

CONTROLE JURISDICIONAL DA PONDERAÇÃO LEGISLATIVA: PROPOSTAS DE PADRONIZAÇÃO TESTADAS NO CASO NOTÁVEL DO ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS PORTUGUESAS¹

Maurício Mazur²

RESUMO

O artigo trata do controle jurisdicional da ponderação de bens e interesses concretizada pelo legislador democrático em normas restritivas de direitos fundamentais e da formulação de algumas propostas de padronização desse procedimento na fiscalização de constitucionalidade de normas com omissões relativas violadoras do princípio da igualdade. A construção dogmática das propostas é feita a partir da dissociação da ponderação judicial controladora da ponderação política em duas fases: a ablativa, que elimina ou desaplica o segmento normativo inconstitucional, e a reconstrutiva, que concebe a norma corretiva

¹ O artigo é uma adaptação do relatório científico apresentado em 15 set. 2010 na unidade curricular de Direitos Fundamentais I e II (Ponderação e Direitos Fundamentais) como requisito de avaliação parcial no Curso de Mestrado em Direito (na área de Direitos Fundamentais) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

² Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro de Ensino Superior de Maringá; Especialista em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Mestrando em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Bolsista da Escola Nacional da Magistratura); Juiz Titular do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (investidura em 28 nov. 1997).

de conformação constitucional futura pelo restabelecimento da igualdade. O instrumento dessa espécie de controle de constitucionalidade é a sentença aditiva de natureza conformadora. As propostas de padronização formuladas são colocadas à prova numa hipótese de tratamento jurisprudencial obtida pela reconstrução do caso notável do ensino religioso nas escolas públicas portuguesas, julgado pelo Tribunal Constitucional português em 1987, que tem por objeto uma norma reguladora de liberdade religiosa com potencial omissão relativa violadora do princípio da igualdade.

Palavras-chave: direito constitucional; controle de constitucionalidade; ponderação de bens e interesses; direitos fundamentais; princípio da igualdade; liberdade religiosa.

ABSTRACT

The paper deals with the judicial review of the balancing achieved by democratic legislature in restrictive norms of fundamental rights and formulates some proposals for standardization of this procedure in the supervision of constitutionality of provisions with partial omissions that violate the principle of equality. The dogmatic construction of the proposals is made from the dissociation of judicial balancing that controls political balancing in two phases: the ablative, which eliminates or disapplies unconstitutional regulatory segment, and reconstructive, which creates the corrective standard of future constitutional conformation trough the restoration of equality. That judicial review is operated by a creative sentence of constitutional conformation. The standardization proposals are

tested through a hypothetical jurisprudential treatment obtained by reconstructing the remarkable case of religious education in public schools in Portugal, decided by the Portuguese Constitutional Court in 1987, whose object is a regulatory standard of religious freedom with potential default on violating the principle of equality.

Keywords: constitutional law; constitutional review; balancing; fundamental rights; the principle of equality; religious freedom.

INTRODUÇÃO

O estudo da Metodologia Jurídica na Dogmática Constitucional dos sistemas jurídicos contemporâneos³ (do segundo pós-guerra) é algo de mais indispensável e instigante na Ciência Jurídica atual. Karl Larenz constata que “ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis *nada mais envolva* do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados”, enunciado que, segundo Robert

³ Já concebidos no âmbito de um fenômeno de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, que tem como aspectos padronizadores: (1) a concepção dos princípios e valores como elementos dos sistemas jurídicos constitucionalizados; (2) a utilização da ponderação de bens e interesses como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; (3) a irradiação normativa da Constituição por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; (4) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na interpretação das normas constitucionais; (5) a aceitação de alguma conexão entre Direito e moral. Neste sentido, André Rufino, “Aspectos do Neoconstitucionalismo”, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, 2007, p. 67-68.

Alexy, “caracteriza um dos poucos pontos em que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia jurídica”⁴.

Um dos aspectos mais elucidativos desta constatação metodológica está na superação da *lógica subsuntiva* como bastante para a operação e a justificação das decisões judiciais que cada vez mais enfrentam “(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto”⁵.

Ocupando-se apenas dos *conflitos normativos* como hipótese problemática das decisões judiciais⁶, é possível avançar

⁴ Primeiro a citação de Karl Larenz e depois do próprio Autor, ambas em Robert Alexy, *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 17.

⁵ Confira (cf.) Robert Alexy, *Teoria da Argumentação Jurídica...*, p. 17 e 37. Na nota nº 7 relativa ao trecho transcrito, o Autor ressalva que a sua enumeração de motivos pode estar tanto incompleta quanto excessiva. Para tanto, cita Hans Kelsen que, entre os motivos apresentados para a “indefinição do ato de aplicação da lei” exclui os de números 3 e 4, mas inclui a discrepância entre a vontade e a expressão da autoridade estipulada pela norma como um motivo de número 5 em adição aos motivos de números 1 e 2.

⁶ Os conflitos normativos são espécies de *concorrências normativas*, configuradas por (1) sobreposição, (2) contradição, (3) cumulação, (4) especialidade, (5) excepcionalidade, (6) alternatividade e (7) alternatividade derivada, no relacionamento entre suas previsões. Somente as concorrências por contradição, com as variantes de especialidade e excepcionalidade, e por alternatividade derivada geram situações de conflito. A *contradição* é a modalidade de concorrência que se verifica quando as duas normas com previsão comum têm, em acréscimo, estatuição igual com operador deôntico diferente ou diferente estatuição com idêntico operador deôntico, sendo a estatuição, neste caso, incompatível. A concorrência de *especialidade* ocorre quando as normas têm o mesmo operador deôntico, mas estatuições diferentes e incompatíveis. Já a concorrência de *excepcionalidade* ocorre quando o operador deôntico muda e a estatuição se mantém ou é alterada, desde que,

com uma premissa teórica de insuficiência da metodologia positivista para a resolução geral de antinomias, à medida que seus critérios de hierarquia (*lex superior derogat inferiori*), cronologia (*lex posterior derogat priori*) e especialidade (*lex specialis derogat generali*), concebidos e operados conformes à *teoria do formalismo jurídico*, que funda a validade do direito em sua estrutura formal, dissociada de seu conteúdo normativo, mostram-se inadequados para a resolução de *conflitos concretos*⁷, como são aqueles estabelecidos entre normas paritárias, contemporâneas e gerais ou que, preenchendo cada uma delas ao menos um critério de vantagem, antagonizem as normas de conflito disponíveis⁸, mas sobretudo como são os conflitos estabelecidos entre normas-princípios⁹.

neste caso, também seja incompatível. Por fim, a concorrência por *alternatividade derivada* ocorre quando, em virtude de duas normas serem cruzadas por se comportarem na concorrência como se de uma única se tratasse, da junção dos conteúdos dos dois elementos finais das normas quando não estão cruzadas, no caso sob a mesma previsão alargada, decorrem efeitos incompatíveis. A contradição, englobando as variantes de especialidade e excepcionalidade, resolve-se com uma norma de prevalência, ou não se resolve, gerando uma contradição insanável, enquanto a alternatividade derivada ou é inconseqüente, porque há uma norma material sobre o conflito, ou se resolve por *ponderação*. Cf. David Duarte, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 237-257.

⁷ Os conflitos normativos em geral ocorrem quando há cumulativamente (1) incompatibilidade das conseqüências legais e (2) condições similares de aplicabilidade. Ao contrário dos conflitos normativos abstratos, que são detectados imediatamente ao nível deôntico, os conflitos normativos concretos emergem da condicionalidade normativa desencadeada por situações fáticas, ao nível da realidade. Cf. David Duarte, *Drawing Up the Boundaries of Normative Conflicts that Lead to Balances*, artigo inédito, tradução livre.

⁸ No mesmo sentido de insuficiência do método positivista, Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*, São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 41-42.

⁹ A estrutura dos princípios é especialmente adequada para criar conexões do tipo *parcial* ↔ *parcial* entre suas hipóteses legais (as normas partilham

A deficiência do método decisório positivista acentua-se frente às modernas Constituições, *axiologicamente plurais e abertas*¹⁰, que estruturam virtuosos direitos como mandamentos de otimização¹¹, com satisfação dependente das possibilidades fáticas e jurídicas envolvidas no conflito. Segundo Claus-Wilhelm Canaris, “os princípios permitem exceções e podem ser mutuamente inconsistentes e até mesmo contraditórios; eles não reivindicam aplicação exclusiva; seu significado real só se

algumas condições de aplicabilidade e entram em conflito quando todas as condições comuns e distintas estão presentes). Isto acontece porque a ampla hipótese legal do princípio permite que seja facilmente preenchida por fatos (tornando uma condição presente) e: (i) quando um fato demonstra que dois princípios partilham uma condição, (ii) por definição, cada hipótese legal tem condições diferentes das previstas na outra. Cf. David Duarte, *Drawing...*, artigo inédito, tradução livre.

¹⁰ O Catedrático Emérito de Direito Político, *Pablo Lucas Verdú*, qualifica como aberta a Carta Política em que o texto e a sua interpretação são receptivos à influência de fatores axiológicos, ideológicos, sociais e culturais externos à sua normatividade formal. A respeito desta dimensão externa da norma jurídica, o jusfilósofo idealizador da Metodica Estruturante do Direito, *Friedrich Müller*, pondera que o teor literal de qualquer prescrição de direito positivo é apenas a “ponta do *iceberg*”, sendo todo o resto – talvez o mais significativo – constituído por fatores extralingüísticos, que, mesmo se o desejassemos, não poderiam ser fixados no texto dos enunciados jurídicos. Ambos citados por Inocêncio Mártires Coelho, “O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional”, in *Revista Direito Público*, v. 3, n. 12, Porto Alegre: Síntese/Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005, p. 50-51.

¹¹ Contrapostos aos *mandamentos de conduta determinada*, na típica estrutura das regras. “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”. Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo:

desenvolve através de um processo de ajustamento e limitação de duas mãos alternadas; e eles precisam para sua realização da concretização via princípios subordinados e julgamentos particulares de valor com conteúdo material independente”¹².

Inserida num ideário pós-positivista ou mesmo avançada no modelo do neoconstitucionalismo¹³, a ponderação¹⁴, essencialmente fundada no *princípio da proporcionalidade*¹⁵, que opera a *pesagem de bens e interesses* envolvidos no conflito

Malheiros Editores, 2008, p. 90.

¹² *Apud* Robert Alexy, *Teoria da Argumentação Jurídica...*, p. 19.

¹³ O pós-positivismo não é um modelo teórico, mas um ideário transicional entre o positivismo e o neoconstitucionalismo. O jurista mexicano Miguel Carbonell, pioneiro no uso desta denominação (*Neoconstitucionalismo(s)*, 2003), concebe este novo modelo teórico em três postulados: (1) ideologia que tenta explicar o surgimento de novos textos constitucionais no segundo pós-guerra; (2) novas práticas jurisdicionais, com recurso à ponderação, à proporcionalidade e à maximização dos efeitos normativos; (3) novidade teoria com influência nos julgamentos. Os aspectos do neoconstitucionalismo como teoria do Direito podem ser sintetizados nas seguintes proposições evolutivas em relação ao positivismo: (1) mais princípios que regras; (2) mais ponderação que subsunção; (3) onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, ao invés de uma ampla margem de discricionariedade legislativa ou reguladora; (4) onipotência judicial, ao invés de autonomia do legislador ordinário; (5) coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, ao invés da homogeneidade em torno de poucos princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas. Cf. Luis Pietro Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 117.

¹⁴ A ponderação é relacionada a teorias de interpretação constitucional que são baseadas na identificação, valoração e comparação de interesses concorrentes. Entende-se por uma ‘opinião ponderada’ a opinião judicial que analisa uma questão constitucional que parte da identificação dos interesses envolvidos no caso e que concebe uma decisão ou constrói uma regra constitucional explícita ou implicitamente por atribuição de valores a esses interesses. A ponderação foca diretamente nos interesses, que buscam reconhecimento próprio e que forcem uma comparação corpo-a-corpo com os interesses concorrentes. A ponderação apareceu como um método explícito de interpretação constitucional

substancial normativo, é frequentemente apresentada como algo inerente aos princípios¹⁶ – e vice-versa¹⁷.

Admitida pela doutrina constitucionalista e usualmente operada pela jurisdição constitucional na resolução de conflitos substanciais entre normas-princípios, a ponderação de bens e interesses expõe-se a uma profusão de críticas¹⁸. As mais fundadas podem ser sistematizadas em três aspectos. No *aspecto metodológico*, a ponderação é acusada de atribuir ao julgador uma

em meados do século XX, com duas interpretações plausíveis para seu surgimento: (1) alguma coisa aconteceu que permitiu aos juízes simplesmente expressar o que eles já vinham fazendo o tempo todo ou então (2) mudou a forma de se pensar o direito constitucional e o raciocínio constitucional e esta mudança refletiu na renovação da opinião escrita. A ocorrência da segunda hipótese é justificável pelos seguintes argumentos: (1) os clamores político, judicial e acadêmico por uma nova forma de adjudicação constitucional; (2) as necessidades de superação de uma jurisprudência pragmática e de instrumentalização de uma jurisprudência dinâmica e valorativa. Neste sentido, Alexander T. Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, in *The Yale Law Journal*, vol. 96, n. 5, 1987, p. 945 e 952.

¹⁵ A proporcionalidade é qualificada por uma prestigiada doutrina não como um princípio (que é uma norma de primeiro grau, como uma regra), mas como um postulado normativo aplicativo (que é uma norma de segundo grau), entendido como uma *norma imediatamente metódica* que institui critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Mas na essência normativa, seja princípio, seja postulado, a proporcionalidade é corretamente distinguida da idéia genérica de proporção. “Ele (o postulado da proporcionalidade) se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo dos direitos fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)”. Cf. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, São Paulo: Malheiros Editores, 9ª edição, 2009, p. 122 e 161-162.

¹⁶ A ponderação é qualificada pela doutrina majoritária também como método *privativo* de solução de *conflitos entre princípios*. Os argumentos são

forte discricionariedade. No *aspecto normativo*, a ponderação criaria uma reserva geral capaz de condicionar a força jurídica dos direitos fundamentais ao caso concreto. No *aspecto político*, a ponderação subverteria a ordem republicana do princípio da separação dos poderes.

