NOTAS SOBRE O DIREITO CONSTITUCIONAL ISRAELENSE: A REVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUIÇÃO ESCRITA DO ESTADO DE ISRAEL

TATIANA WAISBERG[1]

Resumo: O artigo oferece um panorama geral sobre o Direito Constitucional Israelense. É discutido o processo evolutivo Constitucional, da Constituição Oral à Constituição Escrita. O papel da Suprema Corte de Israel, por meio do controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos, é revisado a fim de demonstrar o caminho por ela percorrido até a auto-declaração da controversa "Revolução Constitucional".

Palavras-chave: Direito Constitucional. Constituição. Estado de Israel. Controle de Constitucionalidade das leis.

Abstract: The article offers an overview of the Israeli Constitutional Law. It is discussed the Israeli constitutional evolution, from the oral Constitution to the written one. The role of the Supreme Court, by judicial review upon laws and administrative acts, is revised in order to demonstrate the path followed by the Israeli Supreme Court until the controversial self-declaration of a "Constitutional Revolution".

Glossário: **Ani maamin**: do hebraico "eu acredito", significa a "crença conjunta do povo judeu". **AGONU**: Assembléia Geral das Nações Unidas. **Aliáh**: do hebraico "subida", refere-se à imigracao dos judeus para o Estado de Israel. **Conselho Provisório Judaico**: Conselho Provisório que sucedeu ao fim do Mandato Britânico (1947) na parte judaica, perdurando até a instauração do Primeiro Knesset (1948). **David Ben Gurion**: Líder sionista e Primeiro Ministro do Estado de Israel (1948-1953). **Declaração 181**: Declaração das Nações Unidas que cria o Estado de Israel, mais conhecida como Plano de Partilha da Palestina. **Halachá**: Lei judaica, refere-se ao complexo de princípios, preceitos e práticas que formam um sistema que guia e dirige as ações de vida diária dos judeus. **HCJ**: do inglês, High Court of Justice, refere-se as decisões da Suprema Corte de Justiça. **Intifada**: do árabe "levante", refere-se à onda de violência palestina contra o Estado de Israel com o objetivo de realizar o direito de autodeterminação do povo palestino. **Knesset**: Parlamento do Estado de Israel. **ONU**: Organização das Nações Unidas. **Pkudá**: do hebraico "diretiva", refere-se a atos do Poder Executivo, espécie de Portaria. **Poder Mandatório**: termo utilizado para designar o Mandato Britânico na Palestina (1919-1947). **Processo de Paz de Oslo**: Sucessivos Acodos de paz entre o Estado de Israel e a Organização para Libertação da Palestina (OLP), celebrados nos anos 90. **Shabat**: do hebraico "sábado", refere-se ao dia de descanso dos judeus.

Introdução

O direito constitucional Israelense é tema pouco explorado pela literatura jurídica brasileira. Usualmente associa-se o sistema jurídico israelense ao sistema jurídico britânico e isso é justificado em razão do Mandato Britânico na Palestina que precedeu a criação do Estado de Israel, em 1947. Com a independência do Estado de Israel ocorreu a absorção de

[1] Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Faculdade de Direito da PUC/MG. Doutoranda em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Tel Aviv, Israel.

todo o direito vigente durante o Mandato Britânico[2], incluindo-se tanto a *common law* inglesa (1917-1947) quanto o direito turco remanescente do império turco-otomano (1516 a 1917).

René David, ao tratar dos grandes sistemas do direito contemporâneo classifica o direito israelense como pertencente a um sistema jurídico misto, ou seja, sistemas jurídicos que mesclam elementos tanto do direito romano-germânico quanto da *common law*[3].

Em Israel não há um documento denominado constituição, o que impulsionou o desenvolvimento da disciplina de forma criativa e muitas vezes revolucionária. A falta de um documento formal, fruto de uma assembléia constituinte, influenciou o papel da Suprema Corte Israelense, que pouco a pouco, como veremos nesse artigo, supriu a falta de Constituição por meio do ativismo judicial[4].

As origens do debate constitucional em Israel remontam à Declaração 181 da Assembléia Geral das Nações Unidas, mais conhecida como o Plano de Partilha da Palestina. Ela é considerada o poder constituinte originário do Estado de Israel, pois nela está contida a transferência do Poder Mandatário para o Conselho Provisório Judaico. Esse Conselho, segundo a resolução 181, deveria eleger uma assembléia constituinte incumbida de redigir uma constituição democrática para o Estado de Israel[5].

No entanto, a conflagração da Guerra de Independência, que eclodiu imediatamente após a criação do Estado em 1947, impediu a criação da assembléia constituinte, fazendo com que a redação da Constituição fosse adiada[6]. Em 1948, com o fim da guerra, vários setores da sociedade se opuseram à criação da constituição. Em 1949, em virtude da Lei de transição, o conselho provisório judaico é transformado no primeiro Knesset[7] e todos os poderes,

[2] Segundo a Pkuda (espécie de Portaria) que absorve o Direito vigente antes da Independência do Estado, todas as leis continuam em vigor mas não em sua totalidade. Segundo o artigo 11 a continuidade da vigência dessas leis esta subordinada a compatibilidade com as leis promulgadas pelo Conselho provisório judaico e as mudanças decorrentes da fundação do Estado e seus Poderes. Posteriormente, a Suprema Corte interpretou o artigo 11 da Pkuda de absorção do Direito vigente no Mandado como limite para vigência da maioria dessas leis por não se adequar a Natureza Democrática do Estado de Israel. RUBINSTEIN & MEDINA, 2005, p. 49

[3] René David inclui o Direito Israelense no mesmo grupo dos sistemas jurídicos sul-africano e irlandês. Ambos são sistemas jurídicos que sofreram influencia da tradição inglesa da *common law* e possuem contornos tanto da *common law* quanto da família romano-germânica. DAVID, 2002, p. 26

[4] A distinção entre Constituição Oral e Escrita é articulada no âmbito da Teoria do Direito. Apesar da tradição judaica fazer distinção entre lei oral e lei escrita, referindo-se ao Talmud e à Toráh, respectivamente, o Direito Constitucional Israelense não absorve essa noção. O único ramo do direito afetado de forma direta pelas leis judaicas, é o Direito de família. Além disso, a Lei Judaica é fonte subsidiária do Direito Israelense, juntamente com a analogia e a equidade.

[5] Para o texto integral da Declaração de Partilha, Resolução 181 da AGNOU, Projeto Avalon da Universidade Yale: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/un/res181.htm>

[6] Os argumentos contrario e a favor da Constituição para o Estado de Israel serão discutidos no ítem 2.3

[7] Parlamento Israelense. Knesset significa reunião ou congregação em hebraico.

transferidos pelo Mandato Britânico, são absorvidos pelo Knesset, incluindo-se o poder constituinte[8].

Desde então, o Knesset acumula tanto a função de poder constituinte quanto a de poder legislativo. A atividade do Knesset como poder constituinte e as implicações legais para o controle de constitucionalidade, serão discutidas nesse artigo tendo em vista oferecer um panorama geral do sistema constitucional israelense.

Esse artigo é divido em três partes:

No item dois, será revisado o arcabouço legal que serviu de base para a construção pretoriana do controle de constitucionalidade. A declaração de Independência do Estado de Israel, bem como as onze Leis Básicas aprovadas pelo Knesset serão apresentas. Por fim, será abordada a problemática decorrente da acumulação dos Poderes Legislativo e Constituinte, pelo Knesset.

No item três, será apresentada a trajetória percorrida pela Suprema Corte, por meio dos modelos de controle de constitucionalidade, até a chamada "Revolução Constitucional", quando a Corte reconhece nas Leis Básicas a Constituição escrita do Estado de Israel. Três modelos de controle de constitucionalidade serão apresentados, para então, discutirem-se os valores informadores e as controvérsias que permeiam a chamada "Revolução Constitucional".

No item quatro, serão apresentadas algumas considerações sobre o impacto pós "Revolução Constitucional" sobre os direitos humanos em Israel.

1 A Constituição de Israel: Da Constituição Oral à Constituição Escrita

É comum afirmar-se que não há Constituição em Israel, devido à falta de um documento formal e consolidado que represente a carta de direitos e garantias fundamentais do Estado.

Vários fatores são associados à inércia do Poder Legislativo para dar encaminhamento as diretrizes da Declaração da ONU, 181, que cria o Estado judeu na palestina. A instabilidade gerada pelas sucessivas guerras, 1948, 1956, 1967 e 1973, é apontada como a causa imediata[9].

[8] Em 1949 é emitido o primeiro precedente relativo ao papel da Suprema Corte em relação à Separação de Poderes. No HCJ 1/49, *Bergerano conta o Ministro da Policia*, a Corte decide que esta autorizada a emitir mandado contra atos dos funcionários públicos ou corpos públicos, poder este derivado de suas funções publicas, e é requerida a prevenir atos e atividades especificas. Esse precedente institui o Estado de Direito e o Papel da Corte como guardiã da Lei.

[9] SHAPIRA;. DE WITT-ARAR (1995), p. 38

A falta de consenso popular permeia o debate sobre a necessidade de uma Constituição para o Estado de Israel. As circunstancias praticas acabaram por suprir a ausência da Constituição, impulsionando o desenvolvimento autônomo da disciplina.

