



As deslocações de compreensão do Estado de Direito

J.J. Gomes Canotilho*

SUMÁRIO: O artigo analisa a problemática do Estado de Direito no discurso jurídico-constitucional contemporâneo. Reflete-se, em particular, sobre as críticas a que o princípio está hoje sujeito, que conduzem à relativização e mudança dos “standards” de juridicidade progressivamente sedimentados, designadamente, o alegado excesso de garantismo e a difícil compatibilização com as ideias de eficácia e a eficiência. Por fim, identificam-se várias condições de facto que acentuam os problemas identificados, como o défice sistémico existente no quadro da União Europeia e o défice de juridicidade que se tornou evidente com a crise económica.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito – União Europeia – crise – justiça.

* Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

A – O Estado de Direito nas discussões atuais

I – O “stress” do Estado de Direito

1. O jurista familiarizado com a problemática do *Estado de Direito* e, em termos mais amplos, com a juridicidade de *comunidades de direito*, está hoje perplexo com a turbulência em torno de um princípio que se julgava estabilizado e indiscutível. Alguns autores falam mesmo de “Estado de Direito sob stress” (R. Bin).¹ Outros avançam com a ideia de dispensabilidade da forma principal englobante sugerida pelo princípio em questão, pois todas as questões relevantes no âmbito da juridicidade dos esquemas jurídico-políticos estão resolvidas pela consagração de princípios ou regras específicos nos textos constitucionais ou equivalentes (direitos fundamentais, separação e interdependência de poderes, constitucionalidade dos atos dos poderes públicos, autonomias territoriais, proibição do excesso, etc.).² Mais recentemente, procura-se conferir precisão ao *status* epistemológico do princípio sublinhando a sua dimensão valorativa (não primariamente formalística) e a sua extensão a comunidades politicamente organizadas fora do contexto do “Estado nacional soberano”.³ Nesta perspetiva, o Estado de Direito é definido como a versão do Estado moderno que, com base numa filosofia individualística e através de processos de difusão e de diferenciação do poder, atribui ao ordenamento jurídico a função primária de tutelar os direitos civis e políticos, “contrastando”, com esta finalidade, a inclinação do poder para o arbítrio e a prevaricação.⁴

II – A hipertrofia garantística

2. O Estado de Direito encontra-se também submetido a variadas críticas tendentes à relativização e mudança dos “standards” de juridicidade progressivamente sedimentados. Denuncia-se a “hipertrofia garantística” da juridicidade estatal e os perigos da edificação de um “Estado de Direito total”.⁵ O “excesso de garantismo” é invocado por todos aqueles que consideram a *globalização* como um desafio para o direito público. Este esquema de regras organizatórias, procedimentais e processuais cristalizadoras de juridicidade é também contestado em nome da necessidade da “aceleração”, “simplificação”, “ponderação de interesses”, “contratualização” e “informalização” para o desenvolvimento económico.⁶

3. O “excesso de juridicidade” e de “garantismo” também é um mote obsessivo dos defensores do “*Estado de segurança*”. A “criminalidade crescente”, o “terrorismo”, a “insegurança” individual e coletiva, demonstrariam que a “sociedade de risco” e

¹ Cfr. Roberto Bin, *Lo Stato di diritto* (Bologna: Il Mulino, 2004), 67.

² Em termos paradigmáticos cfr. Ph. Küning, *Das Rechtsstaatsprinzip* (Tübingen: s/e, 1986), 109 e 457 e ss.; M. Rosenfeld, “Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British, and Israeli Approaches to the War on Terror”, *Cardozo Law Review*, 27 (2006), 767-832.

³ De forma aprofundada, G. Palombella, *È possibile una legalità globale* (Bologna: Il Mulino, 2012), 69 e ss.

⁴ Cfr. P. Costa e D. Zolo, *Lo Stato di diritto*, 3.ª ed. (Milão: Feltrinelli, 2006), 44 donde retiramos a formulação do texto; Roberto Bin, *Lo Stato di diritto ...*; G. Palombella, *È possibile...*, 69 e ss.

