

OS PROBLEMAS DE EXIGIBILIDADE E JUSTICIABILIDADE DOS DESCA¹. O CASO DA CONSTITUIÇÃO DA CIDADE DO MÉXICO.²

JAIME CÁRDENAS GRACIA³

Resumo: O presente trabalho objetiva estudar o processo de criação da Constituição da Cidade do México, promulgada em 31 de janeiro de 2017, como encerramento do *Pacto Por México*, assinado em 2012 pelo PRI (Partido Revolucionário Institucional), PAN (Partido de Ação Nacional), PRD (Partido da Revolução Democrática) e a Presidência da República do México. O Pacto pode ser descrito como um documento político, com 95 acordos para reformar a Constituição da República e as Leis. Um destes acordos era justamente criar uma reforma política de caráter constitucional para a Cidade do México, que se deu a partir da reforma de 52 artigos constitucionais, em especial o artigo 122. Contra a Constituição da Cidade, apresentaram-se sete meios de impugnação constitucional que foram formulados perante a Suprema Corte de Justiça da Nação por diversas autoridades e partidos, motivo pelo qual mostra-se essencial o seu estudo, tendo como enfoque os DESCA – direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Palavras-Chaves: Constituição da Cidade do México; Pacto por México; Reforma Constitucional; DESCA.

Resumén: El presente trabajo tiene como objetivo estudiar el proceso de creación de la Constitución de la Ciudad de México, promulgada el 31 de enero de 2017, como cierre del Pacto Por México, firmado en 2012 por el PRI (Partido Revolucionario Institucional), PAN (Partido de Acción Nacional), PRD (Partido de la Revolución Democrática) y la Presidencia de la República de México. El Pacto puede ser descrito como un documento político, con 95 acuerdos para reformar la Constitución de la República y las Leyes. Uno de estos acuerdos era justamente crear una reforma política de carácter constitucional para la Ciudad de México, que se dio a partir de la reforma de 52 artículos constitucionales, en especial el artículo 122. Contra la Constitución de la Ciudad, se presentaron siete medios de impugnación constitucional que fueron formulados ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por diversas autoridades y partidos, por lo que se muestra esencial su estudio, teniendo como enfoque los DESCA - derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

Palabras-Claves: Constitución de la Ciudad de México; Pacto por México; Reforma Constitucional; DESCA.

¹Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA): Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

² Texto traduzido do idioma original (espanhol) por Emanuela Gava Caciatori e Lucas Machado Fagundes, membros do grupo de pesquisa: “Pensamento Jurídico Crítico Latino-americano” da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC.

³ Pesquisador e professor do Instituto de Investigaciones Jurídica da UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México).

Introdução

A Constituição da Cidade do México, aprovada pela Assembleia Constituinte da cidade em 31 de janeiro de 2017, e publicada na edição vespertina do Diário Oficial da Federação e na Gazeta Oficial do Distrito Federal em 5 de fevereiro do mesmo ano, é um ordenamento que alguns têm elogiado por seu progressismo, e outros têm criticado por suas insuficiências.

É inevitável indicar que é uma norma de encerramento ou conclusão do *Pacto por México* -acordo político não-democrático nem transparente. O *Pacto por México*, assinado em 2 de dezembro de 2012, entre o PRI (Partido Revolucionário Institucional), PAN (Partido de Ação Nacional), PRD (Partido da Revolução Democrática) - as três forças políticas mais importantes neste momento - e a Presidência da República do México, é um documento político que contém 95 acordos para reformar a Constituição da República e as Leis -as reformas estruturais neoliberais do atual governo. Um destes acordos constituiu em consentir com uma reforma política de caráter constitucional para a Cidade do México⁴.

Esse acordo político materializou-se neste sexênio, mais tarde que outras reformas constitucionais estruturais, porque existia uma diferença importante entre o PRI e o PAN, por um lado, e o PRD, por outro. O dissenso surgiu na maneira de integrar a Assembleia Constituinte que elaboraria a Constituição. O PRI e o PAN carecem de força eleitoral suficiente na Cidade do México, e sabiam que em um processo eleitoral onde seriam eleitos popularmente todos os deputados constituintes, não teriam a representação que eles consideravam aceitável para seus interesses -na Cidade do México constituem-se como forças políticas com inserção em alguns territórios, mas são pouco transcendentais. O PRD estimava que a eleição popular do total de seus integrantes era necessária para legitimar a Assembleia Constituinte que se integraria para redigir a Constituição da Cidade do México.

Durante 2015, o PRD e o governo da capital, aceitaram as anteriores exigências do PRI e do PAN, e aprovaram e publicaram em 29 de janeiro de 2016 a reforma constitucional ao

⁴O compromisso 91 do *Pacto por México* textualmente assinala: “Impulsionaremos o nome oficial da Cidade do México que é a capital da República. O Distrito Federal será dotado de uma Constituição própria; se revisarão as faculdades do Chefe do Governo e da Assembleia Legislativa do DF; na ordem do governo delegacional ou equivalente se impulsionará a eleição de governos de colegiados com representação plural, semelhante aos governos de administração local, de acordo com a presença das forças políticas em cada demarcação; y se definirá um esquema do Distrito Federal que considera seu caráter de capital da República”.

ordenamento da República, que implicou na modificação de 52 artigos constitucionais, em que os artigos transitórios da reforma - fundamentalmente o sétimo- determinaram que apenas 60 dos 100 deputados seriam eleitos, e que os 40 restantes seriam designados. Seis seriam propostos pelo Presidente da República, seis pelo Chefe do Governo da Cidade do México, 14 Senadores e 14 Deputados Federais em representação à força dos partidos em cada Câmara Federal, que compatibilizariam suas funções - fundamentalmente contra ao disposto no artigo 125 constitucional - com as de deputado constituinte⁵.

A reforma constitucional à norma fundamental em matéria do Distrito Federal foi publicada no Diário Oficial da Federação em 29 de janeiro de 2016. As modificações constitucionais implicaram mudanças, como já mencionado, em 52 artigos constitucionais, sendo o mais importante o artigo 122 e os artigos transitórios desta reforma. No artigo 122 constitucional foram estabelecidos mecanismos de limitação à liberdade do constituinte originário da Cidade do México, pois em cada tema relacionado com a organização política da Cidade, ordenaram-se instruções precisas sobre a forma de estabelecer na futura Constituição da Cidade do México: a organização dos três poderes, da administração local (Alcadías), os órgãos autônomos, a administração pública da Cidade, a dívida, as atribuições do Presidente da República em matéria de polícia, a coordenação metropolitana, as competências dos poderes federais na Cidade, o regime tributário, o regime de capitalidade, etc.

Os dezessete artigos transitórios da reforma publicada em 29 de janeiro de 2016 também estabeleceram obrigações e instruções ao constituinte da Cidade sobre múltiplas matérias: a entrada em vigor das normas relacionadas com os poderes, a organização da Assembleia Constituinte e suas competências, a maneira pela qual deviam conformar-se as administrações locais (Alcadías) suas competências, as relações trabalhistas entre a Cidade e seus trabalhadores, os direitos adquiridos dos titulares e empregados das principais instâncias de autoridade na Cidade, os procedimentos no interior da Assembleia Constituinte, entre outras. Foi tão excessiva a regulação condicionante ao Constituinte originário, que contrariamente às regras de financiamento público aos partidos políticos, previstas no artigo 41 constitucional, o Conselho

⁵ O constituinte Javier Quijano Baz promoveu juízo de Amparo Indireto em 5 de outubro de 2016, contra a integração da Assembleia Constituinte, por violação ao artigo 125 da Constituição. O amparo esteve a cargo do *Juzgado Quinto de Distrito en Materia Administrativa*, e integrou-se ao expediente 1670/2016. O amparo foi declarado improcedente, com fundamento no artigo 61, XXIII da Lei de Amparo e foi rechaçado.

