



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

VOL. 1 | N. 3 | SETEMBRO/DEZEMBRO 2014 | ISSN 2359-5639



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 1 | n. 3 | setembro/dezembro 2014 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral

Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br

REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

ISSN: 2359-5639



© 2014 NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR



Os trabalhos estão licenciados com uma Licença **Creative Commons – Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional**. É autorizada a reprodução total ou parcial exclusivamente para fins não comerciais e desde que inserida a fonte e indicada a autoria do texto, no formato indicado na página inicial de cada artigo.

Endereço: Praça Santos Andrade, n. 50, 3º andar –
Centro – CEP 80020-300 – Curitiba-PR – Brasil
Telefone: +55 41 3310-2683
Site: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rinc>
E-mail: revista@ninc.com.br

Supervisão editorial: Eliane Peçanha
Revisão: Equipe do NINC-UFPR
Bibliotecária: Paula Carina de Araújo – CRB 9/1562
Capa: Duilio David Scrok
Projeto gráfico: Duilio David Scrok
Diagramação: Duilio Scrok e Editora Íthala
(www.ithala.com.br)

Publicação eletrônica de acesso aberto
Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

Revista de Investigações Constitucionais / Universidade Federal do Paraná,
Núcleo de Investigações Constitucionais. – v.1, n.1 (jan./abr. 2014) –
Curitiba: UFPR, 2014-

Quadrimestral.

Endereço eletrônico: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rinc>

ISSN: 2359-5639

1. Direito. 2. Direito Constitucional. I. Universidade Federal do Paraná.
Núcleo de Investigações Constitucionais.

CDU 342
CDD 341.2

Catálogo na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – SiBi

Cobertura temática (classificação do CNPq):

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).



Objetivo: A Revista de Investigações Constitucionais, fundada no ano de 2014, consiste em periódico científico eletrônico de acesso aberto e periodicidade quadrimestral promovido pelo NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (www.ninc.com.br), e tem como objetivo principal a publicação de artigos jurídicos de excelência de autores nacionais e estrangeiros na seara constitucional.

Linha editorial: A linha editorial segue o eixo de concentração das atividades de pesquisa do NINC, com enfoque para o estudo crítico do Direito Constitucional e das instituições jurídico-políticas, especialmente em suas interfaces com as Teorias da Justiça, a democracia, os direitos fundamentais e a intervenção estatal, e seus pontos de contato com ramos jurídicos do Direito Público intimamente ligados com o Direito Constitucional, tais como o Direito Administrativo, o Direito Eleitoral e a Teoria do Estado.

Double blind peer review: A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas “*ad hoc*” portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição promotora da revista (Universidade Federal do Paraná) e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são, portanto, sempre Professores Doutores vinculados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

EQUIPE EDITORIAL

Coordenador Editorial

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

(Universidade Federal do Paraná e Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Conselho Editorial

Prof. Dr. Alberto Bianchi (*Universidad Católica Argentina* – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Allan Brewer-Carias (*Universidad Central de Venezuela* – Caracas, Venezuela)

Prof. Dr. André Ramos Tavares (*Universidade de São Paulo* – São Paulo- SP, Brasil)

Prof. Dr. Carlos Bernal Pulido (*Macquarie Law School* – Sidney, Austrália)

Prof. Dr. Claudio Pereira Souza Neto (*Universidade Federal Fluminense* – Niterói-RJ, Brasil)

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Prof. Dr. Christoph Bezemek (*Universität Wien* – Viena, Áustria)

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (*Universidade Federal de Pernambuco* – Recife-PR, Brasil)

Prof. Dr. Gilberto Bercovici (*Universidade de São Paulo* – São Paulo-SP, Brasil)

Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá (*Universidad de Talca* – Santiago, Chile)

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (*Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul* – Porto Alegre-RS, Brasil)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (*Universidade de Fortaleza* – Fortaleza-CE, Brasil)

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso (*Universidade do Estado do Rio de Janeiro* – Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

Profª Drª Maria Immordino (*Università degli Studi di Palermo* – Palermo, Itália)

Profª Drª Mônia Clarissa Hennig Leal (*Universidade de Santa Cruz do Sul* – Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

Prof. Dr. Néstor Pedro Sagüés (*Universidad de Buenos Aires* – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Richard Albert (*Boston College Law School* – Boston, Estados Unidos da América do Norte)

Secretaria Executiva

Tuany Baron de Vargas

Luzardo Faria

Equipe de Redação e Revisão

Brunna Marin

Karoline Strapasson

Pedro Henrique Gallotti Kenicke

Renan Guedes Sobreira

Tailaine Cristina Costa

Tuany Baron de Vargas



Sumário

Contents

Editorial: O diálogo entre Direito Constitucional e outros ramos jurídicos

Editorial: Dialogue between Constitutional Law and other legal branches

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.44818>

Daniel Wunder Hachem 4

Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40514>

Centrality of the citizen in the current Administrative Law: impacts of the Constitutional Rule of Law

Carlos E. Delpiazzo 7

Brazil's administrative justice system in a comparative context

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40517>

O sistema de justiça administrativa brasileira em uma perspectiva comparada

Ricardo Perlingeiro.....33

Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review

Manifestações de constitucionalismo dialógico na jurisdição constitucional brasileira

Vanice Regina Lírio do Valle.....59

El Estado Autonómico y los nacionalismos

The Regional State and the nationalisms

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40516>

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz91

A resolução n. 22.585/2007 do Tribunal Superior Eleitoral e a violação de direito civil e político fundamental: aspectos introdutórios

The resolution n. 22.585/2007 of the Superior Electoral Court and the violation of civil and political right: introductory aspects

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40519>

Rogério Gesta Leal

Denise Bittencourt Friedrich105

Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?

Interamerican Court of Human Rights and judicial review: judicialization and judicial activism in protection of human and fundamental rights?

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>

Mônia Clarissa Hennig Leal.....123

Instruções para autores

Instructions for authors

.....141

Editorial

Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.44818>



Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons

O diálogo entre Direito Constitucional e outros ramos jurídicos

Dialogue between Constitutional Law and other legal branches

Foi-se o tempo em que o estudo do Direito Constitucional se reduzia a uma atividade lítero-poético-recreativa (para utilizar uma expressão cara ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho). Desde que as previsões constitucionais deixaram de ser encaradas como disposições meramente indicativas e desprovidas de caráter normativo, passando então a assumir força jurídica e imperativa, essa disciplina transformou-se radicalmente. O papel central que a Constituição adquiriu nos sistemas jurídicos nos últimos 50 anos, com o reconhecimento de sua supremacia sobre todas as normas, imprimiu ao Direito Constitucional uma importância transcendental.

Pari passu com a elevação da Constituição ao topo da hierarquia entre as fontes jurídicas, desenvolveu-se um processo de constitucionalização do Direito, com a inserção, nos textos constitucionais, de questões originalmente ligadas a outros ramos jurídicos, tais como o Direito Penal, o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito Processual Civil e Penal, entre tantos outros. Em grande parte dos Estados Democráticos contemporâneos, o estudo de qualquer das disciplinas jurídicas passou a exigir, também, o conhecimento acerca dos pilares e aspectos fundamentais da Constituição, a ponto de se tornar comum a referência ao Direito Civil-Constitucional, ao Direito Constitucional Tributário, ao Direito Administrativo Constitucional, etc.

Como citar este editorial | How to cite this editorial: HACHEM, Daniel Wunder. Editorial: O diálogo entre Direito Constitucional e outros ramos jurídicos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 4-6, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.44820>.

Esse imprescindível diálogo entre o Direito Constitucional e outros campos do conhecimento é um dos enfoques que se pretende conferir à **Revista de Investigações Constitucionais**. Com esse objetivo, este número conta com trabalhos marcados pelo flerte do Direito Constitucional com o Direito Administrativo, a Teoria do Estado, o Direito Eleitoral e o Direito Internacional.

A edição ora apresentada é formada por artigos em 3 idiomas (inglês, espanhol e português), de autoria de professores filiados a 5 instituições de 3 países distintos (Uruguai, Espanha e diferentes Estados da federação brasileira – Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro). Entre os trabalhos publicados nesta edição, 100% são de Professores Doutores, 66% redigidos em língua estrangeira, 33% de autores estrangeiros e 100% de autores exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho

Carlos E. Delpiazzo

Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, Uruguay)

- Brazil's administrative justice system in a comparative context

Ricardo Perlingeiro

Full Professor at the Law School of Fluminense Federal University (UFF – Rio de Janeiro-RJ)

- Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review

Vanice Regina Lírio do Valle

Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá – UNESA (Rio de Janeiro-RJ)

- El Estado Autonómico y los nacionalismos

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidade da Coruña (La Coruña, España)

- A resolução n. 22.585/2007 do Tribunal Superior Eleitoral e a violação de direito civil e político fundamental: aspectos introdutórios

Rogério Gesta Leal

Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS) e da UNOESC

Denise Bittencourt Friedrich

Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS)

- Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?

Mônia Clarissa Hennig Leal

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS)

Espera-se, com a publicação dos excelentes estudos aqui apresentados, contribuir para a necessária interconexão entre o Direito Constitucional e os outros setores do conhecimento jurídico.

Curitiba, dezembro de 2014.

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

Coordenador Editorial da Revista de Investigações Constitucionais



Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho

Centrality of the citizen in the current Administrative Law: impacts of the Constitutional Rule of Law

CARLOS E. DELPIAZZO*

Universidad de Montevideo (Uruguay)

carlos.delpiazzo@delpiazzo.com

Recibido/Received: 22.02.2014 / February 22nd, 2014

Aprovado/Approved: 27.03.2014 / March 27th, 2014

Resumen

El Derecho Administrativo propio del Estado Constitucional de Derecho debe estar centrado en la persona del administrado, tanto en su dimensión individual como social, de las que derivan sus derechos y deberes. Consecuentemente, la relación jurídica administrativa debe edificarse sobre la base de la servicialidad de la Administración Pública en la procura del bien común.

Palabras-clave: administrado; Estado Constitucional de Derecho; derechos y deberes; Administración Pública; servicialidad y bien común.

Abstract

The Administrative Law of the Constitutional rule of law must be centered in the person of the citizen, both in its individual and social dimension, from which derive their rights and duties. As a result, the administrative legal relationship must build itself based on the servitude of the Public Administration in the pursuit of the common good.

Keywords: citizen; Constitutional rule of law; rights and duties; Public Administration; servitude and common good.

Como citar este artículo | How to cite this article: DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 7-32, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40514>

* Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, Uruguay). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. Ex-Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Ex-Director y miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Academia Internacional de Derecho Comparado, y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. Miembro fundador y Vicepresidente para América del Sur de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

SUMARIO

I) Introducción. **II)** La figura del administrado. **1.** Centralidad. **2.** Denominación. **III)** Las dimensiones del administrado. **1.** Proyección individual. **2.** Proyección social. **3.** Proyección trascendente. **IV)** La relación jurídica administrativa. **1.** Las ideas de posición y de relación. **2.** Situaciones activas. **3.** Situaciones pasivas. **V)** Enfoque desde los deberes del administrado. **1.** Marco de referencia. **2.** Proyección individual. **3.** Proyección social. **4.** Proyección trascendente. **5.** Consecuente responsabilidad. **VI)** Enfoque desde la servicialidad de la administración. **1.** Marco de referencia. **2.** Esencialidad del principio de juridicidad. **3.** Vinculación con el bien común. **4.** Consecuente responsabilidad. **VII)** Conclusión. **VIII)** Referencias.

I) INTRODUCCION

La enseñanza de Mariano Brito ha tenido siempre como un punto focal esencial la centralidad –“protagonismo originario”¹ de la persona humana fundada en su eminente dignidad², que la hace irrepetible e insustituible para la realización de sus fines vitales esenciales.

Consecuentemente, ha proclamado que “los derechos fundamentales del hombre son, nada más, pero tampoco nada menos, que aquellas perfecciones debidas al hombre por reclamo de su naturaleza corporal y espiritual, haciéndolas posibles en plenitud, y que la razón descubre. Y el hombre, en cuanto ser, es un todo, una unidad. A esta unidad inescindible pertenecen todos los derechos fundamentales, las perfecciones que le son debidas sin que pueda ser dividido en dos o más partes: el hombre moral de un lado y el hombre político, o jurídico, o económico del otro. El menoscabo o insatisfacción de alguno de esos derechos o perfecciones debidas afectará inevitablemente la personalidad entera del hombre”³.

Correlativamente, con magistral claridad, ha enseñado que “La referencia social que le es propia dimensiona al hombre en el deber: su perfección acabada reclama su actuación debida. El reconocimiento y la afirmación de la libertad conllevan el reconocimiento de las situaciones de deber y responsabilidad personales consiguientes”⁴.

Asimismo, como lógica consecuencia de la afirmación de “la dimensión sustantiva personal” de cada individuo, es contundente su afirmación del Estado como “ser

¹ BRITO, Mariano R. Libertad y autoridad del Estado. In: A.A.V.V. – **Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización**. Montevideo: F. C. U, 1991, p. 28.

² BRITO, Mariano R. La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo. In: DELPIAZZO, Carlos E. (coord.). **Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo**. Montevideo: F.C.U., 2012, p. 155 – ss.

³ BRITO, Mariano R. Derechos fundamentales. In: A.A.V.V. – **Evolución constitucional del Uruguay**. Montevideo: UCUDAL, 1989, pág. 11 – ss.

⁴ BRITO, Mariano R. Derechos fundamentales. In: A.A.V.V. – **Evolución constitucional del Uruguay**. Montevideo: UCUDAL, 1989, pág. 11 – ss.

instrumental para el interés general. Porque él, carente de existencia sustantiva, sólo es un ser para otros, para que los componentes del cuerpo social puedan alcanzar plenamente sus fines propios”⁵.

II) LA FIGURA DEL ADMINISTRADO

Con base en dichos supuestos, corresponde profundizar en la figura del administrado en su centralidad y denominación a fin de apreciar luego su triple dimensión de sujeto individual, social y trascendente, y poder valorar las especificidades de la relación jurídica administrativa desde la perspectiva de los deberes del administrado hacia la Administración y, recíprocamente, desde la perspectiva de la servicialidad debida de la Administración al administrado.

1. Centralidad

Las referidas premisas ubican a la persona en el centro del sistema jurídico y, consecuentemente, sientan las bases para erigir la teoría del administrado como capítulo fundamental del Derecho Administrativo⁶ en el Estado constitucional de Derecho⁷, en el cual derechos y deberes no son una cuestión moral sino jurídica.

Si bien ello es así, el Derecho Administrativo se ocupa frecuentemente del administrado como recurrente, como usuario de los servicios públicos, como expropiado, como contribuyente pero pocas veces con una visión unitaria, con independencia de la concreta situación jurídica en que pueda encontrarse, procurando la salvaguarda de sí mismo como centro focal del sistema⁸.

Adicionalmente, no siempre se tiene en cuenta que la noción de administrado tiene una fuerza expansiva en la medida que abarca no sólo a los individuos en sus relaciones con la Administración sino también a las proyecciones del hombre en su dimensión social, tal como ocurre con la familia y las empresas en sus distintas configuraciones jurídicas, además de otras organizaciones personificadas y no personificadas. Por eso, bien se ha dicho que “el de administrado es un concepto complejo, que engloba a las personas físicas o naturales, es decir, a los particulares, a las personas jurídicas de Derecho privado y a aquellas organizaciones que no tienen personalidad reconocida, pero que, sin embargo, pueden actuar en el mundo del Derecho”⁹.

⁵ BRITO, Mariano R. Planificación y libertad en el Estado social de Derecho. **Revista Uruguaya de Estudios Administrativos**. Año I, nº 1. Montevideo, 1977, p. 31 – ss.

⁶ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**. Vol. 2. Montevideo: A.M.F., 2013, p. 219 – ss.

⁷ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**. Vol. 1. Montevideo: A.M.F., 2013, p. 32 – ss.

⁸ GONZALEZ PEREZ, Jesús. **El administrado**. Santiago de Querétaro: FUNDAP, 2003, p. 22 – ss.

⁹ GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo I. Madrid: Editorial Rev. de Derecho Privado, 1974, p. 520.

Por otra parte, mientras que la doctrina tradicional ha mirado al administrado como el sujeto pasivo de las potestades administrativas, no debe perderse de vista que también tiene el carácter de sujeto acreedor de la Administración desde el punto de vista de la justicia distributiva.

Según se ha destacado, “Contraparte de la Administración en cuanto persigue la satisfacción de intereses propios a través de la relación que entabla con aquélla, el administrado es también un colaborador necesario de la Administración pública, teniendo en cuenta que la realización concreta y efectiva del bien común sólo se logra mediante su justa distribución en el ejercicio de la virtud de la justicia distributiva” ¹⁰.

2. Denominación

A pesar de fundadas críticas, la expresión “administrado” y su generalizado uso determinan que siga utilizándose útilmente para designar a cualquier persona física o jurídica u organización no personificada considerada desde su posición respecto a la Administración pública o sus agentes ¹¹.

Lo que ocurre es que la voz “administrado” parece reflejar una situación pasiva que no se compadece con la realidad actual en que cada sujeto ostenta frente a la Administración derechos subjetivos e intereses legítimos, que se traducen en sus derechos de libertad, de participación y de obtención de la prestación de bienes y servicios ¹².

Es que - con palabras de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz- la nueva funcionalidad requerida de la Administración reclama “que los ciudadanos no deben ser sólo sujetos pasivos de las potestades públicas, sino que deben aspirar a ser legítimos colaboradores y protagonistas de la propia Administración para la gestión de los intereses que les afectan” ¹³.

Ante tal constatación, como bien lo han puesto de manifiesto Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “este término de administrado es, realmente, poco feliz; como participio pasivo del verbo administrar, parece argüir una posición simplemente pasiva de un sujeto, que vendría a sufrir o soportar la acción de administrar que sobre él ejerce otro sujeto eminente y activo,... que llamamos Administración

¹⁰ BARRA, Rodolfo Carlos. **Principios de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abaco, 1980, p. 259 – 260.

¹¹ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**. Vol. 2. Montevideo: A.M.F., 2013, p. 220 – 221. DELPIAZZO, Carlos E. Dimensión tecnológica de la participación del administrado en el Derecho uruguayo. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**. nº 5. San José de Costa Rica, 2005, p. 63 – ss. LEAL, Rogério Gesta. (org). **Administração Pública e Participação Social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005, p. 117 – ss.

¹² (PAREJO ALFONSO, Luciano. **Manual de Derecho Administrativo**. 4ª ed., vol. 1. Barcelona: Ariel, 1996, p. 344 – 345.

¹³ RODRIGUEZ ARANA, Jaime. **Cuestiones de Ética Social**. Lugo: 2000, p. 33.

Pública. Sin embargo, esta connotación pasiva que el nombre de administrado evoca inevitablemente es inexacta hoy, tanto política como jurídicamente...”¹⁴.

Por eso, Daniel Hugo Martins ha invitado a que “llamemos persona al sujeto pasible de tener relaciones con la Administración Pública, eliminando la equívoca expresión administrado”¹⁵.

Aunque evidentemente lo es, lo cierto es que el Derecho positivo emplea expresiones que no siempre reflejan la fuerza expansiva de la noción.

Así ocurre, por ejemplo, con el empleo de la palabra “habitante”, la cual, no obstante su generalidad, alude a quienes se afincan o domicilian en un territorio, careciendo así de la amplitud necesaria.

Tampoco es suficientemente abarcativa la designación como “interesado” ya que refiere a una situación jurídica subjetiva concreta, cual es la de quien tiene un determinado interés, cualquiera sea la calificación que merezca el mismo, descartando otras igualmente habilitantes.

Asimismo, la expresión “ciudadano”, aunque presenta una nota de apertura democrática, resulta limitativa en la medida que connota derechos políticos y excluye a quienes no lo son y a los extranjeros, los cuales, obviamente, pueden y necesitan relacionarse con la Administración a distintos efectos.

Por otra parte, también merece críticas la denominación de “particular” para designar al sujeto de la relación jurídico administrativa, motivo por el cual es razonable seguir hablando de administrado para referir con generalidad y amplitud a todo el que, independientemente de su naturaleza jurídica, se vincula con la Administración, sin que ello implique una connotación peyorativa o de improcedente pasividad y subordinación.

III) LAS DIMENSIONES DEL ADMINISTRADO

Al menos desde Aristóteles, es lugar común destacar que el hombre tiene una dimensión individual y una dimensión social, que conlleva la política sin confundirse con ella, a las que corresponde agregar una dimensión trascendente, siendo todas inscindibles entre sí porque la persona humana es una sola¹⁶.

Consecuentemente, la noción de administrado, que parte de la centralidad de la persona humana, se extiende también a las colectividades intermedias creadas por el hombre en tanto está en su esencia el ser con otros, es decir, coexistir.

¹⁴ FERNANDEZ, Tomás Ramón; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Curso de Derecho Administrativo**. 9ª ed. Tomo II. Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 15 – 16.

¹⁵ MARTINS, Daniel Hugo. No llamemos más administrados a las personas que habitan nuestro territorio. In: **Anuario de Derecho Administrativo**. Tomo V Montevideo: s.n., 1996, p. 61 – ss.

¹⁶ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**. Vol. 2. Montevideo: A.M.F., 2013, p. 221 – ss.

1. Proyección individual

Los derechos fundamentales lo son por derivar de la naturaleza del hombre, de modo que la fuente de los mismos radica en su eminente dignidad humana¹⁷.

Ya la legislación de Partidas reconocía que “La persona del home es la más noble cosa del mundo” (Ley 26 de Partida VII, Título I), precepto que el proverbio castellano tradujo por “Nadie es más que nadie” para poner de manifiesto que la supremacía del ser humano se manifiesta en que todos los hombres son iguales en dignidad¹⁸.

En nuestro país, así lo reconoce expresamente el art. 72 de la Constitución cuando explicita que “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la persona humana”¹⁹.

Con palabras de Alberto Ramón Real, “Inherente significa que por su naturaleza está de tal manera unido a otra cosa que no se puede separar”, de modo que “derechos inherentes a la personalidad humana son pues, aquellos inseparables por su naturaleza de dicha personalidad, de los que se goza por el solo hecho de ser hombres”²⁰.

Ellos fincan en la eminente dignidad de toda persona que “es algo absoluto que pertenece a la esencia y en consecuencia radica en la naturaleza humana; es la perfección o intensidad de ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana”²¹.

Consecuentemente, todos los derechos inherentes a la condición humana se imponen no sólo al legislador sino también al constituyente por cuanto preexisten a la organización estatal; no son creados por acto jurídico alguno sino que nacen con el hombre mismo, cualquiera sea su condición, sea varón o mujer, joven o viejo, enfermo o sano, cualquiera sea su raza, religión o ideología.

Es que la dignidad humana es intangible y de máximo valor no por imperio de disposición alguna sino por el origen y naturaleza del hombre, impregnando, por tanto,

¹⁷ BRITO, Mariano R. La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo. In: DELPIAZZO, Carlos E. (coord.). **Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo**. Montevideo: F.C.U., 2012, p. 155 – ss.

¹⁸ GONZALEZ PEREZ, Jesús. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986, p. 24.

¹⁹ GROS ESPIELL, Héctor. La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos. In: CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS. **Dignidad Humana**. Montevideo: s.n., 2003, p. 9 – ss; CAGNONI, José Aníbal. La dignidad humana: naturaleza y alcances. In: CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS. **Dignidad Humana**. Montevideo: s.n., p. 65 – ss; CAGNONI, José Aníbal. La primacía de la persona: el principio personalista. **Revista de Derecho Público**. n.º 24. Montevideo: s.n., 2004, p. 135 – ss; ROCCA, María Elena. Toda nuestra Constitución reposa sobre la noción de persona. **Revista de Derecho Público**. n.º 24. Montevideo: s.n., 2004, p. 139 – ss; LABORDE, Marcelo. No sólo de derechos vive el hombre: los deberes de las personas en el artículo 72 de nuestra Constitución. In: DELPIAZZO, Carlos E. (coord.). **Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo**. Montevideo: F.C.U., 2012, p. 185 – ss.

²⁰ REAL, Alberto Ramón. **Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya**. Montevideo: s.n., 1965, p. 24.

²¹ ALTIERI, Santiago. **El estatuto jurídico del cigoto: ¿Persona o cosa?** Montevideo: U.M., 2010, p. 63.

todas las ramas del Derecho ²² e incidiendo en la recta jurisprudencia sobre los derechos humanos ²³.

Con palabras de José Aníbal Cagnoni, “la dignidad es consideración, respetabilidad, estimación de cada uno por sí y con respecto a todos los demás, es lo que merece la persona por su humanidad, es lo adecuado a esta esencialidad que hace singular en el universo a esta especie de seres vitales que somos los humanos” ²⁴.

Consecuentemente, la dignidad de la persona implica el derecho que tiene todo hombre a que se le reconozca como ser dotado de fin propio y no como un simple medio para los fines de otros, y se erige como principio general de Derecho que sustenta todo el ordenamiento jurídico y sirve de base al universo de derechos de cada individuo.

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo, cabe suscribir la enseñanza de Jesús González Pérez en el sentido de que la dignidad de la persona actúa “como principio informador y límite de la actividad administrativa” ya que “es incuestionable que cualquiera que sea la finalidad perseguida por la Administración, cualquiera que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo sagrado e inviolable la dignidad de la persona” ²⁵.

2. Proyección social

Según la certera enseñanza de Mariano Brito, “El hombre no es sólo en tanto que individuo, en dimensión de interioridad; se abre a los otros, formando el nosotros, o, inevitablemente, se mutila y empobrece, y aún se destruye... Por exigencia racional

²² BIASCO, Emilio. Introducción al estudio de los deberes constitucionales. In: A.A.V.V. – **50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos**. Cuaderno de la Facultad de Derecho. Tercera Serie, Nº 6. Montevideo: F.C.U., 2000, pág. 71 – ss.; BLENGIO VALDES, Mariana. **El derecho al reconocimiento de la dignidad humana**. Montevideo: A.M.F., 2007, p. 55 – ss.; SAGÜES, Néstor. Dignidad de la persona e ideología constitucional. **Revista de Derecho Constitucional y Político**. Tomo XII. nº 72. Montevideo: s.n., 1996, p. 679 – ss.; LEIZA ZUNINO, Pablo. Los deberes jurídicos y su directa vinculación con los valores fundamentales propios del Derecho Administrativo. In: DELPIAZZO, Carlos E. (coord.). **Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo**. Montevideo: F.C.U., 2012, p. 193 – ss.; SECO, Ricardo Francisco. Un contenido para los términos dignidad de la persona humana: aportes desde el Derecho del trabajo y el pensamiento social cristiano. **Revista de Derecho Laboral**. tomo LIII, nº 239. Montevideo: s.n., 2010, p. 459 – ss.; CERVINI, Raúl. El Derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana. **Revista de Derecho**. nº 5. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2010, p. 36.

²³ BRITO, Mariano R. La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo. In: DELPIAZZO, Carlos E. (coord.). **Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo**. Montevideo: F.C.U., 2012, p. 165 – ss.; BLENGIO VALDES, Mariana. **El derecho al reconocimiento de la dignidad humana**. Montevideo: A.M.F., 2007, p. 63 – ss.; CHAVEZ FERNANDEZ POSTIGO, José. **La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano**. Lima: s.n., 2012.

²⁴ CAGNONI, José Aníbal. **La dignidad humana: naturaleza y alcances**. In: CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS. **Dignidad Humana**. Montevideo: s.n., p. “Dignidad Humana” cit., pág. 65.

²⁵ GONZALEZ PEREZ, Jesús. **La dignidad de la persona humana y el Derecho Administrativo**. Curitiba: Jurua, 2007, p. 13.

no puede alcanzar su perfección solo; reclama la apertura, referencia y vinculación a los demás”²⁶.

Es una verdad incuestionable que toda persona necesita de otras y, en función de ello, a la esfera de lo individual, signada por la eminente dignidad humana, debe agregarse la esfera de lo social, comprensiva no sólo de la organización estatal para el logro del bien común sino también de comunidades intermedias que los hombres forman por derecho propio.

Entre ellas, merece destaque en primer lugar la familia ya que el hombre es inconcebible sin relaciones familiares. Por eso, la generalidad de la doctrina destaca que la importancia de la familia es enorme en la vida social y política de los países como institución interpuesta como entidad autónoma entre el individuo y el Estado destinada a generar vida y preparar para vivirla²⁷.

Es que la familia es una comunidad de personas ligadas por una unidad de origen: todo hombre es hijo y nunca deja de serlo. Ser hijo es incluso más radical que ser varón o mujer, porque indica el modo de originarse uno mismo: nacer. Ser hijo significa depender, proceder de, tener un origen determinado, reconocible en nombres y apellidos: es la estirpe a la que uno pertenece²⁸.

Por lo tanto, la familia es una institución natural y permanente, que constituye lo que Adolfo Gelsi Bidart llamó con acierto “el lugar de la persona”²⁹. En la familia se aprende a vivir y se obtiene un perfil genético propio, tanto en lo físico como en lo psíquico (carácter, aptitudes, urdimbre afectiva, aprendizaje de conducta, costumbres, gestos, modos de hablar, cultura práctica, etc.). Pero además, la familia es el depósito de los valores que más profunda y permanentemente quedan grabados en el espíritu de sus miembros mediante la educación (actitudes religiosas, virtudes morales, modos de valorar, ideales, etc.).

De ahí el indiscutible valor de la familia, y de ahí también el sólido fundamento de su ser y existir perdurable.

Por eso, nuestra Constitución establece con precisión en la primera frase del art. 40 que “La familia es la base de nuestra sociedad”.

Desde el punto de vista formal, corresponde destacar que la redacción en presente del indicativo del verbo “es” denota el carácter declarativo del texto en cuanto al papel básico que asume la familia para el constituyente en nuestra sociedad³⁰.

²⁶ BRITO, Mariano R. Derechos fundamentales. In: A.A.V.V. – **Evolución constitucional del Uruguay**. Montevideo: UCUDAL, 1989, pág. 11 – ss.

²⁷ DELPIAZZO, Carlos E. **Dignidad humana y Derecho**. Montevideo: U.M., 2001, p. 37 – ss.

²⁸ YEPES STORK, Ricardo. **Fundamentos de Antropología**. Pamplona: EUNSA, 1996, p. 285 - 286.

²⁹ GELSI BIDART, Adolfo. La familia y el Derecho. In: PLA RODRIGUEZ, Américo, RANZETTI, Ana María (coord.). **El Derecho y la Familia**. Montevideo: F.C.U., 1998, p. 248.

³⁰ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. La familia en la Constitución. In: PLA RODRIGUEZ, Américo, RANZETTI, Ana María (coord.). **El Derecho y la Familia**. Montevideo: F.C.U., 1998, p. 228.

Por otra parte, desde el punto de vista sustancial, la referencia a que la familia es “la” base de la sociedad y no “una” de sus bases, tiene una importancia inequívoca ya que hace de ella la base fundamental de nuestra sociedad. Tal importancia explica la segunda frase del mismo art. 40 de la Constitución, a cuyo tenor “El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”³¹.

Al respecto, es de ver que la conjugación del verbo “velará” traduce la imposición de un deber, de modo que la norma es declarativa del papel básico de la familia (primera oración) y constitutiva del deber del Estado de velar por ella (segunda oración).

Quiere decir que la norma constitucional bajo examen impone al Estado, como deber positivo del que cada familia es acreedora, velar por “su estabilidad moral y material”, es decir, por su permanencia, tanto desde el punto de vista moral (en lo que refiere a la ordenación a sus fines) como desde el punto de vista material (en lo que dice relación con su funcionamiento operativo)³².

En segundo lugar, la producción y la obtención de los medios necesarios para satisfacer necesidades mediante la técnica y el trabajo encuentran su expresión en la empresa, entendida genéricamente como la organización de capital y trabajo destinada a la producción o mediación de bienes o servicios³³.

La naturaleza social del hombre lo llevó muy pronto a descubrir las ventajas que aporta la coordinación de varios individuos y la utilización de instrumentos apropiados, conforme a un plan, para alcanzar los propósitos perseguidos.

Independientemente de la diversidad de formas jurídicas que puede adoptar, la empresa es una institución integrada por personas, bienes materiales e inmateriales, puesta al servicio del interés común en el resultado económico pretendido³⁴.

Al respecto, nuestra Constitución no sólo reconoce que “Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita” (art. 36) sino que comete al Estado, a través del ejercicio de la función legislativa, el fomento -vale decir, el estímulo- de la “agricultura, industria, comercio interior y exterior” (art. 85, num. 3º).

En tercer lugar, es preciso añadir que familia y empresa no agotan el elenco de manifestaciones de la dimensión social del hombre, existiendo otras comunidades intermedias que las personas pueden formar en ejercicio de su derecho de asociación

³¹ BRITO, Mariano R. Funciones del Estado en relación a la familia. In: PLA RODRIGUEZ, Américo, RANZETTI, Ana María (coord.). **El Derecho y la Familia**. Montevideo: F.C.U., 1998, p. 204 - 205

³² DELPIAZZO, Carlos E. **Dignidad humana y Derecho**. Montevideo: U.M., 2001, p. 41 - ss.

³³ BROSETA PONT, Manuel. **La empresa, la unificación del Derecho de las obligaciones y el Derecho Mercantil**. Madrid: Tecnos, 1965, p. 95 - ss.

³⁴ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo Especial**. Vol. 2, segunda edición actualizada y ampliada. Montevideo: A.M.F., 2010, p. 483 - ss.

recogido en el art. 39 de la Constitución ³⁵ y que conlleva el derecho a la institucionalización de la asociación ³⁶.

Finalmente, es preciso destacar que se habla de comunidades intermedias para diferenciarlas de la sociedad como colectividad jurídicamente organizada en el Estado, como expresión mayor de la dimensión social de los seres humanos ³⁷, dentro de cuyo ámbito se desarrolla la Administración como organización servicial que tiene a su cargo, como actividad primordial, el ejercicio de la función administrativa ³⁸.

3. Proyección trascendente

Con independencia de convicciones religiosas o posturas ideológicas, es una realidad evidente que la persona humana tiene un espíritu, aspecto en el cual se diferencia de todos los demás seres vivos.

Como tal, tiene una conciencia o espacio interior al que nadie puede acceder si uno no quiere y que permite a cada hombre direccionar su conducta sin que ningún cautiverio o castigo sea capaz de suprimirle ese nivel de libertad interior para sostener una creencia, pensamiento o deseo ³⁹.

A partir de la libertad de conciencia queda claro que cada ser humano es la fuente de su actuar, de la que derivan los derechos a la libertad de expresión, a la libre discusión en la búsqueda de la verdad, a la libertad religiosa (que incluye no sólo creer sino también practicar), a vivir según el dictado de las propias convicciones y, en definitiva, a realizar el proyecto vital que cada uno elija.

De acuerdo al art. 54 de la Constitución, se manda “reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica”. Por imperio del art. 72, tal derecho se reconoce y garantiza universalmente por ser inherente a la personalidad humana.

De ahí la importancia vital en el Estado constitucional de Derecho de la objeción de conciencia como derecho fundamental a incumplir un deber jurídico por motivos de conciencia ya que de nada valdría la libertad de conciencia si no se la pudiera hacer valer en el momento en que ella es vulnerada ⁴⁰.

³⁵ BRITO, Mariano R. **Derecho Administrativo: su permanencia, contemporaneidad, prospectiva**. Montevideo: U.M., 2004, p. 224 – ss.

³⁶ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. Libertad de asociación, personalidad jurídica y Poder Ejecutivo. **Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración**, tomo 65. S.I: s.n., s.d., p. 273 – ss.

³⁷ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**. Vol. 1. Montevideo: A.M.F., p. 25 – ss.

³⁸ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo Uruguayo**. México: Porrúa – UNAM, 2005, p. 7.

³⁹ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**. Vol. 2. Montevideo: A.M.F., 2013, p. 226 – ss.

⁴⁰ MARTINEZ TORRON, Javier; NAVARRO VALLS, Rafael. **Conflictos entre conciencia y ley**. 2ª edición revisada Madrid: Iustel, 2012, p. 29 – ss; NAVARRO FLORIA, Juan G. **El derecho a la objeción de conciencia**. Buenos Aires: Abaco, 2004. ASIAIN, Carmen. Veto a la libertad de conciencia. In: A.A.V.V. – **Veto al aborto**. Montevideo: U.M., 2012, p. 121 – ss

Consiste en el rechazo de un individuo a realizar una conducta que le sería jurídicamente exigible (en virtud de una norma o de un mandato jurisdiccional o administrativo) por motivos de conciencia, es decir, guiado por la voz de su conciencia, juzgando críticamente las posibilidades de su obrar y confrontando cada una de ellas con la verdad de la cual está convencido.

Por lo tanto, no se trata de un alzamiento contra el Derecho en general (como ocurre en la desobediencia revolucionaria) ni contra ciertas instituciones jurídicas (como acontece en la desobediencia civil) sino exclusivamente contra la obligatoriedad de la norma para el objetor (desobediencia individual que deja ser tal al reconocerse como derecho) ya que éste se ve enfrentado al dilema de obedecer a la norma o a su propia conciencia. Por ende, no es lícito obligarlo a proceder en contra de su conciencia ya que ello implicaría la peor forma de agresión contra la persona ⁴¹.

Como bien se ha dicho, recordando los ejemplos de Sócrates, Antígona y Tomás Moro, “violentar la conciencia es la peor afrenta que puede inferirse a un ser humano, ya que allí radica lo más esencial de su ser. No están en juego valores de enorme importancia, tales como la libertad física, la propiedad o aún la vida, sino algo aún más esencial: la libertad de ser lo que cada uno piensa que está llamado a ser. Sin eso, se estará encarcelado aún libre, se estará despojado aún rico, se estará muerto aún vivo” ⁴².

IV) LA RELACION JURIDICA ADMINISTRATIVA

De cuanto viene de decirse se desprende que, en la medida que en el Derecho Administrativo contemporáneo el administrado no es un mero objeto sino un sujeto dotado de la capacidad que le reconoce el ordenamiento jurídico, puede encontrarse en distintas situaciones jurídicas frente a la Administración.

Ello es así por cuanto del Derecho en sentido objetivo (entendido como conjunto de normas y principios) se derivan para los sujetos la posibilidad de actuar de determinado modo (poder) o una limitación respecto a la posibilidad de actuar (deber), siendo esas las situaciones jurídicas en que el ordenamiento les ubica.

1. Las ideas de posición y de relación

Consecuentemente, la situación jurídica es la posición de alguien frente a la norma o frente a un tercero, en la que se manifiesta lo que Eduardo García Maynéz considera como un atributo de la regla de Derecho, cual es su bilateralidad ⁴³. En virtud de

⁴¹ DELPIAZZO, Carlos E. **Dignidad humana y Derecho**. Montevideo: U.M., 2001, p. 21.

⁴² SANCHEZ, Alberto M. La objeción de conciencia en el agente estatal. In: HERNANDEZ MENDIBLE, Víctor. **Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo: Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela**. Tomo I. Caracas: Paredes, 2009, p. 283 – ss

⁴³ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del Derecho**. México: Porrúa, 1960, p. 15 – ss

ella, al obligado suele llamársele sujeto pasivo de la relación y a la persona autorizada a exigir de aquél la observancia de la norma se le denomina sujeto activo; la obligación del sujeto pasivo es una deuda en cuanto el pretensor tiene el derecho de reclamar el cumplimiento de la misma.

Son fuente de las diversas situaciones jurídicas los actos y hechos con relevancia jurídica que originan el nacimiento, la modificación o la extinción de las mismas.

La referencia que impone la situación jurídica de uno frente a otro constituye la relación jurídica que, cuando vincula al administrado con la Administración, configura la denominada relación jurídico administrativa ⁴⁴.

En el Estado de Derecho, la centralidad de la persona humana y la instrumentalidad servicial de la Administración hacen de las situaciones jurídicas en que una y otra se pueden encontrar un tema capital y variado, superando el rígido esquema de la subordinación de los individuos y la supremacía administrativa.

Teniendo en cuenta la aludida variedad de situaciones jurídicas posibles en que se puede encontrar el administrado, cabe distinguir entre situaciones activas y pasivas.

2. Situaciones activas

Entre las situaciones activas (o de poder o de ventaja) en que se puede encontrar el administrado, es habitual incluir la potestad, el derecho subjetivo y el interés legítimo.

En primer lugar, tomando palabras de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, la potestad puede definirse como “una manifestación de la personalidad consistente en un poder efectivo, atribuido directamente por el ordenamiento, previo, por lo tanto, e independiente de toda relación jurídica concreta y susceptible por esa razón de desplegarse y actuar frente a círculos genéricos de personas, que respecto del titular de dicho poder, se encuentran en una situación de sujeción” ⁴⁵.

En segundo lugar, siguiendo a Juan Carlos Cassagne, “mientras la potestad entraña la configuración de un poder genérico no referido a un sujeto determinado ni a una cosa en particular, el derecho subjetivo consiste en un poder concreto, en una relación jurídica determinada con respecto a un sujeto o a una cosa” ⁴⁶.

En tercer lugar, de la mano de la doctrina italiana, el interés legítimo se considera una situación jurídica activa de menor protección a partir de la distinción entre normas de acción y normas de relación. Mientras que las primeras regulan la actividad de la Administración tutelando el interés público y pudiendo dar lugar a intereses

⁴⁴ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**. Vol. 2. Montevideo: A.M.F., 2013, p. 263 - ss

⁴⁵ FERNANDEZ, Tomás Ramón; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Curso de Derecho Administrativo**. 9ª ed. Tomo II. Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 29

⁴⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. tomo II. sexta edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 99

particulares protegibles, las segundas están dirigidas a la tutela de intereses jurídicos individuales y son atributivas de derechos subjetivos ⁴⁷.

3. Situaciones pasivas

Se incluyen entre las situaciones pasivas (o de deber o de gravamen), la sujeción, el deber y la obligación.

Por un lado, la sujeción es la situación correlativa de la potestad y, como tal, implica soportar los efectos desfavorables derivados de su ejercicio, producidos directa e inmediatamente en la esfera del sujeto pasivo, prescindiendo de cualquier comportamiento de éste ⁴⁸.

Por otro lado, al decir de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “deberes y obligaciones son dos especies de un género común, los deberes en sentido amplio, en cuanto comportamientos positivos o negativos que se imponen a un sujeto en consideración a intereses que no son los suyos propios sino los de otro sujeto distinto o los generales de la colectividad” ⁴⁹.

Según dichos autores, mientras que los deberes en sentido estricto tienen su origen directamente en la norma y no en ninguna relación o negocio jurídico concreto, las obligaciones se producen en el seno de una relación dada en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte de dicha relación.

V) ENFOQUE DESDE LOS DEBERES DEL ADMINISTRADO

Una mirada a la relación entre Administración y administrado desde la perspectiva de los deberes de este último posee una especial relevancia en la construcción de la teoría del administrado ya que, en tanto sujeto individual que vive en sociedad y posee una dimensión trascendente, la libertad le permite elegir sus fines y, por ende, acertar o errar en su obrar, en cuyo caso deberá asumir la consecuente responsabilidad derivada del incumplimiento de sus deberes

1. Marco de referencia

Complementando lo ya dicho, cabe recordar que Eduardo J. Couture aporta una triple definición de deber, haciéndolo en los siguientes términos ⁵⁰:

- a) “en sentido general, situación jurídica constituida por la exigencia de observar una determinada conducta;

⁴⁷ SANCHEZ CARNELLI, Lorenzo. **Las situaciones jurídicas subjetivas**. Montevideo: F.C.U., 2004, p. 54 – ss

⁴⁸ BIASCO, Emilio. **Las figuras jurídicas subjetivas en el Derecho uruguayo**. Montevideo: F.C.U., 2006, p. 152 – ss

⁴⁹ FERNANDEZ, Tomás Ramón; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Curso de Derecho Administrativo**. 9ª ed. Tomo II. Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 31

⁵⁰ COUTURE, Eduardo J. **Vocabulario Jurídico**. Buenos Aires: Depalma, 1976, p. 198.

b) en sentido restringido, aspecto pasivo de la obligación; deuda; todo aquello que la ley o la convención positiva o negativamente exigen, como correlativo de un derecho; y

c) por extensión, denominase también así a la conducta debida⁵¹.