Não se ignora que tais vicissitudes não seriam propriamente da ponderação, mas de todo o *processo decisório*, que ensejaria uma decisão metodologicamente discricionária,

usualmente derivados da concepção original com o seguinte teor: “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. (...) Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida ou não é.” Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 92. *Contra*, a doutrina minoritária, em perceptível e desejosa expansão, que submete à ponderação também os conflitos concretos entre normas-regras ou entre normas-princípios e normas-regras, sob o argumento básico de que todas as espécies normativas possuem um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. “É preciso, pois, aperfeiçoar o entendimento de que o conflito entre regras é um conflito necessariamente abstrato, e que quando duas regras entram em conflito deve-se declarar a invalidade de uma delas ou abrir uma exceção. Trata-se de qualidade contingente; não necessária. (...) O processo mediante o qual as *exceções* são constituídas também é um processo de valoração de razões: em função da existência de uma razão contrária que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra, decide-se criar uma exceção. Trata-se do mesmo processo de valoração de argumentos e contra-argumentos – isto é, de ponderação”. Vários exemplos ilustram esta concepção teórica. Um dos mais usuais é o da existência de regra de trânsito que estabelece baixa velocidade máxima em perímetro urbano. Se o veículo for flagrado em velocidade superior à permitida, o condutor deve ser multado. Mas o departamento de trânsito competente pode deixar de impor a multa caso seja demonstrado pelo condutor que no ato da infração cumpria seu dever legal ao prestar socorro a passageiro gravemente ferido. Neste sentido, por todos, Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios...*, p. 54-55.

¹⁷ A ilação entre princípios e ponderação é original da Teoria dos Princípios de Robert Alexy, usualmente reproduzida por obras jurídicas ou de filosofia do

normativamente relativizadora e politicamente invasiva qualquer que fosse o método utilizado pelo julgador na resolução do conflito normativo. Mas quando a ponderação é qualificada para a decisão de antinomias substanciais, o método passa a ostentar todas as *virtudes* e *defeitos* do processo onde está inserido. A trilogia crítica da ponderação não será o objeto deste estudo, mas servirá como *vetor* interpretativo e concretizador da investigação

direito que tratam destes elementos. No entanto, vale destacar uma instigante posição contrária, que a considera um erro. Segundo ela, não há conexão lógica, ou necessária, entre princípios e ponderação. Qualquer interpretação sensível da premissa teórica de que os princípios, como mandamentos de otimização, devem ser satisfeitos na maior “intensidade possível”, só pode fazê-la significar a “intensidade correta”. Se uma ponderação de bens e interesses entre princípios conflitantes for realizada de modo “errado”, algum deles ou ambos serão satisfeito numa intensidade menor do que a possível. Isto sugere que a ponderação entre princípios colidentes demanda *argumentos morais* para justificar a prioridade de uns sobre outros, ou seja, o que dá medida ao “possível” são os argumentos morais. A necessidade de um argumento moral é um golpe para a abordagem de Alexy, que foca a ponderação imediatamente. Sua teoria sustenta-se apenas se considerar o argumento moral sempre implícito na ponderação entre os princípios conflitantes. Ocorre que há diversos modelos de resolução de conflitos orientados por argumentos morais. Tome-se, por exemplo, a teoria de Ronald Dworkin dos direitos como trunfos, que não trata os direitos como princípios, o que não a infirma. Nela, a concepção de que os direitos individuais quase sempre têm prioridade sobre interesses políticos normais é decisiva na resolução de conflitos normativos. Portanto, mesmo que Dworkin tratasse os direitos individuais como princípios, nega-se terminantemente que há uma ponderação envolvida. Num outro exemplo, cite-se Nozick, que acredita que a taxação das pessoas para o sustento de um Estado do bem-estar social é injusta porque o povo tem um direito inviolável à propriedade, que é ameaçado pela taxação. Neste modelo, chamar um direito fundamental à propriedade de princípio simplesmente significa que a proteção da propriedade pode ser realizada na maior intensidade possível, que, como já mencionado, depende do que é moralmente correto. Não há ponderação alguma entre direitos e bens públicos no mundo de Nozick, e assim também não há ponderação entre princípios. Estes dois exemplos demonstram que há importantes e criteriosas concepções de direitos individuais que mesmo

de alguns aspectos relevantes do controle jurisdicional da ponderação política em omissões relativas inconstitucionais.

O que se pretende é a formulação de algumas propostas de *padronização* da ponderação judicial no controle da ponderação política que sejam capazes de facilitar a operação do método decisório e combater sua mais recorrente crítica de irracionalidade e descontrolado subjetivismo. As propostas serão submetidas a um *tratamento jurisprudencial hipotético* a partir de um caso notável do Tribunal Constitucional Português no Acórdão nº 423/87, que envolveu a fiscalização de constitucionalidade do Decreto-Lei 323/83, regulamentador da lecionação da disciplina de Religião e Moral Católicas nas escolas públicas portuguesas.

A estrutura do artigo é composta por esta introdução, duas partes discursivas e uma conclusiva. A primeira parte discursiva concentra-se na construção dogmática das propostas, com abordagem de alguns aspectos estruturantes do controle

se qualificadas como princípios (mandamentos de otimização) rejeitariam a ponderação. Mas Alexy apresenta sua teoria não como uma teoria de substrato moral, o que lhe permite competir com Dworkin e Nozick no mesmo plano. Pelo contrário, ela faz afirmações sobre as regras e princípios, alegando, por uma questão de *lógica*, que decorre a partir do conceito de um princípio que deve ser equilibrado contra os princípios concorrentes. Em outras palavras, ele argumenta que quando alguma coisa é um princípio entendido como mandamento de otimização, isto “logicamente” significa que está sujeito à ponderação, e que qualquer pensamento contrário a isso implica uma concepção errada de regras e princípios. *Este argumento é insustentável*. Tradução livre de Kai Moller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, in *I.CON – International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, n. 3, 2007, p. 458-461.

¹⁸ Para uma aprofundada análise das liderantes discussões norte-americana e alemã sobre a aptidão metodológica da ponderação no âmbito da solução do problema das restrições aos direitos fundamentais, que irradia ao do controle de legitimidade da ponderação política, seguida por uma criteriosa e lúcida posição adotada, consultar: Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 639-725.

jurisdicional da ponderação política e de suas duas fases conceituais de onde surgem todas as propostas padronizadoras da ponderação judicial, enquanto a segunda apresenta o caso notável, constrói a hipótese de tratamento jurisprudencial e submete todas as propostas a provas empíricas. O método científico utilizado é o técnico-jurídico, de exegese, dogmática e crítica de textos normativos, doutrina e jurisprudência selecionada. O âmbito jurídico é do direito interno português, por conta do modelo nacional de controle de constitucionalidade. Não existe pretensão investigativa interdisciplinar, apenas de contextualização de algumas questões jurídicas. A conclusão sintetiza as propostas. A bibliografia é composta apenas por obras citadas.

A CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DAS PROPOSTAS

1. Aspectos gerais do controle jurisdicional da ponderação política

A ponderação não é um método de uso privativo do juiz nem é destinada exclusivamente à sentença jurídica. Ao invés, é inerente também à atividade política, tanto do administrador quanto do legislador, na concepção de qualquer ato normativo que envolva um conflito de bens e interesses. A ponderação operada pelo juiz e materializada pela sentença jurídica pode-se denominar *ponderação judicial*, enquanto a operada pelo administrador ou pelo legislador e concretizada por um ato normativo pode-se denominar *ponderação política*.

A ponderação judicial tem lugar: (1) na *resolução de um caso concreto* (lide) por inexistência de uma regra legislativa específica resolvendo determinado conflito entre princípios

constitucionais; (2) no *controle de constitucionalidade de uma regra legislativa* que resolve determinado conflito entre princípios constitucionais, seja pela via incidental (fiscalização concreta), seja pela via principal (fiscalização abstrata)¹⁹. Por sua vez, a ponderação política é subjacente aos processos administrativo e legislativo de concepção dos atos normativos, realizados dentro de margens de discricionariedade inerentes às reservas funcionais de cada poder político, que são variáveis conforme as situações fáticas e jurídicas envolvidas.

Interessa neste estudo apenas a hipótese de ponderação judicial utilizada como *instrumento de controle* da ponderação política, no âmbito da fiscalização de constitucionalidade normativa. E mais, interessa somente a ponderação judicial operada na fiscalização de constitucionalidade da norma com *omissão relativa*, que viola o *princípio da igualdade* por exclusão de seu âmbito de incidência de determinada categoria que nele deveria estar abrangida, privando-a de um benefício ou isentando-a de um ônus. Isto tudo porque este é o *modelo teórico* que comporta as idéias mais amplas de *padronização* da ponderação judicial.

Na fiscalização da omissão relativa, o tribunal dispõe de três *posturas*: (1) a declaração de inconstitucionalidade por ação da norma que criou a desequiparação; (2) a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da norma, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias; (3) a declaração de inconstitucionalidade parcial por ação da norma e a extensão do benefício à categoria dele excluída²⁰.

A terceira opção é a recomendada. A omissão relativa é uma omissão do ato normativo preexistente, o que pressupõe uma ação administrativa ou legislativa, embora defeituosa,

¹⁹ Neste sentido, Daniel Sarmiento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1ª edição, 3ª tiragem, 2003, p. 113-114.

²⁰ Neste sentido, Luís Roberto Barroso, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34-37.

submetendo-a ao controle de constitucionalidade por ação e não por omissão. Mas, sobretudo, porque esta postura judicial proativa preserva a *segurança jurídica* ao manter a regulação normativa das posições jurídicas do grupo já contemplado pelo ato defeituoso e promove a qualidade preceptiva do princípio da igualdade ao concretizar sua *cláusula de isonomia*.

O princípio da igualdade aplica-se em qualquer hipótese normativa em que houver comparação, inclusive nas *normas de comparação implícita*, que dão ensejo às omissões relativas. Por meio dele, o legislador não apenas está proibido de concretizar discriminações arbitrárias como também deve ter uma postura ativa de extensão das normas seletivas aos iguais. O *fundamento deontológico* para a atividade legislativa conforme ao princípio da igualdade reside na própria *diretividade material da igualdade* que, na concepção permanente geral e abstrata, adquire uma dimensão impositiva concreta sempre que o legislador iniciou, em alguns domínios, a sua concretização²¹.

É neste contexto de (1) controle de legitimidade da ponderação política, (2) de eliminação da norma ou do segmento normativo inconstitucional por omissão relativa e (3) de adjunção de norma reparadora da cláusula de isonomia para conformação constitucional futura que serão formuladas algumas *propostas* de padronização da operação da ponderação judicial.

Isto já dentro de uma primeira proposta, que subdivide a ponderação judicial no controle da ponderação política em ponderação *ablativa* e ponderação *reconstrutiva*²², cada qual

²¹ J.J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra: Editora Coimbra, 1982, p. 335 e 338.

²² A denominação adotada não é inédita, mas sim homônima e derivada daquela atribuída às componentes das sentenças aditivas por Carlos Blanco de Moraes. Isto porque a ponderação no processo de fiscalização de constitucionalidade de omissões relativas é operada no âmbito de sentenças aditivas que, para além do efeito ordinário de eliminação ou desaplicação da norma ou do segmento normativo inconstitucional do ordenamento jurídico, ainda geram um efeito

denominada conforme a finalidade de sua operação no processo de fiscalização de constitucionalidade da omissão relativa.

O controle de constitucionalidade de omissões relativas pode ser qualificado como *bifásico*, à medida que envolve uma primeira operação ablativa da norma inconstitucional e uma segunda operação reconstrutiva da norma conformadora para o futuro. Assim como o processo decisório em que está inserida, a ponderação judicial torna-se *bifásica*, vinculada à etapa de sua operação.

Não resta dúvida que a operação ablativa do controle de constitucionalidade (e sua inerente ponderação ablativa) constitui-se numa tarefa elementar do *controle jurisdicional da ponderação política*. A eliminação ou a desaplicação da norma ou do segmento normativo inconstitucional é tarefa ordinária da jurisdição constitucional.

extraordinário de recomposição do sentido da norma ou do segmento normativo inconstitucional para conformação futura à Constituição. Para o estudo aprofundado das sentenças aditivas, sobretudo no controle de constitucionalidade de omissões relativas violadoras do princípio da igualdade, consultar: (1) Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional, Tomo II, O Contencioso Constitucional Português: Entre o Modelo Misto e a Tentação do Sistema de Reenvio*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 363-432; (2) Carlos Blanco de Moraes “As Sentenças com Efeitos Aditivos”, in *Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-Brasileiros de Direito Público*, Organizador: Carlos Blanco de Moraes, Lisboa: AAFDL, 2009, p. 13 e seg.; (3) Sofia Montelobo, “A Tutela das Omissões Relativas Geradas pela Violação do Princípio da Igualdade Através do Controlo de Constitucionalidade por Ação”, in *Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-Brasileiros de Direito Público*, Organizador: Carlos Blanco de Moraes, Lisboa: AAFDL, 2009, p. 165 e seg.; (4) Taciana Xavier, “A Tutela das Omissões Relativas (Geradas pela Violação do Princípio da Igualdade) Através do Controle de Constitucionalidade por Ação, no Sistema Jurídico Brasileiro”, in *Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-Brasileiros de Direito Público*, Organizador: Carlos Blanco de Moraes, Lisboa: AAFDL, 2009, p. 325 e seg.; (5) Ricardo Branco, *O Efeito Aditivo da Declaração de Inconstitucionalidade com Força Obrigatória Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

sua inerente ponderação reconstrutiva) insere-se também no controle jurisdicional da ponderação política ou representa uma *ponderação original* do juiz numa simples configuração ou modulação de efeitos da decisão judicial?

A resposta a esta questão é extraída da concepção *derivada* da operação reconstrutiva do controle de constitucionalidade, como *decorrência lógico-jurídica* da operação ablativa. Se a conformação da norma inconstitucional depende de sua invalidação, inegável que a ponderação reconstrutiva é *accessória* da ponderação ablativa. O juiz pondera conflitos entre soluções normativas somente para o caso de conformação de norma viciada por uma ponderação política ilegítima. A ponderação reconstrutiva é, neste contexto, um mero *estágio* do controle de constitucionalidade da norma impugnada.

Apesar de compartilharem o *mesmo objeto* (a norma impugnada) e de se congregarem num *mesmo processo* de fiscalização de constitucionalidade, as duas ponderações de bens e interesses são *autônomas* e com *operação e finalidade bem distintas*.

