, que “el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia dictada con arreglo al art. 226 CE sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente”.

De ello se desprende que los órganos jurisdiccionales españoles están obligados a aplicar tal doctrina, incluyendo entre los daños resarcibles los de-

rivados de la aplicación de las disposiciones generales nacionales vulneradoras del Derecho comunitario⁴⁸.

Y así efectivamente ha sucedido, toda vez que numerosas SSTs⁴⁹ han terminado por declarar aplicable, por el ya referido principio de equivalencia, su doctrina sobre responsabilidad del Estado legislador en los casos de violación de la Constitución, a los supuestos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario, precisando que existe una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por el particular, sin que dicha relación causal quede rota porque el reclamante no hubiese agotado los recursos administrativos o judiciales frente a la liquidación tributaria practicada, de todo lo cual se ha concluido declarando la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la limitación del derecho a la deducción del IVA soportado correspondiente a las subvenciones percibidas, que era contrario a lo que se establece en las Directivas comunitarias en materia de IVA, doctrina que estimo correcta y que conlleva, en definitiva, que debe admitirse sin duda alguna la procedencia de declarar la responsabilidad patrimonial en el caso de violación del ordenamiento comunitario.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALEGRE MARTÍNEZ: “Las potestades normativas del Gobierno en el contexto de la pertenencia a la Unión Europea”, en *Gobierno y Constitución. Actas del II Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*, VV.AA., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

ALONSO GARCÍA, M^a.C.: “La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador”, *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 12, 2010.

ARAGÓN REYES: *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

BEL y ESTRUCH MANJÓN: “Crisis financiera y regulación. Tentación, pecado, penitencia y propósito de enmienda”, *El Cronista del Estado Social y Democrático*

⁴⁸ Lo contrario supondría la imposición a este supuesto de un régimen jurídico más restrictivo que el mantenido por el Derecho interno frente a las leyes inconstitucionales, lo cual constituye un grave atentado contra la esencia del sistema europeo aplicable a la materia, como bien ha escrito ALONSO GARCÍA, C. “La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador”, *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 12, 2010, p. 81.

⁴⁹ Comentadas por, entre otros autores, SÁNCHEZ PEDROCHE “IVA, violación del Derecho de la UE y responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2, 2011, Westlaw Aranzadi, BIB 2011/586; CAYÓN GALIARDO “La responsabilidad patrimonial derivada de Leyes que vulneran el Derecho comunitario. Un planteamiento nuevo en la STS de 17 de septiembre de 2010”, *Revista Técnica Tributaria*, nº 93, 2011, p. 17 y ss., y DE JUAN CASADEVALL “La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador por infracción del derecho de la Unión en materia tributaria: la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010”, *Quincena Fiscal*, nº 9, 2011, p. 104 y ss.

de Derecho, nº 4, 2009.

BERNARD-FRANK MACERA: "La responsabilidad estatal por violación del ordenamiento comunitario: últimos pronunciamientos del TJCE", *R.A.P.*, nº 167.

BUSTOS GISBERT: "La transposición del Derecho Comunitario por el Gobierno", en *Gobierno y Constitución. Actas del II Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*, VV.AA., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

CAAMAÑO ANIDO: "Nuevos matices de la jurisprudencia comparada en materia de declaración de nulidad de una norma y devolución de ingresos indebidos", *Civitas, R.E.D.F.*, nº 92, 1996.

CALATAYUD PRATS: "La ejecución normativa del Derecho fiscal comunitario derivado en el Derecho interno", en *Estudios de Derecho financiero y tributario en homenaje al profesor CALVO ORTEGA*, VV.AA., Tomo II, Lex Nova, 2005.

CALMES: *Du principe de la protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et français*, París, 2001.

CAYÓN GALIARDO: "La responsabilidad patrimonial derivada de Leyes que vulneran el Derecho comunitario. Un planteamiento nuevo en la STS de 17 de septiembre de 2010", *Revista Técnica Tributaria*, nº 93, 2011.

CHECA GONZÁLEZ: "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por la aplicación de actos legislativos" *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 15, 2003.

-----: "Limitaciones al derecho a deducir en el IVA como consecuencia del régimen establecido para las subvenciones, y responsabilidad patrimonial del Estado español por infracción del derecho de la Unión Europea", *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, nº 2, 2010.

-----: "Subvenciones y limitaciones del derecho a deducir el IVA. Responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea", *Quincena Fiscal*, nº 9, 2011.

CONCHEIRO DEL RÍO: *Responsabilidad patrimonial del Estado por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Su posible reclamación con carácter retroactivo según el Tribunal Supremo*, Madrid, 2001.

CÓRDOBA CASTROVERDE: "Responsabilidad patrimonial del Estado-juez por incumplimiento del Derecho comunitario", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 5, 2009.

DE JUAN CASADEVALL: "La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator por infracción del derecho de la Unión en materia tributaria: la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010", *Quincena Fiscal*, nº 9, 2011.

DÍAZ: "Estado de Derecho y sociedad democrática", en *Constitución, Estado de las Autonomías y justicia constitucional. (Libro homenaje al profesor GUMERSINDO TRUJILLO)*, VV.AA., Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

FALCÓN Y TELLA: "La llamada jurisprudencia «prospectiva»: precisiones sobre el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de normas tributarias", *Quincena Fiscal*, nº 7, 1997.

FRANZONI: "Los viejos y los nuevos derechos en la sociedad cambiante", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 1, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA: "Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales", *Civitas, R.E.D.A.*, nº 61, 1989, CD-ROM, núms. 1-100.

-----: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.

-----: "La democracia y el lugar de la Ley", en *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, VV.AA., Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.

-----: *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*, Thomson, Civitas, 2005.

GARCÍA NOVOA: *La devolución de ingresos tributarios indebidos*, I.E.F, Marcial Pons, Madrid, 1993.

GARCÍA ROCA "Del principio de la división de poderes", en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo LUCAS VERDÚ*, UNAM Méjico-UCM, Tomo II, 2001.

GARRIDO FALLA: "Sobre la responsabilidad del Estado legislador", *R.A.P.*, nº 118, 1989.

-----: "La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado", *R.A.P.*, nº 119, 1989.

-----: "A vueltas con la responsabilidad del Estado legislador: Las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991 y de 5 de marzo de 1993", *Civitas, R.E.D.A.*, nº 81, 1994.

GONZÁLEZ NAVARRO: "Potestad legislativa del Estado y potestad reglamentaria. Autonomía de las nacionalidades y regiones", en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Vol. II, VV.AA., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: "Responsabilidad del Estado legislador: pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de la Ley 30/1992", *Civitas, R.E.D.A.*, nº 104, 1999.

GUTIÉRREZ DE GANDARILLA GRAJALES: "Los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley fiscal y la responsabilidad del Estado legislador", *Revista de Contabilidad y Tributación*, C.E.F., nº 224, 2001.

HERRERA MOLINA: "Los efectos de la inconstitucionalidad de las leyes tributarias en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (en especial la ultraactividad transitoria de los preceptos inconstitucionales)", *Quincena Fiscal*,

nº 13, 1996.

JOVER GÓMEZ-FERRER y GARCÍA-MANZANO JIMÉNEZ DE ANDRADE: "Las garantías del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea: prevención frente a los incumplimientos y formas de repercusión", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 26, 2012.

LEGUINA VILLA y DESDENTADO DAROCA: Portalderecho. www.iustel.com

LEPSIUS: "Sobre la vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 6, 2009.

LÓPEZ MARTÍNEZ y GÓMEZ CABRERA: "La judicialización del procedimiento de inspección y las posibilidades de actuación de los inspectores jefes ante las propuestas de liquidación de las actas", *Jurisprudencia Tributaria*, 1995-III.

MALVÁREZ PASCUAL: *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o nulidad de disposiciones tributarias*, Monografías AEDAF, nº 12, Madrid, 1998.

MARCILLA CÓRDOBA: *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

MARTÍN JIMÉNEZ: "El Derecho financiero constitucional de la Unión Europea", *Civitas, R.E.D.F.*, núms. 109-110, 2001.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ: "Sobre lo jurídico y lo justo", en *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, VV.AA., Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.

MONTORO CHINER: "Técnica normativa y órganos consultivos. Perspectiva europea", *Revista española de la función consultiva*, núm. 2, 2004.

MORENO FERNÁNDEZ: *La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2009.

ORÓN MORATAL: "Consecuencias de la integración en las Comunidades Europeas sobre el Derecho Financiero y Tributario", *Civitas, R.E.D.F.*, nº 97, 1998.

OSSEN-BÜHL: "La responsabilidad de los poderes públicos en la república Federal de Alemania", en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, VV.AA., Tecnos, Junta de Andalucía, 1995.

PORRAS NADALES: "La función de gobierno y la dialéctica entre política y Administración", en *Gobierno y Administración en la Constitución*, VV.AA., Vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

PULIDO QUECEDO: "La responsabilidad del Estado Legislador por declaración de inconstitucionalidad de una ley", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 7, 2000, Westlaw Aranzadi BIB 2000/494.

QUINTANA LÓPEZ: "La responsabilidad del Estado legislador", *R.A.P.*, nº 135, 1994.

SÁNCHEZ PEDROCHE: "IVA, violación del Derecho de la UE y responsabilidad patrimonial del Estado", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2, 2011, Westlaw Aranzadi BIB 2011/586.

SÁNCHEZ SERRANO: *Dictamen sobre medios de defensa de los contribuyentes desde el momento de la iniciación de un proceso constitucional en materia tributaria hasta la resolución del mismo y en otras situaciones de fundadas dudas de inconstitucionalidad de normas tributarias*, AEDAF, Monografía, nº 2, 1994.

SANTAMARÍA PASTOR: "La teoría de la responsabilidad del Estado legislador", *R.A.P.* nº 68, 1972.

SIMÓN: "La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire", *Actualité Juridique de Droit Administratif*, núms. 7-8/1996.

SIMÓN ACOSTA: "Daños antijurídicos imputables a las leyes tributarias", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 794/2010, Westlaw Aranzadi BIB 2010/258.

VALADÉS: "Problemas constitucionales de los flujos financieros internacionales", en *Constitución, Estado de las Autonomías y justicia constitucional. (Libro homenaje al profesor GUMERSINDO TRUJILLO)*, VV.AA., Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

VILLAR EZCURRA: "La protección a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima frente a las reformas tributarias retroactivas: consideraciones en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el 'gravamen complementario' de las tasas de máquinas de azar", *Quincena Fiscal*, nº 6, 1997.

XIFRA HERAS: "El Gobierno y la función política", en *Gobierno y Administración en la Constitución*, VV.AA., Vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.



A NATUREZA DO SISTEMA DE GOVERNO NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1911

*Ivo Miguel Barroso**

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o sistema de governo português adotado sob a égide da Constituição de 1911, tendo por base o seu duplo aspecto: a partir da Constituição formal, ou oficial, e das práticas institucionais. O que se observa é uma dupla contradição, tanto no plano formal ou interno, quanto na correlação entre este e a prática constitucional. Quanto aos dispositivos da carta, estes mostravam-se vacilantes, ora indicando um executivo monista, ora dualista. Percebe-se que esta ambiguidade culminou em uma carta repleta de lacunas, imprecisa e desconexa. Embora presentes traços parlamentaristas, como o fato de o presidente ser eleito por um colégio eleitoral e seus atos se sujeitarem ao referendo dos ministros, tais aspectos não chegam a consagrar um sistema parlamentar típico, vez que o Presidente não respondia politicamente perante o Parlamento. No que se refere à prática constitucional, percebe-se o protagonismo das normas costumeiras no delinearmento da arquitetura institucional, algumas delas flagrantemente “contra legem”, que fortaleceram o modelo do executivo dualista, suprimindo o modelo que era, a priori, dualista.

Palavras-chave

Constituição Portuguesa de 1911. Sistema de Governo. Sistema parlamentar.

ABSTRACT

This paper analyzes the Portuguese government system adopted under the aegis of the Constitution of 1911, based on its dual aspect: from the formal Constitution, or official, and from institutional practices. What is observed is a double contradiction, not only in the formal or internal, but even in the correlation between this last and the constitutional practice. With regard to the provisions of the letter, they showed themselves wavering, sometimes indicating a executive unitary, and sometimes showing a dualistic executive. It is highlighted that this ambiguity has resulted in a letter full of gaps, vague and confused dispositions. Although parliamentary obvious characteristics, such as the fact that the president be elected by an electoral college and its acts to be subject to a referendum of the ministers, such issues do not come to dedicate a typical parliamentary system, because the President did politically respond to Parliament. With regard to the constitutional practice, it is clear the protagonism of customary norms in the design of its institutional architecture, some of them patently "against legem," had strengthened the executive dualistic model, overcoming the model which in the beginning was dualistic.

¹ Abreviaturas: PR = Presidente da República; cap. = capítulo; diss. = dissertação; ed. = edição; par. = parágrafo; s.d. = sem data; s.l. = sem local.

Mestre em Direito e Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Keywords

Portuguese Constitution of 1911. Government system; Parliamentary system.

0. Duas observações preliminares impõem-se em relação à delimitação do objecto de estudo:

Como é sabido, seguindo a lição do Professor JORGE MIRANDA, sistema de governo consiste no sistema de relacionamento entre os **órgãos da função política**¹ (excluindo, portanto, os órgãos integrados no poder judicial).

Todavia, em virtude da especificidade do objecto do tema, teremos de fazer um desvio e incluir a análise da organização judiciária, por duas razões: i) uma vez que, no sistema convencional, os tribunais se encontram integrados no poder executivo; ii) na prática constitucional, prevaleceu o entendimento de os “tribunais do contencioso” administrativo pertencerem à esfera do poder executivo.

Por outro lado, teremos de fazer uma menção acerca da separação vertical de poderes, dado o sistema deveras “*sui generis*” da I República.

0.1. Alguma Doutrina propõe, para a Constituição de 1911, a qualificação de um sistema parlamentar de assembleia² “*tout court*”³ ou de um sistema

¹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo III, Estrutura constitucional do Estado, 5.ª ed., revista e actualizada, Coimbra Editora, 2004, III, 5.ª ed., n.º 69.III, pg. 272, n. 110. II, pg. 395; IDEM, *Manual...*, II, 6.ª ed., n.º 3.II, pg. 24; IDEM, *Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2004, pgs. 204.

² A designação não é a mais feliz, pois o Parlamento pode ter uma estrutura bicameral.

³ A qualificação com sistema parlamentar era relativamente consensual durante a I República (por exemplo, ANTÓNIO LUÍS GOMES, sessão de 1 de Agosto de 1921 da Câmara dos Deputados (*apud* JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Tradição e Revolução. Uma biografia do Portugal Político do século XIX ao XXI*, volume II (1910-2005), Tribuna, Lisboa, 2005, pg. 279). Na Doutrina, apesar de admitir que não o era na sua pureza, ROCHA SARAIVA, *Direito Político*, Esboço de curso professado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pelo Ex.mo Snr. Doutor Rocha Saraiva em 1924-1925, ROMULO DA ROSA MENDES, Imprensa Lucas, Lisboa, 1925, pgs.76, 164-165.

Mantendo essa qualificação, *Relatório da Constituição* (28 de Maio de 1932), I (publicado por ANTÓNIO DE ARAÚJO, in *Nos albores da Constituição Política de 1933: notas à margem de um manuscrito de Salazar*, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Tribunal Constitucional, separata, Coimbra Editora, 2003); JOÃO AMEAL, *Decálogo do Estado Novo*, 1934, VI, *apud* JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Tradição e Revolução*, II, pg. 419.

Na Doutrina, considerando tratar-se de um sistema parlamentar de assembleia “*tout court*”, MARCELLO CAETANO, *Constituições portuguesas*, 7.ª ed., segundo a última edição revista e actualizada pelo autor com a análise do texto inicial da Constituição de 1976, Verbo, Lisboa, 1994, pgs. 92, 97 (e na pg. 99, embora aqui falando “na prática”); MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6.ª ed., revista e ampliada por MIGUEL GALVÃO TELLES, tomo II, Coimbra, 1972, pg. 649 (mas na pg. 623 alude a sistema parlamentar de assembleia); MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO / ANTONIO DE ARAÚJO, *Para a História da fiscalização da constitucionalidade em Portugal*, (Comentário ao acórdão de 23 de julho de 1907, Supremo Tribunal de Justiça), in *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. III / 2003, pg. 171; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pgs. 164-165; LUÍS BIGOTTE CHORÃO, *A crise da República e a Ditadura Militar* (título académico: *Crise política e política do Direito – o caso da Ditadura Militar*), diss., 1.ª ed., Sextante, Lisboa, 2009, pgs. 227, 276; ARMANDO M. MARQUES GUEDES, *Sistemas políticos*, in *Estudos de Homenagem*

parlamentar de assembleia atípico⁴.

Temos reservas em relação a esta posição, mesmo nesta última vertente. Com efeito, o sistema parlamentar nada tem que ver com o maior ou menor peso do parlamento⁵.

Em nosso entender, tratou-se de um sistema atípico, híbrido ou misto, entre o convencional e o parlamentar de assembleia.

A larga maioria dos constituintes pretendia o predomínio do Parlamento sobre os órgãos detentores do poder executivo, em contraste com a experiência anterior⁶.

Os modelos inspiradores, à excepção da prática da III República francesa, distavam do sistema parlamentar⁷.

ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial, 1993, pg. 280; FERNANDO FARELO LOPES, *Um regime parlamentarista de partido dominante*, in *Portugal Contemporâneo*, direcção de ANTÓNIO REIS, volume III (1910-1926), Alfa, Lisboa, 1990, pg. 92; JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Tradição e Revolução*, II, pg. 264; JOSÉ LUÍS R. MOREIRA DA SILVA, *Das leis orgânicas na Constituição da República Portuguesa*, AAFDL, Lisboa, 1991, pg. 41; RAÚL RÊGO, *História da República*, volume III, O Fimar do Regime, Círculo de Leitores, s.l., 1987, pg. 118 (assinalando a “supremacia parlamentar”); MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os partidos políticos no Direito constitucional português*, diss., Livraria Cruz – Braga, 1983, pgs. 142, 150, 173, 174 e notas 304 e 305, 175, 177-178 (referindo, porém, noutra passagem, que a Constituição de 1911 consagrou um “parlamentarismo quase puro” (pg. 142); e, noutra obra, que, foi consagrado um “sistema de governo integral ou puro” - MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional. I — Introdução à Teoria da Constituição*, Livraria Cruz, Braga, 1979, p. 328).

⁴ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, I, 8.ª ed., Coimbra Editora, 2009, n.º 103.II, pg. 283.

⁵ JORGE REIS NOVAIS, *Semipresidencialismo*, *Semipresidencialismo*, I, Teoria do sistema de governo semipresidencial, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pg. 40.

⁶ “[T]odo o nosso passado político se caracterizou pelo domínio absoluto do executivo.

«Subia um partido, todo o país era desse partido. O executivo mudado de alto a baixo faria a Câmara dos Deputados.» (SEVERIANO JOSÉ DA SILVA, sessão n.º 16, de 7 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911 (De 15 de Junho a 25 de Agosto)*, reedição do Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Assembleia da República, Lisboa, 1986, pg. 15 (75)); o legislativo era “completamente dependente e dominado pelo executivo” (SEVERIANO DA SILVA, sessão n.º 36, de 2 de Agosto de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 20 (282)); no mesmo sentido, Discurso proferido pelo Sr. Deputado JOÃO GONÇALVES, *Appendice á sessão n.º 21, de 14 de Junho de 1911*, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 27 (132)); EDUARDO DE ALMEIDA, sessão n.º 19, de 12 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 10 (108); proximamente, JOÃO DE FREITAS, sessão n.º 40, de 8 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pgs. 30 (418).

“Vivemos, então, dentro da anarquia administrativa” (JOSÉ BARBOSA, sessão n.º 16, de 7 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 20 (63)).

“Antigamente as cousas estavam de forma que o poder executivo era tudo, e o poder legislativo era nada. Agora vamos estabelecer precisamente o contrário.

«É o poder legislativo que tudo pode, e não o poder executivo.” (JOÃO DE FREITAS, sessão n.º 40, de 8 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 29 (417)); pretendendo, assim, “um sistema absolutamente oposto” ao da Carta (*ibidem*);

⁷ Citava-se amiúde preceitos de Constituições em que havia equilíbrio entre poder legislativo e poder executivo: Constituição presidencialista brasileira de 1891 e também da Constituição directorial suíça. TEÓFILO BRAGA criticava de forma contundente o “ecletismo arbitrário” do primeiro Projecto da Comissão:

“não há pontos de vista de doutrina, não há critério científico ou político; faz-se como uma cousa material

Vejamos porque duvidosamente merece a qualificação de **parlamentar**.

1. UMA DÚVIDA: SERIA O EXECUTIVO MONISTA OU DUALISTA?

Condição de base para este sistema de governo é o **Executivo dualista**; aspecto em relação ao qual a Constituição, em termos sistemáticos, é titubeante, errática, contraditória.

Os artigos 26.^o, 31.^o e 36.^o (no mesmo sentido, tantos outros preceitos da Constituição, que se referiam ao “*Poder Executivo*” como órgão uno¹⁰) demonstram a tendência que prevaleceu até bem próximo do final do debate: a de consagrar um Executivo monista¹¹,

À falta de melhor explicação, cremos que a Comissão seguiu os moldes das Constituições monárquicas (designadamente da velha Carta Constitucional¹²) ou, em alternativa, os Projectos por ela apresentados assentavam num equívoco de monta: o de tentar copiar uma norma da Constituição brasileira de 1891, que consagrava um sistema de governo presidencial¹³, quando o sistema poderia ser tudo menos presidencial.

Ignorando, no entanto, a tradição portuguesa desde 1834 e a necessidade

desconexamente amalgamada e ilógica.

«Sem se saber como nem para quê, vamos arrancar daqui, dali, uma disposição, um artigo (...) / (...) / Foram buscar um figurino estrangeiro, sem sistema, sem método ou critério, essencial em toda a obra da inteligência.” (in sessão n.º 23, de 18 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 17 (159).

É certo que a Comissão da Constituição dispôs de pouco tempo para a elaboração do Projecto, e que se tratava da terceira forma institucional republicana na Europa (depois da Suíça e da França). Mas tal não se afigura suficiente para explicar as deficiências técnico-jurídicas na configuração do sistema de governo, reveladas durante os debates na generalidade e na especialidade.

Os constituintes não tinham ideias clarividentes acerca da engenharia constitucional do sistema que pretendiam criar.

⁸ Tendo como fonte o Projecto da Comissão (arts. 26.^o a 28.^o).

⁹ Resultante de resultou de propostas idênticas de ALFREDO DE MAGALHÃES, sessão n.º 43, de 10 de Agosto de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 12 (371)) e de AFFONSO COSTA, *ibidem*, pg. 13 (372)).

¹⁰ Artigos 12.^o, 20.^o (corpo do preceito), 23.^o, al. c), 25.^o, § único, 26.^o, incisos 4.^o e 14.^o, §§ 1.^o e 3.^o, 27.^o, 28.^o, 55.^o, 63.^o.

¹¹ Assim, o Projecto da Comissão e a maioria dos Projectos apresentados.

É certo que com algumas excepções, em certos Projectos de Constituição (os de TEÓFILO BRAGA (*Anexo. apresentados à Assembleia Nacional Constituinte*, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 548, artigo 50.^o, 2.^o inciso – “Governo ou Ministério”; do Jornal “*A Lucta*” (*Anexo. Projectos de Constituição...*, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 574), de CUNHA E COSTA (pg. 583), MANUEL GOULART DE MEDEIROS (pg. 612), de NUNES DA MATA (pg. 620), de BASÍLIO TELES (pg. 638) (e também, embora contraditoriamente, do de JOÃO GONÇALVES (pgs. 591-592 (artigos 77.^o, 82.^o a 88.^o) e de algumas vozes no decorrer da discussão (AFONSO DE LEMOS, sessão n.º 39, de 7 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 17 (322)); JACINTO NUNES, sessão n.º 22, de 17 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 14 (141), 15 (142)).

¹² Cfr. *Relatório da Constituição* (28 de Maio de 1932), I.

¹³ Neste sistema, o Chefe de Estado é irresponsável politicamente perante o Congresso, como se sabe.

de um Executivo dualista como pressuposto de um sistema parlamentar, para um Deputado constituinte admirador do sistema presidencial, o “Presidente do Conselho” seria “[u]ma escrescência dentro do regime, (...) uma duplicata do Presidente da República” (sic)¹⁴.

A sua existência seria “absolutamente desnecessária e perigosa”¹⁵.

Os ministros não se reuniriam em gabinete, “mas como membros do mesmo poder”, combinando com o PR as medidas” a tomar¹⁶.

Foi, pois, consagrado um Executivo monista, até mais de metade de aprovação na especialidade dos preceitos da Constituição.

1.1. Porém, esta opção foi em parte inflectida no final da discussão, através da proposta de aditamento de um novo preceito (futuro artigo 53.º), por SIDÓNIO PAES¹⁷ – no intuito de clarificação do modelo: considerando ser “indispensável que fique na nossa Constituição quem é que” nomeia¹⁸ o Presidente do Ministério e quem “preside ao Conselho de Ministros, se o Presidente da República se um Ministro”¹⁹.

Esta proposta reescrevia, “remendava” artigos anteriormente aprovados, que previam um Executivo monista.

A Constituição era, pois, indecisa, contraditória quanto à bicefalia do poder executivo, havia duas versões, dois sentidos, resultantes da Constituição, quanto à respectiva configuração:

- i) A primeira, decorrente dos arts. 26.º, 36.º e todos os outros mencionados, que previam o Executivo monista; e do elemento

¹⁴ JOSÉ BARBOSA (membro da comissão), sessão n.º 47, de 14 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 11 (430).

¹⁵ EDUARDO DE ALMEIDA, sessão n.º 47, de 14 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 11 (430)). Considerando que Portugal se estava adiando aos outros povos, “Seria um embaraço à (...) evolução política” consagrar o Gabinete e a figura do Presidente do Ministério; não seria mesmo “matéria constitucional” (IDEM, *ibidem*).

¹⁶ JOSÉ BARBOSA, sessão n.º 16, de 7 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 21 (64).

¹⁷ Por ironia histórica, este proponente que viria a ser o maior opositor do sistema parlamentar e do inerente Executivo dualista.

Na altura, certamente, SIDÓNIO PAES (um militar - oficial de Artilharia - e académico (Doutor em Ciências Matemáticas, na Universidade de Coimbra), director da Escola Industrial Brotero, não um político profissional, embora demonstrasse intuição, manifestamente não ainda as convicções políticas que viria a assumir:

- i) O corporativismo; pelo contrário, combatue as influências corporativas na composição do Senado (como é sabido, em 1918, viria a defender a ideia oposta: a representação especializada (regional e profissional), como alternativa à representação baseada no sufrágio universal (cfr. PAULO OTERO, *A concepção unitarista do Estado na Constituição de 1933*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXI, 1990, pgs. 448-449);
- ii) O Executivo monista e o sistema presidencial.

¹⁸ Este foi o contributo aditivo de MACHADO SERPA à proposta de SIDÓNIO PAES (sessão n.º 48, de 15 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 13 (372)).

¹⁹ SIDÓNIO PAES, sessão n.º 48, de 15 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 13 (372)).

sistemático, que o pressupunha inequivocamente;

ii) A segunda assentava numa única norma, que, sem margem para dúvidas, instituiu o modelo oposto, instituindo o Governo, enquanto órgão autónomo do Chefe de Estado²⁰.

Parece não haver dúvida de que há incompatibilidade de conteúdos.

Como resolver esta contradição lógica?²¹

É de excluir a aplicação do princípio “*lex posterior...*”, no mesmo diploma; trata-se de normas da mesma hierarquia, que entraram em vigor na mesma data.

O elemento sistemático também não salva, pois, a contradição, antes a denuncia. Se a norma estivesse logo após o artigo 26.º, entender-se-ia; estando localizada sistematicamente no fim da Constituição, provoca uma antinomia insanável sobre a configuração do Executivo:

A contradição, em bom rigor, não parece sanável.

Duas vias metodológicas seriam pensáveis para resolver o conflito:

Uma primeira, passaria pela por uma interpretação ab-rogante do artigo 53.º, reputando-a letra morta, vazia de conteúdo; levando a que as restantes recobrassem plenamente o seu sentido.

Todavia, apesar de se tratar apenas de uma única disposição dissonante, é duvidoso considerar o artigo 53.º como secundário e acessório²²; para além de a interpretação revogatória ter um carácter de “*ultima ratio*”²³.

Parece-nos, pois, em alternativa que talvez melhor solução seria considerar que existe uma **lacuna de colisão**, por antinomia entre disposições de igual força que se elidem reciprocamente²⁴; por força da contradição insolúvel

²⁰ Nesse sentido, a proposta subjacente ao artigo 53.º era a de que o PR ficasse “*completamente independente do poder executivo [Ministério], para vantagem da República e principalmente do próprio Presidente*” (MACHADO SERPA, sessão n.º 48, de 15 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 13 (372)).

Considerando que “*a solução que está conforme com o espírito da Constituinte*” seria a de que o PR não pudesse presidir ao Conselho de Ministros, MARNOCO E SOUZA, “*Constituição Política da República Portuguesa. Commentario*”, F. França Amado, Coimbra, 1913, pgs. 541, 542.

²¹ Salvo o devido respeito, não é verdade supor que, considerando apenas o artigo 53.º, fosse consagrado “*um regime de gabinete*” (diversamente, JOSÉ FERREIRA MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa. Commentario*”, F. França Amado, Coimbra, 1913, pg. 539; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.ª ed., pg. 173).

²² Cfr. FRANCESCO FERRARA, *Interpretação e aplicação das leis* (capítulos III, IV e V do *Tratatto de Diritto Civile italiano*, vol. I, Roma, 1921), trad. de MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, 4.ª ed., Arsénio Amado – Editor Sucessor, Coimbra, 1987, pg. 152.

²³ Neste sentido, EMILIO BETTI *Interpretação da lei e dos actos jurídicos. Teoria geral e dogmática. Teoria geral e dogmática* (original: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, 1.ª ed. italiana de 1949; 2.ª ed. posterior), Martins Fontes, São Paulo, 2007, § 49, pg. [pg. 175] (221).

²⁴ FRANCESCO FERRARA, *Interpretação e aplicação das leis*, pg. 157.

de normas²⁵, faltam os correspondentes critérios de validade²⁶: invalidade de “ambas” as normas²⁷, um espaço jurídico, à primeira vista “duplamente ocupado”, fica a constituir um espaço jurídico “desocupado”²⁸.

“Em sede interpretativa apenas, a aplicação de qualquer das normas em concurso com exclusão da outra seria arbitrária. Ora, como a aplicação simultânea das duas se mostra impossível ou absurda, (...) as duas normas se anulam uma à outra”²⁹.

Diga-se, nesta última hipótese, que a solução mais condizente com o espírito da Constituição e com a abundância das normas que consagram o Executivo monista, apontaria no sentido de preencher a lacuna, mediante uma fórmula normativa materialmente coincidente as primeiras normas (isto é, chegar-se-ia à mesma solução anterior, da prevalência da maioria das disposições).

Em segundo lugar – ainda que ficcionando que era tomada a segunda opção, ou seja, o de a Constituição consagrar o Governo autónomo do Chefe de Estado –, pressuposto essencial do sistema parlamentar é o de que esse Governo responda politicamente, de forma solidária, perante o Parlamento³⁰.

Ora, a Constituição de 1911 não a consagra essa responsabilidade política unitariamente³¹, nem, por conseguinte, os princípios da colegialidade e da

²⁵ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito* (original alemão: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2.ª ed., Duncker & Humblot, Berlim, 1983, Berlim), Introdução e tradução de A. MENEZES CORDEIRO, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pg. 222; IDEM, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, diss., 2., überarbeitete Auflage, Duncker & Humblot, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 3, Berlim, 1983 (1.ª ed. de 1964), pg. 65.

²⁶ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema...*, pg. 222.

²⁷ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema...*, pgs. 222-223.

²⁸ Expressão de KARL ENGISCH - JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis (Limites das leis e conflitos de leis)*, diss., reimpressão, Almedina, Coimbra, 1998, pg. 218; IDEM, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, 9.ª (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1996, pg. 196.

²⁹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*, pg. 218; IDEM, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, pg. 196.

³⁰ Consagrados pela Constituição francesa - artigo 6.º da Lei de 25 de Fevereiro de 1875, relativa à organização dos poderes públicos.

³¹ Neste sentido, JOSÉ FERREIRA MARNOCO E SOUZA, “*Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario”, F França Amado, Coimbra, 1913, pgs. 529 e 530: “perante a letra da (...) Constituição, a responsabilidade dos ministros é simplesmente individual, embora isso constitua um abandono das tradições parlamentares” (pg. 530). Ela estava excluída pelo artigo 51.º. JOSÉ BARBOSA, membro da Comissão da Constituição, entendia que as disposições do Projecto não a previam. De resto, a primeira parte da regra do artigo 51.º viria a constar da Constituição de 1933 (artigo 114.º), militantemente antiparlamentar.

Em sentido contrário, MARCELLO CAETANO, *Constituições Portuguesas*, 7.ª ed., segundo a última edição revista e atualizada pelo autor com a análise do texto inicial da Constituição de 1976, Verbo, Lisboa, 1994, pg. 90; JORGE MIRANDA, *Manual...*, I, 8.ª ed., n.º 103.II, pg. 283; PAULO OTERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo: Enquadramento dogmático-constitucional*, diss., volume I, Lex, Lisboa, 1995, pg. 354; JOÃO B. SERRA, *O sistema político da Primeira República*, pg. 110; JAIME VALLE, *A participação do Governo no exercício da função legislativa*, diss., Coimbra Editora, 2004, pg. 24; também RAÚL RÊGO, *História da República*, III, 1987, pg. 118.

solidariedade entre Ministros (apenas, quando muito, uma responsabilidade “unilateral” do Presidente do Ministério), apesar de o problema ter sido discutido nos trabalhos preparatórios³².

Foi antes consagrada uma “responsabilidade política” individual de cada Ministro, “pelos actos que legalizar ou praticar” (artigo 51.º, 1.º par.), a par.), tendo o “direito de ser ouvido em defesa dos seus actos (artigo 52.º, “in fine”).

Nesse sentido, era previsto um dever de comparência dos Ministros nas sessões do Congresso (artigo 52.º, 1.ª parte)³³.

Novamente aqui, o artigo 53.º encontra-se em antinomia com o anterior, pois previa que o Presidente do Ministério responderia também pelos assuntos de “política geral”.

Não estava claro que, os membros do Executivo obedecessem aos princípios da colegialidade e da solidariedade³⁴.

Quando muito, a admitir-se a prevalência do artigo 53.º sobre todos os outros preceitos – o que é, no mínimo, duvidoso –, seria estabelecida apenas a responsabilidade do Presidente do Ministério pelos actos dos restantes Ministros – como refere MARNOCO E SOUZA, “se houvesse a responsabilidade solidária, não seria necessário dizer no art.º 53.º que o presidente de ministros é responsável não só pelos negócios da sua pasta, mas também pelos da política geral.” (in *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 529).

³² Nestes, foram delineadas foram desenhadas várias tendências:

i) A daqueles que defendiam a “responsabilidade colectiva, ou chamada de gabinete” (defendendo este tipo de responsabilidade, em conformidade com as tradições parlamentares, ALEXANDRE BRAGA, sessão n.º 44 (nocturna), de 10 de Agosto de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 4 (383));

ii) A de “alguns campeões do regime presidencialista” (cfr. ALEXANDRE BRAGA, sessão n.º 44 (nocturna), de 10 de Agosto de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 4 (383)), que defendiam a responsabilidade individual;

iii) Um Deputado apresentou uma proposta que preceituava, nos dois parágrafos:

“A responsabilidade ministerial colectiva tem lugar perante uma interpeleção sobre a política geral do Ministério, a que se segue a votação de censura por dois terços da Câmara.

§ 2.º A responsabilidade ministerial colectiva tem ainda lugar em face de uma votação do Congresso sobre assunto de ordem financeira, que impossibilita a vida normal do Governo.”

iv) Em sentido contrário, AFFONSO COSTA, discordava desta proposta de responsabilidade ministerial colectiva, pois seria “ferir os direitos de poder legislativo” (ou seja, limitá-los); também não concordava com a consagração da responsabilidade individual, pois tal – segundo a sua interpretação, excluiria a responsabilidade solidária (o que, diga-se, é duvidoso); a sua solução era a de relegar para as leis ordinárias quer a responsabilidade individual quer a solidária (cfr. sessão n.º 47, de 14 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 12 (431)), deixando assim liberdade para o Parlamento.

(Dividindo estas tendências em “parlamentarista moderada”, “parlamentaristas radical, teses parlamentares intermédias, ANTÓNIO JOSÉ TELO, *Primeira República. Do sonho à realidade*, Presença, Lisboa, 2010, pgs. 166-167. Salvo o devido respeito, discordamos da designação “parlamentarista”, na acepção jurídico-política específica).

³³ Com influência da Constituição argentina - JOSÉ BARBOSA, sessão n.º 18, de 11 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 2 (91).

³⁴ Prova disso mesmo é que o Projecto sidonista de Constituição de 1918 - que reproduzia várias normas da Constituição de 1911, mas adoptava o sistema presidencial próximo do norte-americano -, não teve necessidade de proceder a qualquer alteração quanto à responsabilidade dos Ministros, tendo mantido o Executivo monista, no artigo 40.º, § único (Constituição Política da República

Além disso, exceptuando porventura o aludido incipiente artigo 52.^o, a Constituição não prevê mecanismos elementares clássicos de efectivação da responsabilidade política, como a moção de censura ou a moção de confiança (existentes já na altura, no Direito britânico), para já nem falar das perguntas e interpelações, dos requerimentos.

Assim, ainda que houvesse Governo (seguindo o artigo 53.^o), não havia uma dependência directa entre este e o Congresso³⁵.

Com efeito, nada “oficialmente” obrigava a que o PR nomeasse personalidades ligadas ao partido com maioria no Congresso (ou numa das suas Câmaras).

Ao invés - numa fórmula que, curiosamente seria repetida na Constituição de 1933³⁶ – o PR nomearia os Ministros entre “*os cidadãos portugueses (...)*”³⁷.

2. Em relação ao **Chefe de Estado**³⁸, há de similar com o sistema parlamentar de assembleia:

- i) A eleição por um colégio eleitoral restrito (composto pelo Congresso - artigo 38.^o)³⁹;
- ii) O estatuto de parcas regalias (em contraste com o Rei, durante a Monarquia praticada à sombra da Carta, ou com o Imperador, durante o II Império francês)⁴⁰;

Portuguesa. Projecto, Dez. de 1918 (Câmara dos Deputados, 1918, - Projecto, Arquivo histórico-parlamentar, reproduzido in ARMANDO MALHEIRO DA SILVA, *Sidónio e sidonismo*, Vol. 2, História de um caso político, diss., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2006, pgs. 404 ss.).

³⁵ ANTÓNIO JOSÉ TELO, *Primeira República*, 2010, pg.170.

³⁶ Artigo 81.^o, 1.^o inciso, da Constituição de 1933 (na versão originária) (sem prejuízo de, nesta, o poder ser partilhado, uma vez que o Presidente do Conselho tinha o poder de propor os nomes ao PR – artigo 106.^o, § 1.^o).

³⁷ Neste sentido, ANTÓNIO JOSÉ TELO, *Primeira República*, 2010, pg. 170.

³⁸ Sem prejuízo de algumas dúvidas que chegaram a pairar sobre a sua existência. Alguns Deputados constituintes, que votaram em sentido favorável à institucionalização do PR, consideravam que este órgão deveria ser precário, tendo carácter transitório. O proeminente Ministro da Justiça, AFFONSO COSTA, confessava que, a prazo, não queria manter o PR, se a prática das instituições demonstrasse que ele não seria necessário:

“Eu espero que, com a evolução, a República Portuguesa venha até a dispensar o PR (...)

«Chegado o momento em que dispensemos o PR, temos avançado muito. (...)

(...) a legislatura ordinária caminha para a exclusão de todos os órgãos desnecessários, isto é, para a abolição do PR, para a Constituição do Estado democrático, para a igualdade de todos enfim.” (AFFONSO COSTA, sessão n.^o 47, de 14 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 12 (431)).

SEBASTIÃO BARACHO terá sido o maior opositor: *“São os Presidentes que se transformam correntemente em ditadores, que postergam as garantias individuais e exercem a tirania”* (sessão n.^o 42, de 9 de Agosto de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 15 (361)) (sic). Daí a proposta para eliminava a figura do PR (sessão n.^o 21, de 14 de Julho, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pgs.17 (126)).

³⁹ O Projecto de JOSÉ BARBOSA foi apelidado de presidencialista.

Todavia, a qualificação afigura-se incorrecta, já que a eleição do PR era feita pelo Congresso. Ora, não tendo uma legitimidade democrática directa, mas antes debilitada, como poderia exercer na plenitude os poderes do seu homónimo norte-americano?

⁴⁰ *“Presidente barato (...)//Presidente modestíssimo é o que devemos e podemos ter.”* (JOSÉ BARBOSA, sessão n.^o 16, de 7 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 20 (63)).

iii) Ao nível da prática institucional (isto é, levando em conta que o PR não chefiaria o Governo), ambos desempenham um papel reduzido ou simbólico, não tendo relevantes funções de direcção política, mas antes diminutas⁴¹;

iv) A referenda ministerial necessária para actos do Chefe de Estado (artigo 49.º)⁴² (algo incongruente, porém, com a ausência do estatuto de irresponsabilidade do PR⁴³).

Este último aspecto é da maior relevância:

Os poderes do PR são aparentemente muito vastos, mas o artigo 49, ao prever a referenda, contradiz totalmente o anterior⁴⁴; sendo, por isso, a Constituição de 1911 “ambígua”⁴⁵.

Todavia, existe uma clivagem:

A Constituição de 1911 afasta-se crucialmente do sistema parlamentar, quanto ao estatuto geral de irresponsabilidade do Chefe de Estado⁴⁶, preser-

Com efeito, a escassez dos recursos do Presidente veio a confirmar-se na prática constitucional: MANUEL DE ARRIAGA só tinha um secretário (o seu filho, ROQUE); teve de arrendar à sua custa um palacete na Horta Seca como residente particular, teve de mobilar do seu bolso essa casa e teve mesmo de comprar com dinheiro próprio um automóvel para as deslocações. Só posteriormente foi autorizado a contratar o segundo secretário e, só posteriormente, o Palácio de Belém foi cedido como residência oficial (ANTÓNIO JOSÉ TELO, *Primeira República*, 2010, pg. 168).

⁴¹ Considerando que, no desempenho das suas funções, o Presidente era colocado “à mercê do Poder Legislativo”, que o sujeitava “a desempenhar uma função subalterna”, JACINTO NUNES, sessão n.º 22, de 17 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 14 (141); no mesmo sentido considerando que o PR era “um agente mais ou menos submisso” do Parlamento, *Relatório da Constituição* (28 de Maio de 1932), I (publicado por ANTÓNIO DE ARAÚJO, in *Nos alvares da Constituição Política de 1933: notas à margem de um manuscrito de Salazar*, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 2003, pgs. 189-202)).

No dizer de SALAZAR, “[F]altavam-lhe de facto as qualidades de independência necessárias para o desempenho de tão elevadas funções.

«Em realidade, as funções do PR reduziam-se ao cumprimento de meras formalidades e à representação do Estado (...). O art.º 47.º, 1.º inciso, atribuía ao PR a competência de nomear os Ministros e demiti-los.

«Na verdade, este poder veio, progressivamente, a partir de 1913, a revelar-se meramente formal, dada a proeminência do Congresso nessa escolha.

«Chegou-se ao ponto de nem sequer a sua confiança ser necessária aos Ministros” (*Relatório da Constituição* (28 de Maio de 1932), I)).

Em sentido frontalmente contrário, afirmando que, “a Constituição de 1911 atribuía latos poderes ao PR, pelo menos, no texto”, A. H. DE OLIVEIRA MARQUES / SACUNTALA DE MIRANDA / FERNANDA ROLLO / LUÍS NUNO RODRIGUES, *Nova História de Portugal*, XI, Presença, Lisboa, 1991, pg. 326.

⁴² Cfr. MAURICE DUVERGER, *Xeque mate. Análise comparativa dos sistemas políticos semi-presidenciais* (original: *Echec au Roi*, literalmente “Xeque ao Rei”, e não “Xeque mate”), Rolim, Lisboa, 1978, pg. 35.

⁴³ Cfr., em termos muito pouco claros, MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 553, 536.

⁴⁴ Neste sentido, cfr. ANTÓNIO JOSÉ TELO, *Primeira República*, 2010, pg. 168.

