

A QUESTÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NAS DECISÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E AS APRESENTAÇÕES DE DOCTRINAS LEGAIS NA POLÔNIA¹

Iwona Wróblewska²

Observações Preliminares

O ativismo judicial como tema de considerações teóricas e legais presentes na doutrina jurídica polaca é uma continuação das discussões anteriores sobre a questão da interpretação criativa da lei. Essas discussões concentraram-se na questão da admissibilidade das diretrizes não-literais da interpretação em decisões judiciais. Ao analisar o problema de atitudes ativas ou passivas dos juizes, as vantagens e desvantagens dos modelos argumentativos ou silogísticos da aplicação da lei são particularmente comparadas. Também está resolvido o que pode ser a base para a jurisdição - todas as regras e fatos que permitam tomar a decisão certa, ou apenas especificamente as normas expressas.

Estes fenômenos são, de fato, uma manifestação da mesma tendência, a mudança do papel dos órgãos de aplicação da lei, incluindo os tribunais, especialmente os constitucionais. Na modernidade, pluralista e marcada por sociedades de problemas complexos, estas não são mais somente *nul pouvoir*, e os juizes não são apenas as “bocas da lei”. Eles tornaram-se uma força influente, conhecida como a “terceira casa do parlamento”.

Essa tendência é observada na atividade dos tribunais em todo o mundo¹. Um grande aumento nos direitos judiciais é observado em todas as sociedades organizadas sob a forma de Estado Democrático de Direito. Consequentemente, o papel do Direito legislado no atual sistema legal está sendo reduzido proporcionalmente². Nos Estados Unidos, a teoria da chamada interpretação dinâmica está ganhando popularidade. Esta assume um papel ativo de interpretação na conduta da política social. Seus defensores procuram mudar o centro de decisão do legislativo para os tribunais, acreditando que a interpretação da lei é o meio pelo qual o intérprete pode superar a inércia legislativa e estimular o sistema legal³. As decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha são particularmente claras e bem pesquisadas⁴, e as do Tribunal Constitucional Polaco têm uma série de semelhanças com as dele. O Conselho Constitucional da França age de forma semelhante. Como parte da revisão da constitucionalidade da lei, ele encontra uma série de “princípios reconhecidos pela lei da República” e “princípios particularmente necessário em nossos tempos”⁵, não incluídos explicitamente no texto da Constituição. Outros exemplos incluem as ações da Suprema Corte da África do Sul para a reconciliação entre negros e brancos residentes do país; o Canadá, onde a Suprema Corte está tentando conciliar francófonos e anglófonos; ou o Tribunal Constitucional húngaro, trazendo à vida a ideia da “constituição invisível”⁶. Isto também se aplica à União Europeia (UE), cujo sistema jurídico, em grande medida, é determinado pela

¹ Tradução feita pelo acadêmico Arthur Deucher Figueiredo.

² Professora de Direito Constitucional da Nicolaus Copernicus University, da Polônia. Doutora em Direito.

lei do Tribunal de Justiça da UE. Portanto, surgem as questões sobre a legitimidade do Judiciário constitucional em um Estado Democrático de Direito e, especialmente, sobre como conciliar a sua “expansão” com o princípio da separação de poderes⁷. A questão do ativismo judicial muitas vezes abre a discussão sobre o envolvimento político dos juízes e as tentativas de impulsionar suas próprias visões políticas e sociais. Este artigo incide sobre essas interpretações do Tribunal Constitucional polaco, que parece ser o mais representativo para o fenômeno descrito no título. As discussões sobre a questão do ativismo judicial que estão em curso na teoria legal polonesa centram-se especialmente sobre a questão da interpretação dada pelo Tribunal Constitucional do princípio do Estado Democrático de Direito, expresso atualmente no artigo 2º da Constituição de 1997. A seguir estão as declarações do Tribunal, juntamente com os comentários dos representantes do Direito Constitucional e teoria jurídica, os mais típicos do ponto de vista das questões discutidas no artigo.

A interpretação do princípio do Estado Democrático de Direito

Desde o seu aparecimento em disposições constitucionais em 1989, este princípio, em um grau incomparável a qualquer outro, tem sido, indubitavelmente, objeto de uma interpretação criativa. A multiplicidade excepcional das chamadas modalidades (normas ou regras) “descobertas” pelo Tribunal Constitucional em uma cláusula concisa do Estado Democrático de Direito resultou em uma ampla discussão sobre a admissibilidade de tal interpretação e perguntas sobre a sua função normativa. Estas são as duas regras substantivas em matéria de direitos e liberdades constitucionais (o direito à vida, o direito à privacidade, o direito à proteção da dignidade, o direito à justiça, o direito do indivíduo de proteção de dados pessoais) e as chamadas regras formais (o princípio da proporcionalidade, a proibição de operação retroativa da lei, uma ordem para manter o período de aplicação adequada [*vacatio legis*], o respeito pelos direitos justamente adquiridos, a especificidade das disposições legais, a proteção dos chamados “interesses no curso”, a proibição de alterações na legislação tributária durante o ano fiscal e outros). Devido às emendas constitucionais de 1997 para expressar *explicite* no texto da Constituição um número desses princípios (especialmente os de natureza substantiva), a redação do Estado de Direito já não é a base para a sua derivação desde a Constituição. Por outro lado, de acordo com uma declaração clara do Tribunal Constitucional, é aberto e ainda é considerado muito amplo: “A multiplicidade de conteúdos que compõe a essência do “Estado Democrático de Direito” não é especificamente declarado, em particulares disposições constitucionais”. Ainda assim, este conteúdo pode e deve ser elaborado a partir do artigo 2º da Constituição. Mesmo que não haja nenhuma norma constitucional específica ou se houver a necessidade de harmonizar as diversas normas, o princípio do Estado Democrático de Direito pode ser o ponto de partida para analisar a constitucionalidade de uma cláusula.