Geral do INE -o órgão eleitoral nacional -, com fundamento no artigo sétimo transitório da reforma constitucional da Cidade, emitiu um acordo estabelecendo um financiamento igualitário e não diferenciado para todas as forças políticas.

A votação para eleger os 60 deputados constituintes celebrou-se no primeiro domingo do mês de junho de 2016 e ao INE custou organizá-la, aproximadamente, 490 milhões de pesos mexicanos, dos quais uma parte importante foi destinada ao financiamento dos partidos e candidatos independentes -aos partidos destinou-se 101 milhões, 498,771 pesos. O único partido que se negou a receber recursos por financiamento público foi MORENA. A cifra do custo da organização eleitoral do INE contrasta com a cifra oficial que aprovou a Assembleia Constituinte eleita para seu funcionamento durante quatro meses e meio -20 milhões de pesos.

Na jornada eleitoral de junho de 2016, a força mais votada popularmente, com 22 deputados eleitos, que foi MORENA, jamais teve relevância numérica nas decisões da Assembleia Constituinte. Artificialmente, o mecanismo de 40 designados aumentou consideravelmente a representação do PRI, PAN e do PRD na Assembleia Constituinte, em detrimento da força política que somente participou com candidatos eleitos, em conformidade com os artigos 39, 40 e 41 da Constituição.

A composição resultante da Assembleia Constituinte, com a escassa participação cidadã na jornada eleitoral -de aproximadamente 28.5% dos inscritos na lista nominal de eleitores-, a pouca difusão pública dos trabalhos da Assembleia Constituinte, e a negativa de celebrar um referendo sobre o texto aprovado pela Assembleia Constituinte, são fatores que deslegitimaram a Assembleia Constituinte e a Constituição elaborada por esta. É verdade que os cidadãos puderam apresentar propostas ao texto do Chefe de Governo, que detinha o monopólio da apresentação da iniciativa constitucional por disposição do artigo sétimo transitório da reforma constitucional publicada em 29 de janeiro de 2016. As propostas cidadãs e as dos próprios deputados não tiveram transcendência pública. Os meios de comunicação que cobriram a Assembleia Constituinte geralmente destacavam o anedótico em vez do importante. Os conteúdos do projeto do Chefe de Governo e as iniciativas cidadãs e dos deputados foram desconhecidas e jamais problematizadas massiva e seriamente pelos habitantes da Cidade.

Muitos juristas nacionais têm considerado que a nova Constituição da Cidade do México não é na realidade uma Constituição, mas sim uma lei regulamentadora do artigo 122 da

Constituição⁶ e que a Assembleia Constituinte não foi um autêntico poder constituinte originário⁷. Quanto ao primeiro aspecto, não cabe dúvidas que a Constituição da Cidade é uma norma autorizada pela reforma constitucional de 29 de janeiro de 2016, a qual precisou os alcances dos trabalhos do Constituinte, a forma de governo, a organização do poder e os limites ao exercício do poder e, neste sentido, se pode falar de uma lei regulamentadora; embora também seja verdade, que pode tratar-se de uma Constituição material⁸, porque existiram margens de liberdade na Assembleia Constituinte para ampliar direitos humanos, garantir princípios democráticos e para projetar novos mecanismos para limitar o poder público e fático⁹, mas que infelizmente foram desperdiçadas na maioria dos casos. Em relação ao apontamento de que não se tratou de um poder constituinte originário, é evidente que não o foi, porque nasceu da reforma constitucional de 29 de janeiro de 2016, e porque não pôde garantir devidamente a soberania da nova entidade federativa em contravenção textual do artigo 41 constitucional - a Constituição da Cidade em seu artigo 1º, número 4, indica que “a cidade é livre e autônoma em todo o concernente a seu regime interior e a sua organização política e administrativa”- em contraposição ao reconhecimento de soberania para o resto das entidades federativas. Trata-se de uma Constituição surgida da camisa de força da reforma constitucional de 29 de janeiro de 2016 e de um constituinte derivado, que por sua composição política deixou de maximizar os direitos humanos, os princípios democráticos e os instrumentos para limitar o poder político e econômico devidamente.

Contra a Constituição da Cidade, apresentaram-se sete meios de impugnação constitucional que foram formulados ante a Suprema Corte de Justiça da Nação pelas seguintes autoridades e partidos: a *Consejería* Jurídica da Presidência, a Procuradoria Geral da República, a Comissão Nacional de Direitos Humanos, o Senado da República, o Tribunal Superior de Justiça do Distrito Federal e os partidos Morena e *Nueva Alianza* - ademais da formulação de alguns

⁶O jurista Diego Valadés sustentou tal postura em entrevista ao programa “El asalto a la razón” para a Milenio TV, em 8 de março de 2016, onde indicou que não poderia ser Constituição, se as matérias mais importantes da futura Constituição já estavam determinadas no artigo 122 constitucional reformado e publicado em 29 de janeiro de 2016.

⁷ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. **Poder constituyente, Constitución y cambio democrático**. México, UBIJUS, 2015, pp. 19-32.

⁸ MORTATI, Constantino. **La Constitución en sentido material**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

⁹ CÓRDOVA, Lorenzo, “Qué es una Constitución? In: **Configuraciones. Aportes al debate constituyente de Ciudad de México**, México, Revista de la Fundación Pereyra y del Instituto de Estudios para la transición democrática, número 41, 2016, pp. 5-17.

amparos contra ela. As ações de inconstitucionalidade e controvérsias constitucionais aludem a possível inconstitucionalidade de numerosos preceitos da Constituição da Cidade - aproximadamente 40 dos 71. Os meios de impugnação, em termos gerais, reclamam: o sistema constitucional e convencional de direitos humanos, o direito de associação, de identidade, não discriminação e igualdade, liberdade religiosa e segredo profissional. Sustenta-se que a Constituição da Cidade invade as competências do Congresso da União para legislar sobre procuração de justiça, justiça para adolescentes, execução de sanções, águas nacionais, salubridade, trabalho e política exterior. Também se suscita a invalidade da renovação de mandato, os requisitos que contempla a Constituição da Cidade para anular uma eleição local, o parlamento metropolitano, o conselho do judiciário e as administrações locais (Alcadiás). Como se pode vislumbrar, violações às competências federais estão sendo reivindicadas. Veremos se a Suprema Corte de Justiça da Nação colocará a validade formal acima da validade material, e qual extensão irá conferir ao princípio *pro persona*, ao bloco de constitucionalidade e ao parâmetro de regularidade constitucional e convencional. É evidente que quase todos os argumentos das impugnações são para submeter e reduzir ainda mais os alcances da Constituição da Cidade, para defender o *status quo* jurídico predominante no país, baseado em uma forte centralização e no desprezo pelo federalismo, e para que nenhuma entidade da República venha a aprovar reformas constitucionais ou Constituições com características vanguardistas. Se tratam de vias de inconstitucionalidade que buscam comprimir mais a “camisa de força” que já havia estabelecido a reforma constitucional de 29 de janeiro de 2016 no artigo 122 da Constituição da República¹⁰.

I. Características gerais do novo texto constitucional.

Encontro como características da Constituição da Cidade as seguintes: 1) Se incorporaram elementos neoliberais ao texto que não podem nem devem ser ignorados¹¹; 2) Deixaram de maximizar os direitos fundamentais; 3) A democracia direta e participativa prevista não é totalmente acessível aos cidadãos; 4) O controle ao poder público não foi incrementado; 5) Se reproduziu a nível local, sem grandes inovações, o sistema nacional anticorrupção; 6)

¹⁰ **La Jornada**, 11 de março de 2017, p. 21 y, **Reforma**, 11 de março de 2017, página principal.