2. Ponderação ablativa

Na *ponderação ablativa*, o juiz avalia o conteúdo da ponderação já realizada pelo legislador ou pelo administrador emitente do ato normativo fiscalizado. Na verdade, o juiz disseca o raciocínio jurídico preexistente para aferir se a ponderação efetuada é *legítima* do ponto de vista de conformação com o *standard* normativo dos princípios colidentes. A atividade judicial é bastante contida aqui pela *reserva das funções legislativa e administrativa*²³. Será ilegítima apenas a ponderação *arbitrária*,

²³ “A necessidade de ponderação de interesses na aplicação das normas constitucionais exacerba o risco de invasão, pelo Poder Judiciário, do campo de

que exceda estas reservas funcionais. Toda a ponderação feita dentro desta *zona de não interferência judicial* é legítima, ainda que represente um erro na avaliação da conveniência e da oportunidade ou na opção política da norma impugnada. O *meio* de investigação desta ponderação subjacente à norma impugnada é o *controle de proporcionalidade*. O juiz desconstrói a ponderação administrativa ou legislativa e analisa se a norma impugnada é *necessária* ao fim pretendido, se é um instrumento *adequado* para a consecução deste fim e se existe uma *proporcionalidade em sentido estrito* entre a satisfação de uns princípios em detrimento de outros. O controle de proporcionalidade dispõe na ponderação ablativa de duas *técnicas*: a *Fórmula do Peso* e a *Lei da Ponderação*. Na *Fórmula do Peso*²⁴,

discricionariedade inerente à atividade legislativa. Através da ponderação, os juízes, que não são eleitos, podem tentar impor as suas opções políticas e ideológicas em detrimento daquelas realizadas pelos representantes do povo. Porém, é evidente que, em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevaletentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional”. Cf. Daniel Sarmento, obra citada (*op. cit.*), p. 114.

²⁴ Na sua cruzada para demonstrar a racionalidade da ponderação, em resposta à crítica mais severa de discricionariedade, Robert Alexy constata a necessidade de um sistema inferencial que seja tido como implícito ao método decisório e que esteja conectado ao conceito de correção. Assume importância central para a sua teoria do discurso jurídico que, no caso da ponderação de princípios, exista um esquema correlato ao estritamente dedutivo da subsunção de regras. Por conta disso, cria a *Fórmula do Peso*, enunciada pela equação $W_{ij} = I_i / I_j$. Nas suas próprias palavras: “ I_i representa a intensidade de interferência no princípio P_i – por exemplo, o princípio que protege a liberdade de expressão de *Titanic* (revista satírica alemã que descreveu um oficial da reserva paraplégico como “assassino nato” e “aleijado”). I_j representa a importância de se satisfazer o princípio concorrente P_j – no nosso caso, o princípio que protege os direitos de personalidade do oficial paraplégico. E W_{ij} representa o peso concreto de P_i . A

o que se busca é uma orientação acerca dos diferentes vetores envolvidos na ponderação (intensidade de realização dos princípios, pesos atribuídos aos princípios e grau de confiança das conclusões extraídas). A Fórmula do Peso tem utilidade puramente *analítica* da racionalidade argumentativa e não pretende conferir exatidão científica à ponderação²⁵. Já na *Lei da Ponderação*²⁶, que pode ser ilustrada por uma curva econômica de indiferença na troca de bens, o que se busca é uma *justificação* da diminuição da satisfação de um princípio para a satisfação de outro. Não será juridicamente legítima a ponderação em que a

Fórmula do Peso sustenta que o peso concreto de um princípio é um peso relativo. Ela faz isso ao conceber o peso concreto como o quociente da intensidade de interferência nesse princípio (P_i) e da importância concreta do princípio concorrente (P_j)". Após a pesagem de cada um dos princípios colidentes pela mesma equação, prevalecerá o princípio que tiver peso concreto maior do que 1, em detrimento do que tiver peso concreto menor do que 1. Cf. Robert Alexy, "Balancing, Constitutional Review, and Representation", in *I.CON – International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 4, 2005, p. 575-576.

²⁵ A análise da racionalidade da ponderação é otimizada por uma equação mais sofisticada da Fórmula do Peso, também concebida por Robert Alexy e operada da mesma forma que a equação mais simples. $W_{1,2} = I_1 W_1 R_1 / I_2 W_2 R_2$, onde W (*weight*) é o peso, 1 e 2 são os princípios em conflito, I é a intensidade de interferência, W (*abstract weight*) é o peso abstrato e R é a consistência dos fatos empíricos. Numa transcrição da lição oral do Prof. Dr. David Duarte, na aula ministrada na Unidade Curricular de Direitos Fundamentais I e II (Ponderação e Direitos Fundamentais) do Mestrado Científico em Direitos Fundamentais em 24/11/2009.

²⁶ A Lei da Ponderação demonstra que o método decisório pode ser fragmentado em três estágios. No primeiro, estabelece-se o grau de não-satisfação de, ou interferência em, um primeiro princípio. No segundo, estabelece-se a importância de se satisfazer o princípio concorrente. No terceiro, estabelece-se se a importância de se satisfazer o último princípio justifica a interferência ou não-satisfação do primeiro. A possibilidade de se realizar julgamentos a respeito, primeiro, da *intensidade da interferência*, segundo, do *grau de importância*, e, terceiro, da *relação entre um e outro*, evidencia a racionalidade do método. Cf. Robert Alexy, "Balancing...", p. 574.

insatisfação de um princípio não seja *compensada* pela satisfação de outro. Sindicada pela técnica analítica da Fórmula do Peso e pela técnica justificativa da Lei da Ponderação, a ponderação política que for considerada *desproporcional* será *ilegítima* e a norma que a contém será *inconstitucional*.

O *princípio da proporcionalidade* tem utilidade cumulativa no controle jurisdicional da ponderação política. Atua tanto como moderador da atividade judicial (*judicial self-restraint*), quanto como delimitador da *liberdade de conformação* do legislador, o que submete a atividade legislativa a um controle mais rigoroso e subjetivo e permite ao juiz ingressar no *mérito do ato normativo*, numa dimensão que transcende a do controle objetivo da legalidade²⁷.

No controle de proporcionalidade, o princípio recebe sempre um *enfoque negativo* por força da limitação do poder judicial pelas reservas funcionais dos poderes políticos. No teste de *adequação*, uma norma deve ser anulada somente quando inequivocamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo. No teste de *necessidade*, uma norma será reprovada somente quando se puder constatar inequivocamente a existência e a possibilidade de outras medidas que sacrifiquem menos os direitos individuais em favor dos interesses coletivos. No teste de *proporcionalidade em sentido estrito*, a lei será reprovada somente quando o ônus gerado for inferior ao benefício criado. Aqui se investiga uma deficiência de conteúdo da ponderação política pela reatribuição de pesos aos bens e interesses envolvidos no conflito.

Para além do controle de proporcionalidade, a ponderação ablativa na fiscalização de omissões relativas dispõe do meio adicional do *controle de isonomia*, que detecta a

²⁷ Neste sentido, Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*, São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 2004, p. 245.

inconstitucionalidade da norma impugnada por falta de previsão, por exceção ou por condicionamento de situações jurídicas que deveria prever, sem exceções nem condicionantes.

A violação normativa ao *princípio da igualdade* ocorre em três hipóteses deficientes: (1) quando o igual é tratado de forma desigual – *diferenciação injustificada*; (2) quando o desigual é tratado de forma igual – *indiferenciação*; (3) quando o desigual é tratado de forma desproporcionalmente desigual – *diferenciação desproporcionada*²⁸.

É somente na hipótese de deficiência normativa por diferenciação injustificada que se identifica o *dever de legislar* fundado no princípio geral da igualdade, que é concebido como um *dever de reposição da igualdade violada*. Quanto aos outros dois tipos, a liberdade de conformação do legislador, necessária para proceder à diferenciação de tratamento ou para restabelecer a proporcionalidade da diferenciação de tratamento, impede a formação de um dever específico de atuação legislativa²⁹.

A hodierna concepção de igualdade, que já não garante um tratamento normativo a cada indivíduo idêntico ao concedido aos demais por força do dever estatal de corrigir desvantagens de partida, acabou por deslocar o problema da igualdade para o plano do controle de constitucionalidade da *norma desigualadora*. Não sendo possível determinar objetivamente os critérios das diferenciações admissíveis, o que se indaga é o *limite da sindicância de constitucionalidade* da atividade legislativa³⁰.

O critério negativo de arbitrariedade para a configuração da desigualdade inconstitucional, que identifica o princípio da igualdade com um ideal *princípio da proibição do arbítrio*, revela-se insuficiente para aclarar este limite porque disponibiliza

²⁸ Cf. Jorge Pereira da Silva, *Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 76-77.

²⁹ Cf. Jorge Pereira da Silva, *op. cit.*, p. 77.

³⁰ Cf. Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 111.

ao legislador a mais ampla margem de conformação pela extrema indeterminação do conteúdo desta arbitrariedade. Nele, o princípio da igualdade acaba substancialmente *esvaziado* de conseqüências jurídicas ou *reduzido* à sua mínima expressão de necessidade de razoável fundamentação das diferenciações operadas pelo legislador, que somente em casos extremos seria tomada como puramente arbitrária³¹.

Mas o *minimalismo* e a *autocontenção* judiciais extremos do modelo criticado podem ser aperfeiçoados para além da mera aferição do arbítrio com a adição da *regra da proibição do excesso*, que eleva a densidade do controle de constitucionalidade normativa de acordo com o aumento do *nível de suspeição* da situação jurídica desigualadora. A *presunção de arbitrariedade* varia conforme o *grau de repúdio da diferenciação*, nas seguintes hipóteses: (1) as discriminações são tradicionalmente infundadas (v.g. art. 13º, nº 2 da CRP); (2) a diferenciação resulta em afetação séria de direitos fundamentais; (3) a diferença de tratamento for dirigida ao reforço das posições, correntes ou concepções majoritárias, distorcendo, em favor dos que já dispõem de condições objetivas à partida mais favoráveis, as regras de uma competição livre entre idéias, em detrimento de minorias. A regra da proibição do excesso implica no sopesamento dos bens e interesses, acarretando mais uma decisão ponderativa³².

Neste modelo de suspeição, que se adota como técnica de aferição do limite de interferência da ponderação ablativa na atividade legislativa, as recentes jurisprudências norte-americana e alemã, que lideram o debate sobre a aptidão metodológica da ponderação, sujeitam o controle de constitucionalidade a diferentes níveis de densidade, consoante os interesses em jogo, a existência de categorias suspeitas (*não suspeita*, que demanda fundamentação meramente razoável ou racional, *quase* suspeita,

³¹ Cf. Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais...*, p. 112.

³² Cf. Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais...*, p. 112-115.

que exige um interesse importante, ou *suspeita*, que reclama um interesse compulsivo, para afastamento da *presunção de arbítrio*), a gravidade da diferenciação ou o grau e intensidade de afetação dos direitos fundamentais³³.

Numa síntese conclusiva, a padronização da operação da ponderação judicial ablativa no controle de constitucionalidade de omissões relativas violadoras do princípio da igualdade pode ser obtida por recurso concorrente ao *meio* do controle de proporcionalidade, com uso da *técnica* analítica da Fórmula do Peso e da *técnica* justificativa da Lei da Ponderação, e ao *meio* do controle de isonomia, com uso da *técnica* da suspeição, que nela conjuga os princípios da proibição do arbítrio e da proibição do excesso.

3. Ponderação reconstrutiva

A fiscalização de omissões relativas violadoras do princípio da igualdade permite a prolação de sentenças aditivas, que podem ser conceituadas como decisões *positivas* de inconstitucionalidade que *invalidam uma norma* – na parte em que não prevê ou na parte em que contempla uma exceção ou na parte em que impõe uma condição a certas situações jurídicas que deveria prever, sem exceções nem condicionantes – e que *editam outra norma* que a compatibilize futuramente com a Constituição.

Via de regra, o *princípio da igualdade* é o vetor interpretativo e concretizador desta espécie de decisão manipulativa, usual nas situações normativas de concessão de *benefícios* ou imposição de *ônus* a certo grupo de pessoas, *deixando de contemplar* outros indivíduos que se encontram em *igualdade de condições* com aqueles beneficiados ou onerados.

³³ Cf. Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais...*, p. 115.

Nestes casos, ao invés de invalidar completamente a norma fiscalizada, o tribunal declara inconstitucional a norma *somente na parte* em que não confere o mesmo tratamento ao grupo por ela excluído. Como esta parte da norma não existe, até porque *não integra o enunciado normativo*, em rigor o tribunal cria uma *norma autônoma* que estende aos excluídos o benefício ou o ônus concedido apenas a alguns indivíduos pela norma fiscalizada. Se o tribunal simplesmente declarasse a inconstitucionalidade da norma que delimita o grupo de pessoas beneficiadas ou oneradas em detrimento de outro, o efeito seria de cancelamento do benefício ou do ônus ao primeiro grupo, sem hipótese de extensão ao segundo. *Nas sentenças aditivas, o tribunal mantém a norma que beneficia ou onera o grupo delimitado e acresce outra que estende o benefício ou o ônus ao grupo excluído.* A norma do caso concreto é concebida do próprio enunciado normativo da norma impugnada, a partir de um argumento que lhe contraria expressamente, dentro do raciocínio lógico de que a anulação da norma ideal que nega um direito implica a concessão deste mesmo direito por ela negado.

As sentenças aditivas são comumente classificadas em sentenças aditivas em sentido estrito, que editam uma regra auto-aplicável corretiva extraída da única solução normativa constitucionalmente obrigatória, e sentenças aditivas de princípio, que editam um princípio vinculativo que indica os critérios para uma futura correção normativa política da omissão relativa, tendo em vista a pluralidade de soluções normativas conformes à Constituição.

Mas Carlos Blanco de Moraes identifica uma “*área de penumbra*” na dicotomia entre as sentenças aditivas em sentido estrito e as de princípio, que se coloca entre a solução

constitucionalmente obrigatória inerente às primeiras e as soluções conformes à Constituição adequadas às últimas³⁴.

Funda-se na criteriosa observação de Sofia Montelobo, no sentido de que *serão raras as situações em que estejam disponíveis preceitos constitucionais diretamente aplicáveis e que não ofereçam mais que uma solução jurídica possível ao preenchimento do vazio jurídico* no controle de constitucionalidade de omissões relativas geradas por violação do princípio da igualdade³⁵.

Numa situação em que há mais de uma solução normativa possível, não claramente desconforme com a Constituição, pode fazer sentido que o tribunal prolate uma sentença aditiva em sentido estrito ao invés de uma sentença de princípio. O critério orientador desta possibilidade jurídica é de *densificação do caráter não verossímil* das soluções alternativas à solução normativa que se adotará, dentro de um *espectro razoável de opções* que não retire a viabilidade e a legitimidade da decisão.

São cabíveis nesta hipótese as *sentenças aditivas de natureza conformadora*, cuja operação reconstrutiva da norma inconstitucional não é apenas legitimada pelo caráter preceptivo do princípio da igualdade, que demanda a reparação da cláusula constitucional isonômica, mas também por condições excepcionais de fato e direito agravantes dos casos difíceis³⁶, que

³⁴ Cf. Carlos Blanco de Moraes, As Sentenças com Efeitos Aditivos, in *Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-Brasileiros de Direito Público*, Organizador: Carlos Blanco de Moraes, Lisboa: AAFDL, 2009, p. 111.