Apesar do aparente *vacum* gerado por tais circunstâncias, o espírito contido na Declaração da Independência, como veremos adiante, foi a força motriz que impulsionou o ativismo judicial da Suprema Corte, assumindo o papel de guardiã dos valores democráticos do Estado, com ênfase na proteção dos direitos humanos.

1.1 Status Normativo da Declaração de Independência

A Declaração de criação do Estado de Israel na Palestina, contida na Resolução 181 (1947), aprovada pela Assembléia geral da ONU, com 33 votos a favor, dentre eles o do Brasil, nesta ocasião representado por Oswaldo Aranha, então presidente dessa seção, 13 votos contra e 10 abstenções, estabelece obrigações para ambas as partes da partilha. Assim, segundo a Declaração, cada Estado[10] deveria, via assembléia constituinte, eleger uma constituição democrática. A Declaração é expressa em relação a uma serie de garantias democráticas tais como: garantir a todas pessoas igualmente e de forma não discriminatória os direitos civis, políticos, econômicos e religiosos e o gozo de direitos humanos e liberdades fundamentais, incluindo liberdade de religião, língua, expressão e publicação, educação, assembléia e associação[11].

[10] A previsão de instauração da Assembléia Constituinte, contida na Resolução 181 (1947), é dirigida tanto ao Estado judeu quanto ao Estado Palestino. Em ambos os casos não houve implementação de suas obrigações. O não-cumprimento das obrigações, por ambas as partes, acabou por enfraquecer qualquer tentativa de implementar seu conteúdo normativo.

[11] De acordo com a Resolução 181: "The Constituent Assembly of each State shall draft a democratic constitution for its State and choose a provisional government to succeed the Provisional Council of Government appointed by the Commission. The Constitutions of the States shall embody Chapters 1 and 2 of the Declaration provided for in section C below and include, inter alia, provisions for: Establishing in each State a legislative body elected by universal suffrage and by secret ballot on the basis of proportional representation, and an executive body responsible to the legislature; Settling all international disputes in which the State may be involved by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered; Accepting the obligation of the State to refrain in its international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the purpose of the United Nations; Guaranteeing to all persons equal and non-discriminatory rights in civil, political, economic and religious matters and the enjoyment of human rights and fundamental freedoms, including freedom of religion, language, speech and publication, education, assembly and association; Preserving freedom of transit and visit for all residents and citizens of the other State in Palestine and the City of Jerusalem, subject to considerations of national security, provided that each State shall control residence within its borders." Para o texto integral:< http://www.yale.edu/lawweb/avalon/un/res181.htm>

Em Maio de 1948, com o fim da Guerra de Independência, David Ben Gurion, então chefe do Conselho Judaico Provisório, apresenta o primeiro documento formal e constitutivo do Estado de Israel: a Declaração de Independência. Nela está contida o "*ani maamim*", isto é a crença conjunta do povo judeu e os valores informadores do Estado de Israel. A Suprema Corte de Israel, vem afirmando de forma reiterada, a importância dos princípios expressos na Declaração de Independência. Vale ressaltar o seguinte trecho da Declaração:

> "Nós declaramos que, em decorrência do término do Mandato nesta noite, véspera de Shabath, 6 de Iyar, 5708[12], até o estabelecimento de autoridades regularmente eleitas de acordo com a Constituição que deve ser adotada pela Assembléia Constituinte Eleita, até 1 de outubro de 1948, o Conselho do Povo deve atuar como Conselho de Estado provisório, e seus órgãos executivos, a Administração do Povo, deverá ser o Governo provisório do Estado Judeu, a ser denominado *Israel*.
>
> O Estado de Israel estará aberto para a imigração judaica e para a reunião dos exílios, promoverá o desenvolvimento do País em beneficio de todos os seus habitantes; será baseado na liberdade, justiça e paz como sonhado pelos profetas de Israel; garantirá a completa igualdade social e direitos políticos para todos os seus habitantes, sem distinção de religião, raça ou sexo; garantirá liberdade de religião, consciência, linguagem, educação e cultura; guardará os lugares sagrados de todas as religiões, e será fiel aos princípios da Carta da ONU".

A Declaração de Independência, entretanto, não tem força de lei, isto é, representa tão somente a ideologia do Estado de Israel enquanto Estado judeu e Democrático. Pode ser comparada, em certa medida, à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que não tem força vinculativa e não obriga os Estados mas a eles serve inspiração. A Suprema Corte de Israel reconhece a importância da Declaração de Independência, mas entende que não constitui óbice formal ao poder legislativo e não é dado anular leis por contrariarem o conteúdo da Declaração. Esta posição favorece a existência do Direito de Família assentado no Direito religioso[13]. O Estado não reconhece casamentos civis[14], mas tão somente casamentos religiosos, reconhecendo jurisdição exclusiva para as Cortes religiosas. Caso fosse reconhecida

[12] 15 de maio, 1948

[13] Em regra casamento entre pessoas da mesma religião é de competência exclusiva das respecitivas Cortes religiosas. Entretanto, em casos em que haja flagrante violação de princípios democraticos, dentre eles o Direito à Igualdade, a Suprema Corte interfere, dependendo do caso concreto, exercendo *judicial review*. Casamentos entre conjuges de religiões diferentes, realizados no exterior são de competência da justiça comum.

[14] Não há casamento civil em Israel. É reconhecida a jurisdição especial das Cortes religiosas: judaica, mulçumana e drusa. Entretanto o Estado registra, para fins de estatística populacional, a mudança de status civil e o registro é inserido na Carteira de Identidade. Assim, na prática o registro tem efeitos de reconhecimento, sendo garantido todos os direitos decorrentes da mudança de situação civil. A Suprema Corte reconhece jurisdição para decidir matéria de divórcio, partilha ou herança, em caso de casamentos realizados no exterior (é muito comum Chipre, por sua proximidade).

a estatura suprema dos Princípios contidos na Declaração de Independência, o Direito de Família de Israel sofreria revisão drástica ao garantir a igualdade entre homens e mulheres. O direito de igualdade, todavia, é garantido em diversos setores da sociedade israelense, tais como liberdade de ocupação, oportunidades iguais no serviço militar[15] , havendo até mesmo direitos sociais para uniões estáveis do mesmo sexo[16].

O estabelecimento da Assembléia Constituinte encarregada de redigir a Constituição do Estado de Israel, tal como previsto na Declaração de independência acabou por ser adiada por motivos políticos aliados à ausência de consenso publico.

O Knesset, como poder constituinte, legislou onze Leis Básicas. Nestas Leis Básicas não há qualquer menção de status superior em relação a leis simples, ou à autoridade da Suprema Corte para exercer o controle de constitucionalidade sobre as leis. O desenvolvimento do direito constitucional Israelense foi feito gradativamente, e de forma incompleta, por meio de Leis Básicas. A seguir serão apresentadas, de forma resumida, as origens e conteúdo dominante, de cada Lei Básica.

Notadamente as Leis Básicas: Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade (1992) e Liberdade de Ocupação (1994), fazem menção expressa à declaração de Independência (1948) e estabelecem que "os direitos protegidos por essa Lei devem ser aplicados ao espírito dos princípios enunciados na Declaração de Independência do Estado de Israel". Além disso, constituem parte da Carta de Direitos Humanos[17], incluindo os direitos menos controversos, e uma cláusula de limitação para violação de direitos por ela garantidos. Essa limitação, foi, como veremos mais adiante, a mola propulsora da "Revolução Constitucional".

[15] No HCJ 4541/94 (*Milar contra Ministro da Defesa*), a Suprema Corte de Israel entendeu que o Direito à Dignidade da Pessoa Humana, com base nos artigos 2° e 4° da Lei Básica (1992), inclui o direito ao tratamento igual a homens e mulheres, admitindo-se distinção apenas quando relevante e destinada a alcançar a igualdade. Neste importante acórdão, a Suprema Corte anulou a decisão do Exército que negava a entrada de mulheres na forca aérea. Desde então, as mulheres que queiram se candidatar voluntariamente e passem nas provas requeridas, podem optar por participar de corpos de combate, dentre eles a força aérea.

16 Caso El Al, HCJ 721/94. Este importante precedente marca o atual entendimento da Corte, em estender os mesmos benefícios empregatícios garantidos a uniões estáveis heterossexuais, a uniões estáveis homossexuais. Recentemente, no HCJ 3045/05 (Ben-Ari v. The Director of the Population Administration in the Ministry of the Interior), a Corte decidiu autorizar o registro de casamentos de casais do mesmo sexo realizados em Toronto, no Canadá.

[17] Em 1992, o membro do Knesset Amnon Rubinstein, acadêmico israelense respeitado, propôs, para a Carta de Direitos Humanos, a mesma lógica da Declaração Harari: dividi-la em partes. Devido a grande controvérsia que cerceava a Carta de Direitos Humanos, Rubinstein propôs a adoção gradativa de seu conteúdo, por meio de uma serie de pequenas Leis Básicas, as quais seriam mais facilmente aprovadas, até que o consenso político fosse atingido. Igualdade e Liberdade de Religião, continuam sendo o núcleo de direitos mais controvertidos pois a adoção desses direitos atingiria as autoridades religiosas de forma drástica. Ver GROSS, 1998, p. 85

1.2 Leis Básicas: origens e funções

O Conselho Provisório Judaico, formado após a Declaração de Independência, transferiu o poder constituinte para o primeiro Knesset. Não é feito qualquer esforço no sentido de instaurar uma Assembléia Constituinte e o Knesset avoca para si o poder constituinte originário proveniente da declaração 181 da ONU.