Em primeiro lugar, deve-se notar que o Tribunal Constitucional polaco não está disposto a admitir que sua atuação seja marcada pelo ativismo. De acordo com a sua posição consistentemente apresentada em sua interpretação, “(...) nada é retirado nem acrescentado ao sistema de normas jurídicas, mas apenas afirmado qual o conteúdo dessas normas. Assim, pode-se falar sobre a “declaratória” e não de caráter legislativo das interpretações por parte do Tribunal Constitucional”⁸. Esta posição justifica-se, referindo-se ao princípio clássico da separação dos poderes e do lugar do tribunal no sistema político. Esta é uma breve explicação⁹.

Uma maneira de justificar a variedade de conteúdos encontrados pelo Tribunal Constitucional no princípio do Estado de Direito é uma referência à chamada técnica de raciocínio “de uma norma sobre uma norma”. O princípio é apresentado como um coletivo de regras específicas consideradas como diretrizes; em outras palavras, é uma expressão coletiva de uma série de princípios, cada um dos quais pode ser uma base intrínseca para a avaliação de constitucionalidade¹⁰. De acordo com a definição de princípios constitucionais aprovada pelo Tribunal Constitucional, eles não são apenas as normas constitucionais expressas *expressis verbis* no texto da Constituição, mas também normas implícitas por seu conteúdo¹¹. O Tribunal Constitucional usa o chamado raciocínio inferencial em duas etapas, o que significa que este “deriva” um princípio geral do Estado de Direito e, em seguida, “deduz” os princípios que dele se aproximam. Dessa forma, o princípio do Estado de Direito implica o princípio da proteção da confiança e este último implica as regras específicas acima mencionadas.

De acordo com a declaração estável (determinada, enraizada, decidida) do Tribunal, ao avaliar a constitucionalidade das disposições legais, este considera não só a sua conformidade com o texto literal da norma, que é revisado. Ele também leva em conta o ponto de vista da doutrina e da jurisprudência e deve levar em consideração “o contexto constitucional completo das questões que estão sendo resolvidas.” Este é o chamado *acquis constitutionnel* ou “conjunto de regras e as consequências delas decorrentes, expressas não só explicitamente no conteúdo das disposições, mas também a partir da interpretação da Constituição¹²”. O processo de derivar o conteúdo do *acquis* e da forma de sua justificativa é a principal fonte de controvérsia. Críticos da abordagem apresentada pelo Tribunal Constitucional questionam sobre a justificativa teórica para as técnicas de interpretação utilizadas por ele. Eles apontam que isso leva à transformação do princípio do Estado de Direito em um “saco sem fundo”, em uma “pseudolegitimidade” ou “uma chave que abre todas as portas”¹³.

O próprio Tribunal, na sua jurisprudência, não especifica qual é o raciocínio usado. Limita-se, em termos gerais, que uma regra específica “é derivada de”, “é deduzida” ou “é o resultado de” normas do artigo 2º da Constituição. Este raciocínio está bem estabelecido na jurisprudência do Tribunal Constitucional e aceito pelos representantes do dogma do Direito Constitucional. Entende-se que as regras particulares de um Estado de Direito são simplesmente a consequência da adoção de um conceito doutrinário do Estado e não há dúvida de estabelecimento de regras pelo Tribunal enquanto este as define¹⁴. Isso é uma consequência da sua posição positivista e da contínua enfatizada relação que existe entre os princípios decorrentes do artigo 2º da Constituição e do seu texto.

Uma série de reclamações contra essa atitude, tanto da posição de antipositivismo jurídico quanto do positivismo jurídico podem ser encontradas. Em primeiro lugar, de acordo com os defensores do primeiro, a base para as regras de execução de um Estado de Direito não deve ser buscada na norma que versa sobre o Estado de Direito, mas em princípios não escritos de equidade e justiça¹⁵. Uma abordagem semelhante aplica-se à lei natural, segundo a qual os julgamentos que legislam, feitos pelos tribunais constitucionais, são um reflexo do fato de que eles estão lidando não com uma, mas duas constituições. Além da “lei ordinária (ou estatutária?), que é limitada em seu conteúdo”, há uma “constituição completa - uma constituição normativa de um Estado (uma espécie de “espírito” do sistema), o que é perceptível para os juízes constitucionais. Se uma constituição escrita permanece em silêncio sobre o assunto, os juízes,

não sendo capazes de evitar a questão da constitucionalidade do ato sob análise, decidem com base em normas da constituição completa (absolutamente obrigatória)”¹⁶.