¹¹ Sobre o alcance e significado do neoliberalismo, ver: HARVEY, David. **Breve historia del neoliberalismo**. Madrid, Akal, 2007.

Tecnicamente, foi negligenciada a seção sobre a distribuição de competências no nível horizontal e vertical; 7) O poder judicial da Cidade, salvo algumas mudanças em sua cúspide, seguirá sem ter legitimidade democrática de origem; 8) Os órgãos constitucionais autônomos estarão controlados pelos partidos políticos majoritários no Congresso Local; 9) Os povos indígenas foram reconhecidos, mas seus direitos não foram expandidos em matéria de consulta vinculante e estabelecimento de um quarto nível de governo e 10) O desenvolvimento urbano e territorial da Cidade seguirá grandemente influenciado pelos poderes fáticos.

O texto constitucional aprovado contém numerosos exemplos de seus traços neoliberais, assim que menciono alguns: a propriedade privada é reconhecida de maneira destacada sobre a propriedade social, pública e comum; foi eliminado o princípio da progressividade fiscal previsto na iniciativa do Chefe de Governo; o tratamento ou saneamento das águas na Cidade pode ser privatizado, bem como o espaço público; e, no planejamento do desenvolvimento urbano e territorial da Cidade, é permitida a participação dos interesses privados.

Os direitos humanos são um título amplo na Constituição -o segundo. Foram reconhecidos direitos que são importantes para as pessoas, como o direito ao mínimo vital, o direito à vida e a morte digna, direitos aos cidadãos, à saúde sexual e reprodutiva, ampliou-se o direito à educação pública, reconheceu-se o direito à ciência e tecnologia, o direito a um governo honesto, entre outros. No entanto, a Assembleia Constituinte não quis reconhecer o direito à renda básica, não aceitou o direito de decisão da mulher, não foi reconhecida a obrigação dos poderes fáticos de garantir os direitos humanos, não foram reconhecidos os direitos à resistência e à desobediência civil, não foi aceito o direito à cidadania universal, o direito de votar a partir dos 16 anos, o direito de os processados votarem e serem votados e, sobretudo, foi condicionada a garantia dos direitos – fundamentalmente no caso dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais - às possibilidades orçamentárias da Cidade.

Em matéria de democracia direta e participativa, foram estabelecidas as modalidades mais importantes destas vias de participação. O *déficit* do texto constitucional reside nos excessivos requisitos elencados para promover-las, nas condições estabelecidas pela Constituição para exercitá-las e nos casos previstos para que seus resultados possam ser vinculantes e obrigatórios. Em alguns casos, como no do direito à consulta, se remete ao que é estabelecido por lei. Em matéria de referendo referente às reformas constitucionais, impede-se que os cidadãos

iniciem o procedimento, prevendo que apenas 2/3 dos membros do Congresso Local podem instaurá-lo.

Os poderes de controle do Congresso Local ao Chefe de Governo e aos Conselhos nas administrações locais (Alcadiás) são limitadíssimos¹². A administração pública da Cidade, regulada em apenas um preceito da Constituição, tem uma surpreendente margem de liberdade para exercer o orçamento. Os controles de constitucionalidade não contam com um tribunal independente que seja plenamente garantidor dos direitos humanos e dos princípios democráticos. De acordo com a Constituição, é uma Sala Constitucional, cujos titulares serão designados pelos magistrados do Tribunal Superior de Justiça, a qual será encarregada de conhecer os recursos para proteger e restituir direitos humanos, para conhecer ações de inconstitucionalidade, controvérsias constitucionais e ações constitucionais por omissão legislativa.

Os defeitos do sistema nacional anticorrupção foram reproduzidos na Constituição da Cidade¹³. A corrupção se origina pelo débil ou inexistente controle ao poder formal e fático, e pela ausência de participação cidadã na vigilância e supervisão das auditorias. Os mecanismos anticorrupção, segundo a Constituição da Cidade, estarão coordenados e dirigidos por funcionários públicos nomeados pelos vigiados -os partidos majoritários no Congresso Local- e não pelos cidadãos. A corrupção deve ser combatida fundamentalmente pelos mecanismos de democracia participativa, deliberativa e direta, para que as principais decisões administrativas das autoridades da Cidade sejam tomadas mediante consulta prévia, obrigatória e vinculante aos cidadãos. A Constituição não protege os direitos trabalhistas, políticos e cívicos daqueles que denunciem atos de corrupção no serviço público, no setor social e nas empresas privadas. As normas sobre austeridade são totalmente incompletas, foram estabelecidas no artigo 36 transitório da Constituição. Não foi previsto que os indicadores de desempenho deveriam, no caso de serem violados, implicar no delito de traição ao mandato por parte dos servidores públicos eleitos. As empreiteiras, concessionárias, permissionárias, pessoas físicas, acionistas e/ou diretores de empresas, não estão proibidos de doarem recursos em dinheiro ou em espécie para as pré-

¹² MORA-DONATTO, Cecilia. **Cambio político y legitimidad funcional. El Congreso mexicano en su encrucijada**. México, Miguel Ángel Porrúa y Cámara de Diputados. LIX Legislatura, 2006, p. 8.

¹³ PAHUAMBA ROSAS, Baltazar. **El derecho humano a la rendición de cuentas objetiva y uso debido de los recursos públicos**. México, ESPRESS, 2016.

campanhas e campanhas. Os empreiteiros ou concessionários que doaram às campanhas não deveriam participar durante 15 anos das licitações, contratos ou obras públicas. A Constituição não previu que os delitos de corrupção são imprescritíveis. Tampouco obrigou expressamente que os particulares que exerçam ou administrem recursos públicos ou recebam contratos, concessões, licenças e autorizações, publiquem suas declarações de patrimônio, de juros e tributárias. A Constituição não proíbe as parcerias público-privadas por serem mecanismos de secreto endividamento e de geração de corrupção. A fiscalização orçamentária não corresponde aos cidadãos em estreita coordenação com a Auditoria Superior da Cidade.

Em um tema muito sério, negligenciaram os mecanismos de solução de conflitos de competência entre os poderes e os níveis de governo. É certo que existem alguns previstos no texto, como a garantia dos princípios de subsidiariedade e proximidade -artigo 53- em matéria de administração local (Alcaldia), mas a Constituição, podendo ter precisado as diferentes hipóteses de conflito de competência, deixou totalmente aberto o tema à interpretação constitucional que fará a Sala Constitucional ou os tribunais federais.

Referente ao poder judicial local, os procedimentos para a nomeação de magistrados foram reformulados, de modo a não dar poder aos cidadãos na eleição dos titulares do poder judiciário local -seguirão carecendo de legitimidade democrática de origem, contrariamente ao previsto no artigo 39 da Constituição da República, apesar de ser um poder público. Sem embargo, dado aos excessos cometidos pelo anterior presidente do Tribunal Superior de Justiça da Cidade, determinou-se que os presidentes dessa instância não poderiam durar no cargo mais de um ano, sem possibilidade de reeleição, e foi estabelecido que o Presidente do Tribunal não pode presidir o Conselho do Poder Judicial Local¹⁴. A Constituição não orientou o poder judiciário local ao controle cidadão, à transparência, nem à prestação de contas. Os titulares dos órgãos constitucionais autônomos não serão eleitos pelos cidadãos e serão designados pela maioria qualificada do Congresso Local, por proposta dos conselhos cidadãos. Isto é, não terão a devida independência para servir de contrapeso às instituições da Cidade, especialmente ao Chefe de

¹⁴Contra estas tímidas reformas, o Pleno dos magistrados do Tribunal Superior de Justiça da Cidade - 71 dos 76 magistrados presentes - decidiu promover controvérsia constitucional ante a Suprema Corte de Justiça da Nação para invalidar os artigos 35 e 37 da Constituição da Cidade. O 35 alude à integração do Conselho de Judicatura e que este não será presidido pelo Presidente do Tribunal - o qual durará no cargo de presidente do Tribunal por um ano e não poderá ser reeleito - e, que o Conselho da Judicatura somente será composto por três membros judiciais dos sete que o compõe. O artigo 37 trata da composição e funções do Conselho Judicial Cidadão. Os magistrados argumentam que o esquema do Conselho de Judicatura da Cidade não é compatível com o previsto na Constituição da República.