O Primeiro Knesset, antes de se dissolver, aprova uma lei de transição (1949) especificando que todos os poderes do Primeiro Knesset serão transferidos para o Segundo Knesset e assim sucessivamente. Esta é a fonte formal do poder constituinte do Israelense.

A decisão de dividir a Constituição em partes, por meio de Leis Básicas que formariam separadamente o corpo da Constituição Israelense foi fruto de uma Declaração do Knesset. Em 1950, é promulgada a Declaração Harari, que assim determina:

> "O Primeiro Knesset confere ao Comitê de Constituição, direito e justiça a preparação da Constituição proposta para o Estado. A Constituição será feita por meio de capítulos, cada um desses constituirá uma lei básica em separado. Os capítulos serão levados ao Knesset, quando o Comitê completar seu trabalho, e todos os capítulos conjuntamente constituirão a Constituição do Estado."

A Declaração é silente em relação a prazos, procedimentos formais e limites materiais. Não é especificado qualquer procedimento legislativo especial para a promulgação dessas Leis Básicas, e a questão fica em aberto até 1958, quando foi promulgada a primeira Lei Básica: "O Knesset"[18]. Na falta de regulamentação do legislador, essas Leis Básicas não são submetidas a quaisquer limites materiais ou formais: quorum ou conteúdo[19].

Promulgada a primeira Lei Básica de Israel, "O Knesset", inicia-se o processo constituinte israelense. Essa Lei Básica, aprovada em 12 de fevereiro de 1958 pelo terceiro Knesset, define o sistema eleitoral e o funcionamento parlamentar do Knesset. Vale ressaltar que essa lei introduz o primeiro óbice formal ao poder legislativo. O artigo 4° da Lei Básica "O Knesset" estabelece a existência de quorum mínimo, maioria absoluta, para emendar essa mesma lei no que se refere ao sistema eleitoral. Vale ressaltar, que em regra, exige-se quorum simples para aprovação de leis, incluindo-se as Leis Básicas. Assim, o referido artigo dessa Lei Básica de 1958, é entendido como a primeira barreira formal para o poder legislativo. Entretanto, não há

[18] http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic2_eng.htm

[19] Para o texto integral das Leis Básicas em língua inglesa: http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_yesod2.htm

qualquer menção a direitos e garantias fundamentais, à parte do Principio da igualdade nas eleições.

Após a Lei Básica "O Knesset" (1958), novas Leis Básicas são promulgadas.

A Lei Básica "Terra de Israel: Terra do povo" (1960)[20], aprovada pelo quarto Knesset, proíbe a transferência de terras do Estado para o particular e garante que 90% do solo de Israel é de propriedade nacional.

A Lei Básica "O Presidente do Estado" (1964)[21], estabelecida pelo quinto Knesset, trata do status, poderes, qualificações, procedimentos de trabalho e eleições do Presidente.

A Lei Básica "A Economia do Estado" (1975)[22], aprovada pelo oitavo Knesset, trata do orçamento publico e estabelece que a economia está sujeita ao controle do Estado.

A Lei Básica "O Exército" (1976)[23], aprovada também pelo oitavo Knesset, trata do alistamento militar compulsório e declara a exclusividade e subordinação legal do Exército do Estado de Israel.

A Lei Básica "Jerusalém, a capital de Israel" (1980)[24], aprovada pelo nono Knesset, estabelece o status de Jerusalém tal como capital de Israel. A intenção é assegurar a integridade e a unidade de instituições nacionais. Essa Lei trata dos lugares sagrados, e assegura o direito de acesso a lugares sagrados a membros de todas as religiões, e declara que será garantida a Jerusalém preferência especial referente a seu desenvolvimento.

A Lei Básica "O Judiciário" (1984)[25], aprovada pelo décimo Knesset, regula a autoridade do Poder Judiciário, suas instituições, e o principio da independência. Trata da nomeação de juizes, direito de apelação. Ao regular os poderes da Suprema Corte, não inclui a sua autoridade para examinar a legalidade das leis, isto é, o controle de constitucionalidade das leis.

[20] http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic13_eng.htm
[21] http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic12_eng.htm
[22] http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic6_eng.htm
[23] http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic11_eng.htm
[24] http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic10_eng.htm
[25] http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic8_eng.htm

A Lei Básica "O Estado Controlador" (1988)[26], aprovada pelo décimo-segundo Knesset, regula responsabilidades do Knesset frente aos seus membros e, regras relativas ao orçamento.

Os direitos humanos são tratados inicialmente apenas em duas Leis Básicas aprovadas em 1992 e 1994 sucessivamente: "Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade" e "Liberdade de Ocupação".

A lei Básica "Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade" (1992)[27], aprovada pelo décimo-segundo Knesset, é destinada a ser a carta de direitos humanos de Israel. Devido à grande oposição dos partidos religiosos, foi aprovada em parte, e trata apenas de parte dos direitos humanos, declarando que os direitos humanos básicos em Israel são baseados no reconhecimento do valor da pessoa humana, na santidade de sua vida e no fato de que é livre.

A Lei Básica "Liberdade de Ocupação" (1994)[28], aprovada pelo décimo-terceiro Knesset, garante o direito de todo cidadão ou habitante de desempenhar ocupação, profissão ou comercio, desde que não contrariado por lei e pelos valores do Estado de Israel.

A Lei Básica "O Governo" (2001)[29], aprovada pelo décimo-quinto Knesset, regulamenta as condições para eleições diretas para primeiro ministro simultaneamente com às eleições para o Knesset. Regulamenta a formação, a distribuição de funções, salários e continuidade dos membros do governo.

Essas 11 Leis Básicas, como veremos mais adiante passam a ser entendidas como a constituição formal de Israel, somente após a promulgação das Leis: "Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade" e "Liberdade de Ocupação", aliado ao ativismo judicial da Suprema Corte Israelense, que passa a reconhecer o Status normativo superior dessas leis Básicas, ancorado pela Declaração Harari de 1950.

Esse status normativo superior foi consolidado pouco a pouco. Apenas em 1995, a Suprema Corte declarou que as Leis Básicas possuíam hierarquia superior às Leis Simples, estendendo o controle de constitucionalidade às Leis Simples. Os modelos de controle de constitucionalidade explicam a evolução pela qual passou o Direito Constitucional Israelense, de constituição oral a constituição escrita.

[26] http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic9_eng.htm
[27] http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3_eng.htm
[28] http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic4_eng.htm
[29] http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic14_eng.htm

Antes de analisarmos os principais modelos de controle de constitucionalidade utilizados pela Suprema Corte Israelense, vale ressaltar os argumentos que permearam o debate da sociedade israelense acerca da necessidade de uma Constituição para o Estado. Essa cisão de opiniões imobilizou o processo natural de constitucionalização e permeia o discurso jurídico de forma indissociável.

1.3 Há necessidade de uma Constituição para o Estado de Israel?

O debate a respeito da necessidade de uma constituição para Israel remonta à Declaração de Partilha que cria o Estado de Israel, isto é a Resolução 181 da Assembléia Geral das Nações Unidas. Assim, os argumentos a favor da instituição de uma Assembléia Constituinte incumbida de redigir uma Constituição para o Estado de Israel, são movidos pelo espírito da Declaração.

Os argumentos a favor da constituição são: O fato de que os fundadores do Estado favoreceram a preparação de uma Constituição e, declararam de forma explícita com efeito na Declaração de Independência; a necessidade de um documento que vincule e subordine as instituições do Estado, incluindo o Poder legislativo, e que servira de base para as regras de funcionamento do Estado; a necessidade de respeitar a resolução 181 da Assembléia Geral das Nações Unidas; o fato de que a maior parte dos Estados tem uma Constituição; os valores educativos e culturais imbuídos na Constituição, servindo-se as gerações posteriores e de cartão de visita do próprio Estado; os valores contidos na Constituição impulsionam o avanço do processo integrativo; o valor de uma Constituição como expressão da revolução que tomou lugar na vida do Povo Judeu.

Vale ressaltar que os argumentos contrários à instituição de uma assembléia constituinte para redigir a Constituição do Estado de Israel acabaram por prevalecer, ao menos no sentido de prevenir a adoção de um documento único, completo e consolidado, fruto de uma Assembléia Constituinte.