En orden a su clasificación, pueden distinguirse distintos tipos de deberes:

a) por su contenido pueden ser positivos o negativos, según consistan en un hacer o, en cambio, en una abstención o en soportar otra conducta;

b) por su explicitación positiva, pueden ser enumerados o implícitos (según reconoce, por ejemplo, el art. 72 de la Constitución); y

c) por su alcance, pueden ser generales o específicos.

Asimismo, los deberes pueden tener diversas fuentes, distinguiéndose al respecto entre convencionales, constitucionales, legales o contractuales.

Por otra parte, en la medida que el administrado no es sólo titular de derechos sino también de deberes, procede destacar los que se tienen desde la perspectiva de las tres dimensiones antes señaladas.

A ese efecto, se tomará en cuenta la Constitución vigente (noviembre de 1966) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) aprobada en Bogotá (abril de 1948), cuyo Preámbulo proclama que “Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”, sin perjuicio de otros documentos de interés⁵¹.

Asimismo, se tendrá en consideración la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública aprobada por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en su reunión de Caracas de 10 de octubre de 2013, en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado celebrada en Panamá los días 27 y 28 de junio de 2013.

2. Proyección individual

Como se ha destacado con acierto, “la dignidad humana implica el necesario reconocimiento de que todos los seres humanos, iguales entre sí, son titulares, ontológicamente hablando, de una igual dignidad y que esta dignidad se integra con todos los derechos humanos: los civiles, los políticos, los económicos, sociales y culturales. La negación o el desconocimiento de algunos o de todos estos derechos, significa la negación y el desconocimiento de la dignidad en su ineludible e integral generalidad. La

⁵¹ VILLAMIL, Lucía. Los deberes como efectivo límite y garantía de los derechos humanos. In: DELPIAZZO, Carlos E. (coord). **Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo**. Montevideo: (F.C.U., 2012, p. 209 – ss.

dignidad es un atributo de la persona humana, de todos los seres humanos sin ningún tipo o forma de discriminación”⁵².

Por ende, son deberes de todo administrado en su dimensión individual preservar esa dignidad y, en su mérito, trabajar y cuidar la salud.

En los términos del art. 37 de la DADDH, “Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad”.

Por su parte, el art. 44, inc 2º de la Constitución es claro en el sentido de que “Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad”.

3. Proyección social

Como integrante del cuerpo social, toda persona tiene el deber de velar por su familia y, consecuentemente, de cuidar y educar a los hijos “para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social” (arts. 41 y 42 de la Constitución).

Más ampliamente, la DADDH dispone que “Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten” (art. 30).

También a nivel de la empresa, los administrados tienen deberes hacia su personal (art. 56 de la Constitución) y hacia el ambiente en que desenvuelven sus actividades (art. 47 de la Carta).

Otro tanto ocurre con las otras comunidades intermedias ya que “Toda persona tiene el deber de convivir con los demás, de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad” (art. 19 de la DADDH).

Asimismo, con relación al Estado, “Toda persona tiene el deber de obedecer a la ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquel en que se encuentre” (art. 33 de la DADDH), así como de “pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos” (art. 36 de la DADDH).

Según el art. 72 de nuestra Constitución, también tiene los deberes que “se derivan de la forma republicana de gobierno”.

En lo que refiere específicamente a las relaciones de los administrados con la Administración, la Carta Iberoamericana del CLAD incluye no taxativamente los siguientes deberes de aquéllos:

- a) lealtad;
- b) buena fe;
- c) veracidad;

⁵² GROS ESPIELL, Héctor. La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos. In: CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS. **Dignidad Humana**. Montevideo: s.n., 2003, p. 13.

- d) responsabilidad;
- e) respeto y decoro; y
- f) colaboración.

En primer lugar, respecto al *deber de lealtad*, señala la Carta Iberoamericana del CLAD que “Los ciudadanos deberán acatar con lealtad la Constitución, las leyes así como el entero ordenamiento jurídico con arreglo a las exigencias de un Estado de Derecho”.

En su mérito, este deber obliga a los administrados a un trato con los demás y con los funcionarios públicos presidido por las reglas del honor y la rectitud.

En segundo lugar, en cuanto al *deber de buena fe*, establece la Carta Iberoamericana del CLAD que “Los ciudadanos habrán de actuar siempre de acuerdo con el principio de buena fe, tanto en el uso de la información obtenida de la Administración Pública, la cual deberá ser utilizada con interés legítimo, como así también abstenerse del uso de maniobras dilatorias en todo procedimiento o actuación en relación con dicha Administración Pública”.

Con acierto, el texto reivindica el carácter principal de la buena fe, cuya aplicación al Derecho Administrativo todo resulta hoy incuestionable en tanto connota la presencia de valores en la relación Administración administrado ⁵³.

En palabras de Mariano Brito, el principio de buena fe representa una de las vías más fecundas de irrupción del contenido ético social en el orden jurídico y, concretamente, el valor de la confianza en la conducta de los agentes públicos y de los administrados ⁵⁴.

En tercer lugar, por lo que refiere al *deber de veracidad*, dice la Carta Iberoamericana del CLAD que “Los ciudadanos tienen la obligación de ser veraces en todas sus relaciones con la Administración Pública, evitando toda afirmación o aportación falsa o temeraria a sabiendas”.

En rigor, como lo he señalado antes de ahora, la búsqueda de la verdad en toda la actividad administrativa, es un pilar fundamental del quehacer estatal, conforme al cual debe procurarse el conocimiento de la realidad y sus circunstancias tal cual aquélla y ésta son, independientemente de cómo hayan sido alegadas por las partes ⁵⁵.

Por eso, el art. 4º del Decreto Nº 500/991 de 27 de setiembre de 1991 dispone que “La Administración está obligada a ajustarse a la verdad material de los hechos, sin que la obliguen los acuerdos entre los interesados acerca de tales hechos ni la exima de

⁵³ GONZALEZ PEREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1999, p. 36 – ss., y especialmente p. 44 – ss.

⁵⁴ BRITO, Mariano R. Principios del procedimiento administrativo común. In: A.A.V.V. – **Procedimiento Administrativo**. Montevideo: UCUDAL, 1991, p. 14 – 15.

⁵⁵ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**. Vol. 1. Montevideo: A.M.F, p. 328.

investigarlos, conocerlos y ajustarse a ellos, la circunstancia de no haber sido alegados o probados por las partes”.

En palabras de Julio Rodolfo Comadira, “lo que todo procedimiento administrativo procura es hacer honor a la verdad, que es única y objetiva, constituyendo el reflejo de una realidad ajena a las apetencias personales, de las cuales no depende, ya que lleva en sí misma la pauta cierta, a partir de la cual deberán deducirse las consecuencias jurídicas que de ella derivan”⁵⁶.

En cuarto lugar, con relación al *deber de responsabilidad*, proclama la Carta Iberoamericana del CLAD que “Los ciudadanos deben ejercer con la máxima responsabilidad los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico, absteniéndose de reiterar solicitudes improcedentes o impertinentes o de presentar acciones que representen erogaciones innecesarias de los recursos del Estado”.

Se trata de una caracterización incompleta de este deber, que es emanación del principio general de responsabilidad y que implica, en todo caso, el cabal cumplimiento de los propios deberes⁵⁷.

Consecuentemente, cualquier ámbito de irresponsabilidad, por más pequeño y excepcional que sea, violenta el Estado Derecho -o, al menos, afecta su calidad- implica una desigualdad y genera un agravio o menoscabo en la esfera jurídica de otro que obliga a prevenirlo y, de verificarse, a repararlo.

En quinto lugar, respecto al *deber de decoro y respeto*, dispone la Carta Iberoamericana del CLAD que “Los ciudadanos observarán en todo momento un trato respetuoso con las autoridades, funcionarios y con todo el personal al servicio de la Administración Pública”.

En cuanto al deber de respeto, el mismo refiere a la consideración debida a los demás y, en lo que aquí interesa, a los funcionarios públicos. Como contrapartida, según reza el art. 21 de la ley N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998, “el funcionario público debe respetar a los demás funcionarios y a las personas con quienes debe tratar en su desempeño funcional y evitar toda clase de desconsideración”.

A su vez, el deber de decoro implica la buena conducta civil y moral en todos los órdenes, la que debe proyectarse de modo especial en el ámbito de la relación Administración administrado.

En sexto lugar, por lo que refiere al *deber de colaboración*, dice la Carta Iberoamericana del CLAD que “Los ciudadanos deberán colaborar siempre y en todo momento al buen desarrollo de los procedimientos y actuaciones administrativas, cumpliendo diligentemente todas las obligaciones razonables y justas que les impone el

⁵⁶ COMADIRA, Julio Rodolfo. **Derecho Administrativo**. Segunda edición Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004, p. 627 - 628.

⁵⁷ DELPIAZZO, Carlos E. **Estudios sobre la responsabilidad de la Administración**. Montevideo: U.M., 2009, p. 71 - ss.

ordenamiento jurídico, especialmente en materia tributaria, reconociendo los costos establecidos para la atención demandada”.

4. Proyección trascendente

En su proyección trascendente, toda persona tiene el deber de formarse y, para ello, de acceder a la enseñanza (arts. 70 y 71 de la Constitución).

Con palabras de la DADDH, “Toda persona tiene el deber de adquirir a lo menos la instrucción primaria” (art. 31).

Más ampliamente, el art. 72 reconoce todos los demás deberes “inherentes a la personalidad humana”.

Para una conciencia rectamente formada, la objeción de conciencia no plantea un conflicto entre el orden jurídico (el Derecho objetivo) por un lado y el orden moral, religioso o ideológico (grabado en la conciencia de alguien) por otro, sino que plantea dentro del ordenamiento jurídico un enfrentamiento entre la norma que obliga a guiarse por la propia conciencia y la norma que impone o prohíbe una conducta determinada, el cual obliga a una ponderación que en los regímenes democráticos debe ser resuelta en tutela de la coherencia entre las propias convicciones y la realidad.

5. Consecuente responsabilidad

Tal como lo han expresado Eduardo Soto Kloss⁵⁸ y Celso Antonio Bandeira de Mello⁵⁹, “quien dice Derecho, dice responsabilidad” ya que “el Derecho supone sujetos responsables, sin los cuales no cabría ni siquiera imaginar el mismísimo Derecho: es decir, que responden (dan cuenta) de sus actos, de sus conductas”.

Siendo así, la vinculación de los deberes con la responsabilidad resulta evidente, ubicando al administrado en una situación jurídica pasiva (deudor) frente a la Administración o al tercero dañado (acreedor)⁶⁰.

Por lo tanto, no sólo los funcionarios públicos son responsables frente a la Administración sino que lo son todos los administrados en caso de apartarse del cumplimiento de sus deberes positivos o negativos frente a ella.

VI) ENFOQUE DESDE LA SERVICIALIDAD DE LA ADMINISTRACION

1. Marco de referencia

⁵⁸ SOTO KLOSS, Eduardo. **Derecho Administrativo**. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 285 – ss.

⁵⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Derecho Administrativo**. México: Porrúa - UNAM, 2006, p. 851.

⁶⁰ LISA, Federico José. La responsabilidad hacia la Administración Pública: responsabilidad y deberes públicos. **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**, año VII, nº 13. Montevideo: s.n, 2008, p. 43 - ss.

La contracara de la centralidad de la persona humana es la servicialidad de la Administración, que proviene de su propia etimología ya que la palabra “administrar” proviene del latín “ad” y “ministrare”, que significa “servir a”⁶¹.

Quiere decir que la justificación de la existencia de la Administración radica en su servicialidad⁶² y se realiza concretamente en el servicio a la sociedad como tal y en cada uno de sus integrantes y grupos intermedios, de lo que deriva su naturaleza instrumental⁶³ a fin de que los componentes del cuerpo social - todos - puedan alcanzar plenamente sus fines propios.

Tal carácter de servicialidad adquiere especial importancia al presente, cuando, con el advenimiento del Estado constitucional de Derecho, “está reapareciendo la idea de que el Estado está para fomentar, promover y facilitar que cada ser humano pueda desarrollarse como tal a través del pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos humanos. Por tanto, el ser humano, la persona, es el centro del sistema; el Estado está a su servicio y las políticas públicas también... La muerte del Welfare State no es la muerte de una manera más social de ver la vida, sino la muerte de un sistema de intervención creciente que ha terminado asfixiando y narcotizando al ciudadano”⁶⁴.

Es que -en palabras de Mariano Brito- “El Estado de Derecho viene a configurarse – definirse conceptualmente por su finalidad: concurrir a la realización del hombre en plenitud mediante la función estatal protectora de la persona humana. Es regla paradigmática del Estado de Derecho la aceptación de una sustancia impenetrable para el Estado: la dignidad personal del hombre, que en su interioridad se desenvuelve y cuya protección necesaria (la libertad exterior) plantea el reclamo de tutela”⁶⁵.

2. Esencialidad del principio de juridicidad

Como ya lo he señalado antes de ahora, el Estado de Derecho se caracteriza no sólo por su elemento sustantivo (el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales) sino también por la forma en que ese objetivo se alcanza: el sometimiento del Estado, y dentro de él de la Administración, a la ley, de donde deriva la individualización del principio de legalidad⁶⁶.

⁶¹ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**. Vol. 1. Montevideo: A.M.F, p. 55.

⁶² SOTO KLOSS, Eduardo. **Derecho Administrativo**. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 83 – ss.; SOTO KLOSS, Eduardo. La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno. In: **Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real**. Montevideo: F.C.U., 1996, p. 507 – ss.

⁶³ BRITO, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo. **La Justicia Uruguaya**. Tomo XC, sección Doctrina, p. 11 – ss.; BRITO, Mariano R. Derechos fundamentales. In: A.A.V.V. – **Evolución constitucional del Uruguay**. Montevideo: UCUDAL, 1989, pág. 11 – ss.

⁶⁴ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Ética, Poder y Estado**. Buenos Aires: RAP, 2004, p. 75.

⁶⁵ BRITO, Mariano R. El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica. **Revista Ius Publicum**. Santiago de Chile: s.n., 2001, p. 63 – ss.; BRITO, Mariano R. Derechos fundamentales. In: A.A.V.V. – **Evolución constitucional del Uruguay**. Montevideo: UCUDAL, 1989, pág. 11 – ss.

⁶⁶ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**. Vol. 1. Montevideo: A.M.F, p. 34 – ss.

Sin embargo, en la medida que ese condicionamiento no es sinónimo de la ley en sentido formal sino más ampliamente de la pluralidad de fuentes que exhibe el Derecho contemporáneo, parece más apropiado, desde el punto de vista conceptual, hablar de principio de juridicidad, sustituyendo la denominación de “bloque de la legalidad” de que hablaba Maurice Hauriou por la más precisa referencia al “haz de la juridicidad”⁶⁷.

Siguiendo la pedagógica enseñanza de Eduardo Soto Kloss, “Si quisiéramos tener una noción breve, de fácil retención y manejo, y al mismo tiempo exacta, de lo que es el principio de juridicidad, podría decirse que es la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado, tanto en su ser como en su obrar”⁶⁸.

En primer lugar, con la expresión sujeción se significa en su sentido más pleno e intenso la idea de sometimiento, de obediencia, de conformidad al Derecho.

Tal sometimiento al Derecho se da respecto al Estado de modo radicalmente distinto que respecto a las personas humanas. Ello es así porque mientras el hombre -como entidad sustantiva- puede hacer todo lo que la ley no le prohíbe, porque es un centro natural de actividad que *halla en la regla de Derecho su límite* pero no el principio de su acción, los entes estatales *hallan en el Derecho la fuente de su existencia y de su acción*. Mientras que en el campo de la actividad privada rige el principio de la libertad, en el campo de la actividad pública rige el principio de especialidad, según el cual los organismos públicos sólo pueden actuar válidamente en las materias que les están expresamente asignadas⁶⁹.

En segundo lugar, al calificar la sujeción estatal al Derecho como integral, se quiere enfatizar que la misma no admite excepciones, de modo que no existe la posibilidad de que algún órgano del Estado pueda estar por fuera o por encima de la regla de Derecho.

En tercer lugar, al optar por la individualización del principio como de juridicidad y no tan sólo de legalidad, ya se ha puesto de manifiesto que la sujeción debida es al Derecho en todas sus formas de expresión, abarcando tanto normas como principios.

En cuarto lugar, el sometimiento del Estado al Derecho alcanza a todos sus órganos tanto en su ser porque la existencia misma de ellos es creación del Derecho

⁶⁷ DELPIAZZO, Carlos E. Afirmación y evolución del principio de juridicidad. In: MATILLA, Andry; SANTAELLA, Héctor; SANTOFIMIO, Jaime Orlando (coord) - **Ensayos de Derecho Público en memoria de Maurice Hauriou**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 197 – ss.

⁶⁸ SOTO KLOSS, Eduardo. **Derecho Administrativo**. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, p.24.

⁶⁹ DELPIAZZO, Carlos E. Los derechos fundamentales y la libertad económica. In: **VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer Carías**. Caracas, FUNEDA, 2004, p. 59 – ss; DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo Especial**. Vol. 2, segunda edición actualizada y ampliada. Montevideo: A.M.F., 2010, p.475; y DELPIAZZO, Carlos E. Actividad administrativa y Derecho Privado. **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**. Año I, nº 1. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2002, p. 25 – ss.

como en su obrar ya que toda su actuación, cualquiera sea la función que ejerzan, debe estar bajo la regla de Derecho.

Aún cuando la formulación del principio de juridicidad refiere al Estado, es preciso entender que alcanza también a la variada gama de entidades previstas en los ordenamientos jurídicos, que actúan en el campo del Derecho público aunque por fuera de las estructuras estatales, incluso valiéndose de figuras propias del Derecho privado para desplegar su actividad ⁷⁰.

3. Vinculación con el bien común

En la medida que la razón de ser del Estado (y de la Administración en particular) radica en su servicialidad a la persona humana, tanto en su dimensión individual como social, material y espiritual, sustentada en la primacía que corresponde a su eminente dignidad, el principio de juridicidad se vincula íntimamente con la procura del bien común, que muchas veces se identifica con el interés general o el interés público.

Por bien común suele entenderse el conjunto de condiciones de la vida social que posibilitan a los individuos y a las comunidades intermedias que ellos forman el logro más pleno de su perfección.

En palabras de José Luis Meilán Gil, “el ejercicio del poder público se justifica por y para la procura del bien común, el *vivere bene* de los miembros de la sociedad política en expresiones clásicas de Aristóteles y Tomás de Aquino, la felicidad de los súbditos y el bienestar en la época de la ilustración y el despotismo ilustrado, el reconocimiento de los derechos individuales de los ciudadanos en la onda de la revolución francesa, y la conservación del orden público en la concepción liberal burguesa, en garantizar los derechos fundamentales de la persona, servicios esenciales y la calidad de vida en el constitucionalismo contemporáneo” ⁷¹.

4. Consecuente responsabilidad

Otra vez siguiendo las claras directivas de Mariano BRITO, es preciso enfatizar que “la responsabilidad hace al ser de los entes públicos estatales y, con ello, a su razón de ser” ⁷².

⁷⁰ DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad estatal ante la huída del Derecho Administrativo. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**. Año XXXI, Nº 370, Buenos Aires: s.n., 2009, p. 157 – ss.; DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad estatal ante la huída del Derecho Administrativo. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Año 9, Nº 35. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 13 – ss.

⁷¹ MEILAN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho público español. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Año 10, nº 40. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 171 – ss.

⁷² BRITO, Mariano R. Responsabilidad extracontractual del Estado administrativa, legislativa y jurisdiccional. In: **Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real**. Montevideo: F.C.U., 1996, p. 130.

Siendo así, se impone reafirmar que la responsabilidad administrativa está impuesta por el hecho de que el Estado y todos sus órganos, funciones, cometidos y medios (materiales y humanos) están al servicio de la persona humana y sus derechos fundamentales, teniendo por finalidad la consecución del bien común.

En consecuencia, cualquier ámbito de irresponsabilidad, por más pequeño y excepcional que sea, violenta el Estado de Derecho, implica una desigualdad y genera un agravio, que debe siempre ser reparado total e integralmente. Todo daño, cualquiera sea el órgano estatal que lo haya provocado, significa un detrimento de la esfera jurídica de alguien, es decir, un menoscabo de lo que le pertenece, una lesión en lo suyo, que debe ser reparada a quien la ha sufrido por aquel que la ha causado ⁷³.

VII) CONCLUSION

La proclamación del Estado constitucional de Derecho de nuestros días ⁷⁴ revaloriza y acentúa la centralidad de la persona humana, como lo reconoce el art. 1º de la Constitución alemana al proclamar que “La dignidad humana es intangible” ⁷⁵.

Así lo reconoció explícitamente Mariano Brito en su última intervención en la Semana Académica del Instituto de Derecho Administrativo del año 2011, al conmemorarse el centenario del nacimiento del Profesor Enrique Sayagués Laso. Dijo en esa oportunidad: “Hoy en día en el mundo occidental se afirma lo que se ha llamado el Estado constitucional de derecho, basado en la primacía de la Constitución o, mejor dicho, del bloque de la constitucionalidad... Ese bloque de constitucionalidad reposa en la dignidad de la persona humana” ⁷⁶.

Y tal dignidad no deriva de ningún tratado, Constitución o ley sino que es innata a la naturaleza humana ⁷⁷, por lo que el aludido bloque de constitucionalidad comprende los derechos humanos reconocidos o no por la Constitución, contenidos o no en las convenciones internacionales ⁷⁸.

⁷³ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**. Vol. 2. Montevideo: A.M.F., 2013, p. 477 - ss.; DELPIAZZO, Carlos E. Panorama actual de la responsabilidad estatal. In: DELPIAZZO, Carlos E. (coord.). **Transformaciones actuales del Derecho Administrativo**. Montevideo: F.C.U., 2010, p. 13; DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad estatal en el actual Estado de Derecho. **Anuario Jurídico Villanueva**. nº IV Madrid: Universidad Complutense, 2010, p. 15 - ss.; DELPIAZZO, Carlos E.. Calidad del Estado de Derecho. **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**. Año XIII Nº 23., Montevideo: Universidad de Montevideo, 2002, pág. 7.

⁷⁴ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**. Vol. 1. Montevideo: A.M.F, p. 32 - ss.

⁷⁵ DURAN MARTINEZ, Augusto. **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2012, p. 39 - ss.

⁷⁶ BRITO, Mariano R. La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo. In: DELPIAZZO, Carlos E. (coord.). **Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo**. Montevideo: F.C.U., 2012, p.164.

⁷⁷ GONZALEZ PEREZ, Jesús. **La dignidad de la persona humana y el Derecho Administrativo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 6.

⁷⁸ DURAN MARTINEZ, Augusto. **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2012, p. 845.

Siendo así, en el juego de deberes recíprocos de la Administración y el administrado, éste ostenta una posición de centralidad que, no obstante, no lo exonera de deberes y responsabilidades. Pero son mayores los de la Administración como consecuencia de su propia naturaleza instrumental, de su ser para cada uno de los integrantes del cuerpo social a los que se debe vicarialmente.

VIII) REFERENCIAS

- ALTIERI, Santiago. **El estatuto jurídico del cigoto: ¿Persona o cosa?** Montevideo: U.M., 2010.
- ASIAIN, Carmen. Veto a la libertad de conciencia. In: **A.A.V.V. – Veto al aborto**. Montevideo: U.M., 2012.
- BARRA, Rodolfo Carlos. **Principios de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abaco, 1980.
- BIASCO, Emilio. Introducción al estudio de los deberes constitucionales. In: **A.A.V.V. – 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos**. Cuaderno de la Facultad de Derecho. Tercera Serie, Nº 6. Montevideo: F.C.U., 2000.
- BIASCO, Emilio. **Las figuras jurídicas subjetivas en el Derecho uruguayo**. Montevideo: F.C.U., 2006.
- BLENGIO VALDES, Mariana. **El derecho al reconocimiento de la dignidad humana**. Montevideo: A.M.F., 2007.
- BRITO, Mariano R. **Derecho Administrativo: su permanencia, contemporaneidad, prospectiva**. Montevideo: U.M., 2004.
- BRITO, Mariano R. El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica. **Revista Ius Publicum**. Santiago de Chile: s.n., 2001.
- BRITO, Mariano R. Derechos fundamentales. In: A.A.V.V. – **Evolución constitucional del Uruguay**. Montevideo: UCUDAL, 1989.
- BRITO, Mariano R. Funciones del Estado en relación a la familia. In: PLA RODRIGUEZ, Américo, RANZETTI, Ana María (coord.). **El Derecho y la Familia**. Montevideo: F.C.U., 1998.
- BRITO, Mariano R. La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo. In: DELPIAZZO, Carlos E. (coord.). **Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo**. Montevideo: F.C.U., 2012.
- BRITO, Mariano R. Libertad y autoridad del Estado. In: A.A.V.V. **Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización**. Montevideo: F. C. U, 1991.
- BRITO, Mariano R. Planificación y libertad en el Estado social de Derecho. **Revista Uruguay de Estudios Administrativos**. Año I, nº 1. Montevideo, 1977.
- BRITO, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo. **La Justicia Uruguay**. Tomo XC, sección Doctrina. Montevideo: s.n, s.d.
- BRITO, Mariano R. Principios del procedimiento administrativo común. In: A.A.V.V. **Procedimiento Administrativo**. Montevideo: UCUDAL, 1991.
- BRITO, Mariano R. Responsabilidad extracontractual del Estado administrativa, legislativa y jurisdiccional. In: A.A.V.V. **Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real**. Montevideo: F.C.U., 1996.

BROSETA PONT, Manuel. **La empresa, la unificación del Derecho de las obligaciones y el Derecho Mercantil**. Madrid: Tecnos, 1965.

CAGNONI, José Aníbal. La dignidad humana: naturaleza y alcances. In: CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS. **Dignidad Humana**. Montevideo: s.n., p. 65.

CAGNONI, José Aníbal. La primacía de la persona: el principio personalista. **Revista de Derecho Público**. nº 24. Montevideo: s.n., 2004.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. tomo II. sexta edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. La familia en la Constitución. In: PLA RODRIGUEZ, Américo, RANZETTI, Ana María (coord.). **El Derecho y la Familia**. Montevideo: F.C.U., 1998.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. Libertad de asociación, personalidad jurídica y Poder Ejecutivo. **Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración**, tomo 65. S.I: s.n., s.d..

CERVINI, Raúl. El Derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana. **Revista de Derecho**. nº 5. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2010.

CHAVEZ FERNANDEZ POSTIGO, José. **La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano**. Lima: s.n., 2012.

COMADIRA, Julio Rodolfo. **Derecho Administrativo**. Segunda edición Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.

COUTURE, Eduardo J. **Vocabulario Jurídico**. Buenos Aires: Depalma, 1976.

DELPIAZZO, Carlos E. Actividad administrativa y Derecho Privado. **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**. Año I, nº 1. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2002.

DELPIAZZO, Carlos E. Afirmación y evolución del principio de juridicidad. In: MATILLA, Andry; SANTAEALLA, Héctor; SANTOFIMIO, Jaime Orlando (coord) - **Ensayos de Derecho Público en memoria de Maurice Hauriou**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo Especial**. Vol. 2, segunda edición actualizada y ampliada. Montevideo: A.M.F., 2010.

DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**. Vol. 1. Montevideo: A.M.F, 2013.

DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**. Vol. 2. Montevideo: A.M.F., 2013.

DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo Uruguayo**. México: Porrúa – UNAM, 2005.

DELPIAZZO, Carlos E. **Dignidad humana y Derecho**. Montevideo: U.M., 2001.

DELPIAZZO, Carlos E. Dimensión tecnológica de la participación del administrado en el Derecho uruguayo. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**. nº 5. San José de Costa Rica, 2005

DELPIAZZO, Carlos E. **Estudios sobre la responsabilidad de la Administración**. Montevideo: U.M., 2009.

- DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad estatal ante la huída del Derecho Administrativo. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**. Año XXXI, N° 370, Buenos Aires: s.n., 2009.
- DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad estatal ante la huída del Derecho Administrativo. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Año 9, n° 35. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad estatal en el actual Estado de Derecho. **Anuario Jurídico Villanueva**. n° IV Madrid: Universidad Complutense, 2010.
- DELPIAZZO, Carlos E. Los derechos fundamentales y la libertad económica. In: A.A.V.V. **VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer Carías**. Caracas, FUNEDA, 2004.
- DELPIAZZO, Carlos E. Panorama actual de la responsabilidad estatal. In: DELPIAZZO, Carlos E. (coord.). **Transformaciones actuales del Derecho Administrativo**. Montevideo: F.C.U., 2010.
- DELPIAZZO, Carlos E.. Calidad del Estado de Derecho. **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**. Año XIII N° 23,. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2002.
- DURAN MARTINEZ, Augusto. **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2012.
- FERNANDEZ, Tomás Ramón; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Curso de Derecho Administrativo**. 9ª ed. Tomo II. Madrid: Thomson Civitas, 2004.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del Derecho**. México: Porrúa, 1960.
- GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo I. Madrid: Editorial Rev. de Derecho Privado, 1974.
- GELSI BIDART, Adolfo. La familia y el Derecho. In: PLA RODRIGUEZ, Américo, RANZETTI, Ana María (coord.). **El Derecho y la Familia**. Montevideo: F.C.U., 1998.
- GONZALEZ PEREZ, Jesús. **El administrado**. Santiago de Querétaro: FUNDAP, 2003.
- GONZALEZ PEREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1999.
- GONZALEZ PEREZ, Jesús. **La dignidad de la persona humana y el Derecho Administrativo**. Curitiba: Juruá, 2007.
- GONZALEZ PEREZ, Jesús. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986.
- GROS ESPIELL, Héctor. La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos. In: CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS. **Dignidad Humana**. Montevideo: s.n., 2003.
- CAGNONI, José Aníbal. La dignidad humana: naturaleza y alcances. In: CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS. **Dignidad Humana**. Montevideo: s.n., 2003.
- LABORDE, Marcelo. No sólo de derechos vive el hombre: los deberes de las personas en el artículo 72 de nuestra Constitución. In: DELPIAZZO, Carlos E. (coord.). **Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo**. Montevideo: F.C.U., 2012.
- LEAL, Rogério Gesta. (org). **Administração Pública e Participação Social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.
- LEIZA ZUNINO, Pablo. Los deberes jurídicos y su directa vinculación con los valores fundamentales propios del Derecho Administrativo. In: DELPIAZZO, Carlos E. (coord.). **Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo**. Montevideo: F.C.U., 2012.

LISA, Federico José. La responsabilidad hacia la Administración Pública: responsabilidad y deberes públicos. **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**, año VII, nº 13. Montevideo: s.n., 2008.

MARTINEZ TORRON, Javier; NAVARRO VALLS, Rafael. **Conflictos entre conciencia y ley**. 2ª edición revisada Madrid: Iustel, 2012.

MARTINS, Daniel Hugo. No llamemos más administrados a las personas que habitan nuestro territorio. **Anuario de Derecho Administrativo**. Tomo V Montevideo: s.n., 1996.

MEILAN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho público español. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Año 10, nº 40. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Derecho Administrativo**. México: Porrúa - UNAM, 2006.

NAVARRO FLORIA, Juan G. **El derecho a la objeción de conciencia**. Buenos Aires: Abaco, 2004.

PAREJO ALFONSO, Luciano. **Manual de Derecho Administrativo**. 4ª ed., vol. 1. Barcelona: Ariel, 1996.

REAL, Alberto Ramón. **Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya**. Montevideo: s.n., 1965.

ROCCA, María Elena. Toda nuestra Constitución reposa sobre la noción de persona. **Revista de Derecho Público**. nº 24. Montevideo: s.n., 2004.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Cuestiones de Ética Social**. Lugo: 2000.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Ética, Poder y Estado**. Buenos Aires: RAP, 2004.

SAGÜES, Néstor. Dignidad de la persona e ideología constitucional. **Revista de Derecho Constitucional y Político**. Tomo XII. nº 72. Montevideo: s.n., 1996.

SANCHEZ CARNELLI, Lorenzo. **Las situaciones jurídicas subjetivas**. Montevideo: F.C.U., 2004.

SANCHEZ, Alberto M. La objeción de conciencia en el agente estatal. In: HERNANDEZ MENDIBLE, Víctor. **Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo: Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela**. Tomo I. Caracas: Paredes, 2009.

SECO, Ricardo Francisco. Un contenido para los términos dignidad de la persona humana: aportes desde el Derecho del trabajo y el pensamiento social cristiano. **Revista de Derecho Laboral**. tomo LIII, nº 239. Montevideo: s.n., 2010.

SOTO KLOSS, Eduardo. **Derecho Administrativo**. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

SOTO KLOSS, Eduardo. La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno. In: **Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real**. Montevideo: F.C.U., 1996.

VILLAMIL, Lucía. Los deberes como efectivo límite y garantía de los derechos humanos. In: DELPIAZZO, Carlos E. (coord). **Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo**. Montevideo: (F.C.U., 2012.



Brazil's administrative justice system in a comparative context*

O sistema de justiça administrativa brasileira em uma perspectiva comparada

RICARDO PERLINGEIRO**

Universidade Federal Fluminense (Brasil)

r.perlingeiro@terra.com.br

Recebido/Received: 08.08.2014 / August 8th, 2014

Aprovado/Approved: 03.09.2014 / September 3rd, 2014

Resumo

O texto contém uma análise descritiva de aspectos do processo administrativo, do sistema judicial e dos processos judiciais no sistema brasileiro de justiça administrativa. Os pontos fortes e fracos identificados pelo artigo servem como base para futuras pesquisas comparativas entre o sistema de justiça administrativa no Brasil, os sistemas que influenciaram o Brasil incluindo a Europa continental e os Estados Unidos e os sistemas que foram também influenciados em toda a Ibero-américa.

Palavras-chave: Direito Administrativo; autoridades administrativas; justiça administrativa; Direito Comparado.

Abstract

The text contains a descriptive analysis of aspects of administrative procedure, the judicial system and judicial processes within Brazil's system of administrative justice. The strengths and weaknesses the text identifies serve as a basis for future comparative research between the system of administrative justice in Brazil, the systems that influenced Brazil including continental Europe and the United States, and the systems that were likewise influenced throughout Ibero-America.

Keywords: Administrative Law; administrative authorities, administrative justice; Comparative Law.

Como citar este artigo | How to cite this article: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil's Administrative Justice System in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40517>

* I am indebted to Carlos André Galante Grover, J.D. candidate at American University, Washington College of Law, for his invaluable assistance in reviewing this article. I would like to extend a special thank you to Jeff S. Lubbers, professor at American University, Washington College of Law, for his helpful comments and feedback. All errors remain the author's. About the subject of this article, see generally: PERLINGEIRO, Ricardo. A Justiça Administrativa Brasileira Comparada. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal** [Revista CEJ], n. 57, p. 6-18, 2012.

** Full Professor at the Law School of Fluminense Federal University (UFF – Rio de Janeiro-RJ) and coordinator of the Judiciary Sciences Centre at UFF (Nupej/UFF). Doctorate in Law – University Gama Filho (UGF). Coordinator of the Executive Committee of the National Council of Justice for the monitoring and settlement of healthcare assistance claims in the State of Rio de Janeiro. Member of the Brazilian Institute of Procedural Law. Member of Ibero-American Institute of Procedural Law. Member of the International Association of Procedural Law. Federal judge of the Judiciary Section of Rio de Janeiro.

CONTENTS Ricardo. **Fundamentos de Antropología**. Pamplona: EUNSA, 1996.

VII. LAMU, Lucía. Los deberes como efectivo límite y garantía de los derechos humanos. In: DELPIAZZO, Carlos. **El Poder Judicial y el Defensor del Pueblo Administrativo Uruguayo**. Montevideo: Trilce, 2012.
 6. The need for counsel in administrative jurisdiction. 7. Cognizable claims and scope of judicial review. 8. Principle of legality. 9. Principles of proportionality and reasonableness. 10. Principle of equality. 11. Principles of mediation. **Fundamentos de Antropología**. Pamplona: EUNSA, 1996.
 12. The principle of due process of law (fair hearing and adversarial proceedings). 12.1. Garnishment of public servants' wages. 12.2. The principle of a fair hearing in decisions of Brazil's Federal Audit Tribunal. 13. The reality of Brazil's administrative authorities. 14. Final considerations. 15. References.

1 INTRODUCTION

It is timely that there be a new dialogue between the Brazilian and U.S. systems of administrative law and administrative litigation. There has been relatively minimal comparative scientific analysis involving Brazil and the United States on the topic. This dearth exists despite the fact that the Brazilian model of "judicial review" was largely influenced by the single civil jurisdictional system of the U.S. model, which replaced the French "model of jurisdictional dualism" present in Brazil since the beginning of the Brazilian republic in 1891.¹

With this study, I hope to engage in a descriptive and timely analysis of the Brazilian administrative justice system, focusing on administrative proceedings, organization of the Judiciary, and the judicial process as a whole. Furthermore the study takes a Rule of Law and effective judicial functioning perspective, as defined by European administrative law and reproduced in some Ibero-American models, to identify both positive and negative aspects of Brazil's administrative justice system. The descriptive analysis will serve as a basis for future comparative analysis with the U.S. system.

Initially, however, it is necessary to define the scope and context of the terminology used. The term "administrative litigation" refers to claims or appeals of a private citizen against the actions taken by an administrative authority. The term "administrative jurisdiction" describes the exercise of jurisdiction over administrative litigation, and "administrative court" refers to the state organs responsible for exercising jurisdiction over administrative issues.

2. ADMINISTRATIVE HEARINGS PRIOR TO JUDICIAL REVIEW

The principle of Rule of Law requires that administrative litigation be entrusted exclusively to a particular jurisdiction. The principle of effective judicial functioning (judicial review of administrative action) is not compromised by filing directly with an administrative authority prior to judicial review.² I refer here to the model of higher

¹ See SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

² See FROMONT, Michel. **Droit administratif des Etats européens**. Paris: Presses Universitaires de France – puf, 2006, p.112-19

administrative authorities, and the model of independent administrative authority. Under the model of higher administrative authorities, parties, when denied a claim by an administrative authority, lodge an appeal to a superior authority. This approach, which requires the exhaustion of administrative remedies, is adopted in most countries, and particularly in Germany where adjudication within the administrative authority has automatic suspensive effects on proceedings in the Judiciary and is considered *a sine qua non* for filing suit.³ I also refer to the concept of independent administrative authorities wherein appeals are decided by public officials who, despite being appointed directly by the upper echelon of administrative authorities, perform their functions independently and are not subordinate to superiors. Examples include the English "administrative tribunals", the "appeals committees" in Switzerland and the "independent administrative departments" (*unabhängige Verwaltungsenate*) in Austria.⁴

In Brazil, we find both models. In accordance with the principle of effective judicial functioning, parties can choose which model to use, without foreclosing the possibility of simultaneous filings for preliminary injunctive relief. The appeal before a higher administrative authority, not to be confused with prior claims (which gave rise to the appealable decision), is provided for in Brazilian administrative procedure law.⁵ The appeal before an independent administrative authority resembles, for example, appeals brought before the Brazilian Board of Tax Appeals (*Conselho Administrativo de Recursos Fiscais / CARF*),⁶ regulatory agencies,⁷ the Federal Audit Tribunal,⁸ and even the National Council of Justice (*Conselho Nacional de Justiça / CNJ*).⁹

³ See *Verwaltungsgerichtsordnung [VwGO]* [Administrative Jurisdiction Code], Jan. 21, 1960, *Bundesgesetzblatt [BGBl. I]* at 686, §§ 68, 80 (Ger.).

⁴ See generally FROMONT, Michel. *Droit administratif des Etats européens*. Paris: Presses Universitaires de France – puf, 2006.

⁵ See Lei No. 9.784, art. 56, de 29 de Janeiro de 1999, *Diário Oficial da União [D.O.U.]* de 01.02.1999 (Braz.).

⁶ See *id.*

⁷ See, e.g., Lei No. 11.182, de 27 de Setembro de 2005, *Diário Oficial da União [D.O.U.]* de 28.09.2005 (Braz.) (establishing the National Civil Aviation Agency); Lei No. 9.984, de 17 de Julho de 2000, *Diário Oficial da União [D.O.U.]* de 18.07.2000 (Braz.) (establishing the National Water Agency); Lei No. 9.427, de 26 de Dezembro de 1996, *Diário Oficial da União [D.O.U.]* de 27.12.1996 (Braz.) (establishing the National Electric Energy Agency); Lei No. 9.478, de 6 de Agosto de 1997, *Diário Oficial da União [D.O.U.]* de 07.08.1997 (Braz.) (establishing the National Oil, Natural Gas, and Biofuels Agency); Lei No. 12.351, de 22 de Dezembro de 2010, *Diário Oficial da União [D.O.U.]* de 23.12.2010 (Braz.) (establishing the Social Fund which provides a source of funds for social and regional development, in the form of programs and projects in the areas of poverty alleviation and development); Lei No. 9.961, de 28 Janeiro de 2000, *Diário Oficial da União [D.O.U.]* de 29.01.2000 (Braz.) (establishing the National Supplementary Health Agency); Lei No. 10.233, de 5 de Junho de 2001, *Diário Oficial da União [D.O.U.]* de 06.06.2001 (Braz.) (establishing the National Road Transportation Agency); Lei No. 9.782, de 26 de Janeiro de 1999, *Diário Oficial da União [D.O.U.]* de 27.01.1999 (Braz.) (establishing the National Sanitation Monitoring Agency). See also Lei No. 9.990, de 21 de Julho de 2000, *Diário Oficial da União [D.O.U.]* de 22.07.2000 (Braz.) (extending the transitional period provided for Law 9.478).

⁸ See Lei No. 8.443, de 16 Julho de 1992, *Diário Oficial da União [D.O.U.]* de 16.07.1992 (Braz.) (establishing the Federal Audit Tribunal).

⁹ See Lei No. 11.364, de 26 de October de 2006, *Diário Oficial da União [D.O.U.]* de 27.10.2006 (Braz.).

3. THE ORGANIZATION OF ADMINISTRATIVE JURISDICTION

Administrative jurisdiction, which is independent of the administrative authority, is subject to the following structure: (1) administrative jurisdictions that issue advisory opinions and provide determinations in specific cases or controversies, such as the Councils of States that exercise the dual function of court of last resort and advisory board in France,¹⁰ the Netherlands,¹¹ Italy,¹² Greece,¹³ Belgium¹⁴ and Colombia;¹⁵ (2) administrative jurisdictions of an autonomous jurisdictional nature, such as the courts of last resort that deal exclusively with cases or controversies involving questions of public law found in Germany,¹⁶ Austria,¹⁷ Sweden¹⁸ and Portugal;¹⁹ (3) autonomous administrative courts in the first and second tiers that are, however, subject to a single court of last resort that deals with issues not only of public law, but also questions of private law, as seen in Spain,²⁰ Switzerland,²¹ Hungary²² and Mexico;²³ and (4) administrative courts with private jurisdiction, also known as a “unitary jurisdiction system,” that address questions of both public and private law, often through bodies specializing in administrative cases as is typical of common law systems in England,²⁴ Ireland,²⁵

¹⁰ See Code de Justice Administrative [C.J.A], art. 122-15 (Fr.); Code de Justice Administrative [C.J.A], art. 122-18 (Fr.); Code de Justice Administrative [C.J.A], art. 122-20 (Fr.).

¹¹ See Wet van 9 maart 1962, op de Raad van State [Law of March 9, 1962], art. 1 (Neth.).

¹² See Legge 27 Aprile 1982, n. 186 (It.).

¹³ See Diatagma (1973: 170) **Νομοθετικού διατάγματος [N] 170/1973** (Legislative Degree n° 170/1973, modified by Laws n° 702/1977 and n° 1.470/1984 and codified by Decree n° 18/1989).

¹⁴ See 1994 CONST. art. 160 (Belg.); Loi du Conseil d'Etat de Belgique [Law of the Council of State of Belgium] of Dec. 23, 1946,.

¹⁵ See Constitución Política de Colombia [C.P.], art. 237; Ley No. 1437, Enero 18, 2011, *Diário Oficial* [D.O.] (Colom.).