Quando se trata da concepção positivista de interpretação, em primeiro lugar, é preciso notar que as descobertas dessa tendência na jurisprudência sofreram modificações de grande alcance. Não só o chamado positivismo “*soft*” apareceu, mas também a tese de que uma vez que seus defensores tinham negligenciado seus pressupostos básicos, este mostra-se essencialmente “morto”¹⁷. A alegação do Tribunal de que, em sua interpretação, apenas “afirma o que é o conteúdo da norma”, poderia ser mantida apenas com base em uma versão dura do positivismo, representado por J. Austin¹⁸. No entanto, os proponentes mais importantes do positivismo atualmente não mais alegam que o direito é um sistema completo e a aplicação da lei é apenas uma dedução das consequências das normas legais. Portanto, aceitou-se o fenômeno da sua interpretação criativa. Hart falou a respeito da *estrutura aberta da lei*, e, portanto, sobre a abertura semântica e caráter indefinido de conceitos que constroem o sistema jurídico, e admitiu que um critério de interpretação pudesse ser uma fonte de normas jurídicas¹⁹. Dworkin considera a lei como um “fato de interpretação”, em que apenas o processo da sua aplicação torna-se sujeito a uma elaboração adequada. A tarefa de juízes e da teoria do Direito é buscar pelo melhor entendimento da lei no contexto de normas e valores culturais²⁰. Raz aceita, em uma situação de necessidade social, a interpretação inovadora por parte dos juízes, o que, conseqüentemente, leva a mudanças na compreensão do texto original da Constituição²¹. Estas declarações, independentemente das diferenças entre os autores sobre questões específicas, estão desafiando claramente a concepção positivista, característica do direito escrito, segundo a qual o conceito de lei é idêntico em todos os textos jurídicos existentes.

O objetivo da interpretação da lei é definir o significado de certas disposições ou dos seus extratos, de acordo com o sistema de diretrizes adotado na jurisprudência e na doutrina. O Tribunal Constitucional escreve que um intérprete legal, em um Estado de Direito, deve sempre levar em conta, acima de tudo, o significado literal de um texto legal²². Para ultrapassar o significado literal, é necessária “forte justificativa axiológica referindo-se principalmente aos valores constitucionais”²³. Tal posição está associada à crença do Tribunal de que é o método literal de interpretar o que garante em maior parte a natureza derivada da interpretação. Demonstrando uma atitude baseada na percepção tradicional do papel dos tribunais no sistema de separação de poderes, o Tribunal Constitucional tem como objetivo refutar qualquer acusação contra o processo legislativo. Note, no entanto, que a apreciação sobre se, num caso particular, houve uma “forte justificativa axiológica”, pertence ao Tribunal Constitucional. Ao contrário de outros tribunais polacos é o Tribunal Constitucional que com relativa frequência renuncia a partir da interpretação literal²⁴.

Devido a uma interpretação distinta do princípio do Estado de Direito, acusações de mudanças inconsistentes do contexto literal a regras não-literais²⁵, ou a falta de uma teoria coerente de interpretação²⁶ são dirigidos contra o Tribunal Constitucional. Derivação de um amplo conjunto de princípios detalhados do princípio do Estado de Direito era, de fato, possível pelo uso frequente do sistema e de diretrizes funcionais. O uso de vários métodos de interpretação, tendo em vista o forte entrelaçamento axiológico de um termo: Estado de Direito, pode levar diretamente à conclusão de que as escolhas feitas pelo Tribunal Constitucional não são de natureza legal, mas justificadas, por exemplo, política ou ideologicamente. Sem aprofundar

este assunto, apenas pode-se notar que há decisões controversas deste ponto de vista na jurisprudência discutida. Como exemplo, podemos citar um julgamento, amplamente comentado na doutrina jurídica, tendo considerado a liberalização da lei do aborto inconstitucional. O Tribunal Constitucional foi em favor da proteção da vida desde o momento da concepção e, portanto, interferiu profundamente na liberdade pessoal de mulheres grávidas, negando-lhes o direito ao aborto, mesmo “como as disposições impugnadas fornecidas” em determinadas situações excepcionais. O Tribunal Constitucional refere, entre outros, o princípio do Estado de Direito e os artigos 38 da Constituição de 1997, que dispõe sobre a proteção legal da vida de todos. A crítica da doutrina resultou principalmente do fato de que o Tribunal Constitucional *de facto* opôs-se à vontade claramente expressa do Parlamento, e tomou uma posição contrária à opinião da maioria dos cidadãos, refletida no referendo constitucional. Durante os trabalhos, a Comissão Constitucional clara e inequivocamente rejeitou as propostas de proteção da vida humana desde o momento da concepção. Nos fundamentos do acórdão, é também claro que o Tribunal Constitucional adota a competência do legislador de nomear diretamente o que considera a “maior” do que outras que “deveriam” ser protegidas pela lei, o que se assemelha ao moralismo legal e ao paternalismo, que envolve a imposição de várias proibições para o bem da comunidade. O Tribunal Constitucional não foi capaz (ou não teve vontade) de se distanciar de aspectos políticos, filosóficos ou médicos em geral. O fato de que ele optou por não postergar a resolução do caso até a entrada em vigor da Constituição de 1997, que criou uma base normativa mais clara para as interpretações, confirma isso. Baseando-se no princípio do Estado de Direito, é ignorado, na verdade, um dos aspectos mais importantes expressos no princípio *in dubio pro libertate*²⁸.