Diferentes setores da sociedade israelense lideraram os argumentos contrários à Constituição. Tanto David Ben-Gurion, líder do Movimento Sionista e primeiro Primeiro Ministro do Estado (1948-1953), quanto os partidos religiosos, opuseram à adoção da Constituição . Alguns dos argumentos são: a idéia de que a Constituição é produto de lutas econômicas e sociais de séculos passados, as quais não mais existem; apesar de e talvez por causa da falta de uma constituição escrita no Reino Unido, o Estado de Direito e a Democracia

são sólidas, e as liberdades civis são garantidas; na proclamação de Independência estão incluídos princípios básicos de uma constituição progressiva, e a Lei de Transição de 1949, que foi passada pela Assembléia Constituinte, representa o cumprimento das obrigações do Estado frente às Nações Unidas; apenas uma minoria do povo judeu está em Israel, e o Estado não tem o direito de adotar uma Constituição que obrigará milhões que ainda não chegaram; por causa da natureza e dos problemas especiais do Estado, é difícil atingir um consenso em relação aos princípios espirituais que devem formar a imagem do povo e a essência de sua vida, e o debate acerca da Constituição poderia levar a uma Guerra cultural entre as comunidades seculares e religiosas; o Estado de Israel está em constante processo de mudança e cristalização, e isso não se ajusta a uma Constituição rígida.

Alguns desses argumentos, como, por exemplo, o que se refere ao povo judeu na diáspora e ao direito de retorno do povo judeu, foram muito utilizados pelas lideranças do movimento sionista pioneiro. David Ben Gurion defendia a idéia de que havia questões mais emergenciais, tais como o dever de proteger o Estado contra as ameaças externas, dever de construir infra-estrutura e instituições, e sobretudo o dever de "Aliah", isto é, a imigração de judeus da diáspora para o Estado de Israel[30].

Em 1995, quando Aharon Barak, então presidente da Suprema Corte de Israel, declarou a revolução constitucional, isto é, a adoção de uma Constituição formal para o Estado de Israel, esse ato foi amplamente criticado pelos setores conservadores da sociedade[31].De certa forma a posição da Suprema Corte em relação ao status normativo superior das Leis Básicas confirma a crença no argumento a favor da Constituição escrita, isto é, a necessidade para promover integração social e sobretudo proteger Direitos Humanos.

A divisão de opiniões se manifesta na própria jurisprudência da Suprema Corte. A análise de votos vencidos revela a essência do debate acerca do valor e do papel da Constituição, atacando-se a legitimidade do poder constituinte derivado da ausência de instauração de uma Assembléia Constituinte. O centro do debate volta-se então para o papel da Corte frente ao Knesset e a autoridade do Knesset como poder constituinte, tema a ser discutido no próximo sub-ítem.

[30] Report of the Committee for the Constitution, Legislation and Law on a Constitution for the State and Debates in the First Knesset 66 (1952) [Hebrew)

[31] The Economist, p 43-44; SCHREIBER, (1996), p. 59

1.4 Knesset como Poder Legislativo e Poder Constituinte

A fonte formal do acúmulo de funções do Knesset, como visto anteriormente, remonta à Lei de transição de 1949. A autorização do poder constituinte, via lei de transição, revelou-se, ao longo dos anos, problemático atingindo o centro do debate pretoriano, no tocante à decisão da Suprema Corte em reconhecer nas Leis Básicas a Constituição Formal do Estado de Israel. Vale ressaltar, que entre os próprios Ministros da Suprema Corte não há consenso em relação ao assunto.

A jurisprudência minoritária, pós-revolução constitucional, argumenta que as sucessivas transferências do poder constituinte, aparentemente autorizadas pela Lei de transição (1949), não teriam validade[32]. Esse entendimento minoritário busca justificação na essência do poder constituinte que pressupõe procedimento legal especifico, incluindo-se a instauração de assembléia constituinte. Na essência do processo constituinte está a instauração de mecanismos de participação ampla, via plebiscito popular. Segundo essa corrente, não haveria legitimidade para o poder constituinte do Knesset e muito menos para a Corte reconhecer nas Leis Básicas a Constituição do Estado[33].

Entretanto, a ausência de vontade política suficiente para instaurar um plebiscito popular para promover a Constituição, fez com que a realidade demandasse do Poder Judiciário um papel mais ativo, a fim de lidar com os crescentes conflitos sociais e a pressão internacional para adequar-se aos padrões internacionais de proteção aos direitos humanos[34].

A promulgação das Leis básicas "Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade" (1992) e "Liberdade de Ocupação" (1994) impulsionou a revolução constitucional. Ancorado de Leis Básicas que asseguravam direitos e garantias fundamentais, e limites formais ao Poder Legislativo, a Suprema Corte reconhece a supremacia das Leis Básicas e realiza as aspirações da Declaração Harari (1950).

[32] São constantes na jurisprudência da Suprema Corte Israelense, os debates entre o Ministro Aharon Barak, líder do entendimento majoritário, e o Ministro Heshin, líder da minoria.

[33] GAVISON, (1999), p.216-258

[34] BARAK, (2006) p. 5

2 Modelos de Controle de Constitucionalidade

A Suprema Corte de Israel, desde o início de suas atividades, reconheceu a existência de valores superiores intrínsecos no próprio sistema jurídico. Esses valores superiores são interpretados como limites aos Poderes do Estado. Na falta de uma Carta de Direitos e garantias que definisse quais os limites para a atuação de cada poder, esses limites passaram a ser declarados pela Corte a partir dos casos concretos.

O fato de que o Estado de Israel, quando da sua independência, incorporou todas as leis então vigentes no Mandato Britânico, não evitou lacunas e, principalmente, contradições. O sistema legal antes existente não era democrático, mas ao contrário, destinava-se a manter um sistema de repressão e dominação, típico do imperialismo. Assim, a absorção das leis vigentes no período que antecedeu à independência do Estado ficou condicionada à compatibilidade com regime jurídico democrático[35].

O primeiro modelo de controle de constitucionalidade introduz a idéia de valores e princípios não escritos que indicam o espírito do regime, devendo ser respeitado pelos Poderes do Estado. Nesse primeiro momento, entretanto, a Corte não assume autoridade para interferir diretamente no poder legislativo, mas interferindo de forma difusa, atacando os atos administrativos que derivam do comando legal. Não há qualquer apelo a limites formais, por sua simples inexistência. Assim, cria-se a necessidade de recorrer a princípios não escritos, introduzindo a idéia de constituição oral, a luz da experiência da *Common Law* inglesa.

O apelo à Constituição oral está diretamente ligado à ausência de quaisquer limites formais impostos pelo Poder Constituinte, isto é, o Knesset enquanto criador de leis básicas. O Segundo modelo de controle de Constitucionalidade surge justamente em decorrência da promulgação da Lei Básica "O Knesset" (1958), mas transcorreu mais de uma década (1969) até que a Corte reconhecesse no artigo 4 dessa Lei Básica, o limite formal para o Knesset como poder Legislativo e como Poder Constituinte. Nesse momento, não houve qualquer tentativa de se reconhecer nas Leis Básicas então vigentes a Constituição formal de Israel, pois nenhuma das Leis Básicas, então vigentes, regulamentavam matérias relacionadas aos Direitos Humanos.

[35] Ver nota sobre a Pkuda de absorção do direito mandatário.

Como dito anteriormente, apenas com o advento das duas Leis Básicas que regulamentam Direitos Humanos, a Corte passa a reconhecer no conjunto das 11 Leis Básicas a Constituição formal do Estado de Israel.

Os modelos de controle de constitucionalidade que a Suprema Corte de Israel desenvolveu, serão analisados a fim de oferecer uma noção básica do processo evolutivo pelo qual passou o direito constitucional em Israel, até a Revolução Constitucional, para então discutir o seu significado.

2.1 Modelo Kol ha Am (1953)

O modelo Kol ha Am marca o início do controle de constitucionalidade desenvolvido pela Suprema Corte de Israel, nessa ocasião exercido sobre atos administrativos, isto é, decretos e portarias do Poder Executivo. Até então nenhuma Lei básica havia sido promulgada. Apesar de posterior à Declaração Harari que decide que a Constituição Israelense será redigida a partir de capítulos separados, entendidos como parte do corpo constitucional que formará a Constituição formal do Estado de Israel, até então não havia nenhuma expressão formal do Poder Constituinte.

A falta de limites formais faz com que a Corte busque em valores intrínsecos ao modelo democrático do Estado, os limites para a atuação do Governo. A Corte reconhece nesses valores superiores a Constituição oral do Estado. A Declaração de Independência do Estado, bem como noções do Direito Constitucional Inglês e Americano, servem de base para a decisão Kol Ha Am que reconhece na Liberdade de Expressão, o valor e o princípio informador da Democracia Israelense. Desde cedo, a Corte aborda princípios constitucionais de forma relativa, reconhecendo na essência dos princípios constitucionais a tensão entre interesses protegidos, tais como a ordem publica e a liberdade de Expressão[36].

O litígio presente na decisão conhecida como Kol Ha Am, HCJ 73/53, refere-se à decisão do Ministro do Interior em suspender a publicação de dois Jornais comunistas, que segundo a opinião do Ministro do Interior continham artigos que colocavam em perigo a paz pública. A autoridade do Ministro do Interior para suspender remonta a seção 19 (2) da Ordenação de

[36] Segundo GROSS (1998) "A decisão Kol Ha'am introduziu uma técnica para balancear direitos com determinados interesses públicos conflitantes: na maioria dos casos posteriores, a corte balanceou direitos, não em relação a direitos conflitantes, mas, em relação a interesses coletivos conflitantes, tais como a segurança do Estado ou o bem comum." (*tradução livre*)

Imprensa,[37] baixada pelo Mandato Britânico e absorvida pelo Sistema Jurídico Israelense. Segundo essa secção da ordenação, haveria ampla discricionariedade para suspender publicações de jornais.