Governo e ao Congresso Local. Os órgãos constitucionais autônomos da Cidade continuarão partidocratisados e sem esperança de que cumpram plenamente os fins determinados pela Constituição.

Em matéria de povos originários e comunidades indígenas residentes, a Assembléia Constituinte resistiu à consulta de toda a Constituição a essas comunidades. Apenas as consultaram quanto a três artigos da Constituição, que os afetavam diretamente. As consultas aparentemente se realizaram na Cidade. Quanto as deficiências do título relacionado a eles, encontro as seguintes: não foi previsto que sejam consultados os povos originários e comunidades indígenas residentes quanto às reformas constitucionais; não se contemplou que as consultas devam ser vinculantes; não foi determinado que os povos originários e comunidades indígenas residentes constituem uma quarta ordem de governo; não foi devidamente garantida a autonomia territorial dos povos originários; e as instituições da Cidade não são conformadas pluriétnicamente, isto é, não haverá representação de povos e comunidades indígenas residentes nas titularidades do poder judiciário local, nem no gabinete do titular do Executivo local, nem nos órgãos constitucionais autônomos.

O título constitucional relativo ao desenvolvimento e ao planejamento democrático da Cidade, que foi motivo de cobiça dos urbanistas da Cidades, permite que, na definição de todas as políticas urbanas e de planejamento democrático da Cidade, participem os interesses econômicos privados, que durante a Assembleia Constituinte se opuseram às contribuições por mais-valias, se negaram a proibir os processos de gentrificação e de segregação social pela especulação urbana e lutaram para que o Instituto de Planejamento Democrático e Prospectivo fosse um organismo descentralizado e não um ente cujos titulares fossem eleitos pelos cidadãos.

II. Bloco e parâmetro de constitucionalidade e convencionalidade

Desde a resolução da Suprema Corte de Justiça da Nação quanto à contradição da tese 293/2011, ficou claro que no direito mexicano o bloco de constitucionalidade e de convencionalidade não somente devem ser reconhecidos, como já se havia definido no expediente 912/2010 (caso Rosendo Radilla), mas que também era necessário assumir o parâmetro de constitucionalidade e convencionalidade por se tratarem de dois conceitos e

categorias jurídicas diversas - uma substantiva e a outra adjetiva -, que, embora próximas, se complementam.

A extensão do bloco de constitucionalidade e convencionalidade que contém a Constituição é muito limitada. Alude à Constituição, aos tratados, às leis nacionais e locais, mas as resoluções de organizações internacionais são ignoradas, seja o Estado Mexicano parte ou não dos instrumentos correspondentes, a jurisprudência constitucional é esquecida, o *soft law* dos direitos humanos, assim como o reconhecimento de que as autoridades podem fazer direitos humanos que ainda não foram positivados.

Não há avanço na interpretação constitucional do primeiro parágrafo do artigo 1º da Constituição da República quando é estabelecido que as pessoas gozarão dos direitos reconhecidos na Constituição e nos Tratados, salvo nos casos quando seu exercício possa ser restringido ou suspenso. Nesta parte da Constituição, era necessário assinalar que os Tratados e as resoluções dos organismos internacionais em matéria de direitos humanos podem ser ampliados para além do texto constitucional da República, e que quando o parágrafo primeiro do artigo 1º da Constituição menciona a restrição ou suspensão, deve ser entendida exclusivamente pelas hipóteses de suspensão referidas no artigo 29 da Carta Magna, e não a qualquer limitação de direitos que estabeleça o texto da Constituição da República. Em outras palavras, a Constituição não tem um compromisso forte com o princípio *pro homine*.

É também muito grave que a Constituição preveja que exclusivamente as autoridades estão obrigadas a cumprir os direitos humanos, e se omite a dispor que os particulares também estão obrigados a promover, respeitar, proteger e garantir os direitos humanos. É dizer, a iniciativa desconhece a doutrina conhecida como *Drittwirkung der Grundrechte* (a eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros).

A Constituição faz referência ao conteúdo essencial dos direitos e não ao princípio da proporcionalidade como método de interpretação de direitos em colisão. Nesta parte era fundamental precisar a pluralidade de métodos e instrumentos interpretativos para obter maior proteção dos direitos.

A Constituição concebe a garantia dos direitos humanos um caráter assistencialista. A garantia dos direitos chega até onde o orçamento público alcança. Com isso se evita a obrigação fundamental dos poderes fáticos de garantir os direitos humanos; a austeridade republicana é

prescindida como eixo para garantir mais direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais; é omitido o princípio fiscal de taxar mais quem tem e ganha mais; bem como a prioridade do gasto social na política orçamentária. É uma proposta neoliberal que não atinge o poder econômico da Cidade.

Bloco e parâmetro. Quanto a esta primeira distinção, deve-se precisar os conceitos:

O bloco é uma categoria vinculada aos conteúdos e à extensão de um sistema constitucional e convencional. Pode-se dizer que o bloco está integrado por todos os direitos fundamentais de fonte constitucional e convencional; por todas as resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda que o Estado mexicano não tenha sido parte, pelo *soft law* dos direitos humanos, por exemplo, observações e resoluções dos Comitês da Organização das Nações Unidas e do sistema interamericano de direitos humanos, pela jurisprudência constitucional nacional, pelas disposições legais e regulamentares do ordenamento nacional que maximizam os direitos humanos. Isto é, o bloco é composto por todo o sistema de fontes de um sistema jurídico, incluindo: o conjunto de valores e princípios subjacentes ao sistema constitucional, o contexto que se compõe com o acúmulo de práxis, convenções e costumes enraizados na consciência social; pelos valores culturais em que se baseia o sistema constitucional, e pelo valor da dignidade humana. Além disso, o bloco deve ser integrado pelos direitos conquistados pelos habitantes da Cidade frente e com respeito às autoridades e aos particulares. Na Cidade, o bloco deve implicar que os direitos humanos e suas garantias não sejam suscetíveis de suspensão. O bloco também se compõe pelas garantias substantivas que obrigam as autoridades e os particulares a fazer, não fazer ou dar.

Por sua vez, o parâmetro de constitucionalidade e convencionalidade é um conceito adjetivo, de caráter processual, que permite aos juízes e autoridades em geral determinar quando uma norma ou um ato - por ação ou omissão - de autoridade ou de particulares é constitucional e convencional. Isto é, são os critérios processuais para realizar um ajuizamento de constitucionalidade e convencionalidade, onde, por exemplo, uma norma de hierarquia inferior pode se sobrepor à de hierarquia superior, caso a de menor hierarquia otimize de maneira mais ampla os direitos humanos, ou onde o conceito de validade formal - que a autoridade seja

competente e siga o procedimento previamente estabelecido - pode ser derrocado por uma validade material ou substantiva que amplie o nível de proteção de direitos¹⁵.