¹⁶ See Verwaltungsgerichtsordnung [VwGO] [Administrative Justice Code], Jan. 21, 1960, *Bundesgesetzblatt* [BGBl.] 1, as amended, §§ 49, 50 (Ger.).

¹⁷ See Bundes-Verfassungsgesetz [B-VG] [Constitution] BGBl No. 1/1920, art. 130, ¶11.

¹⁸ See Regeringsformen [RF][Constitution] 11:8 (Swed.).

¹⁹ See CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA, art. 209(1)(b); Ley No. 4(a) de 19 de Fevereiro de 2003, *Procedures Code for the Administrative Courts*.

²⁰ See CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, art. 106(1), B.O.E. n. 311, Dec. 29, 1978 (Spain).

²¹ See BUNDESVERFASSUNG [BV] [CONSTITUTION] Apr. 18, 1999, SR101, arts. 29a, 191, 191b (Switz.).

²² See 2011. Évi CLXI. törvény a bíróságok szervezetéről és igazgatásáról (Act CLXI of 2011 on the organization and administration of the courts) (Hung.).

²³ See Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [C.P.], art. 94, *Diário Oficial de la Federación* [DO], 5 Febrero 1917 (Mex.). See also Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa [Organic Law of the Federal Court of Fiscal and Administrative Justice], *Diário Oficial de la Federación* [DO], 6 de Marzo de 2012 (Mex.).

²⁴ See ZILLER, JACQUES. *Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*. Paris: Montchrestien, 1993.

²⁵ See generally FROMONT, Michel. *Droit administratif des Etats européens*. Paris: Presses Universitaires de France – puf, 2006.

Denmark,²⁶ but also found in Argentina,²⁷ Chile,²⁸ Costa Rica,²⁹ Peru,³⁰ and Venezuela.³¹

Interestingly, Brazil has known all four types of administrative structures in its history. What preceded the Brazilian Republic resembled administrative jurisdictions that operate in an advisory capacity as well as dealing with cases or controversies. This structure existed despite the fact that the Brazilian Empire's Council of State mirrored the first version of France's Council of State, with "justice retained" (*justice retenue*) in the hands of the Emperor and no true jurisdictional or delegated functions.³² Only with the approval of the 1891 constitution did Brazil adopt administrative jurisdictions. Brazil's administrative jurisdiction was, however, marked by the common law characteristic of courts that deal with questions of both public and private law. The "unitary jurisdiction", still prevalent today, is characterized by certain degrees of specialization in public law, as exemplified by the "*turmas*" or "*câmaras*"³³ in courts of appeal.³⁴ One could say that the organization of the federal courts of first and second tiers, which include administrative jurisdictions that cover federal administrative authorities,³⁵ resembles the Spanish and Swiss models. The federal courts of first and second tiers operate under a common court of last resort, which also deals with questions of private law — the Superior Court of Justice (*Superior Tribunal de Justiça* / STJ).³⁶ Brazil's electoral court's organization, however, is almost identical to the German and Portuguese models, with autonomous administrative jurisdiction that operates under a specific court of last resort: the Superior Electoral Court (*Tribunal Superior Eleitoral* / TSE).³⁷

²⁶ See generally ZILLER, Jacques. *Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*. Paris: Montchrestien, 1993.

²⁷ See Art. 116, Constitución Nacional [Const. Nac.] (Arg.).

²⁸ See Código Orgánico de Tribunales (Judiciary Code) [Cod. Org. Trib.], art. 5 (Chile).

²⁹ See Constitución Política de la República de Costa Rica arts. 152e, 153 (Costa Rica); Ley Orgánica del Poder Judicial [Organic law of judicial power]/Lei No. 7.333 de 15 de Diciembre de 1997 (Costa Rica).

³⁰ See Art. 139, Constitución Política del Peru.

³¹ See Art. 259, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

³² See SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMAN, Karl-Peter. *código de jurisdição administrativa: o modelo alemão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

³³ *Turmas* and *câmaras* are subgroupings of second-tier courts and courts of last resort. Specialization below the appellate level are exemplified by the *Varas de Fazenda Pública*, which are single judge bodies that specialize in public law at the first-tier of state courts.

³⁴ See Poder Judiciário Tribunal Regional Federal da 2ª Região Regimento Interno [Rules of Procedures for the Federal Regional Court of the 2nd Region Bylaws], JOURNAL OF JUSTICE AND THE UNION, 9th ed., 3, Janeiro 2009, arts. 2(III), § 4º, and 13(III) (Braz.); Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro [Code for the Organization and Judicial Division of the State of Rio de Janeiro] [CODJERJ] of 27 de Abril de 2011, arts. 94(III), and 97.

³⁵ See Constituição Federal [C.F.] [Constitution] art. 109 (Braz.).

³⁶ See *Id.* at art. 105.

³⁷ See *Id.* at art. 118.

4 SCOPE OF ADMINISTRATIVE JURISDICTION

When examining the scope of administrative justice, first we must ask about its main principles and specific rules. Why should legislators treat the structure of courts responsible for administrative jurisdiction differently? Why should legislators be concerned with dealing specifically with judicial procedure in cases related to administrative justice? Indeed, the establishment of specialized jurisdictional courts ensures effective legal protection of citizens' rights and serves as a check on the legality of administrative authorities. The specialized jurisdictional courts do so by considering best practices as well as specific principles and rules of administrative justice. These specific principles and rules of administrative justice contemplate the vulnerability of citizens in relation to administrative authorities as well as the balance between public and private interests. Considering these values of specialized jurisdictional courts, what demands justify a standalone administrative justice system?

As a general rule, in Europe and Latin America, the following criteria define administrative jurisdiction: (1) administrative law cases (in which disputes may involve administrative authorities or private entities in the exercise of public functions, such as in France,³⁸ Spain,³⁹ Portugal,⁴⁰ Greece,⁴¹ Costa Rica,⁴² Peru, Venezuela,⁴³ Colombia,⁴⁴ and Argentina);⁴⁵ (2) cases concerning administrative acts or actions (not including questions of civil liability or administrative contracts, such as in Germany,⁴⁶ Austria⁴⁷ and Switzerland);⁴⁸ (3) cases limited to legitimate interests (excluding acquired rights, such as in Italy⁴⁹ and

³⁸ See Code de Justice Administrative [C.J.A], art. 211-1 (Fr.).

³⁹ See Ley No. 23 art. 1, de 7 de Julio de 1998 (Spain).

⁴⁰ See Lei No. 13 de 19 de Fevereiro de 2002, art. 4 (detailing the law of the administrative and tax courts).

⁴¹ See 1975 Syntagma [Syn.] [Constitution] 94e, 95 (Greece).

⁴² See Ley No. 8508/Código Procesal Contencioso-Administrativo [Administrative Code] de 22 de Junio de 2006], art. 1 available at: <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/codigoprosalcontencioso.pdf> (Costa Rica).

⁴³ See Art. 259, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela..

⁴⁴ See L. 1,437, Enero 18, 2011, Diario Oficial [D.O.] art. 2 (Colom.).

⁴⁵ See Código Procesal Contencioso Administrativo [Cod. Admin.] [Administrative Code] art. 1 (Buenos Aires, 1999) (Arg.).

⁴⁶ See Verwaltungsgerichtsordnung [VwGO] [Code of Administrative Procedure], Jan. 21, 1960, Reichsgesetzblatt [RGBl i], v. 19.03.1991, § 40 available at: <http://www.buzer.de/gesetz/2431/index.htm> (Ger.).

⁴⁷ See FROMONT, Michel. **Droit administratif des Etats européens**. Paris: Presses Universitaires de France – puf, 2006, p. 147.

⁴⁸ See Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz BGG) [Federal Law of 17 June 2005 on the Federal Court (Federal Court Act, BGG)], June 17, 2005, SR 173.110, (Switz.); Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) [Federal Law of 20 December 1968 on administrative procedure (Administrative Procedure Act, VwVG)], Dec. 20, 1968, SR 172.021, art. 5 (Switz.).

⁴⁹ See Art. 103 Costituzione [Cost.].

Belgium);⁵⁰ and (4) cases involving public or private law (provided that administrative authorities have an interest in the case, such as in unitary jurisdiction systems in England, Ireland, Norway, Denmark,⁵¹ Chile⁵² and Mexico).⁵³

In this sense, the Brazilian system is also a hybrid. In general, consistent with Brazil's unitary jurisdiction system and regardless of the public or private nature of the case, the condition that the interest of administrative authorities is at stake gives rise to administrative jurisdiction. The condition that the interest of the administrative authority be in controversy justifies the jurisdiction of the *Varas de Fazenda Pública*⁵⁴ and federal courts. The same is true regarding the application of specific procedural rules as exemplified by the differentiated regime for enforcement of judgments against the administrative authorities (*precatório judicial*), the postponement of deadlines so that the administrative authority may defend itself, etc.⁵⁵

When it comes to legal proceedings concerning the writ of mandamus (*mandado de segurança*),⁵⁶ similar to the German system, Brazilian law has a longstanding tradition wherein the party challenging an administrative action, even if carried out by private entities exercising a public power, is forbidden from bringing a claim for compensation before the same judge.

In fact, the Brazilian *mandado de segurança* would deserve a chapter unto itself, given its apparent identity crisis. There are four reasons for this identity crisis. Firstly, the *mandado de segurança* is inspired by common law "writs," which nowadays have been replaced by "claims for judicial review."⁵⁷ The second reason is the *mandado de segurança's* roots in the Mexican concept of *amparo* (*juicio de amparo*), a procedure

⁵⁰ See FROMONT, Michel. **Droit administratif des Etats européens**. Paris: Presses Universitaires de France – puf, 2006, p. 150.

⁵¹ See *Id.* at 152-56.

⁵² See Cod. Org. Trib. art. 48 (Chile).

⁵³ See Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa [Organic Law of the Federal Court of Fiscal and Administrative Justice], *Diário Oficial de la Federación* [DO], 3 de Diciembre de 2007, art. 14 (Mex.).

⁵⁴ See CODJERJ, *supra* note 37.

⁵⁵ See Constituição Federal [C.F.] [Constitution] arts. 100, 109 (Braz.); Código de Processo Civil [C.P.C.] [Code of Civil Procedure], arts. 191, 730 (Braz.).

⁵⁶ See Lei No. 12.016, de 7 de Agosto de 2009, *DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO* [D.O.U.] de 10.08.2009 available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm#art29 (Braz.).

⁵⁷ See FROMONT, Michel. **Droit administratif des Etats européens**. Paris: Presses Universitaires de France – puf, 2006. In the United States the common law writs have largely been replaced by statutory petitions for review. 24 C.J.S. *Criminal Law* § 2220 (2013). However, where the statute is silent suits for declaratory judgments and writs of injunctions must be used. See NEUMAN, Gerald L. **Habeas Corpus, Executive Detentions, and the Removal of Aliens**, 98 Colum. L. Rev. 961, 962 n.5, 1998. ("... the special statutory review proceeding relevant to the subject matter in a court specified by statute or, in the absence or inadequacy thereof, any applicable form of legal action, including actions for declaratory judgments or writs of prohibitory or mandatory injunction or habeas corpus, in a court of competent jurisdiction.") Additionally, mandamus is available where "(1) the plaintiff has a clear right to relief, (2) the defendant a clear duty to act, and (3) no other adequate remedy exists." *Randall D. Wolcott, M.D., P.A. v. Sebelius*, 635 F.3d 757, 767 (5th Cir. 2011). "In short, mandamus does not create or expand duties, but merely enforces clear, non-discretionary duties already in existence." *Id.*

whose applicability has been well established as constitutional. Thirdly, the *mandado de segurança*'s unmistakable similarity to the appeal against excessive power (*recours pour excès de pouvoir*), of French tradition from when that measure was limited to annulling administrative acts.⁵⁸ Lastly, the *mandado de segurança* is embedded, as it now stands, in a procedural and constitutional system wherein, regardless of the chosen judicial procedure, interested parties may pursue claims against administrative authorities.

5. JUDGES WHO EXERCISE ADMINISTRATIVE JURISDICTION

Public agents and judicial structures charged with protecting the interests subject to administrative jurisdiction should be assured of the inherent right of personal and institutional independence. To guarantee this independence judges should not be subject to transfer, should have life tenure (*vitaliciedade*), and their remuneration should be fair and adequate. Their selection, their career paths, and the mechanisms for disciplining these judges should be entrusted to a body that will not compromise a judge's independence. This oversight will avoid a vertical judicial structure marked by hierarchical subordination and careerism among the judges.⁵⁹ Moreover, the method of selecting judges should occur through an open, objective, and transparent process. Selection should be based on the candidate's technical skills and professional capacity.

These principles, which are specified in the Ibero-American Model Code for Administrative Processes (both within the Judiciary and within administrative authorities),⁶⁰ are partially incorporated in the Brazilian Constitution.

Under Brazilian law any Brazilian citizen with a law degree can participate in a public, competitive selection process for first-tier judges. Selection is based on the candidate's academic credentials and performance on civil service exams. These first-tier judges then advance to become second-tier judges through promotions based on merit or seniority. Throughout the judge's career, the judge has continuing education requirements, which must be satisfied at the nation's judicial schools. Some of the openings for second-tier judges are filled according to political criteria, by way of nominations by the Public Prosecutors' Office (*Ministério Público*) as well as peer associations such as The Brazilian Bar Association (*Ordem dos Advogados do Brasil / OAB*). These nominations are then forwarded to the courts, and reviewed by the head of the executive branch for final appointment. The appointment for a position on Brazil's Superior Court

⁵⁸ See *Id.* at 164-68.

⁵⁹ See generally ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

⁶⁰ See Model Code for Administrative Processes Judicial and Extrajudicial for Ibero-America, arts. 26, 27, 28e, 29 (2012) [hereinafter Model Code for Administrative Processes] available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2250852.

of Justice is subject to the additional requirement of congressional approval.⁶¹ In Brazil, there are no examples of lay judges sitting in administrative courts, except in the case of special courts (although the constitution, in art. 98, I, § 1, does make allowances for such judges, this is not yet reflected in the law).

The 1988 Constitution (Article. 96 II), gives the courts complete autonomy over the election of their governing bodies; the ability to develop bylaws; organize their departments, ancillary services and the courts that are tied to it; fill judicial vacancies in the respective jurisdictions; and fill positions necessary for the administration of the Judiciary. Further, administrative and financial autonomy is guaranteed by granting the courts the power to draw up their own budget proposals, within the limits established by the other branches of government, and in accordance with the Budget Guidelines Law (*Lei de Diretrizes Orçamentárias / LDO*).

In order to eliminate external influences, Art. 95 of the Constitution grants and at the same time limits judges' power.⁶² Provisions that promote the independence of judges include: lifetime appointments, which secure the judges position until the judge is 70 years old (except in cases of criminal convictions that are final); prohibitions on the removal or transfer of judges to other courts (except transfers based on a public interest as determined by a majority decision of the court where the judge sits, or the National Council of Justice); and lastly, the irreducibility of salaries.

Nonetheless, the effectiveness of these prerogatives granted to the Judiciary, both on an institutional and personal level, has been widely questioned. One such criticism is that the nature of the budget-making process means that the executive branch does in fact exert influence in allocating funds to the Judiciary. Another criticism is that the irreducibility of salaries is on a nominal basis and thus does not assure the preservation of real values. Internally, despite a general feeling amongst judges that they are fully independent, it is not ideal that second-tier judges hold disciplinary and selection powers over judges of the first-tier.⁶³ The first-tier judge's hierarchical subordination in disciplinary matters and the role of the second-tier judge in selecting first-tier judges at the beginning of first-tier judge's careers may leave citizens with the impression that there is a hierarchical and careerist structure that calls into question the independence and impartiality of the Judiciary. Impartiality questions could be raised, for example, in

⁶¹ See Constituição Federal [C.F.] [Constitution] art. 104 (Braz.).

⁶² The following prohibitions apply to judges: I. They may not hold other offices or exercise other functions, even if on their own time, except when teaching; II. Give the perception, in any shape or form, that they will benefit in any manner from a claim, or that they will receive fees or contributions of any type from any individual or from public or private entities; III. Participation in partisan political activities; IV. For a period of three years after retirement or resignation, they may not exercise any advocacy role at the court where they previously sat. See Constituição Federal [C.F.] [Constitution] art. 95 (Braz.).

⁶³ See generally ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: **crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, *supra* note 62.

a case where a first-tier judge exercises jurisdiction over the legality of administrative acts of a second-tier court to which he or she is tied, or in a case where the first-tier judge may decide questions that impact interests of members of the same court.

6. THE NEED FOR COUNSEL IN ADMINISTRATIVE COURTS

The presence of a lawyer in administrative courts is a necessity and it should be considered a duty of the state to guarantee adequate counsel. This is true for administrative authorities themselves, which need professional legal representation. The complexity of public law cases make lawyers in administrative courts necessary. To fulfill the state's duty to guarantee adequate counsel, the state must provide the benefit of free legal assistance to those who are unable to afford a lawyer.⁶⁴

In Brazil, although the presence of a lawyer is optional only in small claims courts (*juizados especiais de pequenas causas*), in practice, a party to a case always has access to counsel, even if that counsel is an employee of the Judiciary itself. Free legal services (lawyer's fees and expenses) have been widely available and effectively used in administrative jurisdictions.⁶⁵

7. COGNIZABLE CLAIMS AND THE SCOPE OF JUDICIAL REVIEW

Administrative jurisdiction will have to be full in the sense being capable of fully implementing individual rights, as alleged, and therefore to correspond, if necessary, to a declaration, annulment, order to do or not do something, to pay, including by means of emergency judicial decisions, or forced execution.⁶⁶ Effective judicial functioning and Rule of Law depend on this extensive authority limited only by the principle that the Judiciary cannot impose upon administrative authorities obligations to act, to apply punitive or coercive fines (civil or criminal contempt of court), or even expropriate or impose liens on non-essential public assets.⁶⁷ Effective administrative jurisdiction must be conditioned on being in the public interest, properly alleged and proven, so

⁶⁴ See Model Code for Administrative Processes *supra* note 63, at arts. 32, 33 and 34. The duty of the state to provide counsel in the United States is far more limited. In *Turner v. Rogers*, 131 S. Ct. 2507 (2011), the Supreme Court held that "the Due Process Clause does not *automatically* require the provision of counsel at civil contempt proceedings to an indigent individual who is subject to a child support order, even if that individual faces incarceration (for up to a year)(emphasis in original)." 131 S. Ct. at 2520. In determining whether the appointment of counsel is mandated by the Sixth Amendment in civil proceedings, courts consider "(1) the nature of 'the private interest that will be affected,' (2) the comparative risk of an 'erroneous deprivation' of that interest with and without 'additional or substitute procedural safeguards,' and (3) the nature and magnitude of any countervailing interest in not providing 'additional or substitute procedural requirement[s].'" *Id.* at 2518-19 (citation and internal quotation marks omitted).

⁶⁵ See Constituição Federal [Constitution] art. 5, LXXIV (Braz.); Lei No. 1.060, de 5 de Fevereiro de 1950, D.O.U. de 13.02.1950 (Braz.).

⁶⁶ See Model Code for Administrative Processes *supra* note 63, Explanatory Memorandum.

⁶⁷ See *Id.*

long as guarantees of due process are observed and compensatory means to the interested party are provided.

In this regard, Brazilian law has evolved considerably. The Code of Civil Procedure, applicable to administrative jurisdictions, permits filing any kind of claim against administrative authorities. Additionally, under Brazilian law, courts can issue emergency relief through preliminary injunctions and, where necessary, payment of a sum in cash consistent with Supreme Federal Tribunal (*Supremo Tribunal Federal / STF*) precedents.⁶⁸ The greatest difficulty, however, lies in the practice of administrative authorities not complying with enforcement measures. They avoid compliance simply by alleging that emergency relief is against the public interest, asking for suspension of the preliminary order (*suspensão de liminar*) or suspension of the judgment (*suspensão de sentença*), which do not allow for any opposition to be filed.⁶⁹ Such allegations do not comply with the rules of adversarial proceedings.

The notion that certain public acts are excluded from judicial review is still present in the culture of some systems. There is no longer, however, justification for a special category of such acts that is different from the rest of those emanating from administrative authorities.⁷⁰ It is undeniably a myth that judicial review of political content of public acts is impossible. The issue deserves to be revisited from the perspective of fundamental principles of the role of administrative jurisdiction, in parallel with that of constitutional jurisdiction.

The civil law tradition of judges serving as a “mouthpiece of the law” (*Bouche de la Loi*) is no more than a rhetorical flourish in Brazil.⁷¹ Constant litigation in various spheres of the Brazilian Judiciary regarding whether administrative acts fall within the authority granted by the administrative authority’s governing statute, or conform to the Brazilian Constitution’s social policy requirements, particularly healthcare policy, exemplifies that no act emanating from the public sector can be considered immune from judicial review.⁷²

Judicial review of administrative acts should cover not only questions of the form and content of the administrative act in question, but also administrative discretionary

⁶⁸ See S.T.F.-2, AI 59.7182, Relator: Cezar Peluzo, 6.11.2006 available at: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390282> (Braz.).

⁶⁹ See Lei No. 8.437, de 30 Junho de 1992, art. 4, D.O.U. de 01.07.1950 (Braz.).

⁷⁰ See WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito administrativo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. See also ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3d ed. Madrid: Civitas, 1995.

⁷¹ See generally SADEK, SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

⁷² See S.T.F., AR.SL. No. 47 (STA No. 175), Relator: Justice Gilmar Mendes, 17.03.2010, DIÁRIO DA JUSTIÇA [D.J.], 30.4.2010 available at: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254> (Braz.).

powers when the exercise of such power exceeds limits allowable by law. Such an abuse of discretionary powers occurs where its exercise diverges from the administrative authority's purpose or offends fundamental rights or principles, such as equality, legal certainty, legitimate expectations, proportionality and reasonableness.⁷³

Above all, in this context, what is expected of the administrative authority is ethical behavior consistent with the Rule of Law, with emphasis on the respect for fundamental rights, following the principles of administrative law, among which the following are highlighted: the principle of legality, the principles of proportionality and reasonableness, the principle of equal treatment, the principles of legal certainty and legitimate expectations, and the principle of due process (fair hearing and adversarial proceedings).

8. THE PRINCIPLE OF LEGALITY

The principle of legality contemplates the submission of the administrative authority to the requirements of law. The inclusion of the principle of legality in administrative procedure laws reinforces the supremacy of the law. As stated in the Peruvian law of administrative procedures: "Administrative authorities should act with respect for the Constitution, enacted law, and general legal principles, within the powers allocated to administrative authorities, and in accordance with the purposes for which [those powers] were conferred."⁷⁴

Moreover, it is important to emphasize that administrative authorities must ensure not only the legality or constitutionality of their actions, but also that such actions conform to international conventions to which Brazil is a party. Consistent with this need to emphasize administrative actions' conformity with international conventions, administrative authorities may face situations where they are authorized to disobey legislation or administrative rules that the administrative authority considers contrary to international convention or unconstitutional, but which would normally bind the administrative authority. This authorization to disobey legislation or administrative rules is subject to the caveat that the administrative authority does not violate the principle of hierarchical subordination. The principle of hierarchical subordination means that controlling authorities must be looked to for any declaration of unconstitutionality or non-conformity with any international convention.⁷⁵ In the absence of explicit

⁷³ See Model Code for Administrative Processes *supra* note 63, at art. 25.

⁷⁴ See Ley del Procedimiento Administrativo General/ No. 27.444, de 10 de Abril de 2001, art. IV, 1.1. The original Spanish quotation reads "*Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.*" ["Administrative authorities should act with respect for the Constitution, the law and the right, within the powers that are allocated in accordance with the purposes for which they were conferred."].

⁷⁵ Henrique Miranda Savonitti points to the doctrinal controversy in Brazil over the possibility of administrative authorities simply refusing to enforce unconstitutional laws or administrative rules. In favor: Carlos Maximiliano; Francisco Campos, José Celso de Mello Filho; Caius Tacitus; Manoel Gonçalves Ferreira Filho; Miguel Reale; Hely Lopes Meirelles. Cons: Celso Antonio Bandeira de Mello, Gilmar Ferreira Mendes; Zeno Veloso (MIRANDA,

legislative or constitutional provisions, it is the duty of the administrative authority to effectively apply for a decision on questions of unconstitutionality or non-conformity with international conventions and not to refrain from doing so in the hope that there will be some national or international legal intervention.

Concerning the absence of national legislation on determinations of conformity or non-conformity with international conventions, the Inter-American Court of Human Rights ruled, *litteris*:

Regarding Judicial practices, the case law of this Court has recognized that judges and domestic courts are subject to the Rule of Law and, therefore, are obliged to apply the provisions of existing law. However, when a State has ratified an international treaty such as the American Convention, its judges, as part of the state apparatus, will also be subjected to it, which obliges them to ensure that the effects of its provisions are not affected by the application of laws contrary to its objective and purpose, which from the start would lack any legal effect.

In other words, the Judiciary must exercise - ex officio - a control of the meaning of a convention, considering internal standards and the American Convention, obviously keeping in mind the appropriate competencies and corresponding procedural regulations. In this task, the Judiciary should take into account not only the Treaty but also its interpretation by the Inter-American Court, the final arbiter of the aforementioned Convention.

Thus, it is necessary that the interpretations of a constitutional and legal nature regarding the material and personal competency of military jurisdiction in Mexico are appropriate vis-à-vis the principles established in the jurisprudence of this Court, which have been reiterated in this case. In this light, this Court does not consider it necessary to order the modification of the normative content that regulates Article 13 of the Political Constitution of the United Mexican States.⁷⁶

9. THE PRINCIPLES OF PROPORTIONALITY AND REASONABLENESS

Brazilian legal doctrine views the principles of reasonableness and proportionality as a single concept. According to Bandeira de Mello:

Strictly speaking, the principle of proportionality is simply a facet of the principle of reasonableness. It deserves special consideration in order to have a better understanding

Henrique Savonitti. Bids and contracts. Brasília: National School of Public Administration, 2004. I believe there is no controversy, however, concerning the possibility of bringing a claim of unconstitutionality before the appropriate organ that has jurisdiction to assert unconstitutionality before the Brazilian Supreme.

⁷⁶ See Radilla Pacheco vs. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 209 (Nov. 23, 2009) available at: http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_209_esp.pdf.

*the specific problems that may arise under the guise of the disproportionality of an act. This will help us identify possible judicial remedies based on proportionality. Since it is a specific aspect of the principle of reasonableness, it is understood that its constitutional roots are the same.*⁷⁷

Although both principles are referred to in Art. 2 of Law No. 9.784/98, only proportionality is mentioned explicitly, in the following terms: “an alignment between means and ends, wherein obligations, restrictions, and sanctions greater than strictly necessary to meet the public interest are prohibited.” (Article 2, VI). Note that the principle of proportionality, in the legislation, is tied to “public interest,” and will naturally be used alongside the principles of equality, good faith and protection of legitimate expectations when exercised by a discretionary administrative power.

10. THE PRINCIPLE OF EQUAL TREATMENT

The Judiciary should respect the principle of equal treatment, that requires like treatment for those in like circumstances. Certain legal instruments are rooted in this principle, for example: class actions, binding precedents, and model proceedings (*Musterverfahren*)⁷⁸. These instruments help guarantee broad access to justice, the reduction of redundant lawsuits, and the merging of cases that deal with the same legal questions. Nonetheless, when referring to public law cases, where administrative behaviors or actions of general applicability are in question, equal treatment arising from judicial proceedings is doubly necessary. This is principally by reason of the duty of the administrative authority to treat equally those affected by non-adjudicatory actions taken by the administrative authority.⁷⁹

It would be contrary to the principle of equal treatment if administrative action of general applicability had a different impact on some only because others were willing to go to court. Such a situation would ensure that the Judiciary’s decisions would contribute to a break with the principle of equal treatment. At the same time, however, the principle of equal treatment should not deter recognition of individual rights. The Judiciary cannot be associated with an outcome that defeats the principle of equal treatment. On the other hand the principle of equal treatment cannot be used to justify the denial of individual rights. Indeed, granting a citizen a right that could also be

⁷⁷ See MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 107-08.

⁷⁸ See VwGO, Jan. 21, 1960, BGBl 686, § 93a available at: http://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/_93a.html (Ger.).

⁷⁹ See generally PERLINGEIRO, Ricardo. **O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde**. IN: NOBRE, Milton; SILVA, Ricardo Dias (coord.). *O Conselho Nacional de Justiça e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 229-441 (2011) (discussing the principle of equal protection before the law in individual and collective legal cases, and other means of conflict resolution, before the SUS and private health plans).

extended to all who were in the same situation, without actually doing so, undermines the idea of equal treatment. The error, however, lies in an administrative authority not extending this benefit, not in the Judiciary's recognition of the right.⁸⁰

One of the greatest challenges of contemporary administrative law is the lack of uniformity of administrative decisions pertaining to interested parties that find themselves in the same factual circumstances. This situation encourages redundant claims, particularly in the Judiciary, and potentially undermines legal certainty. Some systems in Europe have found it hard to apply the principle of equal treatment to administrative decisions, and few studies exist on the subject.⁸¹

According to the Model Administrative Procedures Code for Ibero-America, the concept of equal protection before the law pertaining to administrative authorities should be such that when:

...the underlying issue in an individual claim concerns the legal effects of administrative action of general applicability, the outcome of the conflict must now address the interest of the community that this action effects, and therefore the solution must come from a single administrative decision, with erga omnes effect.⁸²

Therefore, legal agreements involving administrative rules or actions of general scope necessarily affect all those who find themselves in the same factual circumstances, even though they might not have participated in these agreements.⁸³

11. PRINCIPLES OF LEGAL CERTAINTY AND LEGITIMATE EXPECTATIONS

The principle of legal certainty should serve as a check on administrative authorities' powers of self-governance. The annulment of administrative decisions or rules that are beneficial to citizens, but are of an illegal nature, can occur within the administrative authority itself. In such a procedure the administrative authority repeals a rule or decision after providing an adequate avenue for appeal in fulfillment of due process rights of citizens impacted by the repeal. Both subjective and objective considerations are taken into account in determining the propriety of repealing an invalid act. The

⁸⁰ See TRF-2, No. 201102010109190, Relator: Judge Ricardo Perlingeiro, 13.2.2012 (Braz.).

⁸¹ See FROMONT, Michel. **Droit administratif des Etats européens** [Administrative Law of the European states] 253-56, (2006) (stating "*L'existence du principe d'égalité dans le droit administratif ne fait l'objet d'aucune hésitation dans les divers pays étudiés. Certes le droit britannique a longtemps préféré parler de rationalité et de cohérence plutôt que d'égalité, même si les solutions concrètes étaient pratiquement les mêmes; mais depuis une vingtaine d'années, le principe d'égalité est ouvertement appliqué par le juge britannique.*" ["The existence of the principle of equality in administrative law been no hesitation in the various countries studied. Although the law has long preferred to speak British rationality and consistency rather than equality, even if concrete solutions were almost the same, but the last twenty years, the principle of equality is applied openly by British judges"]).

⁸² See Model Code for Administrative Processes *supra* note 63, at art. 5.

⁸³ See Model Code for Administrative Processes *supra* note 63, at arts. 19e, 20.

objective consideration is a fixed statute of limitation within which administrative authorities may repeal invalid, but beneficial, acts. The statute of limitation, however, is not a limit in cases where the administrative act is in bad-faith. The subjective consideration is that an administrative authority may repeal an invalid, but beneficial act when such a repeal would no longer constitute a breach of trust of interested parties.⁸⁴

The principle of legitimate expectations, coupled with the subjective element of good-faith, based on fundamental rights, and derived from legal certainty and the Rule of Law, are factors that guide German legislation, according to which:

*An unlawful administrative act which provides for a one-time or continuing payment of money or a divisible material benefit, or which is a prerequisite for these, may not be withdrawn so far as the beneficiary has relied upon the continued existence of the administrative act and his reliance deserves protection relative to the public interest in a withdrawal. Reliance is in general deserving of protection when the beneficiary has utilized the contributions made or has made financial arrangements which he can no longer cancel, or can cancel only by suffering a disadvantage which cannot reasonably be asked of him.*⁸⁵

In addition to the previously mentioned cases, once the invalid act is repealed based on public interest considerations there should be an assessment of damages that result from the harm caused by the interested party's trust in government institutions.⁸⁶ Intentional misconduct, duress, corruption, knowledge of invalidity of acts (bad-faith), gross negligence by the interested party, or by basing the act on inaccurate or incomplete facts may harm trust in Government.⁸⁷ As such, when validation is based on the lapse of time (e.g. One year from the date of notice of the invalid act), concern over trust in Government is less relevant. However, there are exceptions that remain in cases of intentional misconduct, duress or corruption.⁸⁸

Forstthoff, under German law, only two situations are possible when undoing administrative acts: cancellation (invalidating an act that has harmful effects) and revocation (invalidating an act generating favorable effects). In principle, a fully voluntary, or "free" revocation is never appropriate, except in cases where the illegal act is contrary to basic concepts of justice, such as in cases of willful misconduct or when revocation is based on changed circumstances of fact and law.⁸⁹

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ See *Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVfG]* [German Administrative Procedures Act], May 25, 1976, § 48(2) (Ger.).

⁸⁶ See *Id.* at § 48(3).

⁸⁷ See *Id.* at §§ 48(2)48(3).

⁸⁸ See *Id.* at § 48(4).

⁸⁹ See FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. München: Beck, 1958.

In French administrative law, the principle of legal certainty is associated with the principles of non-retroactivity and respect for acquired rights (legally intertwined concepts). In cases of changes to a stable, yet illegal, status quo the French administrative authority reconciles the principles of legal certainty with the "obligation to restore a situation according to the law." French administrative law does so by allowing *contra legem* "rights" to be undone, but only as long as the statute of limitation for such changes has not expired.⁹⁰ This is the objective logic of French law.

In British law, legal certainty is related to the protection of legitimate expectations. The governing philosophy being that administrative authorities should not mislead interested parties. When dealing with cases of illegal acts that create a status quo, however, English law can be more severe than French law by precluding the possibility of *contra legem* rights.⁹¹ European administrative law, however, which increasingly influences European national systems, gives preference to the principle of legitimate expectation as conceived of in Germany.⁹²

Brazilian Law No. 9.784/99, partially contradicting Precedent No. 473 of the Supreme Federal Tribunal ("The administrative authority may annul its own acts, when riddled with flaws that make them illegal, because rights do not originate from them . . ."), incorporated into law the French objective conception of legal certainty, along with German subjectivity, and the principle of legitimate expectations. This hybridization occurred in two regards: (1) A statute of limitation that precludes administrative authorities from annulling acts with favorable effects after five years (except in cases of bad-faith); and (2) the possibility of validation of acts with flaws that do not result in harm to the public interest or to parties with an interest in the case.

The absence of bad-faith (equivalent to the absence of willful misconduct) and the expiration of the statute of limitations justify the validation of acts with favorable effects that are contrary to law and designated as voidable. This rule is set out in art. 54 of Law No. 9.784/99 which states that, "The right of the administrative authority to annul administrative acts which have favorable effects for the beneficiaries fails five years from the date the acts were enacted, unless bad-faith can be proven"). The Brazilian rule is consistent with the German treatment of the subject (VwVfG, § 48, number 4).

Under the provisions of art. 55 of Law No. 9.784/99 ("In decisions where there is no evidence of harm to the public interest or to third parties, acts that have repairable flaws can be validated by the administrative authority itself"), the validation of illegal acts always depends on the absence of harm to the public interest. It should be

⁹⁰ See FROMONT, Michel. *Droit administratif des Etats européens*. Paris: Presses Universitaires de France – puf, 2006, p. 261-69.

⁹¹ See *Id.* at 268.

⁹² See SIRINELLI, Jean. *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union Européenne*. Paris: LGDJ, 2011, p. 499.

emphasized that the public interest should not be confused with the interests of the administrative authority. Despite this lack of clarity in the law, however, the validation should be limited to when it is necessary to serve the interest of those who rely upon the act based on the interested party's trust in Government. The interested party's trust is evident when, given the circumstances, a reasonable person would believe in the stability of the administrative act. As a result, the Brazilian rule has a direct relationship with the principle of legitimate expectations as conceived in the German tradition (Vw-VfG, § 48, numbers 2 and 3).

With respect to the protection of acquired rights as a barrier to revocation of administrative acts in art. 53 of Law No. 9.784/99, it seems clear that, under normal conditions, administrative authorities do not revoke legal acts that create rights. The legal provision only makes sense if "revocation" is understood according to the German perspective in which the term "revocation" applies to the undoing of an illegal acts that have favorable effects. Therefore, the only barrier to revocation of administrative acts would be "acquired rights" that arose from the favorable effects.⁹³ The above-mentioned provision could also be interpreted, in the French tradition that emphasizes the existence of two categories of administrative decisions, those that generate rights and those that do not generate rights (such as those resulting from police powers). Only regarding the latter can subsequent events lead to the annulment of the act.⁹⁴

In this context, I find acceptable the interpretation in Brazil that, so long as there is no harm to the public interest, favorable effects of invalid acts should be safeguarded and unfavorable effects terminated. Additionally, there must be compensation for damages caused by a reliance on administrative acts based on trust placed in an administrative authority. Ultimately, if there is no willful misconduct, and the five years statute of limitations expired, not only is the favorable status quo preserved, the unlawful administrative act is validated.

12. THE PRINCIPLE OF DUE PROCESS (FAIR HEARING AND ADVERSARIAL PROCEEDINGS)

Administrative hearings must come first, in order to elaborate the specific and restrictive effects of an administrative act on rights and interests. It is important to note that the possibility of a fair administrative appeal (*a posteriori*) challenging the administrative act does not eliminate the duty of holding administrative hearings prior to the implementation of the act. The prior administrative hearing is one of the constituent elements of the administrative act.

In that respect, the requirement of a fair hearing and adversarial proceedings in administrative process must include not only the right to be heard (i.e., one's "day in

⁹³ See FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. München: Beck, 1958, p. 359 - 363.

⁹⁴ See FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. München: Beck, 1958, p. 266.

court") or the right to produce evidence, but above all other rights, the right to have a well-founded decision rendered in public that considers the findings of fact and law raised by the parties.⁹⁵ In this sense, the jurisprudence of the Federal Constitutional Court of Germany (*Bundesverfassungsgericht*) has influenced the Supreme Federal Tribunal. Therefore, the requirement of a fair hearing and adversarial proceeding involves not only the right to express oneself and the right to information, but also the individual's right to see a court address their arguments.⁹⁶

What seems obvious, is currently the subject of much resistance on the part of Brazilian administrative authorities themselves. I will use as examples two model cases that are referenced frequently in Brazilian courts. One involves individual administrative acts, the other relates to general administrative acts.

12.1 Garnishment of public servant's wages

The first case involves the garnishing of the wages of public employees to recover undue payments, based on Law No. 8.112/29,⁹⁷ without guarantee of a prior administrative proceeding.

The idea that administrative authorities, in order to collect a debt, have the power to garnish the wages of their own employees without observing judicial due process is based on an outdated, late-nineteenth century idea of the so-called "special relationship to power." This idea provided that public servants, in order to satisfy their claims based on the ties with the state, were subject to special statutes or rules that were not governed by the principles of fundamental rights, legal rights, and legal certainty.⁹⁸ This principle leads to modern statements that "the public servant has no acquired right to a statutory regime."⁹⁹

These special relationships in public law, constitutionally recognized, were characterized by their internally binding regulations.¹⁰⁰ This created a separate legal regime in which fundamental rights that exist outside the administrative authority gave

⁹⁵ See Model Code for Administrative Processes *supra* note 63, . Explanatory memorandum.

⁹⁶ See S.T.F.-MS, No. 25.787-3/DF, Relator: Justice Gilmar Mendes, 14.09.2007 available at: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=486706> (Braz.). These principles are familiar in the United States. In *Morgan v. United States*, 304 U.S. 1, 19 (1938), the Court discussed how, in administrative proceedings, "the requirements of fairness are not exhausted in the taking or consideration of evidence, but extend to the concluding parts of the procedure as well as to the beginning and intermediate steps."

⁹⁷ See Lei No. 8.112, art. 46, de 11 de Dezembro de 1990, D.O.U. de 19.04.1991 (Braz.).

⁹⁸ See MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: Beck, 2006, p. 195.

⁹⁹ See S.T.F.-AI, No. 641-911-8, Relator: Justice Carmen Lúcia, 8.9.2009, DJe 1.10.2009 available at: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603416> (Braz.); S.T.F.-RE, No. 116.683, Relator: Justice Celso de Mello, DJ 13.3.1993 (Braz.); S.F.T.-AI, No. 685-866-AgR, Relator: Justice Ricardo Lewandowski, 22.5.2009 available at: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593889> (Braz.).

¹⁰⁰ See generally MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982.

way to internal regulation. The applicability of this limited separate legal regime for public servants had the force of law (such as with compulsory military service) or the public servant's voluntary submission to the legal regime (such as with civil servants who, by choosing a career in an administrative authority, opt for a differentiated legal regime).

At the same time it was said in Germany that a teacher could “unceremoniously, detain and imprison the negligent student,”¹⁰¹ meaning that citizens who leave civil society and enter organizational institutions of the state are similarly situated.¹⁰² This view, linked at the time to a Rule of Law that existed in theory only, has since been discarded. In Germany, the definitive break with this notion that special relations to power created spaces that operated outside of the law, occurred with a Federal Constitutional Court ruling on March 14, 1972, which stated that fundamental rights also apply to administrative decisions.¹⁰³

Accordingly the Judiciary ought not to enter into internal affairs of the administrative authority. It must respect the statutes, policies and regulations that, for example deal with matters of internal choice of a director of a public university (university autonomy) or even of a tribunal, since conflicts of this nature are extinguished internally and logically there are no individual rights to judicially vindicate, properly speaking.

These considerations lead to the assertion that the Judiciary should not interfere with the *interna corporis* affairs of a public entity and must respect its internal regulations, rules, and regulations. For example, the Judiciary should not interfere with the internal selection criteria for a president of a public university, or even selection criteria of members of a university adjudicatory body. This is because the effects of a selection process of this nature are strictly internal, and of course, there are no individual rights to protect judicially. The same is true with respect to the administrative structure of the legislature (elections to committees, etc.).

If a public employee were to claim that his or her individual rights were violated, however, the claim, even when arising directly from his or her link to the administrative authority, should be within the scope of fundamental rights considerations. Contrary to what was thought in the past, the public servant is not the object of the above mentioned “special powers” but remains a right holder.¹⁰⁴

¹⁰¹ See JELLINEK, Walter. *Verwaltungsrecht*. Berlin: Julius Springer, 1931; MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: Beck, 2006, p. 195.

¹⁰² See WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito administrativo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 111.

¹⁰³ See Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BverfGE] [Federal Constitutional Court] March 14, 1972, 33 BverfGE 1 (Ger.).

¹⁰⁴ See WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito administrativo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 111.

12.2 The principle of a fair hearing in decisions of Brazil's Federal Audit Tribunal

The second case concerns prior administrative proceedings as a condition precedent to Federal Audit Tribunal administrative decisions.

For many years in Brazil there was a notion that there was no reason to give interested parties a hearing before the Federal Audit Tribunal in order to preserve the rights of interested parties to a hearing before the court.¹⁰⁵ This notion is based on the assumption that, since the proceeding was exclusively directed at the administrative authority, this was simply an internal check on the legality of the administrative authority. If this assumption were correct, the interested party could defend his rights directly before administrative authorities. In reality, however, the administrative authority, guided by the principle of hierarchical subordination, would never be able to go against the views expressed by the audit tribunal and its rights would be mere formalities without any practical effect. In reality the right of defense would be merely ceremonial.