A existência de uma série de dificuldades na criação de uma linha precisa entre interpretar a lei e criá-la²⁹ resulta na formulação de diferentes, mas imperfeitas, propostas para resolver este problema. Devemos concordar com um dos autores que o critério da finalidade da resolução parece ser relativamente útil. Segundo ele, um intérprete deve, em primeiro lugar, determinar a importância da disposição, mesmo com “novas atividades interpretativas, nunca utilizadas em processos judiciais”³⁰. No entanto, se o juiz é focado na implementação de alguns objetivos sociais e o faz com a ajuda de um “instrumento criado *ad hoc* e não justifica o seu uso com a lei existente, ou tratando a justificativa como uma camuflagem para os motivos de suas ações (primeiro a decisão, depois a construção do argumento) [...]”³¹ é uma interpretação legislativa. Entre as decisões do Tribunal Constitucional polaco, é possível encontrar exemplos nos quais os juízes parecem empurrar uma visão específica da ordem social, por exemplo, a decisão acima mencionada sobre a lei do aborto. A crítica da doutrina da lei resultou da abordagem variável ao princípio *lex retro non agit*, uma vez como critério material e, posteriormente, como formal. Foi escrito que o Tribunal é “gentil como um cordeiro” quando se trata de violações às liberdades políticas e civis, mas “perigoso como um leão” quando protege pensionistas contra a “parcimônia de um governo popular socialista”, perseguindo pobremente - no parecer do Tribunal Constitucional - a ideia de justiça social. Seria difícil, no entanto, determinar se o Tribunal Constitucional polonês é guiado pela ideia de implementação de uma única orientadora finalidade social. Diferentes alvos parecem ser os valores constitucionalmente protegidos, os quais o Tribunal muitas vezes tem que escolher. A aplicação do critério apresentado aqui também, infelizmente, não determina exclusivamente o que a natureza da decisão do Tribunal ao interpretar o Estado de Direito é, especialmente quando avaliado contra cortes muito

ativamente orientadas em outros países, como a Suprema Corte da África do Sul. O Tribunal abertamente e de forma consistente implementa metas políticas do Estado, o que representa a reconciliação nacional, superando as divisões sociais do período do *apartheid*. Sem dúvida, o raciocínio a partir de uma norma sobre uma norma pode ser criticado como um processo que cada vez envolve equipar o conceito de Estado de Direito em certos valores, apenas para interpretar esses valores posteriormente³².

A segunda maneira de negar as alegações das decisões legislativas ao interpretar o princípio do Estado de direito é de salientar que o artigo 2º da Constituição contém uma cláusula geral e, portanto, a construção de uma natureza geral, cuja característica essencial é a abertura do sistema legal para certos valores, tornando-o flexível e mais aberto para decisões³³. No caso de cláusulas gerais, algumas bases para decisões discricionárias dos juizes aparecem naturalmente. Sua natureza aberta torna razoável para procurar o significado de uma cláusula, por referência a diferentes métodos do que aqueles de interpretação literal. A autoridade de aplicação da lei pode denotar o conteúdo de uma cláusula geral de aplicação, tanto o direito positivo e o sistema de avaliações extralegis, normas e regras. O estilo legalista de decisões interpretativas, dominante na jurisprudência, que se caracteriza pelo profissionalismo e pela formulação de justificativas legais em jargão jurídico, desaparece no caso de cláusulas de avaliação e termos a serem substituídas pelo estilo substancialista, referindo-se, portanto, razões ou princípios éticos e econômicos da racionalidade³⁴.

Em sua jurisprudência, o Tribunal declarou os critérios para o uso legal das cláusulas permitindo, assim, que se evitem decisões legislativas e o perigo da previsibilidade máxima da decisão a ser tomada na base da disposição. A violação destas exigências aparece em três situações: a evidência para a compreensão da cláusula geral não é só objetiva, mas também subjetiva em sua natureza; o conteúdo de uma cláusula não cria garantias suficientes de que sua interpretação será uniforme e clara, de modo a proporcionar a possibilidade para prever um resultado particular; e os poderes legislativos para os tribunais podem ser derivados da redação da cláusula³⁵.