³⁵ Cf. Sofia Montelobo, “A Tutela das Omissões Relativas Geradas pela Violação do Princípio da Igualdade Através do Controlo de Constitucionalidade por Ação”, in *Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-Brasileiros de Direito Público*, Organizador: Carlos Blanco de Moraes, Lisboa: AAFDL, 2009, p. 270.

³⁶ Os casos difíceis são abordados por Ronald Dworkin dentro de sua abrangente e criteriosa crítica ao positivismo jurídico. “Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara,

para além de não se submeter a uma regra de direito clara, sem resposta incontroversa extraída por subsunção a um enunciado normativo ou a um precedente, agrega elevados riscos jurídicos e sociais.

O “caso perigoso” atua como *propulsor de conflitos jurídicos e sociais pela essencialidade* jurídica e social da norma declarada inconstitucional no âmbito da operação ablativa. Nele, a *desconformidade constitucional* deve ser *imediatamente superada* pelo controle de constitucionalidade³⁷ para a *pacificação jurídica e social* em questões de excepcionais *interesses transindividuais*, que acaso conturbados podem ser capazes de subverter a ordem.

Apesar da *incipiência conceitual*, o “caso perigoso” pode ser exemplificado em conflitos de direitos fundamentais

estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria (positivista), o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão”. Dworkin argumenta que esta teoria positivista é totalmente inadequada e que “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Após fazer uma distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política (*policy*), Dworkin defende a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo nos casos difíceis, devem ser geradas por princípios e não por políticas. Cf. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos à Sério*, Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-132.

³⁷ A solução imediata da lide contida no caso perigoso é também conforme ao princípio do acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva (artigo 20º e seus parágrafos da CRP) que, numa de suas múltiplas dimensões, assegura ao indivíduo o direito a uma decisão judicial em prazo razoável e mediante processo equitativo, tendo por corolário o direito a obter uma decisão de mérito sobre o fundo da causa. Na compreensão do princípio, José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, Estoril: Príncipia, 2007, p. 80-81.

axiologicamente mais sensíveis na sociedade atual, como nas hipóteses normativas de aborto seletivo, ensino público religioso, união civil homoafetiva, pesquisas científicas com embriões humanos, segurança da posse agrária, ações afirmativas de acesso ao ensino público, representação político-partidária e qualificação penal de crimes hediondos, todas pertinentes ao embate democrático e ao debate constitucional.

É neste modelo teórico das sentenças aditivas de natureza conformadora que a ponderação reconstrutiva é mais amplamente operada para a edição da norma-regra corretiva auto-aplicável a partir de uma pluralidade de soluções normativas conformes à Constituição.

Na *ponderação reconstrutiva*, o juiz não investiga uma ponderação preexistente, efetuada por terceiro, mas sim realiza, ele próprio, uma *nova ponderação* entre as soluções normativas disponíveis para a concepção da norma consertadora. Apesar de continuar limitada pela *cláusula tampão* de proibição de interferência nas reservas funcionais políticas, a atividade judicial executa aqui uma *tarefa claramente legislativa*, autorizada pela legitimação democrática que irradia todo o sistema de fiscalização de constitucionalidade, que não se satisfaz com a mera eliminação de uma norma desigualadora inválida, preferindo a recomposição de seu sentido à Constituição. A Fórmula do Peso e a Lei da Ponderação perdem a utilidade analítica e justificativa que antes tiveram na ponderação ablativa porque aqui a atividade judicial é *inovadora* e não meramente *sindicante*. O juiz vai ponderar bens e interesses promovidos pelos princípios componentes das *soluções normativas concorrentes* com a finalidade de conceber uma norma adjunta capaz de conformar futuramente à Constituição a norma com omissão relativa violadora do princípio da igualdade.

Mas é preciso ressaltar que a *qualidade criativa* da ponderação reconstrutiva não confere ao juiz um poder discricionário que lhe permita *opções meramente políticas*. A

ponderação reconstrutiva, que é materializada por uma sentença aditiva, não pode prescindir do *respeito mínimo pela letra da lei* e do *respeito pela vontade objetiva do decisor normativo*, sob pena de subversão da vontade presumida do legislador, que tem de ser priorizada³⁸.

A ponderação reconstrutiva deve ser operada, como na ponderação ablativa, por meio dos controles de proporcionalidade e igualdade, mas agora também por intermédio da atuação dos princípios de proibição de retrocesso social, da segurança jurídica e da proteção da confiança e do equilíbrio orçamental, que atuam como *padrões normativos contrapostos* aos princípios promovidos pelas soluções normativas concorrentes à norma corretiva.

O *papel desconstrutivo* dos controles de proporcionalidade e de igualdade na ponderação ablativa é substituído na ponderação reconstrutiva por outro, de *qualidade edificante*, operando diretamente na seleção normativa destinada à conformação constitucional futura da norma impugnada. Assim como sucede na ponderação ablativa, não se considera legítima uma ponderação reconstrutiva que seja *desproporcional* nem *arbitrária e excessiva*.

O *princípio da proporcionalidade* basicamente orientará o juiz a realizar uma ponderação reconstrutiva que não padeça dos mesmos *vícios* da ponderação política reprovada. Comparada à norma impugnada, a norma corretiva deverá ser *mais adequada* à promoção da igualdade, deverá ser *menos restritiva* aos direitos fundamentais dos grupos ou categorias excluídos e deve trazer *mais vantagens* em relação aos ônus provocados pela conformação normativa.

O *princípio da igualdade*, na sua dimensão positiva, que o concebe como princípio constitucional de imposição concreta,

³⁸ Neste sentido, Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional* (Tomo II)..., p. 335-337.

prescreve que a mais consentânea medida de justiça na fiscalização de constitucionalidade implique justamente na manutenção da norma, com sua interpretação ampliada, dentro de uma operação reconstrutiva, e não sua eliminação ou desaplicação³⁹.

A dimensão positiva do princípio da igualdade realiza-se normativamente através de: (1) tratamento igual ou semelhante de situações iguais ou semelhantes; (2) tratamento desigual de situações substancialmente desiguais; (3) tratamento proporcional em situações relativamente iguais ou desiguais; (4) tratamento de situações não somente como existem, mas como devem existir⁴⁰. A última opção, para além da elementar orientação isonômica, permite que a ponderação reconstrutiva promova a *igualdade de oportunidades*, corrigindo desigualdades de partida, numa operação fundada até mesmo no princípio estruturante da dignidade da pessoa humana.

Em geral, os *padrões normativos contrapostos* atuam de modo concorrente na ponderação reconstrutiva, mas a intensidade e a determinância de cada princípio dependem do caso concreto, sendo possível a neutralização de um ou mais princípios. Pode-se mesmo relacionar a importância do papel do princípio na ponderação reconstrutiva à que teve para a decisão de reaproveitamento da norma inconstitucional, ao invés de sua simples eliminação do ordenamento jurídico por sanção de nulidade. Tome-se o exemplo corrente de uma norma que garantia algum benefício previdenciário aos segurados que exerceram algumas atividades de risco à vida, deixando de fora grupos de

³⁹ Taciana Xavier, “A Tutela das Omissões Relativas (Geradas pela Violação do Princípio da Igualdade) Através do Controle de Constitucionalidade por Ação, no Sistema Jurídico Brasileiro” in *Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-Brasileiros de Direito Público*, Organizador: Carlos Blanco de Moraes, Lisboa: AAFDL, 2009, p. 377.

⁴⁰ Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 4ª edição, 2008, p. 238-242.

segurados que exerceram outras atividades similares que geravam o mesmo risco à vida. A norma é nitidamente inconstitucional porque desigualdade arbitrariamente indivíduos com idênticas condições fáticas que ensejam as mesmas posições jurídicas. A omissão relativa poderia ser sancionada com a nulidade e a retirada da norma do ordenamento jurídico, mas, entre outras razões, o retrocesso social que tal medida causaria ao grupo já contemplado pela vantagem normativa seria tamanho que acaba sendo decisivo para impelir a jurisdição constitucional a “consertar a norma jurídica no tecido normativo”, mantendo o benefício já concretizado e estendendo-o aos grupos discriminados. Nesta hipótese, não resta dúvida que, dentro dos padrões normativos contrapostos, o princípio de proibição de retrocesso social terá atuação determinante na edição da norma corretiva, que necessariamente deverá manter a vantagem do grupo contemplado, mas que também não poderá ser concebida de modo a afetar o patrimônio jurídico já amealhado pelo grupo antes excluído pela extensão do benefício almejado, como através da compensação de vantagens pecuniárias pela cassação de outra espécie de benefício previdenciário que já havia sido concedido ao grupo antes excluído por outras razões.

Os padrões normativos contrapostos foram selecionados por sua imanência à ponderação reconstrutiva, o que não elide a utilidade eventual de outros princípios na sua operação, mas esta ocasionalidade opõe-se à generalidade da padronização operativa da ponderação judicial.

O primeiro selecionado para o rol dos padrões normativos contrapostos é o *princípio de proibição de retrocesso social* ou da aplicação progressiva dos direitos sociais, que se caracteriza essencialmente pela impossibilidade de redução dos direitos sociais amparados na Constituição e garante ao cidadão o acúmulo de patrimônio jurídico.

A qualificação da proibição do retrocesso social como um princípio é negada por alguma doutrina, que não identifica sua *autonomia* em relação ao princípio da eficácia jurídica nem sua *legitimidade* como pretendida reserva constitucional nem sua *conformação* com os princípios da realidade, da razoabilidade e da vinculação do Estado ao Direito⁴¹.

A posição que se adota neste artigo é de que a proibição do retrocesso social é, sim, um princípio, consistindo, simultaneamente, numa *garantia institucional* e num avançado *direito subjetivo*⁴², atuando como um crivo geral para a globalidade da intervenção conformadora do legislador, embora excepcionado por mecanismos de compensação que recupere para uma situação equiparável uma desvantagem inicialmente prevista, avaliação que dependerá do balanceamento com os benefícios implantados⁴³.

O princípio da proibição do retrocesso social pode ser vislumbrado como manifestação de um princípio maior respeitante à matéria dos direitos fundamentais, o que torna possível até mesmo cogitar de *um princípio que vedasse retrocessos em matéria de direitos fundamentais*, com fundamento na idéia de um progresso a caminho da emancipação humana e da concretização da dignidade da pessoa humana, o que inadmitiria “marcha atrás” na consagração e efetivação de direitos fundamentais⁴⁴.

⁴¹ Neste sentido, Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 435, que menciona outros argumentos também contrários à qualificação principalista de Manuel Afonso Vaz e José de Melo Alexandrino.

⁴² Neste sentido, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 6ª edição, 1993, p. 338-339.

⁴³ Neste sentido, David Duarte, *Lei-medida e Democracia Social*, in *Scientia Iuridica*, Julho-Dezembro de 1992, p. 341.

⁴⁴ Cf. Luísa Cristina Pinto e Netto, *O Princípio de Proibição de Retrocesso Social*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 111.

A garantia constitucional preserva o *conteúdo essencial* dos direitos sociais, já realizado e efetivado por medidas legislativas, e gera a inconstitucionalidade das normas que, *sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios*, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples deste núcleo, que restringe a liberdade de conformação na reserva da função legislativa⁴⁵.

A vertente *negativa* do princípio refere-se ao dever legislativo de conceber normas que não suprimam nem reduzam, pelo menos de modo desproporcional ou desarrazoado, o grau de densidade normativa que os direitos sociais já tenham alcançado por meio da legislação infraconstitucional, isto é, por meio da legislação concretizadora dos direitos sociais insertos na Constituição. A vertente *positiva* consubstancia-se no dever legislativo de *ampliação do grau de concretização dos direitos sociais*, ainda que de forma progressiva e de acordo com as condições fáticas e jurídicas. Não se trata de mera manutenção do *status quo*, mas de uma obrigação de *avanço social*⁴⁶.

Por aplicação do princípio da proibição do retrocesso social na ponderação reconstrutiva, a solução normativa que *atente contra o nível de concretização já alcançado pelos direitos envolvidos ou que não promova a dinamização possível do seu conteúdo essencial* deverá ser descartada das hipóteses da norma corretiva da sentença conformadora.

O segundo integrante do rol dos padrões normativos contrapostos é o *princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança*, que confere aos indivíduos a necessária estabilidade, autonomia e segurança na organização de seus próprios planos de vida. Consubstancia-se desde as exigências mais genéricas de

⁴⁵ Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Editora Coimbra, 6ª edição, 2002, p. 321.

⁴⁶ Cf. Narbal Antônio Mendonça Fileti, *O Princípio da Proteção do Retrocesso Social*, texto eletrônico não paginado (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12359>), último acesso em 15.02.2010.

previsibilidade e calculabilidade da atuação estatal, *clareza e densidade normativa* das regras jurídicas e *publicidade e transparência* dos atos dos poderes públicos, designadamente os suscetíveis de afetarem negativamente os particulares, até as mais específicas de respeito aos *direitos individuais, expectativas e interesses* legítimos e dignos de proteção⁴⁷.

O princípio da proteção da confiança representa o *lado subjetivo* do princípio da segurança jurídica, do qual é parte integrante, sendo capaz de assegurar ao indivíduo uma proteção equivalente à de um verdadeiro *direito, liberdade e garantia*⁴⁸. Por um lado, os cidadãos têm direito à proteção da confiança que podem por nos atos do poder político que contendam com as suas esferas jurídicas, enquanto por outro o Estado fica vinculado a um dever de boa-fé (ou seja, de cumprimento substantivo, e não meramente formal, das normas e de lealdade e respeito pelos particulares)⁴⁹.

Mas esta garantia de confiança tem uma *densidade variável* conforme as circunstâncias envolvidas no caso concreto, com base no peso variável dos interesses em disputa. Nesta pesagem devem ser considerados dados como o *merecimento e dignidade objetiva* de proteção da confiança que o particular depositava no sentido de inalterabilidade de um quadro legislativo que o favorecia, o *interesse público* que conduziu à alteração legislativa, a *relevância* dos interesses dos particulares e a *intensidade* de sua afetação, sem descuidar da própria *margem de livre conformação* que deve ser deixada ao legislador democrático no Estado de Direito.⁵⁰

Por aplicação do princípio da segurança jurídica na ponderação reconstrutiva, especialmente em sua vertente subjetiva de proteção da confiança, a solução normativa que *viole legítimas*

⁴⁷ Cf. Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais...*, p. 263.

⁴⁸ Cf. José de Melo Alexandrino, *op. cit.*, p. 78-80.

⁴⁹ Cf. Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 272-273.

⁵⁰ Cf. Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais...*, p. 264

e razoáveis expectativas de direitos individuais ou que não seja capaz de assegurar estabilidade, autonomia e segurança aos indivíduos no planejamento de sua vida pessoal, familiar e social é inconciliável com as hipóteses da norma de conformação constitucional.