⁴⁵ Cfr. ANTÓNIO JOSÉ TELO, *Primeira República*, 2010, pg. 168. O Autor refere que foi feito “propositadamente”, opinião que não secundamos.

⁴⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Os poderes do Presidente da República*, Coimbra Editora, 1991, pg. 77 (nota 84).

vada mesmo em formais institucionais republicanas, em molde de sistema parlamentar de assembleia⁴⁷.

Para além da responsabilidade criminal (cujas tipificações eram alargadas⁴⁸), o PR recebia “*um mandato revogável*”⁴⁹, podendo ser destituído pelo Congresso (arts. 46.º, 20.º, inciso 20.º), por razões políticas⁵⁰.

O PR respondia, pois, politicamente, de certo jeito, perante o Congresso (embora em termos mais limitados do que os Ministros⁵¹).

Daí que, no dizer impressivo de um Deputado, a Constituição, “*tendo construído [para o órgão] uma estátua de bronze*”, lhe tenha posto “*um pedestal de barro*.”⁵².

2.1. Contraditoriamente, porém, o PR poderia demitir os ministros⁵³, sem qualquer restrição e muito menos dependência de votos parlamentares⁵⁴; o que não sucede num sistema parlamentar, em que o Chefe de Estado não tem relevantes funções de direcção política⁵⁵ (sendo como que “*um monumento histórico*”, segundo a metáfora de MAURICE DUVERGER).

2.2. O poder **dissolução** por parte do PR não foi consagrado, por razões históricas⁵⁶, mas, como se sabe, esse “*correctivo que evite os desmandos do poder*

⁴⁷ Assim, a Constituição francesa previa apenas responsabilidade criminal em caso de alta traição - artigo 6.º da Lei de 25 de Fevereiro de 1875, relativa à organização dos poderes públicos.

⁴⁸ O PR poderia, designadamente, ser responsabilizado criminalmente pela emissão de decretos ditatoriais (cfr. artigo 55.º, 3.º inciso, e § 2.º, da Constituição de 1911).

⁴⁹ Na expressão utilizada pelo Projecto de Constituição de TEÓFILO BRAGA (*Anexo. Projectos de Constituição...*, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 548, artigo 53.º).

⁵⁰ O caso da Constituição de Weimar era diverso, pois a destituição ocorreria - após votação na Assembleia - através de referendo popular (artigo 43.º, 2.º par.); e, caso não houvesse assentimento popular à demissão do Presidente, a Câmara seria dissolvida e haveria novas eleições (texto em JORGE MIRANDA, *Textos históricos...*, 2.ª ed., pg. 276).

⁵¹ Considerando o PR responsável pelas suas funções, havendo o direito de o discutir e de efectivar essa responsabilidade, ALEXANDRE BRAGA, sessão n.º 43, de 10 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 18 (377)); ALEXANDRE BRAGA, sessão n.º 18, de 11 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 21 (90); e ANTÓNIO MACIEIRA, AFFONSO COSTA, sessão n.º 44, de 8 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 10 (389)).

Advogando que o PR teria de vir à Câmara dar contas aos seus actos, JOSÉ MARIA VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, sessão n.º 19, de 12 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 16 (97).

⁵² SEVERIANO JOSÉ DA SILVA, sessão n.º 16, de 7 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 15 (75).

⁵³ Diferentemente da análise de MARNOCO E SOUZA, é muito duvidoso que “*a Constituinte*” tenha tido “*a preocupação de emancipar os ministros, o mais possível, da acção do Presidente da República*” (cfr. MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 542).

⁵⁴ OLIVEIRA MARQUES; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os partidos políticos no Direito constitucional português*, pg. 174 (nota 394).

⁵⁵ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.ª ed., pg. 583.

⁵⁶ A dissolução era uma “*palavra profundamente desacreditadíssima em Portugal, porque se usou e abusou escandalosamente dessa prerrogativa régia*”, no tempo da última vigência da Carta - JOÃO DE MENEZES, sessão n.º 22, de 17 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 19 (146), e sessão n.º 19, de 12 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 15 (95)).

*legislativo*⁵⁷, e evitando, reflexamente, a impotência do poder executivo⁵⁸, não é uma característica universal do sistema parlamentar, pois está ausente, ou é dificultada, no sistema parlamentar de assembleia⁵⁹; aí, não é um acto próprio do PR.

A proposta alternativa foi vencedora⁶⁰; a discussão foi apaixonada, não tendo a tese da dissolução vingado por uma pequena diferença de votos.

2.2.1. Este poder de dissolução presidencial fora reivindicado pela Revolução de Dezembro de 1917 e também, curiosamente pelos próprios partidos tradicionais saídos do Partido Republicano Português (desde o manifesto de 7 de Agosto de 1918⁶¹).

A revisão de 1919 preveria esse poder de dissolução⁶², “*para que um partido não fosse, por circunstâncias muito especiais, o senhor absoluto da política nacional*”⁶³.

Todavia, essa nova competência não abona em favor da qualificação como sistema parlamentar de assembleia, bem pelo contrário; pois, nesta, a dissolução não pode ser decidida, “*motu próprio*”, pelo PR, sendo deveras dificultada; ao invés da solução consagrada, que previa apenas um dever de audição (não vinculativo) do Conselho Parlamentar.

3. Em síntese, não foi consagrada na Constituição formal um sistema parlamentar; não é cumprido quase nenhum pressuposto:

- i) Aparentemente, inexistiu um Executivo dualista⁶⁴, nem, por maioria de razão, um Governo responsável politicamente, de forma solidária, perante o Parlamento;
- ii) O PR não goza de um estatuto de irresponsabilidade política.

⁵⁷ JOÃO DE FREITAS, sessão n.º 40, de 8 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 29 (417).

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Neste sentido, a propósito da III e da IV Repúblicas francesas, JORGE MIRANDA, *Manual...*, I, 8.ª ed., n.º 48.II, pg. 161 (diversamente, porém, in *Manual...*, III, 5.ª ed., n.º 111.IV, pg. 398 e, a propósito da Constituição de 1911, in *Manual...*, I, 8.ª ed., n.º 101.I, pg. 279).

⁶⁰ A solução conciliatória defendida, de dissolução “*por iniciativa do PR, mas com voto conforme da reunião das duas*” Câmaras” (EGAS MONIZ, sessão n.º 16, de 7 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 10 (70)), tornava extremamente implausível que sucedesse o “suicídio parlamentar”, quando julgasse que seria “*inútil à República ou ao país.*” (EGAS MONIZ, sessão n.º 40, de 8 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pgs. 30 (418)) (salientando que tal era irrealizável, CARLOS OLAVO, sessão n.º 22, de 17 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 11 (138)): “*Levantado o conflito entre o poder executivo e o parlamento, é absurdo esperar que seja o parlamento que vá votar a sua própria dissolução, porque o mesmo é que abandonar a sua posição no conflito e fazer a confissão pública de que não tinha razão.*”).

⁶¹ Texto reproduzido em ALFREDO ERNESTO DE SÁ CARDOSO (declaração ministerial), sessão n.º 16 da Câmara dos Deputados, de 30 de Junho de 1919, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 13.

⁶² Corpo do artigo 1.º, 10.º inciso, da Lei n.º 891, de 22 de Set. de 1919.

⁶³ ALFREDO ERNESTO DE SÁ CARDOSO (declaração ministerial), sessão n.º 16 da Câmara dos Deputados, de 30 de Junho de 1919, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 13.

⁶⁴ Isto sem prejuízo de, na própria Constituição de 1875, o Presidente do Conselho não ter sido previsto, tendo sido uma criação costumeira (cfr. artigo 6.º da Lei constitucional de 25 de Fev. de 1875: “*Les ministres sont solidariement responsables devant les Chambres de la politique générale du gouvernement, et individuellement de leurs actes personnels*”).

Os requisitos cumpridos são os da eleição do PR por um colégio eleitoral restrito; e a referenda ministerial para os seus actos, o que se afigura insuficiente para qualificar como sistema parlamentar.

É certo que, na prática institucional, surgiram normas costumeiras que colmataram as primeiras condições: a afirmação do “Ministério”; autónomo do Chefe de Estado; a responsabilidade política do “Ministério” perante o Congresso.

Todavia, mesmo nesse plano, o estatuto debilitado do PR faz duvidar da existência de um sistema parlamentar⁶⁵.

Crê-se que este sistema - por alguns apelidado de “superparlamentarista”⁶⁶, sem depender de ninguém⁶⁷ -, não pode, porém, ser considerado como parlamentar⁶⁸, e, por conseguinte, como parlamentar de assembleia⁶⁹.

3.1. Tinham razão, pois, aqueles constituintes que afastavam a qualificação do parlamentarismo.

“O regime parlamentar (...) sofre de um mal profundo.”⁷⁰ “Como o afirmam escritores ilustres (...), o parlamentarismo fracassou: é um prejuízo.”⁷¹;

Por outro lado, o sistema parlamentar à sombra da Carta, não tinha pro-

⁶⁵ Em sentido contrário, Professor JORGE MIRANDA fala em sistema parlamentar de assembleia, face aos pretensos dados da Constituição formal (também, em breve alusão, MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política...*, II, 6.ª ed., pg. 623; referindo que a prática era a desse sistema, em *Constituições portuguesas*, pg. 99).

Todavia, para além de ser claudicante interpretar as disposições da Constituição instrumental em conformidade com normas costumeiras geradas posteriormente, parece-nos evidente que aqueles não são suficientes para sustentar tal qualificação.

⁶⁶ JORGE MIRANDA, *Artigo 128.º*, I, in *Constituição Portuguesa Anotada*, JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, tomo II, 1.ª ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Coimbra Editora, 2006, pg. 360. Falando em “supremacia parlamentar levada ao extremo”, FERNANDO FARELO LOPES, *Um regime parlamentarista de partido dominante*, in *Portugal Contemporâneo*, direcção de ANTÓNIO REIS, volume III (1910-1926), Alfa, Lisboa, 1990, pg. 92.

⁶⁷ RUI RAMOS, *História de Portugal*, direcção de JOSÉ MATTOSO, sexto volume, A segunda fundação (1890-1926), Círculo de Leitores, s.l., 1994, p. 480.

⁶⁸ Essa, contudo, a intenção proclamada por vários constituintes era essa.

Contudo, note-se que esses Deputados não tinham conhecimentos jurídico-políticos aprofundados, como a noção de sistema parlamentar - cientificamente assaz claudicante. Temos as maiores dúvidas de que tivessem a noção exacta do que o parlamentarismo implicava.

Regista-se, contudo, uma excepção, de um Deputado constituinte, JOAQUIM PEDRO MARTINS, definir correctamente o parlamentarismo:

i) O poder executivo como representativo da soberania;

ii) A existência de Gabinete e de responsabilidade solidária dos Ministros;

iii) A irresponsabilidade política do PR (in sessão n.º 28, de 24 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 17 (183)).

⁶⁹ Em sentido contrário, JORGE MIRANDA, *Manual...*, 8.ª ed., n.º 103.II, pg. 283, não obstante admitir que se trata de um sistema atípico.

⁷⁰ JOSÉ MARIA VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, sessão n.º 20, de 13 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 17 (115)..

⁷¹ Discurso proferido pelo Sr. Deputado JOÃO GONÇALVES, *Appendice á sessão n.º 21, de 14 de Junho de 1911*, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 27 (132), criticando severamente esse sistema de governo (*ibidem*, pg. 28 (133)).

vado: “Já vivemos dentro do famoso parlamentarismo que não se adaptou à nossa gente nem à nossa terra”⁷²; “não existe em Portugal a tradição parlamentar”⁷³.

No dizer de um proeminente Deputado, “deixemo-nos de parlamentarismo, cousa que não está (...) no feito de um povo” que não tem “princípios democráticos e parlamentares”⁷⁴.

3.1.1. Razão assistia àqueles que advogavam a criação de um sistema dissemelhante do sistema parlamentar - a Constituição de 1911 estabelecia “normas (...) novas”⁷⁵.

O ex-deputado democrático e Professor de Direito VIEIRA DA ROCHA terá dito: “a Constituição de 1911 é um aborto! Nem parlamentar nem presidencialista e sim uma forma republicana incomparável”⁷⁶.

4. O ESTATUTO DEBILITADO DOS ÓRGÃOS DO PODER EXECUTIVO

Nas duas vigências da Constituição de 1911⁷⁷, residiram os períodos de o período de maior debilitação do poder executivo⁷⁸.

Tanto o Governo como o próprio PR dependiam da confiança política do Congresso para iniciarem e se manterem em funções: o Governo poderia ser demitido e o próprio PR destituído (*supra*)⁷⁹.

⁷² JOSÉ BARBOSA, sessão n.º 16, de 7 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 20 (63).

⁷³ JOSÉ BARBOSA, sessão n.º 18, de 11 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 2 (91).

⁷⁴ ALEXANDRE BRAGA, sessão n.º 16, de 7 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 20 (63).

⁷⁵ ADRIANO PIMENTA, sessão n.º 53 (nocturna), de 17 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 26 (501).

Curiosa é a opinião de JOSÉ MARIA VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, que pretendia “um sistema misto de parlamentarismo e directorialismo, mas absolutamente arredado do regime presidencial” (sessão n.º 19, de 12 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 16 (97)).

⁷⁶ Citado por MARTINHO NOBRE DE MELO, *O Decreto eleitoral. Presidencialismo ou parlamentarismo? A questão política do dia tratada pelo sr. ministro da justiça*, in *O Século*, 3 de Abril de 1918, p. 1, apud ARMANDO MALHEIRO DA SILVA, *Sidónio e sidonismo*, Vol. 2, História de um caso político, diss., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2006, pg. 154.

⁷⁷ Exceptuando o período da Ditadura de PIMENTA DE CASTRO, em 1915. V. LUÍS BIGOTTE CHORÃO, *Política e Justiça na I República. Um regime entre a legalidade e a excepção*, vol. 1: 1910-1015, Letra livre, Lisboa, 2011, pgs. 422 ss.

⁷⁸ Foi, de resto, a única Constituição liberal que não teve qualquer intervenção do Chefe de Estado, no exercício do poder constituinte originário, uma vez, após a aprovação, foi decretada e promulgada pela Mesa da Assembleia Nacional Constituinte (artigo 81.º).

⁷⁹ SALAZAR referia-se, na “Constituição em acção”, à “anulação do poder executivo”, à sua insuficiência (in Manuscrito “Constituição” (Esboço de Relatório), de 29 de Dez. de 1931 (Arquivo Nacional – Torre do Tombo, AOS/CO/PC-5, Pasta 1) (publicado por ANTÓNIO DE ARAÚJO, in *Nos alvores da Constituição Política de 1933: notas à margem de um manuscrito de Salazar*, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 2003,, pg. 180).

O Executivo “dobrava-se” perante o Parlamento⁸⁰.

A magistratura do Presidente da República encontrava-se extremamente enfraquecida⁸¹. Na expressão de MARNOCO E SOUZA, “*O presidente tem de ser o menos presidente possível (...)*”⁸².

Para além do que se referiu em relação ao modo de designação e à destituição, resulta da Constituição uma supremacia clara do Congresso em relação ao Presidente:

a) A regra da proibição de reeleição sucessiva, nos quatro anos subsequentes ao primeiro mandato (artigo 42.º, corpo do preceito)⁸³;

b) Em caso de vacatura da Presidência (por morte, renúncia, saída do país, destituição⁸⁴), o Congresso elegeria um novo Presidente, para exercer o cargo durante o resto do período presidencial (o início de mandato era contado a partir do início de funções (tomada de posse) do titular, anterior; portanto, note-se, a contagem de tempo era de um mandato que não chegara a terminar - cfr. artigo 38.º, § 2.º; isto é, não se contava a contar o período do mandato presidencial a partir da data de posse do novo titular; o que não deixava de ser uma curiosidade deveras atípica).

Trata-se de uma norma com alguma originalidade: como se fosse uma espécie de Presidente substituto; durante o quadriênio, teria de existir um Chefe de Estado, independentemente da pessoa que fosse (nesse sentido, sucederam as eleições de TEÓFILO BRAGA e CANTO E CASTRO)⁸⁵.

Nos seus incompletos 16 anos de existência, a I República tivera oito chefes de Estado, dos quais apenas um (ANTÓNIO JOSÉ DE ALMEIDA) acabaria por cumprir por inteiro o tempo do mandato;

c) A ausência do poder de dissolução (até 1919)⁸⁶ e até de veto das leis (artigo 31.º)⁸⁷, do poder de conclusão de convenções internacionais (cfr. artigo 47.º, inciso 9.º (alterado em 1919), devendo estas ser submetidas à ratificação ou à “aprovação” do Congresso (artigo 26.º, 15.º inciso);

d) O PR velava apenas pela “segurança” (artigo 47.º, inciso 9.º)⁸⁸, ao passo

⁸⁰ Neste sentido, cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO / ANTÓNIO DE ARAÚJO, *Para a História da fiscalização da constitucionalidade em Portugal*, (Comentário ao acórdão de 23 de julho de 1907, Supremo Tribunal de Justiça), in *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. III / 2003, pg. 171.

⁸¹ Considerando que a Constituição “*enfraquece demasiadamente o Poder Executivo em favor do Legislativo*”, JOÃO JOSÉ DE FREITAS, sessão n.º 22, de 17 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 16 (143).

Referindo-se a um “*amesquinamento teórico e prático das atribuições do Chefe de Estado*”, *Relatório da Constituição* (28 de Maio de 1932), I).

⁸² MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 471.

⁸³ A inspiração adveio da Constituição brasileira de 1891 – artigo 43.º.

⁸⁴ Cfr. MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 489.

⁸⁵ Cfr. JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *História de Portugal*, volume XI, pgs. 309, 320.

⁸⁶ Considerando que isso implicava “*a completa impotência do poder executivo*”, JOÃO DE FREITAS, sessão n.º 40, de 8 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pgs. 30 (418); ou “*a tirania do Parlamento*”, EGAS MONIZ, sessão n.º 16, de 7 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 10 (70).

⁸⁷ Cfr. JOÃO B. SERRA, *O sistema político da Primeira República*, pg. 110; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.ª ed., pgs. 164-165.

⁸⁸ Embora na esteira das Constituições monárquicas (artigo 122.º da Constituição de 1822; artigo

que ao Congresso era conferida uma cláusula geral de prover pelo “*bem geral da nação*” (artigo 26.º, 2.º inciso, “*in fine*”).

Conforme se deixou mencionado, a ausência de poder de dissolução, aliada à possibilidade de destituição, inculca que o Chefe de Estado não era completamente irresponsável⁸⁹;

e) Os actos “[*contra a probidade da administração*]” e “[*contra as leis orçamentais votadas pelo Congresso*]” (artigo 55.º, 6.º e 8.º) incisos, eram erigidos em crimes de responsabilidade do Poder Executivo⁹⁰.)

f) O ajuste de “*quaisquer convenções internacionais*”, tal como a negociação de “*tratados de paz e de aliança, de arbitragem e de comércio*”, eram submetidos, depois de concluídos, à aprovação do Poder Legislativo⁹¹.

Ao contrário do que MARNOCO E SOUZA previa, o PR nunca pôde ser “*um elemento coordenador e moderador, que, superior a todas as lutas e paixões políticas*”, que pudesse “*dar coesão e seguimento às diversas obras governativas, que [houvessem] de suceder-se na arena parlamentar*”⁹².

4.2. A Administração Pública encontrava-se desunida.

Desde logo, a própria forma de Estado foi questionada, devido ao teor profundamente idealista do Programa do Partido Republicano⁹³.

Nos termos do artigo 66.º, base 1.ª, da Constituição de 1911⁹⁴, era excluída a ingerência do Poder Executivo (isto é, na prática, do Governo) na actividade das instituições (utilizando a curiosa expressão “*na vida dos corpos*”

75.º, § 15.º, da Carta Constitucional).

⁸⁹ Com esta conclusão, ROCHA SARAIVA, *Direito Político*, Esboço de curso (...) em 1924-1925, 1925, pg. 163.

⁹⁰ A iniciativa da responsabilização era exclusiva da Câmara dos Deputados (artigo 23.º, al. d)). Todavia, a lei ordinária, por lapso, não estabeleceu a pena em relação a várias proibições (arts 13.º, 20.º e 21.º do Decreto de 11 de Abril de 1911).

⁹¹ Artigo 1.º, inciso 7.º, da Lei n.º 891, de 22 de Setembro de 1919.

⁹² Cfr. MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 471.

⁹³ No plano da forma de Estado Comissão da Constituição substituiu a ideia de República federativa, por uma República unitária.

O DJALME DE AZEVEDO insurgiu-se contra esta substituição, considerando que o programa do Partido Republicano deveria ser cumprido (PAULO OTERO, *Dos entes territoriais infra-estaduais no Direito Constitucional português*, Relatório do Seminário de Mestrado da disciplina de Direito Constitucional, 1.º tomo, FDUL, Lisboa, s.d. [1987], pgs. 111, 114).

⁹⁴ A aprovação desta proposta de JOÃO DE MENEZES, por parte da comissão, e da proposta de substituição de JOSÉ MIRANDA DO VALLE (artigo 55.º, 1.º), sessão n.º 52, de 17 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 12 (476), foram praticamente consensuais. Várias outras propostas tinham redacção idêntica (no mesmo sentido, embora exceptuando casos de calamidade pública, Proposta de substituição de JOSÉ MIRANDA DO VALLE (artigo 55.º, base 1.ª), sessão n.º 50, de 16 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 12 (461); e proposta de substituição de JOÃO DE FREITAS (artigo 55.º, 1.º), sessão n.º 51 (nocturna), de 16 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 8 (471).

*administrativos*⁹⁵⁻⁹⁶.

A concretização do “*princípio de libertação do município*”⁹⁷ significava a extinção ou abolição dos poderes de tutela⁹⁸ sobre a Administração local; proposta de extinção que decorria directamente do programa do Partido Republicano e dos seus ideias de descentralização⁹⁹.

Acabar com a tutela correspondia ao regresso à tradição do município livre, pois “*a tutela acha-se absolutamente incompatível com a autonomia*” local¹⁰⁰.

“*A expressão tutela administrativa*” era mesmo “*vexatória*”, no entender de MARNOCO E SOUZA¹⁰¹.

Eram também logicamente excluídos poderes de direcção e de superintendência.

Este sistema implicava uma fragmentação no princípio da unidade da Administração e do Estado.

Não deixa de ser estranha a opção constitucional: por um lado, de con-

⁹⁵ A expressão “corpos administrativos” significa “*corpos de cidadãos eleitos pelos povos*” (a sua origem remonta ao Decreto n.º 23, de 16 de Maio de 1832, tendo passado para as sucessivas codificações administrativas ulteriores) (cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, tomo I, 10.ª ed. (7.ª reimpressão), revista pelo Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Almedina, Coimbra, 1980, pg. 314).

“*Os poderes distritais e municipais*” eram divididos “*em deliberativo e executivo*”, nos termos da lei (artigo 66.º, base 3.ª, da Constituição).

⁹⁶ Com efeito, na sequência do “Manifesto e Programa” do Partido Republicano, de 1891, era excluída a designação dos órgãos locais pela Administração central (neste sentido, cfr. JOSÉ MARIA VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, sessão n.º 19, de 12 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 19 (100)).

O Programa do Partido Democrático (Cap. V), de 1911-1912, pretendia “*um ressurgimento da vida administrativa local, pela eliminação gradual e sucessiva das funções que actualmente representam o poder central*”. JACINTO NUNES, militante republicano que elaborara um Projecto de Código Administrativo (publicado em 1894), foi praticamente o autor material da norma da Constituição e também da futura Lei n.º 88, de 1913.

⁹⁷ ALEXANDRE DE BARROS, sessão n.º 51, p. 3.

⁹⁸ Como especificavam as propostas de JACINTO NUNES, sessão n.º 50, de 16 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 9 (458): “*extinção da tutela administrativa exercida pelo poder central ou seus agentes*”; e de JOÃO DE FREITAS, (artigo 55.º, 1.º), sessão n.º 51 (nocturna), de 16 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 8 (471) (no mesmo sentido, na Doutrina, MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pgs. 588 ss.; PAULO OTERO, *O poder de substituição...*, I, pg. 354 (nota 490)).

⁹⁹ JOAQUIM DE CARVALHO, *A formação da ideologia republicana (1820-1880)*, in *História do regime republicano em Portugal*, I, Lisboa, 1930, p. 251 e 256, *apud* PAULO OTERO, *Dos entes territoriais infra-estaduais no Direito Constitucional português*, Relatório (...), 1.º tomo, FDUL, pg. 117.

¹⁰⁰ JACINTO NUNES, sessão n.º 22, p. 14. Elogiando as disposições do artigo 66.º, MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 588.

¹⁰¹ MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 590. Diversamente, actualmente, a tutela administrativa, traduzindo numa relação inter-subjectiva, é considerada um poder de controlo essencial, para assegurar uma Administração uniforme e harmónica em todo o território (cfr. PAULO OTERO, *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*, diss., Coimbra Editora, 1992, pg. 223 e nota 5).

trolar de muito perto os órgãos nacionais (PR e Ministros); mas, por outro, vem a desunir o controlo intra-administrativo.

4.3. Porém, importava impedir a autonomia total da administração local, sob pena de desta *“facilmente degenerar em tirania e esbanjamento dos dinheiros públicos”*¹⁰², considerava-se necessário uma qualquer forma de controlo sobre as deliberações municipais contrárias à lei, um *“meio eficaz de” prevenir abusos, mas sem com isso “sem recorrer aos processos preventivos, sempre deletérios, da tutela”*¹⁰³.

Nesse sentido, JACINTO NUNES apresentou a proposta de esse controlo ficar confiado ao poder judicial, pois *“isto não é fiscalizar - é julgar”*¹⁰⁴.

Somente se admitia que as deliberações fossem modificadas ou anuladas, quando contrárias às leis e regulamentos de ordem geral (artigo 66.º, base 2.ª) (v. *infra*).

5. Se descontarmos a separação do poder judicial do poder executivo e o plano da separação vertical de poderes, a propensão para consagrar um sistema aproximado do convencional¹⁰⁵ é evidente:

a) O Parlamento seria *“a origem autêntica de todos os poderes”*¹⁰⁶ (afirmação contraditória, em virtude da existência formalmente independente do poder judicial). *“[O]s outros poderes [estar-lhe-iam] subordinados; o poder legislativo deveria manter-se acima de todos os outros poderes”*¹⁰⁷;

Chegou a propor-se que o Poder Executivo fosse *“de delegação temporária do Poder Legislativo”*¹⁰⁸ (como se o mandato parlamentar não fosse também temporário), considerando que o regime *“mais vantajoso e adaptável às circunstâncias do nosso país, é aquele em que o poder executivo seja um agente do poder legislativo”*, e que *“o que nos convém, é um regime democrático em que o poder executivo derive do poder legislativo”*¹⁰⁹.

¹⁰² MIRANDA DO VALLE, sessão n.º 50, p. 10.

¹⁰³ MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 590.

¹⁰⁴ JACINTO NUNES, sessão n.º 51, p. 7 (PAULO OTERO, *Dos entes territoriais infra-estaduais no Direito Constitucional português*, Relatório (...), 1.º tomo, FDUL, pg. 120).

¹⁰⁵ Para a caracterização do sistema convencional, v. IVO MIGUEL BARROSO, *A génese histórica do sistema de governo convencional durante a Revolução Francesa (1792-1795)*, in *O Direito* (no prelo), em especial, n.º 0.1.

¹⁰⁶ CARLOS OLAVO, sessão n.º 22, de 17 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pgs. 10 (137).

¹⁰⁷ Discurso proferido pelo Sr. Deputado JOÃO GONÇALVES, *Appendice á sessão n.º 21, de 14 de Junho de 1911*, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 27 (132)). Considerando que o projecto [de Constituição da Comissão] (...) arma desmesuradamente o poder legislativo contra todos os outros poderes, e fá-lo em diversos capítulos”, TEIXEIRA DE QUEIROZ, sessão n.º 19, de 12 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 22 (103).

¹⁰⁸ Artigo 26.º do Projecto de lei n.º 3, sessão n.º 12, de 3 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 7 (30); algo próximo do Projecto de Constituição de TEÓFILO BRAGA (*Anexo. Projectos de Constituição...*, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 550, artigo 75.º, corpo do preceito); SEVERIANO DA SILVA, sessão n.º 36, de 2 de Agosto de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 20 (282)).

¹⁰⁹ Discurso proferido pelo Sr. Deputado JOÃO GONÇALVES, *Appendice á sessão n.º 21, de 14 de Junho de 1911*, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 27 (132)).

Em todo o caso, o poder executivo era uma mera dependência, apresentando-se “como braço do legislativo, quer dizer, a força aplicada à lei.”¹¹⁰;

b) A designação, formal (no caso do PR) ou informal (no caso do Governo¹¹¹), dos titulares do Poder Executivo dependia do Congresso; respondendo ambos politicamente perante este órgão;

Vincadamente mais próximos de um sistema convencional atípico, com predomínio sobre o poder executivo, mas, simultaneamente, também, identidade dois Projectos previam que o Presidente do Parlamento seria, por inerência, Presidente da República (Projectos de MACHADO SANTOS (pgs. 565, 566, arts. 11.º, 21.º; e de MANUEL GOULART DE MEDEIROS (*Anexo. Projectos de Constituição...*, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pgs., 610, 612 (bases 10.ª, 24.ª e 25.ª), e na sessão n.º 43, de 10 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 13 (372)) ou vice-versa (Projecto de TOMÁS ANTÓNIO DA GUARDA CABREIRA (*Anexo. Projectos de Constituição...*, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 625, artigo 8.º)

No segundo Projecto mencionado (base 25.ª, 2.º inciso, 2.º par.), as Câmaras poderiam retirar a sua confiança a um Ministro; mas não tanto nos outros dois Projectos.

¹¹⁰ SEVERIANO JOSÉ DA SILVA, sessão n.º 16, de 7 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 14 (74).

Defendendo, sem qualquer base, que, na Assembleia Constituinte, foi reconhecido que a função do poder executivo tem uma natureza especial, “não se podendo também considerar de mera subordinação ao poder legislativo”, MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentário, pg. 219; e que não existiria “omnipotência parlamentar”, em virtude de o PR conservar o poder de nomeação dos Ministros, não sendo estes nomeados pelas Câmaras, MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentário, pg. 499.

Todavia, o ilustre Professor de Coimbra sempre reconheciam contraditoriamente, que “[o] poder legislativo exerce a função mais elevada do Estado” (MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentário, pg. 468) e que a “vontade [do Executivo] não é, por sua essência, necessariamente livre e soberana” (MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentário, pg. 468).

¹¹¹ Um Deputado pretendia que o poder de nomeação e demissão dos ministros fosse competência do Congresso, não do PR (SEBASTIÃO BARACHO, sessão n.º 21, de 14 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 13 (122)).

Todavia, em virtude da responsabilidade política criada por normas costumeiras, essa proposta não se revelaria indispensável.

Sobre o conceito de lei-medida, posteriormente teorizado por CARL SCHIMTT, cfr., deste Autor, *Legalidad y legitimidad* (originariamente publicado em 1932; trad. da 4.ª ed., Duncker & Humblot, Berlim, 1988, por CRISTINA MONEREO ATIENZA), Comares, Granada, 2006, Cap. II, 3, pgs. 66 ss.

Sobre o mesmo tema, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.ª ed., pgs. 674, 717 (quanto aos decretos-leis autorizados, pgs. 765-766); MARIA LÚCIA AMARAL PINTO CORREIA, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do Legislador*, diss., Coimbra Editora, 1998, pgs. 254-255, 266-274; LUÍS PEDRO PEREIRA COUTINHO, *As duas subtracções. Esboço de uma reconstrução da separação entre as funções de legislar e de administrar*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume XLI, n.º 1, Lisboa, 2000, pgs. 104-105, 109-110, 122, 127 (nota 97); RAQUEL BARRADAS DE FREITAS, *Lei-medida ou a delimitação do conceito de lei. Breve estudo sobre a configuração do problema da lei no ordenamento jurídico português*, in *Estudos de Direito Público*, coord. de JOÃO CAUPERS / JORGE BACELAR GOUVEIA, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Âncora Editora, Lisboa, 2006, pgs. 215-233, 235-236; MANUELA MARIA RIBEIRO DA SILVA GOMES, *Admissibilidade jurídico-constitucional da lei-medida*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Universidade Portucalense, Porto, 1999, pgs. 441-492; ANTÓNIO NADAIS, *Lei-medida e conceito de lei na Constituição da República Portuguesa*, FDUL, Lisboa, 1986; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pgs. 620-621; 899; IDEM, *O poder de substituição...*, II, pgs. 627-628; AFONSO RODRIGUES QUEIRO, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, 1976, pgs. 342-343.

c) Por algumas alíneas do artigo 26.º se demonstra que o Parlamento tinha o exercício de uma parcela da função administrativa¹¹². Eram autênticas leis-medida¹¹³ (porém, não deixa de ser incongruente que, tendo o Congresso tamanhas competências, a respectiva sessão legislativa durasse apenas quatro meses (artigo 11.º), apenas um mês mais do que durante a Carta Constitucional, a partir de 1885).

Ao efectuar uma reserva de competência em favor do Congresso, previa-se, concomitantemente, uma área de reserva de lei, proibindo regulamentos do Poder Executivo sobre essas matérias¹¹⁴;

d) Ao Congresso era conferida uma cláusula geral de prover pelo “*bem geral da nação*” (artigo 26.º, 2.º inciso, “*in fine*”) (competência genérica que, na Carta, era deferida ao Rei)¹¹⁵ (ao passo que o PR somente velaria pela “segurança” (artigo 47.º, inciso 9.º)¹¹⁶. A diferença não será meramente simbólica. É que, se, na Carta, existia uma presunção de competência residual no Rei, é defensável que igual prerrogativa pertencesse ao Congresso, na Constituição de 1911¹¹⁷.

A onipotência parlamentar é saliente.

Claro está, sem prejuízo de haver um possível escolho: o limite intra-orgânico do bicameralismo (*infra*).

5.1. Diferenças específicas em relação ao sistema convencional de tipo francês são as seguintes:

a) A existência de uma Constituição formal, na I República (embora com elevada erosão e também complemento da Constituição “não oficial”), em contraste com a ausência de Constituição formal ou sequer de leis constitucionais em sentido formal, no segundo,

b) A tentativa de sacralização da Constituição formal, proibindo mesmo a sua interpretação¹¹⁸;

¹¹² JORGE MIRANDA, *Decreto*, separata do *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Coimbra, 1974, p. 57; PAULO OTERO, *O poder de substituição...*, I, pg. 354 (nota 486).

Exemplo: conceder o exclusivo de qualquer exploração comercial ou industrial (artigo 3.º, 26.º inciso, 2.º par.

¹¹³ Considerando que o parlamento praticava actos do artigo 26.º que, “sob o ponto de vista material, não são leis”, ROCHA SARAIVA, *Direito Político*, Esboço de curso professado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pelo Ex.mo Snr. Doutor Rocha Saraiva em 1924-1925, ROMULO DA ROSA MENDES, Imprensa Lucas, Lisboa, 1925, pg. 144. Por exemplo, o n.º 23 decretar a alienação dos bens nacionais não é uma lei, mas sim um acto de administração (ROCHA SARAIVA, *ibidem*).

¹¹⁴ Considerando que a função de vários números do n. 1, era limitar a capacidade regulamentar do poder executivo, ROCHA SARAIVA, *Direito Político*, Esboço de curso professado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pelo Ex.mo Snr. Doutor Rocha Saraiva em 1924-1925, ROMULO DA ROSA MENDES, Imprensa Lucas, Lisboa, 1925, pg. 144.

¹¹⁵ Embora, no que a ele coubesse (“quanto em Mim Couber”); assim o jurava – artigo 76.º. Tal competência era também consagrada nas Constituições de 1822 (artigo 126.º) e de 1838 (artigo 87.º)

¹¹⁶ Embora na esteira das Constituições monárquicas (artigo 122.º da Constituição de 1822; artigo 75.º, § 15.º, da Carta Constitucional).

¹¹⁷ Julga-se, de resto, que a inspiração terá sido a Carta Constitucional.

¹¹⁸ Assim, a deliberação do Congresso, na sessão conjunta de 23 de Abril de 1912, sob proposta de

c) O bicameralismo, cujo objectivo era dividir o poder¹¹⁹, sem prejuízo de esse desiderato não poder ser alcançado, quando houvesse acordo entre as duas Câmaras. A lei era o produto da vontade conjugada das duas Câmaras.

d) O carácter não permanente do Congresso, em contraposição à Convenção.

e) Ao nível do Executivo, a consagração do Chefe de Estado como órgão unipessoal;

f) Um Executivo com Ministros, diversamente do sistema de comités, no sistema convencional de tipo francês;

g) A incipiente responsabilização política dos restantes agentes do poder executivo, exceptuando, porventura, o Presidente da República, que poderia ser destituído, embora por uma maioria qualificada, em sessão conjunta de ambas as Câmaras;

h) O instituto das autorizações legislativas, impensável no sistema convencional.

i) A independentização do poder judicial¹²⁰ (ademais, com o novo poder de fiscalização da constitucionalidade das leis).

Deste modo, sem prejuízo de várias similitudes, o sistema da Constituição de 1911 não pode ser considerada sequer como sistema convencional.

As diferenças enunciadas tornam o produto final num sistema atípico, entre o sistema parlamentar e o convencional.

Do ponto de vista da prática constitucional, a distância em relação ao sistema convencional aumentará, em virtude da existência do “Ministério” (Governo), e, em parte, aproximá-lo-á do sistema parlamentar.

6. O poder executivo, na sua globalidade, encontrava-se destituído de competência legislativa¹²¹.

JACINTO NUNES.

Na Doutrina, MARNOCO E SOUZA aplaudia essa solução, pois “A interpretação de uma lei pelo poder legislativo envolve frequentemente a sua alteração.” (in *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 408).

¹¹⁹ Pretendia-se “afastar o perigo da “tendência a abusar; (...) o receio da ditadura de uma multidão, tão perigosa ou mais do que a ditadura de um despota”, sendo o bicameralismo “a maneira única de afastar actualmente esse perigo, limitando-se uma à outra nos seus poderes, unicamente por serem duas” (SIDÓNIO PAES, sessão n.º 38, 4 de Agosto de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 17 (310); cfr. ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, Artigo 112.º, in *Comentário à Constituição Portuguesa*, III Volume, 1.º Tomo, Princípios gerais da Organização do Poder Político (artigos 108.º a 119.º), coordenação de PAULO OTERO, Almedina, Coimbra, 2008, pg. 279; no mesmo sentido, considerando ser necessário “evitar o despotismo parlamentar”, PEDRO MARTINS, sessão n.º 16, de 7 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 13 (73).

A divisão em duas Câmaras era já preconizada no Projecto de lei n.º 3 (denominando as Câmaras como Conselho Nacional e Conselho dos Municípios) (artigo 6.º, corpo do preceito, sessão n.º 12, de 3 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 5 (28)).

¹²⁰ Cujas organizações competia ao Congresso – artigo 26.º, 17.º inciso.

¹²¹ Cfr. PAULO OTERO, *O poder de substituição...*, II, pg. 624.

Procurava-se assegurar a proscrição dos decretos ditatoriais através de várias regras¹²²:

i) Pela prorrogação das funções legislativas do Congresso, depois de terminada a legislatura, se, por algum motivo, as eleições não fossem realizadas dentro dos prazos constitucionais (artigo 26.º, n.º 25 e § único, da Constituição)¹²³; o poder executivo aproveitasse o período de interregno parlamentar, após a dissolução, para se assenhorear da função legislativa, como tinha sucedido durante o constitucionalismo monárquico¹²⁴;

ii) Pela qualificação como crime de responsabilidade da publicação de diplomas de carácter legislativo por parte do Executivo (artigo 8.º, n.º 4, da Lei n.º 266, de 27 de Julho de 1914¹²⁵, que regulamentava o artigo 55.º, 3.º inciso, da Constituição, qualificando como crime de responsabilidade os actos contra o livre exercício dos Poderes do Estado¹²⁶;

iii) Pelo direito fundamental de não pagar contribuições que não tivessem sido votados pelo Poder legislativo (artigo 3.º, n.º 27, da Constituição)¹²⁷;

iv) Através da “providência preventiva”¹²⁸ de os decretos regu-

¹²² Cfr. MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pgs. 504-505; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.ª ed., pg. 793; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de excepção no Direito Constitucional — entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, diss., Vol. II, Almedina, Coimbra, 1998, pg. 1324; JORGE MIRANDA, *A ratificação no Direito Constitucional português*, in *Estudos sobre a Constituição*, 3.º volume, Petrony, Lisboa, 1979, pgs. 598-599.

¹²³ Por proposta de CASIMIRO DE SÁ.

¹²⁴ Cfr. MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 449; JAIME VALLE, *A participação do Governo no exercício da função legislativa*, pg. 209; ANTÓNIO VITORINO, *Introdução ao estudo das autorizações legislativas*, Lisboa, 1985, p. 103.

O elemento subjectivo do Deputado CASIMIRO DE SÁ confirma esta interpretação: “faço votos para que nunca neste país seja governando por quem, prevalecendo-se do prazo que lhe faculta o parágrafo 3.º (...), possa, com o fim de vencer umas eleições, sufocar a opinião pública, afrontar a liberdade e imprensa, (...) e depois de feitas as eleições nestes termos venha dizer que as eleições foram livres (...)

« (...) a função legislativa deve ser uma função contínua, nunca deve ser suspensa; devemos aqui garantir-lhe a sua continuidade.

« (...) a Assembleia não pode votar que, encontrando-se o país em circunstâncias especiais de perturbação da ordem interna e externa, não podendo fazer-se as eleições, o poder legislativo possa ficar na contingência de ser suspensa.” (CASIMIRO DE SÁ, sessão n.º 42, de 9 de Agosto de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 15 (361)).

¹²⁵ Esta Lei procura “esculpir o modelo de político republicano”, “íntefro de cumpridor vencendo as tentações de se prevalecer da autoridade” (MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 4.ª ed. revista e actualizada com a colaboração de RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, Almedina, Coimbra, 2009, p. 533).

¹²⁶ Na sequência da proposta de MARNOCO E SOUZA, *Direito Político*, p. 746.

¹²⁷ Uma proposta de aditamento, apesar de ter sido rejeitada, demonstra o espírito que presidia a esta disposição: “Nenhum cidadão será obrigado a pagar qualquer contribuição do Estado, quando tenha sido impedido o exercício do poder legislativo.” (segunda Proposta de ANTONIO BARROSO PEREIRA VICTORINO, sessão n.º 35, de 1 de Agosto de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 20 (267)).

¹²⁸ MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 504.

lamentares (elaborados para execução de leis) estarem sujeitos a “sanção” do Congresso; tratava-se de (artigo 26.º, n.º 24), que assim pretendia evitar que fossem aprovadas providências legislativas (entenda-se, dotadas das características apontadas da lei em sentido material)¹²⁹ ou, em alternativa, pôr termo a diplomas de cujo mérito o Congresso discordasse. Tratava-se de uma espécie de ratificação-confirmação¹³⁰; até à emissão de tal acto integrativo, esses diplomas eram considerados provisórios¹³¹;

v) A garantia da responsabilidade ministerial, aplicável ao acto de abuso (cfr. artigo 51.º)¹³²;

vi) Pela fiscalização da constitucionalidade dos mesmos, que abrangia a inconstitucionalidade orgânica e formal dos diplomas emanados do Executivo, sem autorização do poder legislativo (artigo 63.º da Constituição)¹³³.

vii) A previsão do poder de dissolução presidencial levou a ser aditada uma nova regra, igualmente tendentes a assegurar que o Poder Executivo não elaborasse decretos com força de lei, invocando encerramento do Congresso; tratava-se de um limite de revisão constitucional:

No período entre o acto de dissolução presidencial e a da reunião das Cortes eleitos, o Governo seria de gestão e não poderiam ter execução, nem ser obedecidos todos os actos do poder executivo contrários aos preceitos constitucionais (artigo 10.º, § 8.º, da Lei constitucional n.º 891, de 22 de Set. de 1919).

Nenhuma das proibições ou sanções anteriormente referidas viria a funcionar totalmente.

Os decretos ditatoriais não foram totalmente erradicados; invocando autorizações legislativas, delas se desviando, ou aproveitando a indeterminação do objecto nelas fixado, o Governo emitiu decretos com força de lei (v. Anexo)

¹²⁹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Ratificação (em Direito Constitucional)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, volume VII, Lisboa, 1996, pg. 18; SÉRVULO CORREIA *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, diss., Almedina, Coimbra, 1987, pg. 181 (nota 318); PAULO OTERO, *O poder de substituição...*, I, pg. 354.