Uma tentativa de definir com precisão o âmbito da interpretação, o que é aceitável na aplicação da cláusula, é outra declaração de uma posição legalista e passiva do Tribunal Constitucional. A literatura, no entanto, sublinha o fato de que nenhuma cláusula (independentemente de como “precisão” é especificado) pode deixar de garantir essa coerência e precisão da interpretação conforme descrito pelo Tribunal Constitucional. Isso resulta não só das razões linguísticas e literais, mas principalmente a partir do “envolvimento axiológico”³⁶.

A análise das formas de como o Tribunal Constitucional justificou inúmeras interpretações da cláusula do Estado de Direito apresentada acima leva à seguinte conclusão: não importa se ele é justificado em razão da sua complexidade (que consiste de detalhadas regras concebidas como diretrizes) ou de ser uma cláusula geral, não é uma justificativa perfeita e várias controvérsias podem surgir. Ambos os métodos apresentados de fundamentação levam de fato a desafiar o conceito textual da lei. O conceito de direito na jurisprudência do Tribunal Constitucional, independentemente da sua declaração, não é idêntico aos textos legais geralmente existentes. Por um lado, temos de lidar com regras não conclusivas de interpretação na lei, em especial a interpretação funcional e *analogii iuris*. Por outro lado, o Tribunal considera, referindo-se ao *acquis constitutionnel*, como natural.

Alguns representantes da lei na Polônia ressaltam que o Tribunal Constitucional deve abandonar o uso de argumentos espúrios (sobre fundamentação ou sobre uma norma resultante de normas) e oficialmente reconhecer que a sua interpretação deve, por vezes, ser criativa. No caso do princípio do Estado de Direito, não só é aceitável em vista da existência de tal conceito na doutrina do direito, mas também é natural, especialmente devido ao amplo contexto axiológico deste princípio e imperfeição da interpretação literal. Finalmente, esta é a consequência do fato de que não pode ser contestado que o direito moderno configura-se como uma série de diretrizes de caráter não-literal, mesmo se elas não forem expressas diretamente pelo legislador. É, portanto, absolutamente falsa a convicção do Tribunal Constitucional de que os métodos de interpretação que ele usa não acrescentam nada ao sistema de normas legais e apenas afirmam o que é seu conteúdo. Representantes da doutrina jurídica, ao apresentarem diferentes pontos de vista sobre a avaliação das ações do Tribunal Constitucional, concordam que, “o fato de que a interpretação feita pelo Tribunal é (ou, às vezes é) ‘criativa’ ao invés de declaratória, ainda não determina o fato de que o Tribunal faz a lei”³⁷ e “a proibição da interpretação legislativa não contradiz o fato de que a lei, em circunstâncias excepcionais, tolera interpretação criativa, ou pelo menos permite retirar do sentido literal da norma”³⁸. Declaração coerente da presente posição do Tribunal só pode ser explicada pelo medo dos juizes de críticas ainda maiores no caso de adotar o papel de “terceira câmara”. Este método de legitimação do controle abstrato fornecido pelos tribunais constitucionais coloca em questão as razões para a manutenção da atual composição do tribunal □ composto exclusivamente por advogados³⁹.

3. Ativismo argumentativo

A complexidade é a característica da maioria dos casos tratados recentemente pelos tribunais superiores. A natureza elaborada dos processos de aplicação da lei, em tais situações, tem um impacto direto e natural sobre a escolha de um modelo argumentativo, abandonando, na realidade, um puramente silogístico. A análise das decisões do Tribunal Constitucional polaco sobre a interpretação dos princípios constitucionais dá um retrato do corpo que muitas vezes é forçado a escolher entre diferentes possibilidades alternativas de interpretação de uma disposição especial, de modo a buscar a melhor decisão a partir de algum ponto de vista.

A natureza argumentativa da aplicação da lei em caso de princípios legais foi destacada por Dworkin em seu conhecido conceito de distinção entre as normas-regras das normas-princípios. De acordo com essa tese, a natureza não-definitiva de normas-princípios é essencial⁴⁰. No caso de princípios concorrentes, a autoridade aplica a lei usando a chamada pesagem, tentando utilizar qualquer uma delas para a maior extensão possível. A prioridade de um princípio particular é determinada pela avaliação da sua relevância para o desfecho do caso. Dworkin ressaltava que não existe um método preciso para medir a importância dos princípios, portanto, com decisões passíveis de controvérsia⁴¹.

No caso de jurisprudência do Tribunal Constitucional polaco, um estilo discursivo de interpretação diz-se dominar. Referindo-se aos argumentos da recorrente e das outras partes do processo, o Tribunal apresenta sua decisão que equilibra os argumentos pró e contra⁴². Essa atitude, quando acompanhada dos chamados argumentos extrajurídicos, é definida como ativismo argumentativo. Não é, no entanto, uma situação em que as normas legais referem-se a esses critérios, mas a busca pelo apoio em tais argumentos é iniciada por um juiz. É o resultado

da sua crença de que “somente à luz desses argumentos é possível determinar qual solução de um problema ou decisão é a melhor”⁴³. De acordo com a ideologia ativista, um juiz assume a responsabilidade pelas consequências de suas decisões, devendo ser não somente lícitas, mas as melhores em termos de funções complexas da lei.