Os conceitos de restrição e suspensão do parágrafo primeiro do artigo 1º da Constituição, em relação à resolução que conheceu a contradição da tese 293/2011. O direito internacional dos direitos humanos pode ir muito além dos textos constitucionais nacionais e, portanto, deve prevalecer sobre o direito interno. Esse maior alcance de direitos deve ser preferido mesmo que a Constituição da República estabeleça uma limitação. Argumentar contrariamente a esta premissa equivale a desconhecer o caráter *pro homine* dos direitos. Quando o parágrafo primeiro do artigo 1º da Constituição da República refere que a prevalência dos tratados e instrumentos internacionais se dá sempre e quando a Constituição não os restrinja ou suspenda, desde o nosso ponto de vista, essas expressões jurídicas devem ser entendidas em sentido estrito, tal como expôs o Ministro Cossío Díaz, quando assinalou que não é qualquer limitação que a Constituição estabeleça nos direitos que deve ser considerada como restrição ou suspensão. Estes termos devem ficar reservados somente para as hipóteses de suspensão das garantias contempladas no artigo 29 da Constituição da República¹⁶. Assim, na Constituição da Cidade, deve estar estabelecido que os tratados, resoluções internacionais e observações gerais se impõem sobre o Direito interno, incluindo a Constituição da República, quando essas normas e princípios maximizem os direitos humanos em maior medida que o direito interno, sem que importem as limitações que estabeleça a Constituição da República ou a Constituição da Cidade, salvo em caso de suspensão das garantias do artigo 29 constitucional.

A eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros. Como é conhecido na doutrina jurídica, os direitos fundamentais não são oponíveis somente ante e em respeito às autoridades, mas também em relação aos particulares. Em nosso tempo, em época de neoliberalismo e de poderes selvagens, os principais violadores de direitos humanos não são apenas as autoridades, mas sim os poderes fáticos nacionais e transnacionais. Assim, os direitos humanos devem ser oponíveis aos particulares e, estes, a depender das circunstâncias do caso, têm as mesmas obrigações que as autoridades: de promover, respeitar, proteger e garantir.

¹⁵ ASTUDILLO, César. *El bloque y parámetro de constitucionalidad y convencionalidad en México*. México, Tirant lo Blanch, 2014, p. 147.

¹⁶ COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *Intervención*. Sesión pública ordinaria de jueves 29 de agosto de 2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de tesis 293/2011.

A Constituição é bastante conservadora porque busca proteger os grandes interesses econômicos que operam na Cidade. As autoridades neste esquema são os representantes desses interesses, e por isso, somente frente a elas cabe a exigência de satisfazer os direitos humanos, quando o correto é fazer com que os direitos sejam reclamáveis frente às autoridades e também frente aos particulares.

O princípio da proporcionalidade. É grave que a Constituição não assuma a importância do princípio da proporcionalidade e da pluralidade de métodos de interpretação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, recordo que o princípio da proporcionalidade é, hoje em dia, um dos métodos mais transcendentais de interpretação constitucional. Um juiz constitucional pode recorrer a outros métodos ou regras de interpretação e de argumentação quando existem conflitos ou colisões entre princípios, por exemplo: a unidade constitucional, a correção funcional, a eficácia constitucional, a força normativa da Constituição, a harmonização dos bens constitucionais, entre outros. No entanto, entre todos os métodos e regras de interpretação ou argumentação constitucional, destaca-se o princípio da proporcionalidade. Por quê?¹⁷

As razões da importância do princípio da proporcionalidade devem-se ao entendimento contemporâneo das Constituições. Estas contêm, principalmente princípios, que garantem bens e valores jurídicos diversos que, nos casos concretos, estão geralmente em colisão. As Constituições são dúcteis e flexíveis, representam os projetos de sociedades pluralistas, abertas e heterogêneas. Desta sorte, as constituições não correspondem a somente um modelo ou projeto, mas sim a projetos políticos, econômicos e sociais contrapostos. O caráter potencialmente conflitivo da Constituição contemporânea obriga que os intérpretes da Constituição empreguem

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Segunda edição, tradução de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; ALEXY, Robert, Ponderación, control de constitucionalidad y representación. In: ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto y ALEXY, Robert. **Jueces y ponderación argumentativa**. México, UNAM, 2006; BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Segunda edição, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; CLÉRICO, Laura y otros (coordinadores). **Derechos fundamentales, principios y argumentación**, Granada, editorial Comares, 2011; GARDBAUM, Stephen. A Deomocratic Defense of Constitutional Balancing. In: **Law & Ethics of Human Rights**. University of California, Los Angeles, Vol. 4, 2010; HÖLLANDER, Pavel. El principio de proporcionalidad: ¿Variabilidad de su estructura?, In: **La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy** Jan-R. Sieckmann (ed), Madrid, Marcial Pons, 2011; HUERTA, Carla. Conflictos normativos. México, UNAM, segunda edição, 2007; e, SÁNCHEZ GIL, Rubén. **El principio de proporcionalidad**. México, UNAM, 2007.

métodos que permitam, nas situações concretas, conciliar e harmonizar, caso por caso, os princípios e valores opostos que contêm.

Uma característica adicional das Constituições contemporâneas é que estas não costumam hierarquizar princípios e direitos de maneira absoluta, porque se o fizessem desta maneira, significaria que uma visão ou projeto sobre a realidade se impõe juridicamente aos demais. As sociedades democráticas se distinguem por seu caráter aberto e tolerante, e não é cabível nelas a entronização definitiva ou permanente de um grupo de princípios constitucionais sobre e em detrimento dos demais.

O princípio da proporcionalidade não está pensado para brindar certezas plenas, mas destina-se a alcançar uma racionalidade, razoabilidade e umas certezas plausíveis em caso de colisão entre princípios constitucionais. Serve para determinar decisões racionais e razoáveis que não aspiram ser a única resposta correta, mas sim uma que esteja justificada e que pode ser sustentada na deliberação jurídica e democrática das sociedades pluralistas e democráticas. É o melhor método que existe, até hoje, e que foi concebido constitucionalmente para interpretar e argumentar a Constituição.

Nosso princípio é um método interpretativo para solucionar conflitos entre princípios constitucionais e convencionais, principalmente para resolver conflitos ou colisões entre direitos fundamentais, ou conflitos entre direitos fundamentais e outros princípios jurídicos de natureza constitucional e/ou convencional. Este método ou regra interpretativa é denominado por alguns como juízo de ponderação, quando lhe é dado uma conotação estrita. Outros, devido a sua formação anglo-saxã, preferem falar de razoabilidade ou de *balancing*. Também podemos encontrar quem faça coincidir o princípio da proporcionalidade com a interpretação harmônica ou interpretação conforme.

Para não ser confundido, devemos assinalar que o princípio da proporcionalidade foi desenvolvido pela jurisprudência e doutrina jurídica alemã depois da Segunda Guerra Mundial - com influência do direito anglo-saxão - e, que posteriormente, esse método de interpretação constitucional foi incorporado pela jurisprudência e doutrina de países europeus continentais e latino-americanos, bem como pelas decisões das Cortes e Tribunais Constitucionais que tutelam direitos fundamentais.

Teoricamente, como aponta Pavel Höllander, o princípio da proporcionalidade ligou a teoria dos princípios de Dworkin - e nós acrescentamos Esser - com a teoria dos direitos fundamentais e da argumentação de Alexy, pois, para ele, os princípios estão definidos por sua capacidade de ponderação em colisão e por seu caráter aproximativo e não absoluto. A tese de Alexy implica, em termos gerais, o seguinte: os princípios são normas que não se distinguem por sua vigência absoluta, mas aproximativa; o objeto dos princípios são tanto os direitos e as liberdades fundamentais, como os bens jurídicos coletivos; o caráter de princípio é reconhecível por sua colisão com outro princípio e sua qualidade de ser cumprido em diferentes graus; a colisão entre princípios é solucionada mediante o método do princípio da proporcionalidade; e os princípios são mandatos de otimização que se realizam na maior medida possível.