¹³⁰ Cfr., a propósito do instituto da ratificação entre 1933 e 1945, JORGE MIRANDA, *Manual...*, V, 3.ª ed., pg. 334; IDEM, *Ratificação (em Direito Constitucional)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, volume VII, Lisboa, 1996, pg. 17; IDEM, *Artigo 169.º*, I, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, 1.ª ed., pg. 571.

¹³¹ É de notar que a Constituição de 1911 foi a única a prever este mecanismo.

¹³² MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 504.

¹³³ Era a opinião dominante, designadamente de JOÃO TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no Direito português*, França e Arménio Coimbra, 1915, pp. 110-111; JOSÉ ALBERTO DOS REIS; e do juiz FRANCISCO JOSÉ DE MEDEIROS.

Em sentido contrário, FEZAS VITAL defendia que o preceito apenas contemplava a sindicabilidade da inconstitucionalidade material (“*doutrinal*”) (em virtude do argumento histórico, de ter sido eliminada a última parte do preceito do Projecto da Comissão, que se referia à “*a conformidade do processo parlamentar ou formação da lei com os respectivos preceitos da Constituição*”) (FÉSÀS VITAL, *Autorizações legislativas*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano VI, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1920, pgs. 587, 589, 593).

6.1. A competência legislativa autorizada

A competência legislativa autorizada foi o primeiro tipo de competência legislativa reconhecida, ao nível da Constituição formal, ao Executivo, se exceptuarmos o caso particular do âmbito colonial.

A ausência de limites à lei de autorização, aprovada pelo Congresso, contrasta com as restrições desproporcionadas, directamente dirigidas ao exercício da competência autorizada¹³⁴.

Como interpretar o artigo 27.º?

Existiram duas propostas:

- i) Uma primeira tese¹³⁵ seria a de considerar que a autorização dada pelo Parlamento só as dos números 4 e 14 do artigo 26.º (que, de resto, não constituíam necessariamente matéria legislativa); fora dos referidos casos, as autorizações seriam nulas¹³⁶;
- ii) Uma tese ampliativa, defendia que a possibilidade de conceder autorizações legislativas possuía um “alcance genérico”¹³⁷, podendo esta versar sobre qualquer matéria legislativa, incluindo as do artigo 26.º¹³⁸.

Em nosso entender, do ponto de vista hermenêutico, a primeira opinião era insustentável, até porque o inciso 14.º não constituía necessariamente matéria legislativa.

Se a primeira opinião peca por defeito, a segunda pressupõe que não havia qualquer reserva de competência legislativa.

Diferentemente, julga-se que as matérias enumeradas no artigo 26.º, que constituíssem matéria legislativa, eram da competência exclusiva do Congresso (conforme decorre do prómio: “*Compete privativamente ao Congresso (...)*”) (por maioria de razão, poder-se-ia invocar a reserva de iniciativa dos Deputados em relação às matérias de impostos e organização das forças de mar e terra (artigo 23.º, alíneas a) e b)), que de-

¹³⁴ Sem prejuízo de não terem opinião favorável da Doutrina. CARL SCHMITT referia que elas eram “*inadmissíveis e inconciliáveis com uma consciência certa do significado da opinião pública*” (in *Teoría de la Constitución* (original: *Verfassungslehre*, 1928), trad. de FRANCISCO AYALA, Alianza, Madrid, 2009 (reimpressão da ed. de 1982), § 24.III.1, pg. 304). Também MARNOCO E SOUZA referia que a contradição era “*inerente à própria faculdade de delegar*” (in *Direito Político*, pg. 407; IDEM, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentário, pg. 453).

¹³⁵ AFONSO DE LEMOS, sessão n.º 5 da Câmara dos Deputados, de 11 de Junho de 1919, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 7; JACINTO NUNES, *ibidem*, pg. 9; algumas sentenças de tribunais.

¹³⁶ JACINTO NUNES, sessão n.º 5 da Câmara dos Deputados, de 11 de Junho de 1919, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 9.

No mesmo sentido, aparentemente, BRITO CAMACHO, *Sessão n.º 36. Em 5 de Fevereiro de 1920*, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 15.

¹³⁷ FÊSAS VITAL, *Autorizações legislativas*, pg. 563.

¹³⁸ FÊSAS VITAL, *Autorizações legislativas*, pgs. 562-563, 585 (nota); sentença do juiz do tribunal de Vila Nova de Famalicão, DOMINGOS MANUEL PEREIRA DE CARVALHO D’ABREU, de 16 de Abril de 1915, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano VI, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1920, pgs. 550-551.

veriam evidentemente ser leis aprovadas pelo Congresso). Havia, pois, uma reserva absoluta de competência; as não enumeradas caberiam virtualmente na reserva relativa.

Não têm pois razão aqueles que sustentam que a reserva de competência surgiu, em 1951, após a criação do Governo-legislador (dotado de competência legislativa normal), na revisão de 1945; ou sectorialmente na revisão de 1920 (prevendo a competência legislativa de órgãos do poder executivo em matéria colonial¹³⁹). Em rigor, julga-se que a reserva do Parlamento, na repartição de competências com o Governo, foi consagrada logo em 1911.

6.1.1. Por outro lado, a Constituição de 1911 não continha uma norma que impusesse a fixação de limites, na lei de autorização, com vista à prolação ao diploma autorizado; o artigo 27.º, interpretado “*a contrario sensu*”, não visava a restrição ou a limitação do objecto ou do âmbito das autorizações¹⁴⁰.

A regra de irrepetibilidade era uma severa limitação estabelecida em relação ao Executivo, na medida em que postulava que a autorização legislativa deveria ser utilizada uma única vez¹⁴¹.

Com isso pretendendo “*evitar abusos por parte do Executivo*”.

O elemento histórico demonstra a intenção de reagir reacção contra os abusos praticados durante a Monarquia¹⁴².

O problema não se encontrava apenas a jusante, no abuso de diplomas emitidos pelo Governo; encontrava-se bem mais na lei de “autorização”, com objecto flutuante, genérico e sem determinar uma regra de caducidade.

O problema seria resolvido a montante, definindo a lei de autorização o objecto (e uma duração certa).

A regra da irrepetibilidade encontrada dá resposta indirectamente ao problema da duração.

¹³⁹ Artigo 3.º e § 1.º da Lei n.º 1005, de 7 de Agosto de 1920.

¹⁴⁰ Cfr. FÉSAS VITAL, *Autorizações legislativas*, pg. 569.

¹⁴¹ Em sentido contrário, colocando reservas à interpretação de que bastaria a decretação de uma só medida legislativa, para a autorização ficar, “*ipso facto*”, esgotada, sem prejuízo de se tratar da referida lei de autorização de 1914, com objecto indefinido, sentença do juiz do tribunal de Paredes de Coura, DELFIM MARTINS FLORES, de 16 de Abril de 1915, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano VI, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1920, pg. 548.

¹⁴² Neste mesmo sentido, a fundamentação da proposta de ANTÓNIO MACIEIRA que deu origem a essa disposição (in sessão n.º 54, de 18 de Agosto de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 24 (499):

“*a monarquia usava e abusava do direito de autorização concedida pelo poder legislativo ao poder executivo. / (...) / O que é indispensável é que o poder executivo não faça como no tempo da monarquia, em que usava e abusava dessa autorização para fazer leis novas.*”

Um exemplo de uma autorização legislativa genérica, com alienação de competência legislativa do Parlamento, encontra-se na Lei de 2 de Maio de 1843:

“*O Governo é autorizado para, na ausência das Cortes, (...) decretar provisoriamente as providências a que a urgência, ou o bem das Províncias Ultramarinas o exigirem.*” (artigo 1.º).

“*O Governo fica responsável pelo uso da autorização, que por esta Lei se lhe concede (...)*” (artigo 3.º).

Outro exemplo, bem relevante, encontra-se na Lei de 20 de Março de 1907.

Todavia, ela afigura-se demasiado rígida¹⁴³.

Uma segunda limitação estava contida na regra da caducidade das autorizações legislativas, finda a legislatura (norma aditada pela revisão de 1919 (artigo 47.º, § 8.º), devido aos abusos anteriormente descritos)¹⁴⁴.

Em síntese, do ponto de vista das normas da Constituição “oficial”, inexistente qualquer espaço próprio de normação a favor do executivo¹⁴⁵ (sem prejuízo das práticas a que se aludirá).

6.2. A excepção a esta regra tinha carácter sectorial, sendo apenas operativa em matéria colonial (na revisão de 1920); sem prejuízo de alguma inexactidão na versão originária da Constituição de 1911.

Esta parcela de domínio legislativo, quase que dir-se-ia subterrâneo, sendo conferida competência legiferante aos órgãos do Poder Executivo, centralizada no Governo da Metrópole ou também em órgãos locais, perpassa a História da Monarquia constitucional¹⁴⁶ e também da I República.

¹⁴³ Esta originalidade viria a perdurar nas subsequentes Constituições de 1933 (artigo 108.º, § 2.º, 1.º período) e de 1976 (actual artigo 165.º, n.º 3, 1.ª parte), seguindo a cadeia de tradição, reproduzindo mecanicamente certas disposições, sem atender ao contexto em que foram criadas e à respectiva “*ratio legis*” (sobre a cadeia de tradição, cfr. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito* (original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.ª ed., reformulada, Berlin, 1991), 3.ª ed., tradução de JOSÉ LAMEGO, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, pgs. 289, 290).

A nosso ver, porém (tal como FEZAS VITAL, de resto, já aventara), viria a ser exceptuado o parcelamento da autorização (artigo 108.º, § 2.º, 1.º período, da Constituição de 1933; artigo 165.º, n.º 3, 2.ª parte da Constituição de 1976, na numeração actual); só que, em rigor, quando tal sucede, por natureza a lei de autorização legislativa é utilizada mais de uma vez.

Ou seja, em bom rigor, torna-se bem possível que a regra seja esvaziada pela excepção (a Constituição de 1933 estabelecia ainda uma outra excepção, em parte devido à ausência do limite da duração: as autorizações que, força dos seus próprios termos, importassem uso continuado).

Em qualquer caso, a regra proíbe que o Governo revogue, altere ou substitua o decreto-lei sobre uma mesma matéria, mesmo que ainda não esteja esgotado o prazo prescrito pela lei de autorização; o que se afigura algo exagerado, pois não parece beliscar a reserva de competência do Parlamento, desde que emitida durante o prazo (quando muito, poderia invocar-se razões de segurança jurídica, mas não de falta de competência).

Crê-se, pois, que, sem prejuízo da matização da 2.ª parte, o n.º 3 do artigo 165.º da CRP é um “plágio infeliz” ou “enunciado performativo ineficaz” (segundo a classificação de AUSTIN - cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. I, diss., Almedina, Coimbra, 1992, pg. 122), assente numa cadeia de tradição inautêntica.

¹⁴⁴ O desvalor era o da inexistência jurídica, apesar da errada qualificação como nulidade.

¹⁴⁵ PAULO OTERO, *O poder de substituição...*, I, pg. 354.

¹⁴⁶ Esta competência foi prevista em vários seguintes momentos, durante a Monarquia Constitucional. A primeira constou da Constituição de 1838 (artigo 137.º) (v. PAULO OTERO, *A descentralização territorial na Assembleia Constituinte de 1837-1838 e no Acto Adicional de 1852*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXX, 1989, pgs. 307-310; sobre os trabalhos preparatórios, LOPES PRAÇA, *Collecção de Leis e Subsídios para o Estudo do Direito constitucional português*, por J. J. LOPES PRAÇA, vol. II, Constituições Políticas de Portugal, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1894, pg. 270 (nota));

Durante a terceira vigência da Carta Constitucional, à margem desta - inconstitucionalmente, ferindo-a “*todos os dias sem responsabilidade alguma, porque ninguém lha podia impor*” (ALMEIDA GARRETT, *apud* LOPES PRAÇA, *Direito constitucional português. Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*, vol. III, Coimbra Editora, colecção *Studia Iuridica* do BFDUC, 1997

Nesta, há que considerar vários momentos:

a) Desde logo, o momento de interregno, em que continuavam em vigor as leis ordinárias prevendo a competência legislativa do Governo;

b) Quanto à versão originária da Constituição de 1911, afigura-se duvidoso que o artigo 87.º conferisse competência legislativa de urgência do Poder Executivo. O preceito previa que este tomasse as “*medidas necessárias e urgentes*” para as províncias ultramarinas, tomadas, estando o Congresso encerrado¹⁴⁷, (aliás, incorrectamente inserido nas “*Disposições transitórias*”).

A favor da resposta negativa, poder-se-ia invocar que “todas” não incluía providências legislativas, mediante uma interpretação restritiva, à luz de um elemento sistemático.

Os trabalhos preparatórios pareceriam também apontar para nesse sentido, uma vez que foram rejeitadas propostas bem mais explícitas¹⁴⁸.

(original: original: 2.ª parte, vol. II, Imprensa Litteraria, Coimbra, 1880), pg. 50) -, na prática entre a restauração da Carta (Fevereiro de 1842) e 1 de Maio de 1843; na Lei de 2 de Maio de 1843, que estabeleceu uma competência legislativa de urgência do Governo, em Conselho de Ministros, e dos Governadores Gerais de uma Província Ultramarina (com autorização prévia do Governo), sendo ambas sujeitas a ratificação necessária das Cortes.

Diga-se que esta Lei se afigura claudicante, por duas razões:

i) Seria uma matéria objecto de reserva de Constituição e, por conseguinte, era orgânica e materialmente inconstitucional, em virtude de usurpação de poder constituinte;

ii) Menos aceitável era a previsão de uma autorização legislativa genérica, não prevista pela Carta (e também, por maioria de razão, a subdelegação de poder legislativo de um órgão do Poder Executivo a órgãos coloniais).

Soluções praticamente idênticas viriam a constar no artigo 15.º do 1.º Acto Adicional à Carta Constitucional, de 1852 (tendo sido, pois, a Constituição instrumental adaptada à lei ordinária (como foi reconhecido - Proposta de lei de revisão constitucional, apresentada pelo Governo, 23 de Jan. de 1852, Relatório, in *Collecção de leis...*, II, por LOPES PRAÇA, pgs. 285 (nota)) (PAULO OTERO, *A descentralização territorial na Assembleia Constituinte de 1837-1838 e no Acto Adicional de 1852*, pg. 312; v. pgs. 310-318; LOPES PRAÇA, *Direito constitucional português*, III, pgs. 49-53); os debates entre os parlamentares divididos evidenciam a tensão entre o princípio da separação de poderes e a atribuição da competência legislativa a órgãos executivos (PAULO OTERO, *ibidem*, pgs. 321, 315-318; considerando esta solução inovadora em termos europeus, no que concerne à descentralização territorial do poder legislativo (v. artigo 15.º, § 2.º do 1.º Acto Adicional, não carecendo de autorização do Poder Executivo, ao invés da Lei de 1843), PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pg. 147 (nota 561)) (para mais desenvolvimentos, MARNOCO E SOUZA, *Direito Político*, pgs. 661-673); continuada em leis ordinárias, como a carta orgânica das províncias, de 1 de Dezembro de 169 (artigo 15.º), regulamentada pelo Decreto de 23 de Maio de 1907 (artigo 11.º), que reorganizou a administração de Moçambique.

¹⁴⁷ Devido a proposta de A. BERNARDINO ROQUE (in sessão n.º 54, de 18 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 23 (498)).

¹⁴⁸ Designadamente de um Deputado, DOMINGOS TASSO DE FIGUEIREDO, nos termos da qual o poder executivo poderia legislar, exceptuando, porém, certas matérias, que seriam objecto de reserva de competência - sessão n.º 52, de 17 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pgs. 16-17 (480-481); dois projectos de Constituição preconizavam explicitamente, na esteira do 1.º Acto Adicional à Carta, competências legislativas de urgência, exercidas pelo Poder executivo da Metrópole ou pelos Governadores das colónias (projecto do jornal “*A Lucta*” (arts. 70.º e 71.º) in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 574; projecto de JOSÉ

Todavia, a interpretação legislativa, feita na altura, e a Doutrina apontam no sentido de uma norma excepcional¹⁴⁹.

Certo é que as leis ordinárias anteriores, que mantinham essa possibilidade (referidas acima), cessaram vigência (cfr. artigo 87.º)¹⁵⁰;

c) Entre 1914 e 1920, essa competência foi prevista por leis ordinárias: em moldes diversos, na Lei n.º 277, de 15 de Agosto de 1914, e na Lei n.º 278, de 15 de Agosto de 1914; no Decreto com força de lei, emitido pelo Governo, de 10 de Maio de 1919, elaborada sob ditadura, em que o Governo delegava no Comissários da República a função legislativa¹⁵¹;

d) A revisão de 1920¹⁵² clarificaria a questão, adaptando-se às leis ordinárias¹⁵³ (sem prejuízo da qualificação fictícia de que seria a título de “delegação do Poder legislativo” e, por conseguinte, da não diferenciação entre a competência legislativa autorizada e a competência legislativa de urgência).

Era conferida a competência aos governos coloniais (artigo 3.º, § 1.º); sendo esse poder sujeito a audição prévia de certos órgãos locais; bem como a ratificação necessária do Poder Executivo (artigo 4.º, 1.º inciso).

Por seu turno, no caso de ao Congresso era conferido o poder de ratificação necessária das providências legislativas dos governos coloniais rejeitadas pelo Poder Executivo (artigo 7.º, § único). Poderia, pois, haver duas ratificações sucessivas: uma, pelo Poder Executivo, outra, por banda do Congresso.

Para além disso, por via de regra, o Parlamento tinha a faculdade de fiscalizar e mesmo revogar as providências legislativas (artigo 7.º (corpo do preceito)).

SOARES DA CUNHA E COSTA (artigo 78.º) (*ibidem*, pg. 585).

¹⁴⁹ Lei n.º 277, de 15 de Agosto de 1914 (1914 (“Lei orgânica de Administração civil das províncias ultramarinas”) (Base 1.º, 3.º inciso: a metrópole legislativa “por meio de decretos do Poder Executivo, sobre os assuntos que excedam a competência dos governos locais, nos casos em que a Constituição o permite”). MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pgs. 602-603) referia: “Trata-se de providências legislativas, pois, se se tratasse de actos próprios das faculdades ordinárias do poder executivo, não era preciso autorizá-lo a tomar tais providências (...)”; PAULO OTERO, *Dos entes territoriais infra-estaduais no Direito Constitucional português*, Relatório (...), 1.º tomo, FDUL, pg. 128; considerando que tal norma habilitaria o Governo a legislar para as colónias, em caso de urgência, AFONSO DE LEMOS, sessão n.º 5 da Câmara dos Deputados, de 11 de Junho de 1919, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 7.

¹⁵⁰ Neste sentido, MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pgs. 603-604.

¹⁵¹ Em 1919, considerando que o Governo não só legislou, mas também transferiu “funções legislativas, como no caso dos altos comissários” em África “poderem negociar convénios com as colónias vizinhas”, AFONSO DE LEMOS, sessão n.º 5 da Câmara dos Deputados, de 11 de Junho de 1919, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 7.

¹⁵² Artigos 3.º e 7.º da Lei n.º 1.005, de 7 de Agosto de 1920, revendo a Constituição de 1911.

¹⁵³ V. *supra*; cfr. PAULO OTERO, *Dos entes territoriais infra-estaduais no Direito Constitucional português*, Relatório (...), 1.º tomo, FDUL, pgs. 131-132, 134-135; JOSÉ LUÍS R. MOREIRA DA SILVA, *Das leis orgânicas na Constituição da República Portuguesa*, AAFDL, Lisboa, 1991, pgs. 42-43.

Em suma, o primado do exercício da função legislativa era assegurado firmemente, neste domínio de excepção.

Nesta área específica, existia uma certa prevalência natural do poder executivo, devido a razões circunstanciais inarredáveis: a distância geográfica em relação aos territórios ultramarinos; a morosidade do processo legislativo parlamentar; a carência ou escassez de meios de comunicação entre Metrópole e Ultramar¹⁵⁴; a falta de conhecimento das situações de facto subjacente à norma-ção, dos assuntos “intimamente ligados à vida quotidiana das populações”¹⁵⁵; e, também – sendo esta razão específica da I República, mas não, aparentemente, dos anos da Monarquia Constitucional -, o facto de as questões coloniais não motivarem grande interesse no Congresso¹⁵⁶.

Todas estas competências seriam exercidas, alegadamente (*rectius*, ficticia-mente) “por delegação” do Congresso, ao qual era conferido o poder de livremente revogar quaisquer desses diplomas (artigo 7.º, corpo do preceito).

No intuito de vincar a proeminência do Congresso, foi criado um limite negativo a essa legislação “estranha” às regras gerais; foi ela que esteve na ori-gem da previsão de uma reserva de competência legislativa, em favor do órgão parlamentar¹⁵⁷, por confronto com órgãos executivos, detentores de competência legislativa normal.

A competência legislativa de urgência, no período liberal, embora res-trita ao domínio colonial, a par de idêntica competência, deferida a órgãos das colónias (na Constituição de 1838, 1843, 1852; eventualmente artigo 67.º da Constituição de 1911; Lei de 1914; revisão de 1920) e a respectiva tradição conti-nuariam já na II República, neste nível sectorial restrito¹⁵⁸, mas seriam dilatados, desde a competência legislativa excepcional do Governo (sem discriminação de matérias), até se chegar à competência legislativa normal¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Cfr. PAULO OTERO, *A descentralização territorial na Assembleia Constituinte de 1837-1838 e no Acto Adicional de 1852*, pgs. 314-315.

¹⁵⁵ Parecer n.º 13/V da Câmara Corporativa, de 19 de Fevereiro de 1951, acerca da proposta de lei n.º 111, relatado por MARCELLO CAETANO, *Sessão n.º 74, em 23 de Fevereiro*, da Assembleia Nacional, in *Diário das Sessões*, n.º 75, ano de 1951, 24 de Fevereiro, pg. 406.

¹⁵⁶ Neste último sentido, PAULO OTERO, *Dos entes territoriais infra-estaduais no Direito Constitucional português*, Relatório (...), 1.º tomo, FDUL, pg. 135.

¹⁵⁷ Cfr. arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 1005, de 7 de Agosto de 1920, revendo a Constituição de 1911.

¹⁵⁸ Haja em vista a consagração no Acto Colonial de 1930 (arts. 27.º-28.º e 30.º); na Constituição instrumental de 1933 (a partir da integração do Acto Colonial, em 1951 – arts. 149.º ss.); na alteração à Lei Orgânica do Ultramar (Lei n.º 2.066, de 27 de Junho de 1953), alterado pela Lei n.º 2119, de 24 de Junho de 1963; bases XXXVI, n.º 1, 1.º, e XXIII, n.º 1), e na revisão de 1971 (arts. 136.º, § 2.º, e 135.º, al. b) (para mais desenvolvimentos sobre todo este período, PAULO OTERO, *A concepção unitarista do Estado na Constituição de 1933*, pgs. 432, 443-444, 465-467, 475; JAIME VALLE, *A participação do Governo no exercício da função legislativa*, pgs. 215-217; sobre a descentralização operada pela revisão de 1971, em particular, v. MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6.ª ed., revista e ampliada por MIGUEL GALVÃO TELLES, tomo II, Coimbra, 1972, pgs. 537-542).

¹⁵⁹ A competência legislativa “em casos de urgência e necessidade pública” foi consagrada na versão originária da Constituição de 1933 (para uma síntese no Direito comparado da competência

Registe-se que a primeira vez em que esta competência concorrencial surgiu foi no domínio colonial, em 1920.

7. EM CONCLUSÃO

A fragilidade das instituições estava prenunciada pela vaguidade, imperfeição e tendências centrífugas¹⁶⁰ da Constituição de 1911.

Elaborada sem clivagens de fundo (em virtude de eleição não competitiva), composta por personalidades sem experiência parlamentar anterior¹⁶¹, indecisa e lacunar quanto ao sistema de governo, a Constituição de 1911 não criava uma engenharia adequada de poderes¹⁶².

No campo da organização do poder político, terá sido porventura a mais pobre e infeliz das Constituições portuguesas (ressalvada a “pérola” do artigo 63.^o¹⁶³).

legislativa de urgência, v. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pgs. 107-108 (nota 433)).

Ela desapareceu a partir da revisão de 1945; não mais foi consignada em termos gerais, em larga medida, por desnecessidade, uma vez que passou a ser reconhecida ao Governo competência legislativa normal.

¹⁶⁰ Assinalando os paradoxos do regime político, ANTÓNIO JOSÉ TELO, *Primeira República*, 2010, pg. 11.

¹⁶¹ Neste último sentido, RAÚL RÊGO, *História da República*, volume III, 1987, pg. 115.

¹⁶² Reconhecendo que a Constituição de 1911 “[N]ão ficou obra perfeita, bem longe disso”, RAÚL RÊGO, *História da República*, volume III, 1987, pg. 119.

¹⁶³ “Muitas vezes, nas legislaturas ordinárias, a paixão política leva o Parlamento a infringir a Constituição e a votar leis que contrariam o estatuto fundamental do país, e o poder judicial, que se encontra acima e fora das paixões políticas, deve corrigir esses desmandos do Parlamento.” (ANTÓNIO MACIEIRA Sessão n.º 49, de 15 de Agosto de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 4 (449)).

O regime criado pela C. de 1911 era “único e genérico” (JORGE MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, (1.ª ed.), RFDUL, suplemento, dissertações de alunos — VII, Lisboa, 1968 (2.ª ed., reimpressão, Coimbra Editora, 1996), pgs. 113).

No entanto, a garantia da constitucionalidade era exígua, por várias razões:

i) Em relação ao objecto, restringia o objecto à inconstitucionalidade das leis, não dos regulamentos (diferentemente, do Projecto de Constituição de SIDÓNIO PAES - Constituição Política da República Portuguesa. Projecto, Dez. de 1918 (Câmara dos Deputados, 1918, -Projecto, Arquivo histórico-parlamentar, reproduzido in ARMANDO MALHEIRO DA SILVA, *Sidónio e sidonismo*, II, pg. 411, em que a fiscalização judicial difusa abrangia as normas de regulamentos, embora apenas destes (havendo aqui um retrocesso em relação ao artigo 63.º da Constituição de 1911: “Artigo 67.º - “O Poder Judicial, desde que, nos feitos submetidos a julgamento, qualquer das partes impugnar a validade dos diplomas emanados das corporações com utilidade pública ou actos dos agentes do Poder Executivo, que tiverem sido invocados, apreciará a sua legitimidade”);

ii) A inconstitucionalidade por acção apreciada era apenas a material (“doutrinal”), excluindo as inconstitucionalidades formais (FÉSAS VITAL, *Autorizações legislativas*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano VI, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1920, pgs. 587, 589, 593, invocando o argumento da eliminação de um fragmento dos trabalhos preparatórios; em sentido contrário, JOÃO TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no Direito português*, França e Arménia Coimbra, 1915, pp. 110-111, invocando que a averiguação do cumprimento das regras do processo legislativo parlamentar era uma questão prévia (no mesmo sentido, desde que o desvalor associado à inconstitucionalidade não fosse o da inexistência jurídica, JORGE MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, (1.ª ed.), RFDUL, suplemento, dissertações de alunos — VII, Lisboa, 1968 (2.ª ed., reimpressão, Coimbra Editora, 1996), pgs. 113 e 114; juiz FRANCISCO JOSÉ DE MEDEIROS e o Professor JOSÉ ALBERTO DOS REIS, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.ª ed., pg. 793);

As heranças mais duradouras da Constituição de 1911 não se encontram no sistema de governo (se dele excluirmos a forma institucional, bem como o poder de nomeação e demissão dos Ministros por parte do PR, embora aplicada segundo matizes muito diversas nas Constituições posteriores) nem nos direitos fundamentais¹⁶⁴, mas (para além, evidentemente, da forma institucional republicana), na introdução da fiscalização jurisdiccional sucessiva difusa da constitucionalidade e, sobretudo, no poder local (sem embargo do largo intervalo temporal ocorrido durante o sidonismo e durante a II República).

II O SISTEMA DE GOVERNO NA PRÁTICA INSTITUCIONAL

Consideraremos agora o sistema de governo, não à luz da Constituição formal (“oficial”), mas da prática das instituições, da “*law in action*” (também denominada Constituição “aplicada”, “não oficial”).

Na nossa óptica, sistema de governo deve ser analisado sob uma dupla perspectiva: não só à luz da Constituição formal (“oficial”), mas também da prática constitucional¹⁶⁵.

iii) Não funcionava oficiosamente, por impugnação de alguma das partes; o que retirava o poder de desaplicação oficiosa (conforme o elemento literal apontava inequivocamente - JORGE MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, pgs. 107, 252; em sentido contrário, admitindo apreciação “*ex officio*”, ANTÓNIO MACIEIRA Sessão n.º 49, de 15 de Agosto de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 4 (449)) (tal como BARBOSA DE MAGALHÃES propôs - Sessão n.º 49, de 15 de Agosto de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 4 (449)), e viria a propor num escrito doutrinário, na Gazeta da Relação de Lisboa, ano 29.º, 1915, p. 346, invocando, como principal argumento, o artigo 3.º, n.º 2, da Constituição (apud (JORGE MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, pg. 353 (nota 433)));

v) Sendo a fiscalização concreta, não abstracta, os efeitos da decisão não tinham força para o futuro, “*erga omnes*” (JORGE MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, pg. 107) (diferentemente, o Projecto de SIDÓNIO PAES previa, pela primeira vez, um modelo de fiscalização concentrada, sendo os efeitos similares ao do sistema norte-americano: “Artigo 68.º - “*Só o Supremo Tribunal de Justiça é competente para conhecer da inconstitucionalidade das leis (...)*”; “Artigo 69.º - “*Quando uma lei fôr julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal de Justiça, será publicada no “Diário do Governo” a respectiva sentença, sendo essa lei declarada nula e de nenhum efeito, ninguém lhe devendo obediência.*” (Constituição Política da República Portuguesa. Projecto, Dez. de 1918 (Câmara dos Deputados, 1918, - Projecto, Arquivo histórico-parlamentar, reproduzido in ARMANDO MALHEIRO DA SILVA, *Sidonismo e sidonismo*, II, pg. 411).

vi) Em termos de prática constitucional, os tribunais revelaram uma acentuada contenção, senão mesmo timidez, na emissão do juízo de inconstitucionalidade. Curiosamente, verifica-se também uma tentativa de introdução de um mecanismo de fiscalização preventiva, no projecto de JOÃO GONÇALVES (embora violando o princípio do pedido) – artigos 98.º, § 2.º, e 99.º, 1.º par. (*Anexo. Projectos de Constituição... in Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 611).

¹⁶⁴ Exceptuando, claro está, o direito de resistência. Já quanto à liberdade religiosa, tem-se as maiores dúvidas, em face da anterior Lei da Separação e do próprio articulado, deveras ambíguo, da Constituição de 1911.

¹⁶⁵ Em sentido diverso, aparentemente, JORGE MIRANDA atende apenas à normatividade, referindo não considerar os sistemas políticos, atendendo à efectividade (in *Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2004, pgs. 205 (nota 7) (embora, nas análises que elabora, designadamente das Constituições francesas de 1875 e de 1958, e portuguesa de 1911, atenda inequivocamente à prática e ao costume constitucional).

Mais vincadamente, JORGE REIS NOVAIS, *Semipresidencialismo*, I, Teoria do sistema de governo semipresidencial, 1.^a ed., Almedina, Coimbra, 2007, pgs. 128 ss., 136 s., 43, 75, 236-238 (sem prejuízo de admitir a Constituição “escrita ou não escrita” e de aludir numa ocasião à “Constituição material”, privilegia claramente a Constituição formal, com excepção do sistema britânico).

Salvo o devido respeito, cremos que se trata de posições excessivamente positivistas normativista, que não atendem à (falta de) efectividade das normas constitucionais formais, e faz4m tábua rasa dos usos e costumes.

Não é lícito à ciência do Direito do Estado “desconhecer a importância do fáctico, sob pena de ela vir afinal a deixar de o ser onde afinal começam os seus problemas” (FRANCISCO LUCAS PIRES, *O problema da Constituição*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento XVII, 1970, pg. 346). Crê-se que o costume, como fonte de Direito, tem uma a força insubmissa (cfr. PAULO OTERO, *A Democracia Totalitária*, 1.^a ed., pg. 240; admitindo a divergência entre o regime prescrito e o regime efectivamente praticado, ARMANDO M. MARQUES GUEDES, *Sistemas políticos*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, II, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial, 1993, pg. 259).

Não vemos como arredar as normas costumeiras e a prática à sombra das Constituições, da configuração do sistema de governo.

A não ser assim, não se enxergaria como explicar, por exemplo, os primeiros sistemas parlamentares dualistas (*infra*); como sustentar que o sistema semipresidencial da Constituição de Weimar se manteve efectivo até ao seu termo?; como explicar a divergência entre a versão originária da Constituição de 1958 e a prática gaullista até 1962?

JORGE REIS NOVAIS refere que só houve semipresidencialismo a partir da revisão constitucional de 1962.

Todavia, ignora que a prática institucional, à sombra da versão originária da Constituição, através da acção do General DE GAULLE, havia já subvertido o texto Dir-se-á mesmo que o referendo e a revisão de 1962 formalizaram (e também ampliaram) algo pretérito.

Em segundo lugar, uma perspectiva que não atenda à aplicação das normas, ignora por completo o fenómeno das mutações tácitas e de outras vicissitudes constitucionais.

Ora, elas, sendo também factos, não deixam de possuir a virtualidade de mudar.

O sistema instituído pela Constituição formal pode “deslizar”.

Exemplo paradigmático é o da Constituição norte-americana de 1787: ao contrário do que acriticamente tem sido dito, o sistema consagrado na letra da Constituição não é necessariamente o presidencialismo.

O **presidencialismo puro** não resulta muito claro da letra da Constituição norte-americana.

Na verdade, o principal órgão da União parecia ser o Congresso, sendo proeminente face ao Executivo, por várias razões:

- a) Em virtude do elemento sistemático de interpretação (a Constituição de 1787 ocupa-se em primeiro lugar do Congresso, no artigo 1.º, e somente no artigo seguinte, do Executivo);
- b) Da influência inglesa de LOCKE, que defendia a supremacia do poder legislativo sobre o executivo, sem prejuízo de algumas reservas, e da influência em sentido diverso de MONTESQUIEU, que defendia a paridade entre o Parlamento e o Monarca;
- c) O princípio aristotélico de que o governo justo seria um governo de leis e não de homens.

“Tal proeminência predicaria um sistema de governo dominado pelo Congresso e aparentado com os de tipo parlamentar.”

No entanto, o sistema de governo “deslizou” desde o seu início, de forma original, para um Executivo forte, em virtude de necessidades políticas (: a experiência americana post-colonial demonstrava que era necessário um Governo Central forte para fazer face aos problemas económicos, sociais e políticos existentes (ANA MARIA MARTINS, *As origens da Constituição norte-americana*, pg. 71; MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política...*, I, 6.^a ed., pg. 76).

Assim como o pensamento de MONTESQUIEU, que pressupunha um Executivo monárquico, foi adaptado a uma República, também a letra da lei fundamental foi “acomodada” ao presidencialismo (neste último sentido, ARMANDO M. MARQUES GUEDES, *Sistemas políticos*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, II, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial, 1993, pg. 258).

Existem duas possibilidades de explicação:

1. O ESTABELECIMENTO DO EXECUTIVO DUALISTA

Surgiu uma norma costumeira – “*contra legem*”, a nosso ver, pelo exposto¹⁶⁶ -, que privilegiou o artigo 53.º, estabelecendo o Executivo dualista, subvertendo as restantes normas, que se referiam ao “Poder Executivo” como Executivo monista.

Todas as normas que apontavam para um Executivo monista foram, pois,

a) A flexibilidade do sistema de governo ter sido permitida implicitamente pela Constituição instrumental (opinião de ARMANDO M. MARQUES GUEDES);

b) A existência de uma discrepância entre a Constituição escrita e a prática constitucional escrita (como parece MARCELLO CAETANO parece indicar).

Creemos que a segunda explicação é a mais correcta.

Por outro lado, o papel do Senado foi também alterado: havia sido inicialmente pensado como sendo análogo ao Conselho Privado, no século XVIII, para o Rei de Inglaterra; seria o corpo de conselheiros do Presidente nas suas funções próprias deste; contando apenas com 26 membros. O Senado poderia ter prosseguido este caminho institucional, mais próximo do “*privy Council*” britânico.

Todavia, como é sabido, a prática seguida pelos sucessivos Presidentes foi diversa (notando esta discrepância, MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política...*, I, 6.ª ed., pg. 86).

Em terceiro lugar, nos interregnos, como se poderia averiguar do sistema de governo? Numa revolução, qual poderia ser? Inexiste, por via de regra, Constituição formal; e julga-se que também não há Constituição material. Recorde-se também que o sistema convencional surgiu durante um interregno constitucional, à margem de quaisquer normas constitucionais formais.

É certo que o sistema de governo, tal como se encontra consagrado na Constituição formal, pode ser objecto de uma análise autónoma; até para sublinhar as dissemelhanças com a prática constitucional. Por último, sempre é de reconhecer que a própria Constituição instrumental pode consentir, explícita ou implicitamente, uma flexibilidade de soluções em relação ao sistema de governo (neste sentido, cfr. ARMANDO M. MARQUES GUEDES, *Sistemas políticos*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial, 1993, pg. 259).

¹⁶⁶ Caso se entendesse que a solução da lacuna oculta não seria a da prevalência do Executivo monista – solução que não acompanhamos -, a Constituição “não oficial” teria exercido uma função assertiva (porventura, mais uma função suplementar (embora rara e assaz atípica), ao lado das funções principais, a integrativa e a subversiva (cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pgs. 426, 434), esclarecendo qual dos sentidos do texto da Constituição instrumental seria o prevalecente.

tornadas inaplicáveis¹⁶⁷ e o seu sentido literal marginalizado, adormecido¹⁶⁸.

Assim, o “*O presidente de ministros*” seria “ (...) a alma, o inspirador e o chefe da política dum país”¹⁶⁹ (numa antecipação curiosa da prática constitucional durante o Estado Novo, até 1971...), “*chegando por vezes a impor as suas opiniões ao chefe de Estado*”¹⁷⁰.

Mas o papel do costume não se quedou por aqui — foram criadas outras normas costumeiras, agora em sentido complementar, estabelecendo:

i) O papel secundário ou inferiorização da competência do PR na nomeação dos Ministros, limitando-se a acatar as “indicações constitucionais” (ou seja, as consultas aos líderes dos principais partidos nas duas câmaras)¹⁷¹.

ii) A responsabilidade política dos Ministros perante o Parlamento e do princípio da solidariedade governamental¹⁷².

¹⁶⁷ Neste sentido metodológico, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pgs. 423-424, e 434; IDEM, *As instituições políticas e a emergência de uma “Constituição não oficial”* in *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. II / 2002, pg. 113 (na Doutrina francesa, JULES LAFERRIÈRE: a lei poderá sempre sair da sua letargia para produzir os seus efeitos (cfr. *La coutume constitutionnelle*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1944, pg. 28 (nota 12)).

A figura alternativa, da Doutrina mais tradicional, seria a da revogação - DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, volume I, com a colaboração de RAVI AFONSO PEREIRA, Almedina, Coimbra, 2004, pg. 563; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO; admitindo prudentemente a revogação tácita de leis escritas, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, tomo I, 10.^a ed. (7.^a reimpressão), revista pelo Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Livraria Almedina, Coimbra, 1980, pg. 83.

Ou, em alternativa, a caducidade (como propõe RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Os princípios estruturais da Constituição de 1976 e a próxima revisão constitucional*, in *Portugal. O Sistema Político e Constitucional. 1974/1987*, coordenação de MÁRIO BAPTISTA COELHO, Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Lisboa, 1989, pg. 1015), admitindo que admite que o costume derogatório funcione, em determinadas situações, como um possível modo de revisão (*ibidem*, pgs. 1016, 1017); embora, porventura, a interpretação autêntica pertença ao órgão com poderes de revisão (como defendeu noutra ocasião - RUI MACHETE, Acta n.º 60, Reunião de 8 de Novembro de 1988, da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, in *Diário da Assembleia da República*, V legislatura, 1.^a sessão legislativa (1987-1988), 2.^a série - n.º 62-RC, 12 de Dez. de 1988, pg. 1940).

Posição particular é a de JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 6.^a ed., n.º 32.VI, pgs. 151-152 (e nota 1), pois considera que é por novo costume, substitutivo do anterior, que poderá verificar-se um eventual renascimento de norma constitucional escrita, antes caída em desuso.

Apesar de as duas fontes se encontrarem em paridade, em nosso entender, é preferível a primeira solução.

¹⁶⁸ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pgs. 423-424, e 434.

¹⁶⁹ MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 538 (sem embargo de pretender que isso derivasse da Constituição formal, raciocínio que não se acompanha.

¹⁷⁰ MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 538.

¹⁷¹ MARCELLO CAETANO, *Constituições portuguesas*, pg. 97 (v. pg. 98); FERNANDO FARELO LOPES, *Um regime parlamentarista de partido dominante*, in *Portugal Contemporâneo*, direcção de ANTÓNIO REIS, volume III (1910-1926), Alfa, Lisboa, 1990, p. 90.

¹⁷² Pode falar-se, a este respeito, de costumes positivos ou criadores de novas normas (cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 6.^a ed., n.º 32.II, pg. 145).

Isto, a despeito de ter sido rejeitada uma proposta nesse sentido, apresentada por ANTÓNIO MACIEIRA, sobre responsabilidade ministerial, de 10 de Dez. de 1911, que mencionava que a responsabilidade política solidária dos ministros (artigo 11.º) seria determinada somente por votações do Senado e da Câmara dos Deputados, que incidissem especialmente sobre moções

Este exemplo demonstra que o costume não ter forçosamente um relevo secundário no domínio do Direito Constitucional¹⁷³, pelo menos neste caso particularíssimo de ineptidão no delineamento da letra e do espírito das normas da Constituição instrumental.

1.1. Uma Administração desunida

A Lei n.º 88, de 7 de Agosto de 1913, indicava uma tipologia taxativa dos casos em que a dissolução dos corpos administrativos poderia ocorrer (artigo 16.º, corpo do preceito):

O Governo era, pois, despojado de qualquer interferência directa; podendo apenas controlar indirectamente:

i) Por via dos tribunais do contencioso (administrativo), que esses “tribunais” faziam parte da Administração Pública, e as suas deliberações dependiam de homologação ministerial - poderiam modificar ou anular as deliberações dos corpos administrativos, no caso de serem “ofensivas das leis e regulamentos de ordem geral”¹⁷⁴;

ii) Editando regulamentos, se bem que apenas de execução, das leis do Congresso, cujas normas poderiam vir a ser, posteriormente impugnadas nos referidos “tribunais (embora os corpos administrativos tivessem também a possibilidade de editar regulamentos sobre várias matérias”.

Tratava-se de um modelo que criava uma hiper-descentralização, sendo a Administração local praticamente desligada da Administração central do Estado.

Não havia, pois, uma relação de prevalência funcional da Administração central sobre a Administração local (muito menos de hierarquia).

Embora não releve directamente das relações entre órgãos da função política, este desmembramento da Administração não deixa de ser sintomático.

O Governo não era o órgão superior de toda a Administração Pública, que se encontrava dividida e com uma parte quase independente, num Estado unitário.

1.1.1. Todavia, um factor politológico veio a atenuar esse “desligamento” face aos órgãos da Administração central: a partidarização das eleições locais¹⁷⁵, a par do inerente caciquismo (não muito afastado dos tempos da Monarquia constitucional).

de desconfiança ou de censura (artigo 5.º) (*apud* MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 521).

¹⁷³ Em sentido contrário, JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 6.ª ed., n.º 33.II pg. 147. De resto, o Autor reconhece que o costume se apresenta “*mais exuberantemente*” nas matérias de organização do poder político (*ibidem*, n.º IV, pg. 149).

¹⁷⁴ Artigo 66.º, base 2.ª.

¹⁷⁵ Cfr. JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Tradição e Revolução*, II, pgs. 206, 233.

Logo nas eleições locais de 30 Nov. 1913, os democráticos conseguem 205 das 291 (embora, nas eleições anteriores ao sidonismo, de 4 de Nov. de 1917, os democráticos tivessem perdido câmaras).

1.1.2. A separação vertical de poderes, envolvendo o sistema de governo, existe, institucionalizada, na I República, sob forma e uma verdadeira hiperdescentralização, a partir de 1913.

Diferentemente, no sistema convencional francês, há sobretudo grupos de pressão, os clubs, ora repelidos, ora reconhecidos juridicamente (durante certo período da fase robespierrista) (todavia, viriam a ser proibidos paulatinamente, e, com maior veemência, a partir de 9 Termidor¹⁷⁶).