Quando se trata de ativismo do Tribunal Constitucional polaco, este pode ser considerado possuidor de uma fraca variação. Os juízes do Tribunal evitam a livre formulação de novas regras, mesmo se as disposições legais manifestamente violem as exigências elementares de justiça e racionalidade.

Em primeiro lugar, o Tribunal Constitucional invariavelmente declara que o ponto de partida para a análise da constitucionalidade da lei é o pressuposto da racionalidade do legislador e da presunção de conformidade das leis com a Constituição. Há certa ficção legal que exige assumir que todas as ações sejam o resultado de “uma reflexão aprofundada da questão e uma decisão madura racionalmente justificada” por parte dos legisladores que, por sua vez, sugerem que “a lei é bem fundamentada no racionalismo de antemão”⁴⁴. A presunção de constitucionalidade é reversível em todos os casos em que o legislador abandona algumas regras gerais de construção do sistema legal. O Tribunal também afirma, em termos gerais, que a intervenção se justifica quando o legislador viola drasticamente as regras da racionalidade, mesmo que a legislação atenda a todos os critérios formais de elegibilidade⁴⁵.

Em segundo lugar, o Tribunal Constitucional revisa a constitucionalidade da lei que se limita apenas a supervisionar o cumprimento das normas legais de nível hierárquico baixo para aquelas consideradas superiores, enquanto que o critério da finalidade e precisão não se circunscreve em seu âmbito. Em particular, os casos complexos, cujos exemplos encontram-se abaixo, são por vezes difíceis de avaliar a racionalidade de uma regulação sem referência a estes critérios; estes conceitos estão parcialmente sobrepostos. O Tribunal, afinal, admite o uso relativamente amplo da interpretação funcional (e sua variação especial, a interpretação teleológica), cujo contexto complexo requer levar em conta todos os fatos que afetam a compreensão do texto, incluindo os objetivos da lei⁴⁶.

Em terceiro lugar, não importa o quão amplamente o Tribunal interprete o princípio do Estado de Direito, apresentando indicações para tal. Este definitivamente tentará identificar as suas raízes na lei escrita. No entanto, a identificação de todo o conjunto de normas específicas do Estado de Direito não está escrito no texto da Constituição, ou em qualquer outro lugar. Justificando uma série de exceções a eles, só era possível quando se referia a critérios extraleais. A natureza complexa do princípio geral e a ocorrência frequente de concorrentes princípios detalhados de uma forma natural obrigam o Tribunal a manobrar entre todos os tipos de argumentos para uma justificação mais convincente de suas decisões. No que diz respeito à técnica de pesar valores constitucionais conflitantes, existem opiniões segundo as quais ele muda o “discurso constitucional para uma discussão geral sobre a legitimidade das ações das autoridades” e, assim, coloca a corte no papel explicitamente legislativo⁴⁷.

Vamos, portanto, analisar as decisões selecionadas do Tribunal Constitucional sobre o princípio do Estado de Direito, onde há um elemento de atividade no sentido acima mencionado. Este corpo é muitas vezes obrigado a procurar a opinião dos ministros relevantes sobre as consequências financeiras de qualquer decisão e levar em conta o fato de que um orçamento equilibrado é de muito importante valor constitucional. Reformas econômicas devem ser

implementadas dentro da possibilidade do orçamento do Estado. O orçamento equilibrado assegura a capacidade do Estado para agir e realizar uma variedade de tarefas⁴⁸. O Tribunal Constitucional está disposto a tratar como irracionais (e, portanto, inconstitucionais) as ações do legislador que, mesmo emitidas em nome da proteção do princípio do direito adquirido aos reajustes salariais⁴⁹ e à proteção da confiança dos trabalhadores da indústria específica e de seus direitos⁵⁰, levem a um desequilíbrio das finanças do Estado⁵¹.

A consideração para com o critério econômico tornou-se um padrão de apreciação da constitucionalidade das normas pelo Tribunal e isso significa que cada vez que o Tribunal Constitucional está à procura de tal decisão não será apenas lícita, mas também a mais racional do ponto de vista daquele critério⁵². O Tribunal Constitucional deve funcionar muitas vezes como o último recurso (como a terceira câmara do parlamento), que é capaz de corrigir a decisão absurda do parlamento, que - do ponto de vista da qualidade da lei - é certamente um aspecto positivo do seu papel ativo.

Em uma série de decisões, é evidente que o Tribunal Constitucional tenta apresentar suas decisões como certas ou justas em termos de certos valores que são importantes para a sociedade. Avaliando a regulamentação, o Tribunal refere-se à axiologia de mudanças democráticas, o sistema constitucional de valores ou o sistema de avaliação decorrentes da legislação da década de 1990. Este último, por exemplo, é a justificativa para a exclusão do pagamento no serviço público, na qual não se deve pagar por “atividades que fortaleçam a base política do sistema anterior, opondo-se (ou seja, do ponto de vista axiológico) ao Estado Democrático de Direito”⁵³.