⁵ Cfr. por todos, K.A. Bettermann, *Der totale Rechtsstaat* (s/e, 1986).

⁶ Garantismo é um neologismo com o qual se pretende recolher o conjunto de técnicas de tutela de direitos fundamentais. Num sentido mais restrito está ligado ao sistema de garantias processuais do direito penal, na tradição clássica do pensamento penal liberal. Cfr. Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo* (Madrid: Trotta, 2001), 61.

a “sociedade de perigo”⁷ exigem outras abordagens jurídicas e políticas (sobretudo no campo do direito constitucional, do direito penal, do direito processual penal e do direito processual administrativo), claramente distintas das propugnadas pelo pensamento liberal-iluminístico no plano “das restrições direitos”. Os objetivos de “tolerância zero” e do “direito penal do inimigo” inserir-se-iam nesta perspetiva crítica. Ao Estado de Direito clássico são exigidas “garantias”, “formalidades” e “procedimentos” que não coloquem em risco a sua própria capacidade de prestação.⁸

III – Juridicidade e economicidade

4. O Estado de Direito dá-se mal com critérios económicos. Ao lado da “juridicidade” e da “justiça”, os princípios da *efetividade* e da *eficiência*, economicamente trabalhados, obrigam a desconstruções (ex: desconstrução da “burocracia estatal”, dos “serviços públicos”, do “setor público da economia”) e a “reconstruções” dos esquemas organizatórios (“privatização”, “desregulação”, “desformalização”) com a consequente criação de novas formas de atuação no exercício de poderes públicos (“cooperação entre poderes públicos e poderes privados”, “garantia de resultados económicos viáveis”, “*outsourcing*”). Sublinha-se a incapacidade ou insuficiência do direito como instrumento de conformação da ordem jurídico-social. A “inflação legislativa”, a perda de “validade do direito estatal” num contexto de globalização, a insuficiente capacidade de prognose dos agentes públicos, os limites notórios a nível da própria formulação linguística dos atos normativos, a abertura para situações concretas assentes em critérios económicos em desfavor dos atos jurídicos tradicionais (leis, regulamentos, atos administrativos), obrigam à tomada em consideração de *formas de regulação não jurídicas*, ao arrepio das exigências estreitas da juridicidade.⁹ O Estado de Direito dá-se também mal com a *sociedade de informação e de comunicação*. As dificuldades da administração do Estado perante os “download” caleidoscópios e os “partidos pirata” regateadores da “internet” gratuita e livre são apenas sinais recentes da perda de força conformadora das medidas e procedimentos jurídicos do Estado de Direito.

IV – O Estado de Direito e os seus pressupostos culturais

5. Tudo o que se acaba de expor merece uma suspensão reflexiva exigente e aberta. Deve salientar-se, porém, que o Estado de Direito não é um aparelho jurídico, ou melhor, “um conjunto de artefactos técnico-jurídicos” apenas adaptado às

⁷ São aqui obrigatórios os livros de U. Beck, *Risikogesellschaft*, (Frankfurt/M: s/e, 1986); *Weltrisikogesellschaft* (Frankfurt/M: s/e, 2007).

⁸ Veja-se o importante livro de J. Perez Royo e M. Carrasco Durán (dir.), *Terrorismo, democracia y seguridad*, Madrid e outros, 2010. Em língua portuguesa existem hoje importantes estudos: D. Freitas do Amaral, “Reflexões sobre alguns aspectos jurídicos do 11 de setembro e suas sequelas”, *Liv. Hom. Isabel Magalhães Colaço*, III, Coimbra (2006), 236 e ss.; Nuno Piçarra, “Terrorismo e direitos fundamentais: as *smart sanctions* na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e no Tratado de Lisboa”, *Est. Hom. Gomes Canotilho*, III, Coimbra (2012), 711 e ss.