O rol dos padrões normativos contrapostos que atuam na ponderação reconstrutiva completa-se com o *princípio do equilíbrio orçamental*, que correlaciona despesas e receitas previstas para o mesmo exercício financeiro, com intenção de evitar o endividamento estatal.

O que importa destacar inicialmente neste princípio de tão claro enunciado é que ele não tem valor absoluto quando destinado à contenção da atividade judicial, mas tão-somente *valor relativo*, como mais um importante *critério* na ponderação de bens e interesses.

Atribuir a este princípio um valor absoluto na contenção da jurisdição constitucional implicaria na criação de *reservas materiais de medidas legislativas* imunes à fiscalização de constitucionalidade, o que atenta contra a inafastabilidade da jurisdição. Outra construção atentatória ao alcance objetivo da jurisdição constitucional é de relacionamento entre o princípio do equilíbrio orçamental e a *reserva do possível*. A associação das idéias de mínimo existencial ou conteúdo essencial ao equilíbrio do orçamento estatal não pode delimitar a atividade judicial que, na qualidade de exercício de poder estatal, deve objetivar a dinamização dos direitos sociais, ainda que progressivamente, e não a contenção da norma corretiva pelo orçamento estatal suficiente apenas à realização do conteúdo essencial dos direitos sociais.

Por aplicação do princípio do equilíbrio orçamental na ponderação reconstrutiva, a solução normativa que *acarrete despesas sem correlação nas receitas previstas* não deve ser descartada de plano das hipóteses corretivas, mas deverá ceder

lugar a outra que atinja o *mesmo nível de realização do direito objeto da conformação com menor impacto orçamentário*.

Apesar da intensidade e determinância variável dos padrões normativos contrapostos segundo as situações de fáticas e jurídicas do caso concreto, é possível constatar que, na generalidade dos casos, a ponderação reconstrutiva resulta nas seguintes proposições: (1) por aplicação do princípio da proporcionalidade, a solução normativa eleita deve ser idônea e a menos gravosa possível ao alcance do fim pretendido e deve gerar um benefício que supere o ônus imposto; (2) por aplicação do princípio da igualdade, a solução normativa eleita deve restabelecer a isonomia e promover a igualdade de oportunidade para os desiguais; (3) por aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, a solução normativa eleita não pode suprimir nem reduzir o patrimônio jurídico sem criar compensações recuperadoras da desvantagem e deve promover o avanço social possível; (4) por aplicação do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, a solução normativa eleita deve atender à razoável expectativa e à desejável previsibilidade que os indivíduos merecem das ações governamentais; (5) por aplicação do princípio do equilíbrio orçamental, a solução normativa eleita deve tutelar satisfatoriamente o bem jurídico com o menor impacto orçamentário.

Mas ainda resta uma peculiaridade na operação da ponderação reconstrutiva, que é sua dissociação em dois estágios que, embora conjugados, são funcionalmente distintos. No primeiro deles, a ponderação reconstrutiva é operada para a seleção da *matriz normativa* que servirá para a concepção da norma corretiva, enquanto no segundo opera-se com a finalidade de atribuição de *elementos normativos* capazes de tornar a norma corretiva auto-aplicável.

No primeiro estágio da ponderação reconstrutiva, o juiz tem a tarefa de selecionar dentre a pluralidade de soluções normativas

disponíveis qual delas é a mais adequada à norma conformadora. A seleção é negativa, pelo descarte das soluções normativas desviadas dos padrões normativos que lhe são contrapostos. O que se procura é tão-somente uma *matriz normativa* que seja adequada aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da proibição do retrocesso social, da segurança jurídica e da proteção da confiança e do equilíbrio orçamental. Não se ocupa dos detalhes elementares da norma corretiva auto-aplicável, bastando a escolha de um modelo que supere as vicissitudes reprovadoras da ponderação política e que esteja em sintonia com o padrão normativo dos princípios contrapostos.

O segundo estágio da ponderação reconstrutiva é de refinamento da tarefa legislativa já iniciada, com a estruturação da matriz normativa pela atribuição de elementos qualificadores de sua auto-aplicabilidade. Isto porque a sentença aditiva de natureza conformadora destina-se à *solução imediata* de casos perigosos, o que se alcança por meio da edição de uma *norma-regra*. Somente a lapidação da matriz normativa é capaz de atribuir elementos à norma corretiva que são indispensáveis ao mandamento de conduta determinada.

Numa síntese conclusiva, a padronização da operação da ponderação judicial reconstrutiva no controle de constitucionalidade de omissões relativas violadoras do princípio da igualdade pode ser obtida por recurso concorrente aos meios dos controles de proporcionalidade e igualdade e ao meio dos *padrões normativos contrapostos* às soluções normativas disponíveis para a edição da norma corretiva, orientada pela maior intensidade possível de satisfação do conjunto principiológico, desde a matriz normativa até a regra auto-aplicável.

A HIPÓTESE DE TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DAS PROPOSTAS:

RECONSTRUÇÃO DO CASO NOTÁVEL DO ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS
PÚBLICAS PORTUGUESAS

1. Apresentação do caso notável

O caso notável escolhido para servir de hipótese de tratamento jurisprudencial das propostas de padronização da operação da ponderação judicial no controle da ponderação política formuladas na primeira parte deste artigo é do Acórdão nº 423/87 do Tribunal Constitucional Português⁵¹, que envolveu a fiscalização de constitucionalidade das normas dos seis artigos do Decreto-Lei 323/83⁵², arguida pelo Presidente da Assembléia da

⁵¹ Texto integral publicado no Diário n. 273, Série I, de 27/11/1987. Versão eletrônica disponível no *site* do Diário da República Eletrônico (www.dre.pt), último acesso em 05/08/2010.

⁵² Decreto-Lei n.º 323/83 de 5 de Julho: “Fixa uma adequada regulamentação da lecionação da disciplina de Religião e Moral Católicas. **Art. 1.º** O Estado, tendo em conta o dever de cooperação com os pais na educação dos filhos, bem como os seus deveres gerais em matéria de ensino, garante nas suas escolas o ensino das ciências morais e religiosas nos termos do presente diploma. **Art. 2.º** - 1 - De acordo com a especial representatividade da população católica do País, ministrar-se-á o ensino da Religião e Moral Católicas nas escolas primárias, preparatórias e secundárias públicas aos alunos cujos pais, ou quem suas vezes fizer, não declararem expressamente desejo em contrário. 2 - Sendo maiores de 16 anos, compete aos próprios alunos fazer a declaração referida no n.º 1. 3 - A declaração prevista nos números anteriores será formulada no ato da matrícula ou de inscrição; para este efeito deverá constar do respectivo documento o necessário para que a manifestação de vontade seja inequívoca. **Art. 3.º** - 1 - A disciplina de Religião e Moral Católicas faz parte do currículo escolar normal nas escolas públicas a que se refere o presente diploma. 2 - A disciplina de Religião e Moral Católicas, salvaguardado o seu caráter específico, está sujeita ao regime aplicável às restantes disciplinas curriculares, nomeadamente no que se refere às condições gerais de matrícula e apoio pedagógico devido a alunos e docentes. 3 - No que respeita a avaliação de conhecimentos, de igual modo se aplica o regime geral, não podendo, contudo, em caso algum dessa avaliação resultar qualquer efeito negativo sobre a

República por suposta violação dos artigos 13º, nº 2, e 41º, nº 1 e nº 4, da CRP. A norma impugnada, que dispõe sobre o ensino religioso católico nas escolas públicas, atentaria contra os princípios da liberdade religiosa, da não confessionalidade do ensino e da igualdade.

A síntese dos argumentos de impugnação às normas é: (1) dado o atual regime de separação da Igreja, o Estado está proibido de dirigir o ensino público segundo as diretrizes de qualquer confissão religiosa, sob pena de afronta ao princípio da sua *não confessionalidade*, ora aplicada em matéria de educação; (2) dado o atual regime de separação da Igreja, o Estado não pode impor aos indivíduos um ensino de confissão religiosa diversa da que adere, sob pena de afronta à *liberdade religiosa*; (3) ao beneficiar apenas a confissão católica com a disponibilização da escola pública para

transição de ano. **Art. 4.º** - 1 - A orientação do ensino da Religião e Moral Católicas é da exclusiva responsabilidade da Igreja Católica, competindo-lhe, nomeadamente, através da Conferência Episcopal: a) a elaboração e revisão dos programas da disciplina, que serão enviados ao Ministério da Educação, antes da sua entrada em vigor, para publicação conjunta com os programas das restantes disciplinas; b) a elaboração e sequente edição e divulgação dos manuais de ensino da disciplina, bem como de outros instrumentos auxiliares de trabalho, destinados a alunos ou professores. **Art. 5.º** - 1 - Os professores de Religião e Moral Católicas serão contratados ou nomeados mediante proposta da autoridade eclesiástica competente, de acordo com a legislação em vigor sobre habilitações. 2 - Os professores da disciplina de Religião e Moral Católicas fazem parte do corpo docente dos estabelecimentos de ensino em que prestam serviço, gozando dos direitos e deveres inerentes à sua função docente. 3 - As condições em que o ensino da Religião e Moral Católicas será ministrado nas escolas primárias serão objeto de regulamentação por portaria do Ministro da Educação. **Art. 6.º** O ensino da Religião e Moral Católicas será igualmente assegurado, com a índole apropriada, nos termos do presente diploma, nas atuais escolas do magistério e nas destinadas à preparação e formação de docentes para os quadros da educação pré-escolar e do ensino básico, com o caráter de disciplina facultativa dirigida à natureza das respectivas funções”.

o ensino religioso de sua doutrina, em detrimento das demais confissões religiosas, o Estado afronta o *princípio da igualdade*.

Num julgamento conduzido por maioria e marcado por densos votos vencidos, o TCP não declarou a inconstitucionalidade das normas dos artigos 1º, 3º, 4º, 5º e 6º, mas sim e apenas, com força obrigatória geral, da norma do artigo 2º, nº 1, na parte em que exige daqueles que não desejam receber o ensino religioso uma declaração expressa, por violação dos artigos 168º, nº 1 e 41º, nº 1 e nº 3, da CRP, e das normas do artigo 2º, nº 2 e nº 3, como meras consequências da parte da norma inconstitucional antecedente.

Os argumentos de fundamentação para a não-declaração de inconstitucionalidade das normas relativos aos *princípios da separação, da não confessionalidade e da liberdade religiosa* são sintetizados e agrupados da seguinte forma: (1) o decreto apenas dá cumprimento a uma obrigação de direito internacional público assumida pela República Portuguesa em Concordata com a Santa Sé, de 7 de maio de 1940 (Protocolo Adicional de 1975), e à luz da qual devem ser interpretadas as normas do artigo 43º da CRP; (2) a separação com a Igreja e a não confessionalidade do Estado não instituem uma escola pública laica nem proíbem todo e qualquer ensino religioso nas escolas públicas aos alunos que o pretenderem; entendimento diverso afrontaria a liberdade religiosa em sua vertente positiva; (3) a liberdade religiosa deve entender-se não como independência, mas como uma autêntica situação social; a separação da Igreja e a não confessionalidade implicam a neutralidade religiosa do Estado, mas não dispensam o Estado de conhecer do fato religioso como fato social; o Estado não é um ente alheio aos valores e interesses da sociedade, antes constitui um instrumento a seu serviço, assumindo a obrigação, em razão da procura social, de assegurar a formação e o desenvolvimento das livres consciências (católicas ou atéias); (4) a Constituição veda toda e qualquer orientação religiosa do ensino público, assim

como proíbe que as escolas públicas possam funcionar como agentes do ensino religioso, mas não proíbe nem impede que o Estado possa facultar às confissões religiosas, em condições de igualdade, a possibilidade de ministrarem ensino religioso nas escolas públicas; (5) a acentuação predominante e caracterizadora do ensino preceituado nas normas impugnadas é de natureza confessional, ou seja, de um ensino ministrado na escola por uma confissão religiosa, e não de um ensino na escola e da escola; (6) a integração do ensino religioso no currículo escolar não consente outra ilação que não seja a de dar seriedade e rigor à respectiva disciplina; a exigência de uma declaração negativa para isenção não permite extrair a conclusão do ensino ter natureza estatal, o que se faz por razões substanciais e não meramente formais; o pagamento de professores pelo Estado é irrelevante porque corresponde a subsídios estatais concedidos a uma confissão religiosa; o provimento do professor é decorrente de uma relação contratual estabelecida com o Estado, mas sua contratação, manutenção ou perda de estatuto está condicionada à autoridade eclesiástica; a distinção entre ensino estadual e ensino confessional não pode depender de um ato burocrático de provimento; (7) o decreto não instituiu um ensino religioso que possa haver-se como tarefa pública, tarefa do Estado, como função da própria escola; instituiu sim um ensino religioso, ministrado pela igreja e de sua responsabilidade. Já no tocante à afronta ao *princípio da igualdade*, o Acórdão em referência – embora tenha praticado ilações favoráveis à alegação, fazendo referências a “distinções infundadas” entre igrejas e entre crentes de diversas religiões e postura “inteiramente omissiva” do Estado em relação às demais confissões religiosas – entendeu que esse vício em potencial seria de inércia do legislador que não editou medidas em favor das demais confissões religiosas e não de defeito do decreto que apenas cumpre obrigação internacional, o que levaria a uma inconstitucionalidade por omissão, que tem

regulação própria e autônoma no texto constitucional, diversa do processo da fiscalização por ação que foi utilizada, pelo que não conheceu da matéria.

O julgamento, como de fato realizado, em sede de fiscalização abstrata por ação, acabou por declarar uma inconstitucionalidade parcial do decreto impugnado, apenas por comissão, sem detecção de alguma omissão relativa nem edição de qualquer norma corretiva.

2. Construção da hipótese de tratamento jurisprudencial

Com a finalidade única de servir às provas empíricas das propostas formuladas, constrói-se agora uma outra hipótese para o julgamento deste caso notável. Utilizando os argumentos de quatro votos vencidos, que divergiam quanto à tese vencedora de inconstitucionalidade por omissão na questão suscitada de afronta ao princípio da igualdade, passa-se ao conhecimento da questão meritória, dentro da *fiscalização abstrata por ação em omissão relativa*.

No seu voto vencido, o Conselheiro José Martins da Fonseca aceita que existe uma obrigação constitucional do Estado para que todas as religiões possam ministrar o ensino nas escolas públicas, mas conclui que só há inconstitucionalidade por omissão enquanto tal não se verificar em relação a todas elas. Como o decreto cria essas condições apenas em relação à Igreja Católica, dá causa a uma *situação de desigualdade* em relação às demais, violando o princípio da igualdade, numa inconstitucionalidade por ação.