O critério axiológico, no entanto, geralmente só suporta o raciocínio do Tribunal com base na lei escrita. Esta abordagem positivista de aceitar apenas as regras, princípios e valores diretamente expressos como fonte independente de lei é ilustrado pelo seguinte trecho da decisão:

Omitir soluções sistêmicas das normas legais refere-se aos padrões, regras e princípios que pelo simples fato de referirem-se, não se tornam normas legais. Entretanto, obedecendo-os pode ser o dever do destinatário das normas legais. Desta forma, a lei não apenas desempenha o papel de um regulador imediato das relações econômicas, mas também pode ser um meio de comunicação com outros reguladores⁵⁴.

Existem algumas interpretações em que o Tribunal apresenta abertamente uma abordagem ativista e admite que possa haver valores “relevantes para o sistema jurídico, mesmo que eles não sejam (...) expressos diretamente e *expressis verbis* no texto das disposições constitucionais⁵⁵”.

É difícil encontrar restrição do Tribunal em situações em que este afirma que “a alegação de inconstitucionalidade pode dizer respeito a ambas as questões que o legislador regulou no ato e as que foram omitidos neste, mas de acordo com a Constituição deveria ter sido regulamentada”⁵⁶, o que, de fato, poderia ser interpretado como adotando os poderes do “legislador positivo”. Isto levanta uma questão distinta: se a ausência de tal regulamentação é a lacuna real em um caso particular ou se a consideramos como pretendido pelo legislador. Nesse caso, seria uma lacuna aparente, puramente avaliativa (lacuna axiológica). A distinção entre as duas situações exige o conhecimento do direito positivo, bem como das preferências axiológicas e objetivos desejados definidos pelo legislador⁵⁷. Se o Tribunal, com base em uma

análise completa e equilibrada de ambos os critérios, concluir que o legislador cometeu um erro óbvio que não pode ser justificado por referência a estes critérios, omitindo na regulamentação uma esfera de relações sociais (e ainda mais se fosse um resultado da omissão incompreensível no novo regulamento de um problema previamente regulamentado), o Tribunal tem o direito de questionar a constitucionalidade da regulamentação concernente a essa omissão.

No entanto, no caso citado acima, existem dúvidas quanto à validade desta argumentação. O Tribunal Constitucional, ao citar, entre outros, o princípio da proteção do direito adquirido (expectativa realmente legítima), questionou a emenda à Lei das Cooperativas de 1990, privando as cooperativas agrícolas dos privilégios da compra do terreno do Fundo de Terras do Estado. Se considerarmos que o objetivo do legislador foi eliminar do ordenamento jurídico uma compra privilegiada de propriedade, o Tribunal não tem competência para minar esta posição e restaurar esse privilégio. Merece destaque o fato de que esta prática é contrária à desaprovação no sentido de preservar os privilégios do período anterior para a chamada propriedade pública, apresentado de forma consistente pelo Tribunal Constitucional⁵⁸. O veredito analisado também pode ser lido como um exemplo de adoção de poderes adicionais pelo Tribunal. Ele reconhece o fato de que a disposição contestada é inconstitucional, mas somente se esta relacionar-se com a cooperativa “pela qual - violando os regulamentos relativos a prazos para processos administrativos - uma decisão não fora emitida.” O controle constitucional dentro do modelo adotado em nosso País deve ser de caráter geral e abstrato e não pode ser usado para lidar com as consequências das violações da lei ocorridos durante a sua aplicação⁵⁹.

Em conclusão, os exemplos de decisões acima citados mostram que a abordagem ativa, conforme definido acima, aparece na atividade do Tribunal Constitucional polaco. Sem dúvida, entre os argumentos “ponderados” que afetam o padrão de decisões corretas, além dos argumentos jurídicos, há também aqueles extralegais e a decisão final, cujas potenciais consequências os juízes estão tentando ter em mente, são apresentadas não apenas como legais, mas também como mais justas e razoáveis. No entanto, o Tribunal Constitucional definitivamente defende o postulado, característica da doutrina da contenção, de que o juiz não corrige (e muito menos faz) a lei, mesmo se deparar-se com uma lei injusta ou irracional. Nesses casos, ele está mais disposto a indicar a necessidade de mudá-lo pelo parlamento⁶⁰.

NOTAS

¹ Uma visão geral do variado grau de ativismo das cortes nos selecionados países está presente no livro B. Banaszaka i M. Bernaczyka, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012.

² B. Rüthers, *Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates: Begriff, Ursprung, Entwicklung (Podstawy demokratycznego państwa prawa: pojęcie, geneza, rozwój)*, [w:] *Kultura i prawo. Podstawy jedności europejskiej*, Lublin 1999, s. 77.

³ B. Brzeziński, *Współczesne amerykańskie teorie wykładni prawa*, PiP 2006, nr 7, s. 35–38.

⁴ Zob. np. Th. Würtenberger, *Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts*, [w:] *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?*, B. Guggenberger, Th. Würtenberger, Baden–Baden, 1998, s. 57–80.; E. Morawska, *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Toruń 2003 s. 55 i n. and German literature cited there.