No México, o princípio da proporcionalidade foi introduzido judicialmente e de maneira expressa - antes havia sido empregado implicitamente -, a partir da resolução SUP-RAP 50/2001, que deliberou a Sala Superior do Tribunal Eleitoral do Poder Judicial da Federação no caso de Amigos de Fox. A Suprema Corte de Justiça da Nação aplicou o princípio em algumas de suas resoluções, com muitas críticas da doutrina nacional pelas deficiências técnicas de sua implementação.

Robert Alexy é o teórico que desenvolveu e divulgou doutrinariamente esse princípio, principalmente no seu livro “Teoria dos direitos fundamentais”. No mundo de fala castelhana existe um bom número de trabalhos sobre o princípio da proporcionalidade, e entre eles, destaca-se o de Carlos Bernal Pulido. Em nosso país, nos últimos anos, distintas e numerosas obras fazem estudos sobre esse princípio ou o método de interpretação constitucional.

No que consiste o princípio da proporcionalidade? Em ser um método para interpretar e argumentar princípios constitucionais quando se está diante de situações jurídicas onde se encontram em colisão e se faz necessário determinar qual dos princípios constitucionais em conflito deve prevalecer. *Lato sensu*, compreende três subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. É óbvio que, em *stricto sensu*, somente atende-se ao terceiro dos subprincípios. Quando a teoria jurídica e a jurisprudência fazem alusão ao princípio da proporcionalidade, o fazem em *lato sensu*, e quando se referem ao terceiro subprincípio, indicam que é em sentido estrito.

Robert Alexy diz que os três subprincípios expressam a ideia de otimização, o que significa que interpretar os direitos fundamentais de acordo com o princípio da proporcionalidade é tratá-los como requisitos de otimização, isto é, como princípios e não como regras. Os princípios são normas que requerem que algo seja feito o mais amplamente possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Os subprincípios da idoneidade e da necessidade se referem à otimização vinculada às possibilidades fáticas; o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito faz alusão à otimização dos direitos fundamentais dentro de suas possibilidades jurídicas.

Os três subprincípios que compõe o princípio da proporcionalidade em um sentido lato podem ser analisados em abstrato e em concreto, quando se trata das afetações nos direitos fundamentais por ação ou omissão das autoridades. O princípio da proporcionalidade é quase sempre explicado pelas intervenções das autoridades que afetam os direitos fundamentais por suas ações, e muito pouco pelas omissões e insuficiências das autoridades na proteção ou garantia dos direitos fundamentais.

Do ponto de vista da afetação mediante as ações da autoridade, definimos assim os três subprincípios: 1) O da idoneidade implica que qualquer intervenção legislativa ou de autoridade sobre um direito fundamental, para ser correta, deve ser adequada para contribuir à obtenção de um fim constitucionalmente legítimo; 2) O da necessidade, significa que a intervenção sobre um direito fundamental, para que seja correta, deve ser a mais benigna - a que afete menos - de todas as medidas possíveis de intervenção; 3) E o da proporcionalidade em sentido estrito ou lei de ponderação, precisa que a intervenção em um direito fundamental só é justificada pela importância da intervenção da autoridade para satisfazer a outro direito fundamental ou princípio, isto é, deve ser de tal peso ou transcendência essa intervenção para satisfazer outros direitos ou princípios, que a afetação ou insatisfação ao direito fundamental fique compensado pela importância da satisfação do outro direito fundamental ou princípio satisfeito.

Do ponto de vista da afetação dos direitos fundamentais mediante omissões ou ações insuficientes da autoridade, podemos definir assim os três subprincípios: 1) O da idoneidade nos dirá que a omissão ou atuação insuficiente da autoridade na proteção ou garantia dos direitos fundamentais é correta se ela contribui para a realização de algum outro propósito constitucionalmente legítimo; 2) O da necessidade implica que a omissão ou a atuação insuficiente da autoridade está correta se produz mais consequências benignas do que sua

intervenção ativa; 3) E o da proporcionalidade em sentido estrito, deve implicar que a omissão ou a atuação insuficiente da autoridade, que afete direitos humanos, - para que seja correta - seja compensada pela importância que têm para a satisfação de outro ou outros direitos fundamentais ou princípios satisfeitos.

O caráter assistencialista da Constituição faz com que os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais só cheguem até onde o orçamento alcança. Afirmar que os direitos se satisfazem até onde alcançam as finanças públicas, implica evitar as obrigações dos poderes fáticos para com os direitos humanos, implica dispensar a austeridade republicana que, como eixo nas finanças pública, permite garantir mais direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais; significa omitir o princípio fiscal de taxar mais àquele que possui e recebe mais; e, ignora a prioridade do gasto social na política orçamentária. A Constituição não quis tocar no poder econômico da Cidade¹⁸.

Por essa razão, propomos que:

- a) Os impostos e contribuições locais serão cobrados de maneira progressiva, equitativa e proporcional ao rendimento e ao patrimônio de cada pessoa, para satisfazer fundamentalmente os direitos sociais. O regime tributário será regido também pelos princípios da generalidade, eficiência, simplicidade administrativa, irretroatividade, transparência e suficiência arrecadatória;
- b) Sejam priorizados os impostos diretos e progressivos;
- c) A política tributária promova a redistribuição e estimule o emprego, a produção de bens e serviços, e condutas ecológicas, sociais e economicamente responsáveis;
- d) Os poderes econômicos, midiáticos e sociais estejam obrigados a proteger e garantir os direitos humanos de todos, bem como suas garantias;
- e) A Constituição estabeleça os princípios de austeridade republicana, no que diz respeito aos privilégios dos servidores públicos de alto escalão da Cidade;
- f) Todas as pessoas que habitam a Cidade tenham reconhecidas as garantias substantivas que obrigam as autoridades e particulares a fazer, não fazer ou dar;

¹⁸ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, UNAM-editorial Flores, 2016.

- g) Os sistemas orçamentário e fiscal da Cidade visem a garantia dos direitos humanos, fundamentalmente os econômicos, sociais, culturais e ambientais;
- h) A administração pública da Cidade se constitua para garantir os direitos humanos.

III. A exigibilidade e a justiciabilidade dos DESCAs.

A Constituição italiana de 22 de dezembro de 1947 dispõe em seu artigo 3º o seguinte:

Todos os cidadãos terão a mesma dignidade social e serão iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opiniões políticas, nem circunstâncias pessoais e sociais. Constitui obrigação da República suprimir os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando faticamente a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a participação efetiva de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país.

O artigo 9.2 da Constituição espanhola de 1978 prevê:

Cabe aos poderes públicos a promoção das condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos que integram sejam reais e efetivas; a remoção dos obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e a facilitação da participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social.

Os princípios de Limburgo sobre a aplicação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de junho de 1986 estabelecem, dentro de seus princípios interpretativos, que os Estados Partes utilizarão todos os meios apropriados a nível nacional, incluindo medidas legislativas, administrativas, judiciais, econômicas, sociais e educacionais, coerentes com a natureza dos direitos, com o fim de cumprir suas obrigações com o Pacto, e acrescenta que a progressiva obtenção de direitos não implica que os Estados possam adiar indefinidamente suas esferas para assegurar a eficácia dos direitos. Isso implica que os recursos dentro da sociedade concreta devem ser desenvolvidos até o máximo do que se disponha.