In 2007, the Supreme Federal Tribunal issued Binding Precedent No. 3 (*Súmula Vinculante* 3), holding that: "In proceedings before the Federal Audit Tribunal, fair hearing and adversarial proceedings are guaranteed when a decision can result in the annulment or revocation of an administrative act that benefits the interested party [...]"¹⁰⁶ However, the Federal Audit Tribunal itself, in interpreting this binding precedent, decided that

It is not the responsibility of the TCU [Brazil's Federal Audit Tribunal] to establish adversarial proceedings for all affected by generic rulings of the Tribunal — issued in the exercise of its constitutional authority that requires strict compliance with the law.¹⁰⁷ This is due to the fact that generic decisions of the TCU do not contemplate concrete, individual situations; therefore a specific actor is not required to appear at hearings.¹⁰⁸

As previously stated, any administrative hearing must be characterized by fair hearing and adversarial proceedings of sufficient scope to legitimize acts that will have an

¹⁰⁵ The Federal Audit Tribunals are comparable to the United States' administrative tribunals in that both are a part of the Executive branch rather than the Judiciary.

¹⁰⁶ See S.T.F., No. 31/2007, 30.05. 2007, 1 available at: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0003vinculante.htm (Braz.).

¹⁰⁷ See Tribunal de Contas da União [Federal Audit Tribunal], No. 2.553/2009, Relator: Justice José Jorge, 4.11.2009 (Braz.).

¹⁰⁸ This is similar to the U.S. Supreme Court's decision in *Bi-Metallic Investment Co. v. State Bd. of Equalization*, 239 U.S. 441, 445 (1915) where the Court articulated that "[w]here a rule of conduct applies to more than a few people, it is impracticable that everyone should have a direct voice in its adoption . . . Their rights are protected in the only way that they can be in a complex society, by their power, immediate or remote, over those who make the rule . . . no one would suggest that the 14th Amendment was violated unless every person affected had been allowed an opportunity to raise his voice against it before the body intrusted [sic] by the state Constitution with the power."

impact the parties' private interests. By the very essence of the administrative proceeding, only individual administrative acts and decisions are consistent with the prior right to a fair hearing. One must recognize that when it comes to composition of general acts, concrete acts, abstract acts, or the general effects of individual acts, administrative procedure must make available the so-called deferred or postponed adversarial proceedings. In such cases, due to the inability to summon parties to defend their interests, deferred or postponed adversarial proceedings are replaced by a *consulta popular* (public hearing), as provided for in arts. 31 and 32 of Law No. 9.784/1999 (similar to other Latin American public hearings such as those of Costa Rica, Peru, Mexico and Venezuela).¹⁰⁹

Furthermore, it should be emphasized that subsequent to the public hearings the interested party is guaranteed the right to initiate a new administrative hearing. In this new administrative hearing there is every opportunity to mount a full defense in order to stave off the effects of the individual act of the earlier administrative hearing in which other entities were able to participate through hearings and public consultations.

Lastly, it is important to remember that questions of general interest may not be decided by an administrative authority inferior in the hierarchy to the administrative authority whose act gave rise to the claim. The responsibility of dealing with these issues of general interest falls to the authority with the powers of self-governance ample enough to internally correct the core issue raised by the interested parties. Thus, if the claim involves a declaration of illegality of an administrative act, only the administrative authority itself with the jurisdiction to annul the act, or an authority higher than it can preside over the proceeding. Lower administrative authorities that annulled an administrative act of a higher authority would be subject to a penalty for contempt or administrative insubordination.

Therefore, the audit tribunals must refrain from delegating to an administrative authority the guarantee of a fair hearing and adversarial proceedings. Instead, the audit tribunals must themselves conduct the administrative hearings involving individual challenges to its decisions in matters where the underlying issues are of general

¹⁰⁹ See BREWER-CARIAS, Allan. **Principios del procedimiento administrativo en América Latina**. Caracas: Legis, 2003, p. 98 – 99. In France, the participation of interested parties in decision-making of a collective interest has been a difficult debate, undertaken by the *Commission Nationale du Débat Public* (National Commission of Public Debate), which now has the status of independent administrative authority, whose task it is to strengthen popular participation in the development of urban projects of economic and environmental repercussions. POCHARD, Marcel. **La Administración Pública y la protección de los derechos fundamentales**. In: Memories:- Seminario Franco-Colombiano sobre la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 2008. See also FROMONT, Michel. **Droit administratif des Etats européens**. Paris: Presses Universitaires de France – puf, 2006, 220 – 221. British law has invested the most in public procedures through public hearings: “Undoubtedly, this is the British law that gave more importance to public procedures that are called public inquiries. What characterizes the surveys is that they start by advertising measures allowing all interested persons to take part in hearings which are then organized in a quasi-adversarial court, but shall in principle concern the factual situation of the territory concerned, which then allows the competent administrative authority to take account of the objectives that go beyond the strict territorial” *Id.* at 220.

interest. In so doing the audit tribunals would ensure the fullest guarantee of due process, subject to the caveat that the favorable effects of the ultimate decisions would necessarily extended to all those similarly situated.¹¹⁰

13 THE REALITY OF BRAZIL'S ADMINISTRATIVE AUTHORITIES

In my opinion, Brazilian administrative law, with its structure, judges, and standards and principles of judicial due process, is consistent with the fundamental principles of effective judicial functioning and the Rule of Law. This assessment also extends to Brazilian procedural law governing hearings within the administrative authority.

Despite this consistency, there is a widespread notion in Brazilian society that administrative authorities do not respect individual rights.¹¹¹ Additionally, there is a general belief that the Judiciary is slow and unable to respond adequately to the challenges it faces.¹¹² In fact, statistics indicate that the number of claims against administrative authorities is increasing.¹¹³ In proportion to the increased number of claims,

¹¹⁰ See, e.g., Resolução Administrativa No. 15, de 15 de Junho de 1993, D.O.U. 9.12.2003 arts 161, 281 (Internal Rules of the Court of Accounts) (Braz.).

¹¹¹ The claims arising from the legal relationships governed by public law, wherein the plaintiffs or defendants are public authorities, represent an absolute majority of cases pending in courts. See **Justiça em Números** [Justice in Numbers], Conselho Nacional de Justiça available at: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros> (Braz.). The "Justice in Numbers" project seeks to expand the knowledge processes of the Judiciary through the collection and systematization of data and calculating statistical indicators capable of profiling the performance of the courts. *Id.* In the specific case of this study, it is important to obtain a profile of claims, seeking to understand government participation in lawsuits, as well as litigiousness, new cases, the workload of judges, backlogs, external and internal rate of appealability, and rate of amended decisions. *Id.* According to data collected by CNJ in the base year 2009, public authorities in Federal Court of the 1st degree were named in a total of 3,458,831 new cases. *Id.* This includes five regional courts, federal lawsuits filed by the Union, municipalities, foundations and corporations, federal, and public agencies in the states, municipalities and the federal district. *Id.* The Government was sued for a total of 2,580,232 claims in courts of the first degree. *Id.* In the 2nd degree, it sued a total of 740,818 times and was sued directly 676,966 times. *Id.* In state courts, the public sector was a plaintiff a total of 4,126,159 times, although, as stated on the website, some states did not have the data available, so that we conclude that the actual result is higher than asserted. *Id.* First and 2nd degree courts are included in those numbers. *Id.* And a total of 1,134,963 claims were filed against the Government in 2009 in state courts. *Id.*

¹¹² MATUSUURA, Lilian. **Para brasileiro, Justiça é lenta, cara e parcial.** DISPONÍVEL EM: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-22/brasileiro-poder-judiciario-lento-caro-imparcial>. Acessado em: 16 de Abril de 2013.

¹¹³ This statement is backed by a survey conducted by the National Council of Justice's Judiciary Research Department, which identified the top 100 parties in state, federal regional, and labor courts. It demonstrated that Brazil's National Social Security Institute (INSS) accounts for over a fifth of the total cases. The Federal public sector is the lead litigator with a total of 38.5% cases, followed by the State, at 7.8%, and municipalities at 5.2%. Taken as a whole, administrative authorities represent a total of 51.5%. This represents a greater number of claims than the country's next 80 largest litigants, including the entire banking and telecommunication industries. Data available at: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Accessed: June 3, 2011 (de MORAES, Andre Cardoso Vanila. **Redundant claims arising from actions or omissions of Administrative Authorities: hypotheses for solutions and the need for public procedural law based on the Constitution.** 2011. 231 f. Dissertation (Master of Administrative Justice) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, 2011).

the length of time to complete a judicial proceeding has increased.¹¹⁴ Paradoxically, however, the judicial structures have grown in size, with a corresponding increase in costs.¹¹⁵ These symptoms indicate something is not functioning well. Indeed, there is a gap or lag in time between Brazilian legislation and the reality of the country's administrative authorities.

I have tried to show that most conflicts arise as a result of resistance by administrative authorities, sometimes resulting from a lack of knowledge, to comply with the fundamental principles specified in the backbone of administrative law: the procedural laws governing hearings within the administrative authority. Today, 15 years after the issuance of the General Law on Procedure within Administrative Authority (Law No. 9784), and 25 years after the ratification of the country's Constitution, we still see vestiges of a time when administrative acts were imposed without allowing for fair hearing and adversarial proceedings. Also, the widespread lack of training of public servants has become common knowledge. Recently, when the country's new access to information law went into effect, this lack of training made the news. The newspapers, including those of the government itself, reported that when asked about the new law many public servants responded: "What access law is that?"¹¹⁶

14. CLOSING THOUGHTS

Given an administrative culture and mentality in many ways rooted in the past, it would be premature and even rash to immediately increase the power of administrative

¹¹⁴ "(...) even with improved management, the 2nd instance of the federal courts, especially the Federal Court of the 1st Region, has been unable to shorten the time of trials for claims. On the contrary, the periods are becoming longer. Irrefutable proof of this is the fact that backlogged cases have remained stable or increased throughout the years, as shown below:

COURT	2004	2009
<i>Tribunais Regionais Federais</i> TRFs (average)	67.1%	67.1%
TRF 1st Region	69.0%	87.2%

Data obtained from the CNJ website and the **Cartilha Novos Tribunais: uma questão de justiça** (New Courts Primer: a matter of justice), commissioned by the Association of Federal Judges of Minas Gerais (AJUFEMG), November 2010. (ASSOCIATION OF FEDERAL JUDGES OF MINAS - AJUFEMG (Brazil). **Cartilha Novos Tribunais: uma questão de justiça**. Minas Gerais: AJUFEMG, 2010. P. 34). Backlogged cases and number of new claims that have not been tried. <<http://www.cnj.jus.br/>>. It should be noted that a significant part of this increase is due to the change in methodology by CNJ, from 2008 to 2009, when calculating the rate of backlog "(de Moraes, op. Cit.).

¹¹⁵ Since 1989 the Federal Court of 1st instance grew 470%, and is now present in more than 214 municipalities. Through Law No. 12.011/2009, more than 230 federal courts were created, scheduled to be operational between 2010 and 2014, bringing the increase to 606% and the number of municipalities to 273. (ASSOCIATION OF FEDERAL JUDGES OF MINAS - AJUFEMG (Brazil). **New Courts Primer: a matter of justice**, op. Cit.).

¹¹⁶ See BRUNO, Cássio; BASTOS, Isabela; CASTRO, Juliana; RAMALHO, Sérgio, **Que lei de acesso é essa?, reage uma servidora**. DISPONÍVEL EM: <http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/5/17/que-lei-de-acesso-e-essa-reage-uma-servidora>. Acessado em 17 de Abril de 2013

authorities to resolve administrative disputes, and restrict or only allow access to courts in a secondary way. In the longer term, however, I recognize that the improvement of so-called “independent administrative authorities” is the most natural solution. Special attention should be afforded to the experience of American administrative agencies, with a view toward an overdue re-approximation of Brazilian and American administrative justice systems.

Therefore, what is required in Brazil, are reforms not only the Judiciary itself or the administrative procedural law (whether supplied by the Judiciary or the administrative authority), but also reforms directed at administrative authorities themselves. These urgently needed reforms would consist of training and qualification of public servants. This training would be technical, but also, and just as importantly, ethical. These reforms would create more efficient administrative authorities that are credible, strong and fortified as a true third branch of government. Brazil requires reforms that lead to an administrative authority that does not hide behind strict legality, comfortable with delegating to the Judiciary the responsibility of recognizing rights based on the Constitution and international conventions. Finally, Brazil needs reform that will result in administrative authorities committed to Rule of Law and which, without relying on the Judiciary, take the initiative to guarantee fundamental rights.

15. REFERENCES

BREWER-CARIAS, Allan. **Principios del procedimiento administrativo en América Latina**. Caracas: Legis, 2003.

BRUNO, Cássio; BASTOS, Isabela; CASTRO, Juliana; RAMALHO, Sérgio, **Que lei de acesso é essa?, reage uma servidora**. Disponível em: <http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/5/17/que-lei-de-acesso-e-essa-reage-uma-servidora>. Acessado em 17 de Abril de 2013.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3. ed. Madri: Civitas, 1995.

FORSTHOFF, Ernst. **Lehrbuch des Verwaltungsrechts**. München: Beck, 1958.

FROMONT, Michel. **Droit administratif des Etats européens**. Paris: Presses Universitaires de France – puf, 2006.

JELLINEK, Walter. **Verwaltungsrecht**. Berlin: Julius Springer, 1931.

MATUQUURA, Lilian. **Para brasileiro, Justiça é lenta, cara e parcial**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-22/brasileiro-poder-judiciario-lento-carro-imparcial>. Acessado em: 16 de Abril de 2013.

MAURER, Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. München: Beck, 2006.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Bids and contracts**. Brasília: National School of Public Administration, 2004.

MORAES, Andre Cardoso Vanila. **Redundant claims arising from actions or omissions of Administrative Authorities: hypotheses for solutions and the need for public procedural law based on the Constitution**. 2011. 231 f. Dissertation (Master of Administrative Justice) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, 2011.

NEUMAN, Gerald L. Habeas Corpus, Executive Detentions, and the Removal of Aliens, 98 **Colum. L. Rev.** 961, 962 n.5, 1998.

PERLINGEIRO, Ricardo. A Justiça Administrativa Brasileira Comparada. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, n. 57, p. 6-18, 2012.

PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. IN: NOBRE, Milton; SILVA, Ricardo Dias (coord.). **O Conselho Nacional de Justiça e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

POCHARD, Marcel. La Administración Pública y la protección de los derechos fundamentales. In: **Memories: Seminario Franco-Colombiano sobre la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa**, 2008.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SIRINELLI, Jean. **Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union Européenne**. Paris: LGDJ, 2011.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. **Direito administrativo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZILLER, Jacques. **Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze**. Paris: Montchrestien, 1993.



Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review

Manifestações de constitucionalismo dialógico na jurisdição constitucional brasileira

VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE*

Universidade Estácio de Sá (Brasil)
vanicevalle@gmail.com

Recebido/Received: 21.10.2014 / October 21st, 2014

Aprovado/Approved: 12.12.2014 / December 12th, 2014

Resumo

O crescimento exponencial da jurisdição constitucional no Brasil está em perfeita sintonia com o mesmo fenômeno no cenário internacional – e tem uma relação direta com muitas características do Texto Fundamental. Analítica (mais de 400 artigos), e com um largo espectro de direitos fundamentais, a Carta Constitucional brasileira provê um ambiente que favorece intensa controvérsia acerca das obrigações do Estado na oferta de bens e serviços públicos, ou mesmo acerca das possíveis tensões que podem surgir entre esses mesmos direitos. A Suprema Corte brasileira enfrenta um número inadmissível de feitos, muitos deles relacionados ao reclamo de não garantia de direitos socio-econômicos. Este cenário conduziu a Suprema Corte brasileira a um experimentalismo na construção de suas próprias decisões, aplicando técnicas que podem ser facilmente associadas com muitas das manifestações das chamadas teorias dialógicas. Todas estas experiências revelam que assegurar direitos socioeconômicos como um objetivo de concretização da justiça exige uma estratégia dialógica no exercício da jurisdição constitucional, de maneira a assegurar implementação graduação, prevenindo a desigualdade. Não

Abstract

The exponential growth in judicial review in Brazil, compared with the international scenery, is not out of tune – and it has a direct relation with many Brazilian constitutional features. An analytical text (with over 400 articles) and a large spectrum of fundamental rights, provide an ambience that favors highly intense controversy about State obligations in providing goods and public services, or even about the possible tensions that may arise between those same rights. The Brazilian Supreme Court faces that unmanageable number of lawsuits, notably related with claims regarding the non-granting of socioeconomic rights. That scenery is leading the Brazilian Supreme Court to some kind of experimentalism in the designing of its own rulings, applying techniques that can be easily associated with many manifestations of the so-called dialogical constitutionalism. All those experiences reveal that granting socioeconomic rights as a distributive justice goal requires a dialogic strategy in judicial review, in order to provide progressive implementation, preventing inequality. Still, those dialogic provisions face serious obstacles related with the menace of a merely symbolic use by the Judiciary and with a path of substitutive deliberation again by the Judiciary leading

Como citar este artigo | How to cite this article: VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40515>

* Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá – UNESA (Rio de Janeiro-RJ). Pós-doutorado pela EBAPE/Rio (Fundação Getúlio Vargas). Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho (Rio de Janeiro-RJ). Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro.

obstante isso, essas providências dialógicas enfrentam sérios obstáculos relacionados à ameaça de um uso meramente simbólico pelo Judiciário, e ainda com uma trajetória de deliberação substitutiva, uma vez mais pelo Judiciário, levando a um reforço da inércia legislativa, ou à alienação da sociedade em relação ao tema debatido, minando a responsabilidade democrática. A adoção de um modelo de constitucionalismo dialógico no Brasil pode ser uma solução adequada para permitir que o sistema alcance o desenvolvimento funcional dos objetivos constitucionais – mas ainda requer uma reflexão teórica mais profunda.

Palavras-chave: jurisdição constitucional – diálogo constitucional – *enforcement* de direitos humanos – equilíbrio e harmonia entre poderes.

to reinforce Legislative inertia, social alienation from the debate and undermining democratic accountability. Adopting a dialogical constitutionalism model in Brazil might be a proper solution to allow its system to reach the functional development of the constitution's goals – but it requires a deeper theoretical reflection.

Keywords: *judicial review – constitutional dialogue – human rights enforcement – checks and balances.*

CONTENTS

Part I - Introduction. **Part II** - The Brazilian Constitution of 1988: a transformative project enforced through judicial review. **Part III** - The Supreme Court as a policy examiner and the need to engage in dialogical strategies. **A)** Establishing dialogue through public hearings. **B)** Establishing dialogue with the Legislative branch through the writ of injunction. **C)** Establishing dialogue with the Legislative branch through modulating the effects of a ruling. **Part IV** - Dialoguing differently: a conversation with the society and with the Legislative. **References.**

PART I – INTRODUCTION

The introduction of dialogical features in judicial review is a strategy that have been pointed as useful in order to overcome the never ending debate about legitimacy of the judicial control of parliament's decision. From the known experiences in Canada¹ and in the countries that integrated the former Commonwealth, going through traditional systems in which judicial supremacy is presented as pillar like in the United States²; adding dialogue to an authoritative decision that fix boundaries to constitutional understanding seems to be, at least in theory, a good idea. Even though the real potential of the existing normative tools applied in various constitutional systems is

¹ Presenting and debating the efficacy of the Canadian model, see HOGG, Peter W., BUSHELL, Allison A. Charter Dialogue between Courts and Legislatures, The (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). *The Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, Canadá, s.n., p. 75-124, 1997; MANFREDI, Christopher P., KELLY, James B.. Six degrees of dialogue: A response to Hogg and Bushell. *The Osgoode Hall Law Journal*, v. 37, n. 3, Canadá, s.n., p. 513-527, 1999; HOGG, Peter W., THORNTON, Allison A.. Reply to Six Degrees of Dialogue. *The Osgoode Hall Law Journal*, v. 37, n. 3, Canadá, s.n., p. 529-536, 1999. The same authors revisited the original presentation of the dialogical model in: HOGG, Peter M.; THORNTON, Allison A.; Bushell; WRIGHT, Wade K.. Charter Dialogue Revisited-or Much Ado about Metaphors. *The Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 1, Canadá, s.n., p. 1-65, 2007.

² BATEUP, Christine. Expanding the conversation: American and Canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, S.I.: s.n. p. 2-66, 2007.

still debatable,³ the openness in judicial review to contributions coming from other role-players is something to be praised.

The Brazilian judicial review system is an extensive one, with many remedies through which the Judiciary can be called to scrutinize the constitutionality of a normative provision, of an administrative rule or of a public policy⁴. Add to those an extensive constitutional text, with more than 400 articles, and a broad list of fundamental rights provided with immediate efficacy, and the result will be an intensive judicialization of the conflicts involving granting all of these duties of the State⁵.

Even though any judge, in any level of the Judiciary, can exercise judicial review in the Brazilian system⁶, the final decision regarding constitutional meaning relies in the Supreme Court⁷ which is prompted to establish the content of a broad variety of fundamental rights – including socioeconomic ones. Another challenging task that the Brazilian constitution proposes to the Supreme Court, is overcoming legislative inertia, through at least two different constitutional guarantees⁸.

³ Questioning the viability of a real dialogue, provoked by an authoritative invitation, see: TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, S.I., Oxford University Press and New York University School of Law, p. 617-648, 2005. BATEUP, Christine. The Dialogic Promise-Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brookling Law Review**, v. 71, S. I., New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, p. 5-24, 2006. Providing a particular approach of the dialogical theory applied to Latin American countries, see: GARGARELLA, Roberto. We the People'Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. **Current Legal Problems**, v. 67, n. 1, S.I., Oxford University Press, p. 1-47, 2014.

⁴ The assertion that public policy is subject to ordinary judicial scrutiny is also a characteristics of the Brazilian understanding of the limits to judicial review brought by the separation of power clause. Briefly, the Supreme Court has established that public policy might be judicially controlled every time public programs related with the implementation of enforcement of fundamental rights do not exist, or are not capable of generating proper protection. (VALLE, Vanice Lírio do. "Judicialization of Socioeconomic Rights in Brazil: Mercantilization of the Fundamental Rights as a Deviance in Rights Protection." In **3rd YCC Conference-American Society of Comparative law, at the Lewis & Clark University, Portland, Oregon, in April. 2014**).

⁵ VALLE, Vanice Lírio do. Judicialization of Socio-Economic Rights in Brazil: The Subversion of an Egalitarian Discourse. Available at SSRN 2031719 (2012).

⁶ The constitutionality scrutiny made by ordinary judges throughout the Judiciary branch appears as a logical premise to examine the claimed rights violation in the specific presented cases, and therefore are generally not binding. That particular effect is reserved to decisions held by the Supreme Court in the abstract judicial review.

⁷ In the Brazilian judicial system, the constitutional court is called Federal Supreme Court, hereinafter called, indistinctively also as Supreme Court or Constitutional Court.

⁸ The Brazilian constitution provides judicial scrutiny of legislative inertia through an objective action dedicated to declare a constitutional violation originated from the Legislative's negligence in regulating a specific right: Article 103, Paragraph 2. "*When unconstitutionality is declared on account of lack of a measure to render a constitutional provision effective, the competent Power shall be notified for the adoption of the necessary actions and, in the case of an administrative body, to do so within thirty days*". Besides that provision, there is also a constitutional writ – called writ of injunction – oriented to overcome a lack of regulation that is compromising the exercise of a fundamental right. If this is the case, one can file a writ of injunction and obtain, from the Supreme Court, a decision in which criteria will be established, in order to stop the constitutional violation and enable the exercise of the claimed right. That constitutional writ is in the Chapter that enlists fundamental rights and guarantees: Article 5, LXXI – "*a writ of injunction shall be granted whenever the absence of a regulatory provision*

The Brazilian constitutional court is frequently called upon to decide in matters that go far beyond the exclusive frontiers of the existing law; sometimes examining public policies and its ability for fulfil constitutional commitments. When it comes to overcoming the absence of a prescribed normative determination, if it relates with a political evaluation previously made by the Legislative concerning the burden of inertia, offering the right ruling is also a task that transcends the limits of the domain of pure Constitutional Law⁹.

This context led the Brazilian Supreme Court to performing some experiments in its rulings, incorporating practices aligned with the dialogical ideal, a dialogue that at times might be held with the political branches or even with the society. Expanding the conversation – to use Bateup's expression¹⁰ – is a strategy that is being incorporated in the Brazilian Supreme Court, in an attempt to increase the legitimacy and juridical correctness of rulings in sensible matters.

Despite the significance of the effort, one should point that due to its lack of theoretical deepening and normative discipline, the dialogical exercise is happening in a very willful basis – which does not contribute effectively to perfecting judicial review as a system. Opting for the application of some of the dialogical tools (public hearings, conciliation meetings, readdressing the Legislative with orientation) is mainly an individual decision of the Justice-Rapporteur¹¹, in a non-appealable decision, which leads to a lack of consistency in the dialogical approach. Anyway, understanding those initiatives as a true experiment requires a proper analysis, helping to mature the proposition and to incorporate, even in the normative frame, the dialogical tools.

The aim of this paper is to present recent indications of dialogical constitutionalism adopted mainly by the Brazilian Supreme Court. These rulings will provide grounds to a draft list of unsettled aspects related with the establishment of a dialogical pattern by the Brazilian constitutional court, and should help a proper regulation of the possible dialogical features in judicial review, when time comes to regulate it formally.

disables the exercise of constitutional rights and liberties, as well as the prerogatives inherent to nationality, sovereignty and citizenship."

⁹ The extreme example of legislative absence due to a negative evaluation of the results in legislating concerns the right to strike, extended also to public servants (and not only to private employees) by the Brazilian constitution in 1988. Opposing to corporative interests of public servants, and delimitating what public activities were to be classified as essential – and would, therefore, have limited strike regulations – was found a sensible matter by the parliament, and the law to regulate that right was never voted. Various unions filed many writs of injunction, until the Supreme Court declared that the Legislative's behavior was an unconstitutional inertia. The leading cases in the matter were the *writs* of injunction ns. 670 and 708; both decided in 2007. The criteria presented by the Court to overcome the absence of regulation was to apply, even when it came to public servants, a previous law that disciplines strike among private employees.

¹⁰ See footnote 2.

¹¹ In the Brazilian courts (all of them, including the Constitutional Court) there is always a Justice-Rapporteur, chosen by sorting. That Justice has a very prominent role in the preliminary instruction of the case, and his opinion will usually guide the other votes, which will concur or diverge, in a *seriatim* model of decision building.

As a first critical approach to the experimentation that is being conducted by the Court, the paper has a mainly descriptive method, and does not address the frequently posed question about the ability of those tools to provide a higher degree of legitimation to the judicial decision. The main purpose is to understand the empirical examples, and stress the questions that they propose concerning their real ability to promote dialogue – as a premise to the examination of the legitimizing capacities of such a supposedly held dialogue.

This paper is developed in four Parts. After the introduction (Part I), a brief report regarding the ambience in which the 1988's Constitution was drafted, and the path that its application has taken over the 27 years since the promulgation will be provided in Part II. That historical report is a premise to understanding the state-of-the art in the Brazilian judicial review system, and the context in which the dialogical practices appeared. Part III contains a brief description of the remarkable initiatives carried out by the Brazilian Supreme Court in the realm of promoting dialogue with society, and with the Legislative in exercising judicial review. In that report, specificities of the Brazilian system that might help understand the described rulings will be explained. In Part IV there is a summing of the differentiation that the Court has established concerning the engagement with the society or with the Legislative branch for dialogue. It also examines the real potential of those initiatives to promote real dialogue among the aforementioned parties.

The differentiation implemented by the Brazilian Supreme Court among the dialogical strategies maintained with society or with the Legislative branch is find justifiable, due to the dissimilar relationships that each one will have with the process itself of molding the judicial decision. The problem remains in the real aptness of the so-far experimented strategies to provide palpable, sufficient and efficient exchange among the intended debaters.

Creating a broad system of judicial review from the scratch is a task that the Brazilian Constitution of 1988 proposed. It was fully embraced by the Brazilian Judiciary and by the Supreme Court in particular. In spite of that, dialectics is an indispensable exercise dedicated to subsidizing Justices in that challenging objective. Experimentation in judicial practices can be a meritorious effort to enhance a ruling's potential to eliminate constitutional violation, especially when it is clear that those decision might have not only direct effects, but also indirect results that concur to constitutional implementation readdressing strategic choices in debatable matters to the social or the political realm¹². Improving the experiments' results is therefore, a permanent goal.

In conclusion, two main risks in the previous experiments will be highlighted.

¹² RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, S.I.:s.n., p. 1669-1699, 2010.

First, there is the menace of a symbolic evocation of a supposed dialogue as a way to enforce the Court's authority – which is curious, as long as the mainstream of critics in dialogical theories usually points the Legislative as the interlocutor who is not willing to engage in conversation. Symbolical use of dialogue appears to be happening in the public hearings, in order to provide a perceived level of legal correctness in the ruling, which deviates the Court from its real duty in providing proper foundation for the decision. Disregarding the contributions that might come from an effective exchange of ideas in public hearings without the required rebuttal in the ruling's base is denying the belief that constitutional interpretation and meaning's updating is something that should happen with the help of its own original designers – the people themselves.

The second risk brought to light by the experimentalism carried out by the Brazilian Supreme Court relates to solutions in which the Judiciary substitutes the Legislative branch in its deliberative capacity – even if in an intended provisory solution. That alternative somehow abdicates of a constitutional duty signaled to the Court, which is granting the proper exercise of the political specialized functions by each branch of power. Replacing the Legislative in the absence of a needed regulation might have as a primary effect, the granting of rights' enforcement – but neglects the importance of preserving the democratic opportunity to debate, of people taking possession of a matter in which dissent is established.

Still in the democratic perspective, replacing a legislative deliberation by a judicial ruling contributes to cloud responsibilities, as long as to ordinary people; the information that lasts is that there is a rights limitation, or some other command. Authorship of such decisions is rarely known, and rapidly forgotten, which favors a lack of accountability and responsiveness.

Constitutional dialogue is a practice that intends to increase constitutional deference – not Judiciary deference, neither Legislative deference, but constitutional deference. This means that preserving the constitutional engineering when it comes to power and public deliberation is as relevant, when exercising judicial review, as rights protection. That understanding should inspire further developments in the Brazilian experience in dialogical constitutionalism, and might help the incorporation of such practices in other countries.

PART II – THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988: A TRANSFORMATIVE PROJECT ENFORCED THROUGH JUDICIAL REVIEW

The end of the dictatorship period in Brazil resulted from a long and deeply negotiated process that was carried out, since the beginning, without a primary concern for

the approval of a new constitution¹³. The former Constitution of 1967, amended in 1969, was marked by deep centralization of power¹⁴, but it also provided a reasonable institutional arrangement, and even a long list of fundamental rights – granted, these were considered little more than a rhetorical assertion at the highest point of the dictatorship, but they were still there. In the late 80's, with the political negotiation advancing, redemocratization seemed to be achievable without the immediate need for a brand new constitution. At that point, Brazil was experiencing its own “transition through transaction”¹⁵, and opening a discussion regarding a new constitution seemed to be not only unnecessary, but also inconvenient. It should be understood that the Brazilian political transition was primarily conducted by the military – who were no longer able to maintain the authoritarian regime which was in place since 1964 – and by political elites.

The unexpected happening that modified that perception that a new constitution was not required, was the death of Tancredo Neves – elected for presidency in 1985 as the opposition candidate, with a wide support of the progressive political forces. His Vice-President, on the other hand, was José Sarney, identified with the conservative wing, admitted as a candidate to Vice-Presidency as trade-off through coalition building during the transition process. Tancredo fell gravely ill on the eve of his inauguration, March 14th, 1985; and due to surgery complications, died 39 days later. This is how Brazilian politicians, who expected to complete the political transition with a President highly supported by the political class and by the population, ended with an undesired Chief of the Executive branch. At that point, the delicate balance among the political forces engaged in the redemocratization process was compromised – this is when the idea of a new Constitution turns up as a way to consolidate the transitional process.

The Constitutional Assembly was summoned through a constitutional amendment sent to the national Congress by President Sarney in July 1985, in the very early days of his term. The amendment granted constitutional powers to the National Congress, which was to be elected in 1986, a mild solution that brought a lot of criticism because it would lead to an accumulation of the ordinary legislative functions, with the more prominent task of carving the new Fundamental Law.

Regardless of the initial difficulties, the Constituent Assembly took place, and the deliberation happened in an ambience of delicate balance between conservative and progressive forces. Brazilian political literature usually indicates that the inclusion

¹³ MAINWARING, Scott. The transition to democracy in Brazil. *Journal of Inter-American Studies and World Affairs*, v. 28, n. 1, S.I.:s.n., p. 149-179, 1986.

¹⁴ Despite adopting the federalist model, the dictatorship period was marked by the centralization of power: indirect elections were held for state governors, while the President appointed mayors of state capitals. Centralization was also the moto in the fiscal sphere, with a tax power distribution that highly favors the federal government. (SELCHE, Wayne A. A new start toward a more decentralized federalism in Brazil? *Publius: The Journal of Federalism*, v. 19, n. 3, S.I.:s.n., p. 167-183, 1989.)

¹⁵ SHARE, Donald. Transitions to democracy and transition through transaction. *Comparative Political Studies*, v. 19, n. 4, S.I., Sage Publications, p. 525-548, 1987.

of a broad list of fundamental rights – many related with liberty, but also socioeconomic ones – was the strategic path adopted by the progressive forces in the Constituent Assembly, to establish priorities in the political agenda settled by social inclusiveness. That course of action was completed with an institutional design that contemplates a variety of agents that might control the adherence, by the political process, to those constitutional values and priorities.

The first institution to be mentioned is the Public Prosecution, in charge of defending citizens' and society's constitutional interests, and to ensure that the public administration complies with its constitutional responsibilities¹⁶. A second institution, also relevant is that of the Public Defender, in charge of providing legal assistance to the ones in need. The Public Defender, in fact, is the institutional realization of another constitutional provision, which guarantees the access to justice as a fundamental right. Considering that access to justice, at least in the formal sense of filing a lawsuit is something that requires a lawyer, those who cannot afford one are provided for with the Public Defender. Both institutions operate with public servants selected through public competition, with tenure and other career guarantees. The general idea is that if, for any reason, the political process of enforcing social rights is obstructed, those institutions will have the means and independence to fight for those rights.

In 1988, the Constitution was promulgated, and given the name "the Citizen Constitution", since it prioritized the country's citizens and the national goal of social inclusion – social inequality, at the time, was at its peak¹⁷. Even though there have been 85 amendments to the Brazilian constitution approved over its 27 years of existence, the central distribution of power, and the main commitment with social transformation is still at its core – actually, it is reinforced by new clauses concerning public funding for the provision of the socioeconomic rights listed by the Constitution.

As the years went by and the representative dimension of the democratic principle was somewhat consolidated, those social commitments translated in fundamental rights granted by the Constitution came to the front line of the political agenda. The 1988's transitional project represented by the "Citizen-Constitution" needed enforcement, and this

¹⁶ The Brazilian constitution, Article 127 – The Public Prosecution is a permanent institution, essential to the jurisdictional function of the State, and it is its duty to defend the juridical order, the democratic regime and inalienable social and individual interests. For a broader description of the Public Prosecution role in the Brazilian system, see: SADEK, Maria Tereza; CAVALCANTI, Rosângela Batista. The new Brazilian public prosecution: an agent of accountability. In: MAINWARING, Scott; WELNA, Christofer. **Democratic Accountability in Latin America**. S.l.: Oxford Scholarship Online, 2003. p. 201-227.

¹⁷ In fact, between the late 1970s and early 1990 the country has the highest percentage of the population classified as indigent: approximately 20% between 1978 and 1993, being the peak-years 1983 (20,5%), 1984 (23,6) and the years after the constituent process, 1988 (22,1), 1989 (20,7), 1990 (21,3). (Costa, Lucas NF. "The lobby in the Brazilian constituent process of 1987-88.", quoting Noronha, E. G., *Mudança Constitucional e a Constituinte de 1987-88: temas e preferências de empresários e sindicalistas: um ensaio preliminar sobre a Constituinte e a transição*. Paper apresentado no 7º Encontro da ABCP - Associação Brasileira de Ciência Política. Recife, 04 a 07 de agosto de 2010).

was not happening through the ordinary political process. In spite of the good intentions manifested during the Constituent Assembly, the political framework still concentrated power in the Executive branch¹⁸, and did not empower the Legislative – therefore, power was still unshared, isolated and almost immune to popular pressure. In the mid-90's, most of the constitutional promises in the social realm were still no more than wishful thinking. At this moment, directing the social claims in fundamental rights to the Judiciary seemed to be the only alternative, and this is when the judicialization started.

In fact, in the mid-90's, the two conditions pointed by Kapiszewski¹⁹ as necessary to impel to the Judiciary conflicts related with public policies in the social realm were present in the Brazilian scenario. Government action in many fields distanced itself from the constitutional commitments and potential litigants were enabled to file a lawsuit to challenge such diversion. That conflict between a perception of the constitutional commitments and the government's path of action was identified in many areas – federalism, taxation power and distribution, economic reforms through constitutional amendments, and in social rights. The impasse made the use of the mechanisms created by the constitution itself to activate the judiciary attractive, especially the Supreme Court. Governors, political parties, civil associations, unions, the Public Prosecution; all of the ones who held the legal capacity to sue were using it, addressing to the Supreme Court abstract review mechanisms. In a broader perspective, rights violation in the social inclusion field were also claimed throughout the judiciary with the support of the Public Defender. These claims, at a certain point, also reached the Supreme Court, through the mechanisms to appeal in the concrete review cases.

On the other hand, in the 1990's decade the Brazilian Supreme Court was renewed, with the retirement of most of the Justices that were appointed to the bench before the Constitution of 1988. This new composition of the Court is particularly relevant to understand the ascending curve of judicialization in Brazil. Justices in the former composition of the Court were men with a stronger identification with private law²⁰ – a feature that led the Supreme Court, in the early days, to a self-restraint behavior when it came to the innovations proposed by the 1988's constitution. Among those novelties

¹⁸ That preeminent role of the Executive branch is pointed as a common feature among the Latin American constitutions from a long time (GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes**. S.I.: CEPAL, 2009).

¹⁹ KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector?. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. S.I.: Cambridge University, 2011. p. 154-186.

²⁰ The constituent assembly opted to maintain the Justices that were previously nominated to the Supreme Court, who were never involved in any kind of condemnable endorsement of the dictatorship decisions or behavior. Despite that, it is understandable that after almost 30 years of dictatorship, the Court was not filled with scholars and lawyers with a strong background and experience in public law litigation. This is why the Brazilian Supreme Court in 1988 was composed of a significant sample of important jurists – but with former experience in private and procedural law.

was the judicial review system itself, which combined an extended legal capacity to sue, with a broad range of mechanisms through which one law or normative provision could be challenged as unconstitutional.

The first approach by the Brazilian Supreme Court to that expanded judicial review system was conservative and restrained; procedural issues were frequently appointed as a blockage factor, and separation of powers was a canon that imposed serious limitations to judicial interference in the realm of public policies and the granting of fundamental rights. Despite the Court's cautiousness, the crisis in public action related to the constitutional commitments in social rights was directing those conflicts to the Supreme Court²¹ – therefore, the challenge had to be faced.

In the late 90's, with a brand new composition of Justices nominated by Presidents elected under the 1988's constitution, the Supreme Court started to examine a large spectrum of fundamental rights brought to its attention through all sorts of litigation. The definitive turning point in the defensive pattern is in a ruling in 2005²², in which the Constitutional Court examined a lawsuit filed by the Public Prosecution against Santo André City Hall, sustaining that the right to access to pre-school was being violated, because the municipal government was not providing placement in institutions of that nature. In that leading case, the Court asserted the following: "... *Although the prerogative of formulating and executing public policies relies primarily in the Legislative and Executive branches, it is possible for the Judiciary to determinate, even in exceptional basis, the implementation by state agencies of those same policies, especially if they are defined by the Constitution. The State's omission in those cases may compromise the efficacy and integrity of social and cultural rights of constitutional status – as long as it reveals a breach of their political-juridical mandatory duties.*"

That proclamation encompasses not only the competence of the Supreme Court to scrutinize public policies in order to test their accordance with the constitutional order; but it reclaims the competence also to substitute other political institutions in determining the implementation of a non-existent or a perfected public policy.

PART III – THE SUPREME COURT AS A POLICY EXAMINER AND THE NEED TO ENGAGE IN DIALOGICAL STRATEGIES

Although the proclamation of its own role in the enforcement of the social economic rights, and therefore, of the commitments enounce by the Brazilian constitution

²¹ The Brazilian system – unlike many others around the world – does not formally grant the Supreme Court the possibility of choosing which writs or lawsuits in general would be heard. If the formal requirements are observed, the Supreme Court must rule – and this is why a Justice in that same Court in Brazil will decide an average of 10.000 to 12.000 cases a year.

²² BRAZIL. Federal Supreme Court. RE 410715 AgR, Justice-Rapporteur: CELSO DE MELLO, Second Panel, ruled in 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290.

seemed a good (or at least, an inevitable) assertion; the result was a sort of rebound effect, readdressing those conflicts directly to the Supreme Court. Litigation increases, in a quantitative and a qualitative basis.

Over the past 10 years, the Court has been called upon to solve problems that range from the public servants' right to go on strike²³, to gay marriage²⁴; from granting women access to infertility treatment through the public health system²⁵ to the judiciary's competence to command public works in order to guarantee adequate prison quarters and conditions²⁶. Name it – and it will probably have been in the Court's docket. The Supreme Court examined the ban of the practice of cleaning land through burning as an agricultural practice²⁷, and also the constitutionality of affirmative action in university access²⁸.

Many of these subjects (if not all of them) enclose many non-juridical premises. Many of those subjects propose a priority definition in public policy agenda. Many of those subjects rouse debates over morality, scientific information and beliefs. Many of those subjects have significant economic repercussion, if the decision is in favor of ordering some kind of public action. Those possibilities recall the well known debate concerning the legitimacy in judicial review, and the argument regarding the absence of expertise of the judges in facing the reasoning in scientific field, which go far beyond law and rights. In that frame of uncertainty, the Brazilian Supreme Court started engaging in the previously mentioned experimentalism, in which dialogical practices were incorporated, as a means to increase legitimacy in a prospective ruling.

Dialogical engagement is not a feature formally contemplated in the Brazilian system of judicial review – at least, none of the dialogical features reported from the mentioned experiences in Canada, England, New Zealand and Israel. The constitutional text refers to the Supreme Court as “...*responsible, essentially, for safeguarding the Constitution...*”²⁹, and that expression has been interpreted as proclaiming judicial supremacy, and therefore, the Court's capacity to, by itself, decide constitutional

²³ BRAZIL. Federal Supreme Court. MI 708, Justice-Rapporteur: GILMAR MENDES, Full Court, ruled in 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471.

²⁴ BRAZIL. Federal Supreme Court. ADPF 132, Justice-Rapporteur: CARLOS BRITTO, Full Court, ruled in 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.

²⁵ BRAZIL. Federal Supreme Court. SS 3263, Justice-Rapporteur: Chief-Justice ELLEN GRACIE, ruled in 23/07/2007, publicado em DJ 02/08/2007 PP-00074.

²⁶ BRAZIL. Federal Supreme Court. RE 592581 RG, Justice-Rapporteur: RICARDO LEWANDOWSKI, ruled in 22/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-06 PP-01173 RDDP n. 84, 2010, p. 125-128.

²⁷ BRAZIL. Federal Supreme Court. RE 586224 RG, Justice-Rapporteur: EROS GRAU, ruled in 11/12/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-13 PP-02567.

²⁸ BRAZIL. Federal Supreme Court. ADPF 186, Justice-Rapporteur: RICARDO LEWANDOWSKI, Full Court, ruled in 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014.

²⁹ The Brazilian Constitution, article 102.

matters, protecting the Constitution. That understanding of the constitutional clause, if contextualized, can be taken as a necessary proclamation of the auto-sufficiency of the Court to fulfill its own constitutional aim. In the early days, when institutional normality was still a work in progress, to assert the Supreme Court's auto-sufficiency was to affirm its independency – which was a relevant feature in the newly established democratic order.

In the mid to late 1990's, the fear of an institutional attack against the Brazilian Supreme Court was no longer present, so an openness to some form of dialogue – apart from the conversation between the Justices themselves – was no more seen as a threat. Besides that, in sensible matters marked by profound disagreement, opening the debate to more speakers was a wise decision.