2. A DEBILITAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

2.1. O atenuamento da supremacia legiferante do Congresso

Na prática, o Congresso funcionou amiúde bem para além do tempo previsto na Constituição, prorrogando as suas sessões¹⁷⁷.

A instabilidade governativa¹⁷⁸ (mais de 40 Governos)¹⁷⁹ não é privativa do sistema parlamentar de assembleia.

É, no entanto, duvidoso que a prática, no seu todo, depusesse no sentido de o Congresso se tornar, “*pela força das circunstâncias, o único órgão da soberania nacional.*”¹⁸⁰ (argumentando que “*se tiraram ao Executivo todos os elementos de autoridade, em benefício exclusivo*” daquele¹⁸¹).

Verifica-se, desde logo, a existência de limites internos ao exercício do

¹⁷⁶ Para mais desenvolvimentos, cfr. IVO MIGUEL BARROSO, *A descontinuidade da posituação da liberdade de reunião no Direito francês (1789-1868)*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. No centenário do seu nascimento*, volume I, coord. de JORGE MIRANDA, FDUL, Coimbra Editora, 2006, pgs. 560, 562-563; IDEM, *A génese histórica do sistema de governo convencional durante a Revolução Francesa (1792-1795)*, in *O Direito* (n.º 3.1) (no prelo).

¹⁷⁷ O Congresso funcionou 12 meses num ano (o de 1924), 11 meses noutro, 10 noutro, nove meses em quatro, oito num, sete em dois, cinco num e dois noutro (1915) (MARCELLO CAETANO, *Constituições portuguesas*, pg. 99).

¹⁷⁸ “[S]aem os Ministros, mas o mal permanece, e permanece por tal forma, que é o golpe de Estado, é a revolta na rua e a desgraça do povo.” (EGAS MONIZ, Sessão n.º 16, de 7 de Julho de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pg. 10 (70)).

Conforme vaticinava EGAS MONIZ, “[h]ipóteses há em que, se não existir na Constituição o princípio da dissolução, os golpes de Estado dar-se-ão a cada momento.” (sessão n.º 40, de 8 de Agosto, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pgs. 30 (418))

¹⁷⁹ V. ANTÓNIO COSTA PINTO, *A queda da Primeira República*, pg. 31; JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *História de Portugal*, volume XI, pg. 320; o Ministério de 1922-1923, chefiado por ANTÓNIO MARIA DA SILVA, viria a ser o mais duradouro: 643 dias - JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Tradição e Revolução*, II, pgs. 293, 301.

¹⁸⁰ Em sentido contrário, *Relatório da Constituição* (28 de Maio de 1932), I.

¹⁸¹ *Relatório da Constituição* (28 de Maio de 1932), I.

SALAZAR desmistificava, assim, de forma cáustica, a afirmação inicial, de que os poderes seriam harmónicos (*supra*); “*logo nesta tese se traía o débil artifício que os factos haviam de desmentir a cada passo da vida constitucional do regime.*” (*Relatório da Constituição* (28 de Maio de 1932), I); “*O artifício sobre o equilíbrio (...) não pudera ser eficaz.*” (*Relatório da Constituição* (28 de Maio de 1932), II).

poder do Congresso: os grupos parlamentares, criados informalmente, estavam dependentes “da vida partidária passada fora do Parlamento”¹⁸².

O Parlamento - na ausência de maioria absoluta em ambas as Câmaras - encontrava-se dependente dos “grupos parlamentares”; e estes, por sua vez, dos directórios partidários, situados fora do Parlamento, em violação do artigo 35.º da Constituição.

O predomínio do Congresso não foi indiscutível durante as duas vigências da Constituição de 1911, embora fosse certo que o apoucamento da sua supremacia legislativa só pudesse ocorrer através de vias inconstitucionais, geradoras de uma normatividade “não oficial”.

2.1.1. Excepção de tomo ao quadro de onipotência (parlamentar) foi, desde logo, em matéria financeira: a autolimitação dos poderes do Congresso, na sequência da “lei-travão” (Lei de 15 de Março)¹⁸³, devida a AFFONSO COSTA.

AFFONSO COSTA pretendia demonstrar que o Partido democrático estava disposto “a governar com sisudez e prudência”¹⁸⁴, pois “[p]ara Portugal, o acerto das contas públicas é condição de vida ou de morte”¹⁸⁵. A finalidade era simples: acabar com o défice:

*“Se Portugal pretende ser considerado e respeitado no meio da magna assembleia das outras nações, necessita antes de mais nada dar cabo, esmagar, aniquilar o terrível inimigo que chama o “déficit””*¹⁸⁶.

No intuito de demonstrar “a necessidade de restringir por alguma forma a fúria das despesas”¹⁸⁷, o “decreto-travão” (ou também designado “lei-travão”) foi aprovado.

Um pretexto jurídico revivalista utilizado era o de que os seus preceitos mais não eram “do que o reavivar de certas disposições caídas em desuso” da Carta de lei de 20 de Março de 1907¹⁸⁸.

¹⁸² Cfr. SALAZAR, Manuscrito “Constituição” (Esboço de Relatório), de 29 de Dez. de 1931 (Arquivo Nacional – Torre do Tombo, AOS/CO/PC-5, Pasta 1) (publicado por ANTÓNIO DE ARAÚJO, in *Nos alvares da Constituição Política de 1933...*, pg. 182).

¹⁸³ Sobre a discussão do decreto-travão, 51.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 6 de Março de 1913, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pgs. 19 ss.; 52.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 7 de Março de 1913, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pgs. 14-26; 53.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 10 de Março de 1913, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pgs. 10 ss.; 62.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 13 de Março de 1913, in *Diário do Senado*, pgs. 7 ss.

¹⁸⁴ AFFONSO COSTA, 52.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 7 de Março de 1913, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 15.

¹⁸⁵ AFFONSO COSTA, 53.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 10 de Março de 1913, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 11.

¹⁸⁶ NUNES DA MATA, 62.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 13 de Março de 1913, in *Diário do Senado*, pgs. 18-19.

¹⁸⁷ BRITO CAMACHO, 52.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 7 de Março de 1913, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 24.

¹⁸⁸ Exposição de motivos do projecto de lei n.º 6 (que originaria o decreto-travão), 51.ª sessão ordinária do

Para cumprir o desiderato do equilíbrio das contas públicas, temia-se o Congresso, que, só por si, revelava extrema perigosidade para deslizes orçamentais. As normas contidas no decreto-travão denotavam, pois, “*uma constante desconfiança da capacidade parlamentar*”¹⁸⁹.

Vejamos algumas disposições desta lei, que viriam a ser reproduzidas ou revistas em leis posteriores (1920 e 1924)¹⁹⁰:

Restrição à iniciativa legislativa superveniente dos Deputados

Carta de lei de 20 de Março de 1907	Lei de 15 de Março de 1915 (“decreto-travão”)	Lei n.º 954, de 22 de Março de 1920	Lei n.º 1648, de 11 de Agosto de 1924
Art. 13.º Não podem os membros das duas Câmaras, na discussão do orçamento, apresentar quaisquer propostas que envolvam aumento de despesa ou diminuição de receita.	Art. 1.º (corpo do preceito) Não podem os membros das duas Câmaras, na discussão do Orçamento Geral do Estado, apresentar quaisquer propostas que envolvam aumento de despesa ou diminuição de receita; ¹ (cfr., porém, o art.º 8.º).	Art. 1.º (corpo do preceito) Nenhum deputado ou senador poderá apresentar quaisquer propostas que envolvam aumento de despesa ou diminuição de receita desde a apresentação do Orçamento Geral do Estado até a sua aprovação final.	Art. 2.º (corpo do preceito) A partir do começo da vigência desta lei, e enquanto as receitas do Estado, excluído o produto dos empréstimos, forem inferiores ao total das despesas públicas, nenhum Deputado ou Senador poderá apresentar quaisquer projecto de lei ou proposta que, envolvendo aumento de despesa ou diminuição de receita, não contenha simultaneamente a criação de receita compensadora. § 1.º Se algum projecto de lei ou proposta de lei for apresentado em contravenção deste artigo, não lhe será dado seguimento algum (...)

Com isto a força normativa do artigo 23.º, alínea a) (que reservava aos Deputados a iniciativa em relação às matérias de impostos) era diminuída.

A norma era evidentemente inconstitucional¹⁹¹, em face das normas dos

3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 6 de Março de 1913, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 20.

¹⁸⁹ Cfr. GOULART DE MEDEIROS, 62.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 13 de Março de 1913, in *Diário do Senado*, pg. 20.

¹⁹⁰ Lei n.º 954, de 22 de Março, que permitiu ao Governo não executar as leis votadas com infracção dela; e Lei n.º 1648, de 11 de Agosto de 1924.

O que é curioso notar é que estas leis contêm normas praticamente idênticas (só se regista uma pequena alteração na lei de 1924).

Qual a razão, então, para tal repetição?

Julga-se que houve um intuito de reafirmá-las, pois elas terão sido amiúde desapplicadas.

¹⁹¹ Considerando ser uma “*restrição à ampla faculdade que a Constituição dá ao Poder Legislativo, e só a ele*”, MESQUITA DE CARVALHO, 53.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 10

artigos 23.º, designadamente a alínea a), e 28.º da Constituição de 1911¹⁹².

Todavia, a tese da inconstitucionalidade não vingou.

Petrificação legislativa da lei-travão, por meio da restrição à iniciativa legislativa dos membros do Congresso e do Governo: um caso “sui generis” de lei de valor reforçada pelo procedimento, “avant la lettre”¹⁹³

Lei de 15 de Março de 1915 (“decreto-travão”)	Lei n.º 954, de 22 de Março de 1920	Lei n.º 1648, de 11 de Agosto de 1924
Art. 6.º Quando o Orçamento apresentar “deficit”, não poderão os Ministros ou Deputados propor a revogação dos preceitos consignados anteriores, e se ela tiver sido votada, considerar-se-á suspensa até que entre em vigor um Orçamento sem “deficit”.	Art. 5.º Quando o Orçamento apresentar “deficit”, não poderão os Ministros ou Deputados propor a revogação dos preceitos consignados anteriores, e se ela tiver sido votada, considerar-se-á suspensa até que entre em vigor um Orçamento sem “deficit”.	Art. 2.º, § 2.º Durante o actual ano económico não poderá também qualquer Ministro apresentar proposta que envolva aumento de despesa sem criação de receita compensadora.

Dispensa de o Governo dar execução às leis promulgadas posteriormente ao Orçamento

Por último, mais grave até do que as disposições anteriores, foi-se mesmo ao ponto de derrogar (originalmente, por via de lei) o princípio da legalidade, colocando “*uma arma terrível nas mãos do Poder Executivo*”¹⁹⁴.

Vejamos as disposições comparadas:

de Março de 1913, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 11), violando o art.º 26.º da Constituição (*ibidem*); também SOUSA DA CÂMARA, 62.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 13 de Março de 1913, in *Diário do Senado*, pgs. 9, 10 e 11.

¹⁹² Atente-se também no elemento histórico: a rejeição de uma proposta de restrição da iniciativa parlamentar, no tocante à matéria financeira, no intuito de manter o “*equilíbrio orçamental*” (o autor foi SIDÓNIO PAES - sessão n.º 40, de 8 de Agosto de 1911, in *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911...*, pgs. 10-12 (334-336)); que, numa proposta subsequente, propunha também uma maioria qualificada para a aprovação de leis que criassem de despesa, contra a opinião do Governo. Nos trabalhos preparatórios de 1913, a inconstitucionalidade das normas contidas na Lei foi veemente arguida pela Oposição, designadamente por BRITO CAMACHO.

Em sentido contrário, AFONSO COSTA argumentava que a regra do equilíbrio entre receitas e despesas estaria consagrado no artigo 26.º, 3.º inciso.

Não enxergamos no elemento literal essa conclusão.

É muito duvidoso que a anterior Lei da contabilidade, de 20 de Março de 1907 (aliás, inconstitucional face à Carta) se tenha mantido em vigor após a Constituição de 1911 (em sentido contrário ao que defendeu AFONSO COSTA). Nem sequer como norma costumeira, ao que se julga. O Parlamento, apesar de manter a estrutura bicameral, era outro; e outras as regras aplicáveis ao processo legislativo parlamentar.

¹⁹³ Demonstrando, para além da inconstitucionalidade, a inutilidade da lei, pois poderia ser revogada pelo Parlamento a todo o tempo, MESQUITA DE CARVALHO, 53.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 10 de Março de 1913, in *Diário da Câmara dos Deputados*, p. 12.

¹⁹⁴ SOUSA DA CÂMARA, 62.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 13 de Março de 1913, in *Diário do Senado*, pg. 8.

Lei de 15 de Março de 1915 (“decreto-travão”)	Lei n.º 954, de 22 de Março de 1920	Lei n.º 1648, de 11 de Agosto de 1924
<p>Art. 2.º É dispensado o Governo de dar execução imediata às leis promulgadas posteriormente ao Orçamento, a começar no de 1912-1913, que envolvam aumento de despesa ou diminuição de receita, quando não tenham sido criadas e realizadas receitas compensadoras, de forma a manter-se o nivelamento orçamental, fixado pelo Congresso, anualmente.²</p>	<p>Art. 3.º (corpo do preceito) O Governo poderá deixar de pôr em execução, no todo ou em parte, quaisquer diplomas emanados do Poder Legislativo, ou outros com força de lei, cujo efeito seja o referido no artigo antecedente, quando não tenham sido criadas e realizadas receitas compensadoras (...)</p>	<p>Art. 1.º (corpo do preceito) É permitido ao Poder Executivo suspender a execução de qualquer diploma, emanado dele ou do Poder Legislativo, do qual resulte aumento de despesa, e bem assim reduzir despesas, eliminado ou reduzindo qualquer dotação inscrita nos orçamentos do Estado, quando a respectiva despesa possa, sem graves inconvenientes, ser adiada ou suprimida, ainda que pela remodelação e simplificação de serviços.</p>
		<p>Art. 1.º, § 2.º A permissão concedida por este artigo vigora somente até ao final do actual ano económico, e considera-se desde logo suspensa no caso de ser adiada ou por algum outro motivo interrompida a corrente sessão legislativa.</p>
		<p>Art. 2.º, § 1.º, 2.ª parte – se [um projecto de lei ou proposta violando o art.º 2.º, corpo do preceito] chegar a ser convertido em lei, o Poder Executivo não lhe dará execução na parte que determinar aumento de despesa ou diminuição de receita, procedendo nos mesmos termos quando averiguar que a receita criada a título de compensação não é bastante para os encargos dessa execução.</p>
<p>Art. 3.º Quando o Governo entender necessário dar execução a uma ou mais leis das referidas no artigo anterior, com preferência a outras sob o mesmo regime, só o poderá fazer com voto favorável da comissão parlamentar de contas públicas.</p>	<p>Art. 3.º, § único Os diplomas a que se refere este artigo, que não tiverem começo de execução no mesmo ano económico ou no imediato, não poderão executar-se sem nova resolução legislativa.</p>	
<p>Art. 4.º O Governo dará, em cada ano, conta ao Congresso dos motivos da não execução das leis votadas nas condições do artigo 2.º.³</p>	<p>Art. 3.º (corpo do preceito) (...) devendo [o Governo] em cada ano, dar conta ao Congresso do uso que fizer desta autorização.</p>	

Art.º 5.º Todas as leis de aumento de despesa e de diminuição de receita, votadas numa sessão legislativa, que, por efeito desta lei, não tiverem tido começo de execução no mesmo ano económico, ou no imediato, só a poderão ter, em qualquer outro ano, depois de ser novamente autorizada a sua execução por outro voto do Congresso, ficando, porém, essa execução dependente do mesmo princípio da realização de receitas compensadoras. ⁴		
---	--	--

“se soubermos como nos Parlamentos, quer com maioria compacta ou precária, (...), como os Governos que dispõem dos votos das maiorias e como eles estão seguros de uma espécie de absolvição pelo facto de não executarem leis que tenham sido votados, vemos que a conjugação desses artigos 1.º, com o 4.º [da Lei de 1913], coloca nas mãos do Poder Executivo ou mais restritamente no Ministro das Finanças, todo o trabalho parlamentar.

«Por um lado, não se discute qualquer projecto, porque o Ministro entende que o não deve ser na ocasião do Orçamento, e, por outro lado, não executa todas as leis que foram votadas.»¹⁹⁵, retirando ao Congresso o que é a sua essencial função (fazer leis) e colocando-a nas mãos do Ministro das Finanças¹⁹⁶⁻¹⁹⁷.

No entanto, a prática constitucional denuncia também que as reiterações legislativas da lei-travão, em 1920 e em 1924, afinal demonstravam que as disposições fundamentais desse diploma não eram cumpridas (pelo menos, escrupulosamente) (para aprofundar e demonstrar cabalmente esta asserção, seria necessário um estudo historiográfico).

2.1.2. A legislação governamental, mais veloz do que a do Congresso¹⁹⁸, foi feita ao abrigo de diversos fundamentos jurídicos, o mais das vezes exorbitando-os.

Um dos principais fundamentos foi o das **autorizações legislativas**.

A competência “autorizada”, a coberto de autorizações legislativas ge-

¹⁹⁵ BRITO CAMACHO, 52.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 7 de Março de 1913, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 24

¹⁹⁶ BRITO CAMACHO, 52.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 7 de Março de 1913, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 24.

¹⁹⁷ Diferentemente, a solução de 1907 era bem mais flexível: Art. 14.º (corpo do preceito) da Carta de lei de 20 de Março de 1907: “Quando seja necessário, por quebra na receita orçamental, ou pela urgência de fazer face a despesas, autorizadas por créditos extraordinários, devidamente fundamentado e publicado no “Diário do Governo”, elevar-se, na quantidade correspondente, o limite máximo estabelecido no artigo 34.º da lei de 25 de Junho de 1881.”

¹⁹⁸ “O Parlamento foi “acusado de ser uma máquina enferrujada (...), ao ponto de tornar excessivamente morosas as resoluções entregues ao seu estudo.” (cfr. HERCULANO GALHARDO, sessão n.º 5 da Câmara dos Deputados, de 11 de Junho de 1919, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 6).

néricas, adquiriu bastante relevância, especialmente durante o período da I Guerra Mundial.

Todavia, a prática orientou-se amiúde em aprovar importantes leis de autorização extremamente vagas e genéricas, não definindo exactamente o objecto ou o sentido a que o decreto autorizado do Governo deveria obedecer¹⁹⁹, desrespeitando princípios directivos que decorriam da Constituição.

Apesar de a Constituição não prescrever a definição de um objecto certo, na lei autorizativa, o que é certo é que as leis de autorização legislativa “genérica”, sem fixação certa do objecto, tornando-se este vago ou flutuante²⁰⁰, eram inconstitucionais, pois permitiam ao Governo utilizar a autorização mais de uma vez, emitindo vários diplomas sobre o mesmo assunto, ao longo do tempo, violando a regra da irrepetibilidade²⁰¹ (prevista no artigo 27.º). Ademais, contrariavam contra a “*ratio*” do instituto das autorizações legislativas.

A duração indefinida também beliscava o Parlamento, mas julga-se que não era inconstitucional.

2.1.2.1. Ao contrário do que se poderia supor, ambas as vigências da Constituição de 1911 conheceram períodos de predomínio “*de facto*” do Poder Executivo, desligado do Parlamento (embora em muito menor escala do que na terceira vigência da Carta Constitucional).

Vejamos como este fenómeno se processava.

Independentemente de saber se, com as autorizações legislativas, o poder legislativo se negaria a si mesmo²⁰², traduzindo numa abdicação da função legislativa do Parlamento no Governo, o que é certo é que, invocando as estas mesmas autorizações legislativas genéricas, ou, noutras vezes, havendo abusos,

¹⁹⁹ Desejando “autorizações concretas e restritas, e “*não essas que já vêm de 1914 e à sombra das quais se fizeram os maiores atropelos.*”, MOREIRA DE ALMEIDA, sessão n.º 8 da Câmara dos Deputados, de 2 de Agosto de 1918, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 8.

²⁰⁰ Existem vários exemplos deste tipo de leis de “autorização”, que não fixavam o objecto:

a) A Lei n.º 275, de 8 de Agosto de 1914 (confirmada pela Lei de n.º 292, de 15 de Janeiro de 1915) (“*Art. 1.º São conferidas ao Poder Executivo as faculdades necessárias para, na actual conjuntura, garantir a ordem em todo o país e salvaguardar os interesses nacionais, bem como para ocorrer a quaisquer emergências de carácter económico e financeiro.*”) (em sentido contrário, considerando que o objecto estava definido, FÊSAS VITAL, *Autorizações legislativas*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano VI, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1920, pg. 572 (nota)); cfr. pg. 569 e nota);

b) A Lei n.º 373, de 2 de Setembro de 1915 (artigo 1.º, que repetia praticamente a primeira Lei de 1914 (embora prescrevesse um prazo indeterminado de duração: “enquanto persistirem as circunstâncias” que motivam a conjuntura;

c) A Lei n.º 491, de 12 de Março de 1916 (cujo artigo único referia: “*São conferidas ao Poder Executivo todas as faculdades necessárias ao estado de guerra (...), nos termos do artigo 26.º, n.º 14, da Constituição*”).

²⁰¹ Para utilizar a expressão de GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.ª ed., pgs. 760, 770; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume II, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2010, anotação ao artigo 165.º, XXXI, pg. 338.

²⁰² Com esta opinião, MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*. Commentario, pg. 452.

isto é, excedendo manifestamente o que nelas estava exarado²⁰³ (chegando aqui a falar-se em “utilização arbitrária das autorizações”²⁰⁴; ou invocando o mesmo Governo até mesmo uma competência legislativa de urgência (de resto, não prevista pela Constituição); tudo isto conduz a este resultado: circunstancialmente, não estando o Congresso em funcionamento (e também, por vezes, a bem pouco tempo da sua abertura), o Governo emitia diplomas legislativos²⁰⁵.

Tal sucedeu mesmo com Parlamento aberto²⁰⁶, havendo “*de facto dois poderes a legislar, simultaneamente, com as consequências do desprestígio para ambos e da confusão que desse facto resulta para a vida nacional*”²⁰⁷.

As autorizações legislativas foram um verdadeiro “cavalo de Tróia”, que não deteve a voracidade em o Executivo se apoderar de parcelas do poder legislativo, como a História constitucional posterior demonstraria.

Regista-se mesmo a prática de os diplomas serem antedatados.

Uma leitura da “*Colecção de leis...*” revela vários casos de dezenas e dezenas de diplomas legislativos, emitidos pelo Governo exactamente com a mesma data, pouco antes do início da sessão legislativa.

Não é também desconhecido o fenómeno dos decretos antedatados²⁰⁸

Verifica-se também o **abuso das rectificações legislativas**²⁰⁹, alterando o pensamento legislativo fundamental de diplomas aprovados, quer pelo Congresso, quer pelo Governo²¹⁰.

²⁰³ Afirmando ter “suficiente prática da vida parlamentar para saber que fonte de abusos, de desgostos, são sempre essas autorizações [genéricas] dadas aos Governos.” (JOSÉ DE AZEVEDO CASTELO BRANCO, sessão n.º 8 da Câmara dos Deputados, de 2 de Agosto de 1918, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 21)

²⁰⁴ Neste sentido, SALAZAR, Manuscrito “Constituição” (Esboço de Relatório), de 29 de Dez. de 1931 (Arquivo Nacional – Torre do Tombo, AOS/CO/PC-5, Pasta 1) (publicado por ANTÓNIO DE ARAÚJO, in *Nos alvores da Constituição Política de 1933...*, pg. 183). “*A colecção dos «Diários do Governo» elucida com expressiva clareza sobre a latitude em que foram tomadas estas mesmas autorizações Assim, verifica-se que o Poder Executivo chegou a legislar sobre matérias totalmente diversas daquelas para que fora expressamente autorizado.*” (Relatório da Constituição (28 de Maio de 1932), I).

Considerando que os Governos anteriores a 1917, à sombra dessas leis de autorização genéricas, “*legislaram sobre tudo*”, ALBERTO NAVARRO, sessão n.º 8 da Câmara dos Deputados, de 2 de Agosto de 1918, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 6.

²⁰⁵ Aludindo à legislação abusiva dos Governos nos interregnos parlamentares, ALFREDO PIMENTA, sessão n.º 9 da Câmara dos Deputados, de 3 de Agosto de 1918, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 19.

²⁰⁶ No sentido de que os Governos democráticos procediam, legislando várias vezes com o Parlamento aberto”, EGAS MONIZ, sessão n.º 8 da Câmara dos Deputados, de 2 de Agosto de 1918, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 5.

²⁰⁷ Cfr., sem prejuízo de a afirmação ter sido proferido durante o período sidonista, ADELINO MENDES, sessão n.º 5 da Câmara dos Deputados, de 10 de Dezembro de 1918, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 6.

²⁰⁸ CARNEIRO PACHECO, sessão n.º 9 da Câmara dos Deputados, de 3 de Agosto de 1918, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 10.

²⁰⁹ Referindo este “pretexto de rectificações” de “inexactidões tipográficas”, CARNEIRO PACHECO, sessão n.º 9 da Câmara dos Deputados, de 3 de Agosto de 1918, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 11.

²¹⁰ Chamando “a atenção (...) para as graves irregularidades que há anos (...) vêm sendo cometidas no Diário

2.1.2.2. Falta um estudo historiográfico que meça as consequências desta produção legislativa, quantitativa e qualitativamente.

SALAZAR, por exemplo, aduz que as principais reformas foram feitas por via do poder executivo, com o Parlamento aberto:

“Comprovada a incapacidade do Poder Legislativo, (...) passou a fazer-se com o Parlamento aberto e sob a aparência da mais pura legalidade constitucional (...).”

SALAZAR concluía assim que a maior obra legislativa foi sempre *“ditatorial”*²¹¹.

Julga-se que esta conclusão é excessiva. Isto sem prejuízo de se reconhecer que o Governo abusou da invocação das leis de autorização genéricas, especialmente durante os períodos em que o Congresso não se encontrava em funcionamento (diversamente do que SALAZAR inculca).

2.2. A função jurisdicional repartida por órgãos do poder executivo e do poder judicial

A interpretação dessa disposição da 2.^a base do artigo 66.^o da Constituição de 1911 estava longe de ser pacífica (uma vez mais, o texto constitucional mostrava-se sibilino).

Havia duas interpretações possíveis:

- i) Uma era a de que a Constituição não tomaria posição clara e firme sobre a matéria; haveria uma indefinição e conseqüente liberdade de conformação do Legislador ordinário, permitindo os desenvolvimentos tanto de os tribunais do contencioso caberem na Administração como se quedarem estritamente na esfera do poder judicial.
- ii) Uma segunda, de JOÃO TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, era a de que *“tribunais do contencioso”* só poderiam caber no poder judicial, se bem que fossem tribunais especiais²¹².

do Governo”, “sendo “alteradas, deturpadas leis e decretos, introduzindo-se-lhes no texto já publicado (...) modificações profundas, sem as formalidades”, CARNEIRO PACHECO, sessão n.º 9 da Câmara dos Deputados, de 3 de Agosto de 1918, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 9-10.

Com base numa investigação feita desde 1914, CARNEIRO PACHECO detectou um total de 111 alterações, a título de rectificação, “correspondendo a um muito maior número ilegal de preceitos deturpados, por esta forma estranha criando-se e extinguindo-se lugares, concedendo-se e eliminando-se subsídios, alterando-se verbas importantes, substituindo-se a data de decretos, aditando-se assinaturas de Ministros, aumentando-se ou diminuindo-se vencimentos de funcionários públicos, dispensando-se de concurso certos funcionários, etc., tudo isto envolvendo matéria legislativa nova” (CARNEIRO PACHECO, sessão n.º 9 da Câmara dos Deputados, de 3 de Agosto de 1918, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 11; dando exemplos).

Daí até uma proposta de que o texto da lei publicado só pudesse ser “ratificado em diploma da mesma natureza” (CARNEIRO PACHECO, sessão n.º 9 da Câmara dos Deputados, de 3 de Agosto de 1918, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 13).

²¹¹ SALAZAR, Manuscrito “Constituição” (Esboço de Relatório), de 29 de Dez. de 1931 (Arquivo Nacional – Torre do Tombo, AOS/CO/PC-5, Pasta 1) (publicado por ANTÓNIO DE ARAÚJO, in *Nos alvares da Constituição Política de 1933...*, pg. 183).

²¹² JOÃO TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, *A abolição do contencioso administrativo e o poder*

Em bom rigor, a expressão “tribunais do contencioso” (artigo 66.º, base 2.ª), apesar de ser utilizada uma única vez, e também pelo elemento dos lugares paralelos, a nosso ver, deveria ser interpretada no sentido de tribunais integrados no poder judicial, embora, porventura, especiais; não deveriam ser integrados no poder executivo (sem prejuízo de toda a tradição anterior contrária).

Julga-se que a segunda opinião seria a acertada, do ponto de vista da hermenêutica.

Todavia, não foi essa a interpretação seguida: os “tribunais” administrativos continuaram integrados no poder executivo.

Na prática, a I República conhece dois modelos antagónicos de Justiça Administrativa:

a) A continuação do modelo anterior, da justiça reservada; o Supremo Tribunal Administrativo encontrava-se desprovido de jurisdição própria, tendo as suas decisões valor de mera consulta, sendo sujeitas a homologação ministerial, em matéria contenciosa (com excepções)²¹³.

Este modelo, tendo em conta a organização do contencioso administrativo que provinha do período monárquico, integrado no poder executivo, sistema esse que a Lei n.º 88 não alterara, e tendo presente o facto de as resoluções do Supremo Tribunal Administrativo, salvo raras excepções não terem força executória própria, exigindo a prévia homologação ministerial. O sistema continha uma perversão: a “indecência” de os “tribunais administrativos” existentes não poderem ajuizar a inconstitucionalidade das leis que aplicavam²¹⁴; assim violando o artigo 63.º da Constituição;

b) O modelo judicialista (ante o descrédito em que o Supremo “Tribunal” Administrativo caíra), entre Janeiro de 1924²¹⁵ (com a extinção dos tribunais administrativos de competência geral (auditorias administrativas)) e Novembro de 1925²¹⁶.

judicial, Comunicação realizada na Associação dos Advogados, na noute de 13 de Fevereiro de 1924, sob a presidência do sr. Dr. Domingos Pinto Coelho, edição do Autor, Livraria Ferin, Lisboa, pgs. 12-14 (publicado também em *O Direito*, ano 56, pp. 66 ss.) (citado também por MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS GARCIA, *Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, diss., Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1994, pg. 483).

²¹³ Todavia, as competências recém-retiradas àquele Supremo Tribunal Administrativo e entregues a outros órgãos (as competências do Conselho Superior da Administração Financeira, futuro Tribunal de Contas, e do Conselho Colonial) deixaram de exigir a homologação governamental.

²¹⁴ JOÃO TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Administrativo* (lições coligidas por CARLOS A. L. MOREIRA), 2.ª ed., 1924, p. 32.

²¹⁵ Decreto n.º 9340, de 7 de Janeiro de 1924. O Supremo Tribunal Administrativo foi extinto e as competências foram transferidas para os tribunais da Relação, com excepção da competência para conhecimento dos recursos dos actos ministeriais e dos conflitos de jurisdição, que foi entregue ao Supremo Tribunal de Justiça. Foram, pois, mantidos, os tribunais de competência restrita (JOÃO TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, *A abolição do contencioso administrativo e o poder judicial*, edição do Autor, pg. 25).

²¹⁶ Decreto n.º 11250, de 19 de Novembro de 1925. Fo Supremo Tribunal Administrativo foi

Quanto aos juízes dos tribunais comuns, segundo alguma Doutrina, com certa razão, eram “comissários do Governo”²¹⁷.

A título de exemplo, não se conhece qualquer sentença em que tenha sido recusada a aplicação de normas da Lei da Separação (a grande questão da República portuguesa²¹⁸) por inconstitucionalidade.

2.3. Em síntese, não existe, pois, um predomínio total do Congresso.

Embora a regra aparentemente seja a da supremacia do órgão parlamentar, não deixa de se notar que estes factos permitem minimizá-la e reenquadrá-la, permitindo porventura chegar a uma conclusão diversa da tradicionalmente veiculada na Doutrina.

restabelecido.

²¹⁷ CARLOS FRAGA, *Subsídios para a independência dos juízes. O caso português*, Cosmos, Lisboa, 2000, pg. 115.

²¹⁸ RUI RAMOS *História de Portugal*, direcção de JOSÉ MATTOSO, sexto volume, A segunda fundação (1890-1926), Círculo de Leitores, s.l., 1994, pg. 407.

Como adverte RUI RAMOS, “não se tratava, como anos depois alguns historiadores pareceram crer, de uma singela medida de laicização destinada a facilitar a vida civil daqueles que iam deixando de acreditar no Deus cristão” (RUI RAMOS, *História de Portugal*, dir. de JOSÉ MATTOSO, VI, pg. 407).

Invocando o argumento da “defesa da República” (cfr. AFONSO COSTA, 51.^a sessão ordinária. (...) Em 10 de Março de 1914, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 13; cfr. MATOS CID, 77.^a sessão ordinária. (...) Em 21 de Abril de 1914, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 14), a Lei quase exclusivamente alveja[va] a religião católica (RODRIGO FONTINHA, 52.^a sessão ordinária. (...) Em 11 de Março de 1914, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 11; “o decreto de 20 de Abril de 1911 revela em cada um dos seus artigos o propósito de hostilidade para com os católicos” (GOUVÊA PINTO, 136.^a sessão ordinária. (...). (Nocturna). Em 29 de Junho de 1914, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 104). A Lei continha disposições que visavam “opor uma barreira insuperável às veleidades políticas da igreja católica e aos intuitos turbulentos do seu clero” (ALBERTO XAVIER, 59.^a sessão ordinária. (...) Em 24 de Março de 1914, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 10; “se a igreja católica (...) quer sob” o “pretexto” das suas funções, “imiscuir[-se] na vida política da nação portuguesa; isso não lho permite o decreto de 20 de Abril” (IDEM, *ibidem*).

Na verdade, segundo a apreciação posterior, obra de SIDÓNIO PAES, a Lei da Separação, continha “[p]receitos violentos, contendo um excesso de defesa, atentatórios da liberdade de consciência e do pensamento” (relatório junto ao Decreto n.º 3.856, de 22 de Fevereiro de 1918).

O Estado submetia a Igreja “um regime de excepção odiosa” (JACINTO NUNES, 72.^a sessão ordinária. (...) Em 15 de Abril de 1914, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 19).

Em teoria, a liberdade religiosa foi positivada, mas, na prática, foi esvaziada de faculdades amplas ínsitas no seu conteúdo. Deste modo, de forma contrastante e paradoxal, há uma dissonância entre a positivação jusfundamental (e a previsão de igualdade de confissões religiosas) e o aumento exponencial de restrições em relação à principal confissão religiosa.

Alegadamente separatista, na verdade, a “Lei da Separação” não instituíra conceitualmente uma verdadeira “separação” (JACINTO NUNES, 77.^a sessão ordinária. (...) Em 21 de Abril de 1914, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 13; IDEM, 72.^a sessão ordinária. (...) Em 15 de Abril de 1914, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 16; *História de Portugal*, dir. de JOSÉ MATTOSO, VI, pg. 407); “não estabelece nem de facto realiza” essa distância (CASIMIRO DE SÁ, 136.^a sessão ordinária. (...) (Nocturna). Em 29 de Junho de 1914, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 105); pelo contrário, teria disposições que o tornavam “incompatível com a verdadeira Separação” (no dizer insuspeito do republicano JACINTO NUNES, 77.^a sessão ordinária. (...) Em 21 de Abril de 1914 in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 14). “longe de separar, subordina, mais do que no passado, a igreja ao Estado” (JACINTO NUNES, 77.^a sessão ordinária. (...) Em 21 de Abril de 1914, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 13).

A remissão de regulação do exercício do culto religioso para a lei ordinária (art.º 5.º, n.º 8, da Constituição de 1911) não viria a ser concretizada, mantendo-se em vigor a Lei da Separação (sem alterações até ao Decreto n.º 3.856, de 22 de Fevereiro de 1918). O regresso ao poder dos Democráticos em 1919 não viria a alterar a situação (os artigos 55.º e 57.º da Lei da Separação não recuperaram a vigência).

3. Pelo exposto, parece-nos que a Constituição aplicada de 1911 foi **nominal**, na conhecida classificação de KARL LOEWENSTEIN.

Embora a Constituição estivesse em vigor, fosse válida²¹⁹, e tivesse uma função primária educativa²²⁰, ela não teve “*existência verdadeira*”²²¹, pois continuou exterior à realidade sócio-política, não estando nele integrada²²².

A dinâmica do processo político não se adaptou plenamente às suas normas²²³.

A sua realidade e a sua aplicação foram deveras incompletas²²⁴, pois a situação de facto – em particular, não se saber o que exactamente ficou exarado no texto - impediu a completa integração das normas constitucionais na dinâmica da vida política²²⁵.

“*Provavelmente, a decisão política que conduziu a promulgar a Constituição, ou este tipo de Constituição, foi prematura*”²²⁶.

Todavia, há um aspecto, referido por LOEWENSTEIN, que, reconheça-se, não é aqui aplicável: a esperança de que, tarde ou cedo, a realidade do processo do poder irá corresponder ao modelo estabelecido na Constituição²²⁷; ou seja, a aspiração de converter-se em Constituição normativa²²⁸.

Parece-nos mais haver um caso de quase completa falta de consciência jurídico-política acerca do sistema de governo que foi aprovado pela Assembleia Constituinte de 1911²²⁹.

O que faz da prática constitucional um caso deslizando em relação à Constituição de 1911²³⁰.

²¹⁹ Cfr. KARL LOEWENSTEIN, *Réflexions sur la valeur des Constitutions dans une époque révolutionnaire. Esquisse d'une ontologie des Constitutions* (original: *Reflections on the value of Constitutions on our Revolutionary Age*, in *Constitutions and Constitutional Trends after World War II*, ARNOLD J. ZURCHER (editor), Nova Iorque, 1951, pp. 191 ss.), in *Revue française de science politique*, II, Jan.-Março de 1952, n.º 1, pg. 20.

²²⁰ Cfr. KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución* (ed. original: *Political Power and the governmental Process*, University of Chicago Press, 1957; 1.ª ed. alemã: *Verfassungslehre*, J. C. Mohr, Paul Siebeck, Tübinga, 1959, com 2.ª ed., na qual a tradução se baseia), Ariel, Barcelona, 1982, pg. 218.

²²¹ Cfr. KARL LOEWENSTEIN, *Réflexions sur la valeur des Constitutions...*, pg. 20.

²²² Cfr. KARL LOEWENSTEIN, *Réflexions sur la valeur des Constitutions...*, pg. 20.

²²³ Cfr. KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 1982, pg. 218.

²²⁴ Cfr. KARL LOEWENSTEIN, *Réflexions sur la valeur des Constitutions...*, pg. 20.

²²⁵ Cfr. KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 1982, pg. 218.

²²⁶ KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 1982, pg. 218.

²²⁷ KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 1982, pg. 218.

²²⁸ KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 1982, pg. 218.

²²⁹ Embora – e aqui aproximamo-nos de LOEWENSTEIN, os processos sociais e económicos existentes (designadamente, a ausência de educação em geral e, em particular, de educação política) operassem, com efeito, contra uma concordância absoluta entre as normas constitucionais e as exigências do processo do poder (KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 1982, pg. 218).

²³⁰ Diferenciando, em todo o caso, a Constituição nominal de uma prática constitucional diversa do texto constitucional, KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 1982, pg. 218.

4. Julga-se, porém, que, em termos gerais, a I República não constituiu um período diverso do liberalismo²³¹.

O sistema de governo não é suficiente para inculcar conclusão contrária.

4.1. Comparação

	Carta Constitucional de 1826 (terceira vigência)	Constituição de 1911
Regime político ⁵ aproximativo, não democrático	X	X
forma de governo ⁶ : governo representativo	X	X
linha político-ideológica liberal	X	X

²³¹ Neste sentido, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, Vol. I, Raízes e contexto, diss., Almedina, Coimbra, 2006, pgs. 294-296; JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado...*, pg. 207; IDEM, *Manual...*, I, 7.^a ed., pg. 248; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, pgs. 55 e 546; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os partidos políticos...*, pg. 136; IDEM, *Direito Constitucional I. Relatório*, Lex, Lisboa, 1999, pg. 35 (= *Direito Constitucional I. Relatório*, Lisboa, 1997) (no plano mais geral da História, MANUEL VILAVEIRDE CABRAL, *Portugal na alvorada do século XX*, Lisboa, 1979, pp. 256 ss.; JOÃO MEDINA, *História de Portugal Contemporâneo (Político e Institucional)*, Universidade Aberta, Lisboa, 1994, pg. 214; RUI RAMOS, *Sobre o carácter revolucionário da Primeira República portuguesa (1910-1926): uma primeira abordagem*, in *Pólis. Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, números 9/12, 2003, pg. 8; JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *História de Portugal*, volume XII, A Primeira República (1910-1926). História Diplomática, Social, Económica e Cultural, 2.^a ed., reimpressão, Verbo, Lisboa, 2001, pg. 123.

Em sentido contrário, colocando o acento tónico na especificidade do regime político da I República e nas descontinuidades que introduziu relativamente à Monarquia Constitucional (cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os partidos políticos...*, pg. 137 (nota 243)), v., nomeadamente, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de excepção no Direito Constitucional. Entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1998, pg. 391; IDEM, *Ensinar Direito Constitucional. Relatório sobre os programas, os conteúdos e os métodos de ensino do Direito Constitucional apresentado no concurso para preenchimento de vaga de Professor Associado do 1.º Grupo – Direito Público – da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2003, pgs. 67, 63, 400; IDEM, *Manual de Direito Constitucional*, Introdução, Parte Geral, Parte Especial, volume I, 1.^a ed., Almedina, Coimbra, 2005, pg. 398 (adiantando em todo o caso, que o tipo constitucional de Estado é o mesmo (o Estado liberal) (pg. 403).