Os proprietários dos Jornais apelaram para Suprema Corte, pedindo a anulação da decisão do Ministro do Interior em suspender por 10 e 15 dias, respectivamente, os jornais de suas propriedade.

A Corte, ao julgar o caso, reconhece a existência de conceitos fundamentais e declara que o a Liberdade de Imprensa encontra-se abarcada pelo Direito a Liberdade de Expressão:

> "De tempos em tempos, casos que são levados à Corte levantam problemas fundamentais, demandando a reconsideração de antigos e bem assentados princípios. Os dois casos, hora em questão, pertencem a esse grupo, e aqui estamos, requisitados para definir a relação existente entre o direito de liberdade de Imprensa de um lado, e do outro, o poder atribuído às autoridades, em virtude da referida Seção 19 (2) (a), e estabelecer limites no uso desse direito. Nós entendemos a Liberdade de Imprensa como uma forma específica da Liberdade de Expressão, e não deve assim, para fins deste julgamento, haver distinção entre esses dois conceitos."[38]

A Corte então se refere ao contexto do Mandato Britânico, entendido como espécie de regime autocrático e declara:

> "O simples entendimento de um regime democrático leva inevitavelmente, à proteção do Princípio da Liberdade de Expressão em qualquer Estado em que essa forma de governo exista. Isso é, abarca a justificação lógica para a aplicação desse princípio."[39]

Fica claro que na falta de uma Constituição formal que imponha obstáculos ao exercício do poder discricionário por parte dos Ministérios do Governo, a Suprema Corte busca no Direito natural e na essência de um regime de governo democrático, os limites para a atuação do Governo. Há, assim, o apelo ao direito oral, não escrito. A Corte discute a importância da Expressão na Democracia, e reforça esse argumento, utilizando-se do direito comparado. Esse acórdão, Kol ha Am, inclui inúmeras citações tanto de doutrina como jurisprudência, sobretudo dos Estados Unidos.

[37] Seção 19 (2) da Ordenação de Imprensa: (2) O Alto Comissionado, independente de repreensão prévia aos proprietários ou editores, está autorizado a (a) se alguma questão presente no jornal, é, não opinião do Alto Comissionado, provável de ameaçar a paz pública... por ordem do Conselho, suspender a publicação do jornal por período que considere adequado e deve anunciar na ordem o período de suspensão.

[38] HCJ 73/53, p. 5 (versão em inglês) <www.court.gov.il>

[39] HCJ 73/53, p. 6 (versão em inglês)

Entretanto, ao afirmar a importância basilar do Direito a Liberdade de Expressão em regimes de governo democráticos, a Corte abre precedente para a censura em casos graves quando estiverem em jogo interesses vitais do Estado:

> "A complicação surge principalmente em decorrência da existência do fenômeno, em que, compete dois tipos de interesses, cada um representando importância político-social de primeira ordem. Enquanto a importância vital do objetivo em manter a segurança publica é auto-evidente, também foi demonstrado que o alto valor em se assegurar a livre discussão e a investigação da verdade constitui a função do progresso político-social em todo Estado que se autodenomina uma Democracia. É verdade que hoje tudo é acordado, que, em momentos de emergência suprema – quando, por exemplo, o Estado esta em Guerra ou esta passando por uma grave crise nacional – de maior peso (de acordo com circunstancias particulares de cada caso) será decretado estado de segurança."[40]

A Corte introduz noções de probabilidade, razoabilidade e evidencia quais os elementos de medida utilizados para avaliar o caso concreto e assim decide:

> "O uso do poder regulamentado na referida seção 19 (2) (a) requer, por parte do Ministro do Interior, o balanceamento de interesses, envolvendo a paz pública, de um lado, e a Liberdade de Imprensa do outro, e preferindo aquele à este, apenas após atribuir peso completo à necessidade pública pela Liberdade de Expressão. O princípio informador deve sempre ser: é provável que a conseqüência da publicação coloque em perigo a paz pública; a má tendência atribuída a matéria publicada não é suficiente para preencher esse requerimento. Alem disso, o Ministro do Interior é incumbido de estimar o efeito da matéria publicada à luz das circunstancias que o circundam. Finalmente, ainda que o Ministro esteja convencido sobre a probabilidade do perigo causado pela publicação da matéria, ele deve cuidadosamente considerar se isso constitui fato tão grave, a fim de justificar o uso drástico do poder para suspender o jornal, e verificar se não ha medidas menos lesivas e mais efetivas."[41]

Assim, a Corte opta por atacar a decisão do Ministro do Interior, sem interferir na validade da Lei que autoriza limitações à Liberdade de Imprensa, preferindo adequar a interpretação da Lei ao novo modelo de governo democrático. Essa atitude da Corte marca o primeiro paradigma evolutivo do controle de constitucionalidade de Israel. A interferência da Corte é centrada nos atos do governo e não do Knesset. De forma prática há implicações para a aplicação e efeito da Legislação primaria, mas maiores confrontos em relação à divisão de poderes e à supremacia do Knesset como representante da vontade do Povo.

[40] HCJ 73/53, p. 10 (versão em inglês)

[41] HCJ 73/53, p. 33 (versão em inglês)

A Corte por fim decide que o Ministro do Interior excedeu a sua jurisdição e abusou do poder lhe conferido pela referida Seção 19 (2) (a)[42].

Apesar do regime democrático do Estado remeter a Declaração da Independência, a Corte não aplica o texto da Declaração como fonte formal, mas ao contrario, prefere buscar no direito comparado a base para a justificação valorativa do papel dos direitos envolvidos e o conflito de interesses decorrentes do caso concreto. Certamente, influências de cunho político impulsionaram o entendimento da Corte e a preferência por direitos não-escritos, entendidos como direitos naturais, ao invés da Declaração de Independência ou mesmo a Declaração de Partilha 181 da AGNOU. Como dito anteriormente, a falta de consenso publico em relação a adoção de uma carta de direitos e garantias fundamentais preveniu que a declaração de Independência recebesse hierarquia constitucional. Por outro lado, esse precedente inaugura a posição ativista da Suprema Corte Israelense em declarar o que é o direito e interferir na interpretação do texto da lei, ancorada pela idéia do que venha a ser democracia, aplicando-se a ideologia das democracias liberais ao modelo de governo democrático em Israel.

2.2 Modelo Bergman (1969)

O Modelo Bergman, HCJ 98/69, inaugura a noção de constituição escrita, isto é, obstáculos legais, formais, a atividade legislativa do Knesset. Nesse momento haviam sido promulgadas duas leis básicas: "O Knesset" (1958) e "Israel: Terra do povo" (1960). O artigo 4 da Lei Básica "O Knesset" (1958) especifica que "as eleições deverão ser: gerais, nacionais, diretas, iguais, secretas e proporcionais". O artigo 46, dessa mesma Lei Básica, estipula que "qualquer emenda ao artigo 4 deverá ser aprovada pela maioria absoluta dos membros do Knesset".

Até a promulgação dessas duas Leis Básicas, não havia qualquer limite relativo ao quorum de deliberação e aprovação de leis, incluindo Leis Básicas, pelo Knesset. Assim, o limite introduzido pela Lei Básica "O Knesset" é entendido como o inicio da rigidez constitucional no Direito Israelense . A hierarquia e as implicações desse limite ao poder legislativo introduzido pelo artigo 4 da Lei Básica “O Knesset”, é discutido nesse acórdão que inicia o controle de constitucionalidade sobre leis.

No Modelo Kol Ha Am (1953) não há qualquer discussão em relação a autoridade da Corte para interferir no Poder Legislativo, mas como dito anteriormente, decidiu-se atacar atos

[42] HCJ 73/53. p 30 (versão em inglês) <www.court.gov.il>

legislativos pela via indireta, atacando-se as decisões administrativas autorizadas por Leis. Assim, o controle de constitucionalidade era exercido sobre os atos do Poder Executivo. No Caso Bergman, pela primeira vez na história da Suprema Corte Israelense, o Poder executivo interfere nos atos do Poder Legislativo.

No dia 30 de Abril de 1969, a Suprema Corte emitiu uma ordem contra o Ministro da Fazenda e contra o Controlador do Estado. A ordem foi requerida pelo advogado Dr. A. Bergman, com base em dois fundamentos: o primeiro em relação à maneira como foi iniciada a lei de financiamento de Partidos eleitorais e o segundo referente à maneira como foi aprovada a lei no Knesset.

O segundo argumento apresentado pelo advogado Bergman provoca a Suprema Corte no tocante à hierarquia normativa e aos efeitos jurídicos da combinação entre o artigo 4 e 46 da Lei Básica "O Knesset" (1958). Portanto, apenas o segundo argumento, por seu evidente significado frente ao controle de constitucionalidade das leis em Israel, será analisado nesse artigo.