⁵ Por. A. Sulikowski, *Tworzenie prawa przez sądy konstytucyjne i jego demokratyczność*, PiP 2005, nr 8, s. 21.

⁶ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003, s. 286. Sobre o assunto da abordagem ativa das cortes constitucionais na Europa Central e Oriental, veja A. Ludwikowska, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Środkowo-Wschodniej w okresie przekształceń demokratycznych. Studium Porównawcze*, Toruń 1997, s. 177–182.

⁷ Zob. L. Morawski, *Zasada trójpodziału władzy. Trybunał Konstytucyjny i aktywizm sędziowski*, *Przegląd Sejmowy* 4 (93)/2009; M. Granat, *Problem legitymacji sądownictwa konstytucyjnego w demokratycznym państwie prawa*, [w:] *Polska lat*

90-tych. Przemiany państwa i prawa, tom 1, Lublin 1999, s. 310.

⁸ Resolução 07.03.1995 r., W 9/94.

⁹ T. Gizbert-Studnicki, *Teoria wykładni Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 77.

¹⁰ Para mais detalhes, veja E. Morawska, *Klauzula państwa...*, s. 201 i n.

¹¹ Caso 05.11.1986 r., U 5/86.

¹² Caso 20.11.2002 r., K 41/02.

¹³ Para mais deste assunto, veja E. Morawska, *Klauzula państwa ...*, s. 207–208. O autor escreve sobre uma similar crítica na Alemanha, direcionada ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, *op. cit.*, s. 91. Em relação ao Tribunal Constitucional húngaro, Zob. również A. Sajo, *Jak rządy prawa zabiły węgierską reformę systemu opieki społecznej*, *East European Constitutional Review*, 1997.

¹⁸ A teoria, segunda a qual o intérprete só reconstrói o conteúdo de normas existentes, foi defendido no livro publicado em 1832, *The Province of Jurisprudence Determined*. Por. L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”...*, s. 334.

²¹ SULIKOWSKI, A., *op. cit.*, s. 31. O autor refere-se a GOLDSWORTHY, J., *Raz on constitutional interpretation*. *Law and Philosophy*. n.22, 2003.

²² Compare o caso de 28.06.2000 r., K 25/99. Morawski nota que, na jurisprudência, a prioridade é considerada como „quase uma básica condição para o funcionamento da lei no Estado de Direito”, *idem*, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 20.

²³ Caso K 25/99.

²⁷ Veja, entre outros, um artigo muito crítico, de SADURSKI, W. *Konstytucja trybunalska...*

²⁹ Segundo Sarkowicz, isso não pode ser resolvido pela classificação de quais julgamentos são e os que não são criativos, somente é possível determinar o grau de sua natureza criativa. Para ele, esta distinção é de natureza contratual, uma vez que depende do ponto de referência, que pode ser o significado literal do texto ou o contexto literal, juntamente com o não-literal. Por. *idem*, *Uwagi o współczesnej interpretacji prawniczej*, [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, pod red. S. Wronkowskiej, Kraków 2005, s. 26.

³² J. Nowacki criticou mais fortemente argumentando que o raciocínio aplicada pelo Tribunal é „totalmente inaceitável”, e que pelo princípio do Estado de Direito „de aplicar qualquer entendimento da implicação, não resulta em nada: nem que as disposições da então chamada aplicação retroativa possam ser estabelecidas, ou que devam ser estabelecidas (...).” J. Nowacki, *Rządy prawa. Dwa problemy*, Katowice 1995, s. 109.

³³ Veja, por exemplo, o caso 15.09.1998 r., K 10/98, 03.10.2001 r., K 27/01 nas referências a doutrina e de 17.10.2000, SK 5/99 em referência à jurisprudência.

³⁷ GIZBERT-STUDNICKI, T., *Teoria wykładni...*, s. 83. Este artigo discute com a posição apresentada por MORAWSKI, L. *Precedens a wykładnia*, PiP 1996, nr 10, s. 6 i n.

³⁹ W. Sadurski, *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, Wydawnictwo Sejmowe 2008, s. 70. O autor afirma no contexto sobre o papel representativo da corte constitucional, como um corpo, cuja atividade conecta-se com o complexo de matérias que não muito se conectam com a exegese dos conceitos legais, mas sim com as escolhas básicas na área de valores.

⁵¹ De acordo com o Tribunal, equilibrar o orçamento vem antes do requerimento, decorrente da cláusula do Estado de Direito, de modo a refletir as obrigações financeiras impostas ao Estado no ato do orçamento. O Tribunal Constitucional não explica totalmente os critérios que usou para decidir sobre a ordem de preferência, mas ele escreve, em uma forma típica, que, em referência a dois valores opostos há uma „obrigação para reconciliá-los harmoniosamente, com o foco, no entanto, por ex.” Veja o caso z 26.11.2001 r., K 2/00.

⁵⁶ Caso 24.10.2000 r., SK 7/00. Anteriormente semelhante, em um caso 03.12.1996 r., K 25/95.

Verificar as NOTAS