⁹ Um exemplo de grande acuidade é fornecido pela discussão em torno da sustentabilidade da dívida pública. Sob o ponto de vista da juridicidade, justificar-se-ia o travão ao endividamento “de modo a evitar que a bancarrota orçamental implique ingerências confiscatórias nas posições jurídico-constitucionais dos cidadãos e que, em termos de justiça geracional, haja uma sobrecarga quer sobre a geração actual quer sobre as gerações futuras. Cfr. Maxi Koem, *Eine Bremse für die Staatsverschuldung* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2011), 155 e ss.

premissas filosóficas e políticas do “Estado liberal” e do “individualismo burguês”. As condições possibilitadoras da sua emergência e solidificação representam os *pressupostos culturais e políticos*¹⁰ do Estado de Direito. Na verdade, o princípio da juridicidade estatal garante constitucionalmente a “medida e a forma” justas de atuação dos poderes públicos numa comunidade organizada. A “ambiente” destes pressupostos constitucionais assenta numa verdadeira “cultura” e “civilização” jurídicas (liberdade individual e coletiva, direitos e garantias, administração pública profissional e imparcial, igualdade de acesso aos cargos públicos, acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, vinculação de todos os poderes à constituição, responsabilidade dos poderes públicos ou de privados com poderes públicos pelos danos causados aos particulares no exercício destes poderes, justiça administrativa com esquemas processuais adequados). As dificuldades atuais obrigam ao repensamento do princípio da juridicidade. Não conduzem a atirar esta aquisição cultural para o campo das “velharias jurídicas”. Mesmo lá, onde o *grau zero do Estado de Direito*¹¹ parece radicar o pessimismo perante a inoperacionalidade do princípio da juridicidade estatal fora dos seus quadros culturais é indispensável uma problematização reflexiva e aberta.

B – Défice sistémico e conflito de juridicidade na União Europeia

I – Crise constitucional e crise de juridicidade

1. Juridicidade como dimensão constitutiva da União Europeia

1.1. Défice sistémico

1. A juridicidade estatal surge normativamente consagrada como um dos valores constitutivos da União Europeia (TUE, art. 2.º). Dada a dimensão constitutiva deste princípio, entende-se que ele não está imune às crises atuais da União Europeia, desde a “crise da dívida” ou do “excesso de endividamento” até à “crise constitucional”, quer dos Estados-Membros, quer da União Europeia. Mais concretamente, existe um *défice sistémico* que perturba a promoção da *Rule of Law* no ordenamento jurídico da União Europeia. A juridicidade é ameaçada quando um número significativo de agentes, em diversos setores, deixa de garantir expectativas normativas, a ponto de originarem um *défice na confiança* no direito e nas instituições públicas.¹²

1.2. Indicadores

2. Através de vários indicadores monitorizados por vários esquemas de controlo e de regulação¹³ é possível trabalhar com dados referentes à corrupção (“*control of corruption*”), à qualidade da regulação (“*regulatory quality*”), à juridicidade (“*rule of law*”) e efetividade de governo no que respeita à qualidade de serviço (“*government effectiveness*”).

¹⁰ Cfr. por todos, P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª ed. (Berlim: Duncker & Humblot, 1998).

¹¹ A obra do jurista da Guiné-Bissau, Emílio Kafft Kosta, “O grau zero do Estado de Direito” é uma notável expressão deste pessimismo.

¹² Cfr. Armin Von Bogdandy e Michael Joannidis, “Das Systemische Defizit, Merkmale, Instrumente und Problem am Beispiel der Rechtsstaatlichkeit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahren”, in *ZaöRV*, 2 (2014), 283-328.

¹³ Exemplos: *Worldwide Governance Indicators (WGI)*, *World Justice Project (WJP)*.

Centrado especificamente no “*Rule Law Index*”, o *World Justice Project* (WJP) analisa nove categorias: limitação do governo através da lei, ausência de corrupção, ordem e segurança, direitos fundamentais, governo aberto, cumprimento das regulações, funcionamento da justiça civil, da justiça criminal e da justiça informal. A mobilização de vários destes dados indicou que a juridicidade da União Europeia era confrontada com a “juridicidade fraca” de vários Estados-Membros, designadamente na promoção da estatalidade macroeconómica e do desenvolvimento sustentável. Perante as externalidades negativas detetadas em vários campos, tornou-se indispensável a imposição de condicionalismos através de “memorandos de entendimento” e através de um “procedimento de fiscalização da juridicidade”. Através deste último procedimento visa-se especificamente controlar diversos aspetos da juridicidade – princípio da legalidade, segurança jurídica, proibição do arbítrio do poder executivo, controlo judicial, efetivo e independente, direito a procedimento justo, divisão de poderes e igualdade perante a lei –, podendo as entidades europeias competentes emitir uma recomendação (*rule of law recommendation*).¹⁴