Assim, vez que os princípios de Limburgo fazem parte do direito mexicano, segundo o parágrafo primeiro da Constituição da República, significa dizer:

1. Que devem ser utilizados todos os meios – legislativos, judiciais, administrativos, econômicos, sociais, educacionais, etc. - para cumprir com as obrigações derivadas do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;
2. Que a progressividade não implica adiar a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais;
3. Que é proibida a regressividade na satisfação e no alcance dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais;
4. Que cada sociedade deve desenvolver e gerar os recursos necessários para satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais;
5. Isto é, nos termos do artigo 3º da Constituição italiana, é obrigação das instituições da Cidade suprimir os obstáculos de ordem econômica e social que limitem faticamente a liberdade e igualdade das pessoas;
6. E, de acordo com o artigo 9.2 da Constituição espanhola, as autoridades devem remover os obstáculos que impeçam ou dificultem a plenitude dos direitos econômicos, sociais e culturais;

Na Constituição da Cidade deve ser reconhecido o seguinte:

1. Todas as pessoas que habitam a Cidade tenham reconhecidas as garantias substantivas que obrigam as autoridades e particulares a fazer, não fazer ou dar, para assegurar a satisfação dos direitos humanos;
2. Todas as pessoas tenham o direito às garantias processuais para possibilitar seus direitos individuais e coletivos estabelecidos na Constituição da República, nos Tratados sobre Direitos Humanos ratificados pelo México, dos quais são derivados de resoluções internacionais, ainda que o Estado mexicano não tenha sido parte, a Constituição e o ordenamento jurídico como um todo; e aqueles que são reconhecidos pelas autoridades competentes e surgiram das lutas históricas, sociais e políticas dos habitantes da Cidade;
3. As instituições da Cidade devem utilizar todos os meios para cumprir com as obrigações derivadas do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;

4. A progressividade dos direitos não implica adiar a eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais;
5. A regressão na satisfação e cumprimento dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais é proibida;
6. É obrigação das instituições da Cidade suprimir e remover os obstáculos de ordem econômica e social que limitem faticamente a liberdade e a igualdade das pessoas;
7. O sistema orçamentário e tributário será fundamentalmente orientado a garantir os direitos reconhecidos na Constituição;
8. A política financeira da Cidade será orientada pelo critério de redistribuição progressiva dos recursos fiscais, assegurando que as contribuições provenham em proporção suficiente daqueles que têm mais recursos, e que o gasto público se oriente à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais e à produção de bens e serviços para os habitantes da cidade que possuem menos recursos. Esse critério será aplicado sem demérito de assegurar a atenção das necessidades marcadas pelo interesse geral e pelos direitos universais dos habitantes da Cidade;
9. O montante das finanças públicas da Cidade deve ser determinado com o critério de suficiência para satisfazer as necessidades sociais, econômicas e culturais. A receita arrecadada pela Cidade em um exercício fiscal não pode deixar de ser exercida neste mesmo exercício. Caso isso ocorra, os superávits estimados devem ser imediatamente incorporados à iniciativa de Lei de Renda para o ano fiscal seguinte, como recursos extraordinários a serem considerados também no projeto de orçamento para despesas da Cidade;
10. O sub-exercício injustificado dos recursos fiscais é falta grave cometida pelos servidores públicos responsáveis, e será sancionado nos termos determinados em lei;
11. O orçamento de despesas, aprovado pelo Congresso em cada exercício fiscal, deve assegurar os recursos necessários para que o governo atenda à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais, bem como suas responsabilidades para com os setores estratégicos e prioritários da economia.

Quanto à justiciabilidade, a Constituição deveria ter ampliado as vias processuais de proteção dos DESCAs. Propusemos um **Tribunal de Defesa Social e Constitucional** da Cidade do México, como um órgão autônomo e independente, composto por cinco magistrados eleitos diretamente pelos cidadãos a cada sete anos. Seus membros não podem ser reeleitos. Seu presidente é designado entre os titulares a cada ano.

Os aspirantes devem cumprir ao menos os requisitos estabelecidos no artigo 95 da Constituição da República – Ministros da Suprema Corte de Justiça da Nação-, além dos determinados pela Lei Orgânica do Tribunal.

A eleição dos titulares do Tribunal recai aos cidadãos que sejam magistrados ou juízes, professores universitários, ou advogados, de reconhecida competência e solvência moral.

Antes da eleição cidadã, os aspirantes participam de uma prova de méritos que é realizada ante uma universidade pública e com controle cidadão. Os primeiros três lugares para cada vaga participam da eleição, que não é respaldada pelos partidos políticos. Os aspirantes não recebem financiamento público, nem privado, nem fazem campanha. Dispõe de tempo no rádio e na televisão para expor seus currículos e propostas, e são eleitos nas jornadas eleitorais ordinárias ou extraordinárias.

O Tribunal terá um orçamento austero.

O Tribunal, como intérprete supremo da Constituição, está submetido somente à Constituição e à sua Lei Orgânica. Possui as seguintes atribuições:

- a) Da ação cidadã de inconstitucionalidade, que se procede contra normas gerais, sejam reformas à Constituição, leis, regulamentos ou disposições materialmente administrativas de caráter geral de qualquer um dos poderes ou dos órgãos constitucionais autônomos;
- b) Do recurso de amparo social por violação aos direitos fundamentais reconhecidos na ordem jurídica – principalmente os DESCAs -, que pode ser individual ou coletivo, e procede tanto contra ações como por omissões de autoridades e de particulares;
- c) Dos conflitos constitucionais de competência entre os poderes públicos, órgãos constitucionais autônomos, de relevância constitucional e no que diz respeito às autoridades das demarcações territoriais;
- d) Da procedência para a revogação de mandato; e,

e) Dos recursos contra as sanções impostas pelo Conselho de Judicatura da Cidade.

Tanto a ação cidadã de inconstitucionalidade, o amparo social, as controvérsias constitucionais, os procedimentos de procedência para a revogação do mandato e os recursos contra as sanções impostas pelo Conselho de Judicatura da Cidade, são recursos de caráter cidadão, acessível a todos os habitantes. Basta o simples interesse para acudir a eles, e são instrumentos de exigibilidade e justiciabilidade para garantir os direitos contidos nesta Constituição, tanto por atos como por omissões das autoridades e dos particulares.

IV. Conclusões

O artigo 21 da Constituição da Cidade – Da Fazenda Pública –deveria ter outra orientação para que os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais tivessem plena realização na Cidade. A Fazenda Pública deveria estar incluída no modelo econômico constitucional da cidade. Como disse Peter Häberle, a ativação dos direitos fundamentais dentro do Estado social representa um objetivo constitucional, no sentido de que todos os cidadãos devam ter, necessariamente, as mesmas oportunidades básicas para conseguir uma vida digna e desenvolver-se pessoalmente¹⁹.

Trata-se de não capitular frente a factibilidade econômica do Estado neoliberal²⁰. Todos os direitos, mas fundamentalmente os econômicos, sociais, culturais e ambientais, exigem recursos econômicos e financeiros para sua realização. A atividade econômica financeira na sociedade exige a participação destacada das instituições públicas, a fim de concretar a plena realização dos direitos. “A decisão de quais direitos serão prestados e em que medida, é uma decisão política que depende, é claro, da capacidade financeira do Estado em cada momento, mas também e principalmente, das diferentes opções do governo e da definição de quais serão, em cada caso, suas prioridades ou preferências²¹.”

¹⁹ HÄBERLE, Peter. **Pluralismo político y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Madrid, Tecnos, 2002, p. 208.

²⁰ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. **Del Estado absoluto al Estado neoliberal**. México, UNAM, 2017.

²¹ RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. **La Constitución fiscal de España**. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 17.