A Corte referindo-se ao segundo argumento do Advogado Bergman enuncia:

> "O segundo argumento dos autores é o de que a aprovação da Lei de Financiamento dos Partidos Eleitorais era inválida e violava o principio da igualdade nas eleições, tal como provido pelo artigo 4 da lei O Knesset (a partir de então denominada Lei Básica). De acordo com o artigo 46, que foi adicionado à Lei Básica em 1959:
>
> A maioria requerida por esta lei para emendar os artigos 4, 44, ou 45 será requerida para resoluções de encontros no plenário do Knesset em qualquer estágio da legislação, a não ser o debate sobre a moção para a agenda do Knesset. Para os fins desse artigo "emenda" – tanto expressão quanto implícita.
>
> E o artigo 4 da Lei Básica lê-se:
>
> O Knesset devera ser eleito por eleições gerais, nacionais, diretas, iguais, secretas e proporcionais, de acordo com a Lei de Eleições do Knesset; esse artigo não deve ser alterado a não ser por maioria dos membros do Knesset."[43]

Após verificar que as seções de votação da lei de financiamento de Partidos Eleitorais não contaram com o quorum referido, a Corte posiciona-se com relação à natureza constitucional da matéria em questão e enuncia:

> "Essa petição levanta questões preliminares de natureza constitucional, relativas ao status normativo das Leis Básicas e à jurisdição da Corte em relação ao atual cumprimento do Knesset da auto-imposta limitação e da

[43] HCJ 98/69 p. 2 (versão em inglês)

> "intrínseca" provisão estatutária, tal como o artigo 4 da referida Lei Básica."[44]

Após essa passagem, fica evidente a intenção da Corte em posicionar-se a respeito da hierarquia constitucional das Leis Básicas e sobretudo admitir, de maneira contundente, a distinção entre Leis Simples e Leis Básicas, além de sinalizar pela preferência das últimas.

O argumento dos autores leva a Corte a verificar o conteúdo do Princípio da Igualdade nas eleições. Não havia menção expressa na Lei de financiamento dos Partidos Eleitorais com relação à alteração formal do artigo 4, mas o argumento sustentado pelos autores era o de que havia violação material implícita decorrente da Lei de Financiamento dos Partidos Eleitorais. Assim, a Corte entende que o princípio da igualdade nas eleições estende-se ao direito de ser votado o que inclui oportunidades iguais para todos os candidatos. Dessa forma, a Corte entendeu que o financiamento não-eqüitativo geraria desigualdade na oportunidade de ser eleito, ferindo, portanto o Principio da Igualdade nas Eleições, tal como disposto no artigo 4 da Lei Básica em questão.

A Corte, entretanto, entendeu que haveria, em tese, a possibilidade de alterar o artigo 4, afetando assim o entendimento do Principio da Igualdade nas Eleições, desde que a nova lei fosse aprovada por maioria absoluta dos membros do Knesset. Reconhecendo a delicadeza do tema, a Corte mais uma vez, recorre a valores não escritos, isto é, a Constituição oral e enuncia:

> "Essa interpretação da provisão de igualdade prevista no artigo 4 é consistente com o principio fundamental da igualdade de todas as pessoas perante a lei. Para ser mais preciso, é aplicado como uma emanação, antes mencionada, dessa área especifica do direito eleitoral. Mas isso também pode existir de modo independente, sem repousar sobre a provisão de uma constituição escrita que expressamente declare o principio da igualdade de todos perante a lei. Nós não temos tal provisão expressa, tampouco uma constituição escrita ou mesmo uma provisão intrínseca em lei Básica. Apesar disso, é principio não-escrito e a alma de todo o nosso regime constitucional. Dessa forma é certo, precisamente em casos limítrofes, onde a provisão estatutária possa ser construída de duas formas, que preferimos a construção que preserva a igualdade de todas as pessoas perante a lei sobre uma que reduz a nada. Isso fortalece a nossa construção da provisão de igualdade constante no artigo 4."[45]

Esse modelo é visto como um estágio intermediário entre o reconhecimento de partes de uma constituição escrita e a ausência do todo, então ancorado por princípios informadores

[44] HCJ 98/69 p. 3 (versão em inglês)

[45] HCJ 98/69 p. 6

não-escritos. A Corte usou desses princípios não-escritos para direcionar a interpretação das Leis Básicas, ainda sem admitir a existência de uma Constituição escrita no sentido clássico, mas entendida como uma espécie de uma estrutura normativa superior, devendo nortear a interpretação de todo a sistemática constitucional do regime democrático presente na Declaração de Independência de 1948.

Ao entender que a Lei de Financiamento dos Partidos Eleitorais fere o artigo 4 da Lei Básica "O Knesset", a Corte recorre ao limite formal por ela imposto, tanto pelo artigo 4 quanto pelo 46, para oferecer duas soluções para o Knesset:

> "O Knesset, dessa forma, tem dois caminhos para escolher: poderá votar novamente as provisões em questão, relativas a lei de financiamento dos Partidos Eleitorais. Apesar da inerente desigualdade, se a maioria requerida por forca dos artigos 4 e 46 da Lei Básica forem satisfeitos ou poderá emendar a lei de Financiamento dos Partidos Políticos a fim de remover a desigualdade."[46]

A Corte preferiu não anular a lei de forma expressa, mas não deixou outra alternativa senão afastar a aplicação das provisões da Lei de Financiamento de Partidos políticos que contrariam o Principio da Igualdade nas eleições. Na prática, foi a primeira vez que a Corte cancelou uma lei do Knesset com base em limites formais introduzidos pela Lei Básica "O Knesset". A coexistência de princípios escritos e não escritos marca a precariedade da Carta de direitos e garantias fundamentais, justificando a avocação de princípios orais a fim de garantir a coerência do regime democrático Israelense. Essa atitude da Corte não deixa de ser marcada pelo ativismo judicial, que mais uma vez vem declarar a existência de valores superiores que norteiam a interpretação das Leis Básicas, reforçando a hierarquia normativa e valorativa de determinadas disposições, como o Princípio da Igualdade nas Eleições.

2.3 Modelo Banco Mizrahi (1995)

O Modelo Banco Mizrahi marca a expansão do controle de constitucionalidade sobre leis simples. No precedente Banco Mizrahi, HCJ 6821/93, a Suprema Corte de Israel assume autoridade para interferir no conteúdo das leis, cancelando aquelas leis que ferem direitos fundamentais dispostos em Leis Básicas. Até então, a única interferência do Poder Judiciário sobre atos do Poder Legislativo referia-se a limites formais, com base no artigo 4 e 46 da Lei Básica "O Knesset".

[46] HCJ 98/69 p. 8

A introdução de limites materiais à atividade legislativa, ganha respaldo legal com a promulgação das Leis Básicas que regulam os direitos Humanos[47]. Em 1992 é aprovada a Lei Básica "Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade", contendo clausulas de limitação à violação dos direitos garantidos por essa mesma Lei Básica. O artigo 8, inspirado pela "*limitation clause*" da Constituição Federal do Canadá[48], dispõe que:

> "Não deverá haver violação de direitos regulados por essa Lei Básica exceto por Lei que se compatibilize aos valores do Estado de Israel, designada a objetivo próprio e evidente, e na proporção necessária, ou, em virtude de regulamentação expressa em lei."[49]

No HCJ 6821/93, a Suprema Corte foi chamada a verificar a validade da Lei Gal, que regulamentava a anistia de dividas de agricultores. O Banco Mizrahi, tendo sido prejudicado pela adoção da Lei Gal, recorreu à Corte para questionar a sua validade com base no artigo 3 da Lei Básica "Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade", que garante a proteção à propriedade, e estabelece que: "Não deve haver violação à Propriedade de uma pessoa."

O Banco Mizrahi argüiu que estava protegido por um direito fundamental, o direito de propriedade, e portanto, teria o direito de receber seu crédito proveniente das dívidas dos agricultores. Segundo a tese do Banco Mizrahi, acatada pela Suprema Corte, as leis simples são hierarquicamente inferiores a determinados direitos e garantias fundamentais presentes em Leis Básicas.

A Corte entendeu que a Lei Gal violava o Direito de Propriedade do Banco Mizrahi. Entretanto, a Corte utilizou-se do artigo 8° da Lei Básica (1992), para verificar em que medida as leis simples poderiam violar direitos fundamentais.

Desde o Modelo Kol Ha Am, a Suprema Corte Israelense reconhece a tensão entre direitos e interesses públicos. Os direitos nunca são herméticos, mas flexíveis para se adaptarem a situações concretas.

[47] A Lei Básica "Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade" inclui parte da Carta de Direitos Humanos, preferencialmente aqueles direitos sujeitos à menor controvérsia: direito à vida, ao corpo e à dignidade destes (art. 2 e 4); direito à propriedade (art. 3); direito à liberdade pessoal (art. 5); direito à livre circulação (art. 6); direito à privacidade (art. 7).

[48] A clausula de limitação (*limitation clause*) é também reconhecida na Constituição da África do Sul. Em todos os casos, ela se aplica a todos os direitos reconhecidos pela Constituição. Ver BARAK (2006), p. 83

[49] O artigo 4 da Lei Básica "Liberdade de Ocupação" (1994) estabelece a mesma sistemática, utilizando-se da mesma terminologia do artigo 8 da Lei Básica "Dignidade da pessoa Humana e sua Liberdade" (1992).

No Modelo Banco Mizrahi, a Suprema Corte explicita critérios, que com base no artigo 8° da Lei Básica (1992), constituem as provas materiais para a validade de Leis que contrariem direitos e garantias fundamentais.