Do ponto de vista politológico, considerando não ter sido liberal, RUI RAMOS, *Foi a Primeira República um regime liberal? Para a caracterização política do regime republicano português entre 1910 e 1926*, in *Elites e Poder. A crise do sistema liberal em Portugal e Espanha (1918-1931)*, MANUEL BAIÃO (ed.), Centro Interdisciplinar de História, Cultura e Sociedades da Universidade de Évora, Colibri, Lisboa, 2004, pgs. 185 ss. (244); IDEM, *A Revolução republicana portuguesa de 1910-1911: uma reinterpretação*, in *As Revoluções contemporâneas*, coord. científica de FERNANDO MARTINS / PEDRO AIRES OLIVEIRA, Instituto de História Contemporânea, Universidade Nova de Lisboa, Colibri, Lisboa, 2005, pg. 96, em razão de ter sido um “regime revolucionário” (*Foi a Primeira República um regime liberal?*, pg. 244), que existia para transformar radicalmente o país (*Foi a Primeira República um regime liberal?*, pg. 215) e a sociedade, através unicamente do Partido Republicano Português (*A Revolução republicana portuguesa de 1910-1911: uma reinterpretação*, in *As Revoluções contemporâneas*, pg. 96).

sociedade burguesa	X	X O 5 de Outubro não é uma revolução social
regime económico capitalista	X	X

Direitos fundamentais

Direitos clássicos de liberdade: trilogia liberdade-segurança-propriedade ⁷	X (art.º 145.º, corpo do preceito)	X (art.º 3.º, proémio) Exigência de um maior grau (<i>v. g.</i> , abolição dos títulos da nobreza e das ordens honoríficas (art.º 3.º, n.º 3). Existe um elenco limitado de direitos novos ⁸ . há poucos direitos novos: i) a abolição da pena de morte em qualquer caso – portanto, no que restava ⁹ , nos crimes militares – e das penas corporais perpétuas (art.º 3.º, n.º 22); ii) “ <i>habeas corpus</i> ” (art.º 3.º, n.º 31); iii) liberdade religiosa (mas, na prática, muito limitada); a resistência passiva contra impostos inconstitucionais)
Afastamento do sufrágio universal	X (sufrágio censitário)	X (os cidadãos alfabetizados – requisito de saber ler e escrever (sufrágio capacitário); ou – ser chefe de família
exclusão das mulheres	X	X ¹⁰
direitos sociais incipientes	X	X
Relação entre Estado e Igreja	Estado confessional	Estado laico (não tem religião)
Ausência de separação entre Estado e Igreja	Não há – Estado confessional	Cai-se no extremo oposto da integração da Igreja no Estado ¹¹
Respeito da liberdade religiosa em espaços públicos	garantia de não perseguição por motivos religiosos (art.º 145.º, § 4.º) ¹² .	Existência de amplas Restrições amplas à liberdade religiosa (anticlericalismo)

Estado de legalidade (positivismo jurídico)	X	X (positivismo legalista)
--	---	------------------------------

Organização do poder político

forma de Estado unitário	X	X ¹³
Separação de poderes	X	X
Poderes do Estado	Quatro poderes (poderes legislativo, executivo, judicial; a pairar sobre eles, o poder moderador do Rei, seguindo directamente a concepção de BENJAMIN CONSTANT)	Três poderes (segundo a trilogia clássica de MONTESQUIEU); ausência do poder moderador do Chefe de Estado
forma institucional ¹⁴	Monarquia O Chefe de Estado é o Rei	República; A chefia do Estado cabe ao PR
Modo de designação do Chefe de Estado	sucessão	eleição pelo Parlamento
Poder de dissolução da Câmara electiva	X	Inexiste, até 1919. Foi acrescentada na Revisão de 1919
Intervenção do Chefe de Estado no processo legislativo parlamentar	poder de sanção das leis (= faculdade de estatuir)	não tem sequer poder de veto suspensivo; existe a possibilidade promulgação tácita (art.º 31.º).
Estatuto do Chefe de Estado	mais relevante (princípio monárquico)	enfraquecido, designadamente: em virtude de ser eleito pelo Parlamento; da duração do mandato (quatro anos, sem possibilidade de reeleição no quadriénio imediato (art.º 42.º)); da possibilidade de destituição pelo Congresso.
Poder legislativo Bicameralismo	X	X (embora com diferenças em relação à segunda Câmara, o Senado, electivo)

Poder executivo Constituição formal	Pertence ao Rei e Ministros de Estado. Na prática constitucional, é exercido pelo Rei e pelo “Ministério”, chefiado pelo Presidente do Ministério (desde 1834, ininterruptamente).	a) Numa primeira leitura, caberia ao Presidente da República e aos Ministros (art.º 36.º); b) A prática inclinou-se no sentido de o Executivo ser dualista, havendo um Presidente do Ministério que chefiava o “Ministério”.
Responsabilidade política do Governo perante o Parlamento	X Inexiste na Constituição formal. Porém, surgiu na prática constitucional, a partir de 1834. A responsabilidade política verifica-se também perante o Rei; daí tratar-se de um sistema parlamentar dualista, de pendor orleanista)	X A prática constitucional inclinou-se nesse sentido, indubitavelmente (apesar da ausência de consagração na Constituição formal).
Não atribuição de poderes legislativos ao Governo (Constituição formal)	X (embora emitisse Decretos com força de lei (inconstitucionais, durante os períodos de ditadura)	X Procurou-se que os decretos ditatoriais fossem proscritos
Natureza do sistema de governo na prática constitucional	Teoricamente, parlamentar dualista (embora com várias entorses)	Entre o sistema parlamentar monista de assembleia, atípico, e o sistema convencional
Instabilidade governativa	X A instabilidade é devida a razões diferentes	X (o Governo demite-se quando posto em minoria numa das Câmaras)
Governos ditatoriais (sem Parlamento reunido)	X (muito frequentes)	X (registra-se o caso da ditadura de PIMENTA DE CASTRO, em 1915 ¹⁵)
partidos Não consagração na Constituição formal	X Rotativismo - bipartidarismo, entre 1851 e 1906.	X Multipartidarismo desorganizado, com pólo liderante do Partido Democrático

Poder judicial

Independência	sofre a intervenção do poder moderador do Rei	independência coarctada pelos Governos republicanos
Fiscalização da constitucionalidade		
a) Fiscalização política	X	X
b) Fiscalização jurisdicional	Inexiste. Os decretos ditatoriais deveriam ser cumpridos pelos tribunais, segundo a Doutrina dominante	X (art.º 63.º)

Regista-se assim um maior número de semelhanças do que diferenças.

5. Não é totalmente verdade que a I República Portuguesa tenha sido “*um regime sem sorte*”²³².

O seu destino titubeante estava traçado à partida, com uma Constituição, que não propiciava condições de durabilidade. “*na apaixonada cena que [era] a vida portuguesa*”²³³, no dizer insuspeito de RAUL PROENÇA, “*(...) a mais perigosa das utopias levou este país à epilepsia da desordem*”²³⁴.

(Notas de rodapé - Tabelas)

- ¹ Em relação às propostas anteriores, a disposição continha duas normas retroactivas:
 - i) “*das que estiverem pendentes, só poderão discutir-se e votar-se as que forem expressamente aceites pela respectiva comissão das finanças, ouvido o Ministro das Finanças.*” (art.º 1.º, corpo do preceito, 2.ª parte, da Lei de 15 de Março de 1915; no mesmo sentido, art. 1.º, § 1.º, da art. 1.º, § 1.º);
 - ii) “*§ único Se estas propostas já tiverem sido aprovadas na outra Câmara, na anterior sessão legislativa, a recusa de conformidade da comissão de finanças, tomar-se-á como rejeição delas para os efeitos do artigo 32.º da Constituição da República.*” (art.º 1.º, § único, Lei de 15 de Março de 1915; no mesmo sentido, art. 1.º, § 2.º, da Lei n.º 954, de 22 de Março de 1920).
- ² Note-se a retroactividade desta lei.
- ³ Criticando esta disposição, por não passar de “puro platonismo”, SOUSA DA CÂMARA, 62.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 13 de Março de 1913, in *Diário do Senado*, pg. 9.
- ⁴ Considerando a inconstitucionalidade do art.º 5.º, MESQUITA DE CARVALHO, 53.ª sessão ordinária do 3.º período da legislatura. 1912-1913. Em 10 de Março de 1913, in *Diário da Câmara dos Deputados*, pg. 12.
- ⁵ A noção de regime político contende com a concepção básica acerca da comunidade e do poder, dos fins que este prossegue e dos meios de que se serve (JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 6.ª ed., n.º 3.I, pg. 24); “*este conceito apresenta-se mais abrangente do que qualquer outro, porque se constrói*

²³² Em sentido contrário, A. H. DE OLIVEIRA MARQUES, *A conjuntura*, in *Nova História de Portugal*, XI, Presença, Lisboa, 1991, pg. 700.

²³³ JOÃO TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Decreto sob consulta do Supremo Tribunal Administrativo*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano VI, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1920, pg. 536.

²³⁴ RAUL PROENÇA, artigo publicado na *Seara Nova*, 1921, apud JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Tradição e Revolução*, II, pgs. 275, 281.

- a partir de todos os aspectos da vida política e social relevantes; nele avultam, a par da organização do poder, os direitos fundamentais e o regime económico" (IDEM, *Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2004, pgs. 204)
- ⁶ Sobre este conceito, v. JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 6.ª ed., n.º 3.II, pg. 24; JORGE MIRANDA, *Manual...*, III, 5.ª ed., n.º 69.III, pg. 272; IDEM, *Manual...*, II, 5.ª ed., pg. 27; IDEM, *Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Ed., 2004, pgs. 204.
- ⁷ O único sinal de abertura a uma visão social, na Constituição de 1911, seria apenas a obrigatoriedade do ensino primário elementar (art.º 3.º, n.º 11), e não apenas a gratuidade, como na Carta (JORGE MIRANDA, *Manual...*, I, 7.ª ed., pg. 293).
- ⁸ Em sentido contrário, GOMES CANOTILHO considera ter existido nessa altura uma "teoria republicana dos direitos fundamentais" (in *O círculo e a linha. Da «liberdade dos antigos» à «liberdade dos modernos» na Teoria republicana dos direitos fundamentais* (originariamente publicado in *Revista de História das Ideias*, vol. 9, Faculdade de Letras, Coimbra, 1987, pp. 733-758) in IDEM, *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2008, pgs. 30-34, em particular, nota 63).
- ⁹ Note-se que o 1.º Acto Adicional abolira a pena de morte nos crimes políticos (art.º 16.º); e a Lei de 1 de Julho de 1867, nos crimes comuns.
- ¹⁰ Diversamente do prometido pelo Partido Republicano Português. Regista-se um caso, de CAROLINA BEATRIZ ÂNGELO, que chegou a votar, por ser chefe de família viúva (sobre este caso, v. *Exposição Carolina Beatriz Ângelo, Intersecções dos sentidos/palavras, actos e imagens*, organização de DULCE HELENA PIRES BORGES / JOÃO ESTEVES, Museu da Guarda, Guarda, 2010). Todavia a prática legislativa subsequente não foi nesse sentido: a Lei eleitoral de 1913 especificou o sexo masculino dos cidadãos.
- ¹¹ cfr. art.º 2.º da Lei da Separação do Estado das Igrejas, de 20 de Abril de 1911.
- ¹² Podendo mesmo ser considerada "o primeiro prenúncio da liberdade religiosa" - JORGE MIRANDA, *Manual...*, I, 7.ª ed., pg. 278
- ¹³ Não obstante anteriores promessas em contrário do Partido Republicano Português.
- ¹⁴ Sobre este conceito, v. JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 6.ª ed., n.º 3.II, pg. 24.
- ¹⁵ Julga-se que o caso de SIDÓNIO PAES (Dezembro de 1917-Dezembro de 1918) é um caso à parte, na medida em que se tratou de um interregno.





GLOBALIZAÇÃO E COMPETITIVIDADE FISCAL INTERNACIONAL LIMITES E PROPOSIÇÕES

João Ricardo Catarino*

RESUMO

A concorrência fiscal internacional é um fenómeno que tem conhecido uma celerada evolução nos anos mais recentes. Ela influencia o modelo de acção dos Estados e das administrações públicas contemporâneas. Algumas instituições internacionais de referência têm procurado adoptar princípios visando minimizar o impacto negativo dessas, como é o caso da União europeia e da OCDE.

Neste trabalho procuramos dar conta dos efeitos nefastos do impacto da globalização dos modelos fiscais contemporâneos, forçando os Estados a adoptar regimes e práticas lesivas de outros em concorrência aberta. Aprecia-se ainda os esforços desenvolvidos pela UE e para OCDE, bem como o impacto e os riscos que permanecem quanto às práticas fiscais concorrências desleais quer para os países mais desenvolvidos quer para os ainda em desenvolvimento.

Palavras-chave

Globalização. Competitividade fiscal. OCDE.

ABSTRACT

International tax competition is a phenomenon that has known an accelerated evolution in recent years. It influences the type of action of States and of the contemporary public administrations. Some international institutions have sought to adopt principles aimed at minimizing the negative impact of these, as is the case with the European Union and the OECD. In this work we seek to give an account of the adverse impact of the globalization of contemporary tax models, which force States to adopt schemes and other harmful practices in open competition. It also appreciates the efforts made by the EU and OECD, as well as the impact and the risks that remain with regard to unfair tax practices for both the more developed countries and still under development.

Keywords

Globalization. Tax competition. OECD.

* Professor do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas - Universidade Técnica de Lisboa. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pós graduado em Estudos Europeus pela mesma Universidade, Mestre em Ciência Política e Doutorado e Agregado em *finanças públicas* pela Universidade Técnica de Lisboa – ISCSP. É coordenador científico das disciplinas de *Finanças Públicas*, de *Fiscalidade*, de *Políticas Financeiras e Gestão Orçamental* e de *Administração financeira e política fiscal*.

1. INTRODUÇÃO

A simples observação da realidade mostra quão diversos são hoje os regimes económicos e políticos. Mas torna também claro o relevante peso político, económico e financeiro que os Estados ocupam em qualquer zona do mundo. Vivemos claramente num mundo complexo em todos os domínios da sociedade humana e suas instituições.

O Estado é uma emanção das sociedades políticas, existindo para realizar os fins essenciais que as comunidades que lhe servem de abstracto se propõem alcançar, tais como a segurança, a justiça e o bem-estar. Assim, no âmbito da sociedade política a que respeita, o Estado configura-se, antes de mais, como o ente público supremo que, para corresponder aos anseios dos grupos humanos que se acolhem no seu seio e que são a expressão da sua vitalidade, tem de assegurar, de forma continuada e por tempo indeterminado, quer através de órgãos intermédios que manifestam a sua vontade, quer por intermédio de entes menores que com ele cooperam, um certo número de actividades centradas na satisfação das necessidades colectivas.

São as actividades que constituem as chamadas funções do Estado. De entre as actividades ou funções que ao Estado incumbe desenvolver recortam-se, desde logo, as seguintes:

- A que diz respeito à criação do Direito legislado, isto é, à formulação das normas jurídicas de carácter geral, abstracto e impessoal que visam disciplinar as relações ou situações que resultam da vida em sociedade;
- A que tem por objectivo a organização e a conservação da sociedade política, a orientação da vida dos cidadãos conforme a expressão dos interesses colectivamente sentidos, bem como a condução dos negócios públicos internos e da política externa; e,
- A que visa a realização da justiça, compreendendo a resolução jurisdicional dos litígios, a reposição dos direitos e interesses violados e a repressão das ofensas à lei.

Destacam-se, assim, numa primeira aproximação ao papel dos Estados três tipos de actividades - actividade legislativa, actividade política ou governamental e actividade judicial - que constituem a trilogia tradicional das funções estaduais, cuja realização incumbe aos órgãos de soberania, isto é, aos órgãos legislativos, aos órgãos políticos e aos tribunais, em correspondência com a divisão dos poderes hoje em dia acatada em todas as constituições das sociedades democráticas. Até aqui, nada de novo.

Todavia, entende-se hoje que a eficácia da actuação do Estado ficaria comprometida se este se limitasse apenas a assegurar o desempenho das funções acima aludidas, deixando aos particulares a incumbência de zelarem pela manutenção da ordem social estabelecida e, bem assim a criação das condições tendentes à satisfação das suas necessidades. Por isso, a par daquelas funções, e

em complemento das mesmas, o Estado veio a assumir outras, de contornos multifacetados, em ordem a tornar exequível a aplicação das leis e a prevenir a sua violação, a assegurar a realização prática das políticas e das decisões emanadas dos governantes, enfim, a produzir bens e serviços destinados à satisfação das necessidades colectivas. É no âmbito desta vertente da intervenção do Estado, a qual configura a chamada função administrativa, que são realizadas as suas atribuições de natureza social e económica, através do seu braço executivo, a Administração Pública. As administrações públicas são hoje chamadas a executar um conjunto vasto e complexo de políticas públicas, nem sempre inteiramente harmonizáveis entre si pacificamente.

No auge do liberalismo político e económico (de meados do século XIX até ao fim da primeira guerra mundial) a função administrativa do Estado caracterizava-se por ser, fundamentalmente, uma actividade policial e financeira, na medida em que o seu domínio se limitava praticamente à manutenção da ordem e da segurança pública interna, à defesa contra as ameaças do exterior; à orientação da conduta dos cidadãos conforme os imperativos disciplinadores da vida social, à garantia do funcionamento das regras da livre concorrência, enfim, à obtenção de meios financeiros destinados a servirem de suporte às despesas públicas. Não é que o Estado liberal se tivesse apartado de todas as preocupações conexas com o bem-estar material e espiritual da colectividade. Com efeito, assegurou a realização de alguns programas rudimentares no domínio social, relacionados com a instrução, com as condições de trabalho, com a saúde e com a assistência. Por outro lado, pôs em prática programas mínimos de criação de infra-estruturas necessárias ao funcionamento da economia.

Na segunda metade do nosso século um fenómeno novo passou a dominar a dinâmica do papel do Estado. Tratou-se do reconhecimento da necessidade de uma crescente intervenção dos poderes públicos ao nível da sociedade global, em ordem à coordenação e à promoção dos esforços visando o progresso económico orientado para o bem estar social, à defesa dos indivíduos contra os riscos e efeitos perversos da vida em sociedade e à atenuação das desigualdades sociais.

Duas ordens de razões estão na base desta nova concepção acerca das responsabilidades do Estado moderno. Por um lado o desejo dos homens de ascenderem a estados superiores de existência, desejo motivado pelo seu cada vez menor conformismo com as chagas sociais - a fome, a doença, a miséria e as injustiças. Os poderes públicos não puderam ficar indiferentes perante os clamores que por toda a parte se ergueram contra as desigualdades e as condições infra-humanas a que o liberalismo tradicional, sustentado pelo capitalismo selvagem condenou grande parte da humanidade.

Por outro lado, assistiu-se à tomada de consciência generalizada a respeito das possibilidades de um crescimento económico socializado, graças aos meios postos à disposição das sociedades pelo progresso das ciências e das técnicas. Com efeito, não só o desenvolvimento das ciências sociais, especialmente da

economia, permitiu submeter os mecanismos da vida em sociedade a um controlo racional e consciente, como também o progresso científico e técnico em geral permitiu reunir as condições para um desenvolvimento harmónico, através do qual foi possível vencer os obstáculos.

À medida que foi sendo possível aos indivíduos e aos grupos dominarem o seu destino, as sociedades atingiram graus de complexidade tais que os desafios que passaram a ter de fazer face, deixaram de poder ser vencidos pelas iniciativas individuais, mas tão-somente através do esforço colectivo dinamizado e coordenado por uma autoridade capaz de suprir as deficiências dos cidadãos isolados e dos grupos restritos. Não só o progresso, mas também a própria sobrevivência das sociedades passaram a depender do Estado. Na verdade, como lembra Marques Guedes, *“por toda a parte, a onerosidade e os riscos de descoordenação inerentes à aplicação dos frutos do conhecimento científico e do vertiginoso progresso das técnicas à vida social e económica, de modo a conseguir o seu crescimento compassado e harmonioso, tornaram claro só poder essa aplicação ser levada a efeito de maneira global e, conseqüentemente, sob a égide do Estado”* (Guedes, 1988).

Assim, o que caracteriza o Estado dos nossos dias é o empolamento ou a proliferação crescente das suas atribuições e dos seus domínios de intervenção. Ao Estado liberal dos finais do século XIX e princípios do actual, que era quase só um promotor da ordem e segurança da sociedade, sucedeu, gradativamente, embora com ênfase a partir da primeira guerra mundial, um Estado interventor, o Estado social de que falava Schumpeter, o qual passou a assumir um importante papel em áreas até então subtraídas à sua responsabilidade, designadamente nas áreas económica, social, científica e cultural, tudo em nome do crescimento económico, do bem-estar generalizado e da dignificação dos indivíduos e dos grupos em que estes se integram.

Para tanto concorreram a evolução do pensamento económico liberal, a evolução interna das economias liberais e a ocorrência de factos políticos que determinaram a sucessiva intervenção dos Estados (Franco, 1999). Em matéria económica, para além dos aspectos fiscais e das crescentes necessidades de regulação da economia, o Estado actua sobre o mercado, controlando-o ou neutralizando as suas incertezas; influencia a procura global; age como empresário, explorando recursos ou produzindo bens e serviços destinados à comunidade; cria infra-estruturas; faz face às crises; enfim, estabelece planos e programas de acção, em ordem a satisfazer as exigências de um desenvolvimento harmónico e equilibrado.

Na esfera social, a acção do Estado, inicialmente centrada em preocupações de cariz predominantemente humanitário, disparou em múltiplas direcções, abarcando praticamente tudo o que tem a ver com a segurança e com as condições de vida dos indivíduos e das famílias, designadamente: a luta contra a doença e a preservação da segurança colectiva, do bem-estar social, e ainda papel de supervisor e de controlador da economia e da vida social. Hoje em dia o Estado constitui um dos elementos de uma complexa estrutura política, económica e social. A sua acção reflecte-se, positiva ou negativamente, na vida

de todos os cidadãos, nas colectividades e nas empresas. Positivamente, quando presta serviços ou fornece bens que visam a satisfação das necessidades colectivas e a promoção do bem-estar dos indivíduos e das famílias, ou quando cria infra-estruturas que favorecem o desenvolvimento económico; negativamente, quando desenvolve actividades que se traduzem em constrangimentos, tais como a cobrança de impostos e a complexa regulamentação que afecta a liberdade de acção dos indivíduos e dos agentes económicos e lhes impõe incómodas e dispendiosas obrigações administrativas, controladas por uma máquina tendencialmente tentacular.

No último século o Estado foi-se assumindo, progressivamente, como o único ente capaz de dar resposta aos intrincados problemas postos pelo crescimento económico, pelas incapacidades do mercado (*market failure*) (Franco, 1999), pelo desejo generalizado do progresso social e pela cada vez menor possibilidade de os indivíduos, isoladamente, fazerem face às contingências da vida em sociedade.

Por isso, aquilo a que actualmente se assiste é a uma vincada presença dos poderes públicos em todos os domínios da vida social e económica, não sem alguma preocupação motivada pelo receio de a sociedade civil soçobrar perante a desmesura de um Estado faustiano, e o inevitável crescimento do aparelho que lhe está subjacente. A assinalada omnipresença dos poderes públicos, ao mesmo tempo que constitui o centro das críticas dos defensores da importância da iniciativa privada e das virtudes reguladoras do mercado, que a consideram como fonte de todos os males das sociedades contemporâneas, é, também motivo de preocupação entre os adeptos de uma concepção providencial do Estado, tida como solução mais favorável para a compatibilização entre o crescimento económico e o bem-estar generalizado, bem como para a redução da conflitualidade social.

Assim, entre as duas concorrentes que polarizam a discussão sobre o papel do Estado no contexto da dicotomia privatização/socialização - o “neo-liberalismo” e o “social estatismo” - parece haver concordância relativamente ao empolamento do sector público, embora, obviamente, sejam diferentes as motivações de base ideológica que servem de pano de fundo às soluções preconizadas por uma e outra das mencionadas correntes.

2. A COMPETITIVIDADE FISCAL ESTADUAL GERADORA DE CONCORRÊNCIA

São várias as manifestações visíveis da intervenção do Estado, que, de uma ou de outra forma, inquietam os observadores mais atentos e suscitam opiniões contraditórias sobre o seu impacto na vida social e económica. Para uns, trata-se de saber qual o grau de intervencionismo tolerável, de forma a não ser afectado o crescimento económico, a não regredir a protecção social e a redução das desigualdades proporcionadas pelo Estado-Providência, e bem assim, a ser evitada a invasão da vida privada e a submissão da sociedade civil à

sociedade oficial. Para outros, é o próprio intervencionismo económico e social que está em causa. Como o afirma Pierre Rosanvallon, *“tudo se passa como se coexistissem dois Estados no Estado moderno, um garante da democracia e das liberdades essenciais, bem como do livre jogo do mercado, e outro, perverso, porque interventor em domínios que exorbitam da sua esfera natural, logo destruidor das liberdades e das virtudes da iniciativa individual e demolidor da sociedade civil”* (Rosanvallon, 1984). Assim, o problema dos limites da intervenção dos poderes públicos resume-se à conservação do primeiro e à retenção ou supressão do segundo.

De entre as manifestações que caracterizam a intervenção do Estado dos nossos dias e que são consideradas como eventuais fontes de efeitos perversos, destacam-se:

- O crescimento desmesurado das despesas públicas;
- A incidência, para além do razoável, dos encargos fiscais obrigatórios;
- A assunção de actividades para as quais o Estado não está vocacionado;
- O empolamento da Administração pública, por sua vez gerador de uma máquina administrativa e tributária nem sempre eficiente.

A análise integrada de todas estas questões, sobretudo no que se refere às suas causas e repercussões económicas e sociais, impõe-se como metodologia para a abordagem do papel e do posicionamento dos poderes públicos e da competitividade fiscal em economia aberta nas sociedades contemporâneas. Não podendo, por razões óbvias, ser tão vasto o objecto deste trabalho, centrar-nos-emos, naturalmente, de forma sucinta nas condições do exercício da actividade pública, tão múltiplas e tão dispersas são as funções que o Estado assumiu, criando uma estrutura funcional dantesca, por vezes asfixiante. Desta realidade resulta a já muito debatida questão da “centralidade” da pessoa do Estado e da forma como, perante os actuais desafios do globalismo e do regionalismo europeu, ele se deverá equacionar, tornando propositado o debate de concentração, versus regionalização. É que viemos num mundo de economias globalizadas, abertas, independentes, que leva à competitividade das nações, não apenas dos agentes económicos em geral, como era costume.

As administrações públicas contemporâneas reflectem este paradigma. Sucede que um elemento estruturante, senão mesmo decisivo, desta competitividade é o que decorre da política fiscal dos Estados. A acção destes nos planos financeiro, económico e social como forma de atrair investimentos, foi vista, até há poucos anos, como algo estruturante, inerente à função de soberania. Mais ainda, tais políticas, em especial nos domínios da tributação das sociedades e da poupança, eram tidas como algo essencialmente positivo na medida em que se traduziam numa redução das cargas fiscais excessivas e como meio de compensação de desvantagens competitivas naturais, como as de ordem geográfica ou escassez de recursos naturais, sempre bem vista, sendo pois objecto de um juízo de valor benéfico ou positivo.

3. CONCORRÊNCIA FISCAL E PREJUDICIALIDADE INTERNACIONAL

Hoje, porém, a visão que se tem da acção dos Estados é bastante diferente. O que alguns designam de “mercado dos impostos” leva à concorrência fiscal. Esta, em economia aberta, não produz apenas efeitos puramente internos, como era habitual, mas tem-se traduzido numa erosão das receitas fiscais de outros Estados. Ou seja, num plano de acção globalizado e aberto e sobretudo quando os Estados se acham integrados em espaços económicos integrados, como é o caso da União Europeia ou até do Mercosul, embora com diferentes intensidades, a acção concorrencial fiscal de uns pode prejudicar os interesses de outros.

O fenómeno é de tal modo relevante que há bem pouco tempo a Chanceler Merckl afirmou que a política fiscal da Irlanda que consagra uma baixa tributação no imposto sobre as sociedades nesse país e nos ganhos de capitais, era agressiva em parte pela capacidade financeira que resultava dos fundos estruturais vindos da União. Se nos lembrarmos que a Alemanha é o maior contribuinte líquido, entenderemos o significado profundo dessa declaração. Os Estados não estão dispostos a sofrer as consequências nefastas das políticas fiscais agressivas dos outros, a que estão especialmente expostos em espaços económicos integrados.

Daí, no plano interno da União Europeia surge a necessidade de compatibilizar princípios distintos, senão mesmo contraditórios, sucessivamente reafirmados nos textos fundamentais da União, como o do mercado aberto e de livre concorrência entre as empresas; os princípios de cooperação, solidariedade e lealdade que devem regular as relações entre os Estados-membros e o princípio da subsidiariedade e da prevalência da soberania fiscal estadual.

A necessidade de limitar as políticas fiscalmente competitivas e negativamente agressivas dos interesses de outros Estados soberanos tem merecido particular atenção por parte dos organismos internacionais, de que destacaremos o trabalho desenvolvido pela UE e pela OCDE.

3.1 A REGULAÇÃO COMUNITÁRIA DA CONCORRÊNCIA FISCAL – O CÓDIGO DE CONDUTA EUROPEU

Como é sabido, a UE tem tido dificuldades de implementação de uma verdadeira política fiscal comunitária. Os campos da harmonização / coordenação fiscal têm incidido sobretudo no domínio da tributação indirecta (IVA e accises) e de algum modo em alguns aspectos da tributação das empresas, na parte que tem que ver com a distribuição dos lucros, a tributação das mais-valias de participações sociais, os efeitos fiscais das fusões e cisões, as relações entre sociedades mães e filhas, mas sempre debaixo das preocupações de manter uma política concorrência em sentido mais vasto.

Ora, a concorrência fiscal tem uma dupla face: De um lado, dentro de certos limites, pode ser e é benéfica, na medida em que estimula o crescimento

económico, serve de factor de dinamização das economias e leva a uma certa medida de harmonização de facto dos sistemas fiscais. Mas também pode ter efeitos perversos. A concorrência aberta e desenfreada entre os sistemas fiscais tende a conduzir à erosão das bases fiscais dos Estados-membros, agravando os défices públicos e a maiores dificuldades na manutenção por parte das amplas políticas públicas, sobretudo sociais, indutores de fortes gastos públicos. Pode assim justificar-se a tomada de medidas que visem evitar o falseamento da concorrência no mercado interno europeu, impedindo, restringindo práticas prejudiciais induzidas pelo comportamento fiscal dos Estados.

Em geral, a União Europeia tem procurado neutralizar as medias consideradas nefastas para a concorrência económica, respeitando o princípio da subsidiariedade e a identidade das políticas fiscais nacionais. A acção comunitária tem-se manifestado essencialmente de três modos distintos, a saber:

- a via *normativa*, através de actos próprios das instâncias da União, através de Directivas sobre domínios como a poupança, a tributação dos juros e dividendos, entre outros;
- a via *administrativa*, clarificando as regras quanto á admissibilidade de auxílios de Estado pela via de isenções, desagravamentos e outras medidas similares de índole fiscal;
- a via da *concertação política*, pela tomada de compromissos visando assegurar sãs políticas fiscais, hoje essencialmente plasmadas no *Código de Conduta sobre a Fiscalidade das Empresas*;

Analisaremos em particular a via da concertação política que se desdobra tanto numa coordenação mais estreita das políticas fiscais dos Estados, a que o Conselho Europeu tem estado especialmente atento, sobretudo no que tange à tributação dos rendimentos das pessoas jurídicas, como da aceitação de um sistema de supervisão multilateral, através de garantias de acesso e análise por qualquer Estado-membro, das medidas tomadas pelos outros e do reforço da cooperação interestadual.

O Código de Conduta é um compromisso político no domínio da fiscalidade das empresas, pelo que não afecta os direitos e as obrigações dos Estados-membros nem as demais competências da União Europeia, pelo que não está sujeito à jurisdição do TJCE. Mas nem por isso se deve duvidar da sua eficácia. Os factos mostram que ele tem sido um instrumento muito eficaz no combate às práticas fiscais concorrenciais prejudiciais, embora um texto jurídico vinculativo fosse preferível. O relatório anual que a Comissão tem apresentado ao Conselho Europeu como consequência da vigilância que realiza, complementam a eficácia dissuasiva do Código de Conduta.

Por outro lado, o Código cinge-se à fiscalidade das empresas mas abrange todas as medidas potencialmente danosas da concorrência, quer estas decorram de regras legais ou regulamentares internas, quer resultem da ínvia interpretação das regras dos Tratados ou do acervo de legislação comunitária.

O Código de conduta considera prejudiciais todas as medidas fiscais que reúnem dois requisitos principais, a saber: (1) sejam susceptíveis de evidenciar uma certa influência na localização das actividades económicas e, (2) que levem a um nível de tributação efectivo significativamente inferior ao normalmente aplicado no Estado membro em causa (v. g. taxas de imposto mais favoráveis, regimes de acesso a benefícios mais aberto, exclusão parcial de certos rendimentos mediante requisitos de fácil cumprimento, e de facto, abertos a todos os operadores económicos, etc).

Não estão aqui em causa todas as medidas fiscais que permitam aceder a um nível de tributação inferior, quando isso resulte de “qualquer outro factor pertinente” como é o caso das deduções, dos abatimentos e das isenções genericamente aplicáveis.

O Código de conduta também se traduz num forte incentivo à luta contra a fraude e evasão fiscais internacionais por prever a troca de informações entre Estados-membros, por visar o reforço das regras anti-abuso nas legislações internas e nos Acordos sobre Dupla Tributação.

Finalmente, o Código de Conduta embora de limite ao espaço económico da União, contém o compromisso da adaptação dos princípios destinados à eliminação das medidas fiscais prejudiciais quer em países terceiros através das instituições internacionais de que também são membros, com especial destaque para a OCDE, quer nos seus próprios territórios, dependentes ou associados. Nestes, embora os Tratados se não apliquem, está assumido o dever de assegurar a aplicação dos princípios enunciados no Código, nomeada e especificamente quer por abandonarem regimes fiscais privilegiados ou prejudiciais neles em vigor, quer por se absterem de implementar novos regimes que sejam contrários aos princípios instituídos.

A qualificação de uma medida como potencialmente prejudicial encontra-se dependente de uma avaliação, efectuada de acordo com cinco critérios, não taxativos nem cumulativos, inspirados em trabalhos da OCDE, a saber:

a) *Critério da atribuição das vantagens a não residentes* (“ring fencing”) – de acordo com este critério, tem-se em vista apurar se as vantagens fiscais são concedidas exclusivamente a não residentes ou as transacções são apenas efectuadas com não residentes. Na sua aplicação prática, este critério foi subdividido em dois, um assentando numa interpretação literal do Código (com base na ideia de total exclusividade), outra, inspirada na óptica da OCDE, menos exigente quanto a exclusividade;

b) *Critério dos efeitos na economia interna do Estado-membro* – pretende-se apurar se as vantagens concedidas são totalmente isoladas da economia interna, sem incidência na base fiscal nacional. Este critério foi igualmente subdividido tendo em conta duas leituras, uma literal (o isolamento deve ser total), outra mais próxima do ponto de vista da OCDE (que não exige a totalidade absoluta do isolamento das vantagens);

c) *CrITÉrio da contrapartida da actividade econÓmica real ou da presença econÓmica substancial* – ambiciona-se apurar se os benefÍcios fiscais são concedidos mesmo que não exista qualquer actividade econÓmica real nem qualquer presença econÓmica substancial no Estado-membro que proporciona esses benefÍcios;

d) *CrITÉrio do mÉtodo de determinação dos lucros resultantes das actividades internas de um grupo multinacional* – o crITÉrio visa apurar se o mÉtodo utilizado se afasta dos princÍpios geralmente aceites a nÍvel internacional, nomeadamente das regras aprovadas pela OCDE, como as relativas a preços de transferência, ou dos princÍpios consignados na convenção modelo OCDE em matÉria de determinação dos lucros dos estabelecimentos estáveis;

e) *CrITÉrio da transparência* – tem em vista apurar se as medidas fiscais e as disposições legais são aplicadas de forma menos rigorosa ou discriminatÓria no plano administrativo.

Não se tratam de crITÉrios de aplicação isolada ou excludente em termos tais que a aplicação de um exclua outro. Pelo contrário, os crITÉrios complementam-se em vista  determinação da prejudicialidade de um regime.

Em resultado da aplicação do Código de Conduta, foi efectuado um levantamento das medidas potencialmente prejudiciais tendo os Estados membros sido convidados a efectuar uma análise das mesmas à luz dos princÍpios do Código. Em resultado do trabalho desenvolvido ao longo dos anos desde 1997, e em conjugação com os esforços da OCDE, de que falaremos adiante, muitas das medidas prejudiciais foram objecto de desmantelamento ou têm vida Útil temporalmente delimitada após o que não poderão ser de novo tomadas.

Esta atitude insere-se no compromisso adoptado, de duplo sentido:

- em primeiro lugar, o congelamento de novas medidas prejudiciais - *standstill*;
- em segundo lugar, o seu desmantelamento – *roll-over*;

Efectivamente, o Código veio consagrar uma cláusula de *standstill*, nos termos da qual os Estados-membros se obrigam  adopção dos princÍpios do Código na implementação de modificações futuras aos seus sistemas fiscais. Depois, veio ainda determinar o desmantelamento de todos os regimes internos que violem os princÍpios do Código, num perÍodo inicialmente estimado de cinco anos. Os resultados foram positivos, tendo sido desmantelados os regimes mais claramente violadores daqueles princÍpios e adaptados os que continham medidas dotadas de alguma prejudicialidade.

3.2 A REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA FISCAL NA OCDE – O RELATÓRIO DAS PRÁTICAS FISCAIS PREJUDICIAIS

Em 1999, no jornal *L'observateur* de Dezembro de 2000, Jeffrey Owens, da OCDE, salientava que, nos Últimos 15 anos praticamente todos os paÍses da

OCDE adoptaram, sob diversas formas, regimes fiscais preferenciais, enquanto no mesmo período de tempo o número de paraísos fiscais aumentou para quase o dobro. Esta declaração espelha bem a actualidade do tema.

De facto, as preocupações da OCDE não eram novas. Já em meados dos anos setenta do passado século, onde embora timidamente, se aforaram os problemas da concorrência fiscal entre Estados geograficamente próximos e no quadro das relações de boas práticas económicas internacionais. Depois disso, mercê em larga medida do fenómeno de globalização, a preocupação da OCDE tem sido crescente, desembocando num Relatório de fundo que foi apresentado pelo Comité dos Assuntos Fiscais sobre a Concorrência Fiscal Prejudicial, ainda sem qualquer força vinculativa, o *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, de 28.4.1998.

Tal relatório foi porém a base de uma Recomendação do Conselho da OCDE, que visou abranger debaixo do conceito de práticas fiscais prejudiciais tanto os denominados paraísos fiscais como as práticas ou regimes fiscais preferenciais. Tem-se em vista na OCDE a luta contra os nefastos efeitos que as práticas de concorrência fiscal desleal provocam nas relações económicas e nas decisões de investimento, com especial incidência para as actividades financeiras e de prestação de serviços, em todos os países membros. Ele abrange, assim, “*as actividades financeiras e outros serviços geograficamente móveis*”.

Trata-se de um conceito suficientemente amplo para incluir um extenso leque de actividades. A dinamização dos trabalhos neste domínio tem estado a cargo do Fórum para as práticas fiscais prejudiciais, enquadrado no Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, desde 1998.

Tem cabido a este fórum a tarefa de coordenar os trabalhos de inventariação dos regimes prejudiciais, de criação de uma lista mundial de zonas de muito baixa tributação (paraísos fiscais), de avaliação dos regimes em vigor naquela data e de adopção de medidas de desmantelamento.

O relatório da OCDE efectua uma clara distinção entre **paraísos fiscais** e regimes fiscais preferenciais. Para os primeiros são os seguintes os factores de identificação:

- *tributação inexistente ou insignificante dos rendimentos* – trata-se aqui de uma condição necessária e também suficiente se for demonstrado que a jurisdição em causa for reconhecida como um local onde os agentes económicos se podem evadir à tributação nos seus países de sede ou residência;
- *ausência de uma troca efectiva de informações*;
- *falta de transparência das disposições legais ou administrativas existentes*, emergente, por exemplo, da não publicação das regras do regime ou do seu acesso de forma restrita;
- *ausência de actividades económicas substanciais*, traduzida na falta de imposição de que a actividade económica desenvolvida seja relevante ou na atracção de investimentos apenas por razões estritamente fiscais.

São os seguintes os factores de identificação dos regimes fiscais preferenciais:

- *taxas de tributação efectivas nulas ou mínimas* – trata-se de um factor necessário mas não suficiente para a sua qualificação como preferencial. Deve ser visto como um ponto de partida para a investigação;
- *a existência de regimes fiscais total ou parcialmente isolados dos mercados domésticos dos países em causa* – quer por excluir os residente do seu âmbito apenas com fundamento no factor residência, quer impedindo entidades beneficiárias do regime preferencial de actuar no mercado doméstico;
- *falta de transparência tanto no que respeita à concepção do regime quer quanto à sua aplicação prática* por ausência ou não divulgação do quadro legal ou administrativo;

Tal como sucedeu no âmbito da UE também os EM's da OCDE se comprometeram a não adoptar novas medidas ou regimes considerados prejudiciais e a dismantlar os existentes, bem como a remover práticas prejudiciais. As consequências da qualificação como paraíso fiscal são, desde logo, as seguintes:

- Enquadramento em lista de paraísos fiscais não cooperantes;
- Aplicação de medidas sancionatórias pelos EM's da OCDE, nomeadamente:
 - não concessão de isenções, créditos fiscais e outros benefícios às operações efectuadas com essa jurisdição;
 - aplicação da técnica de retenção na fonte quanto a certos pagamentos a favor de sujeitos passivos neles residentes;
 - aplicação de taxas e outros encargos às operações efectuadas com a jurisdição;
 - implementação de regras sobre troca de informações sobre as operações efectuadas com a jurisdição e aplicação de sanções em caso de incumprimento;
 - não dedução de custos para a constituição ou aquisição de sociedades nessa jurisdição;
 - não celebração de ADT's com essa jurisdição.

A relativa simplicidade com que enunciam critérios esconde a complexidade e a delicadeza do tema, sobretudo quando aplicados às situações concretas. Na verdade, até mesmo no âmbito dos EM's se registaram diferentes níveis de entusiasmo quanto às medidas. Ao nível dos países não membros da OCDE temos, num extremo, aqueles que desde logo numa primeira fase resolveram comprometer-se com os princípios constantes do Relatório, e, noutro, os "paraísos fiscais resistentes", que continuam a considerar a acção da OCDE como uma intervenção ilegítima na sua soberania. E com argumentos ponderosos.

Combater a concorrência fiscal prejudicial é uma tarefa muito sensível onde se articulam exercícios de equilíbrio e transparência. Os resultados têm

sido muito positivos, com o desmantelamento, dentro da OCDE dos regimes prejudiciais ou com aspectos de prejudicialidade. Várias outras jurisdições foram convencidas a mudar, em parte pelo peso económico da contra parte, mas também pelo relativo isolamento e pelas contra medidas a que ficaram sujeitas.

Mas há quem se questione se não estaremos a criar novas formas de concorrência fiscal também ela, em alguns dos seus aspectos prejudicial, atentas as críticas que alguns países dirigiram aos critérios de qualificação de prejudicialidade adoptados, tanto mais que a OCDE não tem poderes para impor nenhuma alteração ao sistema fiscal de nenhum país. O seu prestígio tem sido o factor decisivo no poder de influência tanto junto dos Estados membros como não membros. As críticas já formuladas prendem-se com:

- um âmbito de actuação tido por alguns como desequilibrado;
- a insuficiente delimitação de conceitos fundamentais, como os de concorrência fiscal prejudicial, atenta a sua inevitabilidade num mundo de nações;
- a existência de níveis distintos de desenvolvimento que determinam a adopção de medidas compatíveis, tais como taxas de tributação distintas, por vezes mais baixas, para compensar factos geográficos adversos ou problemas internos específicos,
- ausência de adequação dos níveis de tributação ao desenvolvimento económico e sua interligação com a componente fiscal;
- grande similitude nos critérios de qualificação dos paraísos fiscais e dos regimes fiscais preferenciais, levando a dificuldades de enquadramento, persistindo em alguns aspectos zonas cinzentas e de relativa indefinição;
- ausência de delimitação de alguns o conceitos como os de *baixa ou insignificante tributação* ou de *actividade económica real*;
- manifesta desigualdade de tratamento de certas realidades e regimes tributários, tais como Macau, Hong Kong ou Singapura.

O combate à práticas fiscais prejudiciais só faz sentido em âmbito global, por ser global o fenómeno que lhes dá causa. A limitações dos trabalhos aos Estados-membros e a certas mas não todas as jurisdições de baixa tributação, porque dependentes política e economicamente, obrigando-os a adoptar medidas certas e determinadas, cria novas formas de prejudicialidade contra as quais importa estar atento. A OCDE teve o mérito de focar e procurar tratar o problema, embora não tenha sido sempre isenta na sua actuação. Factores de ordem política influenciaram os rumo dos trabalhos, em parte como resultante do peso de alguns EM's ou de observadores. Depois, há dificuldades de aplicação dos regimes a territórios consoante estes sejam ou não dependentes da União Europeia. Os critérios da UE e da OCDE nem sempre são coincidentes pelo que o mesmo regime pode ser ou não qualificado de prejudicial.

Em âmbito mais geral parece certo, do nosso ponto de vista, que os sistemas fiscais carecem de ser globalmente repensados. Simplificação, moderação de taxas, sobretudo nos impostos sobre o rendimento das pessoas singulares, aprofundamento da justiça relativa, estabilidade normativa e transparência de procedimentos, bem como a elevação dos padrões morais e sociais são aspectos da maior importância na caracterização dos Estados modernos e suas administrações. (Catarino, 2008)

As políticas fiscais, o direito tributário e as administrações públicas confrontam-se como novos problemas. Os três factores nucleares da tributação de acordo com a perspectiva clássica são o território; a materialidade das operações e o controlo dos factos tributários. Estes são hoje questionados em diversos sentidos por aspectos tais como a desmaterialização, a desintermediação e a digitalização. Há uma patente crise do conceito de clássico de território em que habitualmente repousou o direito dos tributos. A acção conjugada da digitalização, da realidade virtual e da globalização determinam a deslocalização do consumo e do rendimento. Os sujeitos passivos podem tais imaterializar-se, desterritorializar-se com maior facilidade levando a novos problemas de tributação num mundo global.

As possibilidades abertas pelas redes electrónicas estão hoje ao alcance de um cada vez maior conjunto de agentes, bastando aceder a um simples terminal de computador. O território e a fronteira fechada, paradigma clássico dos modelos de tributação tradicionais, deixam assim de garantir as indispensáveis receitas necessárias ao erário público. O advento do espaço virtual permitirá a cada um criar o seu próprio universo onde a interacção da globalização, das novas tecnologias e da concorrência fiscal gerará um fenómeno de “térmitas fiscais” devoradoras das entranhas dos sistemas.