O voto vencido do Conselheiro Mario de Brito também sustenta que não existe inconstitucionalidade por omissão, mas por ação, em afronta ao princípio da igualdade. O argumento é de que não há inconstitucionalidade por omissão no decreto porque

não existe dever especial de legislar sobre o ensino de qualquer confissão religiosa nas escolas públicas, em razão do princípio da não confessionalidade.

O Conselheiro Vital Moreira assevera em seu voto vencido que o Estado não tem nenhuma obrigação de propiciar o acesso das igrejas às escolas públicas, mas tão-somente uma faculdade. Simplesmente beneficiando uma igreja com a exclusão de todas as demais, o Estado violou diretamente o princípio da igualdade. A inconstitucionalidade não está no fato de as demais igrejas não gozarem de tais facilidades, mas no fato de somente a Igreja Católica gozar delas em exclusivo. A inconstitucionalidade está *no decreto sindicado*, numa inconstitucionalidade por ação e não por omissão.

No último voto vencido, o Conselheiro Raul Mateus ressalva que não admite o embasamento dos votos vencedores registrado no Acórdão porque refere a leis inconstitucionais por omissão, que é figura inexistente na CRP, e porque infere um *dever de legislar que não existe*.

A doutrina referida no Acórdão pela tese vencedora da inconstitucionalidade por omissão é de Jorge Miranda, segundo a qual a atribuição de certas prerrogativas ou privilégios à confissão católica deixa as demais confissões em situação de desfavor, numa afronta ao princípio da igualdade, todavia, a solução normativa não é criticável por cobrir as hipóteses da confissão católica, mas por não prever situações análogas para as demais confissões, pelo que será inconstitucional por omissão, demandando os mecanismos de fiscalização de inconstitucionalidade por omissão (CRP, artigo 283º)⁵³. Também J.J. Gomes Canotilho relaciona as situações de omissão legislativa parcial à inconstitucionalidade por omissão, prescrevendo que não se deve declarar a inconstitucionalidade por ação de uma situação justa porque o legislador tem o dever de tornar exequível o direito

⁵³ Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 241-242.

social e o princípio da igualdade justifica o alargamento da solução normativa a outras categorias de indivíduos⁵⁴.

O equívoco que se concebe nestas duas respeitáveis opiniões doutrinárias é de relacionar a inconstitucionalidade por omissão com as omissões parciais indistintamente. É indiscutível que a omissão absoluta total, que é *omissão do legislador*, relaciona-se com a inconstitucionalidade por omissão. A inexistência de qualquer medida legislativa impede que o objeto da fiscalização seja um ato comissivo. Mas na omissão parcial, que é *omissão da medida legislativa*, este relacionamento com o tipo de inconstitucionalidade é condicional. Isto porque a omissão parcial é um *gênero* que comporta duas espécies: absoluta e relativa. Na *omissão absoluta parcial*, a medida legislativa é defeituosa em relação ao cumprimento do dever de legislar, sem afronta ao princípio da igualdade, tal como ocorre na fixação do valor de um subsídio para moradia de pessoas carentes que não seja capaz de custear o preço mínimo de aluguel para habitações do padrão definido no mercado imobiliário. Aqui, embora não acarrete diferenciação alguma, a medida legislativa não confere exequibilidade suficiente a uma norma constitucional programática, que não é exequível por si própria. Já na *omissão relativa parcial*, a medida legislativa é defeituosa por afronta ao princípio da igualdade, tal como no caso notável sob análise, em que são concedidos benefícios à confissão católica em detrimento das demais confissões religiosas. Aqui a particularidade é de afronta a uma norma constitucional preceptiva e exequível por si própria. A omissão absoluta parcial é sindicável *por omissão*, que acarreta somente a cientificação ao legislador para que tome outras medidas legislativas necessárias ao integral cumprimento de seu dever. Por seu turno, a omissão relativa parcial é sindicável *por ação*, que tem como efeito próprio a invalidação da norma,

⁵⁴ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1092.

numa sanção de nulidade absoluta, e pode ter como efeito impróprio a reparação do vazio jurídico por adição de outra parte normativa numa sentença aditiva. Ou seja, na ocorrência de omissões relativas parciais, usualmente tratadas pela doutrina apenas como *omissões relativas*, a norma deve ser fiscalizada por ação e não por omissão do legislador. O controle é destinado a invalidar ou corrigir a norma existente e não a detectar a falta dela e comunicá-la ao legislador.

A lição de Carlos Blanco de Moraes é nesse sentido. Após informar que na generalidade dos sistemas ocidentais as omissões legislativas inconstitucionais não foram tuteladas através de processos específicos – exceções das Constituições portuguesa, brasileira e húngara – sustenta que as omissões relativas decorrem de um *regime jurídico positivo, deformado e contrário ao parâmetro constitucional*, que viola comissivamente a Constituição. O argumento é ainda mais convincente se recordarmos sua lição de que as omissões relativas só serão verdadeiras omissões legislativas num plano figurativo ou referencial, constituindo, na verdade, *lacunas axiológicas*, por comissão defeituosa. A conclusão é de que as omissões relativas devem ser apreciadas em sede de fiscalização sucessiva, concreta ou abstrata, por ação. Já as omissões absolutas parciais é que são sindicadas por omissão, sem possibilidade alguma de injunção.⁵⁵

Na mesma linha doutrinária adotada neste artigo, Ricardo Branco acresce que no juízo de inconstitucionalidade das omissões relativas o que está em causa é a *parametricidade* de uma norma de ação (a norma não exequível) e de uma norma de controle (o princípio da igualdade), cuja força normativa – nomeadamente em associação aos direitos fundamentais – impõe a remessa do juízo para o campo da inconstitucionalidade por ação, considerando que a violação ao princípio da igualdade é

⁵⁵ Cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional (Tomo II)*..., p. 460 e seg.

sempre comissiva. Mas avança em relação à posição doutrinária antecedente ao presecrver a *obrigatoriedade* da reparação do vazio jurídico da norma ou do segmento normativo viciados, que deve sofrer o *efeito aditivo* onticamente não distinto da declaração de inconstitucionalidade⁵⁶.

Assim, pelo conjunto de argumentos recolhidos dos votos vencidos e da doutrina contraposta àquela que embasa os votos vencedores do Acórdão, conclui-se que a norma defeituosa por *diferenciação infundada* entre grupos ou categorias na concessão de um benefício ou na atribuição de um ônus alberga uma *omissão relativa* violadora do princípio da igualdade que será inconstitucional por *ação legislativa deficiente*.

Por conta disso, nesta hipótese de tratamento jurisprudencial, o caso notável avança para o conhecimento de sua questão meritória central, de potencial afronta ao princípio da igualdade.

A interpretação conforme das normas impugnadas à Constituição dada pelos votos vencedores do Acórdão sofreu críticas eloqüentes em alguns votos vencidos, notadamente enfáticas no voto vencido do Conselheiro Vital Moreira, cujos argumentos são assim sintetizados: (1) o monopólio da Igreja Católica afronta o princípio constitucional da igualdade, mas não existe no texto constitucional uma obrigação (e não mera faculdade) estadual de proporcionar às igrejas a possibilidade de ensino religioso nas escolas públicas; não há norma constitucional expressa ou implícita de onde se deduza que ao Estado incumbe mais do que não impedir ou não dificultar a liberdade religiosa; a CRP reconhece explicitamente a liberdade do ensino religioso apenas nas escolas confessionais (artigo 41º, nº 5); (2) também não existe nenhum direito ao ensino religioso nas escolas públicas; num estado não confessional, os cidadãos não têm direito a prestações religiosas por parte do Estado, apenas que ele

⁵⁶ Cf. Ricardo Branco, *op. cit.*, p. 424-425.

não restrinja a liberdade religiosa nem impeça que obtenham as prestações religiosas das igrejas; (3) pior ainda em relação à obrigação do Estado de financiar esse ensino religioso, colocando em dúvida até mesmo uma faculdade nesse sentido; o Estado não pode financiar uma confissão religiosa à custa da generalidade dos cidadãos, incluindo os crentes de confissões diversas daquela beneficiada; (4) se o Estado não tem nenhuma obrigação de propiciar o acesso das igrejas às escolas públicas, mas tão-somente uma faculdade, então ao conceder à Igreja Católica esse acesso ele não cumpriu nenhum dever, apenas exerceu uma faculdade; simplesmente beneficiando uma igreja com a exclusão de todas as demais, violou diretamente o princípio da igualdade; (5) é certo que esse regime não seria inconstitucional se tivesse contemplado as demais igrejas e deixará de ser inconstitucional se e quando contemplar as demais igrejas; se o Estado deseja manter esse benefício à Igreja Católica, tem de estendê-lo às demais, só que tal obrigação não decorre da lei fundamental, mas do princípio da igualdade; (6) a inconstitucionalidade está basicamente não no fato de as demais igrejas não gozarem de tais facilidades, mas no fato de somente a Igreja Católica gozar delas em exclusivo.

Sem a pretensão de densificar os fundamentos de inconstitucionalidade das normas com omissões relativas violadoras do princípio da igualdade, adotam-se os valiosos argumentos deste voto vencido para adiantar uma conclusão de *invalidade* das normas seletivas de vantagens à confissão católica enunciadas por todos os seis artigos do decreto fiscalizado – tanto de forma direta, quanto de forma reflexa, por inconstitucionalidade orgânica.

O voto vencido ainda tem a virtude de localizar precisamente a inconstitucionalidade, que não reside na atribuição de benefícios estatais à confissão católica, mas no *direcionamento* desses benefícios exclusivamente à ela, em detrimento das demais

confissões religiosas. Se não tivesse ocorrido essa diferenciação infundada, a norma seria válida e, sobretudo, se este defeito normativo for *consertado*, a norma tornar-se-á constitucionalmente válida.

3. A prova da ponderação ablativa

A ponderação ablativa é suscetível de invalidar a norma inconstitucional, num efeito próprio do controle de constitucionalidade, decorrente da sanção de nulidade absoluta. Na hipótese de tratamento jurisprudencial, não resta dúvida que as normas fiscalizadas devem ser reprovadas por meio dos controles de proporcionalidade e de igualdade. A desconstrução da ponderação política deixa à mostra sua ilegitimidade, numa pesagem de bens e interesses claramente desconforme aos padrões normativos dos princípios constitucionais colidentes.

No controle de proporcionalidade, o decreto impugnado não enfrenta problemas quanto à sua *adequação* para a regulamentação do ensino religioso nas escolas públicas. É, de fato, um ato normativo consentâneo aos fins jurídicos nele visados. A única objeção plausível está no argumento da inexistência de um dever estatal de assegurar o acesso das confissões religiosas ao ensino público. Ocorre que mesmo a confirmação desta tese, que implica na ausência do correspondente dever de legislar, não melindra a adequação do decreto impugnado, apenas a torna dependente de uma atividade legislativa discricionária que, apesar de deficiente, foi realizada. No exame de *necessidade*, o decreto começa a enfrentar seus problemas. É que a promoção da educação religiosa por ele objetivada pode ser realizada pelo Estado sem que haja tamanhas restrições aos direitos fundamentais envolvidos na situação jurídica. A liberdade religiosa e, sobretudo, a garantia da

igualdade, poderiam ter sido salvaguardados, ou menos sacrificados, por um ato normativo que promovesse a educação religiosa nas escolas públicas dentro de uma pluralidade confessional. A falta de *proporcionalidade em sentido estrito* finaliza a reprovação do decreto impugnado, à medida que a descompensação entre as vantagens trazidas pela promoção da educação religiosa e as afetações dos direitos fundamentais contrapostos é evidente.

A operação do controle de igualdade é simplificada pela diversidade de argumentos reprovatórios do decreto impugnado, sobretudo os do voto vencido de Vital Moreira. O ato normativo concretiza uma *discriminação tradicionalmente infundada*, à medida que confere vantagem a um grupo selecionado por crença religiosa, inquinando a ponderação política de presumível arbitrariedade, que se torna insuperável pela inexistência de um interesse compulsivo que a justifique.

Utilizando-se dos meios padronizados para sua operação, a ponderação ablativa cumpre sua função no controle jurisdicional da ponderação política do decreto impugnado, reprovando-a e, por conseguinte, eliminando do ordenamento jurídico a *parte ideal* das normas que violava o princípio da igualdade pela falta de contemplação de grupos nas vantagens que estabelece discricionariamente para outro. Na hipótese de tratamento jurisprudencial, a ponderação ablativa retira da ponderação política a *parte ideal* que negava às demais confissões religiosas as mesmas prerrogativas atribuídas somente à confissão católica no ensino religioso nas escolas públicas.

4. A prova da ponderação reconstrutiva

A ponderação reconstrutiva destina-se essencialmente à concepção da norma corretiva da omissão relativa, detectada pela

ponderação ablativa no controle da ponderação política. Sua operação repara o vazio jurídico deixado pela eliminação da parte ideal da norma por meio da adição de um segmento de conformação constitucional. Insere-se no mesmo controle de constitucionalidade que a ponderação ablativa, mas que aqui tem seu efeito impróprio.

Mas, diante das omissões relativas geradas por violação ao princípio da igualdade, qual será o modelo de sentença aditiva mais adequado à reconstrução das normas defeituosas?

A resposta varia conforme a espécie de omissão relativa objeto da fiscalização. Se se tratar de omissões relativas *definidas*, que são de solução única constitucionalmente obrigatória, logicamente necessária e implícita no contexto normativo, são imperativas as sentenças aditivas em sentido estrito. Se se tratar de omissões relativas *indefinidas*, quando existe mais de uma solução conforme à Constituição, permitindo uma discricionariedade na escolha da mais adequada, são apropriadas as sentenças aditivas de princípio ou as de natureza conformadora⁵⁷.

Ante uma omissão relativa indefinida, com pluralidade de soluções normativas conformes à Constituição, a decisão em prol da sentença de princípio ou pela sentença aditiva de natureza conformadora deve ser tomada com base na *qualidade* do caso envolvido. Se “apenas” um caso difícil, sentença aditiva de princípio, mas se um caso perigoso, sentença aditiva de natureza conformadora, dada a necessidade de uma solução jurisdicional imediata pela edição de uma norma auto-aplicável que combata os riscos jurídicos e sociais.

Avançados os critérios de escolha da espécie decisória, volta-se à hipótese de tratamento jurisprudencial. Na reconstrução das normas defeituosas do decreto impugnado existe apenas uma

⁵⁷ Neste sentido, mas sem fazer referência às sentenças aditivas de natureza conformadora, Taciana Xavier, *op. cit.*, p. 332-337 e 377-391.

solução normativa constitucionalmente obrigatória ou mais de uma solução normativa conforme a Constituição? Se de fato há pluralidade de soluções normativas admissíveis, o espectro de opções é facilmente delimitado ou não? O caso tem envergadura jurídica tamanha que demande solução imediata?