In 1999, Congress approved Law 9868, which regulates procedure in the abstract mechanisms of constitutionality scrutiny³⁰, and that statute was the first opening towards a more proactive interaction with the Court, referring to the *amicus curiae* and to public hearings³¹. The vague terms of the precept prevented its application for a long time, since there were no guidelines about how those public hearings might happen.

A) Establishing dialogue through public hearings

The first dialogue-oriented initiative by the Brazilian Supreme Court was the calling of a public hearing in the abstract constitutionality scrutiny of Law 11.105/05³² – a statute that regulated scientific research with the employment of stem-cells. The public hearing was summoned in March 16th, 2007 by the Judge-Rapporteur (Carlos Britto, now retired), even though the above mentioned legal clause concerning public hearings was not regulated. At the time, Justice Carlos Britto had already admitted *amici curiae* representing various interests – researchers, patients of illnesses that might profit from research with stem-cells, church members, and government officials. Regardless of this, Justice Carlos Britto was searching for legitimacy on grounds not only of scientific knowledge, but also of social perception on the matter, and summoning the public hearing was the chosen alternative to do so³³.

³⁰ One of the original proponents of such a law was Justice Gilmar Mendes – at the time, not yet in the Court. Judicial review was the main subject of Gilmar Mendes' academic research in Germany, and he was a well-known author in the field, way before his nomination to the Court in 2002.

³¹ Law 9869/99, Article 9, Paragraph 1 – “In case of a need of clarification about the matter or factual circumstance, or notorious lack of information in the court records, the Judge-Rapporteur may require additional information, nominate an expert or an expert commission to emit an opinion about the subject; or even designate a date to, in a public hearing, hear testimonies from people invested with experience and authority in the matter...”

³² BRAZIL. Federal Supreme Court. ADI 3510, Justice-Rapporteur: CARLOS BRITTO, Full Court, ruled in 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-PP-00043.

³³ Justice Carlos Britto formally asserted that intention, in a preliminary decision in which he clarifies his aim: “...the public hearing, besides subsidizing the Justice of the Supreme Court, also will allow a bigger participation of civil society in facing the controversy, legitimizing the ruling to be adopt by the Full Panel of that Court.”

The leading case adopted the procedure prescribed in the Deputy's Chamber Regiment by decision of Justice Carlos Britto – overcoming the lack of regulation in the Supreme Court. Despite that, important features of the public hearing were drawn while it took place – and some of them, it should be stressed, were not entirely compatible with the intended engagement in a dialogical practice.

The first paradox proposed by that precedent, was that participants in the public hearing were not authorized to engage in conversation amongst each other. Refuting or concurring with an argument brought by an invitee was not allowed; and the same veto was thrown at the presentation of legal arguments. The second paradox resides in the fact that contributions brought to the public hearing were not systematized or incorporated in the ruling reasoning.

After that leading case, a second development in the mechanism proposed by the Court was the possibility to implement that kind of dialogue without reference to a specific lawsuit. That experiment was performed in 2009, by Justice Gilmar Mendes (at the time, Chief-Justice³⁴), and was justified by the need to provide technical information to be applied in the many lawsuits in which the rights to health was at stake³⁵ – some of them, subject to a primary decision by the Chief-Justice³⁶. The summoning of that specific hearing contained a list of inquiries for which Justice Gilmar Mendes intended to find clarification – an interesting mechanism that can orient even which kind of intervention is really intended by the Court.

In the same year, the Court finally enacted Amendment nº 29 to its own Internal Regiment, and regulated the public hearings, fixing some general principles, such as the broad publicity of its summons, the mandatory registry of the hearing, granting of equal participation of the diverse tendencies and opinions. A pillar in that regulation was also leaving exclusively to the Judge-Rapporteur decisions concerning the summons of the hearing, which players to invite, who to select after candidacy and how the hearing will progress. These decisions are not only exclusively trusted to the Judge-Rapporteur, but they are also discretionary – and not submitted to any kind of appeal.

³⁴ In the Brazilian system, the Chief-Justice is not a permanent position; a Justice is elected for a two-year term, and by the end of that period, remains in the Court as Justice until retirement – which is compulsory at the age of 70.

³⁵ "In 2009, 5,536 cases appealing high court rulings related to the right to health reached the Superior Court of Justice, and about half of these cases (n=2,583) were for access to medicines. In the same year, the Federal Supreme Court heard 806 cases related to the right to health, 142 of which were for access to medicines." Biehl, João, et al. Between the court and the clinic: Lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. *Health Human Rights* 14 (2012): 36-52.

³⁶ In the Brazilian system, the Chief Justice in any tribunal can grant provisional measures, in order to prevent the perishing of a right, or serious injury to public order or public finances. Asking for a provisional ruling is very common in lawsuits in which a health right is claim in the diffuse constitutional control.

Curiously, the Regiment Amendment did not address salient points like the possibility of establishment of some kind of dialectics beyond the participants of a public hearing, and the query list as a required guideline for the contributions. The main inspiration is to grant a level of discretionary choice to the Justice-Rapporteur, to decide about the better way to favor dialogue, taking into account the focal point in the discussion.

From that point, the public hearings continue to happen, in the most variable shapes and forms. Until October, 2014, one can count a total of 16 public hearings, in an 8 years period, which is not a modest number – an average of 2 per year.

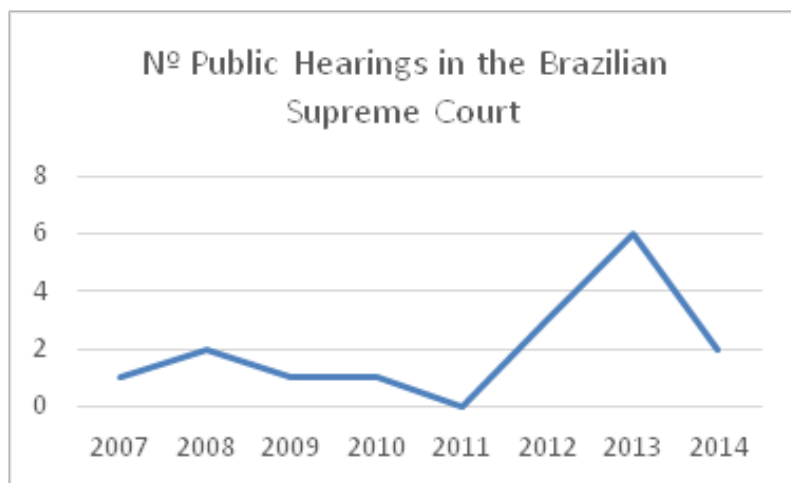


Table 1

B) Establishing dialogue with the Legislative branch through the writ of injunction

A second attempt to engage in dialogical practices was developed in the Court's relationship with the Legislative – mostly, in cases in which the conflict derives from a lack of regulation. The Brazilian Constitution, analytical and generous in the social realm, many times states clearly that a law is to be enacted in order to make a constitutional right that was not entirely defined in its content or addressees effective³⁷ – and in those cases, identifying an unconstitutional lack of legislative deliberation is not that

³⁷ The Brazilian constitution, built in a transition achieved by transaction, has many commands in which, using Sunstein's expression, you can find constitutional agreement without constitutional theory (SUNSTEIN, Cass R. Constitutional agreements without constitutional theories. *Ratio Juris*, v. 13, n. 1, S.l:s.n, p. 117-130, 2000). That strategy opened space for legislative development – but in many cases, that development simply did not happen due to political cost in deciding sensible matter.

hard. In other situations, although that same commandment issued by the constituent power to the Legislative is not express, there is no doubt that the constitutional clause should be developed by infraconstitutional law, due to the vagueness of its own terms. Finally, there is a third possible situation, in which a progressive interpretation of a constitutional clause results in the demand for further legislative development.

All those possibilities required a lot of activity from the Legislative after the Constitution's promulgation; and building consensus around those "law-dependent" constitutional clauses was almost impossible due to a divided Congress³⁸. Legislative inertia became a threat to constitutional efficacy, which triggered the activation of the political control mechanisms, including judicial review of an unconstitutional omission by parliament.

In the Brazilian system of judicial review, legislative omission can be controlled through an abstract action (direct action of unconstitutionality by omission) and through diffuse control, in the *writ* of injunction or even in the extraordinary appeal³⁹. All of these instruments allow the Court to scrutinize the constitutionality of a lack of deliberation by the Legislative – but the *writ* of injunction in particular, combine to that investigation, a claim to granting a constitutional right, impaired in its exercise due to the absence of the proper legislative regulation.

1) First "communication" in constitutional dialogue: the (in)existence itself of a legislative duty in enacting a law

In the early times, the Supreme Court recognized its competence to declare that legislative deliberation was required in some situations, even in the absence of a "by-law" express clause – in fact, that possibility derives directly from article 103 Paragraph 2 of the Brazilian Constitution⁴⁰. This can be indicated as a first "message" in the constitutional dialogue, since the legislative provision might have not been perceived as necessary or constitutionally mandatory. Excluded the most evident hypothesis in which the constitution itself requires the legislative development of a clause, there are many occasions in when the parliamentary intervention derives from the vagueness of a word or expression used by constitution – and this is not a crystal clear area.

Besides that difficulty in recognizing an ordinary duty to deliberate, a legislative omission can also be perceived in the moment of the application of a norm, which might demonstrate failure in prognosis or foresight, and a possible harm to fundamental rights. In that case, the missing act of regulation is the one that will correct the original

³⁸ DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Deciding Not to Decide: Deferral in Constitutional Design (2011). *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 389, Chicago, Law Working Paper, p. 636-672, 2011. p. 666. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2085011>

³⁹ See footnote nº 6.

⁴⁰ See footnote nº 6.

law. All these examples of “blind spots”⁴¹ might occur with the most democratic, responsive and committed Legislative – and regardless of that, require correction through a new deliberation.

A Court decision in a *writ* of injunction, therefore, helps to clarify the matters in which a legislative intervention is not a matter of political priority or discretionary choice – but is a constitutional requirement.

A recent ruling enlighten the relevance of a judicial assertion about the (in)existence of a constitutional assignment to legislate. The Brazilian Association of Gays, Lesbians and Transgender People filed a writ of injunction in 2013, defending the presence of an unlawful legislative inertia in regards to qualifying as crime any form of homophobia, aggression or discrimination motivated by sexual orientation or gender identity of the victim⁴². The plaintiffs founded their lawsuit in constitutional clauses against discrimination, expressed in article 5º, XLI and XLII⁴³. The thesis was that if racism is deemed a crime not subject to bail, then homophobia - a discriminatory behavior towards a specific social group linked by a perceived characteristic - must be equally rejected and qualified as a crime.

The original decision in that injunction was to deny the existence of a constitutional command to punish that discrimination through criminalization. Discrimination can be reproached through other ways – that was the main argument – and creating a crime was not a clear constitutional command; therefore, the Legislative might even create such a crime, but in the due political time, according to the People’s representatives. The discussion – it must be said – is not over yet; there is an appeal pending of appreciation, in a very clear exercise of strategic litigation.

It is fair to say that the assertion of a constitutional disapproval to the absence of a law is itself, at least, a “first phrase” in a possible constitutional dialogue between the Supreme Court and the Legislative. The original assumption that even in injunction cases, the only possible ruling was to reveal the unlawful Legislative omission was challenged by the simple circumstance that such communication was not achieving any answer from the Parliament. In many subjects, injunctions were filed and decided, the Legislative was urged to enact a proper law, and simply ignored the recommendation.

⁴¹ DIXON, Rosalind. Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, S.I., Oxford University Press and New York University School of Law, p. 391-418, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1536716> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1536716>.

⁴² BRAZIL. Federal Supreme Court. MI 4733, Justice-Rapporteur: RICARDO LEWANDOWSKI, ruled in 23/10/2013, published in ELECTRONIC LAWSUIT DJe-213 DIVULG 25/10/2013 PUBLIC 28/10/2013.

⁴³ Article 5º, XLI – “the law shall punish any discrimination which may attempt against fundamental rights and liberties; XLII – the practice of racism is a non-bailable crime, with no limitation, subject to the penalty of confinement, under the terms of the law;”

A second step was taken in establishing a disguised dialogue, in rulings in which a rights grant claiming was added to the declaration of the legislative inertia, especially in *writ* of injunction. The new understanding of the Court's competence in such cases is presented in its official website⁴⁴:

"...The Plenary of the Court has adopted the understanding that, in a prolonged period of omission, it is possible that the decision pronounced by the Supreme Federal Court is capable of regulating the subject, in a case of omission, during a given period or until the regulation is edited to fill the gap. In these cases, the Court, without assuming an exercise typical of the Legislative, has accepted the possibility that the Judiciary can temporarily regulate the matter."

That second approach recognizes that a traditional application of the separation of powers clause cannot result in allowing the Legislative to disobey the constitutional command to decide – and on top of that, oppose itself to any other form of regulation. It is a matter of legitimacy: if the Legislative violates a specific – and now made clear by the Courts decision – duty to deliberate, it will lose the legitimacy to prevent the Judiciary from regulating the matter.

At first glance, that might appear as an interruption in the dialogue: the Legislative is not answering, so the Judiciary will end the conversation by establishing its own criteria. That understanding, however, does not take into account the fact that dialogue between two political power branches is never as direct as it is between teenagers, or less enigmatic characters.

2) The second "communication" in a constitutional dialogue: a sign of the possible content of a prospective legislation

The leading case, in which the Brazilian Supreme Court applied this new standard in ruling the *writ* of injunction, was one concerning the public servants' right to engage in strike⁴⁵. The absence of a law regulating the matter was pointed out to the Legislative many times, and the inertia remained. Therefore, the Supreme Court, in order to overcome this blockage, decided to apply to such situations the same law that disciplines striking among private employees – Law 7783/89. It was an interesting solution, since it was not entirely detached from a previous legislative decision – even though it was not intended for the public sector.

That same strategy was applied, at the same time, in another situation in which many injunctions had been previously decided with the communication of the

⁴⁴ BRAZIL. Federal Supreme Court. International portal. Judicial review. Available at <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_en_us&idConteudo=123036>, access in October 20, 2014.

⁴⁵ See footnote n^{os}. 7 and 18.

unconstitutionality of the deliberative inertia. The claim concerned a special regime of retirement for labor activities that are insalubrious, dangerous or can provide any form of harm⁴⁶. Here too, the Supreme Court decided to extend the application of another law that regulates the same situation, only with private employees – Law 8212/91.

In both cases, the continued omission by the Legislative was clearly credited to a political evaluation which considered that not deciding would be less harmful than opposing corporative interests to fulfill the public servants' will. When the judicial ruling was issued, politicians protested against an "invasion" in their deliberative function, and the Supreme Court was labeled "activist". Despite that rhetorical protest, the original ruling in both cases happened in 2009 – and until now, almost 6 years later, the constitutionally required laws have yet to be approved, and the provisional criteria pointed by Court is still being applied.

Clearly, in both cases, the Legislative seems to have decided that the criteria elected by the Supreme Court was bearable – and accepted the result. The answer is subtle, but exists, as long the Court had clearly affirmed that legislative deliberation was still possible, and even desirable. Nevertheless, acceptance is not the only possible response in this delicate dialogue.

A second effect which can derive from the recognition of the Court's competence to fill the regulatory gap is to expedite legislative decision when the signs are that this might be a less harmful result. Again, a very representative example can be found in another writ of injunction, this time regarding a constitutional provision that grants workers a previous notice of dismissal. The literal clause in the Constitution refers to an *"advanced notice of dismissal in proportion to the period of service, of at least thirty days, as provided by law"* (article 7, XXI). The law required in the final part of the provision was never enacted, and dismissal was preceded by an advance notice of 30 days – the minimum signaled by constitution. It should be clarified that such notice can be, by employer's choice, compensated with money, should he decide against maintaining a fired employee in the company premises for 30 days.

For many years, the correct fixation of the compensation parameters was claimed through writs of injunction, and the Court initially adopted the conservative position that the only possible judicial response was to inform the Congress that enacting the law was beyond a discretionary realm – in fact, it was a constitutional duty⁴⁷. A law proposition was even presented to the Congress – which was never voted, due to the

⁴⁶ BRAZIL. Federal Supreme Court. MI 758, Justice-Rapporteur: MARCO AURÉLIO, Full Court, ruled in 01/07/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-01 PP-00037 RDECTAB v. 15, n. 174, 2009, p. 157-167.

⁴⁷ BRAZIL. Federal Supreme Court. MI 695, Justice-Rapporteur: SEPÚLVEDA PERTENCE, Full Court, ruled in 01/03/2008, DJ 20-04-2007 PP-00087 EMENT VOL-02272-01 PP-00001 LEXSTF v. 29, n. 341, 2007, p. 90-94 RDECTAB v. 14, n. 155, 2007, p. 118-133.

economic implications such deliberation might encompass when it came to business owners who were very satisfied with paying only the minimum of 30 days.

The Court's new approach when it comes to its own competencies in the writ on injunction indicated in item 3.2.1 above led to new lawsuits in which the denunciation of the Legislative reluctance was determined, and the claim for a Court regulation was again presented. This time the Court was willing to regulate the matter – and it really started to do so, with Justices proposing criteria to guarantee the proportionality required by the constitution between the length of service and the advanced notice of dismissal. The voting was interrupted after Justice Gilmar Mendes asked to examine the Court's file – after the delivery of four Justices' votes⁴⁸. It should be noted that Justice Gilmar Mendes expressly mention in his request that. *"...due to the quantity and diversity of suggestions offered by my eminent Colleagues, I indicate an adjournment to consolidate the presented proposals and to formulate a conciliatory solution on the manner so the proportionality in the previous dismissal notice might be achieved..."*⁴⁹ – in a clear indication that some kind of dialogue should take place, even if outside the Court.

At this point, big time business owners simply made their calculus, as they are used to doing, comparing the economic results of the criteria anticipated by the four Justices that had already voted with the proposed law that was never approved. The mathematics favored the legislative proposal – this would be the less expensive solution for the employers; therefore, the political causes that were impeding the vote in Congress disappear, and the law was finally enacted (Law 12506/11), overcoming the unconstitutional omission.

The "conversation" here had a third line of speech. The approval of the required law meant overcoming the legislative omission and the establishment of criteria for the future situations – but there were still lawsuits pending in the Supreme Court in the same matter, lawsuits in which the newly approved Law 12506/11 will not apply due to the non-retroactive clause (dismissal was previous to the legislative deliberation). In regards to those cases, the Supreme Court reasserted its competence to fix the, at the time, non-existing criteria, but showed deference to the legislative decision, applying not the enacted law itself, but the same model to the pending cases⁵⁰.

⁴⁸ The Brazilian Supreme Court decides in a *seriatim* model; the Justice-Rapporteur starts the voting, and after that, each Justice is called to vote. Interrupting the voting with a requirement to examine the file is not only possible, but usual – and is becoming a very strategic instrument used by Justices to postpone the conclusion of a ruling, or to interfere in their colleague's or the Court's collegiate opinion.

⁴⁹ BRAZIL. Federal Supreme Court. MI 943, Justice-Rapporteur: GILMAR MENDES, Full Court, ruled in 06/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013.

⁵⁰ That orientation is expressly mentioned in the case summary: "1. Writ of injunction. 2. Advance notice of dismissal in proportion to the length of service. Federal Constitution, article 7, XXI. 3. Absence of an act of regulation. 4. Case found valid. 5. Adjournment indication to consolidate a conciliatory proposal about the manner through proportionally in the previous dismissal notice might be achieve. 6. Ruling resumed. 7. Approval of Law 12.506/2011 that regulates the right to proportional previous notice of dismissal. 8. Judicial applications of parameters identical to the ones in the mentioned legislation. 9. Authorization to the Justices to apply individually that understanding to writ of injunction pending cases, as long as they were filed before the approval of the regulation. 10. Writ of

Conversation between the two branches of power is a tricky business – and it does not happen only through injunction. Even in the abstract control of constitutionality, in which concrete effects of the decision are not so evident, offering a dialogical alternative might prove itself a clever solution.

C) Establishing dialogue with the Legislative branch through modulating the effects of a ruling

Concluding for the unconstitutionality of a law is an outcome that will frequently require answering, considering that the ruling will proclaim the law void. The absence created by the judicial decision might bring consequences that invite, all over again, the Legislative to step into the situation. That possibility is even stronger in a system like the Brazilian, in which there are no temporal limits to the challenge of a law based in unconstitutionality. This is where modulating the effects of a ruling presents itself as a tool of dialogue between the Judiciary and the Legislative – again, a subtle conversation, but still, with powerful communication.

Modulating the temporal effects of a ruling is an express possibility in the Brazilian judicial review system. It is contemplated in article 27 of Law 9868/99 in the following terms:

Art. 27. When declaring the unconstitutionality of a law or normative act, and taking into account legal certainty or exceptional social interest, the Supreme Federal Tribunal may, by a majority of two thirds of its members, constrain the effects of such a declaration, or decide that it should only be effective after becoming res judicatam or at any other moment that might be established.

The clause itself, allowing the efficacy of a ruling to happen in a prospective moment of time allows space for the Legislative to intervene and overcome the void that might come to pass when the decision is effective.

An enlightening example of how that clause might invite to dialogue is the decision concerning the creation of new municipalities in the Brazilian federation. The matter is regulated in article 18, Paragraph 4 of the Brazilian constitution⁵¹, which was amended in 1996 to require a supplementary federal law that will establish a timeframe for those political decisions that have implications in the existent federation members. Many years passed without the approval of that law, and establishment, merger, fusion

injunction found valid. (BRAZIL. Federal Supreme Court. MI 943, Justice-Rapporteur: GILMAR MENDES, Full Court, ruled in 06/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013)

⁵¹ The Brazilian Constitution – Article 18, Paragraph 4. The establishment, merger, fusion and dismemberment of municipalities shall be effected through state law, within the period set forth by supplementary federal law, and shall depend on prior consultation, by means of a plebiscite, of the population of the municipalities concerned, after the publication of Municipal Feasibility Studies, presented and published as set forth by law.

and dismemberment of municipalities was blocked as a possible political decision. That unbearable inertia led to the filing of a direct action of unconstitutionality by omission⁵² in which the Court was asked to overcome the absence of the supplementary federal law. At the same time, there were also at the docket, at least four Direct Actions of Unconstitutionality⁵³ in which the Court was asked to pronounce void laws that created municipalities in the absence of the required (and not enacted) supplementary federal law.

The solution created by the Court was to combine time parameters. In the direct action of unconstitutionality by omission, the Court proclaimed the unlawfulness of the legislative inertia, and established: 1) that the future law should take into account the irregular situations created during the regulatory void⁵⁴; and 2) a time limit in which the supplementary federal law should be enacted⁵⁵.

In that case, in fact, the Court combined, in dialoguing with the Legislative, a signal of content (a solution to the municipalities created wrongfully due to the absence of the supplementary federal law) and a timeframe. The result of that dialogue – it should be said – is still, in some measure, uncertain. The validation of the municipalities created in the absence of the supplementary federal law was achieved through the approval of the constitutional amendment nº 57, in December 18, 2008. The supplementary federal law, on the other hand, was approved – in fact, two of them – but the President vetoed both, meaning that the political blockage remains.

A second experience involving modulating the effects of a ruling is still ongoing, and relates with a very delicate matter. In the Brazilian constitutional system, there is

⁵² BRAZIL. Federal Supreme Court. ADI 3682, Justice-Rapporteur: GILMAR MENDES, Full Court, ruled in 09/05/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277 RTJ VOL-00202-02 PP-00583.

⁵³ BRAZIL. Federal Supreme Court. ADI 2240, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279; BRAZIL. Federal Supreme Court. ADI 3316, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00021 EMENT VOL-02282-03 PP-00538 RCJ v. 21, n. 135, 2007, p. 101-102; BRAZIL. Federal Supreme Court. ADI 3489, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-03 PP-00425; and BRAZIL. Federal Supreme Court. ADI 3689, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00022 EMENT VOL-02282-04 PP-00635).

⁵⁴ See footnote nº 47. The express reference to the mandatory content of the prospective law is on the ruling summary: "...4. Action ruled valid, to declare the culpable default of the National Congress, and order that in the reasonable term of 18 (eighteen) months, it adopts all the legislative measurements find necessary to fulfill the constitutional duty imposed by article 18, Paragraph 4 of the constitution, in which should be included the imperfect situations resulting from the unconstitutionality state brought by the inertia."

⁵⁵ See footnote nº 47. Again, from the ruling summary: "...It is not about imposing a term to the legislative deliberation of the National Congress, but only about establishing a reasonable temporal parameter, considering the 24 (twenty four) months' time fixed by the Tribunal in ADI's nº. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 for the state laws that created municipalities or altered their territorial limits continue valid, until the approval of the supplementary federal law, taking into account the realities in those municipalities."

a special regime that applies to payments owed by all levels of government deriving from a judicial order¹. The general idea is to preserve equality among the creditors. Despite that constitutional regime, in periods of economic recession, many governments simply did not pay those debts, creating an enormous passive that was becoming unpayable. The solution was the approval of a constitutional amendment, which authorizes the units of the federation (Union, States, Federal District and Municipalities) to parcel those debts, and other practices to transform them into a commodity that has market value.

The first amendment – nº 30 – was found unconstitutional in 2010,² based on the main argument that it established differentiated treatments among government creditors. At this time, a new amendment was approved – nº 62 – in the same subject, special regime of payment applicable to overdue governmental debts originated in a judicial decision. Again, the constitutionality of that new regime was challenged³, and the amendment declared void – but at this time, with a formal requirement by the Brazilian Federal Bar Association of effects modulation. After all, the ruling declaring void the amendment nº 62 would simply return the matter to the previous regime, in which payment reveals itself impossible. Here is where a new experiment in constitutional dialogue is taking place.

The amendment nº 62 – ruled unconstitutional – contained provisions about how those credits, retained by former plaintiffs against government, could be traded in market, or could be renegotiated between creditor and debtor. Many of those clauses were found invalid due to various reasons, but the problem of ensuring those debts are payable remains. Therefore, in an opinion delivered by Justice Roberto Barroso, he is proposing that the modulation of effects might refer not only to a period, but also to the content of the clauses of the exceptional regime proposed for those overdue debts. The reason why Justice Roberto Barroso is sustaining that the Supreme Court can alter, by modulation, the payment regime of those debts, is to clarify to the National Congress, what can and what cannot be done in the matter.

¹ The Brazilian Constitution, Article 100 – “Payments owed by the federal, state, Federal District, or municipal treasuries, by virtue of a court decision, shall be made exclusively in chronological order of submission of court orders and charged to the respective credits, it being forbidden to designate cases or persons in the budgetary appropriations and in the additional credits opened for such purpose.”

² BRAZIL. Federal Supreme Court. ADI 2356 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2010, DJe-094 DIVULG 18-05-2011 PUBLIC 19-05-2011 EMENT VOL-02525-01 PP-00054; and ADI 2356 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2010, DJe-094 DIVULG 18-05-2011 PUBLIC 19-05-2011 EMENT VOL-02525-01 PP-00054.

³ BRAZIL. Federal Supreme Court. ADI 4357, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09-2014 PUBLIC 26-09-2014; and ADI 4425, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013.

The proposal is to signalize what kind of clauses the Court will find acceptable – after all, the Court in a different modulation exercise will fix those clauses. That temporary regime will be valid for two years – allowing for enough time for the approval of a new amendment (the third one), now guided by the previous content delimitation undertaken by the Supreme Court itself.

This is a very bold proposal – and the reaction of the Court in the session when that idea was announced⁴ – was of perplexity. The ruling was interrupted in March 19, 2014 by Justice Dias Toffoli's request for examination of the court's file. In the meantime (and this is undeniable), the National Congress has a clear signal of what was found unacceptable (in the initial ruling) and what, at least Justice Roberto Barroso finds viable. Again, the ways in which constitutional dialogue is carried out between Parliament and the Supreme Court is not the same as an ordinary conversation.

All those episodes describe the experimental alternatives that the Brazilian Supreme Court has been applying in its rulings. Keeping in mind the idea that those experiments are being carried out in order to increase the legitimacy of the judicial decisions, a critical analysis of the real potential to achieve that result must be made – and that is at the core of the considerations presented in the following Part.

PART IV – DIALOGUING DIFFERENTLY: A CONVERSATION WITH THE SOCIETY AND WITH THE LEGISLATIVE

In order to proceed with any evaluation about the dialogical experiences reported above, a premise about the kind of constitutionalism that is being implemented in those rulings should be established. A classic vision, committed with a special deference to original intent and some sort of immutability as a necessary attribute of a constitution will be less sensible to the general argument that some kind of dialogue – regardless the speaker and the conversational conditions – might be necessary, or even useful. On the other hand, an approach to constitutional interpretation opened to ideas like living constitution⁵, a constitution of many minds⁶ or democratic

⁴ The sessions of the Brazilian Supreme Court are broadcasted in TV and in a special channel in YouTube, so the reaction of the other Justices on the bench can be easily seen.

⁵ Even though the understanding of the expression "living constitution" might be itself controversial when it comes to the length of the updating that might be done through judicial interpretation without undermining the text itself; it is beyond any doubt that modernizing the constitutional understanding requires some dialogical argumentation. For a broader view about the scope of the expression "living constitution", see: REHNQUIST, William H. Notion of a Living Constitution. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 29, n. 2, S.I.:s.n., p. 401-415, 2006; ACKERMAN, Bruce. The living constitution. *Faculty Scholarship Series*, v. 120, n. 7, S.I., Harvard Law Review Association, p. 1738-1812, 2006; BALKIN, Jack M. Framework. Originalism and the Living Constitution. *Northwestern University Law Review*, v. 100, n. 2, S.I.:s.n., p. 549-614, 2009; and: STRAUSS, David A. *The living constitution*. S.I.: Oxford University Press, 2010.

⁶ SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. S.I.: Princeton University Press, 2009.

constitutionalism⁷ will surely embrace dialogue as a useful, if not an indispensable feature of the judicial review.

Updating constitutional agreements is a necessary effort – even in young constitutions like the Brazilian one. The pivotal point here, which requires modernization is not that a long period has passed since its approval. The main aspect in still-young constitutions is that many times they reflect the possible constitutional agreements at the transitional moment – and might bring vagueness and event contradiction into the constitutional text. Therefore, it will be in the judicial review of the conceptual descent of a constitutional⁸ clause that refining the sense of that same constitutional clause – and therefore, building constitutional theory – will become possible. That process, in which constitutional meaning is informed by attempted conceptual descent, can certainly benefit from dialogue – and this is the premise in which those comments about the Brazilian experience in dialogical constitutionalism lies on.

A) Different dialogue with different speakers

A first remark about the Brazilian experimentalism in dialogical practices in judicial review is a clear differentiation between the initiatives in which society is point as the main interlocutor, and the others in which the dialogue is mainly directed to the other power branches. That distinguishing might be observed though the opportunity of the invitation to dialogue, and through the procedural tool.

Inviting society to the debate over constitutional meaning is an initiative that the Supreme Court usually applies due to the technical complexity of the matter, sensible moral aspects involved, or even a combination both. From the usage of stem-cells in scientific research, to the therapeutic interruption of pregnancy in case of an anencephalic embryo, all those lawsuits combine technical issues and moral values, and this was an important reason to explore society's current view in the matter. This is the reason why the Supreme Court will usually hear from society as part of the preliminary instruction phase, through the summoning of a public hearing⁹.

Conversation with the other power branches – specially the Legislative branch – is treated differently. The parliamentary answer is expected to happen after the judicial decision, as a response to a formal invitation to react contained in the ruling, or

⁷ POST, Robert. Democratic Constitutionalism and Cultural Heterogeneity. **Australian Journal of Legal Philosophy**, v. 25, n.2, S.I.:s.n., p. 185-204, 2000; POST, Robert, SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, n. 131, S.I., Yale Law School Public Law & Legal Theory, Research Paper Series, p. 373-440, 2007.

⁸ The expression “conceptual descent”, meaning the effort to produce constitutional theorization through law making, in the search (again) of possible convergence, is propose in SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements in constitutional law. **Social research**, v. 74, n. 1, S.I.:s.n., p. 1-24, 2007.

⁹ Even though the Brazilian system also embraces the possible participation of experts and interested parties as *amici curiae*, public hearings are seen as a more inclusive arena of debate, because participating in those events does not require proper legal representation.

as a possible reaction in an ongoing conversation about constitutional meaning. Regarding to the tool, there is not a pre-determined instrument always used by the Supreme Court to promote that dialogue with Parliament. From the formal declaration of the urge to promote legislative deliberation to the establishment of normative criteria that might apply in the absence of the law, the Court applied many different techniques. A preliminary approach suggests that the depth of the intervention in the ordinary legislative domain is dictated by the nature of the allegedly violated right: *quasi-substitutive* response when facing a fundamental rights breach, and less intervening decisions, encouragement and incitation in other matters.

That differentiation appears to be justifiable. Let us start with the opportunity differentiation.

Engaging in conversation with the Legislative is something that should be occur considering separation of powers – understood not only as a “reserve of ownership” clause, but also as an institutional tool that recognizes that each branch is constitutionally required and legitimized to perform specific functions. Therefore, if the Legislative deliberates and (by mistake) enacts a law that violates the constitution, a formal manifestation through a ruling must happen before the dialogical reaction might be expected. The other alternative – that the law was intentionally enacted in breach of the constitutional – cannot be considered as a possible formal choice of the Legislative. A system cannot be built from a pathological hypothesis.

On the other hand, if the legislative wrongdoing comes from inertia, the constitutional duty of deliberation itself should be asserted, before a response might be expected. Once again, dialogue can only happen after a ruling. This is why it is understandable that the dialogue between the Judiciary and the Legislative starts with a ruling.

Surely, in a procedural system just like the Brazilian, in which the session can be interrupted when the lawsuit is not entirely decided, the indications in the eventual known opinions might determinate some kind of reaction that can be also classified as a dialogical response, just as happened in the dismissal previous notice case, previously described. But here, the response happens in the realm of pure politics – as long as the ruling itself was not finished.

What about society's contribution and the opportunity for it to be conveyed? Society, in the conflicts in which the Court is willing to engage in dialogue, is intended to contribute with its own vision and perception in the matter. It is not its role to provide the proper solution, because the decision required from the Supreme Court is a technical one. Even though the community's will and expectations explored in the public hearings are relevant to the decision¹⁰, this is not the only significant factor. Constitutional

¹⁰ See footnote nº 28. Reaffirming the dialogical potential of those public hearings, the former Chief-Justice Gilmar Mendes pointed out that they usually involve “...themes that arouse big interest among society, and show high complexity, which requires not only the vision of the directly interested, but also from experts; this is the opportunity that mostly expresses that plural participation of all those sectors in that complex process...” (Overture

limitations might apply, and prevent adopting the rough societal desire; and this is why society's contribution must come as a preliminary element to the discussion.

Turning to the tool differentiation, it is also understandable. Society is called to amplify the disagreement among its members, increasing the understanding of the Court on the matter. Mapping the dissent is a necessary phase to be faced by the Court, in order to grant a response that might take into account all those pluralistic views. Therefore, the openness of a public hearing when it comes to its participants seems to be a proper way to provide that broad discussion about a subject that, being controversial might be approached through different perspectives.

The Legislative, on the other hand, when dialoguing with the Judiciary, must present a single response – an institutional reply. Even though many participants contribute to the deliberative process that happens in the Legislative, the answer itself is adjoint; and this is why an open arena, just like the one provided through public hearings is not required.

Therefore, differentiating the dialogue attempts directed to the society or the legislative branch seems justifiable. A second aspect should be examined is the real ability of those experiments to promote dialogue.

B) Looking after dialogical potential in the reported initiatives

Addressing the real capacity of those experiments held in the Brazilian Supreme Court to promote constitutional dialogue, once again, requires the establishment of a premise: what should be called “dialogue” in that ongoing (and apparently, never-ending) enterprise of revealing and updating constitutional meaning.

Dialogical theories about constitutional review have been, from the beginning, very controversial¹¹. There is doubt around its real normative potential, and its ability to overcome the counter majoritarian objection. It is also debatable whether the incitement expressed in a judicial decision might be understood as the initiation of a conversation – since the response of the possible speakers are limited. Asymmetry among the conversational parties is also indicated as a reason why interchange between the

speech in the public hearing held in BRAZIL. Federal Supreme Court. ADPF 54, Justice-Rapporteur: Min. MARCO AURÉLIO, Full Panel, ruled in April 12, 2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013).

¹¹ Criticizing the real potential of dialogical theories to legitimize judicial review same theory (at least, in the Canadian experience), MANFREDI, Christopher P., KELLY, James B.. Six degrees of dialogue... Op. cit.; MANFREDI, Christopher P. **Judicial Power and The Charter**: Canada and the paradox of liberal constitutionalism. 2 ed. S.I.: Oxford University, 2001. p. 176–181; MORTON, F. L.; KNOPFF, Rainer. **The Charter Revolution & The Court Party**. S.I.: Broadview, 2000. p. 162–166. On the other stream, pointing out the danger to judicial authority in dialogical theories, see: CAMERON, Jamie. Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: A Comment on R. v. Mills. **Alta. Law Review**, v. 38, n. 4, S.I.:s.n., p. 1051–1068, 2001. Denouncing dialogical theories potential to threaten the checks and balances system (as long as they try to turn each power branch accountable to the other), see: LECLAIR, Jean. Reflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien [Critical reflections on the metaphor of dialogue in Canadian constitutional law]. **Revue du Barreau**, v. 63, p. 377–420, 2003, p. 379, 402–412.

Judiciary and the society or the Legislative while providing judicial review is an impossibility. All those objections doubt that the possible speakers are willing to engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning¹². The main question, therefore – primary to the debate about the legitimizing capacity of the constitutional dialogue – is if the outcome of experiments like the ones reported in the Brazilian Supreme Court are really able to provide such a dialogue.

Hence, we go back to the premise: what should be understood as dialogue? Examining the following question about the normative potential of dialogical theories do provide legitimation to judicial review, Tremblay proposes a differentiation to be made between dialogue as a conversation¹³, and dialogue as deliberation¹⁴. His conclusion is that conversation is intrinsically unable to legitimize a further decision, because this outcome (reaching some kind of resolution) is not an essential element of that particular form of interchange. Judicial review, therefore, will be only be improved through a deliberative dialogue – and not with a simple conversation.

That understanding that requires from dialogue a capacity to “...*determining together which opinion or thesis is true, the most justified, or the best...*” or else it would be a disqualified interchange labeled as conversation seems to be still excessively committed with the quest for the “final word”. If the only relevant dialogue is the one able to solve problems collectively, we will be transferring the search for the “last word” in constitutional interpretation, from the Judiciary alone, to that collective manifestation called deliberative dialogue.

Embracing dialogical theories as an useful alternative to improve judicial review requires the recognition that constitutional interpretation and updating is pervaded by “...*an inevitable and permanent circularity...*”¹⁵, reincorporating “...*the long-term dimension of politics, which in turn has normative implications to how the interaction between courts and parliaments should be perceived...*”¹⁶. This is why dialogue must be

¹² BATEUP, Christine. The Dialogic Promise-Assessing the Normative Potential of Theories of ... Op.cit.

¹³ “...*In this sense, a dialogue involves at least two persons, recognized as equals, exchanging words, ideas, opinions, feelings, and so forth together in rather informal and spontaneous ways. In a conversation, the participants have no specific practical purpose other than the general goal of exploring or creating a common world and body of meanings, learning something new about others, or discovering new perspectives...*” (TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between... Op.cit.).

¹⁴ “...*In this sense, a dialogue still entails two or more persons, understood as equals, exchanging some words, ideas, opinions, feelings, and so forth, but the exchange is more formal and less spontaneous than in the dialogue as conversation. A dialogue as deliberation has specific mutual practical purposes: it aims at taking decisions in common; reaching agreement; solving problems or conflicts collectively; determining together which opinion or thesis is true, the most justified, or the best; or which particular practical view should govern actions or decisions...*” (TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between... Op.cit.).

¹⁵ MENDES, Conrado Hübner. “Is it all about the last word? Deliberative separation of powers 1. **Legisprudence**, v. 3, n. 1, S.I.:s.n., p. 69-110, 2009.

¹⁶ MENDES, Conrado H. “Neither Dialogue Nor Last Word: Deliberative Separation of Powers III.” **Legisprudence**, v. 5, n. 1, S.I.:s.n., p. 1-40, 2011.

understood in the broader sense, comprehending any kind of interaction that favors a real picture of the kaleidoscope of ideas and subjective approaches that must be considered in a ruling.

If dialogue may be identified as a large spectrum of interactions between the Supreme Court and society or the Legislative, is it fair to say that all those reported experiments represent dialogue? Once again, the answer will be distinct considering each invitee.

1) Conversation with society

Dialogue with society is being held primarily through public hearings, as already established in item 4.1. Summoning and procedure have no strict rules, and are fixed a case at a time by the Justice-Rapporteur. Legal representation is not required, and in theory, everyone can be allowed to participate in such hearings. All those features apparently reinforce a first impression that this is an important way to provide dialogue – a conversational one, not specially driven towards building a solution, but still useful at least to understand the terms of disagreement. This will be the first impression – but first impressions can be deceiving.

Public hearings in the Brazilian judicial review do not have clear rules concerning participation – who can take part and what is expect from them. The definition of the real contributors is a decision made by the Justice-Rapporteur without justification, and there is no appeal against that choice. This is why, even if conversation is considered a kind of dialogue that may be useful to engage in constitutional meaning definition; the Brazilian experience with public hearings lack theorization. Restricting the speakers might be a practical requirement – but cannot be a decision driven by intimate beliefs that are not known or perceived by the public.

This is a first flaw that should be faced in the Brazilian experience – and be prevented in future initiatives in other countries. Public hearings requires the development of kind of known selectivity that really provides the intended conversation – preventing a detour in the process that ends up limiting the discussion to only a privileged group or even to Public Administration itself.

A second aspect that weakens the initiative is the absence of a parameter on how those informational inputs should be translated and taken into account in the final decision. That void might bring two undesirable consequences. First, if one is not sure whether his participation, opinion or information will be considered (even if it is to be discarded), this will probably lead to disinterest and disengagement, undermining from the beginning, the dialogical potential. Second, if there are no parameters to how that information is to be brought to the ruling, it is possible that they will not be considered at all – and then the hearing will have turned into a merely symbolical initiative; in fact, simply meaning a public display of a pretended openness to other perspectives.

All these fragilities in dialoguing with society through public hearings might be credited to the remains of a conception of separation of powers in which the Judiciary was seen as the neutral element of the system, immune to political influences. Engaging in an open dialogue with different debaters is in fact, an unusual experience to the Judiciary, used to vertically decide, despite the aspirations that might be surrounding a lawsuit. The transition to a more democratic conception of constitutionalism itself – therefore, of judicial review – is still incomplete.

2) Conversation with the Legislative

On the other hand, adopting the broad concept of dialogue above mentioned, will lead to the conclusion that the initiatives held by the Court in provoking the Legislative's reaction should qualify as valuable attempts. Of course, in order to agree with that approach, one should consent to the idea that accepting the Judiciary decision is a reaction, and allows some level of legal certainty around the parameters settled by the ruling. In that sense, the dialogical enterprise held by the Brazilian Supreme Court is bringing some results when it comes to rights enforcement.

The problem – yet unsolved – is how to overcome the undesired result that in such cases, constitution is still violated, because the Legislative branch, when called to decide, is incapable or unwilling to do so. It is known the literature that explores the idea that in such cases, more than a simple acceptance; Legislative is “...*foisting disruptive political debates off on the Supreme Court...*”; “...*avoiding political responsibility for making tough decisions as a means of pursuing controversial political goals...*”¹⁷. Such behavior, even though might be confirmed by empirical evidence, is not among the constitutional possibilities appointed to the Legislative power – therefore, there is a constitutional demand to avoid that illegitimate choice.

The main problem here resides not properly in an invasion of the Legislative's competencies by the Judiciary. After all, if the separation of powers doctrine itself was conceived to prevent arbitrariness; it will be an absurdity to call it as an obstacle to judicial intervention in the matter. The fragility in the *quasi-substitutive* solution resides on a subtle renunciation of a competency that the constitution reserved to an institutional apparatus based in the representative principle. This will undermine the constitutional engineering, allowing the Legislative and the politicians to refuse deliberation in a matter that the constitution did not offer them that alternative. Judicial intervention in such cases might eventually happen because of the urge in protecting rights – but cannot become an instrument for an unconstitutional and undemocratic resignation of competence by the Legislative.