As próprias noções de actividade económica, de estabelecimento estável e de preços de transferência, alguns laboriosamente esculpidos ao longo de decénios nos elaborados tratados sobre dupla tributação são hoje continuamente reajustados. A competitividade fiscal é uma realidade. Ela implica pelo menos três factores: (1) a inovação, ou a destruição criadora referida por Schumpeter; (2) adequados níveis de educação, cultura e formação e (3) respeito pelos valores democráticos e pelos direitos do homem como a base de sustentação dos nossos sistemas políticos.

4. CONCLUSÕES

O controlo das práticas seguidas pelos Estados no domínio da tributação torna-se mais necessário em ambiente económico aberto por ser aquele que propicia mais oportunidades para adoptar práticas fiscais agressivas. Estas têm sido justificadas em nome da necessidade de atrair capital estrangeiro e de, com isso, fazer crescer a economia. Todavia, no espaço da União Europeia, tal tipo de práticas é especialmente lesivo do projecto europeu pois os estados-membros não podem estar a negociar regimes legais e fiscais comuns em cima da mesa

e, ao mesmo tempo, a criar através de legislação interna, regimes particulares, privilegiados, para certos sectores de actividades ou empresas, em prejuízo das sãs regras de concorrência.

Em âmbito mais aberto, no plano internacional, o saudável desenvolvimento das relações entre Estados na comunidade internacional requer a adopção de regras gerais comuns e da garantia da adopção de sãs práticas concorrenciais que evitem a transformação dos respectivos sistemas fiscais internos em armas de arremesso perturbadoras da sã concorrência fiscal internacional. Tanto o Código de Conduta da União europeia quanto as regras adoptadas pela OCDE partilham este sentimento e objectivo. sendo nesse sentido que devem ser interpretadas.

BIBLIOGRAFIA

- . Catarino, João Ricardo, **Redistribuição tributária, Estado social e escolha individual**, Almedina, Coimbra, 2011;
- . _____ **O liberalismo em questão, justiça, valores e distribuição social**, ISCSP, Lisboa, 2009;
- . _____ **Para Uma Teoria Política do Tributo**, Cadernos de CTF, n.º 184, Lisboa, 1999.
- . _____ **As Reformas Fiscais do Século em Portugal**, FORUM 2000 – Renovar a Administração, ISCSP, Lisboa, 1999.
- . *Comunicação da Comissão ao Conselho no Plano de Acção para o Mercado Único para 1997*, de 30 de Abril de 1997, COM (97), 184;
- . Comunicação da Comissão ao Conselho, de 1.100.9997, COM; (97) 495 final;
- . Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 5.11.1997, COM (97) 564, final, Bruxelas, 1997.
- . Franco, António Sousa, **Finanças Públicas e Direito Financeiro**, Almedina, Coimbra, Vol. I, cap. I, parág. 3, 1999.
- . Guedes, Armando Marques, **As funções do Estado Contemporâneo e os Princípios Fundamentais da Reforma Administrativa**, Lisboa, 1988.
- . **Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue**, OCDE, Paris, 28.4.1998.
- . Nozick, Robert, **Anarchy, State and Utopia**, 1974;
- . Buchanan, James, **The limits of liberty: between anarchy and Leviathan**, 1975;
- . Rosanvallon, Pierre, **A crise do Estado Providência**, Inquérito, Lisboa, 1984;
- . Relatório CCE, **A Fiscalidade na União Europeia**, Relatório sobre a Evolução dos Sistemas Fiscais, COM (98), 846.



PRINCÍPIOS COMO INDUÇÕES DEÔNTICAS: A PREVISÃO INDUTIVA, O DÉFICE INFORMATIVO E A DERROTABILIDADE CONDICIONAL NOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

*Pedro Moniz Lopes**

RESUMO

Os princípios jurídicos foram inovações que decorreram dos recentes debates na teoria do direito. Embora tenham sido acolhidos com relativa euforia, tornando-se uma espécie de coloquialismo jurídico, percebe-se uma confusão generalizada quanto à sua estrutura lógica e sua metodologia de atuação. Tal esclarecimento demanda o cotejo entre as normas regra, com pressupostos de aplicação rígidos, contendo “razões peremptórias para agir”, e as normas princípio, a partir do horizonte teórico de Dworkin e Alexy. Ressalta-se a elevada generalidade estrutural e a grande concentração de informações contidas na norma princípio; a validade *prima facie* de suas disposições, vez que veiculam “razões para ponderações”, em que a diretriz normativa será a resultante do sopesamento entre disposições contrárias, dando origem a uma proposição com estrutura de regra; sua vocação expansiva, por albergar um conjunto de comportamentos *a priori* indeterminados; sua regulação em “défice informativo” da autoridade normativa, em que se atribui uma matéria ao legislador sem delinear todas as situações às quais a regulação se aplica. Por fim, aborda como se dá o conflito entre os princípios e o modo de solucioná-lo, visto que a colisão é uma decorrência lógica da generalidade e déficit informativo dos mesmos, onde uma mesma situação de fato atrai a incidência conjunta de princípios diversos.

Palavras-chave: Normas regra. Normas princípio. Déficit normativo. Previsão indutiva.

ABSTRACT

The legal principles were innovations that come from recent debates in the theory of law. Although they have been greeted with euphoria, becoming a sort of legal colloquialism, a widespread confusion concerning its logical structure and methodology of performance is perceptible. This explanation requires the comparison between rule norms, with strict conditions for application, containing “peremptory reasons for action,” and principle norms, conceived from the theories of Dworkin and Alexy. It is emphasized the high generality and high concentration of structural information contained in the principle norm, the *prima facie* validity of its provisions, since they convey “reasons for balancing,” in which the normative guideline will result between otherwise balancing, resulting on a proposition structured as a rule. Its expansive vocation for accommodating a set of *a priori* indeterminate behaviors; its regulation in “informative deficit” of the regulatory authority, in which is assigned a matter without delineating to the legislator all situations which

* Assistente convidado da Faculdade de Direito de Lisboa. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas. Advogado.

the adjustment applies. Finally, it addresses how is the conflict between the principles and how to solve it, since the collision is a logical consequence of their generality and their informative deficit, where the same situation actually attracts the incidence of different joint principles.

Keywords

Rules. Principles. Regulatory deficits. Inductive prediction.

1. MODELOS NORMATIVOS: REGRAS E PRINCÍPIOS

Enquanto comandos de estrutura hipotética e âmbito de aplicação genérica, correspondentes a um específico sentido de dever ser de permissão, proibição ou imposição, as normas podem, como é já relativamente pacífico na doutrina, dividir-se em dois modelos essenciais, qualitativamente distintos e com diferentes modos de projecção no ordenamento.¹ Assim, os modelos regulativos das normas encontram-se esgotados por dois tipos distintos: (i) as normas de regra e (ii) as normas de princípio.

Apesar de profundamente desenvolvida *a posteriori*, a teoria subjacente à dicotomia dos modelos regulativos das normas entre *princípios* e *regras* resultou conhecido debate Hart/Dworkin, no âmbito do qual Ronald Dworkin procurou contrariar o modelo positivista de regras hartiano, assente na premissa caracterizante do ordenamento como uma conjunção pura de argumentos conclusivos para determinadas consequências jurídicas específicas². A distinção entre regras e princípios e o aprofundamento das propriedades identificativas destes últimos é devida pois, nos seus pressupostos originais, a Ronald Dworkin, apesar de o seu aprimoramento lógico e estrutural ter tido, de uma forma totalmente inovadora, como principal artífice Robert Alexy.

De entre a descrita dicotomia de modelos regulativos tem sido, no entanto, o tratamento específico dos princípios que tem motivado em maior número as inúmeras investigações recentes sobre o assunto, de tal modo que justifica que autores se refiram àquelas como representando uma verdadeira *metanóia principialista*³. Não obstante o fascínio pelos princípios, a verdade é

¹ Adota-se um conceito de norma distinto do kelseniano, o qual trilhou caminho na doutrina de base germânica. Em Kelsen, a norma “é o sentido de um acto através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou especialmente facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”, integrando portanto, também, sentidos deonticos individuais. Cfr. H. KELSEN, *Reines Rechtlehre*, tradução portuguesa de J. Baptista Machado, 7.ª Edição, Coimbra, 2008, p. 22. O texto reporta-se à construção explicativa da norma da autoria de C. ALCHOURRÓN / E. BULYGINNA obra *Normative Systems*. Sobre o assunto, cfr. M. ATIENZA / J. R. MANERO, *Las Piezas del Derecho – Teoría de los Enunciados Jurídicos*, 2.ª Edição, Barcelona, 2005, p. 29; R. GUASTINI, *Norma: una Noción Controvertida*, in *Distinguendo – Estudios de Teoría e Metateoría del Derecho*, Barcelona, 1999, pp. 94.

² Cfr. S. UTZ, *Rules, Principles, Algorithms and the Description of Legal Systems*, RJ, Vol. 5, n.º 1, 1992, pp. 23-26. Porém, atribuindo a génese da dicotomia princípios/regras a Josef Esser, cfr. R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, in RJ, Vol. 13, n.º 3, 2000, p. 295.

³ Cfr. J. J. G. CANOTILHO, *Princípios. Entre a Sabedoria e a Aprendizagem*, in AA. VV., *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. I: Filosofia, Teoria e Metodologia, 2008, p. 377. As obras fundacionais referidas são as sobejamente conhecidas *Taking Rights Seriously*, tradução portuguesa de Nelson Boeira, São Paulo, 2002 (em especial, pp. 23 ss.) da autoria de R.

que as explicações estruturais e lógicas desse modelo regulativo têm sido tudo menos unânimes. Se, a um tempo, a dicotomia regulativa entre princípios e regras ganhou, de tal forma, foros de cidade na literatura jurídica que se poderia afirmar que é um forte candidato a costume doutrinário, a verdade é que, a outro tempo, as explicações avançadas pelos teóricos e metateóricos do direito para a estrutura e o comportamento do princípio são díspares o suficiente para que tal costume não possa, de todo, vigorar.

De todo o modo, refira-se que o fervor principialista não implica, longe disso, uma desconsideração pelas normas de regra. Estas, aliás, constituem no plano puramente estatístico a grande maioria de normas que compõem o ordenamento em geral e, por maioria de razão, os sub-ordenamentos parcelares. Por esse motivo, o tratamento que será, em seguida, dado aos dois tipos de normas é baseado tanto nos elementos de *unidade* que as mesmas predicam, como nos elementos de *diferenciação estrutural* evidenciada. A análise das regras e dos princípios como entidades totalmente distintas entre si implicaria a asserção de que nada existe de comum entre estas duas realidades, o que manifestamente não corresponde à verdade. Em bom rigor, o conhecimento do princípio ao nível da sua formação, estrutura e comportamento postula o conhecimento das normas de regra e vice-versa. Independentemente das fontes que os suportam, a relação entre os dois modelos é de tal forma próxima que – pode já avançar-se – se alguns princípios são uma *indução* das regras, as regras podem ser configuradas como *deduções* de princípios⁴.

Os motivos relatados são mais do que suficientes para que a normalização, patente na literatura jurídica, da distinção entre os dois tipos de normas enunciadas não justifique que não se aborde o tema nos pontos que se consideram verdadeiramente essenciais: a compreensão lógica e estrutural dos dois modelos regulativos é uma premissa fundamental para a compreensão do comportamento dos mesmos e, conseqüentemente, para a justificação das decisões fundadas ao seu abrigo⁵.

DWORKIN *Theorie der Gründrechte*, tradução inglesa de Julian Rivers, Oxford, 2004, (em especial, pp. 44 ss.) da autoria de R. ALEXU.

⁴ O que é, desde logo, fundamental para a defesa de uma relação analítica de especialidade entre regras e princípios. J. REIS NOVAIS, afirma, por exemplo, que “enquanto o nível dos princípios, quando transposto para o mundo conflitual do dever ser real, dá lugar a tensões, antinomias e colisões, o nível das regras apresenta já um muito menor grau de indeterminação, o que, não lhes conferindo, à partida, uma preferência absoluta e definitiva, garante às regras, todavia, uma precedência de aplicação relativamente aos princípios”. Cfr. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, p. 331.

⁵ Sobre a distinção entre princípios e regras, em sentido distinto do adoptado em texto, cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 46 ss.. Em sentido próximo do seguido, relevando a importância da morfologia normativa para o diagnóstico comportamental daquelas normas, sem referir a diferença estrutural ao nível da previsão, cfr. R. ALEXU, *On the Structure of Legal Principles*, cit., pp. 295 ss.; IDEM, *Theorie der Gründrechte*, pp. 47 ss.. A crescer aos clássicos, cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, in *Distinguendo – Estudios de Teoria e Metateoria del Derecho*, Barcelona, 1999, pp. 142 ss.; J.-R. SIECKMANN, *Regeln Prinzipien und Elemente im System des Rechts in Juristische Schriftenreihe*, Tomo 125, tradução castelhana de Cecilia Añaños Meza, in *El modelo de*

1.1 As normas de regra

As normas de regra, ou regras, são modelos regulativos tidos tradicionalmente como certos ao nível da sua interpretação e determinados quanto aos seus pressupostos de aplicação. A afirmação, porém, não é totalmente correcta quanto à sua primeira parte. Na tarefa da análise estática da regra, que se demonstra fundamental para daí determinar o seu comportamento dinâmico no ordenamento, importa não confundir (i) a certeza dos pressupostos aplicativos, relacionada com a estrutura da regra, com (ii) a certeza interpretativa da regra, relacionada com as formas de expressão das normas: os enunciados linguísticos.

No capítulo da determinação interpretativa de um enunciado, o problema reside exclusivamente na incerteza da linguagem que expressa as normas. Efectivamente, todos os problemas de indeterminação semântica são fruto da impossibilidade de apreensão do dever ser sem utilização de instrumentos do mundo factual como enunciados linguísticos, simbólicos, ou de fala. Por esse motivo, a indeterminação da fonte é comum à expressão linguística de qualquer norma, seja ela uma regra ou um princípio. Tanto basta para demonstrar a inexactidão científica da afirmação segundo a qual a suposta *certeza das regras e incerteza dos princípios* ocorre ao nível interpretativo⁶. É, portanto, fundamentalmente no segundo sentido, ao nível dos pressupostos aplicativos da regra, que se afirma que as regras são mais determinadas do que os princípios, o que contamina a forma aplicativa das primeiras em termos *allornnothing*⁷.

los principios del derecho, Bogotá, 2006, pp. 59-79; IDEM, *Logische Einsichten von Prinzipien*, in *Rechtstheorie* 25, tradução castelhana de Cecília Añaños Meza, in *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, 2006, pp. 13-57; M. ATIENZA/J. R. MANERO, *Las Piezas del Derecho*, cit., pp. 28 ss.; S. UTZ, *Rules, Principles, Algorithms and the Description of Legal Systems*, cit., pp. 27 ss. Na doutrina portuguesa, entre outros, cfr. J. J. G. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Coimbra, 2003, pp. 230ss.; J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., pp. 322; D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – A Teoria da Norma e a Criação de Normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra, 2006, pp. 129-154. Especificamente sobre as regras, cfr. J. RAZ, *Reasoning with Rules*, 2001, disponível em formato electrónico em: <http://ssrn.com/abstract=999552>, pp. 1-18.

⁶ Cfr. M. ATIENZA/J. R. MANERO, *Las Piezas del Derecho*, cit., p. 25. Aquela constatação é suficientemente desmentida pela existência de exemplos opostos. Contraponha-se, por exemplo, enunciados de regra como “quando as marés cheias atingirem o limite de 2 metros acima da linha do mar, deverão ser tomadas medidas adequadas”, ou como o princípio *indubio pro reo*, segundo o qual “em todas as situações relativas a uma dúvida sobre a condenação ou absolvição de um réu, dever-se-á decidir pela absolvição”. É manifesto que o primeiro enunciado é extremamente mais vago do que o segundo. O conceito de *medidas adequadas* engloba uma grande margem de incerteza quanto ao que constituem os elementos caracterizantes de tais medidas. Ao invés, o enunciado de princípio é de uma linguagem bastante clara e, correlativamente, apresenta pouca margem de incerteza semântica ao nível dos conceitos de *condenação*, *absolvição* e *réu*. Não obstante, o primeiro enunciado integra uma norma de regra, enquanto o segundo integra uma norma de princípio. Também neste sentido, cfr. A. AARNIO, *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Cambridge, 1997, p. 180. Outro exemplo prende-se com o princípio *lex posterior derogat legi priori*. Ninguém coloca em causa a estrutura de princípio da norma, não obstante, do ponto de vista semântico, a mesma se apresentar como bastante precisa (cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, p. 147).

⁷ Sobre o tradicional *all or nothing fashion* de R. DWORKIN, cfr. *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 113 ss. Paradigmaticamente, nas palavras de R. ALEXI, “o conceito de validade das regras não admite

Neste segundo sentido, constata-se que uma regra determina com precisão os seus pressupostos de aplicação pelo que, subsumidos os factos relevantes de um caso jurídico nas categorias hipotéticas da previsão da regra, esta terá necessariamente de ser automaticamente aplicada, sem qualquer consideração pelo seu conteúdo ou por argumentos *pro* e *contra* a aplicabilidade dessa regra (*rules as exclusionary reasons*)⁸. Tal apenas não ocorrerá em caso de invalidade da regra, decorrente do conflito desta com outra norma estruturalmente idêntica.

A certeza dos pressupostos aplicativos das regras propicia, então, a conclusão de que, nestas, a autoridade normativa previu todas as condutas que operariam o respectivo accionamento⁹. A definição exaustiva dos pressupostos de aplicação da regra é sinónima da existência de uma determinabilidade prévia e completa dos factos que preenchem a respectiva previsão, pelo que, na perspectiva do destinatário da norma, a conduta humana que acciona a previsão da regra se encontra totalmente definida quanto à acção, excluindo todas as demais proposições factuais imagináveis como proposições capazes de preencher a previsão daquela regra.

Atente-se no enunciado “quando se verifique que um ficheiro automatizado, uma base ou um banco de dados pessoais contém dados excessivos em relação à sua finalidade ou peca por omissão de alguns, deve o responsável proceder de imediato à supressão dos excedentes ou à inclusão dos omissos”¹⁰. Como se constata, os pressupostos condicionais contidos na previsão da norma em análise são absolutamente determinados, decompondo-se nos seguintes: (i) se um ficheiro automatizado contiver dados excessivos em relação à sua finalidade; (ii) se uma base contiver dados excessivos em relação à sua finalidade; (iii) se um banco de dados pessoais contiver dados excessivos em relação à sua finalidade; (iv) se um ficheiro automatizado contiver dados insuficientes em relação à sua finalidade [o que equivale semanticamente a pecar por omissão de dados]; (v) se uma base contiver dados insuficientes em relação à sua finalidade; (vi) se um banco de dados pessoais contiver dados insuficientes em relação à sua finalidade. A estatuição alternativa de, respectivamente, suprimir os dados excedentes ou incluir os dados omissos apenas ocorre se se verificarem os pressupostos correspectivos

graus”, pelo que ou a regra é válida e consequentemente é aplicada, ou a regra é inválida e consequentemente não deve ser aplicada. Cfr. R. ALEXYS, *Theorie der Gründrechte*, cit., p. 49.

⁸ Sobre o conceito de regras como *exclusionary reasons*, cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford, 2002, pp. 190 ss.

⁹ Recorrendo à terminologia kelseniana: no caso das regras, o imperador previu todas as situações da vida que accionariam a estatuição do imperativo; cfr. O. WEINBERGER, *The Expressive Conception of Norms: An Impasse for the Logic of Norms*, in *Normativity and Norms – Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (ed. Stanley L. Paulson e Bonnie Litschewski Paulson), Oxford, 2007, p. 412. Numa outra perspectiva, considerando as regras como razões *definitivas* para ponderações e princípios como razões *prima facie* para ponderações, assente na ponderação como fundamento de todas as normas (regras e princípios), cfr. J.R. SIECKMANN, *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts in Juristische Schriftenreihe*, cit., pp. 59-79.

¹⁰ O enunciado reporta-se ao artigo 29.º da Lei n.º 10/91, de 29 de Abril, que aprovou a Lei de Protecção de Dados Pessoais face à Informática, tendo sido posteriormente revogada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei de Protecção de Dados Pessoais), actualmente em vigor.

(i), (ii), (iii), (iv), (v) ou (vi), excluindo-se todos os demais factos como factos operativos da norma de regra em questão.

A regra demonstra, portanto, quanto à determinabilidade dos factos naturais que desencadeiam a estatuição nela contida, uma previsão equivalente a “todas as situações de um determinado género”¹¹. O diagnóstico de determinabilidade exaustiva dos pressupostos de acção normativa justifica, então, a qualificação das regras como *razões peremptórias para agir*, excluindo a possibilidade de qualquer valoração, pelo intérprete-aplicador do direito, de quaisquer argumentos *pro* e *contra* por referência aos efeitos normativos estatuídos nessa mesma regra.

Fica, para já, suficientemente explicada, neste plano, a relação dworkiniana entre regras e os ditos *easy cases* na medida em que se constata que o operador jurídico, quando confrontado com a aplicabilidade de regras, apenas tem que comprovar a qualificação das situações da vida nas categorias hipotéticas determinadas na previsão da regra, desonerando-se das possíveis consequências determinadas ao nível da estatuição daquela¹². Assim, a fonte da própria

¹¹ Paradigmaticamente, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 138-139.

¹² Neste sentido, cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 190 ss.; M. ATIENZA / J. R. MANERO, *Las Piezas del Derecho*, cit., pp. 34 ss. Não se olvida, no entanto, o prolapado carácter *prima facie* das regras, não ao nível da possibilidade de serem excepcionadas por outras regras, a que já se fez referência, mas essencialmente, por poderem ser excepcionadas por princípios (cfr. R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 48, NR 24; J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, p. 321). A complexidade da questão não permite tratá-la neste contexto. Porém, refira-se que se entende que, quando se fala de uma colisão entre uma regra e um princípio, fala-se de uma colisão meramente aparente. As regras e os princípios, enquanto normas estruturalmente diferenciadas, pertencem igualmente a níveis distintos do ordenamento (e da razão prática) e apenas ilusoriamente chegam a colidir. Na verdade, quando a morfologia do caso jurídico decidindo imponha uma decisão distinta daquela decorrente da regra aplicável – por integrar um qualquer *facto excepcional* (cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, cit., p. 187) – ocorrerá uma ponderação, não entre o princípio aplicável (P1) e regra aplicável (R2), mas sim entre o princípio aplicável (P1) e o princípio que determina a conformidade da conduta, ou decisão, ao prescrito pela regra aplicável (P2). A questão é melhor compreendida através da bipartição do ordenamento jurídico em dois níveis: num primeiro nível, o ordenamento jurídico impõe aos órgãos aplicadores o dever de efectuar uma ponderação integrada unicamente pelas razões constituídas pelos princípios aplicáveis, sendo apenas admissível tomar em conta outras razões na exclusiva medida em que os próprios princípios – razões de primeiro nível – o permitam. Já num segundo nível do ordenamento, tal ponderação de princípios remete – não em todos os casos, mas na sua grande maioria – a adoptar como base da resolução uma regra jurídica, isto é, uma razão de segundo nível, peremptória e definitiva. A configuração definitiva por parte das regras, relativamente às suas condições de aplicação, e à operatividade das próprias regras como razões peremptórias, só se verifica, portanto, neste segundo nível e nunca no primeiro, o qual é constituído exclusivamente por princípios. A estruturação do ordenamento jurídico em dois níveis normativos é tributária da diferenciação de níveis, no campo da filosofia da razão prática, levada a cabo por Joseph Raz: (i) o primeiro nível das razões *prima facie* é atribuído aos princípios e (ii) o segundo nível das razões peremptórias é atribuído às regras (*exclusionary reasons*). Cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 187-190. Regras e princípios não podem, portanto, colidir. No sentido que se defende, influenciados pela construção raziana, cfr. M. ATIENZA / J. R. MANERO, *Las Piezas del Derecho*, cit., p. 58

regra aliada à determinabilidade clara dos pressupostos normativos de acção é o bastante para que a regra seja, ou não, aplicada¹³.

No plano dinâmico, o conflito entre duas regras de sentido contrário é aparentemente simples e tem, necessariamente, uma de duas soluções. A primeira hipótese prende-se com a prevalência de uma regra sobre a outra, obtida através de um juízo de validade de uma regra de prevalência no ordenamento em questão, que estatua a invalidade da regra preterida, como por exemplo, as normas de prevalência *lex posterior derogat legi priori* ou *lex superior derogat legi inferiori*¹⁴. No conflito entre duas regras que apontem sentidos distintos, uma delas terá de ser necessariamente inválida e, conseqüentemente, excluída do ordenamento¹⁵. A segunda possibilidade prende-se também com normas de prevalência, todavia noutro plano, dado que, neste caso, o conflito é meramente aparente: em caso de validade de regras especiais ou excepcionais potencialmente aplicáveis ao caso, vigoram no ordenamento normas de prevalência de uma regra sobre outra que, não determinando a invalidade de uma daquelas, impõe a inaplicabilidade da regra geral, na estrita medida em que os factos relevantes preenchem todas as categorias hipotéticas da regra especial ou excepcional. Neste segundo exemplo, as normas de prevalência que resolvem o conflito são, naturalmente, as normas expressas pelos enunciados *lex specialis derogat legi generali* ou *lex exceptionalis derogat legi generali*¹⁶. A resolução de conflitos entre regras nos modelos avançados reconduz-se, sob o ponto de vista lógico, a uma proposição de validade analítica, a qual se infere da coerência das premissas encadeadas.¹⁷

A regra (A) já aludida determina que “quando se verifique que um ficheiro automatizado, uma base ou um banco de dados pessoais contém dados excessivos em relação à sua finalidade, deve o responsável proceder de imediato à supressão dos excedentes”¹⁸. A regra fictícia (B) dispõe que “no caso, porém, de os dados excessivos

¹³ Cfr. M. ATIENZA / J.R. MANERO, *Las Piezas del Derecho*, cit., p. 35.

¹⁴ Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 49ss..

¹⁵ Simpliciter, uma norma é inválida porque não *pertence* ao conjunto (não tem *membership*): a respectiva *não pertença* ao conjunto infere-se analiticamente através de normas desse mesmo conjunto, portanto, do direito positivo: o exemplo clássico é, obviamente, a contradição de uma norma com norma de valor hierárquico superior; a não pertença é decorrente da operatividade da norma secundária *lex superior derogat legi inferior*. Cfr. R. GUASTINI, *Normativism or the Normative Theory of Legal Science: Some Epistemological Problems*, in *Normativity and Norms – Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (ed. Stanley L. Paulson e Bonnie Litschewski Paulson), Oxford, 2007, p. 329.

¹⁶ Do ponto de vista analítico, a relação de especialidade verifica-se quando a regra (A) apresenta face à norma (B) (i) pressupostos comuns e um pressuposto adicional diferenciado (ii) sentido deontico idêntico e (iii) uma estatuição diferenciada. A relação de excepcionalidade é identificada quando a regra (A) apresenta, por referência à regra (B) (i) pressupostos comuns e um pressuposto adicional diferenciado, (ii) sentido deontico inverso e (iii) uma estatuição idêntica mas incompatível. Sobre estas modalidades de concorrência, cfr. A. AARNIO, *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, cit., pp. 184-185. Sobre a *exception clause* das regras, cfr. R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, cit., pp. 295-296.

¹⁷ Cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., p. 40.

¹⁸ O enunciado reporta-se ao artigo 29.º da Lei n.º 10/91, de 29 de Abril (que aprovou a Lei de

aludidos na norma (A) se revestirem de particular essencialidade, deverão ser adoptadas medidas no sentido da sua manutenção". Para a resolução da antinomia apresentada, existe uma regra (C), a qual determina *lex exceptionalis derogat lex generalis*, ou seja, se [norma geral] + [norma excepcional], então deve aplicar-se [norma excepcional]. A norma (C) determina que perante a norma (A) e perante a norma (B), deve prevalecer o sentido deontico da norma (B), porquanto, no pressuposto que a regra (B) apresenta, por referência à regra (A), (i) pressupostos comuns e um pressuposto adicional diferenciado (*essencialidade dos dados excessivos*), (ii) sentido deontico inverso e (iii) uma estatuição idêntica em modo incompatível, a regra (B) é excepcional face à regra (A).

É, portanto, possível configurar *silogisticamente* a seguinte proposição de resolução de antinomias da seguinte forma: *Premissa 1*: a norma A determina o sentido "impõe d" (imposição de supressão de dados excedentes); *Premissa 2*: a norma B determina o sentido "proíbe d" (proibição de supressão de dados excedentes); *Premissa 3*: a norma B é excepcional face à norma A porque apresenta (i) pressupostos comuns e um pressuposto adicional diferenciado (*essencialidade dos dados excessivos*), (ii) operador deontico inverso (*de proibição*) e (iii) estatuição idêntica (*supressão de dados excedentes*); *Premissa 4*: a norma C determina que a norma excepcional deve prevalecer sobre a norma geral; *Conclusão*: a norma aplicável é a norma B.

1.2 As normas de princípio

O conceito de princípio percorreu um longo caminho na doutrina até ao respectivo reconhecimento como norma¹⁹. Após um largo período em que os princípios foram votados a meras concepções valorativas ou declarações proclamatórias, desprovidas de qualquer carácter normativo, foi durante a década de 1950 que se empreendeu, pela primeira vez, a utilização do conceito normativo de princípio²⁰.

A distinção entre regras e princípios começou por ser traçada em termos meramente quantitativos (*distinção fraca*), centrada essencialmente na maior generalidade do princípio face à regra²¹. Esta posição, que ainda tem seguidores na doutrina actual, assentava fundamentalmente na inexistência de

Protecção de Dados Pessoais face à Informática, tendo sido posteriormente revogada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro), amputado do comando normativo relativo à omissão de dados, por motivos de simplificação do exemplo.

¹⁹ A afirmação não é, no entanto, ainda unânime. Veja-se, por exemplo, C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, tradução portuguesa de António Menezes Cordeiro, 3.ª Edição, Lisboa, 2002, p. 96.

²⁰ Como já se referiu, o tratamento normativo do princípio deve-se, em primeiro lugar, a Josef Esser, apesar de, segundo alguns autores, o tratamento normativo do princípio já se encontrar implícito no estudo de Walter Wilburg sobre os sistemas flexíveis de regulação normativa. Cfr. R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, cit., p. 294.

²¹ Cfr. A. AARNIO *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, cit., pp. 175-176.

diferenças relevantes entre os modelos regulativos das regras e dos princípios, os quais eram, por outro lado, unidos na expressão de valores (*valuestatements*). A distinção – repita-se, meramente quantitativa – apenas assacava uma maior característica de generalidade aos princípios, sem precisar, contudo, a que nível essa generalidade se manifestava: aplicativo, interpretativo ou estrutural²².

De acordo com a tese da diferença quantitativa, postular que o predicado da generalidade – entendido como sintoma da indeterminabilidade de destinatários da norma – se configurava como o critério distintivo dos modelos regulativos, equivalia a fazer depender a diferença intrínseca das normas da *realidade externa factual*, ou seja, dos destinatários dessas mesmas normas. A regra seria, pois, uma norma com destinatários determinados, enquanto o princípio regularia destinatários indeterminados. A referida construção é, no entanto inadmissível. Na verdade, deixar a distinção normativa entre os modelos de regras e princípios à dependência da realidade factual configura, porventura, uma razão para se perder a cabeça na guilhotina de Hume: se nenhum *dever ser* decorre, por si só, de um *ser*, é lógico que o plano factual também não possa erigir-se no fundamento distintivo de conceitos que se movem num mundo normativo, totalmente à parte do primeiro²³.

Na actual literatura, porém, já se encontra de certa forma enraizada a concepção alexyana do princípio como uma norma *qualitativamente* distinta da regra (*distinção forte*). Apesar de a questão ser retomada adiante, pode já avançar-se que a distinção forte entre princípios e regras se baseia na premissa da distinta caracterização do princípio ao nível *estático-estrutural*, com profundas implicações quanto à dinâmica daquela norma, designadamente ao nível do respectivo comportamento frente a normas da mesma natureza²⁴. Do ponto

²² Sobre a teoria *fraca* (na terminologia de A. AARNIO) da distinção entre princípios e regras, cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, tradução portuguesa de José Lamego, 3ª Edição, Lisboa, 1997, pp. 474 ss.; J. OLIVEIRA ASCENÇÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.ª Edição refundida, Coimbra, 2008, pp. 405 ss..

²³ Relativamente a esta crítica, D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 131-132. Como comumente se expressa, as normas são entes pertencentes ao mundo 3 de Karl Popper, relativo ao dever ser (*sollen*), por contraposição aos factos, pertencentes ao plano físico do mundo 1, relativo ao ser (*sein*). Karl Popper, na esteira de Gottlieb Frege, desenvolveu a insuficiência da dualidade mundo material/mundo mental sobre a qual se ergue a filosofia. Para Popper, há que se falar em três mundos: o mundo 1 é o mundo material, ou mundo dos estados materiais; o mundo 2 é o mundo mental, ou mundo dos estados mentais; e o mundo 3 é o mundo dos inteligíveis ou das ideias em sentido objectivo. Sobre o paradigma inescapável da guilhotina de Hume e a distinção entre os planos *real* e *ideal*, cfr. G. H. VONWRIGHT, *IsandOught, in Normativity and Norms – Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (ed. Stanley L. Paulson e Bonnie Litschewski Paulson), Oxford, 2007, pp. 366-367. A contraposição entre o facto e a norma – expressa na dicotomia clássica *is versus ought* – tornou-se relativamente pacífica a partir de uma passagem do célebre *A Treatise of Human Nature*, da autoria de David Hume, onde é defendida a impossibilidade de derivação (*unbridgeable gap*) entre o real e o normativo. Cfr. D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, tradução portuguesa de Serafim da Silva Fontes, Lisboa, 2002, p. 543.

²⁴ Sobre esse aspecto, entre tantos, cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Constitución y Valores del Ordenamiento*, in *Estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al Professor Eduardo García de Enterría, Madrid, 1991, *passim*; R. GUASTINI, *Les principes de droit en tant que source de perplexité*

de vista deontológico, o princípio configuraria, segundo a distinção em análise, um mandato de otimização do efeito normativo que lhe subjaz (*Optimierungsgebote*), exigindo a realização de um determinado efeito abstracto na sua máxima extensão possível, tanto em termos fácticos como em jurídicos²⁵. Ao invés, a regra, por se mover já *apenas no campo do fáctica e juridicamente possível*, determinaria uma definitividade absoluta de cumprimento.

Na doutrina inicial de Robert Alexy, o princípio relacionar-se-ia com a obrigação de maximizar um determinado efeito, mas não com esse efeito propriamente dito, o que não deixava de colocar algumas dificuldades interpretativas. Esta posição mereceu algumas críticas na medida em que implicava que a *obrigação de otimizar* – que configuraria o princípio em si, na construção alexyana inicial – apresentasse, ela própria, uma estrutura regulativa definitiva, própria de uma regra. Como fizeram sobressair Aulis Aarnio e Jan-Reinhard Sieckmann, a obrigação de otimizar inerente ao princípio apenas poderia ser, em alternativa, cumprida ou não cumprida²⁶. A análise levada a cabo pelos referidos autores permite concluir que a norma de princípio não pode somente ser caracterizada como um mandato de otimização. Apesar da utilidade da “regra de otimização” para compreender a apetência do princípio para colidir aplicativamente com outras normas do mesmo género, constata-se que, conceptualmente, o princípio se encontra mais propriamente ligado àquilo que deve ser otimizado. Na verdade, enquanto objecto dessa otimização, o princípio é necessariamente distinto daquela na medida em que *algo não pode, logicamente, ser objecto desse mesmo algo*.

théorique, *Analise Diritto*, 2007, pp. 1 sspp. 5-6. Para a análise estrutural que se pretende levar a cabo, pouco releva o facto de os princípios estarem mais identificados com os *valores* – numa perspectiva axiológica – do ordenamento. Não se depreenda, contudo, a afirmação como defensora de um estrito positivismo agnóstico: sem dúvida que o ordenamento expressa valores. No entanto, tais valores apenas são inferidos dos resultados normativos que primariamente constituem a matéria pretendida pelo ordenamento jurídico. A asserção avançada permite, através de uma distinção com complementaridade, analisar estritamente a vertente deontica dos princípios sem, contudo, colocar em causa a axiologia inerente aos mesmos, inferida pelo intérprete numa passagem da *norma ao valor*.

²⁵ A realização de um efeito contido numa norma de princípio exigiria, na consideração de normas que se lhe contraponham, a realização desejável ao ponto do “ótimo de Pareto”. Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 47 ss.. Na doutrina portuguesa, a importação dessa concepção, ou pelo menos a sua utilização como paradigma, é patente. Veja-se, entre outros, J. J. G. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. pp. 230ss. Com algumas críticas, J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., pp. 325 ss.. A referência, no texto, ao plano deontológico reporta-se à tricotomia dos planos da *razão prática*, gizada por G.H. VonWright. Segundo este autore existem três planos de acção: (i) o plano deontológico, relativo aos comandos [taxativamente: proibição, permissão e imposição e, para alguns, o direito a *algo*, apesar de este conceito poder ser reconduzido à permissão], (ii) o plano axiológico, relativo aos valores, enquanto derivações de uma ideia fundamental de correcção (p/ ex: justo, bom, democrático, liberal) e (iii) o plano antropológico, centrado no sujeito e que se reporta aos conceitos de interesse, desejo, vontade, decisão). Neste sentido, cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 87

²⁶ Sobre o assunto, cfr. A. AARNIO, *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, cit., pp. 181-182; R. ALEXY, *On the structure of Legal Principles*, cit., pp. 300 ss..

A proposição avançada impõe que se dediquem algumas linhas explicativas adicionais. Enquanto norma, o princípio pode ser compreendido em dois níveis, apesar de, conceptualmente, apenas dever ser identificado com um: o princípio é forçosamente uma norma sobre a qual incide uma outra norma de optimização (*command to optimize*). Enquanto objecto dessa obrigação de optimização, o princípio pode ser configurado como isso mesmo: uma norma a ser optimizada (*command to be optimized*). A destrição operada, resultante da posição aperfeiçoada de Robert Alexy, deriva da dicotomia dos seguintes planos: (i) o meta-nível e (ii) o nível do objecto²⁷. No plano (i), centra-se a tónica na obrigação de optimização dos princípios – a qual, como adiante se verá, assume fundamental importância na análise estática e dinâmica desta norma –, motivo pelo qual a análise é levada a cabo para lá do objecto, procurando entender-se o que fazer (*optimizar*) com esse objecto de optimização. No plano (ii), a análise já reverte sobre o próprio objecto, ontologicamente considerado, procurando, ao invés, entender-se o *qué* que deve ser optimizado²⁸.

A esta altura da investigação já se assentou que o princípio, no plano estritamente deontológico, configura uma norma, pelo que a resposta à questão sob análise não é problemática: ontologicamente, o princípio é, portanto, *uma norma que se encontra inevitavelmente sob uma obrigação de optimização*: nem mais, nem menos²⁹. A própria ontologia do princípio engloba a obrigação de optimização, da qual aquele é indestrinçável. Assim sendo, apesar do maior teor explicativo, a distinção de planos efectuada entre o nível do objecto e o meta-nível não obsta a que o plano do meta-nível configure uma exigência existencial do princípio, identificado ao nível do plano do objecto³⁰.

2. A ESTRUTURA NORMATIVA DO PRINCÍPIO

Assente a ontologia do princípio, importa centrar a análise no ponto de vista *estrutural*, o qual configura evidentemente uma extensão consequente da sua natureza ontológica. Ao contrário da norma de regra, a norma de princípio denota simultaneamente um elevado nível de generalidade estrutural e uma excepcional capacidade para sintetizar uma grande quantidade de informação, o que legitima a consideração dos princípios como normas com economia *explicativa e ordenadora* de um determinado sistema normativo³¹.

²⁷ Cfr. R. ALEXY, *On the structure of Legal Principles*, cit., pp. 300-301.

²⁸ Cfr. R. ALEXY, *On the structure of Legal Principles*, cit., p. 300.

²⁹ A questão não é, porém, pacífica na literatura sobre o tema. Por exemplo, no sentido da possibilidade de alguns princípios não serem susceptíveis de gradação por implicarem um cumprimento pleno, cfr. M. ATIENZA / J.R. MANERO, *Las Piezas del Derecho*, cit., pp. 61-68.

³⁰ Cfr. R. ALEXY, *On the structure of Legal Principles*, cit., p. 300.

³¹ Como referem M. ATIENZA / J.R. MANERO, a análise de alguns princípios permite a compreensão de um instituto jurídico ou mesmo de um conjunto normativo – cfr. *Las Piezas del Derecho*, cit., p. 43. Referindo a apetência de coerência e ordenação dos princípios em geral, pode ver-se D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., p. 129; Novamente se refira que a generalidade e indeterminação do princípio são características estruturais, sedeadas na previsão da norma, e

O princípio predica das características unitárias apontadas às normas, designadamente a (i) condicionalidade e a (ii) expressão relativa decasos genéricos com sentidos deonticos genéricos, face à universalidade das categorias, ou conjunto de propriedades, que integram a sua estrutura. Em coerência com o exposto, o princípio é, a par das regras, uma norma (*oughtsentence*), partilhando das características anteriormente apontadas³². Como norma que é, o princípio também configura uma razão para agir, ainda que, como adiante se verá, não seja uma *razão peremptória* para agir³³. Na verdade, atenta a transposição (necessidade prática) do campo do dever ser para o dever agir, todos os princípios, enquanto sentidos de “dever ser” (*ought to be*), podem ser expressos, e devem ser interpretados, em linguagem de “dever agir” (*ought to do*)³⁴.

2.1 O elemento indutivo na previsão do princípio

Entre a multiplicidade de distinções dogmáticas que se podem encontrar na análise dos princípios jurídicos, considera-se fundamental a dicotomia *princípios explícitos* e *princípios implícitos* (*princípios de generalização*)³⁵. Relativamente aos designados princípios explícitos, estes encontram-se positivados no ordenamento através de competências normativas exercidas pelas autoridades constitucionalmente previstas e decorrem de fonte legal ordinária ou constitucional. Não há, em rigor, uma formulação de princípios distinta da normal formulação de normas através da actividade hermenêutica, na medida em que aqueles não são o resultado de qualquer operação de inferência lógica, mas já resultam directamente enunciados no ordenamento³⁶. Por outro lado, da análise

que em nada permitem inferir uma maior indeterminação interpretativa da norma de princípio, a qual está unicamente relacionada com as incertezas da linguagem dos enunciados e presente, portanto, tanto em enunciados de normas de regra como em enunciados de normas de princípio.

³² Paradigmaticamente, R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 45. Emsentidocontrário, cfr. C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, cit., p. 96.

³³ Sobre alguns princípios como *normas sobre normas* ou *normas de segundo grau* e não como *normas de conduta*, cfr. R. GUASTINI, *LosPrincipios en el Derecho Positivo*, cit., p. 150.

³⁴ Não obstante, vejam-se as considerações de A. AARNIO (cfr. *ReasonandAuthority – A TreatiseontheDynamicParadigmof Legal Dogmatics*, cit., p. 183) sobre a dificuldade de aplicação lógica dos princípios na forma *ought to do*. Relembre-se o silogismo prático de Francisco Laporta: *Premissa 1: X é o dever ser; Premissa 2: Y serve para alcançar X; Conclusão: Deve fazer-se Y*. Da concepção normativista do princípio, resultam consequentemente excluídas quaisquer concepções que postulem a existência de princípios gerais não identificados com normas. Em sentido oposto, admitindo a existência de “*princípios gerais do Direito, pela sua própria natureza, com independência de uma norma jurídica positiva*”, cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El Principio General de la BuenaFeen el Derecho Administrativo*, 3.ª Edição, Madrid, 1999, p. 22.

³⁵ Sobre as várias distinções de princípios na doutrina, veja-se, por exemplo, a distinção operada por M. ATIENZA / J.R. MANERO (*LasPiezasdelDerecho*, cit., pp. 25-26). Outra distinção, mais próxima da adoptada, é a avançada por R. GUASTINI (*IlDiritto come Linguaggio. Lezione*, 2.ª Edição, Turim, 2006, pp. 38-40) identificando (i) princípios constitucionais por oposição a princípios legislativos; (ii) princípios gerais *strictosensu* por oposição a princípios sectoriais; e (iii) princípios expressos por oposição a princípios não expressos.

³⁶ À luz da distinção avançada são, por exemplo, *princípios explícitos*: (i) o princípio da igualdade enunciado, entre outros, no artigo 13.º da Constituição e no artigo 5.º, n.º 1, do CPA; (ii) o

dos princípios classicamente referidos como princípios implícitos constata-se que, ao contrário dos anteriores, aqueles resultam de uma específica operação lógica relacionada com a gestação, a montante, da norma de princípio. Essa operação dá-se, segundo se entende, a partir das previsões das regras positivadas por autoridades normativas, com a utilização de uma operação lógica que adiante se aprofundará³⁷.