As condições que devem ser verificadas para admitir a possibilidade de violação de direitos são[50]:

a) a violação ser feita por meio de Lei ou de acordo com lei, por força de autorização expressa nela contida;
b) a lei se adequar aos valores do Estado de Israel;
c) a lei se destina a um objetivo evidente;
d) a violação se dar, na medida do necessário.

Segundo a Corte, a presença dessas condições faz com que seja equilibrada a tensão entre direitos e interesses públicos[51]:

> "O artigo 8° reflete o equilíbrio entre os interesses constitucionais e os interesses que são reflexos da legislação sujeitas à prova de constitucionalidade. O estabelecimento de obrigações, por força de leis básicas, não cria uma defesa sem limites, em que não haja exceções. Os direitos não são herméticos. Eles se constroem na realidade por meio do equilíbrio entre os direitos e as necessidades dos particulares alicerçadas na sociedade e sobre o próprio direito de estabelecer o Estado".

Utilizando-se desses parâmetros, a Suprema Corte, acabou por decidir pela Constitucionalidade da lei Gal, apesar de reconhecer que havia violação do Direito de Propriedade do Banco Mizrahi. Segundo a Corte, a anistia de dívidas de agricultores justificava-se em razão de grave crise econômica pela qual passava o setor, motivo pelo qual foi aprovada a Lei Gal e, portanto, havia objetivo evidente. Alem disso, a Corte entendeu que a anistia violava o direito de propriedade dos Bancos na medida do necessário, sendo proporcional para o caso concreto.

Ao admitir a superioridade normativa das Leis Básicas em relação às Leis Simples, a Corte concluiu o topo da pirâmide normativa do Direito Constitucional Israelense. As Leis Básicas, segundo a interpretação da Suprema Corte introduzida no precedente Banco Mizrahi, passam a constituir a Constituição escrita do Estado de Israel. A partir de então, a Corte reconhece autoridade para anular leis que violem direitos e garantias fundamentais[52]. O

[50] CA 6821/93, p. 335, 74
[51] CA 6821/93, p. 335, 75
[52] BARAK (1997)

controle de constitucionalidade da Suprema Corte sobre leis não é regulado pela Lei Básica "O Judiciário" (1984). O ativismo judicial da Suprema Corte Israelense é alvo de críticas em vários setores da sociedade[53], especialmente do Knesset e dos setores conservadores, que vêem nessa posição da Corte a avocação de Poderes que não lhe foram atribuídos, questionando a legitimidade do reconhecimento de uma constituição escrita para o Estado de Israel.

Os reflexos da "Revolução Constitucional", iniciada com a decisão do HCJ 6821/93, serão alvo de discussão no próximo item.

2.4 A Revolução Constitucional

O debate acerca da validade e extensão da chamada "Revolução Constitucional" está intimamente ligado à introdução das Leis Básicas que regulam parte da Carta de Direito Humanos do Estado de Israel. A Suprema Corte de Israel reconheceu nas cláusulas de limitação, presentes nos artigos 8° e 4° das Leis Básicas "Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade" e "Liberdade de Ocupação", respectivamente, a base legal de justificação para a declaração da Revolução Constitucional.

Segundo BARAK, então presidente da Suprema Corte ao tempo da Revolução Constitucional, a Constituição escrita é um importante instrumento para a defesa da democracia:

> "Para manter a democracia – e garantir um delicado equilíbrio entre os seus elementos – uma constituição formal é preferível. Para operar efetivamente, a constituição deve gozar de hierarquia normativa superior, não pode ser facilmente emendada tal como estatutos normais, e deve garantir aos juizes a autoridade para o controle de constitucionalidade das leis. Sem uma constituição formal não há limites à supremacia legislativa, e a supremacia dos direitos humanos existirá tão somente quando houver autocontenção da maioria. A constituição, entretanto, impõe limitações legais na legislatura e garante que os direitos humanos sejam protegidos não apenas por meio da autocontenção da maioria, mas também pelo controle constitucional sobre a maioria."[54]

Esse entendimento é ressaltado no precedente judicial Banco Mizrahi, que inaugura o controle de constitucionalidade das leis com base na hierarquia normativa superior das Leis Básicas:

[53] SCHREIBER (1996)

[54] BARAK (2006), p. 34 Ao justificar sua preferência pela constituição formal, Barak, contrapõe a proteção aos direitos humanos em Israel e na Inglaterra. Barak é cético em relação a possibilidade de proteção dos direitos humanos em Israel sem uma constituição escrita devido as circunstancias locais e, devido ao fato de que a Inglaterra encontra-se subordinada a Convenção Européia de Direitos Humanos.

> " Democracia é um delicado equilíbrio entre o reinado da maioria e os valores fundamentais da sociedade que reinam sobre essa mesma maioria. Quando a maioria priva a minoria de direitos humanos, fere-se a democracia. Quando juizes interpretam as provisões da Constituição e evitam leis lesivas, eles oferecem proteção aos valores fundamentais da sociedade, tal como eles foram desenvolvidos gradualmente na história daquela sociedade. Assim, eles protegem a democracia constitucional e garantem o delicado equilíbrio em que ela é baseada. Basta remover o reinado da maioria (*rule of law*) da democracia, para que a democracia seja ferida em sua essência. Basta remover o reinado dos valores fundamentais, para ferir a sua própria existência. O controle de constitucionalidade das leis permite que a sociedade seja honesta consigo mesma e respeite seus pilares. Essa é a base para a legitimidade substantiva do controle de constitucionalidade das leis. Por esse controle nós somos fiéis aos valores fundamentais que nos foram impostos no passado, e que refletem a nossa essência no presente, e que deverão nos guiar no nosso desenvolvimento nacional como uma sociedade no futuro."[55]

O auto-reconhecimento da Corte em relação à autoridade para exercer o controle de constitucionalidade das leis com base nas superioridade normativa das Leis Básicas gerou reações heterogêneas por parte da sociedade israelense, extrapolando a seara jurídica. O Knesset continua afirmando que o Estado de Israel não possui constituição escrita[56]. Os setores conservadores, em especial os partido religiosos, questionam a legitimidade da Suprema Corte[57].

Alem disso, a "Revolução Constitucional" gerou discórdia na própria Corte[58], e na academia[59]. Os argumentos jurídicos que permeiam a virada constitucional em Israel remetem a própria autoridade do Knesset como Poder Legislativo e Constituinte. Levantam-se questões sobre a ausência de uma assembléia constituinte e sobre a forma como foi transferido o poder constituinte.

A "revolução constitucional" é definida por BARAK em termos objetivos em seu artigo, publicado na *Israel Law Review*:

---

[55] CA 6821/93 p. 423-24

[56] Para maiores informações, veja texto do Poder Legislativo acerca dos argumentos a favor e contra a constituição:"Israel does not have a written constitution, even though according to the Proclamation of Independence a constituent assembly should have prepared a constitution by October 1, 1948. The delay in the preparation of a constitution resulted primarily from problems that emerged against the background of the alleged clash between a secular constitution and the Halacha (the Jewish religious law". http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_hoka.htm

[57] Segundo AVNON (1998) a inserção do termo valores do Estado judeu e democrático, introduzido no artigo 8° e 4° das Leis Básicas "Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade" (1992) e "Liberdade de Ocupação" (1994), enfraqueceu a linguagem dos direitos humanos ao deixar a critério da Corte a definição do que seja Estado judeu e democrático, termos altamente politisáveis. p. 538

[58] Previamente abordado no item 2.4

[59] Para aprofundar em diferentes aspectos negativos da Revolução Constitucional ver: BARAK-EREZ (1995); GAVISON (1998); GROSS (1998).

> "Em Março de 1992, Israel passou por uma Revolução Constitucional. Em Março de 1992, duas novas Leis Básicas foram aprovadas: Lei Básica: Liberdade de Ocupação e Lei Básica: Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade. Sob essas novas Leis Básicas, uma serie de direitos humanos – entre eles, Dignidade, Liberdade, Mobilidade, Privacidade, Propriedade – adquiriram forca constitucional acima dos estatutos simples. Esses direitos, em sua maioria, já estavam protegidos, antes da constitucionalização. Enquanto poucos eram protegidos pelo legislador, a maior parte deles era protegido por precedentes legais da Suprema Corte, desenvolvidos por grandes juristas desde o estabelecimento do Estado. A principal diferença gerada por essas Leis Básicas é o reforço do valor normativo desses direitos. Uma lei simples do Knesset, não mais poderá infringir esses direitos, a não ser que preencha o requerimento dessas Leis Básicas ("clausula de limitação"). Assim, nos tornamos uma democracia constitucional. Nos juntamos a grupo de nações iluminadas pela democracia, em que direitos humanos, ganharam força constitucional, acima das leis simples. Similar aos Estados Unidos, Canadá, França, Alemanha, Itália, Japão e outros Países ocidentais, nós agora temos uma defesa constitucional dos direitos humanos. Nós também temos uma constituição escrita"[60].

Enquanto o mentor da "Revolução Constitucional" afirma que ocorreu uma mudança radical, e, apesar de admitir que esse seja só o inicio[61], o cunho ideológico dessa transformação é fruto de sérias críticas por parte da doutrina.