¹⁷ GRABER, Mark A. The nonmajoritarian difficulty: Legislative deference to the judiciary. **Studies in American political development**, v. 7, n. 01, USA, s.n., p. 35-73, 1993.

Restore political accountability is to be the second agenda point, in the theoretical development of those dialogical tools. Judicial rulings overcoming legislative inertia should always be provisional; reinforcing that attribute is a relevant task, in order to prevent the Judiciary from becoming a “peripheral mechanism”¹⁸ at the Legislative’s disposition, to crosscutting controversial issues.

Those critical observations should not be taken as a condemnation of the experiments that the Brazilian Supreme Court is carrying on, and should not discourage that same attempt by other countries. If permanence and circularity are inevitable attributes for a dialogical disposition, the initiatives here reported express the Court “first line” in a dialogue that is only beginning, and the criticism here exercised should be understood as a response – with the ultimate goal of stimulating and furthering the conversation.

REFERENCES

ACKERMAN, Bruce. The living constitution. **Faculty Scholarship Series**, v. 120, n. 7, S.I., Harvard Law Review Association, p. 1738-1812, 2006.

BALKIN, Jack M. Framework. Originalism and the Living Constitution. **Northwestern University Law Review**, v. 100, n. 2, S.I.: s.n., p. 549-614, 2009.

BATEUP, Christine. Expanding the conversation: American and Canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**, S.I.: s.n. p. 2-66, 2007.

_____. The Dialogic Promise-Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brookling Law Review**, v. 71, S. I., New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, p. 5-24, 2006.

CAMERON, Jamie. Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: A Comment on R. v. Mills. **Alta. Law Review**, v. 38, n. 4, S.I.:s.n., p. 1051-1068, 2001.

DIXON, Rosalind. Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited. **International Journal of Constitutional Law**, v. 5, n. 3, S.I., Oxford University Press and New York University School of Law, p. 391-418, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1536716> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1536716>.

_____;GINSBURG, Tom. Deciding Not to Decide: Deferral in Constitutional Design (2011). **International Journal of Constitutional Law**, v. 9, n.. 389, Chicago, Law Working Paper, p. 636-672, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2085011>

GARGARELLA, Roberto. We the People’Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. **Current Legal Problems**, v. 67, n. 1, S.I., Oxford University Press, p. 1-47, 2014.

¹⁸ See footnote nº 72.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian Courtis. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes**. S.I.: CEPAL, 2009.

GRABER, Mark A. The nonmajoritarian difficulty: Legislative deference to the judiciary. **Studies in American political development**, v. 7, n. 01, USA, s.n., p. 35-73, 1993.

HOGG, Peter M.; THORNTON, Allison A.; Bushell; WRIGHT, Wade K.. Charter Dialogue Revisited-or Much Ado about Metaphors. **The Osgoode Hall Law Journal**, v. 45, n. 1, Canadá, s.n., p. 1-65, 2007.

_____; BUSHELL, Allison A. Charter Dialogue between Courts and Legislatures, The (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **The Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, Canadá, s.n., p. 75-124, 1997.

_____, THORNTON, Allison A.. Reply to Six Degrees of Dialogue. **The Osgoode Hall Law Journal**, v. 37, n. 3, Canadá, s.n., p. 529-536, 1999.

KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector?. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. S.I.: Cambridge University, 2011. p. 154-186.

LECLAIR, Jean. Reflexions critiques au sujet de la me'taphore du dialogue en droit constitutionnel canadien [Critical reflections on the metaphor of dialogue in Canadian constitutional law]. **Revue du Barreau**, v. 63, p. 377-420, 2003. p. 379, 402-412.

MAINWARING, Scott. The transition to democracy in Brazil. **Journal of Inter-American Studies and World Affairs**, v. 28, n. 1, S.I.:s.n., p. 149-179, 1986.

MANFREDI, Christopher P. **Judicial Power and The Charter**: Canada and the paradox of liberal constitutionalism. 2 ed. S.I.: Oxford University, 2001.

_____; KELLY, James B.. Six degrees of dialogue: A response to Hogg and Bushell. **The Osgoode Hall Law Journal**, v. 37, n. 1, Canadá, s.n., p. 513-527, 1999.

MENDES, Conrado H. "Neither Dialogue Nor Last Word: Deliberative Separation of Powers III." **Legisprudence**, v. 5, n. 1, S.I.:s.n., p. 1-40, 2011.

_____. "Is it all about the last word? Deliberative separation of powers. **Legisprudence**, v. 3, n. 1, S.I.:s.n., p. 69-110, 2009.

MORTON, F. L.; KNOPFF, Rainer. **The Charter Revolution & The Court Party**. S.I.: Broadview, 2000.

POST, Robert, SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, n. 131, S.I., Yale Law School Public Law & Legal Theory, Research Paper Series, p. 373-440, 2007.

POST, Robert, SIEGEL, Democratic Constitutionalism and Cultural Heterogeneity. **Australian Journal of Legal Philosophy**, v. 25, n.2, S.I.:s.n., p. 185-204, 2000.

REHNQUIST, William H. Notion of a Living Constitution. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, v. 29, n. 2, S.I.:s.n., p. 401-415, 2006.

SADEK, Maria Tereza; CAVALCANTI, Rosângela Batista. The new Brazilian public prosecution: an agent of accountability. In: MAINWARING, Scott; WELNA, Christofer. **Democratic Accountability in Latin America**. S.l.: Oxford Scholarship Online, 2003. p. 201-227.

SELCHEK, Wayne A. A new start toward a more decentralized federalism in Brazil? **Publius: The Journal of Federalism**, v. 19, n. 3, S.l.:s.n., p. 167-183, 1989.

SHARE, Donald. Transitions to democracy and transition through transaction. **Comparative Political Studies**, v. 19, n. 4, S.l., Sage Publications, p. 525-548, 1987.

STRAUSS, David A. **The living constitution**. S.l.: Oxford University Press, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before**. S.l.: Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutional agreements without constitutional theories. **Ratio Juris**, v. 13, n. 1, S.l.:s.n., p. 117-130, 2000.

_____. Incompletely theorized agreements in constitutional law. **Social research**, v. 74, n. 1, S.l.:s.n., p. 1-24, 2007.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, S.l., Oxford University Press and New York University School of Law, p. 617-648, 2005.

VALLE, Vanice Lirio do. Judicialization of Socio-Economic Rights in Brazil: The Subversion of an Egalitarian Discourse. Available at SSRN 2031719 (2012).



El Estado Autonómico y los nacionalismos

The Regional State and the nationalisms

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ**

Universidade da Coruña (España)
rajaime@gmail.com

Recibido/Received: 17.07.2014 / July 17th, 2014

Aprovado/Approved: 15.08.2014 / August 15th, 2014

Resumo

El artículo tiene como objeto la cuestión de la organización territorial del Estado español a la luz de la Constitución Española de 1978. El estudio examina, de una parte, la contestación que desde determinados nacionalismos se hace al ordenamiento constitucional vigente y, de otra, las lecturas distintas del texto constitucional que conducen a la negación de concepciones que el constituyente consideró fundantes del mismo orden constitucional. La cuestión principal analizada es el perfil de Estado autonómico diseñado en la Constitución Española.

Palavras-chave: Estado autonómico; nacionalismo; Constitución Española; Estado nacional; organización territorial del Estado.

Abstract

The article attempts to the issue of the territorial organization of the State in the light of the Spanish Constitution of 1978. The study examines, on one hand, the reply that since certain nationalisms is addressed to the existing constitutional system and, on the other hand, different readings of the constitutional text that lead to the denial of conceptions that the constituent considered foundations of the constitutional order. The main issue analyzed is the profile of the regional State designed by the Spanish Constitution.

Keywords: regional state; nationalism; Spanish Constitution; national state; territorial organization of the State.

Como citar este artigo | How to cite this article: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Estado autonómico y los nacionalismos. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 91-103, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40516>

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación fundamental no orientada "Buena Administración y nuevos retos de la contratación pública: una perspectiva internacional y comparada", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, 2014 (ref.: DER2013-42210P).

** Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidade da Coruña (La Coruña, España). Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Doctor honoris causa por la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Española de Ciencias Administrativas. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Metodología Jurídica y del Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo Jesús González Pérez. Miembro de la Real Academia Española de Jurisprudencia, de la Academia Iberoamericana de Derecho Electoral, de la Academia Nicaragüense de Jurisprudencia. Presidente honorario de la Asociación Centroamericana de Derecho Administrativo. Miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral. Miembro fundador y miembro del Consejo Directivo de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

SUMARIO

1. Introducción; **2.** La cuestión nacional; **3.** La Constitución Española de 1978 y los nacionalismos; **4.** El Estado autonómico como Estado nacional; **5.** España como nación; **6.** La reforma constitucional; **7.** La articulación interior de España.

1. INTRODUCCIÓN

En el panorama político español diversas circunstancias, de calado distinto también, han conducido a centrar la reflexión de los políticos y de los juristas en determinados aspectos de nuestra Constitución, y particularmente en uno sustantivo, como es el de la organización territorial del Estado. En buena parte esta atención es debida a la contestación que desde determinados nacionalismos se hace al ordenamiento constitucional vigente, bien negándolo en su totalidad y ejerciendo en el discurso un rechazo completo de la Constitución, aún admitiendo el orden constitucional como marco adecuado para articular democráticamente ese rechazo; bien, aún aceptando básicamente el texto constitucional y resaltando sus virtualidades, proponiendo una lectura que conduce de hecho –y a veces de un modo explícito– a la negación de concepciones que el constituyente consideró fundantes del mismo orden constitucional. Hoy, en pleno proceso de mutación constitucional, conviene reflexionar sobre el sentido y alcance de las propuestas que hacen los nacionalismos a la luz de la Constitución pues, mucho me temo, que en su mayor parte desbordan la esencia del acuerdo que sirvió de base al edificio del Estado territorial diseñado en la Constitución de 1978. Es el caso de las reformas de los Estatutos en curso y de las ya aprobadas en este tiempo, como el caso catalán o valenciano, desde diferentes dimensiones, evidencian.

En el fondo se está dirimiendo una batalla política en la que subyacen conceptos diversos de nación, y de este modo la noción de nación, confusa donde las haya, se convierte en el eje en torno al que gira una de las disensiones políticas más importantes que hoy se vislumbran en España. Pero tal cuestión no es exclusiva de nuestro país. Como ha escrito Berlin, la sociedad mundial continúa organizándose política y jurídicamente, como en los dos últimos siglos, bajo la dominación ideológica del nacionalismo, del que se interpreta como fundamento esencial el principio de “cada Estado, una nación; a cada nación, un Estado”. Y, es claro, el artículo 2 de la Carta Magna reserva a España la condición de nación así como atribuye a las Comunidades Autónomas la consideración de nacionalidades y regiones, que no naciones por mucho que algunos Estatutos, extra Constitución, se empeñen en proclamar en sus respectivos preámbulos.

2. LA CUESTIÓN NACIONAL

Es obvio, a la vista del principio citado, que de la interpretación que se haga de la nación dependerá la configuración del Estado. Pero de lo dicho parecen colegirse tres consecuencias. La primera es fundamental por cuanto es soporte de la concreción jurídica más inmediata del principio citado: la nación es el sujeto de soberanía, la entidad soberana en la que residen y de la que emanan todos los poderes del Estado. Una soberanía que no es divisible y que se ejerce sobre todo el territorio del Estado, que aparece así caracterizado como territorio nacional, territorio sobre el que la nación es soberana. La segunda es clave para la interpretación de la realidad nacional: la unidad y la igualdad jurídica de los miembros del Estado parecen querer fundamentarla algunos sobre una concepción de la nación como unidad cultural esencialmente homogénea y única, es decir la igualdad jurídica que el Estado consagra, se fundamentaría no ya en un principio jurídico universal sino, más allá del Derecho, en una realidad metajurídica, constitutivamente igualitaria, la nación. Y la tercera introduce un elemento de conflicto en la interpretación de nuestro Estado autonómico, como veremos: sobre el supuesto de la unidad del Estado y de la igualdad de sus miembros, se asienta la concepción de que la organización y distribución territorial del poder del Estado ha de ser tendencialmente simétrica.

Ahora bien, ninguna de estas consideraciones resuelve la cuestión fundamental: la de quién es el sujeto de soberanía, cómo se delimita, en qué se fundamenta esa atribución, qué alcance tiene. Es decir, qué es o cómo hemos de entender la nación.

La complejidad del fenómeno nacionalista, complejidad que se manifiesta en el orden histórico, político, jurídico y conceptual, se entrecruza con las grandes corrientes ideológicas de la modernidad, como son el liberalismo, el socialismo y el fascismo.

No podemos obviar un acercamiento al disenso que se produce respecto al concepto de nación, que se mueve –para simplificar– entre estos dos extremos: la nación como “etnos”, como singularidad natural o cultural y, en su forma más primaria, racial; y la nación como “demos”, como conjunto de ciudadanos que viven sujetos a las mismas leyes, que el mismo “demos” se da. Aunque debemos anticipar ya que una clarificación conceptual no dejaría resuelto el problema, que seguiría manifestándose en toda su agudeza, ya que no se daría respuesta a la cuestión de cuáles son los elementos que en el caso particular, concreto, permiten hablar de la constitución de un “etnos”, por una parte, o, por otra, quedaría sin resolver el problema de cuál es la entidad de la colectividad que por propia voluntad se da a sí misma una ley común que la convierte en “demos”.

Otra observación previa pertinente, respecto a los nacionalismos, se refiere a la diferenciación entre los llamados nacionalismos moderados y los radicales. Es comúnmente aceptado denominar moderados a los nacionalismos que propugnan el recurso

a los medios democráticos para la consecución de sus objetivos políticos, ligados siempre al reconocimiento de la soberanía como elemento determinante de la propia condición de nacionalistas en el orden político. También se admite comúnmente calificar como radicales a los nacionalistas que defienden el recurso no sólo a los medios legales que el régimen democrático pone a su alcance sino también a aquellos otros medios que se salen de la legalidad y entre los que se incluye también el ejercicio de la violencia. De todas las maneras, aunque la existencia de planteamientos radicales entre los nacionalistas conlleva graves conflictos políticos y de convivencia, no añaden especial dificultad a la clarificación que pretendemos, que se sitúa más bien en el terreno conceptual. Esos planteamientos radicales, en ciertos aspectos, se configuran simplemente como un elemento más –aunque gravísimo, ciertamente– en el drama político en que se debaten los demócratas.

Hecha esta salvedad, ¿cuál es el soporte conceptual de los nacionalismos particulares que se dan en este momento en España? Tal y como hoy aparecen configurados, el soporte es la idea de que Cataluña, Euzkadi o Galicia –pongamos por caso– son auténticamente naciones y como tales sujetos soberanos originarios, negando consiguientemente la condición nacional del Estado español en su actual extensión.

Frente a esta interpretación nacionalista se contrapone la Constitución, que afirma la condición de España como nación. Sin embargo, en la interpretación que habitualmente se hace de esta afirmación se pueden observar dos tendencias, la de quienes parecen querer sostener o recuperar la idea de unidad y homogeneidad cultural de España, rehabilitando de esta manera un cierto nacionalismo españolista, y la de quienes interpretando la nación en el sentido jurídico constitucional de Estado nacional afirman la prioridad de la sujeción del “demos” a la misma ley, a la ley democrática.

Sobre estas tres posiciones, entiendo que se desarrolla el que podríamos denominar conflicto nacionalista, destacando ya desde ahora, que la tercera de ellas se presenta como una solución de superación de las otras dos, por cuanto no puede calificarse tal posición como nacionalista. Pero debemos subrayar también que cualquier postura –incluida esa tercera– que se decante a favor de la vigencia actual y de la permanencia futura de la realidad española en su integridad es considerada, en términos generales, por los nacionalismos particulares, como un nacionalismo de signo contrario al suyo, es decir, como un nacionalismo españolista.

3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LOS NACIONALISMOS

Nuestro proceso constituyente, que –inseparablemente unido al proceso que se ha llamado la Transición española– despierta la admiración de la opinión pública en el mundo entero –no es ocioso recordarlo–, pretendió la promoción de los principios

y valores democráticos, por tan largo tiempo preteridos en España, y junto con ellos, o por ello mismo, se propuso la superación tanto del nacionalismo español, del que el régimen franquista hizo bandera, como los nacionalismos particulares que perseguían mediante la independencia la ruptura de la convivencia española. Aquí se encuentra, en mi opinión, la clave para entender la funcionalidad del Estado compuesto español y el sentido de los Entes territoriales en que se compone España, lo cuáles, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, participan de la esencia estatal.

Se trataba por lo tanto, en el ánimo constituyente, de afirmar la realidad inequívoca encerrada en lo que se ha dado en llamar los hechos diferenciales, particularmente los de aquellas Comunidades que se llamaron nacionalidades históricas, a las que se dio tal consideración por tener completado su proceso estatutario en el régimen republicano.

El ánimo constitucional era tan claro a este respecto que no dudó en utilizar la expresión 'nacionalidad' para referirse a las realidades culturalmente diferenciadas que se integraban en España. Significaba esto, a mi entender, que se estaba no sólo en la disposición favorable a acoger todas las reivindicaciones de carácter cultural, histórico y político que desde los diversos territorios autónomos que se fuesen articulando pudieran hacerse, sino que se atendía el proceso positivamente. Es decir, el constituyente afrontaba el proceso autonómico con una actitud constructiva y activa a favor de lo que se consideraba constitucionalmente el derecho legítimo de cada pueblo de los que integran España a entender en la organización y gobierno de los asuntos propios. Y ese proceso había de realizarse, para cada Comunidad, en un grado y ámbito que la misma Constitución y el desarrollo legislativo posterior –en un proceso descentralizador sin parangón– se encargarían de definir.

Pero el límite general que se ponía a semejante proceso, que se engloba dentro del proceso general constituyente –en cuanto se estaba constituyendo una nueva organización territorial del Estado que la misma experiencia histórica se iba a encargar de perfilar, ya que la redacción del título VIII era manifestamente abierta–, el límite general de ese proceso, digo, venía señalado por el concepto de solidaridad, de notable ambigüedad jurídica, y sobre todo por el claro y preciso concepto de soberanía. Hasta el punto –y es esta una explicación plausible– que al referirse a los territorios culturalmente diferenciados, en su afán de destacar su profunda singularidad, el constituyente habló de "nacionalidad", pero reservó el título de nación para el conjunto de España. Se trataba de reservar a España –en su totalidad– el título de nación, justamente para no dejar lugar a duda alguna respecto al principio de soberanía, se trataba de salvaguardar el principio jurídico que se mencionó: es la nación el sujeto soberano.

Con una conformidad explícita con el texto constitucional, o con una posición de ambigüedad calculada respecto al mismo y al Estatuto respectivo, según los casos y según el momento político, los partidos nacionalistas han desarrollado su estrategia

durante todo el proceso de transferencias, produciendo un doble discurso perfectamente coherente con sus objetivos políticos últimos: de cara al exterior, la afirmación de los altísimos niveles competenciales alcanzados con el impulso del estatuto propio, cuyo prestigio legal se trata por todos los medios de acentuar –desvinculándolo del precepto constitucional–; y de cara al interior, la permanente insatisfacción por la interpretación raquítica de los techos competenciales.

Y precisamente cuando los niveles de transferencia alcanzan su culminación y son colmadas con creces las aspiraciones que estaban implícitas en la incoación del proceso autonomista, contemporánea del proceso constituyente, parece abrirse una nueva etapa en la estrategia de los nacionalistas catalanes, vascos y gallegos: la reivindicación de la soberanía. Por ahora, el nacionalismo catalán ha conseguido, al margen de la Constitución, que el estatut reconozca a Cataluña, siquiera sea en el preámbulo, como nación. Es un primer paso hacia la soberanía, que algunos pretenden alcanzar a golpe de mutaciones constitucionales.

En el planteamiento nacionalista se trata ahora de socavar tal concepción, de ahí que la condición nacional de España se niegue reiteradamente por parte de los nacionalistas. Y desde su perspectiva hay que decir que tienen razón, es decir, España no es una nación en el sentido en que para los nacionalistas gallegos, vascos o catalanes lo es Galicia, Euzkadi o Cataluña: la homogeneidad cultural o lingüística que supuestamente presentan esos territorios no se encuentra en España. Pero sucede que el concepto de nación que los nacionalistas particularistas aplican a sus Comunidades respectivas no es real. No existe una identidad cultural o lingüística única u homogénea en los respectivos territorios; no existe un territorio “nacional” sobre el que se haga la reivindicación política de modo definitivo y completo; no existe una realidad histórica que justifique la reivindicación nacional de modo incontestable. De ahí que podamos afirmar, sin temor a error, que la reivindicación nacional que se hace por las partes tiene su fundamento principal en el objetivo político nacionalista, en la voluntad de los nacionalistas, lo cual –debemos reseñarlo– es enteramente legítimo, pero sitúa el planteamiento nacionalista en sus coordenadas verdaderas.

Es cierto, y no es posible negarlo sin faltar a la verdad, que existe un hecho diferencial de alcance a veces profundísimo. Pero tan exagerado y erróneo como negarlo es maximizarlo hasta convertirlo en un hecho universal homogéneo en el propio territorio, como los nacionalistas pretenden. De tal forma que la condición de vasco, gallego, o catalán no sería derivada de la propia sujeción al estatuto, como actualmente sucede, sino, en el supuesto del cumplimiento de las aspiraciones nacionalistas, sería derivada de la identificación con el proyecto nacional que los propios nacionalistas propugnan, con el detrimento y menoscabo que tal formulación conlleva para las libertades personales, mediatizadas, se quiera o no –en el nacionalismo– por la afirmación, previa a toda consideración política, de la realidad nacional particular propia. Sin embargo, a pesar

del grado real de preocupación ciudadana presente en estas cuestiones territoriales, el nacionalismo no cesa en su intento, ahora por la vía de la reforma estatutaria, de intentar colar el derecho a la autodeterminación y la definición nacional de sus Comunidades.

4. EL ESTADO AUTONÓMICO COMO ESTADO NACIONAL

El profundo proceso de descentralización política que se ha realizado en España ha sido ocasión para que los partidos nacionalistas particularistas hayan invocado ese proceso como un camino abierto que desembocará en una nueva situación. El nuevo panorama territorial de la península supondrá una ruptura con la situación constitucional actual, que ahora mismo se reivindica ya. Tal reivindicación pone de manifiesto, según me parece, que prácticamente están cubiertos los techos competenciales a los que los nacionalismos podían aspirar, y de ahí el salto cualitativo en sus reivindicaciones. Pero la interpretación que del proceso autonómico hacen los nacionalistas es errónea, y ello puede afirmarse por dos motivos.

El primero, porque la misma Constitución, contempla un límite insalvable en el proceso descentralizador. Como ya señalamos, el constituyente dejó abierta la concreción de la distribución de competencias en los distintos ámbitos territoriales. Y lo hizo movido por una prudencia política evidente, la de no adelantar con la norma lo que era conveniente que dictara el desarrollo político mismo, la experiencia política. Pero también, movido por la prudencia política, cuidó de señalar con precisión los límites del proceso autonómico, reafirmando, como hemos señalado, la condición nacional de España. Esa reafirmación no se hace con la intención de subrayar una nacionalidad de carácter “étnico”, que obviamente no se da en España, sino con la de destacar la condición soberana del pueblo español, que abarca a todos los ciudadanos españoles sin distinción de ningún tipo.

El segundo motivo por el que puede considerarse errónea la interpretación nacionalista es tan importante o más que el primero. Deriva de la interpretación del mismo proceso autonómico. Efectivamente, los nacionalistas tienden a considerar que la descentralización política es una concesión, o un derecho que el Estado cede a regañadientes, porque el Estado mantiene –en el terreno de los supuestos nacionalistas– una tendencia centralista y uniformadora. Consecuentemente el Estado se postula como una realidad en oposición a las diversas nacionalidades que lo integran. Pero la realidad es bien distinta. La Constitución consagra un modelo nuevo de Estado, inédito en nuestra historia constitucional, que se caracteriza primariamente más que por la distribución territorial del poder, por la afirmación rotunda de la libertad, la participación y el pluralismo, y la convivencia y la solidaridad, como valores superiores sobre los que articular el edificio constitucional.

En esa perspectiva es en la que hay que entender el proceso autonómico. De ahí que la descentralización no deba ser considerada una cesión forzada, sino una afirmación profunda de la libertad y el pluralismo de los españoles, un procedimiento eficaz para hacer efectivos márgenes más amplios de participación en la vida pública, y una garantía definitiva de la pervivencia y fortalecimiento de las diversas culturas que recíprocamente nos enriquecen. No se podría entender de otra forma la Constitución, y cualquier otra interpretación sería, a nuestro juicio forzada y empobrecedora.

Por otra parte, no se debe olvidar que ni mucho menos están agotadas las técnicas para asumir nuevas competencias o mejorar las ya existentes. Piénsese, por ejemplo, en la operatividad del artículo 150.2 CE, hoy sorprendentemente olvidado. Así las cosas, la pregunta es obvia, si todavía es posible aumentar el autogobierno en el panorama jurídico actual, ¿por qué acudir a nuevos espacios jurídicos?

Así pues, es esta nación española la que aparece como el único titular de la soberanía, cuya atribución se realiza de un modo exclusivo, originario e indivisible; la nación española se configura como una nación compleja, integrada, como recoge el artículo 2 de la Constitución, por nacionalidades y regiones, reconociendo la existencia en su seno, pero formando parte de ella, de pueblos diferenciados, por lo que el preámbulo del texto constitucional habla justamente de “pueblos de España”.

El hecho de que la soberanía radique en el conjunto del pueblo español supone dos importantes consecuencias: En primer lugar, la imposibilidad de que el ejercicio del poder constituyente se atribuya a una fracción del pueblo. En segundo término, los Estatutos de las Comunidades Autónomas no pueden ser considerados manifestaciones constituyentes de un poder político jurídico originario regional; es el Estado quien les atribuye poder jurídico, confirmándoles la eficacia que procura su reconocimiento y poniendo a su disposición la utilización de su poder coercitivo. Así, el contenido del Estatuto cobra su fuerza y virtualidad de la voluntad del órgano constituyente estatal, pero al mismo tiempo aparece limitado, por un lado, por la voluntad del mismo órgano constituyente y, por otro, por el eventual control del Tribunal Constitucional.

5. ESPAÑA COMO NACIÓN

La atribución de la soberanía al pueblo español indica también que, en la mente del constituyente, España aparece como una verdadera nación o comunidad intrínsecamente diferenciada. Y podría aducirse a este respecto que nos estamos encontrando aquí ante un argumento viciado, en el sentido de que se está entendiendo que la nación lo es por su constitución política –“demos” sujeto a la ley que él mismo se da- y afirmando al mismo tiempo que si se da a sí mismo la ley constituyente, lo hace porque es una nación. Desde luego la cuestión no es vana y conviene aclarar la confusión en lo posible, o cuando menos sus términos. En efecto, la proclamación y promulgación de la

Ley Fundamental es constituyente porque “constituye” la comunidad política, y en ese sentido España es una nación porque así se define a sí misma. Pero tal definición no se produce de modo arbitrario, caprichoso, aleatorio o casual.

¿Qué razón se puede entonces aducir para justificar el proceso constitucional, su planteamiento, desarrollo y desenlace, cuando se ha llevado a cabo desde el presupuesto de la existencia de España? Veámoslo. El reconocimiento de la pluralidad cultural y lingüística de España, nos impiden acudir a una unidad de esa clase para fundamentar el hecho constitucional. Así mismo se descarta de todo punto el recurso a un mismo origen étnico. Y por otra parte, la pretensión de fundamentarse en un principio territorial se ve gravemente dificultada por no ser España la única entidad política asentada sobre el territorio peninsular.

Si no hay, pues, lugar a la invocación de un principio étnico, territorial, lingüístico o cultural –en un sentido digamos antropológico, porque sí existe una cultura española- ¿en qué se basa, o cual es el punto de partida del proceso constituyente español? El proceso constitucional español se basa en la realidad histórica de España. No hace mucho la definía de un modo muy claro un líder nacionalista catalán, cuando negando la condición nacional de España afirmaba, en cambio taxativamente su realidad, la realidad de España, aludiendo justamente a su historia, y con ella a su realidad política, a las vivencias comunes, los recuerdos, los hechos y empresas realizadas por el conjunto, los lazos afectivos, los proyectos.

Puedo comprender, de acuerdo con la interpretación que venimos apuntando sobre el comportamiento nacionalista, el énfasis en negar la condición de nación de España, pero ese empeño no se compadece con la afirmación rotunda de la realidad española, si no es por un escondido –o para algunos, manifiesto- interés político. Las grandes realidades sociales –grandes también en el sentido de extensas- están sujetas a un dinamismo constante, que permite a quien pretenda su disgregación, tomando ocasión de las fuerzas internas que producen aquel dinamismo, resaltar las divergencias que en el cuerpo social se entrecruzan y las heterogeneidades que en él se encuentran, o que pueden generarse. Esta es la clave para comprender el planteamiento nacionalista.

Quienes reafirman su voluntad de apoyo a la España constitucional –no por un nacionalismo español- defienden la Constitución por ser soporte y refrendo de la confluencia democrática de la plural riqueza de la ciudadanía española. Ese todo social, ese conjunto cuya realidad se afirma cada vez que se habla de España –de ahí la reticencia de los nacionalismos particulares para emplear este nombre, mientras no se ha llegado a una implantación suficiente de la doctrina nacionalista- ese todo social, digo, es reafirmado en su conjunto –no como un simple agregado- por quienes sostienen la validez y las virtualidades de la realidad histórica denominada España.

De lo anterior se infiere que la nación española ejemplifica lo que suele denominarse nacionalismo voluntarista u occidental –aunque deba destacar que no me satisface el recurso al término ‘nacionalismo’-, coincidente con la tradicional concepción española de empresa común, como recuerdan Ortega y Renan, para quienes la nación es un proyecto sugestivo y renovado cotidianamente por sus integrantes.

Por eso, la visión constitutivamente plural de la nación española –nación, en el sentido que de ella venimos hablando aquí-, integrada por nacionalidades y regiones, implica ciertamente reconocer un relieve político a la variedad territorial, el reconocimiento de una complejidad teritorial con una indudable relevancia política. Pero este pluralismo político-territorial no pone en cuestión el espacio político común, la clave constitucional está en la rotunda afirmación de ambos –pluralismo político territorial y espacio político común- frente a los nacionalismos de uno y otro signo, el uniformador y el particularista, que miran sólo a uno de los brazos que nuestra Constitución pone en equilibrio.

6. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En el conflicto que suscitan los nacionalismos particulares, no ya frente a un nacionalismo español, que en sus expresiones más crudas puede en buena parte considerarse hoy residual, sino frente a una afirmación constitucional de España, de la realidad nacional española, han jugado, a mi juicio, un papel no menor dos deficiencias en el desarrollo constitucional que se ha tardado demasiado tiempo en abordar, aunque su dificultad explique en parte el retraso con que se han comenzado a tratar. Quizás, por ello, en el proceso de reforma estatutaria se intenten colar reformas constitucionales de calado que conllevaría consecuencias muy relevantes en orden a la propia reforma constitucional.

Una de ellas es la necesidad urgente de articular adecuadamente la participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad de los órganos estatales, cuestión ésta en la que la reforma del Senado, para convertirlo en una verdadera cámara de representación autonómica, aparece dotada de una relevancia trascendental. Esta reforma se muestra como un paso necesario para superar la carencia de una cultura política y administrativa de cooperación, que se pone de manifiesto en el recurso retórico reiterado a los agravios comparativos entre comunidades, cuestión que debiera dirimirse en el foro cameral adecuado que el desarrollo constitucional no ha todavía instituido y cuya perentoria necesidad es a cada paso más manifiesta.

La otra deficiencia consiste en el cierto olvido en que se han tenido a las Corporaciones Locales. Tal preterición se ha producido, según creo, debido a las urgencias impuestas por las Comunidades en el proceso de transferencias, por una parte, y por otra, en la imposibilidad de consolidar mayorías políticas estables sin el concurso de las

formaciones nacionalistas, que si bien han proporcionado a gobiernos de uno y otro signo político garantías de estabilidad tan necesarias y contrapuntos saludables de pluralismo, han condicionado, por otra, de un modo notable, toda la política territorial del Estado.

Esta última deficiencia que hemos señalado pesa gravemente en la cuestión que tratamos ya que los poderes autonómicos han venido consolidándose como poderes únicos y hegemónicos en su ámbito propio, sin ver compensado su peso creciente por un asentamiento y fortalecimiento de las autonomías municipales, locales.

Hasta tal punto esto es así que determinadas formaciones nacionalistas han visto con alarma –para sus intereses políticos- la propuesta y ejecución de un Pacto Local que tienda, naturalmente, a afianzar la personalidad política de los entes locales. Esta reticencia se produce porque tal autonomía –la local- cabe interpretarla como un obstáculo para la realización de un proyecto nacional particular, ya que se podría ver rota, o se perjudicaría notablemente, la política de homogeneización cultural, lingüística, política, etc, que el proyecto nacionalista encierra. En este sentido, según parece, los proyectos nacionalistas suponen una constricción real de las libertades de los entes menores, respecto a la afirmación que de ellas se hace en el vigente modelo constitucional español.

Pero si cabe alguna reforma de la Constitución para adecuar o equilibrar determinados aspectos de la organización territorial del Estado, cabría también, de acuerdo con el sentir de los nacionalistas, una reforma que reconociera el derecho de autodeterminación, o, yendo más allá, la plena independencia de algunos de los territorios que integran España.

Efectivamente así es, por cuanto no existe necesidad histórica alguna en ningún evento o realización humanas. Pero admitir –¿qué impedimento podría haber para ello?- la no sacralidad de la Constitución, o la condición contingente de cualquier realidad histórica, no puede traducirse en la asunción de los postulados nacionalistas que parecen querer derivar de esos supuestos la necesidad ineludible de cambiar el texto constitucional y la necesidad insalvable de proceder a la disgregación territorial que pretenden, o al menos de sentar las bases jurídicas para hacerla posible.

Así que no se trata de cambiar las cosas simplemente por el hecho de que sea posible hacerlo, como a veces parecen argumentar los nacionalistas. Tampoco se trata de atrincherarse en el texto constitucional para hacer una defensa jurídica cerrada y a ultranza de lo que a la postre no es una realidad históricamente trascendente, sino el producto de la voluntad constituyente de los españoles. Pero debe evitarse igualmente que la defensa y promoción de un proyecto común, político, cultural, de convivencia y de presencia en el mundo, sea considerado sin más integrismo constitucionalista. El recurso a todos los medios para alentar y fortalecer un proyecto de futuro para todos los pueblos de España es enteramente legítimo, y se incluyen ahí los argumentos jurídicos,

pues no en vano los partidos nacionalistas particulares han visto incrementada su presencia e influencia al amparo de los argumentos legales que la propia Constitución les ha proporcionado.

7. LA ARTICULACIÓN INTERIOR DE ESPAÑA

Apuntamos al comienzo de esta exposición que una de las consecuencias que se derivaban del principio de que Estado y Nación son realidades correlativas era la de la distribución simétrica del poder territorial. Sin embargo en la construcción del Estado autonómico una permanente reivindicación nacionalista ha sido la de un tratamiento singular diferenciado para las autonomías históricas, consecuente con la afirmación particularista del hecho diferencial.

Vamos a encontrar ejemplificadas en este contencioso constante del nacionalismo algunas de las consideraciones que hemos acabado de hacer y que vemos como fundamentales para una interpretación correcta del hecho constitucional español.

Efectivamente. De los centros de poder nacionalista –el vasco, el gallego y el catalán– la reivindicación se ha efectuado principalmente desde el nacionalismo catalán. Esto ha sido debido en parte, según me parece, porque el nacionalismo vasco ha visto satisfecho un tratamiento diferencial, mediante el concierto económico, que viene a englobar –y unificar en ese aspecto– a las comunidades vasca y navarra, en coincidencia con la reivindicación territorial de los nacionalistas vascos. Curiosamente, además, el fundamento de tal tratamiento no ha sido otro que el histórico, el mismo que hemos reclamado para fundamentar el proceso constituyente español. En el caso gallego, la alianza con el socialismo galaico templó necesariamente lo que serían reivindicaciones nacionalistas en estado puro.

El nacionalismo catalán ha insistido en la necesidad de que se produjera una disimetría en la distribución territorial del poder. Pero aplicar dogmáticamente tal principio significaría, de hecho, pervertir la interpretación de la Constitución. Esto es así porque fundamentando la pretendida disimetría en una exigencia del hecho diferencial se pretende coartar el libre desarrollo de otras comunidades que por sus peculiaridades podrían muy bien reclamar para sí la consideración de nacionalidades. En el caso de que así lo hicieran, profundos rasgos históricos, culturales y sociales, y sobre todo una homogeneidad muy superior a la de las comunidades vasca y catalana, justificarían sobradamente, al menos, la reclamación.

No pueden reclamarse techos competenciales diferenciados, para afirmar la condición singularizada de la propia comunidad en el conjunto de España, por la misma razón que el Tribunal Constitucional ha aducido para negar la posibilidad de exigir que todas las comunidades tengan las mismas competencias, porque “autonomía significa, precisamente, la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuando y

como ejercer sus propias competencias". La doctrina del Tribunal Constitucional (Fundamento jurídico 10 de la Sentencia 37/1978) es bien clara y viene a resaltar el principio de libertad de la que la autonomía no es sino reflejo. De manera que ninguna Comunidad, para acentuar su propia singularidad –en un diferencialismo típico de los planteamientos nacionalistas-, puede condicionar o limitar las competencias de las demás.

Podríamos, pues, concluir ,respecto al disenso que se produce de modo muy agudo en determinados territorios en torno a esta que hemos llamado "cuestión nacional", que la definición constitucional goza de la apertura y flexibilidad necesarias –en un sobresaliente ejercicio de libertad- para erradicar concepciones de España que, por su estrechez y dogmatismo, se han mostrado históricamente como nocivas, y al mismo tiempo refrenda de modo inequívoco el proyecto, la empresa común que es España.

Sin embargo, no basta la garantía jurídica, es necesario el esfuerzo político y civil, lleno de creatividad, de imaginación, que demuestre en la vida cotidiana de cada pueblo las conjunciones posibles de la pluralidad de culturas que se dan en España. Es imprescindible no sólo la reconducción –en libertad- de los ímpetus nacionalistas particulares a la aceptación de la convivencia respetuosa de todos los pueblos de España, sino también la aceptación plena por parte de todos de la pluralidad político-territorial de España, sin sospechas ni recelos. En definitiva , si no queremos que nuestras estructuras jurídico-constitucionales queden vacías, es necesario ahondar realmente en los presupuestos constitucionales de libertad, participación, pluralismo y solidaridad.





A resolução n. 22.585/2007 do Tribunal Superior Eleitoral e a violação de direito civil e político fundamental: aspectos introdutórios

The resolution n. 22.585/2007 of the Superior Electoral Court and the violation of civil and political right: introductory aspects

ROGÉRIO GESTA LEAL*

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil)
gestaleal@gmail.com

DENISE BITTENCOURT FRIEDRICH**

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil)
d-friedrich@hotmail.com

Recebido/Received: 15.07.2014 / July 15th, 2014

Aprovado/Approved: 25.08.2014 / August 25th, 2014

Resumo

O ensaio trata do tema que envolve a polêmica Resolução n. 22.585/2007, do Tribunal Superior Eleitoral, verificando em que medida ela viola Direitos Fundamentais Cíveis e Políticos da Cidadania e dos Partidos Políticos brasileiros.

Palavras-Chave: direitos fundamentais cíveis; direitos fundamentais políticos; partidos políticos; Tribunal Superior Eleitoral.

Abstract

The essay deals with the issue involving the controversial Resolution n. 22.585/2007, the Superior Electoral Court, determining to what extent it infringes on Civil and Political Rights of Citizenship and Political Parties in Brazil.

Keywords: fundamental civil rights; fundamental political rights; political parties; Superior Electoral Court.

Como citar este artigo | How to cite this article: LEAL, Rogério Gesta; FRIEDRICH, Denise Bittencourt. A Resolução n. 22.585/2007 do Tribunal Superior Eleitoral e a violação de direito civil e político fundamental: aspectos introdutórios. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 105-121, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40519>

* Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS) e da UNOESC. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutor em Direitos Humanos pela Universidad de Buenos Aires. Professor Visitante da Università Tullio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

** Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS). Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Luterana do Brasil.

SUMÁRIO

I. Notas introdutórias. II. O histórico da resolução e o seu cotejo com a Lei Federal n. 9.096/1995. III. As violações de direitos fundamentais perpetrados pela resolução. IV. Referências bibliográficas

I. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendo neste ensaio avaliar a natureza jurídica e os efeitos da Resolução n. 22.585¹, de 16.10.2007, do Superior Tribunal Eleitoral - TSE, que impede a contribuição pecuniária de determinadas pessoas às suas agremiações partidárias, bem como caracterizá-la como violadora de direito civil e político fundamental, sendo passível de extração do ordenamento jurídico pátrio.

Este trabalho ainda tem como referência casuística o caso do Partido dos Trabalhadores que prevê em seus estatutos aquela contribuição, enquanto política de gestão financeira e gerenciamento de suas atividades institucionais.

II. O HISTÓRICO DA RESOLUÇÃO E O SEU COTEJO COM A LEI FEDERAL N. 9.096/1995:

A Resolução/TSE n. 22.585, de 16.10.2007, origina-se de consulta (n. 1.428) feita pelo Partido dos Democratas – DEM, no sentido de se é permitido aos partidos políticos receberem doações ou contribuições de detentores de cargos demissíveis *ad nutum* da administração direta ou indireta da União, dos Estados e Municípios. O resultado desta consulta, em nível de ementa, restou assim redigida:

Partido político. Contribuições pecuniárias. Prestação por titulares de cargos demissíveis ad nutum da administração direta ou indireta. Impossibilidade, desde que se trate de autoridade. Resposta à consulta, nesses termos. Não é permitido aos partidos políticos receberem doações ou contribuições de titulares de cargos demissíveis ad nutum da administração direta ou indireta, desde que tenham a condição de autoridades.

Sustentou o DEM, em sua provocação ao TSE, que a consulta vinha motivada pelo receio de que ocorressem excessivas nomeações para cargos públicos de filiados aos partidos que compõem a base política de determinado governo com a finalidade de angariar recursos para os seus cofres, o que estaria em confronto com o disposto nos incisos II e III, do art. 31, da Lei n. 9.096/95.

¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.585. Partido político. Contribuições pecuniárias. Prestação por titulares de cargos demissíveis ad nutum da administração direta ou indireta. Impossibilidade, desde que se trate de autoridade. Resposta à consulta, nesses termos. Não é permitido aos partidos políticos receberem doações ou contribuições de titulares de cargos demissíveis ad nutum da administração direta ou indireta, desde que tenham a condição de autoridades. Rel. Min. José Augusto Delgado, Brasília, DF, 06 de setembro de 2007. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p. 172, 16 out. 2007. Seção 1.

Ocorre que o Partido dos Trabalhadores, dentro de sua autonomia institucional, definiu em seus estatutos normas de contribuição obrigatórias, sendo certo que ao filiar-se o cidadão adere e concorda com as normas previamente estabelecidas. Não as cumprindo, estará submetido às sanções e impedimentos com os quais concordou no ato de sua filiação a saber:

Art. 14: É dever do filiado:

[...].

V - Contribuir financeiramente nos termos deste Estatuto e participar das campanhas de arrecadação de fundos do Partido;

§ 1º O filiado investido em cargo de confiança na administração pública, direta ou indireta, deverá exercê-lo com probidade, fidelidade aos princípios programáticos e à orientação do Partido.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior também se aplica ao filiado detentor de mandato eletivo.