1.3. Funcionalização da juridicidade

3. É visível que o procedimento de fiscalização da juridicidade procura resolver disfunções da “*rule of law*”, a fim de, a nível do sistema jurídico, neutralizar fragilidades estruturais que vão do combate ao crime organizado e à corrupção até à inoperacionalidade do sistema de justiça. O problema desta abordagem sistémica é a de colocar no banco dos réus os sistemas jurídicos dos Estados-Membros a fim de legitimar políticas de ajustamento económico e financeiro. Estas políticas tornam o sistema de juridicidade estatal mais fraco através das inúmeras medidas – financeiras, fiscais, sociais, laborais – derogatórias de princípios incontornáveis do Estado de Direito (princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica, princípio da proporcionalidade, princípio da não retroatividade de leis fiscais e de leis restritivas de direitos fundamentais). A narrativa da fragilidade do princípio do Estado de Direito pode ser oposta à que está subjacente à doutrina do “défice sistémico”, salientando-se a violação de direitos humanos e de direitos fundamentais pelo pacote de medidas económico-financeiras impostas a cidadãos de alguns Estados-Membros.¹⁵ Mesmo em análises serenas centradas nos aspetos económico-financeiros,¹⁶ o problema do *conflito de juridicidades* – a juridicidade da União Europeia e a juridicidade dos Estados-Membros – justifica a reproblemática do sentido de “Estado de Direito” e de juridicidade estatal. O “assédio económico financeiro” obriga a um “sofrimento judicial”. É de assinalar que os tribunais constitucionais estão hoje em sofrimento, nos países que (como Portugal) tiveram de submeter-se a traumáticos vínculos externos. A tenaz entre princípios de elevado valor jurídico e a consciência dos efeitos potencialmente desestabilizadores das sentenças, num clima de assédio económico, induz os juízes a procurar um difícil equilíbrio, no qual entra também, por vezes, a

¹⁴ Vide a exposição de Armin Von Bogdandy e Michael Joannidis, “Das Systemische Defizit...”, 322. O procedimento a que se faz referência no texto tem como título “Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A New Framework to Strengthen the Rule of Law”, 11.3.2014, COM (2014) 158.

¹⁵ Cfr. Andreas Fischer-Lescano, *Human Rights in Times of Austerity. The EU Institutions and the Conclusion of Memoranda of Understanding* (Baden-Baden: Nomos, 2014).

¹⁶ Cfr. Adriano Giovannelli, “Vincoli europei e decisione di bilancio”, *Cuaderni Costituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionali*, XXXII, 4 (2013), 933 e ss.

possibilidade de diferir pragmaticamente os efeitos das sentenças. O problema do conflito de juridicidades reconduz-nos, afinal, a uma discursividade crítica da visão europeia do défice sistémico: o princípio da juridicidade estreitamente *funcionalizado* a políticas económicas. As consequências de tal compreensão da juridicidade são aniquiladoras da própria *ratio essendi* dessa mesma juridicidade. Os princípios ou requisitos convocados para densificar a juridicidade europeia destinam-se a servir a nova forma de *gubernaculum*, ou seja, a *governance* europeia. A ideia de *dualidade do direito* que esteve sempre presente na consolidação da juridicidade estatal ou da *rule of law* – existência de um direito positivo para lá do direito positivo do domínio político-económico – dissolve-se nos sistemas de “constituições financeiras multinível”.¹⁷ O último passo neste sentido deteta-se também na introdução de categorias como “interesse público” e “direito de necessidade político-administrativa”.

¹⁷ Vide as considerações críticas de G.Palombella, *È possibile...*, 235 e ss.