A resposta à primeira pergunta deve ser afirmativa, na medida em que as omissões relativas das normas do decreto impugnado são efetivamente *indefinidas* e a norma reparadora não pode ser deduzida logicamente do contexto normativo. A solução normativa só é singular e necessariamente constitucional quanto à restituição da igualdade. Ou seja, o único consenso implícito que se extrai das normas fiscalizadas é de que as vantagens concedidas à confissão católica devem ser estendidos às demais confissões religiosas. A diferenciação realizada na ponderação legislativa é arbitrária, infundada, *desproporcional*. Mas a igualação é imanente ao controle de constitucionalidade da omissão relativa causada por violação do princípio da igualdade. Para além disso, as soluções normativas conformes à Constituição – ou ao menos não claramente desconformes – são *plurais*. É possível entender que a norma corretiva (1) deve limitar-se a estender as vantagens já concedidas à confissão católica para todas as demais confissões religiosas, independentemente de condicionantes ou (2) deve contemplar com as vantagens já concedidas à confissão católica apenas as confissões religiosas com significativa representatividade no local de ensino público ou (3) deve estender as vantagens já concedidas à confissão católica apenas às confissões religiosas com significativa representatividade no local de ensino público, mas não deve contemplar confissões religiosas que veiculam doutrina atentatória ao bem comum e à ordem pública. As três soluções normativas restabelecem a igualdade e são aparentemente conformes à Constituição. E são estas as *matrizes normativas* da hipótese de tratamento jurisprudencial.

Quanto à segunda pergunta, a resposta também deve ser afirmativa: o espectro de soluções normativas aparentemente conformes à Constituição pode ser qualificado como limitado – são apenas três matrizes normativas que abrangem as mais genéricas variantes disponíveis para a edição satisfatória da norma corretiva. A limitação do espectro de soluções normativas é útil pela redução da margem de criatividade da decisão judicial na *ponderação reconstrutiva*, inicialmente por diminuição quantitativa das opções e depois por exigência de uma argumentação jurídica mais densa para a escolha de uma solução normativa e o descarte das demais.

A terceira e última pergunta não distoa das antecedentes e tem resposta afirmativa. Na hipótese de tratamento jurisprudencial, os valores envolvidos pelas normas impugnadas ocupam lugar de destaque na sociedade contemporânea, relacionados diretamente com a gênese do indivíduo, na formação de sua consciência e no desenvolvimento de sua personalidade. O *status* jurídico dos direitos envolvidos também é alto, conferido pelo antropocentrismo dos sistemas jurídicos contemporâneos. A liberdade religiosa e a educação são expressões íntimas do princípio estruturante da dignidade da pessoa humana, que confere unidade axiológica ao sistema de direitos fundamentais e autoridade moral à Constituição. O que está em jogo neste controle de constitucionalidade é a *defesa* de direitos fundamentais⁵⁸. Inegável, portanto, que qualquer ato normativo regulador do ensino religioso em escolas públicas não pode simplesmente ser banido do mundo do Direito sem causar imensa lacuna jurídica e grave agitação social. Por isso mesmo, o caso demanda solução imediata por edição de norma auto-aplicável capaz de reparar a norma defeituosa e promover a segurança

⁵⁸ O direito de invocar a inconstitucionalidade de normas jurídicas é um dos meios processuais impróprios (não específicos) entre os mecanismos de defesa jurisdicionais dos direitos fundamentais. José Manuel Cardoso da Costa, *apud* José de Melo Alexandrino, *op. cit.*, p. 82.

jurídica e a pacificação social, o que não ocorreria pela simples emissão de critérios legislativos desprovidos de sanção. Aqui a sociedade precisa muito mais do que um *tiro de pólvora seca*⁵⁹.

Certo é que a hipótese de tratamento jurisprudencial qualifica-se como um caso perigoso suscetível de resolução imediata pela edição de norma reconstrutiva concebida no âmbito de uma sentença aditiva de natureza conformadora, como modelo ótimo de prova à ponderação reconstrutiva.

Os padrões normativos contrapostos às soluções normativas conformes à Constituição e disponíveis para a edição da norma corretiva operam a ponderação reconstrutiva em ambos os seus estágios, tanto na seleção da matriz normativa, quanto na atribuição de elementos normativos capazes de configurá-la como uma norma-regra auto-aplicável.

Os princípios integrantes do conjunto de padrões normativos contrapostos atuam como verdadeiros *catalisadores jurídicos*, fomentando, harmonizando ou contendo os princípios informadores das soluções normativas disponíveis para a edição da norma corretiva.

Antes da ativação dos padrões normativos contrapostos, os controles de proporcionalidade e igualdade voltam a atuar na ponderação reconstrutiva, mas agora de forma edificante, na concepção de uma norma corretiva que não padeça dos vícios ponderativos políticos.

Por aplicação do princípio da proporcionalidade, deverá ser selecionada a matriz normativa que seja *mais adequada* à promoção da igualdade, que seja *menos restritiva* aos direitos fundamentais dos grupos normativamente integrados, e que traga *mais vantagens* em relação aos ônus provocados pela

⁵⁹ Expressão utilizada por Carlos Blanco de Moraes para descrever a nulidade sem sanção ocorrente no sistema português de controle de inconstitucionalidade por omissão absoluta, que se restringe a cientificar o legislador de seu dever específico de legislar.

conformação normativa, tudo em comparação com as normas reprovadas.

Ocorre que na hipótese de tratamento jurisprudencial, a proporcionalidade é neutralizada como padrão normativo contraposto às três matrizes normativas concebidas anteriormente. Todas elas representam uma evolução normativa em comparação à norma eliminada.

Por aplicação do princípio da igualdade, deverá ser selecionada a matriz normativa que, para além de restabelecer a cláusula isonômica, oriente-se pela igual dignidade, corrigindo desigualdades econômicas, sociais e culturais insuperáveis pelos indivíduos sem a providência estatal, assegurando-lhes, desta forma, uma igualdade substancial de oportunidades.

Na hipótese de tratamento jurisprudencial, a prevalência da igualdade formal selecionaria a matriz normativa que estende a todas as confissões religiosas todas as vantagens atribuídas à confissão católica para o ensino religioso nas escolas públicas. Mas esta é uma solução meramente retórica, dissociada da diversidade social concreta. O princípio da igualdade já não garante mais um tratamento normativo idêntico a cada indivíduo, frente ao dever estatal de corrigir desvantagens de partida. Atribuir a uma confissão religiosa sem representatividade significativa o mesmo tratamento dado a outra com intensa representatividade violaria frontalmente o princípio da igualdade em sua dimensão positiva e substancial, que exige tratamento desigual daquilo que é desigual, na correta medida da diferença, o que remete às idéias de igualdade fática (articulada com a justiça social e a solidariedade) ou de discriminações positivas (como as das políticas de cotas)⁶⁰. Isto desabilita a primeira matriz normativa e mantém as outras duas no procedimento seletivo, à medida que ambas ensejam modulação conforme ao conteúdo jurídico e à realidade fática.

⁶⁰ Neste sentido, José de Melo Alexandrino, *op. cit.*, p. 77.

Iniciando a utilização dos padrões normativos contrapostos às soluções habilitadas, por aplicação do princípio de proibição de retrocesso social, deverá ser selecionada a matriz normativa que não apenas preserve o grau de realização já alcançado do direito à educação, mas que também implemente algum progresso na expansão do seu nível de concretização, promovendo a dinamização do seu conteúdo essencial, na medida do possível.

Na hipótese de tratamento jurisprudencial, ambas as matrizes normativas restantes atendem satisfatoriamente a estes preceitos, já que preservam o patrimônio jurídico dos católicos pela manutenção do ensino religioso de sua confissão sem qualquer contrapartida e dinamizam o conteúdo essencial do direito à educação ao nele inserirem o ensino religioso para outras confissões. É uma hipótese, já ventilada, de neutralização de princípio contraposto no caso concreto.

Por aplicação do princípio da segurança jurídica e proteção da confiança, deverá ser selecionada a matriz normativa que atenda ao razoável desejo dos católicos de manutenção do ensino religioso nas escolas públicas e de outros grupos na extensão desta vantagem aos seus credos, numa legítima expectativa de respeito à igualdade, garantindo a todos eles a organização de suas vidas pela clara definição de situações atuais e antevisão de situações futuras concernentes à liberdade religiosa e à educação.

Na hipótese de tratamento jurisprudencial, este princípio contraposto promove a matriz normativa que veda a extensão das vantagens asseguradas à confissão católica àquelas confissões religiosas que veiculem doutrina atentatória ao bem comum e à ordem pública. Isto porque a legitimidade da expectativa destes grupos em relação à igualdade de oportunidades é bastante fragilizada neste confronto axiológico. A matriz normativa que contempla quaisquer confissões religiosas supera a razoável interpretação do princípio da segurança jurídica no tocante à dignidade de proteção dos interesses de confissões religiosas

subvertedoras da paz social e excede o dever de boa-fé do Estado na proteção da confiança dos indivíduos que lhe são crentes.

O primeiro estágio da ponderação reconstrutiva é finalizado por aplicação do princípio do equilíbrio orçamental que, como já afirmado, tem um valor relativo, como relevante critério ponderativo, e não absoluto, como limite do alcance objetivo da jurisdição constitucional.

Na hipótese de tratamento jurisprudencial, ambas as matrizes normativas restantes são gravadas à partida pelo princípio contraposto à medida que acarretam despesas certamente sem correlação nas receitas previstas, já que a inclusão de outros beneficiários na educação religiosa das escolas públicas é uma realidade jurídica imprevista. Inquestionável que ambas as matrizes normativas promovem satisfatoriamente a educação religiosa, tanto que aprovadas sob o crivo do controle de proporcionalidade. Além disso, ambas restringem a extensão das vantagens atribuídas à confissão católica somente às confissões religiosas representativas nas regiões abrangidas pelas escolas públicas, o que representa um menor dispêndio orçamentário pela seleção de beneficiários no ensino público. Ocorre que a matriz normativa que exclui as doutrinas atentatórias ao bem comum e à ordem pública contém, ainda mais, as despesas para a operação da educação religiosa, por menor que seja a probabilidade de que uma dessas confissões obtenha representatividade significativa.

Eliminada de início a matriz normativa que estendia as vantagens asseguradas à confissão católica a todas as demais confissões religiosas pelo controle de igualdade e fragilizada a matriz normativa que estendia as vantagens asseguradas à confissão católica a todas as confissões religiosas com representatividade no local de ensino pelos padrões normativos contrapostos do princípio da segurança jurídica e proteção da confiança e do princípio do equilíbrio orçamental, resta *selecionada* a matriz normativa que estende as vantagens

asseguradas à confissão católica somente às confissões religiosas com representatividade no local de ensino e que não veiculem doutrina atentatória ao bem comum e à ordem pública.

A matriz normativa selecionada é conforme à liberdade religiosa no Estado não confessional, que prescreve sua neutralidade em relação à escolha individual, mas não sua abstenção quanto ao interesse público na divulgação e prática de doutrinas que podem ameaçar a moral estabelecida no seio da história e da cultura da sociedade local. Se são direitos do indivíduo a escolha e a prática religiosas, mesmo que de confissão minoritária, é dever do Estado conter a disseminação de idéias religiosas atentatórias ao bem comum e à ordem pública, ainda mais no âmbito do ensino público. A exclusão não se revela arbitrária porque a discriminação é fundada pelo interesse público. A dimensão de igualdade material impõe essa diferenciação para a realização da igualdade. As confissões religiosas perniciosas não podem receber o mesmo tratamento legal do que as demais legitimadas pela liberdade religiosa. É o caso dos cultos satânicos, de antropofagia ou de êxtase. Podem até ser tolerados na esfera de liberdade individual, mas não ensejam o interesse público.

Uma vez definida a matriz da norma corretiva, passa-se agora ao seu refinamento no estágio final da tarefa legislativa já iniciada, por atribuição de elementos capazes de lhe estruturar como uma regra auto-aplicável, garantindo a utilidade da sentença aditiva na solução imediata do caso perigoso.

Na hipótese de tratamento jurisprudencial, o refinamento da matriz normativa concentra-se na concepção de um modelo de representatividade capaz de assegurar a isonomia entre as confissões religiosas contempladas com o acesso ao ensino público pela norma corretiva.

A operação da ponderação reconstrutiva no acabamento da norma corretiva continua a ser feita por intermédio dos padrões normativos contrapostos, dentro da mesma sistemática da

ponderação ablativa, de aproveitamento e importância variáveis conforme a situação do caso.

Na hipótese de tratamento jurisprudencial, os princípios determinantes para o refinamento normativo dentro do conjunto dos padrões normativos contrapostos são os da proporcionalidade e do equilíbrio orçamental, permanecendo os demais inertes ou neutralizados no conflito.

A utilidade dos exames de adequação e necessidade do princípio da proporcionalidade na ponderação ablativa e no primeiro estágio da ponderação reconstrutiva é deslocada no segundo estágio da ponderação reconstrutiva ao *exame da proporcionalidade em sentido estrito*, identificado com o núcleo da ponderação destinada à concepção dos elementos normativos estruturais da auto-aplicabilidade. Na hipótese de tratamento jurisprudencial, o exame lida especificamente com o grau de importância da promoção do ensino religioso para algumas confissões de maior representatividade local em detrimento das demais menos representativas.

Por sua vez, mas sem primazia nem preterição, o princípio do equilíbrio orçamental lida com a *afetação de recursos* estatais, privados ou mistos custeadores das despesas que serão geradas para a concretização do ensino religioso nas escolas públicas.

Iniciando pelo exame de proporcionalidade em sentido estrito, o refinamento da matriz da norma corretiva parte da comparação entre a importância da realização do ensino religioso nas escolas públicas para algumas confissões religiosas mais representativas (fim) e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais de liberdade religiosa e educação dos crentes das demais confissões religiosas menos representativas (meio)⁶¹.

⁶¹ O procedimento do exame é sintetizado por Humberto Ávila: “A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim

A legitimidade da compressão de direitos fundamentais de uns grupos em favorecimento de outros depende deste exame. O critério de representatividade da confissão religiosa deve ser aplicado neste estágio final da ponderação reconstrutiva de modo estritamente proporcional, restringindo os direitos fundamentais dos crentes das confissões religiosas preteridas apenas na *justa medida* do benefício gerados aos crentes das religiões eleitas.

O enfrentamento do risco de arbitrariedade decisória no refinamento da matriz da norma corretiva deve ser feito por uma *argumentação jurídica reforçada* na motivação decisória, que dispõe de critérios intersubjetivos capazes de racionalizá-la perante a comunidade, sendo um dos mais habilitados o de coleta de dados, índices e medições estatísticas.