Acresce ao exposto que, resultando de operações lógicas, os princípios implícitos equivalem ao que, na terminologia de Riccardo Guastini, se chama *normas sem disposição* – expressão essa que, sendo verdade quanto à falta de *disposição legal*, não se admite se entendida no sentido de caracterizar os princípios como normas sem enunciados (fontes)³⁸. Na verdade, carecendo de posituação expressa por autoridades com competência normativa, a validade dos princípios implícitos tem forçosamente de decorrer de normas consuetudinárias, as quais, não obstante poderem não apresentar um enunciado escrito, têm necessariamente que ter suporte linguístico em enunciados³⁹.

princípio da boa fé enunciado no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição e no artigo 6.º-A do CPA; (iii) o princípio da proporcionalidade enunciado no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição e no artigo 5.º, n.º 2, do CPA.

³⁷ Justifica-se um esclarecimento: da mesma medida que a metodologia normativista é um mero instrumento do cientista do direito – que se baseia na utilização da norma como unidade métrica do fenómeno analisado – importa ressaltar que a utilização de operações lógicas não pretende, longe disso, reconduzir o direito à mera lógica. O direito, enquanto realidade cultural, é uma ciência mais rica em termos substanciais do que a lógica e, conseqüentemente, distinta desta última. A lógica, ao invés, apenas se propõe a demonstrar (i) quando é que a conclusão (jurídica) é uma consequência necessária das premissas e quando não o é (na vertente dedutiva) e (ii) quando é que a conclusão (jurídica) é uma consequência provável das premissas e quando não o é (na vertente indutiva). Acresce que a lógica não apresenta resolução para a questão de a aplicação decisional do direito dever ter por objecto enunciados válidos, criados na sequência dos requisitos do ordenamento e oferecidos, como premissas maiores, ao aplicador oficial do direito. Apesar de ser uma ciência prescritiva, a lógica é uma ciência exclusivamente formal e, no limite, pode servir de instrumento de estruturação do direito e, inclusivamente, de fundamento para a gestação dos seus enunciados logicamente induzidos. Contudo, a lógica nunca atribui validade aos enunciados que formula, deixando, obviamente, tal tarefa à ciência jurídica. Sobre o papel limitado, mas relevante, da lógica no conspecto da ciência jurídica, cfr. V. SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, 2003, p. 379; E. BULYGIN, *What Can One Expect from Logic in the Law? (Not Everything, but More than Something: a Reply to Susan Haack*, RJ, Vol. 21, n.º 1, Março 2008, pp. 150-156.

³⁸ Cfr. R. GUASTINI, *Norma: una Noción Controvertida*, cit., pp. 103-104.

³⁹ A desnecessidade da norma consuetudinária, como título de vigência dos princípios implícitos, poderia, eventualmente, passar pela adopção do método da inferência, o qual estabelece que *todas as normas (princípios) que sejam consequências lógicas de normas (regras) válidas são igualmente válidas*. Nesta perspectiva, alcançar-se-ia a conclusão segundo a qual as normas válidas são também as normas inferidas logicamente de normas válidas. Contudo, o argumento não pode colher. A necessidade de um título de vigência consuetudinário para que os princípios implícitos *obriguem* decorre da inexistência, para já, de um sistema de regras de inferência (lógica deontica) suficientemente sedimentado para permitir adoptar a indutibilidade ou dedutibilidade como método de atribuição de validade às normas. Nesse sentido, cfr. V. SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, cit., pp. 131-132. No sentido da validade consuetudinária dos princípios implícitos, cfr., por exemplo, D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 666-668. Escusado será dizer que não se apresenta qualquer objecção

Importa, no entanto, deixar claro que o facto de a criação dos princípios explícitos não resultar de operações lógicas não significa que a estrutura dos princípios – a qual constitui o cerne explicativo do funcionamento da norma – resulte alterada de que maneira for. Como se verá, muitas das questões relacionadas com a estrutura dos princípios são explicadas pelo raciocínio indutivo⁴⁰.

A premissa de que se parte é, precisamente, aquela segundo a qual os (i) *princípios implícitos*, ou de *generalização*, e os (ii) *princípios explícitos* têm idêntica estrutura de base indutiva, pelo que as propriedades explicativas da estrutura dos primeiros valem, na totalidade, como propriedades explicativas dos segundos. A distinção entre estes sub-modelos de normas ocorre, portanto, apenas ao nível da formulação dos mesmos. Neste plano, os princípios explícitos resultam expressamente da Constituição ou da lei⁴¹; já os princípios implícitos resultam de operações lógicas de (i) *generalização da previsão* e (ii) *indução do modo deôntico e estatuição de regras já positivadas*, buscando a respectiva validade, não às próprias regras induzidas – com as quais não se confundem –, mas ao costume materializado na convicção de obrigatoriedade, ou validade, da respectiva aplicação desses princípios.

Assente a dicotomia de princípios, importa analisar a estrutura específica de cada um dos modelos, iniciando-se pelos princípios implícitos. Na verdade, como se verá, a compreensão global da norma de princípio é mais facilmente percebida pela explicação dos princípios implícitos como normas com previsões induzidas, cujas características fundamentais são, com algumas diferenças, comungadas pelos princípios explícitos⁴².

ao costume como fonte de direito, desde que, evidentemente, se encontrem preenchidos os pressupostos normativos da sua criação.

⁴⁰ Sobre a operação indutiva, por exemplo, cfr. D. HARRIMAN, *Errors in Inductive Reasoning, The Objective Standard – A Journal of Culture and Politics*, Vol. 3, n.º 4, 2008-2009, pp. 1 ss, pp. 12 e ss; E. HEIT, *Properties of Inductive Reasoning, Psychonomic Bulletin and Review*, 2000, pp. 569-592.

⁴¹ Apesar de algumas objecções práticas levantadas à vigência de uma norma consuetudinária estruturalmente de princípio, materializado (i) numa reiteração de uma prática relativamente indeterminada aliada a (ii) uma específica convicção de obrigatoriedade, considera-se que não existem motivos científicos *a priori* suficientes para excluir a vigência de normas consuetudinárias principiais. O exemplo típico corresponde aos princípios de direito internacional público, entre os quais o *Pacta Sunt Servanda*. Levantando algumas objecções aos princípios consuetudinários em geral (com excepção, por exemplo dos costumes jurisprudenciais), designadamente da inaptidão tendencial do comportamento humano para expressar um género de acção, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., p. 159. Aceita-se, em parte, a objecção formulada. Contudo, a inaptidão tendencial não preclui a possibilidade de realização de operações de inferência, da parte de uma determinada comunidade jurídica, sobre as regras de fonte consuetudinária que, subsequentemente, alterem a estrutura do enunciado prescritivo convertendo-o em princípio, assim fazendo repousar a respectiva validade, naturalmente, na norma que reconhece validade ao costume.

⁴² Opera-se, portanto, uma inversão explicativa deste tipo de normas, com meros propósitos didácticos. Diversamente, cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, cit., pp. 149 ss.

2.1.1 A gestão de princípios implícitos

A formulação dos princípios ocorre, em primeiro lugar, a partir da detecção de elementos comuns na previsão de determinadas regras do mesmo conjunto. Para a realização desta operação, o instrumento normativo fundamental é o juízo de igualdade⁴³. Na verdade, a detecção do elemento *comum* às diferentes previsões das diversas regras é equivalente à detecção do elemento *igual*: é apenas uma questão de semântica. É assim porque o juízo de inferência inerente à formulação de um princípio leva insito um juízo de comparabilidade entre duas ou mais realidades (as duas ou mais previsões de duas ou mais regras) implicando, só por si, uma projecção positiva da igualdade. Esse juízo de igualdade revela, portanto, a presença – ainda que remota – de juízos de semelhança na específica formação de qualquer princípio.

A norma da igualdade traduz um mandato de otimização de tratamento igual de realidades iguais, pelo que a existência de uma *comparabilidade* de situações aplicativas é um pressuposto intrínseco da sua aplicabilidade normativa⁴⁴. A referida comparabilidade pressupõe, portanto, duas ou mais situações de facto que requeiram o preenchimento da previsão hipotética daquela norma e suscitem um juízo de valor sobre a correspondência entre predicados das realidades comparáveis. A correspondência entre características de previsões de regras, no sentido referido é, face à inexistência de igualdade total, o principal efeito do juízo igualitário intermédio no processo de criação de uma norma de princípio. A igualdade é, então – não há como negá-lo – uma norma fundamental na produção de qualquer princípio, na medida em que, sem uma proposição cognoscitiva de semelhança a partir de previsões de regras, não se concebe a criação de um princípio⁴⁵.

A gestão de princípios a partir de previsões de regras pressupõe, naturalmente, a criação de um domínio de aplicação normativa necessário a todos os princípios, o qual se confunde com a *matéria* a que se reportam as previsões das regras sobre as quais recai a proposição de semelhança acima referida. O domínio de aplicação – ou domínio material do princípio – nada mais é, portanto, do que a unificação conceptual e material das várias previsões das regras sob um conceito. Sem esse domínio de aplicação normativa, que é redutivo da aplicabilidade do princípio às previsões induzidas das regras e,

⁴³ Apontando a relevância das situações delimitadas por *características comuns de previsões de regras* na gestão de princípios, ainda que apenas com referência aos denominados *princípios de generalização*, cfr. R. GUASTINI, *Il Diritto come Linguaggio. Lezione*, cit., pp. 38 ss. Em sentido algo semelhante, fundando os princípios implícitos em *abstracções de normas legais vigentes*, cfr. F. MERUSI, *Buona Fede e Affidamento nel Diritto Pubblico – Dagli Anni “Trenta” all’ “Alternanza”*, Milão, 2001, em especial, pp. 51-56.

⁴⁴ Cfr. M. GLÓRIA GARCIA, *Princípio da igualdade, fórmula vazia ou fórmula «carregada» de sentido?*, in *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 2005, p. 34.

⁴⁵ A igualdade é, assim, uma *norma sobre produção de normas* – cfr. R. GUASTINI, *La Gramática de ‘Igualdad’*, in *Distinguiendo – Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Barcelona, 1999, p. 194. Todavia, o seu carácter de norma sobre produção de normas é bem diferente do carácter de norma sobre produção de normas válidas. A validade advirá, portanto, do título de vigência (legal ou consuetudinário) a que a norma seja, eventualmente, sujeita.

simultaneamente, apresenta uma pretensão de exaustão da matéria regulada, a capacidade expansiva de captação de todas as situações aplicativas possíveis, típica do princípio, torná-lo-ia uma norma de aplicação absolutamente generalizada – com uma previsão que se poderia configurar como *total* – o que, para além de inoperativo, é, do ponto de vista estrutural, dificilmente admissível⁴⁶.

Como resulta claro da aceção analítica dos princípios, a detecção das previsões comuns a determinadas regras dá-se por uma operação de generalização das situações factuais concretas que convocam a aplicação das referidas regras. Passa-se, portanto, do plano da determinabilidade da conduta (ou pressuposto de acção) previsto na regra, para o plano *qualitativamente distinto* da indeterminabilidade da conduta (ou pressuposto de acção) que permite a mecânica normativa do princípio. Exemplificando o exposto, atente-se nos seguintes três enunciados legais, propositadamente simplistas⁴⁷:

- i. *Enunciado 1*: A regra X determina que se **um agricultor** for titular de uma propriedade de 100 hectares, **para efeitos de uma plantação hortícola, sob condição de uma contrapartida produtiva** de 10% da área semeada, **dever-lhe-á ser atribuído um subsídio** de 1000 euros.
- ii. *Enunciado 2*: A regra Y determina que se **um agricultor** for titular de uma propriedade de 50 hectares, **para efeitos de uma plantação silvícola, sob condição de uma contrapartida produtiva** de 20% da área semeada, **dever-lhe-á ser atribuído um subsídio** de 2000 euros.
- iii. *Enunciado 3*: A regra Z determina que se **um agricultor** for titular de uma propriedade de 20 hectares, **para efeitos de uma plantação cerealífera, sob condição de uma contrapartida produtiva** de 30% da área semeada, **dever-lhe-á ser atribuído um subsídio** de 3000 euros.

Decorre da análise do exemplo aventado que o operador jurídico é confrontado com o carácter comum das previsões das três regras. Na verdade, apesar de tal configurar uma conclusão cogente mas meramente pressuposta, pode considerar-se que a regulação pelas regras referidas das plantações *hortícola*,

⁴⁶ Era precisamente a inexistência da detecção analítica do *domínio de aplicação normativa* do princípio que propiciava as maiores críticas à qualificação dos princípios como imperativos categóricos. A unidade das propriedades normativas essenciais – comuns a princípios e regras – faz com que os princípios, também eles elementos condicionais, apenas sejam aplicáveis quando a sua previsão (alargada) se encontre preenchida pelos factos relevantes do caso jurídico. Desenvolvidamente, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp.135 ss. Não se concorda, portanto, com R. GUASTINI (*Los Principios en el Derecho Positivo*, cit., p. 150) na recondução (apesar de dubitativa) de princípios a normas de imperativo categórico, na medida em que a desconsideração do elemento da previsão do princípio torna inoperativa a capacidade *reductiva* desta norma, quanto à sua aplicabilidade apenas a determinadas matérias, potencialidade essa, aliás, que o autor francamente defende.

⁴⁷ Segue-se, com algumas alterações, o raciocínio já anteriormente exposto em P. MONIZ LOPES, *O Valor Jurídico das Normas de Decisão Jurisprudenciais*, *O Direito*, Ano 140.^o (2008) III, Coimbra, 2008, pp. 682-685.

silvícola e cerealífera esgotam a matéria regulativa das plantações agrícolas⁴⁸. O elemento comum às três regras prende-se com a asserção segundo a qual as três regras determinam que, (i) em matéria de subsídios agrícolas (que englobam os subsídios *hortícolas, silvícolas e cerealíferos*), (ii) qualquer subsídio (de 1000, 2000 ou 3000 euros), (iii) verificada determinada contrapartida (de 10%, 20% ou 30%), deverá (*sentido deontico comum*) ser atribuído (*estatuição comum*). Na perspectiva tripartida da norma, detectam-se, portanto, elementos comuns na previsão, no modo deontico e na estatuição das normas analisadas. O enunciado específico do princípio é primeiramente obtido através de uma operação de generalização dos elementos *comuns* das três regras (e distintos do enunciado destas), atribuindo-lhe uma indeterminação específica relativamente à matéria regulada (no exemplo: subsídios agrícolas).

2.1.2 O erro de generalização nas proposições de princípio

A operação de generalização é um elemento fundamental na lógica e na argumentação jurídica e providencia o *breedingground* necessário para toda a inferência indutiva: é uma operação lógica que pressupõe a existência de um determinado conjunto de elementos, bem como uma ou mais características comuns àqueles elementos⁴⁹. Pode-se ilustrar a generalização da seguinte forma:

- i. Para cada dois conceitos relacionados, A e B, A é uma generalização de B se e apenas se: cada exemplo do conceito B é também um exemplo do conceito A e se existem exemplos do conceito A que não são exemplos do conceito B.
- ii. Concretamente quanto ao exemplo apresentado, para cada quatro pressupostos de acção (ou previsões) de normas, A, B, C e D, a previsão da norma D é uma generalização das previsões das normas A, B e C quando a previsão da norma D é também um exemplo das previsões das normas A, B e C e se existem exemplos da previsão da norma D que não são exemplos das previsões das normas A, B e C.

Do exposto resulta que esta operação é, por natureza, uma operação sujeita a falhas, o que aliás configura a explicação que se entende mais operativa para justificar a derrotabilidade dos princípios⁵⁰. É, portanto, hipotizável que no domínio material generalizado – a que corresponderá logicamente a previsão do princípio – se integrem outras regras válidas, que não as detectadas pelo operador jurídico aquando da operação de generalização⁵¹.

⁴⁸ Logicamente, a matéria da atribuição de subsídios a agricultores de plantações *hortícolas, silvícolas e cerealíferas* também esgota a matéria de atribuição de subsídios agrícolas.

⁴⁹ Em termos semelhantes, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 666-667.

⁵⁰ Relativamente aos princípios, sobre a *defeasibility*, ou derrotabilidade, cfr. R. ALEXI, *Theorie der Gründrechte*, cit., pp. 50 ss.; A. AARNIO, *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Cambridge, cit., pp. 176-177.

⁵¹ Cfr. D. HARRIMAN, *Errors in Inductive Reasoning*, cit., p. 2.

O risco da generalização prende-se, refira-se, com o défice informativo do operador. Por outras palavras, aquando da generalização das *previsões determinadas das regras* para o *domínio material indeterminado do princípio*, o operador não conhece a globalidade do ordenamento jurídico, nem todas as situações de facto que podem convocar o princípio generalizado, encontrando-se consequentemente sujeito ao *erro de generalização*.

A questão fica mais clara quando se compreende que a operação de generalização das previsões das regras é integrada numa operação lógica de indução do sentido deontico das regras generalizadas, com a pretensão de regular, nesse sentido, toda a matéria detectada ao nível das previsões das regras analisadas. O método indutivo constitui, então, o método gnoseológico que opera através da tentativa de obtenção de uma premissa maior através de várias premissas menores disponíveis, através da passagem do conhecido para o desconhecido (*leap into the unknown*) ou, mais propriamente, através da passagem da previsão determinada e definitiva (da regra) para a previsão indeterminada e não definitiva (do princípio)⁵². Na verdade, onde o raciocínio indutivo puro pressupõe a verdade cogente, mas meramente provável, de premissas não definitivas através da linguagem assertiva, no raciocínio indutivo jurídico pressupõe-se a validade cogente, mas meramente provável, de premissas não definitivas através da linguagem prescritiva⁵³. Exemplificando:

Premissa 1: os fenómenos observados são relativos à matéria X;

Premissa 2: todos os fenómenos observados têm a característica Y;

Conclusão (indutiva): todos os fenómenos relativos à matéria X têm a característica Y.

Na formulação de princípios implícitos, ao produzir juízos de semelhança sobre o domínio aplicativo exacto das regras e erigindo-o num domínio material *indeterminado*, o operador induz que todas as realidades integradas naquele domínio material predicam de um sentido deontico idêntico ao das regras que serviram de base à operação lógica: os pressupostos de acção determinados. Todavia, a indução subjacente aos princípios apenas produz conclusões cogentes prováveis e, consequentemente, sentidos regulativos cogentes prováveis e não definitivos⁵⁴.

Como adiante ficará mais claro, a *não definitividade regulatória* dos princípios assenta precisamente na evidente *estrutura de base indutiva* que os suporta, relacionada com o *defício informativo*, ao nível da cognoscibilidade dos pressupostos de acção da norma de princípio. A asserção jurídica dos princípios

⁵² Cfr. E. HEIT, *Properties of Inductive Reasoning*, cit., pp. 569-592. Sobre a indução a formação de generalizações legais, cfr. A. AARNIO, *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Cambridge, cit., p. 178.

⁵³ Cfr. J.-R. SIECKMANN, *Logische Einschaften von Prinzipien*, cit., pp. 25 ss.

⁵⁴ Sobre as conclusões cogentes nas ciências sociais e humanas em geral, cfr. M. OAKSFORD / N. CHATER, *Modelling Probabilistic Effects in Conditional Inference: Validating Search or Conditional Probability?*, *Revista Psychologica*, n.º 32, 2003, pp. 217-242.

como razões não peremptórias para agir (razões *prima facie* para agir) não dista, portanto, da conhecida asserção científica, atribuída a Karl Popper, segundo a qual, apesar de poder providenciar conclusões *prima facie*, o método indutivo não é um método totalmente confiável e conseqüentemente propicia conclusões cogentes, mas apenas prováveis⁵⁵.

2.1.3 A validade *prima facie* das proposições de princípio

A indeterminação dos elementos da previsão torna, portanto, o princípio como uma norma cuja aplicação, independentemente do preenchimento da respectiva previsão, terá apenas validade *prima facie*, sendo certo que da validade *prima facie* não se retira que a razão para agir inerente ao princípio deva necessariamente ser cumprida. O conceito de validade *prima facie* dos princípios deve-se a uma interessante construção de Jan-Reinhard Sieckmann. Segundo o próprio, os princípios devem ser entendidos como *razões para ponderações* ou *argumentos normativos*, cuja ponderação – em casos de colisão de princípios de sinal contrário – dará lugar a *proposições normativas* equivalentes a regras. Como já se viu, só as regras predicam de validade aplicativa definitiva em todas as situações hipotizadas na respectiva previsão⁵⁶. Já os princípios (em sentido amplo) apresentam-se apenas como reiterações de mandatos principiais de validade de outros princípios (em sentido estrito) na estrutura lógica que se passa a explicar. Expressando-se um princípio com a estrutura *Op* (*p* é obrigatório), esse princípio é um princípio de *primeiro grau* o qual, no melhor resultado ponderativo possível, redundará na proposição normativa de validade definitiva (já em forma de regra) *VALOp*, ou seja, é válido que *p* seja obrigatório. No entanto, essa obrigação traduziria uma validade definitiva predicada apenas pelas regras. Tratando-se o princípio de um mandato *prima facie* de validade na construção de Jan-Reinhard Sieckmann, a sua estrutura será, na verdade a de *OVALOp* (é, em princípio, obrigatório que seja válida a norma “*p* é obrigatório”), configurando já um *princípio de segundo grau*. Segundo o pensamento de Sieckmann, os mandatos de validade são forçosamente reiterados ao infinito: (... *OVALOVALOp*). Quanto às ponderações, estas ocorrerão, não entre os princípios propriamente ditos (de primeiro grau), mas ao nível das obrigações de validade, com a estrutura de *OVALOp*, ou seja, ao nível dos *princípios de segundo grau*⁵⁷.

A construção é alicianete e tremendamente explicativa da natureza da validade *prima facie*, implícita nas obrigações de princípio, mas acaba, na formulação adotada, por (i) provar *demaís*, transformando o princípio numa regra definitiva com validade absoluta (*VALOp*), ou (ii) provar *de menos*, transformando o princípio numa *obrigação de validade*, ou seja, numa norma sem validade em si mesma

⁵⁵ Sobre as falácias da indução e a filosofia de Karl Popper, cfr. D. HARRIMAN, *Errors in Inductive Reasoning*, cit., pp. 1-3.

⁵⁶ Cfr. J.-R. SIECKMANN, *Logische Eigenschaften von Prinzipien*, cit., pp. 13-19; IDEM, *Regeln Prinzipien und Elemente im System des Rechts in Juristische Schriftenreihe*, cit., pp. 59-60.

⁵⁷ Cfr. J.-R. SIECKMANN, *Logische Eigenschaften von Prinzipien*, cit., pp. 25 ss..

(*OVALOp*). É, aliás, devido a esse meio-termo logicamente indeterminável que Jan-Reinhard Sieckmann necessita de proceder à reiteração infinita de mandatos de validade. Do ponto de vista da validade do princípio, este é, na realidade, menos do que a validade absoluta da norma (*VALOp*), mas mais do que uma mera obrigação (sem validade intrínseca) de validade de uma norma (*OVALOp*)⁵⁸.

Voltando à indução de pressupostos normativos de acção, constata-se que a importância da generalização dos pressupostos de acção da norma criada reside, precisamente, em demonstrar uma realidade a que a maioria da literatura se encontrava alheia: se os princípios são formulados através de uma generalização dos pressupostos de acção de regras e uma indução do sentido deontico e estatuição daquelas, os princípios têm forçosamente pressupostos de acção. Do ponto de vista estrutural da norma, a proposição defendida tem a importância fulcral de demonstrar a existência de previsões nas normas de princípio, colocando de parte as concepções normativas que configuravam o princípio como um puro imperativo categórico no sentido kantiano⁵⁹. Sem a explicitação da previsão da norma de princípio – ou seja, dos limites dos respectivos pressupostos de acção – o princípio seria encarado como uma norma de aplicação universal, independentemente das situações de facto que o convocassem, o que é, desde logo, desmentido pelas observações empíricas da própria aplicação dos princípios⁶⁰.

A formulação dos princípios, bem como a proposição de universalização dessa explicação para todo e qualquer tipo de norma de princípio, seja ela implícita ou explícita, revela-se apta a demonstrar que os princípios têm, como todas as normas, uma *previsão especificamente delimitada*, ainda que qualitativamente diferente da das regras. No caso dos princípios implícitos, a composição da sua previsão é, pois, o produto do raciocínio indutivo com pretensão de exaustividade das regras que lhe serviram de base, simultaneamente delimitado pelas propriedades comuns dessas mesmas regras⁶¹. Enquanto a indução verificada no princípio lhe confere a expansão típica deste tipo de normas, a matéria comum à previsão das regras (objecto da indução) impõe um limite aplicativo, ou seja, um âmbito específico do *quid* que poderá merecer uma determinada estatuição.

Em função da vocação expansiva do princípio ao nível da previsão – inerente à indução operada a partir das previsões das regras – constata-se

⁵⁸ Neste sentido, identificando a construção principialista de J.-R. SIECKMANN como uma identificação pouco operativa, a meio caminho entre a *validade definitiva* e a *não obrigatoriedade válida*, cfr. R. ALEX, *On the Structure of Legal Principles*, cit., pp. 301-303.

⁵⁹ Paradigmaticamente, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, pp. 135 ss.

⁶⁰ A referência feita no texto é, naturalmente, à redução do campo aplicativo dos princípios, enquanto decorrência necessária da previsão dos mesmos, o que configura uma exigência relativamente a todas as normas. Assim, H. Kelsen, *Allgemeinen Theorie der Normen*, tradução francesa de Olivier Beaudin e Fabrice Malkani, Paris, 1996, pp. 31 ss.. Especificamente quanto aos princípios, em termos inovatórios na doutrina nacional, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 138-139. Já assim, apesar de dubitativamente, R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, cit., p. 168.

⁶¹ Sobre o âmbito de disciplina material, cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, cit., p. 153.

que o princípio se revela inapto para determinar, concretamente, as condutas que preencherão o seu elemento previsivo. O princípio está, portanto, sujeito à mecânica normativa por comportamentos previamente *indeterminados*. Os comportamentos indeterminados que accionam o princípio correspondem, naturalmente, a todas as situações da vida (*allsituationsofanykind*) contidas na matéria comum aos pressupostos determinados de acção normativa das regras que lhe serviu de base⁶².

Não obstante o exposto, relativamente aos pressupostos *indeterminados* de acção, a norma de princípio continua a conter os elementos da *prótase* e da *apódose*, que a identificam como norma. Assim, abstraindo agora do modo deontico permissivo, impositivo ou proibitivo, a estrutura do princípio será, portanto, a seguinte: *a*) o antecedente ou previsão do princípio, que se reporta a todas as situações de facto relativas à matéria em questão e *b*) o consequente ou estatuição do princípio, que determina o efeito normativo, para quando o antecedente se verifique. No caso do exemplo acima analisado e utilizando a metodologia descrita, a enunciação do princípio a partir das regras determina, portanto, a afirmação da existência da seguinte norma:

“Em matéria de atribuição de subsídios agrícolas, qualquer subsídio apenas será recebido em caso de contrapartida produtiva”.

Decompondo analiticamente a norma acima formulada, alcança-se a seguinte ilustração normativa: [previsão indutiva] p1: *em todas as situações de qualquer género*; p2: *reduzidas à matéria de atribuição de subsídios agrícolas*; p3: *havendo contrapartida produtiva* [modo deontico de imposição] *deve* [estatuição] *ser o subsídio atribuído”.*

⁶² Sobre a expressão *allsituationsofanykind* enquanto elemento implícito na norma de princípio, contraposta à expressão *allsituationsofthekind* inerente às normas de regra e aos seus pressupostos normativos de acção determinados, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., p. 139. Na concepção do autor, a previsão dos princípios é analiticamente decomposta em dois elementos típicos: (i) o elemento *“em todas as situações de qualquer género”* inerente à lógica indutiva de todos os princípios – mesmo quando não ocorreu qualquer indução na respectiva posituação da norma; (ii) o elemento *reduutivo*, relativo à delimitação das condições inerentes ao efeito normativo, relacionado ou com as propriedades comuns das regras de base da indução (no caso dos princípios implícitos) ou com a matéria explícita de regulação (no caso dos princípios explícitos). É, no entanto, claro que nem sempre a previsão do princípio resulta clara do enunciado linguístico que o acolhe, podendo encontrar-se implícita. O exemplo de escola é o enunciado do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição), segundo o qual: *“Todos os cidadãos são iguais perante a lei”*. Apesar de não resultar explícito, a norma de princípio integra o domínio regulativo concreto, versando sobre todas as situações da vida exclusivamente relacionadas com juízos de comparabilidade de sujeitos perante a lei e estatuinto tratamento igual para realidades com propriedades iguais e tratamento diferente para realidades com propriedades diferentes. Sem a consideração desse elemento previsivo – relacionado com uma situação de comparabilidade na qual recairão juízos de semelhança/dissemelhança – a norma (enquanto condicional) não opera. Para uma análise lógica do que se afirmou, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 641-642. Identificando os princípios como normas *com previsão* – apesar de em aparente contraditoriedade com a posição negativa dos princípios como *condicionais* – cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, cit., pp. 150 e 168.

Aplicando os conceitos abstractos ao caso concreto, a objectivação dos elementos comuns das previsões das regras determina a matéria de regulação do princípio. Por outro lado, o raciocínio indutivo que lhe serviu base – passando da matéria *conhecida* para a matéria *desconhecida* – justifica a indeterminabilidade dos pressupostos de acção do enunciado da norma de princípio obtida.

Segundo se pressupôs no exemplo acima referido, o conceito agrícola encontra-se esgotado pelos conceitos hortícola, silvícola e cerealífero, face à proposição *necessariamente indutiva* segundo a qual nenhuma outra actividade agrícola existe, para além das actividades hortícola, silvícola e cerealífera. É precisamente este raciocínio de indução que, em termos análogos, sustenta a defesa da vigência de princípios reguladores de determinados sectores do ordenamento, ou mesmo de todo o ordenamento jurídico⁶³.

2.1.4 O elemento indutivo nos princípios explícitos: a matéria regulada

A metodologia indutiva, referida nas últimas páginas como o fundamento inerente à formulação estrutural dos princípios implícitos, é, como também já se aflorou, uma ferramenta fundamental para compreender os princípios ditos explícitos. É comum referir-se que, relativamente aos princípios explícitos, não há lugar a quaisquer operações lógicas, na medida em que aqueles não carecem de uma específica formulação, antes resultam directamente do exercício da competência da autoridade normativa que, de acordo com as normas sobre produção de normas existentes no ordenamento, se encontra autorizada a positivar normas jurídicas, sejam elas normas de regra ou de princípio⁶⁴. Não obstante se concordar com a afirmação, a verdade é que a metodologia indutiva se afigura uma explicação válida para a estrutura e o comportamento de todos os princípios, incluindo os explícitos.

É um facto que, no caso dos princípios explícitos, não ocorre um exercício de indução pela autoridade normativa, visto que, na maior parte dos casos, não existem sequer, à data da positivação do princípio explícito, quaisquer regras relativas a uma concreta matéria de regulação sobre as quais se possa induzir um sentido genérico de dever ser. Não obstante, a própria positivação de uma norma sob a estrutura de princípio implica, só por si, uma intenção normativa de vigência daquela norma genérica para uma *determinada matéria jurídica*, tal como no caso dos princípios implícitos.

A semelhança detectada entre normas de princípio implícitas e explícitas, ao nível de regulação de matérias jurídicas, permite concluir que ambos os princípios regulam situações da vida que tenham *algo em comum*. A característica

⁶³ No caso dos princípios gerais do ordenamento, o elemento reductivo do princípio prende-se exclusivamente com as barreiras do próprio ordenamento enquanto conjunto global. A previsão é de tal forma alargada que o princípio se aplica em todas as situações relativas ao ordenamento jurídico, mas apenas quando o ordenamento jurídico seja chamado a resolver uma questão.

⁶⁴ Neste sentido, cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, cit., p. 150.

típica da regulação de matérias – ao invés da regulação de situações concretas – é, precisamente, a regulação generalizada equivalente a *todas as situações de qualquer género relativas a uma determinada matéria*. Com isto se alude à indeterminação dos pressupostos de acção do princípio explícito, dentro de um determinado campo de aplicação normativa e, simultaneamente se determina o campo de acção – o âmbito de determinada matéria – desse princípio.

A previsão alargada dos princípios explícitos é, portanto, normalmente identificada com um sector ou subsector jurídico⁶⁵. Quanto à matéria de regulação do princípio jurídico, esta reporta-se frequentemente a um determinado sub-ordenamento jurídico, o qual configura um *domínio de objecto de normaço- semelhante*. É relevante esclarecer, contudo, que a semelhança em causa não se prende com elementos comuns da normaço- propriamente dita, mas com as situações da vida sobre as quais recairá essa mesma normaço-. Em bom rigor, o elemento redutivo do princípio – que representa o elemento identificativo, aludido quanto aos princípios implícitos, da semelhança ou igualdade – opera em toda e qualquer ocasião, face a uma matéria que conglomerar *pressupostos idênticos em relação a algo*. Tal significa, precisamente, que o domínio aplicativo do princípio se reduz a um campo de acção que tem algo em comum entre si: o domínio de acção *pertence* a algo comum⁶⁶.

No caso do princípio implícito, como já se viu, o campo de aplicação normativa é delimitado através dos elementos comuns das previsões das regras analisadas. A alusão aos elementos comuns das regras induzidas determina, no contexto prescritivo, o preenchimento, por essas mesmas regras, da previsão uma *norma de pertença* ou *norma de semelhança*, a qual estatui a integração dessas regras numa determinada matéria a ser regulada pelo princípio. Por serem semelhantes em determinadas propriedades – que é o mesmo que dizer que *preenchem os pressupostos de pertença a determinada matéria* –, essas regras vão dar lugar a uma matéria que constituirá o campo de aplicação normativa do princípio.

A lógica é, segundo se crê, semelhante no caso dos princípios explícitos. Neste caso, a positivação da norma através do enunciado normativo já contém o domínio de aplicação normativa do princípio, o que vale por dizer que o enunciado já refere explicitamente qual a *matéria* que constituirá o âmbito de

⁶⁵ Concretamente, no que respeita aos princípios *sectoriais* ou *sub-sectoriais* (de direito constitucional, direito administrativo, direito civil, etc.), em sentido próximo, cfr. R. GUASTINI, *Il Diritto come Linguaggio*. Lezione, cit., p. 39. Com as mesmas conclusões relativamente a *princípios gerais do ordenamento* e *princípios gerais de ordenamento parciais*, ainda que sem recurso ao método analítico, cfr. G. SILVA TAMAYO, *Desviación de Poder y Abuso de Derecho*, Buenos Aires, 2006, pp. 30-38.

⁶⁶ Como já se referiu *supra*, o ordenamento jurídico caracteriza-se por configurar um conjunto de normas ordenadas segundo uma norma de pertença. Vale, logicamente, a mesma conclusão para a determinação de *matérias jurídicas* ou *sub-ordenamentos jurídicos*: estes são definidos por uma norma de pertença, segundo a qual: “*Se se verificarem as condições X, aquela norma pertence ao sub-ordenamento jurídico Y*”. É, aliás, a norma referida que é utilizada, implicitamente, pela maioria da doutrina, para a determinação dos chamados *ramos do direito*, que obedecem a princípios próprios.

aplicação do princípio⁶⁷. Veja-se o seguinte exemplo, relativo a um princípio regulador do exercício da função administrativa:

O enunciado do princípio da colaboração da Administração com os particulares, contido no artigo 7.º do Código do Procedimento Administrativo Português(CPA) determina, abreviadamente, que “os órgãos da Administração Pública devem actuar em estrita colaboração com os particulares, procurando assegurar a sua adequada participação no desempenho da função administrativa”. O princípio da colaboração da Administração com os particulares é, pois, um princípio explícito, tendo sido positivado expressamente pela autoridade normativa competente e resulta directamente da sua fonte: a lei, concretamente, o artigo 7.º do CPA.

À imagem do anteriormente referido, a análise do enunciado do princípio permite detectar a previsão implícita do mesmo, determinante do seu campo de acção normativo, objectiva e subjectivamente delimitado. Assim, (i) em primeiro lugar, a estatuição relativa a assegurar a participação dos particulares no desempenho da *função administrativa* assume, implicitamente, uma situação objectiva de exercício dessa função; (ii) em segundo lugar, resulta do enunciado “os órgãos da Administração Pública devem...” que o princípio se destina subjectivamente aos órgãos da Administração Pública, designadamente, aos órgãos da (a) Administração directa (central e periférica), (b) Administração indirecta e (c) Administração autónoma; (iii) em terceiro lugar, a colaboração dos particulares no exercício da função administrativa apenas se coloca quanto ao *modo interactivo (isolado ou partilhado) de exercício da função administrativa*.

Em face do exposto, a estatuição contida no princípio da colaboração da Administração com os particulares, conjugada com o modo deontico de imposição de uma conduta apta a assegurar a participação dos particulares no desempenho da função administrativa, apenas opera em situações relativas ao *modo interactivo de exercício da função administrativa*, mais concretamente em relação a esse exercício ser isolado ou partilhado com os particulares. A estrutura da norma da colaboração da Administração com os particulares pode, pois, ser reformulada da seguinte forma: [previsão indutiva] p1: *no exercício da função administrativa*; p2: *em matéria relacionada com o modo interactivo de exercício pelos órgãos da Administração*, [modo deontico de imposição] *deve* [estatuição] *assegurar-se a participação dos particulares*.

A redução do campo aplicativo do princípio a *uma matéria* já implica uma indeterminabilidade de pressupostos que accionam aquele princípio, inerentes, como já se referiu, ao predicado de generalidade do princípio. Assim, a identificação concreta desse pressuposto implícito de generalização permite reformular a enunciação do princípio da colaboração da Administração com os particulares da seguinte forma: [previsão implícita] p1: *em todas as situações*

⁶⁷ Fica, portanto, demonstrado que, enquanto as regras se reportam a situações factuais concretas, os princípios reportam-se a matérias genéricas. Assim, cfr.A. AARNIO, *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, cit.,pp. 181-182.

de qualquer gênero; p2: relativas ao exercício da função administrativa pelos órgãos da Administração; p3: quanto ao seu modo interactivo de exercício [modo deontico de imposição] deve [estatuição] assegurar-se a participação dos particulares.

O exemplo avançado demonstra claramente o elemento redutivo da matéria nos princípios explícitos, englobando todas as situações hipotizáveis incluídas, através de um critério de pertença, dentro dos limites de uma determinada matéria. Demonstra-se, igualmente, que a única distinção entre a estrutura dos princípios implícitos e dos princípios explícitos é precisamente o seu *modo de gestação*⁶⁸. As propriedades essenciais, do ponto de vista estrutural, são as mesmas.

2.1.5 Regulação de matérias e *défice informativo* nos princípios explícitos

Em consonância com o acima exposto, vale a proposição avançada segundo a qual também há, no caso dos princípios explícitos, uma *regulação em *défice informativo** da autoridade normativa, a qual apresenta características semelhantes à conclusão, de base indutiva, utilizada para a formulação dos princípios implícitos⁶⁹. Na verdade, onde o *défice informativo*, nos princípios implícitos, decorre do método indutivo na criação do princípio, no caso dos princípios explícitos este encontra-se ligado à previsão, com raiz indutiva, da norma positivada: uma determinada *matéria*. A expressão “*regulação em *défice informativo*””, no caso dos princípios explícitos, deve, portanto, ser entendida em casos em que existe uma intenção de regular toda uma matéria pela autoridade normativa sem que, no entanto, exista informação clara para essa autoridade sobre todos os pressupostos concretos – ou situações da vida – que integram essa matéria, o que, naturalmente, tem relevância para se saber se aquela norma vai, ou não, regular *definitivamente* os casos concretos que se venham a colocar⁷⁰. A intenção regulativa principal resulta, portanto, da conjunção da assunção de uma impossibilidade de regulação precisa de condutas futuras com a necessidade de as regular. Como aponta Herbert L.A.Hart, sem no entanto se referir especificamente aos princípios, a realidade juridicamente relevante não é caracterizada por um número finito de variáveis e, mesmo que o fosse, não são antecipadamente perceptíveis pelas autoridades normativas todos os modos de combinação em que essas variáveis se podem vir a conjugar⁷¹.*

⁶⁸ Adota-se, portanto, um conceito *estruturalmente unificado* de princípio. As propriedades essenciais, do ponto de vista estrutural, são idênticas nos princípios implícitos e explícitos. O modo de revelação da norma é que difere, consoante resulta implícito e é decantado através de operações de inferência lógica, ou é revelado expressamente através de um enunciado jurídico dispondo nesse sentido (cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, cit., p. 159).

⁶⁹ Cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2.^a Edição, Oxford, 1994, p. 128.

⁷⁰ No plano da definitividade da regulação, veja-se a distinção já avançada entre as regras como modelos de regulação definitivos e os princípios como modelos de regulação *prima facie*. Cfr. R. ALEXI, *On the Structure of Legal Principles*, cit., pp. 300 ss. Adoptando a definitividade ou derrotabilidade ao plano da validade da norma regulatória, veja-se a análise, já referida, de J.-R. SIECKMANN, *Logische Einschaften von Prinzipien*, cit., pp. 16 ss.

⁷¹ Cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit. p. 128.

Por último, ainda quanto à constatação da regulação em défice informativo – típica do modelo de normas de princípio –, refira-se que, apesar de a indeterminação inerente ao défice informativo se encontrar sedeada fundamentalmente na previsão normativa, será a estatuição a providenciar a conclusão relativa à estrutura normativa, respectivamente, de regra ou de princípio. A consideração global da estatuição da norma em conjunto com a sua previsão implica, em primeiro lugar, um imperativo de análise, porquanto a análise de um elemento condicional e intencional “*se, então*”, como é a norma, não pode ser amputada de um dos seus elementos. O imperativo unitário de análise já decorria da asserção formulada por Castanheira Neves, segundo a qual “*se o Tatbestand*[previsão] *fundamenta material-normativamente o efeito jurídico, o efeito jurídico exprime normativo-formalmente o Tatbestand. Só esta correlatividade nos dá o sentido da norma, e esta não é mais do que a unitária intencionalidade desta correlatividade normativa*”⁷². A análise da previsão normativa em consonância com o estatuído pela norma é, aliás, fundamental para a compreensão dos elementos de facto elegíveis para suscitar a mecânica normativa.⁷³

A afirmação de qualificação de uma norma como um princípio ou regra, fundada na constatação segundo a qual os pressupostos de acção são *certos e determinados* ou, alternativamente, *generalizados e indeterminados*, já implica a avaliação da estatuição normativa. Na verdade, abstraindo do modo deôntico da norma, é fundamental a constatação de que o efeito normativo estatuído pela norma do ordenamento ocorre (i) em situações de facto *precisas*, excluindo todas as demais, ou em (ii) situações de facto *a priori indetermináveis*, mas reconduzidas a uma matéria delimitativa. No primeiro caso, a estatuição ocorre apenas para quando se verifiquem aqueles pressupostos, sendo a norma uma regra. No segundo caso, o efeito normativo estatuído toma lugar em todas as situações hipotizáveis – e, portanto, genericamente consideradas – contidas na matéria regulada pela norma: a norma é, do ponto de vista estrutural, um princípio e, conseqüentemente, comportar-se-á no ordenamento como tal.

2.1.6 Identidade de propriedades nos princípios implícitos e explícitos

Em síntese, atenta a unidade explicativa dos princípios implícitos e explícitos, pode concluir-se que o princípio, do ponto de vista deontológico, é uma norma com as seguintes propriedades: a) a *generalidade* da previsão da norma, que congrega todas as situações de facto hipotizáveis, balizadas por um elemento redutivo, equivalente à circunscrição de uma determinada matéria da norma,

⁷² Cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*, p. 409; J.M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, p. 319; A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*, p. 34. Também no sentido da unidade normativa de análise, recorrendo à estatuição como *instrumento de avaliação* da previsão das normas, cfr. D. DUARTE, *A Norma*, p. 142.

⁷³ Assim, cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto, Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, Coimbra, 1967, p. 409; J.M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Reimp. da Edição de 1987, Coimbra, 2003, p. 319.

que se encontra, de certa forma, identificada com as características a montante de uma operação indutiva, apenas realizada no caso dos princípios implícitos⁷⁴; b) o *défice informativo* quanto aos pressupostos de aplicação da norma, relacionado com a generalidade da previsão inerente à posituação daquela, a qual é, também, demonstrativa da incapacidade de previsão de todas as situações de facto, que conduzirão à respectiva aplicabilidade; c) a *fundamentalidade* da norma, na medida em que o princípio é, em virtude da sua economia informativa, uma norma com capacidade identificativa de um determinado subconjunto – identificado com a matéria total de aplicação do princípio – no qual, em virtude da sua aplicabilidade potencial a vastas situações, assume carácter essencial e permite a dedução de outras normas a partir daquele⁷⁵.