Por essa razão, o artigo 21 da Constituição da Cidade deveria ter outra redação, e compreender o modelo econômico da Cidade e os princípios da Fazenda Pública do modo que aqui propomos, nesta parte sobre os princípios do modelo econômico da Cidade. Os princípios seriam:

1. Na Cidade do México democratiza-se a produção econômica. Garante-se a economia social e solidária, o fortalecimento do mercado interno, a valorização do trabalho humano, um salário digno e remunerador, a produção social da cidade, a habitação o habitat e moradia, a produção agrícola e a agricultura urbana. A riqueza deve ser gerada da produção de bens e serviços socialmente necessários, e não da especulação;
2. Garante-se o incentivo às cooperativas de moradia, de produção, de poupança, de crédito e consumo, microempresas, empresas sociais e familiares, entre outras, que devem ser apoiadas por meio de recursos públicos, infraestrutura, financiamento, capacitação, estímulos fiscais e administrativos;
3. A cooperação é entendida como a forma em que as coletividades e as instituições compartilham objetivos em comum sem anular às demais;
4. Declaram-se como sujeitos de direito público e social na Cidade os *ejidos*²², comunidades, cooperativas, organizações de trabalhadores, empresas sociais e, de modo geral, todas as formas de organização social para a produção, distribuição e consumo de bens e serviços socialmente necessários;
5. É dever da sociedade e obrigação do governo da Cidade fomentar o cooperativismo e as formas de economia social e solidária;
6. As cooperativas e formas de economia social e solidária terão preferência em relação à iniciativa privada, às compras, aquisições e obras oferecidas pelas autoridades governamentais;
7. Os habitantes da Cidade e as instituições devem promover os valores da liberdade, independência, paz, solidariedade, bem comum, convivência, respeito à lei, pluralidade, democracia e a responsabilidade para com as futuras gerações;

²² *Ejidos* são propriedades rurais de uso coletivo.

8. Será garantido o livre exercício de qualquer atividade econômica lícita, tanto da economia formal como da economia popular, tradicional e social, independentemente da autorização das autoridades competentes, salvo nos casos previstos em lei, e é reconhecido como legítimo e legal o trabalho autônomo popular para toda a população, especialmente para os jovens, que terão pleno direito para exercê-lo;
9. As leis limitarão os supermercados, centro comerciais ou lojas de conveniência, localizados em um raio de 2 mil metros, onde existam mercados públicos;
10. As autoridades competentes da Cidade apoiarão eficazmente os mercados públicos e pequenos comércios, mediante programas sociais, subsídios e financiamentos para sua reabilitação, reconstrução e modernização;
11. Os recursos fiscais não serão utilizados para subsidiar o capital privado. Esquemas de financiamento privado para a realização de obras e serviços públicos são proibidos – parcerias público-privadas. Os serviços públicos não são suscetíveis à privatização em nenhuma das suas fases;
12. Todas as autoridades da Cidade promoverão as associações público-sociais e público-comunitárias para a realização de moradia, obras públicas, equipamento e infraestrutura, bem como os serviços públicos em benefício das comunidades urbanas, rurais e povos originários, garantindo-se recursos públicos a este fim, e ao seu maior rendimento, por meio da execução de obras pela administração e produção social do *habitat*;
13. Em nenhum caso será permitido que as contribuições da Cidade do México sejam arrecadadas por particulares. Toda a receita obtida pela Cidade deverá ser reconhecível, pública, auditável e sujeita à Lei de Transparência;
14. O desenvolvimento econômico da Cidade do México será promovido de acordo com os princípios de uma economia social, solidária e democrática; que coloque a pessoa física como sujeito central e seu bem-estar como fim último. Esse sistema proporcionará uma relação saudável e equilibrada entre as autoridades, economia e sociedade, em harmonia com a natureza; e garantirá a produção e reprodução das condições materiais e ambientais que possibilitem o bem viver;
15. Na Cidade do México, as autoridades, como poder do povo e em serviço do próprio povo, garantirão um sistema econômico que promova ativamente a soberania alimentar, o

fortalecimento da planta industrial e dos serviços públicos, e a prevalência da propriedade nacional sobre a comercialização, distribuição e gestão do petróleo e das empresas geradoras de energia elétrica, bem como de todos os setores-chave para o desenvolvimento econômico;

16. A criação, com respaldo financeiro do governo da Cidade, do Banco Público Popular e Solidário, para financiar projetos educacionais, comunitários e de apoio ao direito à habitação e moradia digna. Esse banco desenvolverá planos e programas de financiamento para pessoas de baixa renda e, especialmente, para mulheres, estudantes, trabalhadoras e donas de casa;
17. As compras públicas obedecerão aos critérios de eficiência, transparência, qualidade, responsabilidade ambiental e social. Serão priorizados os produtos e serviços nacionais, particularmente os provenientes da economia popular e solidária, e das micros, pequenas e médias unidades produtivas;
18. O sistema financeiro da cidade é composto dos setores público, privado e do popular e solidário, que intermediam recursos do público. Cada um destes setores contará com normas e entidades de controle específicas e diferenciadas, que estarão encargadas de preservar sua segurança, estabilidade, transparência e solidez. Essas entidades serão autônomas. Os diretores das entidades de controle serão responsáveis administrativa, civil e penalmente por suas decisões;
19. Os habitantes, o executivo e o Congresso local, têm a reitoria popular e democrática do desenvolvimento;
20. A política financeira da Cidade será orientada pelo critério de redistribuição progressiva dos recursos fiscais, assegurando que as contribuições provenham em proporção suficiente daqueles que têm mais recursos, e que o gasto público se oriente à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais e à produção de bens e serviços para os habitantes da cidade que possuem menos recursos. Esse critério será aplicado sem demérito de assegurar a atenção das necessidades marcadas pelo interesse geral e pelos direitos universais dos habitantes da Cidade.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert, Ponderación, control de constitucionalidad y representación. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y ALEXY, Robert. **Jueces y ponderación argumentativa**. México, UNAM, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Segunda edição, tradução de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ASTUDILLO, César. **El bloque y parámetro de constitucionalidad y convencionalidad en México**. México, Tirant lo Blanch, 2014.
- BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Segunda edição, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime. **Del Estado absoluto al Estado neoliberal**. México, UNAM, 2017.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime. **El modelo jurídico del neoliberalismo**, México, UNAM-editorial Flores, 2016.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime. **Poder constituyente, Constitución y cambio democrático**. México, UBIJUS, 2015.
- CLÉRICO, Laura y otros (coordinadores). **Derechos fundamentales, principios y argumentación**, Granada, editorial Comares, 2011.
- CÓRDOVA, Lorenzo, “Qué es una Constitución? In: **Configuraciones. Aportes al debate constituyente de Ciudad de México**, México, Revista de la Fundación Pereyra y del Instituto de Estudios para la transición democrática, número 41, 2016.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón. **Intervención**. Sesión pública ordinaria de jueves 29 de agosto de 2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de tesis 293/2011.
- GARDBAUM, Stephen. A Deomocratic Defense of Constitutional Balancing. In: **Law & Ethics of Human Rights**. University of California, Los Angeles, Vol. 4, 2010.
- HÄBERLE, Peter. **Pluralismo político y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Madrid, Tecnos, 2002.
- HARVEY, David. **Breve historia del neoliberalismo**. Madrid, Akal, 2007.
- HÖLLANDER, Pavel. El principio de proporcionalidad: ¿Variabilidad de su estructura?, In: **La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy** Jan-R. Sieckmann (ed), Madrid, Marcial Pons, 2011.

HUERTA, Carla. Conflictos normativos. México, UNAM, segunda edición, 2007.

MORA-DONATTO, Cecilia. **Cambio político y legitimidad funcional. El Congreso mexicano en su encrucijada.** México, Miguel Ángel Porrúa y Cámara de Diputados. LIX Legislatura, 2006.

MORTATI, Constantino. **La Constitución en sentido material.** Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

PAHUAMBA ROSAS, Baltazar. **El derecho humano a la rendición de cuentas objetiva y uso debido de los recursos públicos.** México, ESPRESS, 2016.

RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. **La Constitución fiscal de España.** Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

SÁNCHEZ GIL, Rubén. **El principio de proporcionalidad.** México, UNAM, 2007.