Segundo GROSS, o fato de ter sido, justamente, a proteção ao direito de propriedade que impulsionou a "Revolução Constitucional", sugere uma tendência à diminuição da proteção aos direitos sociais em detrimentos dos direitos econômicos de cunho liberal[62].

Segundo GAVISON, a "Revolução Constitucional" é uma profecia, ainda não realizada. Segundo a Professora da Universidade Hebraica, são várias as condições indispensáveis à recepção de uma Constituição, que ainda não foram evidenciados. Além da ausência de Assembléia Constituinte, GAVISON ressalta a desavença interna entre os próprios Ministros da Suprema Corte, fonte de disparidade entre os diferentes entendimentos, ora refletindo avanços, ora retrocessos, rumo a aplicação dos ditames da "Revolução Constitucional"[63]. Materialmente, ataca-se a ausência de superioridade absoluta das novas Leis Básicas, que, por força do artigo 10° de ambas as Leis Básicas, não possuem efeito retroativo, proibindo a

[60] BARAK (1997), p. 3

[61] BARAK (1997) p. 20

[62] GROSS (1998) O autor levanta o precedente americano no caso Lochner (1905) quando a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou lei que garantia maior proteção ao empregado com base no Direito a livre contratação. p. 80

[63] GAVISON (1998) p. 16

anulação de leis simples, vigentes antes da entrada em vigor das novas Leis Básicas[64]. Ausentes os elementos formais e materiais que compõe a essência da Constituição, a autora avalia que a grande mudança, não foi a introdução de uma Constituição escrita, mas sim a inserção de um novo modelo de controle de constitucionalidade, com base na interpretação da Cláusula de Limitação[65].

Considerações Finais

A polêmica acerca da "Revolução Constitucional" deverá permanecer viva na sociedade israelense, enquanto não for alcançada alguma forma de consenso entre os setores liberais e conservadores. Entretanto, os efeitos dessa revolução são evidentes e de difícil reversibilidade.

O contexto político em que ocorreu a virada constitucional foi o do Processo de Paz de Oslo. A onda de otimismo foi contida com o início da segunda intifada, em 2001. Desde então, a Suprema Corte de Israel vem lutando para conciliar os valores democráticos, incluindo-se a proteção aos Direitos Humanos, com a luta contra o terrorismo[66].

Em casos posteriores ao precedente Banco Mizrahi, a Corte aplicou o direito à dignidade da pessoa humana para reformar o direito penal[67], por exemplo, abolindo a tortura[68].

Entretanto, usualmente, tratando-se das áreas de conflito, em Gaza e na Cisjordânia, a Corte tende a aplicar preferencialmente o Costume Internacional[69], trabalhando o direito à dignidade nos termos das IV Convenções de Genebra de 1949[70].

---

[64] A Suprema Corte, já no caso Banco Mizrahi, definiu que emendas de lei que são posteriores à entrada em vigor das novas Leis Básicas, estão sujeitas ao controle de constitucionalidade previsto na Cláusula de Limitação. Alem disso, a Corte entende que todo o ordenamento jurídico israelense deve ser interpretado à luz dos valores constantes nessas leis Básicas, isso não significava que é dado anular leis anteriores, mas aplicar nova releitura consoante ao modelo de Estado.

[65] GAVISON (1998) p. 109

[66] Para um resumo oficial dos principais julgamentos: "Judgements of the Israel Supreme Court: Fighting Terror within the Law", Janeiro de 2005. Encontrado no site do Ministério das Relações Exteriores do Estado de Israel: <www.mfa.gov.il>

[67] É importante ressaltar que a Lei Básica "Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade", não possui efeito retroativo. Os métodos de investigação eram regulados por atos administrativos, e o principal argumento da Corte, utilizado para limitar os métodos de investigação do Serviço de Inteligência Interno (Shabaq) foi referente a autoridade do próprio Shabaq.

[68] No HCJ 5100/94 (*Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel*), a Corte decidiu que o shabaq – serviço de investigação interno - não tinha autoridade para utilizar métodos de interrogação que contrariem a dignidade da pessoa humana e privacidade, e declarou que meios físicos de não são admitidos.

[69] O sistema de absorção do Direito Internacional no Direito interno é dualista, isto é, não há possibilidade de incorporação automática por ato de ratificação e aprovação do Knesset. Assim, o conteúdo dos tratados internacionais deve ser submetido ao processo legislativo completo, até transformarem-se em Leis comuns ou Básicas, à escolha do Legislador. O Costume Internacional, entretanto, é de aplicação automática, e a Corte

Ao tempo do precedente Banco Mizrahi, foi declarada a superioridade dos direitos garantidos pela Lei Básica "Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade". A superioridade de outras leis básicas ficou em aberto para decisões futuras. No caso Neguev[71], a Corte afirmou que a Lei Básica "O Judiciário" é hierarquicamente superior às leis simples, abrindo espaço para o reconhecimento efetivo da Constituição formal do Estado, com base na junção das onze Leis Básicas.

Em Setembro de 2006, BARAK aposentou-se como presidente da Suprema Corte, ficando a cargo de seus sucessores[72] sedimentar a "Revolução Constitucional", para então, por meio de amplo apoio popular, consolidar a Constituição Escrita do Estado de Israel, assim legitimada pelo amplo reconhecimento público.

Referências

AVNON, Dan. The Israeli Basic Laws' (Potentially) Fatal Flaw. Israel Law Review. 1998. v. 32, n. 4, p.535-566

BARAK, Aharon. The Judge in a Democracy. Princeton University Press. United States. 2006

_____. The Constitutionalization of the Israeli Legal System as a result of the Basic Laws and its Effect on Procedural and Substantive Criminal Law. Israel Law Review. 1997. Vol. 31, p. 3-23

BARAK-EREZ, Daphna 'From an Unwritten Constitution to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective', Columbia Human Rights Law Review 26, 1995, pp. 309-355

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Martins Fontes. 4 edição. São Paulo. 2002

EDELMAN, Martin. The Status of the Israeli Constitution at the Present Time. Shofar: An Interdisciplinary Journal of Jewish Studies; 2003. Vol. 21 Issue 4, Summer p1, 18p

_____. The new Israeli Constitution. Middle Eastern Studies. London: Apr 2000. Vol. 36 Iss. 2 p. 1-27

GAVISON, Ruth . The Role of Courts in Rifted Democracies. Israel Law Review. 1999, v. 33, n. 2, p.216-258

_____. A Revolução Constitucional: realidade ou profecia? 1998. Editora da Universidade Hebraica. 1998 (hebraico)

GROSS, Aeyal M. The Politics of Rights in Israeli Constitutional Law. Israel Studies - 1998, Volume 3, Number 2, Fall pp. 80-118

RUBINSTEIN, Amnon; MEDINA, Barak. O Direito Constitucional do Estado de Israel. Vol. 1 Principios Fundamentais. Ed. Schocken Publishing House Ltd, Tel Aviv. 2005 (hebraico)

reconhece em parte do Direito Internacional Humanitário, a exemplo das IV Convenções de Genebra de 1949, Costume Internacional.

[70] Nos precedentes HCJ 2936/02 (*Physicians for Human Rights v. The Commander of IDF Forces in the West Bank*); HCJ 3114/02 (*Barakeh v. The Minister of Defense*) e HCJ 3451/02 (*Almandi v. The Minister of Defense*), decorrentes da operacao Muro de Defesa, a Corte aplicou as Convencoes de Genebra de 1949 para limitar as atividas do Exercito em Gaza e na Cisjordania.

[71] HCJ 3511/02 (Negev Coexistence Forum v. The Ministry of Infrastructure)

[72] Em Setembro de 2006, o Ministro Aharon Barak foi substituído pela juíza Dorit Beinisch, primeira mulher a assumir a presidência da Suprema Corte de Israel.

SCHREIBER, Daniel. The Supreme Coup. The Jerusalem Report. Jerusalem:Mar 21, 1996. p. 59

SHAPIRA, Amos. DE WITT-ARAR, Keren. Intoduction to the law of Israel/edited by Amos Shapita and Keren C. DeWitt-Arar. The Hague: Kluwer Law International, 1995

THE ECONOMIST. Israel's other Barak. London. April 10, 1999. Vol. 351, Iss 8114, p. 43-44

Precedentes Citados: HCJ 1/49 (Bergerano v. Ministro da Policia); HCJ 73/53 (Kol ha am v. Ministro do Interior); HCJ 98/69 (Bergman v. Ministro da Fazenda); CA 6821/93 (Banco Mizrahi v. Cooperativa Migdal); HCJ 4541/94 (Milar contra Ministro da Defesa); HCJ 5100/94 (Comite Publico contra a tortura em Israel v. Estado de Israel); HCJ 721/94 (El-Al Airlines Ltd v. Jonathan Danielowitz); HCJ 2936/02 (Medicos para os Direitos Humanos v. Comando do Exercito na Cisjordania); HCJ 3114/02 (Barakeh v. Ministro da Defesa); HCJ 3451/02 (Almandi v. Ministro da Defesa); HCJ 3511/02 (Forum de Coexistence do Negev v. Ministro da Infra-estrutura) ; HCJ 3045/05 (Ben-Ari v. Diretor da Administracao de Populacao do Ministerio do Interior)