3. O MODO DE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS

Os argumentos anteriormente aduzidos para sustentar a unidade explicativa dos princípios – implícitos e explícitos – têm maior peso numa análise consequencialista, ou seja, ao nível da análise da dinâmica dos princípios no ordenamento jurídico, a qual configura, tão só, uma consequência necessária das características estático-estruturais apontadas. Na verdade, o factor distintivo entre princípios e regras foi identificado *estruturalmente* na previsão normativa: a previsão dos princípios, ao contrário das regras, demonstra-se particularmente alargada e, no limite, apenas reduzida pelo domínio normativo de aplicação ligado a uma determinada matéria de regulação.

Como consequência da sua estrutura, a previsão generalizada dos princípios, acrescida do *défice informativo* de regulação, gera uma inevitabilidade característica da dinâmica principal: o preenchimento da previsão de

⁷⁴ Cfr. R. GUASTINI, *Norma: una Noción Controvertida*, cit., p. 95.

⁷⁵ A fundamentalidade deontológica do princípio pode ilustrar-se de duas formas. Por um lado, (i) o *método indutivo/dedutivo da fundamentalidade* reporta-se à capacidade dos princípios de permitir deduzir, a partir dos próprios, outras normas: a norma *N1* é fundamento da norma *N2* quando *N1* tem um âmbito de aplicação mais geral que *N2* e quando *N2* pode ser deduzida de *N1*, em termos de *N2* ser uma *especificação* de *N1*. A dedutibilidade de *N2* (usualmente uma regra, ou um sub-princípio) a partir de *N1* é, aliás, demonstrativa da estrutura *indutiva* dos princípios, de que já se tratou, motivo pelo qual é, nesta sede, a preferível. Em alternativa, pode recorrer-se ao (ii) *método da razão prática*, que também apresenta propriedades explicativas. Parte-se agora do método indutivo, fazendo sobressair a ordenação teleológica dos princípios, por contraposição às normas deduzidas, as quais configuram meios para obter os fins especificados nos princípios: a norma *N1* é fundamento da norma *N2* quando *N2* constitui uma *implementação* de *N1*, o que apenas sucede quando *N1* é uma norma que prescreve um fim a alcançar (norma programática ou teleologicamente orientada) e *N2* é um meio para obter o fim fixado em *N1*. A fundamentalidade descrita não se reporta necessariamente à fundamentalidade axiológica (sobre esta, cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, cit., pp. 145-146). No plano deontológico, a natureza da fundamentalidade do princípio reconduz-se à aplicabilidade *prima facie* do princípio em todas as situações reconduzíveis a um determinado sub-ordenamento, equivalente à matéria de aplicação do princípio. O princípio é, portanto, uma *norma identificadora* ou *caracterizante* desse sub-ordenamento. Cfr. R. GUASTINI, *Il Diritto come Linguaggio*, *Lezioni*, cit., pp. 36-37; G. SILVA TAMAYO, *Desviación de Poder y Abuso de Derecho*, cit., pp. 30-38.

vários princípios por determinadas situações da vida. A justificação é simples e constitui o objecto das próximas páginas: as situações da vida que dão azo aos *casos jurídicos*, ou *problemas jurídicos*, nos quais o direito se realiza, preenchem variadíssimas vezes domínios normativos de aplicação de princípios jurídicos com operadores deónticos opostos e estatuições incompatíveis⁷⁶.

O *problema* ou *caso jurídico* que suscita uma situação de conflito pode ser descrito como uma realidade complexa que conjuga: (i) a existência de determinados factos reais e (ii) uma concreta questão de orientação normativa, que convoca a resposta do ordenamento jurídico, através de um *vaivém* entre os factos existentes no mundo real e a categoria hipotética de factos tidos pela norma do ordenamento como *relevantes* por preencherem o respectivo recorte da previsão⁷⁷. Assim, a respeito da análise dos pressupostos de preenchimento da previsão das normas suscitadas pelos *casos jurídicos*, já se viu que, ao passo que as regras têm os seus pressupostos de acção determinados e, consequentemente, geram conflitos de solução *fácil* (*easy cases*) – respectivamente através da invalidade de uma das normas aplicáveis ou, alternativamente, da preferência aplicativa das regras qualificadas como especiais ou excepcionais – os princípios se apresentam, devido à absorção generalizada de uma enorme quantidade de pressupostos de acção, como normas com uma especial apetência para conflitos, à partida, aparentemente irresolúveis. Na verdade, os conflitos entre princípios, sempre reconduzíveis ao preenchimento de previsões desse tipo de normas pelos factos do caso jurídico, verificam-se através do accionamento de princípios com estatuições incompatíveis, nos famosos *casos difíceis* (*hard cases*)⁷⁸.

3.1 Indução normativa e accionamento de estatuições de exclusão mútua

A aplicabilidade conjunta de princípios gera, portanto, situações em que as estatuições dos princípios preenchidos revelam efeitos incompatíveis, de exclusão mútua, o que é, numa primeira análise, de difícil compreensão face às características de unidade e coerência assacadas ao ordenamento jurídico⁷⁹.A

⁷⁶ Deixa-se, conscientemente, de parte os critérios de resolução de antinomias que o ordenamento oferece, de igual forma, para a resolução de antinomias (i) regra-regra; (ii) princípio-princípio; e (iii) regra-princípio, designadamente o princípio da cronologia (*lex posterior derogat legi priori*) e o princípio da hierarquia (*lex superior derogat legi inferiori*). Sobre estes, cfr., C. BLANCO DE MORAIS, *As Leis Reforçadas – As Leis Reforçadas pelo Procedimento no Âmbito dos Critérios Estruturantes das Relações entre Actos Legislativos*, Coimbra, 1998, pp. 235-244 e 250-273.

⁷⁷ Sobre o “caso jurídico” e a sua função depuradora ou filtradora dos factos *relevantes*, cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, StudiaJuridica, I, BFDUC, Coimbra, 1993, p. 162, onde se refere que “é um caso” porque nele se põe um problema; é “concreto” porque esse problema se põe numa certa situação e para ela; é “jurídico” porque desta emerge um sentido jurídico – o problemático sentido jurídico que o problema lhe refere e que nela ou através dela assume e para o qual ela se individualiza como situação (...).Cfr., também, D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., p. 164.

⁷⁸ Sobre *hard cases*, cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 22.

⁷⁹ Sobre o preenchimento de previsões como o pressuposto fundamental de conflito de normas (de regra ou de princípio), cfr. C. ALCHOURRÓN, *Condicionalidad y la Representación de las Normas*

dificuldade de compreensão da conflitualidade principal prende-se, sobretudo, com os casos face aos quais não existem normas de prevalência que permitam determinar analiticamente se apenas um princípio será validamente aplicável e, nesse caso, qual deles⁸⁰. A questão já não apresenta, portanto, o mesmo grau de dificuldade, em rigor, quando uma norma de prevalência resolva a concorrência entre princípios: se um princípio se encontrar num patamar hierárquico-formal superior ao do princípio conflituante, a antinomia resolve-se, pacificamente, pela norma de prevalência que determina que *lex superior derogat legi inferiori*. O mesmo raciocínio é, naturalmente, aplicável a quaisquer outras normas de prevalência aplicáveis ao conflito entre princípios, designadamente normas de especialidade *temporal* ou *espacial*⁸¹. Porém, no caso em que ambas as normas de princípio se encontram em idêntico patamar hierárquico e ambas são accionadas na regulação do caso jurídico a decidir, existe um claro conflito de normas no tradicional sentido kelseniano “ocorrível quando o que uma norma estatui como obrigatório é incompatível com o que a outra norma estatui como obrigatório e, consequentemente, quando a obediência ao estatuído por uma norma implica, «necessariamente» ou «possivelmente» a violação da outra”⁸².

Sucede que, no caso da aplicabilidade conjunta de normas de princípio, não existe qualquer sobreposição de pressupostos de acção das normas que as torne, só por si, incompatíveis. A incompatibilidade tem, ao invés, raiz no plano *factual*: é a configuração da situação de facto que, pela sua composição, determina a pertença *parcial* às matérias reguladas pelos princípios de estatuição incompatível. Por outras palavras, a decomposição analítica da situação de facto em vários factos relevantes (*facto 1, facto 2, facto 3, etc.*) possibilita a compreensão do accionamento de princípios de sentido contrário por parte daquela situação *factual* subjacente. Exemplificando o exposto:

A situação *factual* complexa decompõe-se em F1, F2, F3, F4.

F1 e F4 → preenchem previsão de Princípio 1 (P1) → estatui a solução “é permitido X”.

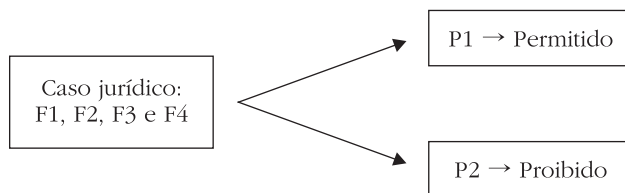
F2 e F3 → preenchem previsão de Princípio 2 (P2) → estatui a solução “é proibido X”.

Jurídicas, in *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, 1991, pp. 267-268. Sobre a impossibilidade de aplicação simultânea de princípios com estatuições divergentes, cfr. J.-R. SIECKMANN, *Logische Eigenschaften von Prinzipien*, cit., pp. 42 ss. Em geral, sobre os princípios como normas que não valem sem excepção e entram, frequentemente, em oposição entre si, ainda que com fundamento distinto do apresentado em texto, cfr. C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, cit., pp. 88 ss..

⁸⁰ Ressalvam-se, contudo, os casos de relação de especialidade declarativa entre princípios aplicáveis. Sobre este conceito, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 91-92.

⁸¹ Assim, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., p. 153.

⁸² Cfr. H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., p. 161. Sublinhe-se que a construção do autor não contempla, obviamente, a distinção normativa entre *regras* e *princípios*, devida a R. DWORKIN (*Taking Rights Seriously*, cit., pp. 73 ss.) e, por conseguinte, desconsidera o modo especial de conflito entre princípios.



3.2 Erro de generalização e cedência condicional do princípio

É a previsão particularmente alargada do princípio que, através da relação normativa de pertença de elementos da situação de facto à matéria regulada incompativelmente por dois princípios, gera respostas distintas em termos de consequências aplicativas. As soluções normativas são, todavia, igualmente admitidas pelo ordenamento, o que equivale a afirmar que, pressuposta a inexistência de norma de prevalência que resolva o conflito, o ordenamento não dá, nestes casos, resposta sobre um conflito de princípios. A explicação normativa para esta asserção é precisamente o preenchimentosimultâneo, por factos relevantes subjacentes ao problema jurídico em questão, dos pressupostos aplicativos de princípios de sentido oposto, sendo que ambos os princípios são normas integrantes, claro está, do ordenamento⁸³. Na verdade, como é sabido, apenas os princípios válidos podem colidir entre si, pelo que se a validade em abstracto é aferida através da pertença de uma norma ao ordenamento jurídico, conclui-se que é possível, e até frequente, a colisão entre princípios igualmente válidos⁸⁴.

Como já se referiu, os pressupostos aplicativos dos princípios são compatíveis, no plano estático; não obstante, é a configuração complexa do caso jurídico que, decomposto em partes, tem a particularidade de accionar simultaneamente a previsão de um e outro princípio de estatuição incompatível. A mecânica normativa adveniente do preenchimento da previsão de ambos os princípios determina estatuições diferenciadas sem, contudo, o ordenamento referir qual daqueles será o aplicável⁸⁵.

⁸³ Os elementos relevantes da situação de facto preenchem *simultaneamente* a previsão de princípios opostos porquanto, no plano factual e cronológico, a situação factual ocorre contemporaneamente, ou seja, no mesmo momento. A decomposição dos factos relevantes de uma situação factual é, portanto, um exercício analítico e, conseqüentemente, artificial. Porém, são distintos os factos do caso que suscitam – por preenchimento da previsão normativa – a aplicabilidade dos princípios.

⁸⁴ Neste sentido, cfr. R. ALEXY, *Theorie der Gründrechte*, cit., p. 50. Em sentido divergente, coerente com a já referida teoria da validade *prima facies* dos princípios, cfr. J.-R. SIECKMANN, *LogischeEinschäftenvonPrinzipien*, in *Rechtstheorie*, cit., pp. 13-19.

⁸⁵ São, nas palavras de R. ALEXY, “*dois oughtjudgements concretos mutuamente incompatíveis*” - cfr. *Theorie der Gründrechte*, cit., p. 49. Sobre a inadmissibilidade lógica de conseqüências jurídicas mutuamente excludentes – à luz o princípio da coerência do ordenamento – veja-se a análise clara de K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 472.

3.3 Cruzamento de previsões indutivas e colisão de princípios

O fenómeno acima descrito, típico do conflito entre normas de princípio, é designado como *colisão de princípios*. O exemplo de escola relativamente à regulação de situações da vida directamente por normas de princípio é, paradigmaticamente, um caso de colisão de normas de direitos fundamentais com estrutura de princípios⁸⁶.

Imagine-se a situação de facto com os seguintes factos relevantes: (i) o sujeito A, (ii) artista urbano, (iii) realiza uma pintura de *graffiti* (iv) nas paredes da casa (v) do sujeito B. Face à descrição da situação de facto, o caso jurídico suscitado é, naturalmente, “*pode o sujeito A realizar as pinturas nas paredes da casa do sujeito B*”?

Excluindo, para efeitos exemplificativos, a regulação deste caso jurídico por normas de regra, conclui-se que o caso jurídico apenas pode ser decidido através da regulação por duas normas: a norma de princípio de direito fundamental à criação artística (ou princípio da liberdade de criação artística) e a norma de princípio de direito fundamental à propriedade privada (ou princípio da garantia da propriedade privada)⁸⁷.

A norma enunciada no artigo 42.º da Constituição determina que “*é livre a criação artística*” e apresenta, evidentemente, a estrutura de um princípio, como se constata a partir da sua decomposição analítica: [previsão indutiva] *em matéria de criação artística*, [modo deontico de permissão] *são permitidas* [estatuição] *as condutas correlativas*, o que é o mesmo que dizer: [previsão implícita] p1: *em todas as situações de qualquer género*; p2: *reconduzíveis à criação artística*, [modo deontico de permissão] *são permitidas* [estatuição] *as condutas correlativas*. O elemento relevante parcial do caso jurídico que preenche a previsão deste princípio é, naturalmente, a realização da pintura de *graffiti*, subsumível na matéria de criação artística⁸⁸.

A norma enunciada no artigo 62.º da Constituição determina que “*a todos é garantido o direito à propriedade privada*” e tem, como se constata, a estrutura assacada ao princípio, mais concretamente a seguinte: [previsão indutiva] *em matéria de tutela da propriedade privada* [modo deontico de imposição] *são (devem ser) impostas* [estatuição] *as condutas necessárias à respectiva garantia*, o que é o mesmo que dizer

⁸⁶ Outros exemplos relativos à colisão de princípios, designadamente, o caso jurídico paradigmático da sentença do BverfGE no caso *Lebach*, podem ver-se em R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 50-57; IDEM, *On the Structure of Legal Principles*, cit., p. 299.

⁸⁷ A estrutura previsiva da norma princípio engloba, como já se viu, o pressuposto indutivo implícito “*in all situations of any kind*” e o pressuposto de domínio de aplicação normativa (restringindo a aplicabilidade potencialmente infinita desta norma) determinado a partir da estatuição, todavia residindo na previsão da norma, Cfr. A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, tradução castelhana de Ernesto Garzón Valdés, *Lo Racional como Razonable. Un tratado sobre la Justificación Jurídica*, Madrid, 1991, pp. 62 ss.; D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental*, cit., pp. 135-149.

⁸⁸ Justifica-se uma explicação sobre a omissão do elemento “*todas [as condutas correlativas]*”. Na decomposição analítica da norma adoptada, o elemento “*todas [as condutas correlativas]*” não deve constar da estatuição da norma, antes se integra na própria previsão do princípio de estrutura indutiva: equivale, portanto, ao elemento implícito “*em todas as situações de qualquer género*”.

[previsão implícita] p1: em todas as situações de qualquer género, p2: reconduzíveis à garantia da propriedade privada, [modo deontico de imposição] são (devem ser) impostas [estatuição] as condutas necessárias à respectiva garantia. O elemento relevante do caso jurídico que preenche a previsão deste princípio é, naturalmente, o objecto das pinturas de *graffiti*, mais concretamente as paredes da casa do sujeito B⁸⁹.

Os referidos princípios, aplicados ao caso jurídico, determinam soluções opostas. O princípio da liberdade de criação artística (P1), integrando um sentido deontico de permissão, determina o sentido *pode X* [= pode pintar] e, conseqüentemente, *proíbe Y* [= proíbe a assunção de medidas de tutela da propriedade privada]. Por outro lado, o princípio da garantia da propriedade privada, integrando um sentido deontico de imposição, determina o sentido *deve Y* [= devem adoptar-se medidas de tutela da propriedade privada] e, conseqüentemente, *proíbe X* [= não pode pintar].

No seu radical comum de exclusão de mútua de estatuições, conclui-se, para já, que a verificação simultânea dos factos (i), (ii), (iii), (iv) e (v), acima descritos, determina a aplicabilidade de P1 ou, em alternativa, P2, sendo que (i) se P1 → *é permitido X*; (ii) se P2 → *é proibido X* e (iii) tanto P1 como P2 pertencem ao ordenamento jurídico e, conseqüentemente, são normas válidas.

À luz do exemplo aventado, ficou clara a existência de um conflito normativo no clássico entendimento kelseniano. Sucede que o ordenamento não dá qualquer resposta para a resolução desta antinomia, a qual, em bom rigor, não resulta sequer do ordenamento *estático*, visto que, nesse plano, não existe incompatibilidade de pressupostos de acção dos princípios de sentido contrário. É tão só a morfologia da situação de facto que determina esta incompatibilidade, na medida em que (i) o preenchimento da previsão de P1 impõe a maximização da liberdade de criação artística e, correlativamente, a minimização dos efeitos contrários à liberdade de expressão artística, enquanto (ii) o preenchimento da previsão de P2 impõe a maximização da tutela (ou garantia) da integridade da propriedade privada e, correlativamente, a minimização de todos os efeitos contrários à tutela da propriedade privada⁹⁰.

⁸⁹ Sobre o âmbito *prima facie* da garantia constitucional da propriedade privada – sujeita, naturalmente, a algumas restrições impostas pela própria Constituição – designadamente o *direito do sujeito a não ser privado da propriedade* ou das *características* (integridade) dessa propriedade, cfr. J. J. G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª Edição, Coimbra, 2007, pp. 801-802.

⁹⁰ Já assim, não obstante o distinto paradigma, cfr. C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, cit., p. 90. É, por esta altura, claro, numa situação de individualização normativa (na análise isolada da norma) e, especialmente, no plano deontológico que serve de matriz a este trabalho, que a qualificação de um princípio como *comando a ser optimizado* dentro das possibilidades jurídicas e fácticas (Cfr. R. ALEXI, *Theorie der Gründrechte*, cit., p. 51 ss.) importa, logicamente, a *minimização* de todos os comandos que contendam com esse princípio. É nesta medida que é legítimo falar em princípios de dois sentidos, sendo certo que este predicado bidireccional é, por inerência, assacado a todos os princípios, pois todos são *comandos a ser optimizados* e a respectiva optimização implica, necessariamente, a minimização de efeitos dos princípios de sentido oposto. Adicionalmente, as colisões de princípios, no pressuposto dos

Esta conclusão, conjugada com a constatação de inexistência de norma secundária de prevalência que determine qual dos princípios regulará o caso concreto, impõe que a antinomia seja resolvida *sinteticamente* entre alternativas intra-normativas P1 e P2. A referida aplicabilidade de princípios com estatuições de exclusão mútua fundamenta o modo de resolução entre normas de princípios que assume a tradicional nomenclatura de *ponderação* ⁹¹.

3.4 Resolução de antinomias principais por ponderação

A resolução da antinomia acima descrita, através de uma proposição de individualização normativa, não decorrerá de uma norma secundária de

princípios como razões para agir *prima facie* configuram, precisamente, o preenchimento de previsões de princípios que estatuem ações diferenciadas, ou seja, razões *prima facie* para agir e razões *prima facie* para não agir. Cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms* , cit., p. 30.

⁹¹ Sobre esta questão, são de relevar, no panorama nacional, os desenvolvimentos analíticos operados por D. DUARTE relativamente ao modo de conflitos dos princípios com base no *preenchimento simultâneo, por factos relevantes do caso jurídico, da previsão de ambos os princípios em conflito* . O autor parte do método de conflito geral das normas (já presente, sem recurso à previsão, por exemplo, em H. Kelsen, *Allgemeinen Theorie der Normen* , cit., pp. 161-166, e, com recurso à previsão, mas sem as especificidades relativas aos princípios, em C. ALCHOURRÓN, *Condicionality and the Representation of the Norms Juridicas* , cit., p. 267) para, com base na análise estrutural da previsão dos princípios, retirar conclusões quanto ao comportamento daqueles em colisão com outros princípios. Segundo a referida tese, a colisão de princípios, enquanto *incompatibilidade aplicativa* determinante da cedência condicional (ou seja, mediante determinadas circunstâncias) de um princípio perante o outro, reconduz-se, por apresentar os já aludidos pressupostos de irresolubilidade intra-normativa, a uma modalidade de concorrência de normas, também de irresolubilidade intra-normativa, referenciada como *alternatividade derivada* . A identidade entre incompatibilidade aplicativa e alternatividade demonstra-se, portanto, ao nível da resolução da antinomia: por *ponderação* (cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa* , cit., pp. 255 e 257 ss.). No entender do autor, a modalidade de concorrência designada por *alternatividade derivada* ocorre quando os pressupostos diferenciados de duas normas são compatíveis (o preenchimento total das previsões de ambas as normas significa que tanto os pressupostos comuns como os diferenciados estão preenchidos) e a estatuição comum compreende efeitos alternativos. A alternatividade derivada, enquanto modalidade de concorrência puramente *circunstancial* (dependente da morfologia do caso concreto) surge apenas nos seguintes casos: (i) a Norma 1 determina que *Se A + B deve X* ; (ii) a Norma 2 determina que *Se A + C deve X'* e (iii) no caso concreto verificam-se as condições B (*pressuposto da Norma 1*) e C (*pressuposto da Norma 2*). Ora, inexistindo norma secundária de conflitos que resolva a aplicabilidade da Norma 1 ou da Norma 2, terá de se recorrer a uma *ponderação* fora do ordenamento para determinar a solução aplicável (*X ou X'*). A verificação *circunstancial* (dependente de se verificar, claro está, no caso concreto, os pressupostos B e C que accionam a Norma 1 e a Norma 2) determina que as previsões se *cruzem* e se comportem como se ampliadas na previsão com o acréscimo em cada uma delas do pressuposto da outra (previsão incluindo A+B+C), com o sentido deontico comum (*deve*) e com estatuição diferenciada alternativa (*X ou X'*). Onde existem, no plano estático, duas normas distintas, tudo se passa, no plano dinâmico, como se de uma norma se tratasse: *Se A + B + C deve X ou X'* . As normas comportam-se como uma norma de previsão alargada, com sentido deontico comum e com uma estatuição alternativa: perante a verificação simultânea dos factos A, B e C, o ordenamento determina a estatuição *X ou X'* como se de apenas uma norma (de estatuição disjuntiva) se tratasse. Sobre esta matéria, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa* , cit., pp. 249-269. Sobre o conflito de princípios em função dos factos caírem simultaneamente no campo de aplicação de princípios com consequências incompatíveis, cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo* , cit., p. 167.

prevalência⁹², previamente existente no ordenamento, mas de uma norma de prevalência *ad hoc*, resultante de um juízo ponderativo operado sob a bitola da norma da proporcionalidade (*Verhältnismassigkeitgrundsatz*)⁹³. A inexistência de norma de prevalência no caso em análise impede, logicamente, a produção de uma resolução de antinomias de matriz *analítica* pelo que a proposição de resolução de antinomias regulativas entre princípios por *ponderação* será uma proposição *sintética*: representa uma mera sugestão de resolução de antinomias. É precisamente por esse motivo que a proposição sintética subjacente à ponderação entre princípios aplicáveis não diz o que *é* para o caso, antes implica uma valoração relativa ao que *é melhor* para resolver o caso, resultando subordinada, quer aos factos relevantes do caso, quer aos argumentos justificativos dessa precedência⁹⁴. A impossibilidade de estabelecimento de uma relação formal de prevalência entre as normas em presença implica o carácter sintético da proposição, passível essencialmente de uma verdade-consenso⁹⁵. Relativamente ao exemplo previamente aventado:

⁹² Presumindo, claro está, que não a haja, na medida em que se admite – como já se aludiu – a possibilidade de normas de prevalência aplicáveis à colisão de princípios (designadamente a norma *lexspecialisderogatlegigenerali*).

⁹³ A utilização do princípio da proporcionalidade como norma mediadora de colisões de princípios deve-se, paradigmaticamente, a R. ALEXY. Contudo, já catorze anos antes da publicação da obra paradigmática de R. ALEXY *Theorie der Grundrechte* (1984), cit., autores como F. MERUSI (*Buona Fede e Affidamento nel Diritto Pubblico – Dagli Anni “Trenta” all’ “Alternanza”*, cit., p. 142) mencionavam a proporcionalidade como norma reguladora de ponderações, ainda que de valores em concreto. A norma de princípio da proporcionalidade compreende, como se sabe, três sub-princípios: (i) a adequação, (ii) a necessidade e (iii) a proporcionalidade *strictosensu* ou do equilíbrio - cfr. R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, cit., p. 300. Porém, na posição alexyana, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *strictosensu*, são normas que não são ponderadas com outras normas, nem tomam posições de preferência ou cedência ocasional. Ao invés, estas normas, na qualidade de máximas de decisão, suscitam a sua satisfação de uma forma *all-or-nothing* (ou a decisão é adequada, ou a decisão não é adequada; ou a decisão é necessária, ou a decisão não é necessária), o que leva o autor a qualificá-las como *regras jurídicas*, R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 66.

⁹⁴ O que *é melhor*, no sentido adoptado em texto, é o princípio que tiver maior defesa junto do ordenamento (concretamente, de razões que apelem a outras normas). Sobre a racionalidade da ponderação argumentativa, cfr. C. BERNAL PULIDO, *The Rationality of Balancing*, disponível em formato electrónico em: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/pdf/bernal_rationality_of_balancing.pdf, pp. 6 ss.. No discurso constitucional, sobre a defesa constitucional dos princípios, cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 66-69; IDEM, *Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional*, disponível em formato electrónico em: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15457>, pp. 40-41.

⁹⁵ A verdade-consenso, ao invés da verdade-correspondência, reporta-se a uma convenção sobre a correcção material, na qual a qualidade de verdade da proposição resulta do acordo estabelecido (por vezes entre uma comunidade tida por *relevante*) sobre a qualificação do objecto de uma proposição. Para alguns autores, a verdade-consenso tem, no presente contexto, aplicabilidade apenas quando esteja em causa uma prevalência por ponderação desproporcional evidente (neste sentido, cfr. J.-R. SIECKMANN, *Richtigkeit und Objectivität im Prinzipienmodell*, tradução castelhana de Cecilia Añños Meza in *Las Propiedades Lógicas de los Principios*, Bogotá, 2006, pp. 254 ss.). Sobre a verdade-consenso, com ampla exposição doutrinária, designadamente o consentimento do auditório universal e o consenso da comunidade jurídica (C. PERELMANE A. AARNIO), a justificação pelo procedimento (R. ALEXY) e o requisito da universalidade e da coerência (N. MAC CORMICK), cfr. V. SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, cit., pp. 415-428. Sobre os *hard cases* e a criação do direito através de normas *ad hoc*, cfr. E. BULYGIN, *Los jueces crean derecho...?* Isonomia, n.º 18, Abril 2003, pp. 19-21.

Face ao caso jurídico “*pode o sujeito A realizar as pinturas nas paredes da casa do sujeito B*” tenha-se concluído que o princípio da liberdade de criação artística (P1) determinava *pode X* [= pode pintar] e, consequentemente, *proíbe Y* [= proíbe a assunção de medidas de tutela da propriedade privada]. Por outro lado, o princípio da garantia da propriedade privada determinava *deve Y* [= devem adoptar-se medidas de tutela da propriedade privada] e, consequentemente, *proíbe X* [= não pode pintar]. Para o que agora interessa, convencionaando que “*pintar as paredes da casa do sujeito B = X*”, obtém-se: (P1) → *permite X* e (P2) → *proíbe X*.

No plano normativo, uma vez que os elementos factuais do caso jurídico convocam, por preenchimento da previsão, os princípios (P1 → *permite X*) e (P2 → *proíbe X*), tudo se passa como se existisse uma norma com (i) previsão equivalente aos factos subjacentes ao caso jurídico e (ii) sentido deôntico e estatuição disjuntivos, decalcados dos efeitos normativos dos princípios de sentido contrário. Perante esta antinomia e a pressuposta inexistência de normas de prevalência que a resolvam, impõe-se um juízo ponderativo determinante da individualização da norma que vai regular o caso concreto.

A metódica de ponderação de princípios passa, segundo a tradicional solução alexyana, pela enumeração de *relações condicionais de preferência*, que implicam olhar aos factos relevantes já filtrados pelo caso jurídico e, numa argumentação mediada pelo princípio da proporcionalidade, nas suas três subvertentes de (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade *strictusensu*, aferir qual dos princípios concorrentes tem maior defesa junto do ordenamento jurídico em questão.

As *relações condicionais de preferência* reportam-se à metódica de colisão de princípios jurídicos aplicáveis *prima facie* à resolução de uma questão concreta. O raciocínio pauta-se pela seguinte ordem metódica: retira-se da concreta situação factual certos elementos (as condições de preferência – *Vorrangbedingungen*) que irão permitir justificar a prevalência de um princípio sobre outro. A partir dessas mesmas condições, por raciocínio indutivo, estabelecer-se-á um enunciado de preferência (*Präferenzsatz*) que constituirá a previsão de uma regra *ad hoc* para qualquer caso concreto *com as mesmas características relevantes*, em que colidam os princípios em questão. Essa regra aponta a preferência de um dos princípios e, consequentemente, a determinação da estatuição do princípio que prevaleceu⁹⁶. Assim:

Face ao sub-princípio da adequação, afere-se que a *realização das pinturas nas paredes da casa do sujeito B (permite X)* é adequado a prosseguir P1, garantindo a liberdade artística do sujeito A. A solução de P2 (*proíbe X*) é, por outro lado, adequada a prosseguir P2, garantindo a integridade da propriedade do sujeito B. Em termos de adequação é, portanto, indiferente adoptar as medidas *permite*

⁹⁶ Sobre as relações condicionais de preferência, cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 52; IDEM, *On the Structure of Legal Principles*, cit., pp. 294 ss.; J.R. SIECKMANN, *Richtigkeit und Objectivität im Prinzipienmodell*, cit., pp. 258 ss.. Entre a doutrina nacional, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 1271 ss..

X ou *proíbe X* na medida em que ambos prosseguem, no âmbito de uma relação de meio \rightarrow fim, os princípios em causa de uma forma adequada.

Face ao sub-princípio da necessidade, afere-se que a solução propugnada por P1 (*pode x*) esvazia, em maior medida, o princípio da garantia da propriedade privada, na medida em que redundante, necessariamente, na deterioração do bem, titulado pelo sujeito B e protegido pelo princípio P2. Por outro lado, afere-se que a solução proposta por P2 (*proibido x*) não esvazia na totalidade o princípio da liberdade de criação artística, na medida em que o sujeito A poderá exprimir a sua liberdade de criação artística (i) através de outro meio que não seja a realização de pinturas em paredes e, especialmente, (ii) num bem da propriedade do sujeito A (ou que seja *res nullius*), desde que não seja da propriedade de outrem. Em conclusão, a solução de P1 (*pode x*) não é absolutamente necessária a prosseguir P1, porque P1 pode ser prosseguido de inúmeras outras formas.

Face ao (iii) sub-princípio da proporcionalidade *strictosensu* ou do *equilíbrio*, está em causa a ponderação, propriamente dita, dos princípios em colisão.⁹⁷ Face à proporcionalidade *strictusensu*, conclui-se que P1 interfere mais intensamente em P2, na medida em que a permissão da realização de pinturas de graffiti perturba *em maior medida* a garantia da propriedade privada do que a proibição da realização de pinturas de graffiti perturba a liberdade de criação artística.

A solução *é proibido X* (consequência da prevalência do princípio da garantia da propriedade privada) aparenta ter maior defesa junto do ordenamento jurídico. É, pois, em função da argumentação aduzida a favor da realização de cada um dos princípios em questão, mediada pelo princípio da proporcionalidade, que o operador jurídico formulará uma regra de colisão subordinada aos factos relevantes do caso (condições de preferência) que irão permitir justificar a prevalência de um princípio sobre outro (P2 sobre P1).

A partir dessas mesmas condições, por raciocínio indutivo, o operador jurídico estabelece um enunciado de preferência (*Präferenzsatz*) que corresponderá à previsão, agora com *pressupostos determinados*, de uma *regra de colisão* para qualquer caso concreto em que colidam os princípios em questão, mediante as mesmas situações factuais. Convencionando que os factos relevantes filtrados pelo *caso jurídico* equivalem ao significativo C [(i) O sujeito A, (ii) artista urbano, (iii) realiza uma pintura de graffiti (iv) nas paredes da casa (v) do sujeito B], a regra de colisão tem a seguinte estrutura: “*se o princípio da garantia da propriedade privada prevalece sobre o princípio da liberdade de criação artística mediante as condições C e se o princípio da garantia da propriedade privada determina a solução “proibido x = é proibido realizar pinturas de graffiti na casa do sujeito B, então uma regra segundo a qual: [previsão] nas condições C [modo deôntico proibitivo] é proibido [estatuição]*”

⁹⁷ Sobre a mediação do discurso ponderativo pelo princípio da proporcionalidade e pelos sub-princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade *strictosensu*, cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 66-69 e p. 102; IDEM, *On the Structure of Legal Principles*, cit., p. 298.

Xé válida, ou seja, (VAL) $C \rightarrow proibido X$ ⁹⁸. É, portanto, o princípio da garantia da propriedade privada a norma de princípio prevalecente e, por tal, aplicável à resolução do *caso jurídico* em questão⁹⁹.

Naturalmente, a regra de colisão é válida para quando se verificarem as condições *C*, sendo perfeitamente admissível que, mediante condições diferentes, seja o princípio preterido no raciocínio ponderativo, aquele que regulará o caso jurídico¹⁰⁰. Tal é, naturalmente, decorrência de a preterição do princípio que cedeu *incasu* não implicar qualquer juízo de *invalidade* sobre esse mesmo princípio, antes uma cedência *condicional*.

Como resulta do exemplo apresentado, a proposição de prevalência do princípio da garantia da propriedade privada sobre o princípio da liberdade de criação artística, enquanto proposição de resolução de antinomias e de correlativa individualização normativa no caso jurídico hipotizado não é uma proposição analítica, formulada através da existência de normas *intra-ordenamento* que permitam validamente concluir que um princípio prevalece sobre outro. A proposição de prevalência é, ao invés, uma proposição sintética de carácter estipulativo que traz ínsite um juízo de maior *peso* do princípio prevalecente nas situações de facto que subjazem ao caso jurídico¹⁰¹. Tal deve-se ao facto de ter subjacente um juízo sobre a aplicação de um princípio tido, face aos elementos relevantes, como prevalecente para a resolução do caso jurídico¹⁰².

⁹⁸ Na elaboração alexyana segundo os cânones da notação lógica *se (P1 P P2) C* (ou seja *se P2* prevalece sobre *P1* nas condições *C*) e *se P2* determina a solução *X*, então é válida a regra segundo a qual $C \rightarrow X$ (ou seja, nas condições *C* vale o efeito *X*). As condições de prevalência do princípio da liberdade de criação artística e o princípio da garantia do direito de propriedade privada constituíram, então, os elementos da previsão da regra *ad hoc* para resolução do caso (Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Gründrechte*, cit., p. 54). Segundo o autor, é possível formular a seguinte lei de ponderação (*lawofbalancing*): “quanto maior o grau de não satisfação de um princípio, maior deverá ser a importância de satisfazer o outro”, na medida em que o nível de permissão de compressão de um princípio depende da importância de satisfazer o outro. Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Gründrechte*, cit., p. 102; C. BERNAL PULIDO, *The Rationality of Balancing*, cit., pp. 9 ss..

⁹⁹ É, pois, criada, pelo aplicador oficial do direito (seja ele o juiz, no exercício da função jurisdicional ou o operador administrativo, no exercício da função administrativa) uma *regra* para a resolução do caso. Cfr. E. BULYGIN, *Los juecescrean Derecho...?*, cit., p. 24.

¹⁰⁰ Assim, R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, p. 298. A única situação em que assim não é será, naturalmente: (i) quando e se a regra *ad hoc* for positivada por uma autoridade normativa com competência legislativa, passando a ser uma *regra legal integrante do ordenamento*, ou (ii) quando a regra *ad hoc* adquirir título de vigência consuetudinário por a estatuição daquela constituir uma prática reiteradamente seguida por uma comunidade específica, prática essa que é realizada com especial convicção – da parte de quem a realiza – de pertinência daquela regra no ordenamento jurídico. Sobre a questão, cfr. V. SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, 2003, pp. 415 ss.; J.R.-SIECKMANN, *Richtigkeit und Objectivität im Prinzipienmodell*, cit., pp. 269 ss.

¹⁰¹ Por um lado, a proposição é *sintética* e não *analítica*, porquanto não se infere da coerência interna de premissas encadeadas. Por outro lado, a proposição é de carácter *estipulativo* e não *descritivo* porque implica uma escolha. Neste sentido, cfr. E. BULYGIN, *Normas, Propositiones Normativas y Enunciados Jurídicos*, in *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, 1991, pp. 181 ss.. Sobre a dimensão de peso na colisão de princípios, cfr., por todos, R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., R. ALEXY, *Theorie der Gründrechte*, cit., p. 49; Sobre a dimensão de peso nas razões para agir enquanto princípios, cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, cit., p. 35.

¹⁰² A construção da proposição de resolução de antinomias entre princípios como uma conclusão sintética presume uma actividade de resolução de antinomias, de *discricionariedade optativa*

A proposição de prevalência de um princípio sobre outro é subordinada às condições de facto em que tal prevalência ocorreu, numa lógica de prevalência *ceterisparibus*¹⁰³. A regra de colisão é apenas válida para quando se verificarem as condições do caso [C = (i), (ii), (iii), (iv) e (v)], sendo perfeitamente admissível que, mediante condições diferentes e perante *outro caso jurídico*, seja o princípio preterido no raciocínio ponderativo aquele que regulará diferentes casos jurídicos. Nestes termos, a preterição de um princípio por conclusão de base ponderativa não implica qualquer juízo de *invalidade* sobre esse mesmo princípio, antes uma cedência meramente *condicional*, face a um princípio de sentido oposto, o qual circunstancialmente revelou maior peso face à morfologia do caso jurídico decidendo.

Com a introdução da derrotabilidade *decondicional* (*conditionaldefeasibility*) dos princípios no seu plano dinâmico, fica agora totalmente claro o motivo pelo qual o princípio é uma norma ou razão para agir com validade *prima facie* e não determina, só por si, fundamento definitivo para agir num determinado sentido. A natureza *prima facie* do princípio no plano dinâmico é, como não poderia deixar de ser, uma decorrência da sua estrutura estática¹⁰⁴. É, aliás, fundamentalmente resultante das propriedades indutivas que *supra* foram apontadas ao modelo regulativo dos princípios, as quais, apesar de melhor explicadas nos princípios implícitos, são igualmente válidas para os princípios explícitos.

Também o défice informativo quanto aos pressupostos de aplicação do princípio torna-o uma norma de aplicação puramente *prima facie*. Nestes termos, a supressão do desconhecimento inerente aos pressupostos aplicativos generalizados do princípio apenas ocorrerá aquando da ponderação com outros princípios cujas previsões tenham sido igualmente preenchidas pelo caso concreto. O carácter definitivo de dever ser quanto à decisão de um caso concreto só pode, assim, ser obtido após a ponderação dinâmica desse princípio

do decisor. A discricionariedade afirmada deve ser entendida enquanto apoiada na abertura manifestada pelo ordenamento: se o ordenamento dá cobertura normativa a qualquer uma das soluções postuladas pelas normas de princípio em colisão – as quais, *incasu*, são objectivamente incompatíveis porque os efeitos normativos se excluem mutuamente – o ordenamento abdica de responder *analiticamente* à antinomia normativa e remete a resolução daquela para uma *ponderação exterior* entre as duas opções viáveis. O paralelismo com a discricionariedade optativa é claro, não obstante este ocorrer já ao nível do sentido deontico individual: (i) onde ao nível concreto da decisão (designadamente, a administrativa) se admite a prática de decisões configuradas, na norma, como alternativas viáveis pelo ordenamento, obrigando a uma ponderação entre *decisões* igualmente admitidas pela norma; (ii) ao nível da colisão de princípios, ocorre uma forma específica de *discricionariedade normativa*, porquanto se exige uma ponderação entre *normas* igualmente prescritas pelo ordenamento para uma situação factual subjacente a um caso jurídico. Onde ali se retrata a discricionariedade no plano concreto da decisão, aqui trata-se da escolha de alternativas igualmente válidas, em abstracto, entre normas que formarão a premissa maior do silogismo que fundará a decisão. Em sentido semelhante, ressaltando as semelhanças entre a ponderação e as operações intelectuais ínsitas nas opções discricionárias, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, ci., p. 587.

¹⁰³ Sobre a prevalência *ceterisparibus*, analisada por referência à sentença do BVerfGE (caso *Lebach*), cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 54-55.

¹⁰⁴ Cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., p. 136.

com princípios de sentido contrário, na medida em que apenas a *intersecção dos pressupostos normativos de acção dos princípios em colisão* – accionados pelos factos relevantes do caso jurídico – permitirá ao operador jurídico complementar o défice informativo inerente à generalidade do princípio em modo estático¹⁰⁵.

Abstraindo agora da actividade ponderatória, uma verdade parece ser insofismável: apenas a detecção de todos os princípios em colisão – o que só pode ser explicado normativamente através da detecção de todos os *princípios cuja previsão tenha sido preenchida por factos subjacentes ao caso jurídico* – permite ao operador jurídico determinar o dever ser definitivo em relação à situação em concreto. Esta questão assume, portanto, contornos fundamentais que para o que se expressa posteriormente: é esse trabalho acrescido de detecção de princípios convocados para resolver um caso jurídico – aparentemente inexistente na regulação em normas de regra¹⁰⁶ – que permite ao operador jurídico ter acesso aos pressupostos normativos da acção de forma completa e, nessa medida, produzir uma *decisão definitiva*. A configuração dos princípios como dever ser ideal e das regras como dever ser real parece, pois, mais explicativa quando se concebe os primeiros como sentidos de *dever ser incompleto* e as segundas como sentido de *dever ser completo e conclusivo*. A intersecção entre as previsões dos princípios é, portanto, a explicação normativa da complementarização dos pressupostos normativos dos princípios em colisão, dos quais resultará, como visto, uma regra de dever ser *completo e real* quanto aos seus pressupostos de acção. As normas definitivas são, como já se havia concluído *supra*, apenas as normas de regra.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Sobre a norma *estática* e a norma *dinâmica*, cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, tradução portuguesa de J. Baptista Machado, 7.ª Edição, Coimbra, 2008, p. 110.

¹⁰⁶ Excepto nos casos absolutamente residuais de *ponderação de regras*, ocoríveis, por exemplo, quando duas regras de sentido oposto e com pressupostos totalmente distintos, devido à morfologia do caso concreto, são chamadas a regular esse caso. Sobre a ponderação de regras, cfr. C. ALCHOURRÓN, / E. BULYGIN, *Sobre el Concepto de Orden Jurídico*, in *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, 1991, pp. 406-407.

¹⁰⁷ Sobre a passagem do *dever ser ideal* no plano abstracto dos princípios ao *dever ser real* no plano da regra de colisão de princípios, cfr. R. ALEXI, *On the Structure of Legal Principles*, cit., pp. 300-301; J.-R. SIECKMANN, *Logische Einschaften von Prinzipien*, cit., 46 ss.



Gráfica e Editora LCR Ltda.

Rua Israel Bezerra, 633 | Dionísio Torres | Fortaleza - Ceará

Tel. 85 3105.7900 | Fax. 85 3272.6069 | atendimento01@graficalcr.com.br