Na hipótese de tratamento jurisprudencial, os dados estatísticos básicos para a informação deste padrão intersubjetivo são de opção religiosa declarada pelo público afetado. A representatividade do catolicismo é conferida pela crença declarada de 84,5% da população portuguesa, enquanto 2,2% declaram-se crentes das demais religiões cristãs e 0,3% de outras

corresponde à desvalia da restrição causada?”. Como núcleo da ponderação, o exame de proporcionalidade em sentido estrito potencializa todas as críticas opostas ao método (ou ao processo decisório). Neste estágio da ponderação reconstrutiva, o exame da proporcionalidade em sentido estrito é gravado sobretudo pela crítica metodológica da discricionariedade, pela falta de uma medida comum de pesagem e de uma escala externa aos juizes como instrumentos racionais. O subjetivismo do exame é destacado por Ávila: “Trata-se, como se pode perceber, de um exame complexo, pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva. Normalmente um meio é adotado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, proteção dos consumidores), e sua adoção causa, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão”. Humberto Ávila, *op. cit.*, p. 173.

religiões não cristãs, e ainda 3,9% declaram que não são crentes de qualquer uma⁶².

Não é razoável obrigar o Estado a dispor do ensino público em favor de religiões que, de tão minoritárias, são incapazes de gerar uma mínima *demanda pública* por ensino religioso. Por outro lado, uma religião minoritária no território nacional pode ter destaque regional, gerando esta demanda pública em localidades específicas.

Por recurso à equidade, inicialmente a norma corretiva deve contemplar religiões cristãs e não-cristãs, distribuindo assim a compressão dos direitos fundamentais sem uma carga mais evidente de orientação entre os dois grandes grupos religiosos. A proporcionalidade em sentido estrito recomenda também que a representatividade deve ser aferida tanto no território nacional quanto regionalmente. Novamente por recurso à equidade, o percentual de representatividade nacional da religião cristã predominante deve ser utilizado como parâmetro objetivo para aferição de representatividade, no território nacional, por alguma confissão religiosa não-cristã e, regionalmente, por qualquer confissão religiosa, mesmo que do grupo cristão predominante.

Nesta linha de argumentação, o ensino religioso nas escolas públicas será assegurado à confissão católica porque liderante entre as confissões cristãs, mas também à confissão religiosa liderante entre as não-cristãs, desde que sua representatividade no território nacional alcance 84,5% neste grupo e, excepcionalmente, a qualquer outra confissão religiosa que alcance numa região a mesma representatividade nacional da confissão católica.

⁶² Os dados são do *site* do Instituto Nacional de Estatísticas, referentes ao Censo 2001 (XIV Recenseamento Geral da População) (IV Recenseamento Geral da Habitação), com abstenção de 9% dos recenseados sobre a questão de crença religiosa. Publicação eletrônica (http://censos.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=censos_historia_pt_2001), último acesso em 24.02.2010.

A seleção parece exagerada à primeira vista, mas não é quando considerado que *a obrigação estatal deriva da procura pública pelo ensino religioso* e que esta demanda tem que ser minimamente razoável para justificar a afetação do currículo do ensino público.

A relação *custo-benefício* estabelecida pela proporcionalidade em sentido estrito está atendida pela restrição do ensino religioso somente às confissões de maior representatividade, compensando as limitações impostas a uma minoria de crentes pelas vantagens levadas a uma contraposta e significante maioria de indivíduos.

A proporcionalidade em sentido estrito também é percebida na solução normativa adotada quando se leva em conta dispêndio de recursos estatais na consecução do ensino religioso, que envolve desde o uso das instalações das escolas públicas até a mobilização – ou mesmo a contratação – de quadros de pessoal envolvido não apenas diretamente na docência do ensino religioso, mas também indiretamente nas atividades correlatas de secretaria e nas atividades de suporte, como a zeladoria.

Estabelecidos os critérios de representatividade das confissões religiosas que terão acesso ao ensino público, enfrenta-se agora a questão do custeio das despesas envolvidas na realização desta dinamização do conteúdo essencial do direito à educação. Para que se torne auto-aplicável, a ponderação reconstrutiva precisa estabelecer, para além dos beneficiários, as fontes de custeio do ensino religioso, sempre orientada pela *otimização* entre as despesas criadas e as receitas previsíveis.

O princípio do equilíbrio orçamental não impede o conhecimento de matérias normativas afetas ao orçamento estatal nem limita o alcance das decisões judiciais pelo vulto da despesa orçamentária criada. Serve, no entanto, de importante critério de ponderação dos bens e interesses em jogo, e atua como fomentador de uma auto-contenção judicial.

Se é descabida a limitação da atividade judicial por questões orçamentárias afetas aos poderes políticos, também não é razoável que o juiz descure do *impacto orçamental* causado pelas despesas que serão geradas no cumprimento de sua decisão.

Outro aspecto moderador do princípio do equilíbrio orçamentário é de necessidade da sentença jurídica (na perspectiva da norma corretiva) como medida econômica adequada à promoção do fim visado. Na hipótese de tratamento jurisprudencial, a promoção da liberdade religiosa e a dinamização da educação pública não deve gravar o orçamento estatal a ponto de preterir outros programas governamentais de ensino religioso de igual ou superior viabilidade e de menor custo, como algum de subvenção direta ou indireta à catequese nas igrejas das diversas confissões religiosas. O juiz deve conter a *inadequação orçamentária* da decisão judicial frente a outras medidas governamentais mais eficazes derivadas de legítimas opções políticas.

Segundo dados relativos a 2005, o governo de Portugal destina 5,5% do seu PIB para a educação em todos os níveis, o que representaria US\$ 12,089 bilhões numa projeção sobre o PIB de 2009, colocando-se na quinquagésima posição do ranking mundial⁶³.

Os dados parciais aparentam que não existe insuficiência de aplicação de recursos público, ao menos para o *fomento* da educação, mas também que não existe significativa *compressão orçamentária* pela rubrica da educação, apesar de sua prioridade social.

Com isso, entende-se que as despesas geradas com o ensino religioso podem ser absorvidas pelo orçamento estatal sem maiores dificuldades, dentro da rubrica de educação. Ainda mais

⁶³ Dados do *site* da CIA – *The World Fact Book* (www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/po.html), último acesso em 24/02/2010.

se considerarmos que o ensino religioso será incluído numa estrutura física já existente que, quando muito, deverá ser pouco adaptada ou ampliada.

Por outro lado, a afetação integral das despesas ao orçamento estatal pode configurar subvenção indireta e ilegítima a algumas confissões religiosas, num financiamento às custas da generalidade dos cidadãos, mesmo os não crentes dessas religiões.

Visando harmonizar os interesses divergentes, o custeio do ensino religioso deve ser atribuído ao Estado no tocante à disposição e manutenção das dependências físicas e na contratação e remuneração de pessoal de apoio (secretaria, zeladoria e afins), enquanto as confissões religiosas beneficiadas pelo ensino público devem arcar com os custos de contratação, remuneração e eventual desligamento de pessoal envolvido na docência do ensino religioso (professores, instrutores e afins).

Tal solução normativa é moderada em relação ao impacto orçamentário, afasta a ilegitimidade da subvenção indireta às confissões religiosas beneficiadas porque restringe as despesas orçamentárias aos recursos físicos e humanos das escolas públicas acessíveis a todos e, numa repartição de ônus com os particulares, transfere às confissões religiosas somente o custeio da docência do ensino público, que poderá ser mesmo eliminado se praticada por padres, pastores, religiosos ou instrutores leigos capacitados segundo a doutrina de cada confissão religiosa que será difundida.

Encerra-se, portanto, o teste empírico de padronização da ponderação reconstrutiva, que na hipótese de tratamento jurisprudencial resulta numa norma corretiva estruturada como regra auto-aplicável que garante o acesso isonômico de confissões religiosas cristãs e não-cristãs ao ensino público conforme à representatividade nacional e regional e mediante o custeio participado do Estado quanto à estrutura de apoio das escolas públicas e das confissões religiosas quanto à docência.

CONCLUSÃO

Ao final deste artigo, consideram-se alcançadas as metas de formulação de propostas de padronização da ponderação judicial no controle da ponderação política e de demonstração de sua viabilidade pelas provas empíricas da hipótese de tratamento jurisprudencial.

A ponderação judicial no controle de constitucionalidade de omissões relativas violadoras do princípio da igualdade é *bifásica*, conforme o estágio decisório onde tem lugar a sua operação. A eliminação ou a desaplicação do segmento normativo inconstitucional é tarefa desempenhada pela *ponderação ablativa*, enquanto a concepção da norma corretiva de conformação constitucional futura pelo restabelecimento da igualdade é tarefa atribuída à *ponderação reconstrutiva*.

A proposta de padronização da ponderação ablativa consiste na utilização dos *meios* de controle de proporcionalidade e isonomia para a desconstrução e a sindicância de legitimidade da ponderação política. O controle de proporcionalidade dispõe das *técnicas* da Fórmula do Peso (analítica) e da Lei da Ponderação (justificativa). O controle de isonomia recorre à *técnica* da suspeição, que categoriza as variantes normativas por critérios de arbitrariedade e excesso.

A utilização da ponderação reconstrutiva é privativa da decisão de casos perigosos. A proposta do *caso perigoso* parte do já conhecido caso difícil, distinguindo-se pelo elevado risco de atuar como propulsor de conflitos jurídicos e sociais por conta da essencialidade da norma declarada inconstitucional, que não pode ser descartada. A necessidade de superação imediata da desconformidade constitucional como medida de pacificação

jurídica e social exige que a decisão judicial conceba uma *norma-regra auto-aplicável* mesmo diante de uma pluralidade de soluções conformes (ou aparentemente não desconformes) à Constituição. É este ambiente que confere admissibilidade à *sentença aditiva de natureza conformadora*, modelo ótimo para a operação mais ampla da ponderação judicial no controle da ponderação política.

A proposta de padronização da ponderação reconstrutiva consiste no aproveitamento dos meios de controle de proporcionalidade e isonomia, mas agora com utilidade edificante e não sindicante, e na utilização privativa do *meio* dos padrões normativos contrapostos, destinado à tarefa legislativa de concepção da norma corretiva, desenvolvida em dois estágios conjugados.

A proposta dos *padrões normativos contrapostos* é de utilização de um conjunto de princípios recorrentes para a *seleção da matriz normativa* e para a *estruturação normativa* na etapa decisória de edição da norma-regra auto-aplicável. Além dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, atuam os princípios da proibição de retrocesso social, da segurança jurídica e proteção da confiança e do equilíbrio orçamental. A intensidade e a determinância de cada princípio é variável de acordo com os bens e interesses envolvidos no conflito normativo do caso concreto, podendo até mesmo serem neutralizados num ou em ambos os estágios.

A proposta de *seleção da matriz normativa* consiste no descarte das soluções normativas disponíveis que se fragilizem perante os padrões normativos dos princípios contrapostos. A questão essencial neste primeiro estágio da ponderação reconstrutiva é de escolha de um modelo normativo capaz de recompor a cláusula isonômica violada pela ponderação política e, ao mesmo tempo, atender os padrões normativos dos princípios contrapostos.

A proposta de *estruturação normativa* consiste no refinamento da matriz normativa já selecionada pela atribuição de elementos capazes de qualificá-la como uma norma-regra auto-aplicável. O segundo estágio da ponderação reconstrutiva também é operado por meio dos padrões normativos contrapostos, mas aqui os princípios não atuam como catalisadores dos bens e interesses veiculados pelas soluções disponíveis, evidenciando a matriz normativa adequada, mas sim como orientadores de uma decisão judicial orientada principalmente pela *equidade*. É onde a ponderação reconstrutiva atinge seu ponto mais alto de subjetivismo, o que compele o juiz a uma argumentação jurídica mais densa para uma decisão racional, valendo-se de *critérios intersubjetivos*, como dados estatísticos inerentes ao caso concreto.

A hipótese de tratamento jurisprudencial serviu bem às provas empíricas das propostas formuladas. Nela, a ponderação ablativa atuou na retirada do segmento normativo ideal que excluía as demais confissões religiosas das vantagens asseguradas à confissão católica. Na sequência, a ponderação reconstrutiva restabeleceu a cláusula isonômica pela edição de uma norma corretiva conforme à igualdade substancial, concebida desde a seleção da matriz normativa, que estendeu as vantagens da confissão católica às demais confissões religiosas com doutrina conforme ao bem comum e à ordem pública, até sua estruturação normativa por atribuição de elementos capazes de torná-la uma norma-regra auto-aplicável, que definiram critérios de representatividade para o credenciamento das confissões religiosas perante o ensino público e de custeio para o enfrentamento das despesas educacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. **The Yale Law Journal**. v. 96, n. 5, p. 943-1005, ab. 1987.
- ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais: Introdução Geral**. Estoril: Príncípia, 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Tradução por Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.
- _____. Balancing, Constitutional Review, and Representation. **I.CON – International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, 2005.
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 9.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRANCO, Ricardo. **O Efeito Aditivo da Declaração de Inconstitucionalidade com Força Obrigatória Geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Editora Coimbra, 1982.
- _____. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.
- COELHO, Inocêncio Mártires. O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional. **Revista Direito Público**, v. 3, n. 12, Porto Alegre: Síntese/Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005.
- DUARTE, David. Lei-medida e Democracia Social. **Scientia Iuridica**, Julho-Dezembro de 1992.
- _____. **A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória**. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. **Drawing Up the Boundaries of Normative Conflicts that Lead to Balances**, artigo inédito.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **O Princípio da Proteção do Retrocesso Social**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12359>>. Acesso em 15 fev. 2010.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- MOLLER, KAI. Balancing and The Structure of Constitutional Rights. **I.CON – International Journal of Constitutional Law**. v. 5, n. 3, 2007.
- MONTELOBO, Sofia. A Tutela das Omissões Relativas Geradas pela Violação do Princípio da Igualdade Através do Controlo de Constitucionalidade por Ação. In: **Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-Brasileiros de Direito Público**. Organizador: Carlos Blanco de Moraes. Lisboa: AAFDL, 2009.

- MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**: Tomo II, O Contencioso Constitucional Português: Entre o Modelo Misto e a Tentação do Sistema de Reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- _____. As Sentenças com Efeitos Aditivos. In: **Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional**: Estudos Luso-Brasileiros de Direito Público. Organizador: Carlos Blanco de Moraes. Lisboa: AAFDL, 2009.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- _____. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- RUFINO, André. Aspectos do Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 9, 2007.
- SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.
- SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madri: Editorial Trotta, 2003.
- SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.
- XAVIER, Taciana. A Tutela das Omissões Relativas (Geradas pela Violação do Princípio da Igualdade) Através do Controle de Constitucionalidade por Ação, no Sistema Jurídico Brasileiro. In: **Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional**: Estudos Luso-Brasileiros de Direito Público. Organizador: Carlos Blanco de Moraes. Lisboa: AAFDL, 2009