§ 3º Os filiados a que se referem os parágrafos deste artigo, quando convocados pelo Diretório a que pertençam ou pelas instâncias superiores do Partido, deverão prestar contas de suas atividades.

[...]

Art. 169: Estará apto a votar em qualquer atividade de base e das instâncias partidárias todo filiado em dia com as contribuições financeiras partidárias, conforme as regras e tabelas estabelecidas neste Estatuto.

§ 1º Considera-se em dia o filiado que efetuou as contribuições financeiras com o PT.

§ 2º Tratando-se de filiado ocupante de cargo eletivo ou de confiança, considera-se em dia aquele que tenha quitado todas as suas contribuições financeiras partidárias até o mês anterior à atividade de que pretende participar.

§ 3º Somente poderá ser votado nas eleições partidárias o filiado que estiver em dia com todas as suas contribuições financeiras partidárias, inclusive débitos passados.

Argumenta o PT que sempre teve atuação permanente junto aos seus quadros, não limitando a vida partidária aos períodos eleitorais, criando saudável prática de permanente participação de seus filiados. Para isto, precisou manter sedes e estruturas financiadas, dentre outras fontes, pelas contribuições partidárias que seus filiados, exatamente para não depender de quaisquer recursos oriundos de destinos que não legítimos em face de suas origens e compromissos.

O problema é que o TSE, na deliberação em análise, através do seu relator originário, Ministro José Delgado, referiu que o art. 31, da Lei sob comento, veda ao partido receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de: (a) autoridade ou órgãos públicos, ressalvadas as datações referidas no ad. 38; (b) autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, sociedades de economia mista e fundações instituídas em virtude de lei e

para cujos recursos concorram órgãos ou entidades governamentais. Destaca, ainda, o digno Relator originário, para o que interessa a esta análise, que: “O cerne da questão reside no fato de a vedação contida no verbete autoridade’ ser extensível, ou não, ao servidor público que detenha cargo em comissão ou exerça função comissionada na administração direta ou indireta”² (Grifo do autor)

Neste ponto, lembra o relator mencionado que:

Com o advento da Lei Orgânica dos Partidos Políticos de 1995, sobrevieram os primeiros questionamentos quanto à análise da prestação de contas dos partidos políticos, que resultaram em duas resoluções paradigmas, ambas relatadas pelo Ministro Costa Porto: Res.-TSE n. 19.804³, DJ de 14.3.1997 (Pet n. 134) e Res.-TSE n. 19.817⁴, de 27.3.1997 (Pet n. 119). Na primeira, ao julgar regulares as contas do Partido Liberal (PL), o Ministro Relator entendeu não se aplicar a vedação do art. 31, II, da Lei n. 9.096/95 ao parlamentar vinculado a Partido Político, nos seguintes termos: Empregando, no entanto, o termo “autoridades”, o que a lei procurou impedir foi a interferência dos organismos estatais na vida partidária, a desmedida influência do poder político no âmbito das agremiações. Mas não obstar, o que seria excessivo, contribuições financeiras de quem, representante de partidos, no Parlamento, nas Câmaras Municipais, pretenda, com seu aporte financeiro, vitalizar as legendas, superar a crise em que, o mais das vezes, vivem as instituições.⁵

(Grifo do autor)

III. AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PERPETRADOS PELA RESOLUÇÃO

Na linha do raciocínio ainda do Relator originário, e nesta altura do seu voto, vale lembrar os argumentos sobre o tema trazidos pelo Ministro Nelson Jobim no julgamento das contas do Partido dos Trabalhadores, referentes ao exercício financeiro de

² Autos da Resolução n. 22.585/07. p. 02.

³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 19.804. Fundo Partidário. Prestação de Contas. Partido Liberal – PL. Contribuição de filiados – parlamentares vinculados ao partido. Não se aplica a vedação do art. 31, II, da Lei 9.096/95. Aprovada. Rel. Min. Walter Ramos da Costa Porto, Brasília, DF, 25 de fevereiro de 1997. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p. 6.987, 14 mar. 1997. Seção 1.

⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 19.817. Fundo Partidário. Prestação de Contas. Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB. Contribuição de filiados – parlamentares vinculados ao partido. A vedação do art. 31, II, da Lei n. 9.096/95, atinge, porém, os filiados a partido que exerçam cargos exoneráveis “ad nutum”. Aprovada. Rel. Min. Walter Ramos da Costa Porto, Brasília, DF, 06 de março de 1997. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p. 9.556, 27 mar. 1997. Seção 1.

⁵ Idem. Pet n. 134, Rel. Min. Costa Porto, DJ de 14.3.97. Tal entendimento foi sufragado no julgamento das prestações de contas do Partido Comunista Brasileiro (PCB) (PA n. 15.430, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 16.4.97), do Partido Comunista do Brasil (PCdoB) (Pet n. 116, Rel. Min. Costa Leite, DJ de 09.6.97), do Partido Popular Socialista (PPS) (Pet n. 21, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 18.9.97), do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) (Pet n. 112, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 17.02.98), do Partido os Trabalhadores (PT) (Pet n. 130, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 04.3.98), e do Partido da Frente Liberal (PFL) (Pet n. 105, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 03.3.00).

1996, assim ementado: “PRESTAÇÃO DE CONTAS. PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT. EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 1996. Contribuição de filiados ocupantes de cargos exoneráveis *ad nutum*. Inexistência de violação ao art. 31, II, da Lei n. 9.096/95”.⁶

No âmbito de sua fundamentação, o Min. Jobim referiu que o objetivo da vedação disposta nos incisos do art. 31, da Lei n. 9.096/95, é o de impedir o controle político, exercido por órgãos do Estado sobre o Partido Político, sendo que a simples contribuição de seus filiados não afronta esse dispositivo legal. Por suas palavras:

*A contribuição de funcionários exoneráveis ad nutum não tem potencialidade para permitir-lhes interferir na agremiação. Os filiados, exoneráveis ad nutum, são subordinados ao partido, e não o inverso. Tal como os padamentares, os filiados podem dispor de seus rendimentos e a eles dar a destinação que julgarem mais conveniente. Não interessa se os rendimentos são auferidos em decorrência do exercício de cargo público ou de cargos na iniciativa privada. A remuneração é do filiado, que aceitou a condição do partido.*⁷

Na mesma direção foi o Min. Luiz Carlos Madeira, ao responder consulta formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), em Resolução assim ementada:

*Consulta. Presidente do PFL. Contribuição de filiados demissíveis ad nutum. Ad. 31, da Lei n. 9.096. Orientação consagrada pela Resolução TSE n. 20.844, de 14.8.2001, relator Ministro Nelson Jobim (Diário da Justiça de 09.11.01). É lícito o recebimento, pelos partidos políticos, de recursos oriundos de filiados detentores de cargo em comissão.*⁸

Atento para o fato de que o TSE já havia decidido sobre a ilicitude de se exigir, compulsoriamente, o pagamento de valores contributivos aos partidos políticos⁹, o Partido dos Trabalhadores, por exemplo, sempre o fez para viabilizar a participação de seus filiados nas atividades da agremiação, ou seja, os que não desejam fazê-lo não estão obrigados a pagar nada. Trata-se, pois, de condição institucional na gestão autônoma garantida aos partidos definitória de sua estrutura interna, organização e funcionamento, garantia normativa histórica ainda vigente.

⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 20.844. [...] Contas aprovadas. Rel. Min. Nelson Azevedo Jobim, Brasília, DF, 14 de agosto de 2001. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v. 1, p. 154, 09 nov. 2001. Seção 1.

⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 20.844. *Op. Cit.*

⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 21.627. [...] Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2004. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p. 90, 23 mar. 2004. Seção 1.

⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 19.817, *Op. Cit.* No mesmo sentido BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.025. Cargo ou função de confiança - Contribuição a partido político - Desconto sobre a remuneração - Abuso de autoridade e de poder econômico - Dignidade do servidor - Considerações - Discrepa do arcabouço normativo em vigor o desconto, na remuneração do servidor que detenha cargo de confiança ou exerça função dessa espécie, da contribuição para o partido político. Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Brasília, DF, 14 de junho de 2005. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v. 1, p. 1, 25 jul. 2005. Seção 1.

Toma relevo neste sentido a lembrança que o Min. Celso de Mello faz sobre a matéria:

*O postulado constitucional da autonomia partidária criou, em favor dos Partidos Políticos – sempre que se tratar da definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento – uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público. Há, portanto, um domínio constitucionalmente delimitado, que pré-exclui – por efeito de expressa cláusula constitucional (CF, art. 17, § 1º) – qualquer possibilidade de intervenção legislativa em tudo o que disse respeito à intimidade estrutural, organizacional e operacional dos Partidos Políticos.*¹⁰ (Grifo do autor)

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - Eleições municipais de 1996 - Coligações partidárias apenas para eleições proporcionais - Vedação estabelecida pela lei n. 9.100/95 (art. 6º) - Alegação de ofensa ao princípio da autonomia partidária (CF, art. 17, § 1º) e de violação aos postulados do pluripartidarismo e do regime democrático - Ausência de plausibilidade jurídica - Medida Cautelar indeferida. Partido político - Ação Direta - Legitimidade ativa - Inexigibilidade do vínculo de pertinência temática. - Os Partidos Políticos, desde que possuam representação no Congresso Nacional, podem, em sede de controle abstrato, arguir, perante o Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de atos normativos federais, estaduais ou distritais, independentemente de seu conteúdo material, eis que não incide sobre as agremiações partidárias a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática. Precedente: ADIn n. 1.096/RS, Rel. Min. Celso de Mello. Autonomia Partidária - Reserva Constitucional de disciplinação estatutária (CF, art. 17, § 1º). - O postulado constitucional da autonomia partidária criou, em favor dos Partidos Políticos - sempre que se tratar da definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento - uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público. Há, portanto, um domínio constitucionalmente delimitado, que pré-exclui - por efeito de expressa cláusula constitucional (CF, art. 17, § 1º) - qualquer possibilidade de intervenção legislativa em tudo o que disser respeito à intimidade estrutural, organizacional e operacional dos Partidos Políticos. Precedente: ADI n. 1.063-DF, Rel. Min. Celso de Mello. Processo Eleitoral e Princípio da Reserva Constitucional de Competência Legislativa do Congresso Nacional (CF, art. 22, I). - O princípio da autonomia partidária - considerada a estrita delimitação temática de sua abrangência conceitual - não se qualifica como elemento de restrição ao poder normativo do Congresso Nacional, a quem assiste, mediante lei, a competência indisponível para disciplinar o processo eleitoral e, também, para prescrever regras gerais que os atores do processo eleitoral, para efeito de disputa do poder político, deverão observar, em suas relações externas, na celebração das coligações partidárias. Submissão normativa dos Partidos Políticos às diretrizes legais do processo eleitoral. Os Partidos Políticos estão sujeitos, no que se refere à regência normativa de todas as fases do processo eleitoral, ao ordenamento jurídico positivado pelo Poder Público em sede legislativa. Temas associados à disciplinação das coligações partidárias subsumem-se à noção de processo eleitoral, submetendo-se, em consequência, ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa do Congresso Nacional. Autonomia partidária e processo eleitoral. - O princípio da autonomia partidária não é oponível ao Estado, que dispõe de poder constitucional para, em sede legislativa, estabelecer a regulação normativa concernente ao processo eleitoral. O postulado da autonomia partidária não pode ser invocado para excluir os Partidos Políticos - como se estes fossem entidades infensas e imunes à ação legislativa do Estado - da situação de necessária observância das regras legais que disciplinam o processo eleitoral em todas as suas fases. Vedação de Coligações Partidárias apenas nas eleições proporcionais - Proibição legal que não se revela arbitrária ou irrazoável - Respeito à Cláusula do *Substantive Due Process of Law*. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificativa dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão

Outra referência importante no âmbito desta reflexão é a exarada na referida Resolução/TSE n. 20.844, em que o Ministro Nelson Jobim, em franca interlocução com o então Ministro Costa Couto em resoluções anteriores, quando refere:

*Está no voto de COSTA PORTO: “Não creio se deva interpretar o texto com o rigor com que o fez nossa Secretaria de Controle Interno. Tivesse sido utilizada, ali [art. 31 da Lei n. 9.096/95], a expressão “agentes políticos” e seriam alcançados, (...), “os componentes do Governo em seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais” (Hely Lopes Meirelles). Ou os que têm a função “de formadores da vontade superior do Estado” (Celso Antônio Bandeira de Mello). Empregando, no entanto, o termo “autoridades”, o que a lei procurou impedir foi a interferência dos organismos estatais na vida partidária, a desmedida influência do poder político no âmbito das agremiações. Mas não obstar, o que seria excessivo, contribuições financeiras de quem, representante de partidos, no Parlamento, nas Câmaras Municipais, pretenda, com seu aporte financeiro, vitalizar as legendas, superar a crise em que, o mais das vezes, vivem as instituições.*¹¹ (Grifo do autor)

Em verdade, como já se explicita no nesta citação do Min. Jobim, o que está em discussão aqui é o conceito de autoridade pública nos termos do inciso II, do art. 31, da Lei n. 9.096/95, o qual vem bem demarcado pelo Relator originário do feito sob comento (a despeito de desvirtuá-lo na sequência de seu voto), a saber:

O alcance a ser dado ao conceito de autoridade no citado dispositivo deve ser analisado em sintonia com os princípios constitucionais que regem a administração pública, conforme previsto no art. 37 da Constituição Federal, de modo especial, os princípios da impessoalidade, da eficiência e da moralidade, além do princípio da igualdade, este previsto no caput do seu art. 5º e no inciso III do art. 19 da Carta Magna. No caso em comento, “autoridade” refere-se à “autoridade pública” e, para que não reste dúvida sobre sua conceituação, recorro à doutrina de Hely Lopes Meirelles: “Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de

material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 07 de março de 1993. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, p. 86, 24 nov. 2000. Seção 1.

¹¹ O Ministro Nelson Jobim fazia referência aos autos da Resolução TSE n. 19.804, fls.05/06.

decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios (...)" (grifo nosso) (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança - Ação Popular - Ação Civil Pública - Mandado de Injunção - Habeas Data – 25. ed. Esse conceito, também, foi o adotado por Emani Fidélis dos Santos, nos seguintes termos: Autoridade é toda pessoa que age como representante do Poder Público, tendo, dentro da esfera de sua competência, também o poder de decisão." (grifo nosso) (SANTOS, Ernani Fidelis dos. Manual de direito processual civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 208). Esse também é o entendimento delimitado no inciso III, do art. 1º, da Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, ao dispor que autoridade é "o servidor ou agente público dotado de poder de decisão". Portanto, autoridade pública é aquela que pratica ato de autoridade dentro da administração pública, aquele que traz em si uma decisão, e não mera execução.¹²

Por outro lado, é a própria Carta Política de 1988 que faz diferenciação importante no tema, ao sustentar, no inciso V, do art. 37, que as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, em condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento, tratando exatamente de agentes públicos que compõem os quadros de determinado Poder com mera atribuição executiva, isto porque às autoridades públicas reservam-se as prerrogativas das escolhas institucionais (chefes do Poder Executivo, Poder Legislativo), a serem levadas a cabo pela gestão, explicitadas nos plexos normativos constituídos (orçamento anual, plano plurianual, políticas públicas aprovadas por leis específicas, etc.).

Não se pode, com hermenêutica descolada do sentido tradicional e institucional desta expressão (autoridade), atingir direitos e garantias fundamentais de fundo que estão em jogo. Tanto isto é verdade que se pode, em momentos escassos, identificar tal preocupação na discussão da Resolução/TSE n. 22.585/2007, quando, dentre outros e por exemplo, o ministro Cezar Peluso, em seu voto, chega a dizer que "pode haver detentor de cargo demissível *ad nutum* sem poder típico de autoridade, como, por exemplo, um assessor técnico"¹³, e nesta condição não se aplicaria a ele o conceito de autoridade do art.31, II, de que estou tratando. Por derradeiro, assevera o Ministro Peluso:

¹² Autos da Resolução n. 22.585/2007, p.03. Vai nesta direção o conceito de autoridade no Direito Internacional, no sentido de estar relacionado com o conceito de hierarquia, correspondendo ao poder de comandar os outros e levá-los a agir da forma desejada. In: ALFONSO, Luciano Parejo. **Derecho Administrativo**. Madrid: Ariel, 2003. p. 98; FRIEDRICH, Carl J. **Authority, Reason and Discretion**. New York: Harvard University Press, 1998. p.31.

¹³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.585. *Op. Cit.* p. 05.

*Mas há casos, Senhor Presidente, de membros de partido que já dão essa contribuição desde antes de serem nomeados para tais cargos. O caráter voluntário dessa contribuição é muito evidente nesses casos, de modo que nem todos se encontram na mesma situação. Teríamos de nos circunscrever a um limite legal.*¹⁴

Mas, afinal, de que limite legal está se falando? Com tal argumento está o Ministro transferindo a atribuição de sentido da expressão autoridade prevista na norma à sua densificação material/operacional, e não formal, o que demandaria, por consequência, instrução probatória em cada caso para identificar se as atribuições do agente público seriam executivas ou constitutivas. Aduz em seguida o Ministro que: “Desde que, do ponto de vista legal, seja considerado autoridade, vigora a proibição” de contribuir com o Partido. Pergunto, qual o ponto de vista legal a que se refere? O formal ou material? Em que circunstâncias e como, e com que critérios serão aferidas as condutas dos agentes públicos para saber se estão atuando na condição de autoridade ou não?

Isto resta claro na interlocução que os doutos Ministros mantém no ponto:

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DELGADO (relator): Senhor Presidente, eu gostaria de lembrar que o conceito de “autoridade” foi muito estendido pela Lei n. 9.784/99: considera qualquer servidor ou agente público dotado de poder de decisão. Um simples chefe de seção tem poder de decisão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: Se tiver poder de decisão, é autoridade, está proibido.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Estou pensando nos casos de servidor que seja, por exemplo, assessor técnico.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: Não tem poder de decisão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Nenhum, e é demissível ad nutum.

*O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente): Ele realmente não tem poder de decisão, fica compelido a recolher.*¹⁵

Veja-se que o Ministro Carlos Ayres Brito, em sua manifestação no feito, lembrou que o art.45, do Estatuto dos Funcionários Públicos da União, dispõe que, salvo imposição legal ou mandado judicial, nenhum desconto incidirá sobre remuneração ou provento, todavia, mediante autorização do servidor, poderá haver consignação em folha de pagamento a favor de terceiros, a critério da administração e com reposição de custos, na forma definida em regulamento. Como não há no regulamento referido

¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.585. *Op. Cit.* p. 05.

¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.585. *Op. Cit.* p. 07.

(Decreto n. 4.961, de 20 de janeiro de 2004) a possibilidade de desconto para partido político, concluiu que, em se tratando de autoridade o desconto não seria permitido, mas não se proibiria que o servidor fizesse doação sem consignação.¹⁶

Ora, salvo melhor juízo, a questão em debate é também de Direito Administrativo, pois a celeuma se dá sobre o conceito de autoridade pública no contexto da lei eleitoral.¹⁷ Sendo assim, não há como aceitar elocubrações de caráter subjetivo e especulativo, no sentido de que:

*(a) a circunstância de ele ocupar cargo demissível a qualquer momento direciona não à presunção do excepcional, do extraordinário e do extravagante, mas à submissão que afasta o caráter voluntário próprio à doação; (b) Há o caráter, a meu ver simplesmente aparente da doação. Não podemos ser ingênuos, ante uma vida econômica impiedosa, ante até mesmo a remuneração dos cargos, a ponto de acreditar que a doação seja espontânea; (c) Ai há um contexto maior a direcionar até ao campo da moralidade pública, ao campo da preservação do próprio homem, no que a vida é feita de opções. Doe um valor ou então perca o próprio cargo; (d) Passamos a ter a partidarização, com o aparelhamento da máquina administrativa.*¹⁸

Se o campo da especulação e da subjetividade aqui vale, então poderia se perguntar: Por que esta descrença tamanha no Ser Humano e no Cidadão brasileiro? Não se poderia PRESUMIR e DESEJAR que ele, até em homenagem ao Princípio Constitucional da Inocência, enquanto militante de um Partido Político - e é só destes que os estatutos do Partido demandam contribuição - efetivasse contribuições espontâneas e ciosas em decorrência da função que cumpre?

A Egrégia Corte Eleitoral não soube delimitar com clareza o que entende por autoridade em sua Resolução, comprometendo, de todo, os seus efeitos pragmáticos/aplicativos, exatamente por não enquadrar o termo nos contornos de sua natureza administrativa. Eis mais uma prova da confusão que se estabeleceu:

¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.585. Op. Cit. p. 06.

Aduz o Ministro mais tarde que A lei usou autoridade em sentido técnico, autoridade com poder de decisão, nos termos da lei.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.585. Op. Cit. p. 08.

Isto é tão claro que o Ministro José Delgado chega a dizer: "Com certeza virá outra consulta para definirmos até onde vai o conceito de autoridade".

¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.585. Op. Cit. p. 05.

Argumentos utilizados no voto pelo Ministro Marco Aurélio, Em perspectiva futurista, chega a afirmar o Ministro mais tarde: "Acredito que, com esse enfoque, haverá estímulo ao remanejamento, à retirada de servidores de cargo de confiança, em detrimento da própria administração pública, para se colocar justamente os vinculados ao partido político, visando a ter mais uma fonte. No momento em que, no âmbito federal, os noticiários têm sido nesse sentido, temos o elastecimento, a mais não poder, desses cargos. E ao depois: O direito é justamente um caleidoscópio e é por isso que estamos a responder a uma consulta. Talvez, essa consulta não fosse feita se o consulente estivesse capitaneando o governo federal, por exemplo". (Idem, p. 09).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURELIO (Presidente): De regra, a não ser um cargo essencialmente técnico, como o de assessor, o cargo de direção, geralmente, é ocupado por alguém que é tido - e lanço o vocábulo no campo do gênero - como autoridade.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: Veja como a questão é nuançada: pela Constituição, o ocupante do cargo em comissão é para desempenhar funções de direção, chefia e assessoramento. Nas duas primeiras situações, não pode, é autoridade. É bom deixar isso bem claro na nossa resposta à consulta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente): Vou cogitar de um agente político: deputado ou senador é autoridade - pelo menos no linguajar popular. E não pode. Mas um servidor que detenha cargo ou função de confiança pode fazer a doação.

*O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: Não é isso. Só se for de assessoramento. Se for de chefia e direção, não pode.*¹⁹ *(Grifos do autor)*

O Min. Carlos Brito reconhece, em certa altura dos votos, que o TSE está dando interpretação dilatada ao significado da expressão autoridade, ao sustentar que:

*[...] esta não é somente quem chefia órgão público, quem dirige entidade, o hierarca maior de um órgão ou entidade, mas também o ocupante de cargo em comissão que desempenha função de chefia e direção. Só estamos excluindo o assessoramento. Dizer que o assessor é autoridade, uma vez que não dirige, não chefia ninguém, talvez seja demasia interpretativa.*²⁰

Com certeza se trata de interpretação mais que dilatada, é criativa em termos conceituais, inovando ao restringir direitos onde o legislador não o fez - ao contrário, virou as costas para o que a tradição administrativa do país tem dito ao longo do tempo sobre o ponto -, e com isto feriu letalmente Direitos Fundamentais Cíveis e Políticos, pelas seguintes razões:

(a) Seria um contra-senso entender que as autoridades públicas não pudessem participar das atividades de seu respectivo partido político (entenda-se com direitos e obrigações como qualquer outro filiado), inclusive porque não há qualquer impedimento legal ou constitucional nesse sentido²¹;

(b) Como entender que um filiado, que esteja ocupando um cargo ou função pública de relevância, portanto, com maior responsabilidade política (Ministros, Secretários de Estado, diretores ou presidentes de empresas da administração direta ou

¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.585. *Op. Cit.* p. 08.

²⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.585. *Op. Cit.* p. 09.

²¹ O que contraria o argumento do Ministro Peluso, no sentido de que: "A racionalidade da norma para mim é outra: desestimular a nomeação, para postos de autoridade, de pessoas que tenham tais ligações com partido político e que dele sejam contribuintes, pois estaria operando-se assim com a lógica de demonização do Partido Político, contaminante de seus quadros". BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.585. **Op. Cit.** p. 09.

indireta), seja impedido de contribuir financeiramente com seu partido político (aliás, já contribuía espontaneamente), enquanto os demais filiados são obrigados, por determinação estatutária, a efetuar contribuições estatutárias mensais?;

(c) Se o legislador pretendesse, de fato, limitar a doação ou contribuição de determinadas pessoas físicas, expressamente estabeleceria tal proibição no capítulo que se refere às doações aos partidos políticos, o que não fez, não podendo o TSE fazê-lo, em estrito comportamento de retrocesso social;

(d) Como fica o direito individual do cidadão em dispor livremente de seus vencimentos e em contribuir, de forma idêntica a todos os demais cidadãos do país, com entidades e agremiações políticas;

(e) Esta Resolução, ao fim e ao cabo, cria nova e distinta categoria de filiado, que pode não contribuir ao Partido, o que fere o princípio constitucional da autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento;

(f) Por fim, a deliberação do TSE fere de morte os Partidos Políticos, passando por cima do princípio da autonomia partidária, garantida pelo exposto no artigo 17, § 1º, da Constituição Federal, na medida em que interfere diretamente nos seus estatutos e na regulamentação das atividades de seus filiados. Aliás, a regra do art. 31, II, da Lei Federal n. 9.096/95, deve ser lida em harmonia com o seu art. 15, sanando-se aparente contradição através da interpretação restritiva daquele dispositivo, por se tratar de norma proibitiva.

É tamanha a confusão que fez o TSE, que o Ministro Peluso, ao fim da votação, lança mão de argumento ainda mais restritivo do conceito de autoridade, em frontal colisão com o que havia referido antes: “Para mim, autoridade em sentido amplo: todo aquele que possa, por exemplo, em mandado de segurança, comparecer nessa qualidade, para mim é autoridade”²² Ocorre que a maior parte dos ocupantes de Cargo em Comissão não tem legitimidade para figurar como autoridade coatora em Mandado de Segurança.

É o direito subjetivo do Cidadão que também sofre fissuras irremediáveis aqui, na medida em que o impede de contribuir à sua agremiação política, considerando que os direitos subjetivos corporificam a existência de normas de comportamentos e condutas sociais obrigatórias, proibidas, permitidas ou facultativas, em certo tempo e espaço. Ocorre que tais direitos também implicam normas que estabelecem quem, em que condições, de que forma (procedimentos) podem realizar atos que possuam efeitos jurídicos sobre outras pessoas/indivíduos/cidadãos - tanto em nível legislativo, judicial ou executivo.

Tal fato permite reconhecer como direito subjetivo não só as normas de condutas, mas, e principalmente, as normas de organização política e institucional do Estado,

²² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.585. Op. Cit. p. 10.

superando sua identificação com os típicos direitos negativos do modelo de Estado Liberal clássico, bem como aquelas que dizem com os princípios constitucionais e infraconstitucionais protetivos de Direitos Humanos e Fundamentais - e suas regras densificadoras -, constituindo-se verdadeiro grupo de direitos subjetivos públicos indisponíveis e vinculantes.

Vai nesta direção Arango ao sustentar que *“un derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas y suficientes, y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto”*²³

A presente concepção de direitos subjetivos públicos/políticos, pois, e em meu sentir, requer a assimilação de dois referenciais indispensáveis: a constitucionalização e a fundamentalização destes direitos. O primeiro refere-se à incorporação dos direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas (constitucionais), subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (quicá do Poder Executivo e do Poder Judiciário); a segunda consideração aponta para a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material. O sentido formal, geralmente associado à sua natureza constitucional (e suas progressivas infraconstitucionalizações), assinala três dimensões relevantes: (a) superioridade hierárquica; (b) constituem-se, muitas vezes, em limites materiais da própria revisão (Constituição Brasileira, art. 60, § 4º); (c) vinculam, imediatamente, os poderes públicos, constituindo-se em parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativo, administrativo e jurisdicional. O sentido material, por sua vez, significa que o conteúdo dos Direitos Fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da Sociedade.²⁴

Como então pode o TSE ir tão longe assim para atribuir um sentido ao conceito enclausurado de autoridade que não dialoga com sua inserção contextual (eleitoral), e por isto indo de encontro a Direitos e Garantias Fundamentais Cíveis e Políticos?

Para tal raciocínio, estou a utilizar aqui o que Konrad Hesse chama de princípio da concordância prática ou da harmonização, o qual impõe ao intérprete do sistema jurídico que os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto.²⁵ Tal princípio parte exatamente da noção de que não há diferença hierárquica ou de valor entre os bens constitucionais; destarte, o resultado do ato interpretativo não pode ser o sacrifício total de

²³ ARANGO, Rodolfo. **El concepto de Derechos Sociales Fundamentales**. Colombia: Legis, 2008. p. 298.

²⁴ Neste sentido: TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Los Derechos Humanos**. Madrid: Tecnos, 2006. p. 217.

²⁵ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 119. Fala o autor, aqui e na verdade, da tese de que, na interpretação constitucional, deve-se dar primazia às soluções ou pontos de vista que, levando em conta os limites e pressupostos do texto constitucional, possibilitem a atualização de suas normas, garantindo-lhes eficácia e permanência constante.

uns em detrimento dos outros. Deve-se, na interpretação, procurar uma harmonização ou concordância prática entre os bens constitucionalmente tutelados.

Numa perspectiva integrada do sistema jurídico, estou a dizer, ainda com Hesse, que na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar prioridade às interpretações ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e possibilitem o reforço da unidade política, porquanto essas são as finalidades precípua da Constituição.

Mantidas as validade e eficácia da Resolução/TSE n. 22.585/07, resta configurado o cisma de bens constitucionais incindíveis: o Direito Fundamental Subjetivo e Civil de Participação Política, em face da interpretação criativa e expansionista do conceito de autoridade outorgado ao inciso II, do art.31, da Lei n. 9.096/95, restringindo a contribuição partidária espontânea a determinados cargos públicos; o Direito Fundamental Institucional dos Partidos Políticos de contarem com tal contribuição (garantido por norma constitucional e infraconstitucional).

Daqui a tese de que estes conteúdos constitucionais essenciais não dizem com preferências de governos ou conjunturas políticas particulares (regimes, formas ou sistemas de governo), ficando a cargo da discricionariedade dos administradores públicos, legisladores ou juízes de plantão, mas se impõem a todos como condições fundamentais à constituição de uma Sociedade Democrática e de Direito. Significa dizer que *“for democracy’s sake we should not simply follow our private preferences, as if we were consumers, but must act like citizens, that is, to justify our preferences with public reasons”*.²⁶

Por outro lado, o tratamento que se está a dar ao Partido Político enquanto instituição democrática e representativa vai de encontro ao status normativo que a Constituição e a legislação infraconstitucional lhe atribui.

E daí se afiguram como frágeis também os seguintes argumentos:

(a) O recebimento de contribuições de servidores exoneráveis ad nutum pelos partidos políticos poderia resultar na partidarização da administração pública. Isto é especulação, que desconsidera inclusive o fato de que as ações de Governo (Administração) estão demarcadas e controladas pelos termos da Constituição e das normas infraconstitucionais, com amplo espaço de participação política e jurídica das demais instituições estatais e da própria Sociedade, contando ainda com previsão normativa autonomia e independência na gestão de seus interesses.

²⁶ DRYZEK, John. **Deliberative Democracy and Beyond**: liberals, critics and contestations. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 53. Questiona este autor: “Now, on the face of it, no one committed to the public cause can seriously disagree with this. We are all inclined to subscribe to this intuition. Who would oppose the notion that democratic politics should mean civic empowerment, that it should involve the emancipation of citizens? In a democracy, we expect the citizen to act like someone who puts the general interest before her own, to become a public reasoner so as to provide better explanations and justifications for her preferences”.

(b) Que isto importaria no incremento considerável de nomeação de filiados a determinada agremiação partidária para ocuparem esses cargos, tornando-os uma força econômica direcionada aos cofres desse partido. Qualquer nomeação para cargo público é vinculada aos termos da Lei (constitucional e infraconstitucional), tornando este argumento ideológico.

(c) Que tal quadro poderia quebrar o equilíbrio entre as agremiações partidárias, eis que elevado número de cargos em comissão preenchidos por critérios políticos poderia transformar-se em inigualável fonte de recursos, resultando em superioridade econômica, comprometendo a igualdade que deve existir entre os partidos políticos. Há normas que estabelecem a gestão dos fundos partidários, de suas arrecadações e prestações de contas, o que é severamente controlado pelas instituições democráticas deste país.

(d) Que tais ocorrências contrariam inclusive o princípio da impessoalidade, ao favorecer o indicado de determinado partido, interferindo no modo de atuar da administração pública. A ocupação dos cargos públicos respeita sua natureza e forma de provimento, a partir do que se baliza o Governo para preenchê-los em consonância ao seu projeto de gestão. Os cargos de provimento efetivo, somente por concurso público são alcançados; os de provimento comissionado, de igual sorte obedecem as balizas constitucionais vigentes, inexistindo impessoalidade alguma aqui.

(e) Que haveria ainda a violação do princípio da eficiência, ao não privilegiar a mão-de-obra vocacionada para as atividades públicas, em detrimento dos indicados políticos, desprestigiando o servidor público. Isto novamente se afigura como especulativo, haja vista que o princípio da eficiência é mensurado por resultados, fundados em juízos de evidência, e não apriorísticos, uma vez que a própria Carta Constitucional aponta à necessidade de se observar critérios meritocráticos no provimento de TODOS os cargos.

Por certo não é esta a orientação da Lei Eleitoral em seu art. 31, sob comento, e vale novamente o aguto raciocínio do Min. Nelson Jobim:

O partido é instrumento da dinâmica e da democratização de poder político.

O que não se admite é que o partido seja instrumento para servir aos interesses estatais e deixe de refletir pluralidade de opiniões.

Para a preservação dos partidos, como braços da sociedade, a lei veda a influência e a interferência do Estado, que decorreria de contribuição de órgãos do poder público investidos de autoridade.

O objetivo é impedir o exercício, por órgãos do Estado, de controle político sobre a agremiação.

Exemplifico.

O chefe de um dos Poderes da República faz uma contribuição maciça a um determinado partido com claro intuito de exercer sobre ele controle.

A contribuição de funcionários exoneráveis ad nutum não tem potencialidade para permitir-lhes interferir na agremiação.

Os filiados, exoneráveis ad nutum, são subordinados ao partido, e não o inverso.

Tal como os parlamentares, os filiados podem dispor de seus rendimentos e a eles dar a destinação que julgarem mais conveniente.

Não interessa se os rendimentos são auferidos em decorrência do exercício de cargo público ou de cargo na iniciativa privada.

A remuneração é do filiado, que aceitou a condição do partido.

Lembro que o imposto de renda que pagamos, com desconto em folha, estaria sendo pago com dinheiro público, o que não é o caso.

Reforça esta interpretação a redação do art. 24 da Lei n. 9.504/97, que estabelece restrições à arrecadação e à aplicação de recursos nas campanhas eleitorais:

Art. 24. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie procedente de:

I – entidade ou governo estrangeiro;

II – órgão da Administração Pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público;

III – concessionário ou permissionário de serviço público;

IV – entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal;

V – entidade de utilidade pública;

VI – entidade de classe ou sindical;

VII – pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior.

A redação do disposto, posterior à Lei n. 9.096/95, apesar de não se referir às prestações de contas anuais dos partidos políticos, mas, sim, às prestações de contas das campanhas eleitorais, não faz menção ao termo “autoridade”, constante no art. 31, II, da Lei n. 9.096/95.

Veda o art. 24, da Lei n. 9.504/97, a doação por órgão da Administração Pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público.

Retirou-se o termo autoridade.

Manteve-se a vedação de doação por órgão público ou mantido com recursos públicos. Com a redação do art. 24, da Lei 9.504/97, impede-se o controle político das agremiações partidárias por órgãos do Estado, sem a indevida interferência na vida privada das autoridades (pessoas físicas) que desejam contribuir com determinada campanha eleitoral. Registre-se que, nas campanhas eleitorais, as únicas restrições às doações de pessoas físicas são as estabelecidas no art. 23, da Lei n. 9.504/97.

Mantido o entendimento dado pelo TSE ao tema, na Resolução objurgada, efetivar-se-á inexorável lesão ao Direito Fundamental Civil e Político de Participação Cidadã e mesmo do Partido Político, criando-se a estranha situação de que os filiados estariam impedidos de contribuir com a agremiação política que escolheram, vendo-se, num primeiro momento, cerceados no direito líquido certo e exigível de proceder às contribuições com as quais concordaram ao se filiarem; num segundo momento, em decorrência da limitação de seu direito, ver-se-iam arriscados à perda do exercício de parte de seus direitos políticos partidários.

Sem dúvidas que isto implicaria o que a moderna doutrina do Direito Constitucional nomina como obrigação negativa de não regressividade social, no sentido de que, na medida em que o Estado Social é uma realidade limitada, mas em parte efetiva, tanto o legislador como a administração devem respeitar e não interferir na liberdade de ação e uso daqueles recursos básicos que os indivíduos ou as coletividades tenham alcançado²⁷.

IV. REFERÊNCIAS

- ALFONSO, Luciano Parejo. **Derecho Administrativo**. Madrid: Ariel, 2003.
- ARANGO, Rodolfo. **El concepto de Derechos Sociales Fundamentales**. Colombia: Legis, 2008.
- DRYZEK, John. **Deliberative Democracy and Beyond: liberals, critics and contestations**. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- FABRE, Cécile. **Social Rights under the Constitution**. Oxford: Clarendorf Press, 2009.
- FRIEDRICH, Carl J. **Authority, Reason and Discretion**. New York: Harvard University Press, 1998.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Los Derechos Humanos**. Madrid: Tecnos, 2006.

²⁷ Conforme quer FABRE, Cécile. **Social Rights under the Constitution**. Oxford: Clarendorf Press, 2009. p. 79.





Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?*

Interamerican Court of Human Rights and judicial review: judicialization and judicial activism in protection of human and fundamental rights?

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL**

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil)
moniah@unisc.br

Recebido/Received: 19.06.2014 / June 19th, 2014

Aprovado/Approved: 25.07.2014 / July 25th, 2014

Resumo

A discussão acerca da legitimidade e dos limites dos Tribunais Constitucionais não é nova, especialmente diante de fenômenos como judicialização e ativismo judicial. Podem, contudo, estes referenciais teóricos de análise ser aplicados, também, aos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos?

Abstract

The legitimacy and the limits of judicial review are themes that have been discussed for a long while in Constitutional Theory, especially considering phenomena like “judicialization” and “judicial activism”. But can these theoretical studies also be used as analysis element in the case of International Courts of Human Rights?

Como citar este artigo | How to cite this article: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>

* Este artigo é resultante das atividades do Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP, financiado pelo FINEP e vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde a autora desenvolve o projeto de pesquisa “Controle jurisdicional de Políticas Públicas: análise comparativa da atuação do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Constitucional alemão e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no controle de políticas públicas de inclusão social e a relevância da atuação do *amicus curiae* como instrumento de legitimação dessas decisões no Brasil” na condição de coordenadora. O artigo se insere, também, no âmbito do projeto “Recepção da jurisprendência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais do Brasil e do Chile - rumo a um Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana”, que conta com recursos do Edital de Internacionalização da Pós-Graduação no Rio Grande do Sul-2013 da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS e da Fundação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Ele também se insere no âmbito das atividades desenvolvidas junto ao “Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana”, que conta com recursos do FINEP.

** Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS), onde leciona as disciplinas de Jurisdição Constitucional e Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Coordenadora adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Membro do Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; jurisdição constitucional; ativismo judicial; direitos humanos e fundamentais.

Keywords: *Interamerican Court of Human Rights; judicial review; judicial activism; human and fundamental rights.*

SUMÁRIO

1. Introdução. **2.** A Jurisdição constitucional na ordem democrática: os Tribunais Constitucionais como “senhores da Constituição”. **3.** Judicialização e ativismo judicial: duas faces da mesma moeda, mas não necessariamente a mesma moeda. **4.** A Corte Interamericana de Direitos Humanos: a realização dos direitos humanos justifica tudo? **5.** Conclusão. **6.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional adquiriu grande relevo no contexto do Estado Constitucional, enquanto garantidora da Constituição e dos direitos fundamentais. Sua proeminência é decorrente, por sua vez, da própria centralidade e supremacia que caracterizam seus objetos de controle. Ao exercer suas competências, contudo, os Tribunais Constitucionais acabam, por vezes, sendo criticados e questionados acerca dos limites de sua atuação. Expressões como “judicialização” e “ativismo judicial” aparecem, então, de forma recorrente. No mesmo sentido, mais recentemente, também os Tribunais Internacionais (e, neste particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos) adquiriram proeminência, atuando de forma cada vez mais intensa na proteção dos direitos humanos e fundamentais. Assim, a questão que norteia o presente trabalho é se e em que medida estes referenciais de análise podem, também, ser aplicados aos Tribunais Internacionais.

Assim, o presente artigo intenta enfrentar alguns aspectos centrais a esta discussão. Seu objeto refere-se, portanto, mais a uma contribuição no sentido de qualificação do debate do que a uma busca por uma resposta direta para o problema dos limites de sua atuação. Para tanto, delinea-se, num primeiro momento, uma rápida evolução histórica acerca da jurisdição constitucional e dos aspectos que conduzem às noções de “judicialização” e de “ativismo judicial” abordadas no segundo ponto, para, então, se buscar contrastar a aplicação destes conceitos aos Tribunais Internacionais. Por fim, no último tópico, analisa-se o processo de restrição da soberania externa, ao qual a atuação dos Tribunais Internacionais está associada, contrastando-o com o fenômeno de limitação do poder que ocorreu, no âmbito interno, por meio do estabelecimento do Estado de Direito e da Constituição (reforçada pelos Tribunais Constitucionais), apontando-se algumas dificuldades teóricas e imprecisões terminológicas que as categorias trabalhadas apresentam, o que dificulta, muitas vezes, uma reflexão adequada e o estabelecimento de padrões claros de atuação para esses Tribunais.

O que se pretende, portanto, é contribuir para uma melhor compreensão destes aspectos, para que se possa qualificar e aprofundar o enfrentamento da matéria, assim

como com a atuação dos Tribunais Constitucionais e dos Tribunais Internacionais em sua tarefa de concretização dos direitos humanos e fundamentais, que deve contribuir – e não colocar em risco – a democracia.

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ORDEM DEMOCRÁTICA: OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS COMO “SENHORES DA CONSTITUIÇÃO”

O ativismo judicial, associado a uma postura ativa e interventiva dos Tribunais Constitucionais no sentido de realização da Constituição e de concretização dos Direitos Fundamentais, tem sido um dos aspectos mais controversos e discutidos pela Teoria Constitucional contemporânea, especialmente no que tange à sua legitimidade democrática, em face de uma – suposta – violação do princípio da separação dos poderes, pois, ao tentar levar a cabo suas tarefas constitucionais, o Poder Judiciário acaba, muitas vezes, sendo acusado de invadir competências reservadas aos poderes públicos e à discricionariedade administrativa ou legislativa, atuando, assim, de forma positiva, e não meramente negativa, como originariamente era sua função.

Neste sentido, percebe-se que a atual jurisdição constitucional em nada se parece com o controle de constitucionalidade inaugurado pelo célebre caso *Marbury v. Madison*¹ (1803), nos Estados Unidos, que deu, quase que “acidentalmente”², início ao fenômeno. John Marshall, participando do julgamento enquanto juiz, sustentou a tese de que a lei que fundamentava a ação impetrada era inconstitucional, pois ela atribuía à Suprema Corte poderes originariamente não previstos ou fixados pela Constituição, não podendo, portanto, ser a sua competência ampliada senão pela própria Constituição. Sustentou, então, a tese de que a Constituição é a base de todos os direitos e a lei suprema do ordenamento jurídico, de modo que o seu conteúdo é imodificável pelas vias ordinárias, ou seja, as demais leis têm de estar de acordo com os princípios por ela consagrados³ – justificando-se, assim, um controle dos atos legislativos que a

¹ Consta dos assentos históricos que John Marshall, o “autor” da teoria da inconstitucionalidade, era amigo do então presidente americano Adams, que, no último dia de seu governo, fez um enorme número de nomeações em favor de seus correligionários; no entanto, diz-se que nem todos os beneficiários receberam seus atos de nomeação, que então foram sustados pelo novo presidente, Thomas Jefferson. Um dos prejudicados, de nome *Marbury*, que havia sido indicado para ser juiz de paz e não foi empossado a tempo, ingressou com um *writ of mandamus* perante a Corte para obrigar o novo secretário de Estado, Madison, a empossá-lo.

² Note-se, por oportuno, que a figura do controle de constitucionalidade não aparece expressamente prevista no texto da Constituição americana de 1787. Trata-se, antes, de uma construção feita a partir da Constituição. Neste sentido, ver a obra de COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. pp. 72 et seq., que traz uma ampla e rica gama de informações sobre o tema.

³ Conforme SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 30.

contrariam – porque, do contrário, aceitar-se-ia a idéia de que qualquer ato legislativo pode modificá-la.

A ideia de controle de constitucionalidade ali historicamente desenvolvida, contudo, muito pouco se assemelha com a realidade da jurisdição constitucional atual.⁴

Da mesma forma, tampouco o Tribunal Constitucional idealizado por Hans Kelsen, por ocasião de seu célebre debate com Carl Schmitt acerca de a quem melhor caberia a tarefa de zelar pela Constituição, em meio às tentativas de estabilização da República de Weimar⁵, na Alemanha, poderia imaginar no que ele viria a se transformar no atual contexto democrático.

Tal sistema, ao adotar uma lógica concentrada de controle, difere, por sua vez, da *judicial review* americana – de caráter difuso – em aspectos decisivos, pois confia a um único tribunal, o Tribunal Constitucional, a tarefa de preservar a Constituição.⁶ Kelsen idealizou o controle de constitucionalidade como uma função não propriamente judicial, senão de “legislação negativa”⁷, em que cabe, a este órgão, analisar tão-somente o problema (puramente abstrato) de compatibilidade lógica entre a lei e a Constituição. Trata-se, por conseguinte, de uma atividade que se aproxima da do legislador, porquanto possui uma dimensão geral e abstrata (que se aproxima da do legislador), e não uma decisão singular e concreta, típica da atividade jurisdicional.⁸

Além disso, ao incumbir-se o Poder Legislativo da indicação dos seus membros, buscou-se construir, a partir do resgate da noção de *volonté générale*, uma legitimidade e legitimação indiretas para este novo órgão⁹, adotando-se, assim, uma compreensão que destaca a supremacia da Constituição, porém sem comprometer a essência do mito da soberania legislativa, tão caro ao direito continental europeu.¹⁰ Deste modo, o Tribunal Constitucional, de concorrente do Parlamento, acaba sendo colocado como

⁴ HÄBERLE, Peter. **Verfassungslehre als Kulturwissenschaft**. 2. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1982.

⁵ Sobre a estrutura da jurisdição constitucional na República de Weimar, ver o resgate histórico feito por ROBBERS, Gerhard. **Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit**. In: Juristische Schulung: Zeitschrift für Studium und Ausbildung (JuS). Heft 4. München: C.H. Beck, 1990. p. 262.

⁶ A título ilustrativo, confirmando o que foi dito acima, André Ramos Tavares, em sua obra sobre a figura da jurisdição constitucional, traz um interessante levantamento das Constituições ao redor do mundo que acabaram por incorporar o sistema “kelseniano” de controle de constitucionalidade. Em: TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 81 **et seq.**

⁷ KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. In: Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatslehrer (VVDStRL), Band 5. Berlin: Walter Gruyter, 1929. p. 81.

⁸ KELSEN, Hans. **Wesen und Wert der Demokratie**. Tübingen: Mohr, 1929. p. 57.

⁹ Registre-se que, na maioria dos países, a indicação dos integrantes do referido tribunal é feita pelo Parlamento, constituindo-se de mandato fixo. Ver HAAS, Evelyn. **La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad**. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 10. ed. Montevideo: Konrad Adenauer, 2004. p. 104.

¹⁰ Tal fato ganha destaque, sobretudo, na percepção de Enterría, ao se ter presente o risco que representava a adoção de um sistema de controle de constitucionalidade das leis, especialmente na Alemanha, onde as posições românticas da **Escola Livre do Direito** alimentavam uma revolta dos juízes contra a lei. Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1985. p. 58.

o seu complemento lógico, realizando não uma apreciação com relação ao conteúdo da lei, mas tão-somente analisando a sua *validade* (daí dizer-se que ele atua como um “legislador negativo”).¹¹

Houve, no entanto, ao longo desse processo – especialmente no segundo pós-guerra – um afastamento, por parte dos tribunais constitucionais europeus, do modelo de controle concentrado proposto por Kelsen¹², que passou a incorporar e adquirir novas dimensões.

A atual atividade jurisdicional desses Tribunais ultrapassa, em certa medida, a função meramente “negativa” de controle, vindo a adquirir, notadamente, uma dimensão construtiva e criativa, assentada na necessidade de concretização dos princípios e dos direitos fundamentais insculpidos nos textos das Constituições, onde figuras como as sentenças interpretativas e as sentenças manipulativas¹³ tornam-se cada vez mais freqüentes, assim como os recursos a instrumentos hermenêuticos que viabilizem e instrumentalizem a tarefa de realização e de garantia dos direitos fundamentais, ainda que isto implique numa transposição das funções que tradicionalmente lhe foram reservadas.

¹¹ Segundo Haltern, Kelsen concebia a sua teoria como uma forma de proteção e de defesa da democracia; ele só não respondeu, contudo, como se dá a legitimação democrática desta nova e importante instância decisional. HALTERN, Ulrich R.. **Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen: das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus**. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 210.

¹² Sobre o processo de afastamento do modelo original kelseniano que marca a atuação dos Tribunais Constitucionais na Europa, ver o texto de SÁNCHEZ, José Acosta. **Transformaciones de la Constitución en el siglo XX**. In: Revista de Estudios Políticos, n. 100, abril-junio 1998. pp. 67 *et seq.*

¹³ As sentenças interpretativas podem ser tidas como aquelas em que o Tribunal, para dar conta de sua tarefa de preservação e de realização da Constituição, se vale de recursos hermenêuticos e interpretativos – tais como as figuras da interpretação conforme à Constituição e da nulidade parcial sem redução de texto – para assegurar a constitucionalidade dos dispositivos legais questionados. Já no caso das chamadas sentenças manipulativas (aditivas, redutivas ou substitutivas) o Tribunal, com a mesma finalidade de assegurar a conformidade de determinada norma com a Constituição, prefere manipulá-la textualmente, isto é, altera o seu texto original (acrescentando, retirando ou substituindo, respectivamente, conforme o caso) evitando, assim, a declaração de inconstitucionalidade. Sobre as sentenças interpretativas e manipulativas, ver o nosso texto LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal. Interpretação conforme à Constituição x nulidade parcial sem redução de texto: semelhanças, diferenças e reflexão sobre sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal. In: REIS, J. R. dos; LEAL, R. G. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, Tomo 6, pp. 1563-1586. Também ABELLÁN, Marina Gascón. **Los límites de la jurisdicción constitucional**. In: LAPORTA, Francisco (org.). **Constitución: problemas filosóficos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; ELIA, Leopoldo. **Constitucionalismo cooperativo, racionalidad y sentencias aditivas en la jurisprudencia italiana sobre control de normas**. In: PINA, Antonio López. **División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional**. Madrid: Tecnos, 1987. No Brasil, a temática é enfrentada por MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998 e STRECK, Lênio Luiz. **Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a Arguição de Preceito Fundamental e a crise de efetividade da Constituição brasileira**. In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (org.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Diante de tal quadro, não tardaram as críticas ao que se convencionou chamar de “ativismo judicial”, estando a maioria delas assentada no argumento do paternalismo¹⁴ representado pela jurisprudência de valores incorporada por esses Tribunais, que passam a ser, na designação de Böckenförde¹⁵, os “senhores da Constituição” (*Herren der Verfassung*).

Não se pode, contudo, confundir ativismo e judicialização, fenômenos que, frequentemente, são tomados como sinônimos, mas que, apesar de serem duas faces da mesma moeda, possuem fundamentos distintos, sendo que esta “confusão” terminológica em nada contribui para uma reflexão adequada acerca do tema e de suas implicações no âmbito da legitimidade da jurisdição constitucional. Em face disso, tentar-se-á, no tópico que segue, analisar estes dois conceitos em suas causas e particularidades, contrastando-os, a fim de que possam ser melhor compreendidos e, consequentemente, seja possível uma apreciação crítica mais consistente acerca de cada um deles.

3 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: DUAS FACES DA MESMA MOEDA, MAS NÃO NECESSARIAMENTE A MESMA MOEDA

Quando se discutem as funções e a atuação da jurisdição constitucional no atual contexto democrático, são recorrentes as referências a fenômenos como “judicialização” e “ativismo judicial”. Em que pese frequentemente serem empregadas de forma vinculada ou como sinônimos, ambas não podem ser confundidas, pois possuem características e causas distintas.

A judicialização consiste no resultado de um processo histórico, típico do constitucionalismo democrático, que tem por base, notadamente, múltiplos fatores, tais como a centralidade da Constituição e sua força normativa, associada a aspectos como o caráter principiológico, a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (que, ao tomá-los como vinculantes, resulta em conceitos como a *Austrahlungswirkung*¹⁶ e a *Drittwirkung*¹⁷), que, somados, conduzem a uma ampliação e a uma transformação da natureza da atuação da jurisdição constitucional, conforme já referido no item anterior. Sua principal característica reside, portanto, num protagonismo do Judiciário,

¹⁴ Neste sentido, destaca-se, por exemplo, a obra de MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: **Novos Estudos**, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000. pp. 183-202. Também DENNINGER, Erhard. **Der gebändigte Leviathan**. Baden-Baden: Nomos, 1990.

¹⁵ A expressão aparece em diferentes momentos da obra do autor, como, por exemplo, em BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Begriff und Probleme des Verfassungsstaates**. In: Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1999. p. 132.

¹⁶ SCHLINK, Bernhard. **Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit**. In: Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte, Band 28. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

¹⁷ SCHWABE, Jürgen. **Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte**. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr. München: Goldmann, 1971.

que resulta de uma confluência de fatores que conduzem a uma transferência de decisões estratégicas sobre temas fundamentais (tradicionalmente reservadas à esfera política e deliberativa) a este Poder, fazendo com que o direito seja, cada vez mais, um direito judicial, construído, no caso concreto, pelos magistrados.¹⁸

Neste sentido, o constitucionalista norte-americano Mark Tushnet¹⁹, em instigante artigo, faz uma interessante reflexão acerca das dificuldades hermenêuticas e pragmáticas que a referida expressão traz, especialmente em face da inexistência de critérios possíveis e minimamente claros para se estabelecer quando uma decisão é “ativista” ou não (aliás, o autor tenta demonstrar, com base em uma série de exemplos, que, para se determinar o que significa ser “ativo”, é preciso, antes, que se estabeleçam os padrões e critérios do que seria o considerado padrão “normal” de julgamento, aspecto que igualmente se afigura impossível, em face da abertura interpretativa que caracteriza o direito – e especialmente o direito constitucional – atual). Assim, o conceito do que é considerado “ativo” é relativo e variável, dependendo do referencial de análise adotado (ou considerado “normal”), que, por sua vez, também é relativo, pois pressupõe uma atividade interpretativa, que varia no tempo e no espaço.²⁰

4 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS JUSTIFICA TUDO?

Para que se possa compreender adequadamente o tema da atuação dos Tribunais Internacionais, se faz necessário, primeiro, analisar alguns aspectos históricos

¹⁸ A inovação não reside, aqui, na compreensão da jurisprudência como fonte do Direito, mas sim em sua relevância e fundamentalidade, pois ela passa, neste processo, de fonte supletiva a elemento central de conformação da ordem jurídica, pois a atuação do magistrado, no caso concreto, se afigura como determinante para a conformação do direito, por meio de uma atividade criativa, construtiva, de integração do texto normativo com a realidade. Percebe-se, portanto, uma transformação na compreensão da atividade interpretativa (associada à virada lingüística e à chamada “Nova Hermenêutica”), bem como uma transformação do próprio Direito, que, ao adquirir um caráter principiológico e valorativo, vinculado, notadamente, aos direitos fundamentais, demanda uma atuação diferenciada do julgador na sua conformação e concretização. É nesta perspectiva, portanto, que se pode falar de uma certa aproximação entre os sistemas da *common law* (jurisprudencial) e da *civil law* (legalista), pois este último vem, progressivamente, reconhecendo maior espaço e relevância à atividade jurisdicional, vinculada à aplicação do direito – ainda que legislado – ao caso concreto. Sobre a viragem lingüística e seus reflexos na interpretação, HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**. 16. Auflage. Tübingen: Niemeyer, 1986 e GADAMER, Hans-Georg. **Warheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. Tübingen: Mohr, 1972. A respeito da “Nova Hermenêutica” e da jurisprudencialização do Direito, ver KOCH, Hans-Joachim. **Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen**. In: Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ), Heft 11/12, 30. Juni 1986; ISENSEE, Josef. **Bundesverfassungsgericht – quo vadis?** In: Juristen Zeitung (JZ), 22. November 1996; também CITTADINO, Gisele Guimarães. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. pp. 17-42.

¹⁹ TUSHNET, Mark. **The United States of America**. In: DICKINSON, Brice. **Judicial activism in Common Law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007. pp. 415-436.

²⁰ HÄBERLE, Peter. **Zeit und Verfassung (1974) mit Nachtrag (1978)**. In: **Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft**. 3. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. pp. 59-92.

relacionados ao seu surgimento e atuação, que, em certa medida, são muito próximos daqueles que caracterizam a figura da jurisdição constitucional, já mencionada, porém com alguns traços distintivos.

Neste sentido, um aspecto importante a ser considerado reside na compreensão da noção de soberania, que adquiriu, em sua acepção moderna, associada à figura do Estado, dimensões distintas no âmbito interno e no âmbito externo.

A soberania aparece associada a uma ideia de supremacia, de um poder que não está submetido a qualquer outro, seja no âmbito interno, seja no âmbito externo (nas relações do Estado soberano com os demais Estados, também soberanos, pois especialmente aí não há nenhum poder superior – todos são iguais em suas prerrogativas, não se admitindo qualquer ingerência).

A ideia de poder soberano, reconhecido aos monarcas absolutistas, tem como característica a superioridade do poder régio sobre qualquer outro dentro do território no qual se assenta o seu domínio. Os monarcas são soberanos porque não há nenhuma força que os vincule, assim como os conflitos externos entre as diferentes soberanias se resolvem por meio da força ou por meio do consenso recíproco, isto é, também sem a intervenção de qualquer poder “superior”.²¹

Além disso, como bem adverte Ferrajolli, “com a consolidação dos Estados nacionais e com sua plena autonomização dos vínculos ideológicos e religiosos, que haviam cimentado a *civitas christiana* (nação cristã) sob a égide da Igreja e do Império, cai todo e qualquer limite à soberania estatal e se completa, com sua plena secularização, sua total absolutização. Estes dois processos – secularização e absolutização – envolvem ambas as dimensões da soberania, a externa e a interna, e compõem um todo com a formação da ideia moderna do Estado como pessoa artificial, fonte exclusiva do direito e, ao mesmo tempo, livre do direito.”²²

Significa dizer que, ao mesmo tempo em que o discurso do Estado Nacional e da soberania produziram uma monopolização da força na ordem interna, produziram, na ordem externa, uma descentralização – marca distintiva do Direito Internacional desde então – já que, com a conformação do poder em bases territoriais, se produz uma horizontalização das relações entre Estados com igual soberania.

Assim, a afirmação dos Estados-Nação por meio da centralização do poder teve, antes de mais nada, uma dimensão interna: quem exerce o poder soberano é detentor do exercício legítimo do poder supremo, a autoridade máxima e absoluta da comunidade política, o que conduz, em última análise, a uma monopolização do uso legítimo da força por parte das autoridades centrais. Em contrapartida, no âmbito externo, a

²¹ CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 116.

²² FERRAJOLLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 16-17.

soberania passou a significar a inexistência de qualquer poder politicamente superior ao do Estado no espaço do respectivo território.²³

Daí se pode deprender que a orden jurídica internacional surgiu, já, baseada numa noção de sociedade (em oposição a uma noção de comunidade, baseada em valores compartilhados), caracterizada pela existência de relações horizontais de coordenação, de natureza eminentemente contratual.

Com relação a estes conceitos se pode, por sua vez, buscar em Émile Durkheim a distinção entre direito repressivo (associado a uma noção de solidariedade mecânica, que liga o indivíduo diretamente à sociedade) e direito restitutivo (assentado em uma noção de solidariedade orgânica, que tem como pressuposto a diferenciação entre os indivíduos), respectivamente.

Transpondo-se esta reflexão para a órbita do direito internacional, é possível perceber que é exatamente esta última a característica originariamente adotada pela comunidade de Estados, na esfera externa, a partir da conformação de sua soberania interna. Na perspectiva externa, os Estados se apresentam como verdadeiras fortalezas, fechadas, protegidas pelo princípio da não-ingerência. Poderia haver, alternativamente, uma luta entre soberanias, isto é, a guerra (uma eventualidade regulada – e, portanto, não necessariamente proibida – pelo direito internacional), bem como a coexistência de distintas soberanias mediante a criação de relações horizontais e paritárias disciplinadas por normas de cuja criação haviam participado livremente os próprios Estados (os Tratados Internacionais e os costumes). Estava, em contrapartida, excluída – porque isto confrontaria com a sua natureza soberana – a possibilidade de uma autoridade superior, à qual os Estados tivessem que se submeter (um governo supranacional ou até mundial).²⁴

Trata-se, assim, de um direito restitutivo, e não repressivo, de relações pautadas não pelo compartilhamento de sentimentos comuns, mas pelo respeito à diferença e à autonomia de cada um de seus sujeitos, que se obrigam por meio de contratos – neste caso, os Tratados – em que restam garantidas as prerrogativas de autodeterminação das partes. O principal escopo é, portanto, assegurar as esferas de atuação e de não-intervenção de cada Estado.

É possível sustentar, por conseguinte, que a noção de soberania se apresenta em duas perspectivas distintas, que, historicamente, seguiram lógicas também distintas: uma interna, que tendeu a ser restringida ao longo do tempo, especialmente em

²³ PUREZA, José Manuel. **El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad?** Traducción de Joaquín Alcaide Fernández. Madrid: Trotta, 2002. pp. 31-32. Segundo a historiografia internacionalista, remonta à Paz de Westfalia (1648), que pôs fim à Guerra dos Trinta Anos, o surgimento da estrutura da comunidade internacional na forma que permaneceu até o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945. Cf. CASSESE, Sabino. **La crisis del Estado**. Traducción de Pascual Caiella y Juan González Moras. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

²⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999. pp. 10-11.

virtude da instituição da noção de Estado de Direito de da própria Constituição, e outra externa – na relação com os demais Estados – que, em um primeiro momento, tendeu a absolutizar-se.²⁵

Esta é a concepção de Ferrajolli, que sustenta que a idéia de soberania como *potestas absoluta superiorem non recognoscens* corresponde a dois eventos paralelos e divergentes: aquele da soberania interna, que é a história de sua progressiva limitação e dissolução paralelamente à formação dos Estados Constitucionais e Democráticos de Direito; e aquele da soberania externa, que é a história de sua progressiva absolutização, que alcançou seu ápice na primeira metade do Século XX, com as catástrofes provocadas pelas guerras.²⁶

A noção de soberania abarca, portanto, acepções que consistem em processos que se dão em sentidos opostos.²⁷ Dentro deste contexto, a primeira a ser teorizada foi a soberania externa, por teólogos espanhóis, ainda no Século XVI²⁸, antes mesmo das doutrinas acerca da soberania interna propostas por Bodin e por Hobbes. Depois, Francisco de Vitoria, visando a legitimar o direito de descoberta, acabou por reelaborar as velhas doutrinas sobre o tema, lançando as bases para o Direito Internacional moderno e, simultaneamente, do conceito moderno de Estado como sujeito soberano.

O núcleo central de sua tese reside na idéia de que a ordem mundial é uma *communitas orbis*, ou seja, uma república de Estados soberanos, igualmente livres e independentes, portadores de determinados direitos naturais que devem ser respeitados pelos demais Estados.

Já na esfera interna, verificou-se uma progressiva limitação do conceito, uma vez que “com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, e depois com sucessivas cartas constitucionais, muda a forma do Estado e, com ela, muda, até se esvaziar, o próprio princípio da soberania interna. De fato, divisão dos poderes, princípio

²⁵ “Se soberania é poder absoluto, que não reconhece nenhum outro acima de si, historicamente o que se viu, nos últimos quatro séculos, foi, no interior dos Estados, a crescente dissolução da soberania e a afirmação dos Estados Democráticos e constitucionais e, externamente, a progressiva absolutização do conceito.” CAMPILONGO, Celso Fernandes. Apresentação. In: FERRAJOLLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Cocchioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Hoje, contudo, em face do direito internacional, este conceito tende a se relativizar.

²⁶ FERRAJOLLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Cocchioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 03.

²⁷ “Essa dúplici oposição entre estado civil e estado de natureza dá origem, a partir da Revolução Francesa, a duas histórias paralelas e opostas da soberania: a de uma progressiva limitação interna da soberania, no plano do direito estatal, e a de uma progressiva absolutização externa da soberania, no plano do direito internacional. (...) Soberania externa e soberania interna seguem nessa fase dois percursos inversos: aquela se limita tanto quanto esta se liberta.” Ibidem. p. 27.

²⁸ Alguns elementos históricos apontam, conforme entendimento de certos autores, para a necessidade de justificação da conquista e da dominação do Novo Mundo, com as grandes navegações, como fator propulsor dessas teorias – entre elas a de Francisco de Vitoria – que acabaram obtendo enorme reconhecimento.

de legalidade e direitos fundamentais correspondem a tantas outras limitações e, em última análise, a negações da soberania interna.”²⁹

Existem, pois, segundo o autor italiano, uma antinomia irredutível entre soberania e direito, já que ambos são “incompatíveis” em termos absolutos. Em um Estado de Direito, onde todos estão sujeitos à lei, não é possível falar-se em um poder livre, não submetido à ordem legal, dissolvendo-se, assim, a noção pura de soberania.³⁰

Na esfera internacional, este processo se dá, por sua vez, a partir do surgimento de organizações e de tratados internacionais³¹, que acabam por gerar uma verdadeira ordem supranacional. De um pacto associativo, o Direito Internacional se transforma em um pacto de sujeição, que equivale a um verdadeiro contrato social internacional, por meio do qual o Direito Internacional se modifica estruturalmente, passando de um sistema baseado em tratados bilaterais *inter partes* (homogêneas) a um verdadeiro ordenamento jurídico supraestatal; não mais um simples pacto associativo, senão que também um *pactum subjectionis*.³²

Pode-se vislumbrar, portanto, uma consolidação do direito repressivo de Durkheim também na esfera internacional³³, sendo que os Estados estão, cada vez mais, limitados em sua soberania, tanto interna quanto externa.³⁴

²⁹ Assim, ainda conforme o autor, “o modelo de Estado de Direito, por força do qual todos os poderes ficam subordinados à lei, equivale à negação da soberania, de forma que dele resultam excluídos os sujeitos ou os poderes *legibus soluti*.” Ibidem. p. 28.

³⁰ “Ao menos no plano da teoria do direito, a soberania revelou-se, em suma, um pseudo-conceito ou, pior, uma categoria antijurídica. Sua crise – agora o podemos afirmar – começa justamente, tanto na sua dimensão interna quanto naquela externa, no mesmo momento em que a soberania entra em contato com o direito, dado que ela é a negação deste, assim como o direito é a sua negação. E isso, uma vez que a soberania é a ausência de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que o direito consiste.” Ibidem. p. 44.

³¹ Especialmente a Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 1945, após o término da II Guerra Mundial, e que possui certa função de supranacionalidade e de vinculação dos Estados – ainda que alguns eventos internacionais recentes, especialmente a invasão do Iraque pelos Estados Unidos, tenham colocado em risco este papel. Não se pode negar, contudo, que houve, desde então, um progressivo processo de internacionalização do Direito, principalmente com base nos direitos humanos e fundamentais. Tanto que alguns autores, como é o caso de Jorge Miranda, sustentam a supremacia da legislação internacional relativa ao tema sobre as legislações internas dos países, em uma inversão da tradicional pirâmide que tinha em seu ápice a lei constitucional de cada Estado. Nesta perspectiva, o próprio caso do Brasil é paradigmático, pois a Constituição de 1988 estabelece, em seu art. 5º, parágrafo 2º, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Trata-se, assim, de uma inquestionável sujeição à ordem internacional, refletida pela adoção da teoria monista, como se pode depreender da leitura da obra de PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 111.

³² FERRAJOLLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 40-41.

³³ PUREZA, José Manuel. El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad? Traducción de Joaquín Alcaide Fernández. Madrid: Trotta, 2002. p. 25.

³⁴ Crise que Bolzan de Moraes denomina de crise funcional. O que se verifica atualmente é, conforme o autor, uma interdependência internacional, determinada por fatores políticos, econômicos e/ou militares, que leva a uma ideia de cooperação jurídica, mais do que a um reforço das concepções tradicionais de soberania. Por mais que sua ideia persista, ela foi profundamente transformada, em razão de uma série de fatores, tais como: comunidades supranacionais; capitalismo financeiro (empresas transnacionais que não possuem qualquer

Tem-se, pois, que a atuação dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos corresponde, na ordem externa, à função de vinculação e de restrição da soberania que se operou no âmbito interno dos Estados com a consolidação do Estado de Direito, da Constituição e, mais tarde, dos Tribunais Constitucionais encarregados de sua guarda.

Também eles sofrem, por conseguinte, os influxos das causas do processo de judicialização referido no tópico anterior, vinculadas, sobretudo, à proteção dos direitos humanos, que ganhou força, na esfera internacional, com a tendência de criação de Tribunais e de Cortes Internacionais³⁵, encarregadas de aplicar e de julgar os casos em que esteja configurada uma violação de tais direitos por parte dos Estados-membros, avançando-se com relação às meras Declarações, desprovidas de caráter constitutivo.

Nesta perspectiva, também o fenômeno do ativismo judicial pode ser aplicada às Cortes Internacionais. Um ilustrativo exemplo disso reside na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, invocando os direitos das vítimas do Regime Militar, decidiu, em dezembro de 2010, condenar o Brasil a indenizar as famílias em virtude do sofrimento causado pela falta de investigações efetivas, assim como pela negativa de acesso a essas informações por parte do Estado. Determinou, ainda, que o país deve processar e julgar, penalmente – por meio da justiça ordinária, comum – os responsáveis por tais atos.³⁶

O que ocorre é que, assim como há ocorrido em outros países da América Latina (como Chile e Argentina, por exemplo), o Supremo Tribunal Federal havia, poucos meses antes, julgado constitucional a Lei da Anistia, entendendo que ela abarca todos os crimes praticados por ocasião do regime ditatorial (incluídos, aí, os crimes comuns, como homicídio, tortura, seqüestro e estupro), havendo este, inclusive, sido o principal argumento sustentado pela defesa do Brasil por ocasião de seu julgamento internacional.

Por fim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que o país deveria criar políticas públicas de resgate da verdade e da memória, incluindo, em suas

vínculo com os países em que estão localizadas, impondo determinadas atitudes aos Estados, assim como afetando diretamente sua economia); Organizações Não-Governamentais – ONGs (que atuam em setores variados, sendo que seus relatórios podem trazer reconhecimento ou repúdio no nível internacional); novas relações sociais (grupos sociais, como sindicatos e organizações), que passaram a produzir e a impor determinadas decisões; organismos internacionais (que possuem casos de intervenção direta, além de atuações determinadas por alguns Estados dominantes). MORAIS, José Luís Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. pp. 23 e ss.

³⁵ São exemplos, aqui, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal Penal Internacional, a Corte Internacional de Justiça de Haia, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, entre outros.

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**, juzgado en 24 de noviembre de 2010.

ações, a participação e o acesso das famílias das vítimas³⁷, ou seja, impondo ações em campos tradicionalmente reservados à ação política, intervindo, assim, diretamente, em matéria própria da soberania do país.

Neste contexto, a pergunta que se põe é até que ponto a realização dos direitos das vítimas pela Corte pode “invadir” espaços de autodeterminação dos Estados. Quais são, então, os limites de sua atuação? A determinação de que o país deve indenizar as famílias das vítimas parece adequada às competências da Corte no julgamento do caso, porque se trata da apreciação de fatos específicos, que envolvem a violação de determinados direitos humanos e fundamentais por parte do Estado, que, em sua Constituição, reconhece e se submete à jurisdição dos Tribunais Internacionais.³⁸ Mas pode a Corte determinar ao Estado que implemente determinadas políticas públicas, impondo uma série de ações a diferentes órgãos estatais e em diferentes níveis? Poderia esta atuação ser caracterizada, então, como ativista?

O problema é que “ativismo judicial” é um termo tão aberto quanto as normas de princípio garantidoras de direitos fundamentais contidas nos textos constitucionais; o conceito do que é considerado “ativo” é relativo e variável, pois demanda, sempre, também ele, uma atividade interpretativa que não possui *standards* definidos, que variam no tempo e no espaço.

Ainda que se estabeleçam parâmetros a esta atuação (como, por exemplo, que os Tribunais – Constitucionais e Internacionais, respectivamente – não podem invadir as competências próprias dos demais Poderes ou a soberania dos Estados), também os limites e competências de cada um dos Poderes, assim como a noção de soberania, são conceitos abertos, carentes de interpretação. Além disso, a extensão de até onde podem ir os Tribunais depende e varia de acordo com a própria concepção de interpretação adotada.³⁹

³⁷ A proposta de criação de uma “Comissão da Verdade” foi aprovada pelo Parlamento brasileiro em setembro de 2011, dando início, assim, depois de mais de vinte anos, ao processo de investigação e de conhecimento dos fatos ocorridos. Apesar da aprovação legislativa, contudo, a referida Comissão somente foi nomeada, pela Presidenta da República, no final de maio de 2012.

³⁸ A Constituição brasileira de 1988 deixa evidente, em sua redação, em diferentes momentos, a preocupação com a dignidade humana e com a proteção e prevalência dos direitos humanos e sua efetividade, como por exemplo:

Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.

Art. 4º: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos.

Art. 5º, parágrafo 4º: O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

³⁹ A assim denominada “Nova Hermenêutica”, por exemplo, ao tomar a atividade interpretativa como uma atividade de caráter criativo (*Sinngebung*), reconhece um espaço bem mais amplo de decisão ao magistrado do que a interpretação de cunho exegético, que compreende a interpretação como um mero ato de conhecimento da lei, que possui um conteúdo imanente que apenas necessita ser “descoberto”

Está-se, assim, diante de uma sequência de conceitos abertos, de maneira que a fixação de limites de atuação para os Tribunais demanda, ela mesma, uma ponderação, que permite diferentes respostas, dependendo de algumas variantes (aspectos históricos de conformação de determinada sociedade, o sistema constitucional de competências adotado, o funcionamento das instituições, etc.).

Diante da vagueza dos conceitos trabalhados, uma coisa, contudo, é certa: os Tribunais devem contribuir, e não colocar em risco, a democracia; estes limites, entretanto, não são claros e estão (devem estar) – permanentemente – abertos à discussão e ao debate.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, não restam dúvidas de que a figura da jurisdição constitucional adquiriu profunda relevância no contexto do Estado Democrático de Direito, sendo que sua atuação se afasta, em certa medida, daquela propugnada por Kelsen por ocasião da criação do Tribunal Constitucional, adquirindo novos e desafiantes delineamentos. O mesmo vale para os Tribunais Internacionais, que tem desempenhado (ainda que em momento posterior), no âmbito internacional, o mesmo papel de limitação da soberania e de restrição do poder que se verificou, na esfera interna, por meio da Constituição, no Estado de Direito.

Este protagonismo está vinculado e é resultado, por sua vez, dentre outros aspectos, da supremacia da Constituição e da dimensão objetiva atribuída aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, que possuem um caráter marcadamente principiológico, dependente de interpretação e de concretização em face da realidade concreta. Além disso, a preocupação com a força normativa da Constituição faz com que os órgãos encarregados de sua guarda e proteção ganhem destaque, ampliando-se, assim, os seus espaços de atuação. O mesmo se pode dizer com relação às Cortes Internacionais, que ganharam força especialmente a partir do segundo pós-guerra, período em que os direitos humanos adquirem uma nova dimensão.

É dentro deste contexto que surgem as manifestações acerca do “ativismo judicial”, que não pode, contudo, ser confundido com o fenômeno da judicialização, que se opera no âmbito da relação entre Direito e Política, repercutindo, por sua vez, também na relação entre os Poderes.

A pesar de interdependentes, ambos não se confundem, caracterizando-se, a judicialização, antes, como o resultado de um processo que possui múltiplas causas e que conduz a uma ampliação dos espaços de atuação da jurisdição constitucional em termos institucionais, decorrente, entretanto, de fatores em certa medida externos ao

(Auslegung) pelo intérprete. Neste contexto, os parâmetros do que seja “ativismo” são, evidentemente, bastante distintos.

Poder Judiciário. Já o ativismo judicial possui uma dimensão e um caráter mais interno, podendo ser classificado, antes, como algo vinculado à postura do julgador ou do Tribunal no cumprimento de suas funções. Não se pode desconsiderar, porém, que, apesar dessa distinção, ambos se relacionam, pois o processo de judicialização, em virtude de suas características, favorece o aparecimento de condutas “ativistas” (ainda que, conforme aduzido no texto, os parâmetros do que seja uma decisão ativista não possam ser fixados de forma objetiva, deixando margem a interpretações). O ativismo pode se fazer presente mesmo em um contexto de competências reduzidas ou de restrição da atuação dos Tribunais; assim, uma decisão que em um determinado tempo e lugar poderia ser classificada de ativista pode ser recebida como absolutamente “normal” em outro, uma vez que estes conceitos são, conforme já dissemos, relativos.

Ambos são, contudo, frequentemente tomados como sinônimos, fator que não contribui em nada para uma discussão adequada acerca da matéria. Estes aspectos necessitam, portanto, ser devidamente considerados se se quiser proceder a uma reflexão adequada acerca de um tema tão fluído e complexo como é o dos limites e da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, debate este que não se pode dar em termos generalistas e reducionistas.

Neste sentido, tampouco se podem indicar padrões objetivos para a atuação da jurisdição constitucional e dos Tribunais Internacionais, de maneira que os seus contornos são tão imprecisos e variáveis quanto os conceitos aqui analisados. Esta é, portanto, uma pergunta cuja resposta permanece sempre em aberto, o que não impede, contudo, que a sua resposta seja permanentemente buscada ou, pelo menos, discutida.

6. REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. **Los límites de la jurisdicción constitucional**. In: LAPORTA, Francisco (org.). **Constitución: problemas filosóficos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 18, abr./jun 2009. Disponível em: [HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br).

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Begriff und Probleme des Verfassungsstaates**. In: Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation**. In: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Heft 1, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Die Methoden der Verfassungsinterpretation: Bestandsaufnahme und Kritik**. In: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Heft 46, 16. November 1976.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Staat, Verfassung, Demokratie**: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 44. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011.

BROHM, Winfried. **Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie?** In: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Heft 01, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Apresentação**. In: FERRAJOLLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CASSESE, Sabino. **La crisis del Estado**. Traducción de Pascual Caiella y Juan González Moras. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

CITTADINO, Gisele Guimarães. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. pp. 17-42.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**, juzgado en 24 de noviembre de 2010.

DENNINGER, Erhard. **Der gebändigte Leviathan**. Baden-Baden: Nomos, 1990.

ELIA, Leopoldo. **Constitucionalismo cooperativo, racionalidad y sentencias aditivas en la jurisprudencia italiana sobre control de normas**. In: PINA, António López. **División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional**. Madrid: Tecnos, 1987.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1985.

FERRAJOLLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Warheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. Tübingen: Mohr, 1972.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HAAS, Evelyn. **La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad**. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 10. ed. Montevideo: Konrad Adenauer, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Verfassungslehre als Kulturwissenschaft**. 2. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1982.

HÄBERLE, Peter. **Zeit und Verfassung (1974) mit Nachtrag (1978)**. In: Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. 3. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. pp. 59-92.

HALTERN, Ulrich R.. **Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen: das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus**. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**. 16. Auflage. Tübingen: Niemeyer, 1986.

ISENSEE, Josef. **Bundesverfassungsgericht – quo vadis?** In: Juristen Zeitung (JZ), 22. November 1996.

KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. In: Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatslehrer (VVDStRL), Band 5. Berlin: Walter Gruyter, 1929.

_____. **Wesen und Wert der Demokratie**. Tübingen: Mohr, 1929.

KOCH, Hans-Joachim. **Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen**. In: Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ), Heft 11/12, 30. Juni 1986.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal. Interpretação conforme à Constituição x nulidade parcial sem redução de texto: semelhanças, diferenças e reflexão sobre sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal. In: REIS, J. R. dos; LEAL, R. G. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, Tomo 6, pp. 1563-1586.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta**. Reflexões acerca dos limites e da legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática – uma análise a partir da teoria constitucional alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: **Novos Estudos**, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000. pp. 183-202.

MELLO, Celso de. **Discurso na posse do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na presidência do Supremo Tribunal Federal brasileiro**, em 23 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 abr. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PUREZA, José Manuel. **El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad?** Traducción de Joaquín Alcaide Fernández. Madrid: Trotta, 2002.

ROBBERS, Gerhard. **Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit**. In: Juristische Schulung: Zeitschrift für Studium und Ausbildung (JuS). Heft 4. München: C.H. Beck, 1990.

SÁNCHEZ, José Acosta. **Transformaciones de la Constitución en el siglo XX**. In: Revista de Estudios Políticos, n. 100, abril-junio 1998.

SCHLINK, Bernhard. **Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit**. In: Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte, Band 28. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

SCHWABE, Jürgen. **Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte**. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatsrechtverkehr. München: Goldmann, 1971.

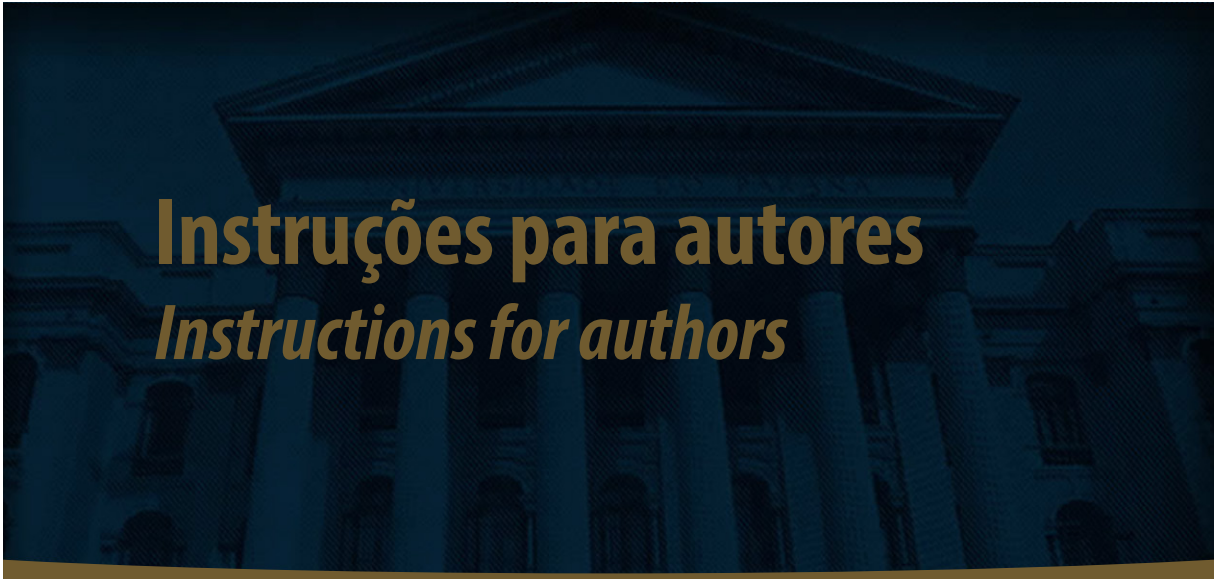
SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

STRECK, Lênio Luiz. **Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a Arguição de Preceito Fundamental e a crise de efetividade da Constituição brasileira**. In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (org.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUSHNET, Mark. The United States of America. In: DICKINSON, Brice. **Judicial activism in Common Law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007. pp. 415-436.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999.



Instruções para autores

Instructions for authors

1. Submissão de artigos

As propostas de artigos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões, por meio de cadastro no Sistema Eletrônico de Revistas da UFPR e acesso mediante login e senha a ser realizado **neste link**. Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

2. Qualificação dos autores

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

3. Ineditismo e exclusividade

Os textos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

4. Idiomas

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

5. Apresentação do texto e elementos pré-textuais

5.1. Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

5.1. As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

5.2. No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

5.3. Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

5.4. No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

5.5. A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

5.5.1. Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

5.5.2. Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

5.5.3. Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

5.5.4. Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

5.5.4.1. Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

5.5.4.2. Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando

mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

5.5.4.3. Indicação de endereço de e-mail para contato.

5.5.4.4. Os três elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

5.5.4.5. Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-currículo, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-currículo do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

5.5.5. Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

5.5.6. Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

5.5.7. Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

5.5.8. Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

5.5.9. Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

5.5.10. Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

5.5.11. Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

5.5.12. Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

5.6. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

5.7. Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

6. Metodologia científica

6.1. As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

6.1.1. O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

6.1.2. Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

6.1.3. As referências deverão constar da seguinte forma:

6.1.3.1. Livros: SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

6.1.3.2. Capítulos de livros coletivos: SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem negrito. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto e vírgula (Org. ou Coord.). **Título da obra ou coletânea em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de “p.”].

Exemplo: SALGADO, Eneida Desiree; COUTO, Mariele Pena de. Uma proposta para o controle social: um olhar prospectivo sobre a transparência e a probidade. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas:** homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 149-164.

6.1.3.3. Artigos em revistas: SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem negrito. **Título da Revista em negrito,** cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil's administrative justice system in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014.

6.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação: SOBRENOME, Nome. **Título do trabalho em negrito:** subtítulo sem negrito. Cidade, ano. número de folhas seguido de "f". Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais:** por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

6.1.4. Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

6.1.4.1. Autor: SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

6.1.4.2. Edição: deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e "ed.". Exemplo: 2. ed.

6.1.4.3. Ano: grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

6.1.5. Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

6.1.5.1. Ausência de cidade: substituir por [s.l.].

6.1.5.2. Ausência de editora: substituir por [s.n.].

6.1.5.3. Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

6.2. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores.

6.2.1. Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

6.2.2. Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

6.2.3. Fica vedado o uso do op. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

6.2.4. Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

7. Redação

7.1. Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

7.2. No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

7.3. As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

8. Artigos resultantes de pesquisas financiadas

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deveram indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

9. Declaração de direitos autorais

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

9.1. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

9.2. Autores mantêm os direitos autorais e concedem à *Revista de Investigações Constitucionais* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a **Licença Creative Commons Attribution** que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

9.3. Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver **O Efeito do Acesso Livre**).

10. Responsabilidade dos autores

10.1. Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

10.2. Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

10.3. No momento da submissão os autores deverão enviar, juntamente com a proposta de artigo, declaração de autoria assinada e digitalizada.

10.4. Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

10.5. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

11. Conflito de interesses

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

11.1. É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

11.2. Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avaliação de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

11.3. Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.

11.4. Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

11.5. Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

11.6. Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não-qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por

parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

11.7. No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista *ad hoc*.

11.8. Se os autores não tiverem certos do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar a secretaria editorial da Revista.

11.9. Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

12. Outras informações

12.1. Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

12.2. Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

12.3. Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

12.3.1. Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

12.3.2. O arrazoadado escrito deverá ser enviado para o e-mail: <revista@ninc.com.br>.

12.3.3. O recurso será analisado pelo Conselho Editorial no prazo de 30 (trinta) dias.