



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 3 | N. 2 | MAIO/AGOSTO 2016 | ISSN 2359-5639







# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 3 | n. 2 | maio/agosto 2016 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral  
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | [www.ninc.com.br](http://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](mailto: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 David Scrok e Editora Íthala  
([www.ithala.com.br](http://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

Catalogação 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](http://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)

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo – Palermo, Itália)

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> 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)

Prof. Dr. h.c. mult. Robert Alexy (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel – Kiel, Alemanha)

### Secretaria Executiva

Tuany Baron de Vargas

Luzardo Faria

### Equipe de Redação e Revisão

Brunna Marin

Carolina Chagas

Érico Prado Klein

Luzardo Faria

Pedro Henrique Gallotti Kenicke

Renan Guedes Sobreira

Tailaine Cristina Costa

Tuany Baron de Vargas





# Sumário

## Contents

### **Editorial: A dinâmica constitucional em tempos de mudanças e crises políticas**

*Editorial: The constitutional dynamics in times of changes and political crises*

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.47600>

**Daniel Wunder Hachem ..... 6**

### **Explaining state constitutional changes**

*Explicando as alterações nas Constituições estaduais*

**G. Alan Tarr ..... 9**

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46487>

### **Coherence and faith: constitutional interpretation by Akhil Amar and Philip Bobbitt**

*Coerência e fé: interpretação constitucional por Akhil Amar e Philip Bobbitt*

**Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcanti ..... 33**

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46295>

### **Réflexions sur l'état d'urgence**

*Reflections on the state of emergency*

**Jacqueline Morand-Deville ..... 51**

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46476>

### **El proceso electoral federal 2014-2015: México**

*The federal electoral process 2014-2015: México*

**Luis Antonio Corona Nakamura ..... 65**

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.45780>





### **Una lectura neoconstitucional de la teoría del poder de policía**

*A neoconstitutional reading of the power of administrative policy theory*

**Ricardo Marcondes Martins**

**Ana Claudia Santano ..... 87**

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.47575>

### **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais**

*Notes on the existential minimum and its interpretation by the Brazilian Supreme Court under the judicial control of public policies based on social rights*

**Ingo Wolfgang Sarlet**

**Carolina Zancaner Zockun ..... 115**

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>

### **Princípios sobre o direito de acesso à informação oficial na América Latina**

*Principles of the right to access official information in Latin America*

**Ricardo Perlingeiro**

**Ivonne Díaz**

**Milena Liani ..... 143**

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46451>

### **Imposto de renda da pessoa física, isonomia e capacidade econômica: analisando o atributo da generalidade**

*Individual income tax, equality and economic capacity: analyzing the attribute of generality*

**Bruna Estima Borba**

**André Felipe Canuto Coelho ..... 199**

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.45230>

### **Instruções para autores**

*Instructions for authors*

..... 225







# Editorial

## Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.47600>



Licenciado sob uma Licença Creative Commons  
Licensed under Creative Commons

## A dinâmica constitucional em tempos de mudanças e crises políticas

### *The constitutional dynamics in times of changes and political crises*

As sociedades contemporâneas vivenciam momentos de mudanças, transições e fortes crises políticas. Os ordenamentos jurídicos, por meio de seus sistemas constitucionais, devem adaptar-se a essas transformações e conter mecanismos aptos a fornecer estabilidade às instituições democráticas. Em conjunturas de incertezas no cenário político, é preciso que haja uma *dinâmica constitucional* capaz de assegurar as condições materiais necessárias ao desenvolvimento das instâncias de deliberação pública, com o respeito devido aos poderes constituídos, aos arranjos institucionais estabelecidos pelo Direito e aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Essa *dinâmica constitucional* pode se manifestar em diferentes esferas. Poderá se desempenhar no campo das reformas constitucionais, operando por meio das emendas às Constituições; na seara da interpretação constitucional, suscetível inclusive de gerar mudanças informais dos sistemas jurídicos; na esfera dos regimes de exceção, como é o caso do “état d’urgence” instalado na França em razão dos atentados de 2015; no âmbito dos processos eleitorais, gerando alterações nos quadros políticos e administrativos dos Estados; e em tantos outros setores. Esses são alguns dos temas desta edição da **Revista de Investigações Constitucionais**, que mais uma vez conta com

Como citar este editorial | How to cite this editorial: HACHEM, Daniel Wunder. Editorial: A dinâmica constitucional em tempos de mudanças e crises políticas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 6-8, maio./ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.47600>.







um rol diversificado de autores de diversos países, em artigos redigidos em diferentes línguas.

Neste segundo número de 2016, publicamos artigos em 4 idiomas (inglês, francês, espanhol e português), de autores vinculados a 11 instituições de ensino superior de 5 países diferentes (Estados Unidos da América, França, México, Venezuela e diferentes Estados-membros da República Federativa do Brasil – São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Pernambuco). Dos trabalhos publicados, 87% são de Professores Doutores, 62% redigidos em língua estrangeira, 46% de autores estrangeiros e 96% de autores exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- Explaining state constitutional changes

**G. Alan Tarr**

Professor of Political Science at Rutgers University (Camden-NJ, United States of America)

- Coherence and faith: constitutional interpretation by Akhil Amar and Philip Bobbitt

**Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcanti**

LL.M. Candidate, Yale Law School (New Haven, United States of America)

- Réflexions sur l'état d'urgence

**Jacqueline Morand-Deville**

Professeur émérite à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (Paris, France)

- El proceso electoral federal 2014-2015: México

**Luis Antonio Corona Nakamura**

Profesor Investigador Titular B en los programas de Licenciatura, Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidad de Guadalajara (Guadalajara, México)

- Una lectura neoconstitucional de la teoría del poder de policía

**Ricardo Marcondes Martins**

Profesor de Derecho Administrativo de Grado, Maestría y Doctorado de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)

**Ana Claudia Santano**

Profesora Colaboradora del Programa de Posgrado (Maestría y Doctorado) en Derecho de la Pontificia Universidad Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil)

- Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais

**Ingo Wolfgang Sarlet**

Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre-RS, Brasil)





### **Carolina Zancaner Zockun**

Professora de Direito Administrativo dos cursos de Graduação em Direito e Especialização em Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)

- Princípios sobre o direito de acesso à informação oficial na América Latina

### **Ricardo Perlingeiro**

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil)

### **Ivonne Díaz**

Mestre em Direito pela Universidade Nacional Autónoma do México (México D.F., México)

### **Milena Liani**

Professora de Teoria Geral do Direito, Redação de Textos Jurídicos e Metodologia da Pesquisa Jurídica, da Universidade Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela)

- Imposto de renda da pessoa física, isonomia e capacidade econômica: analisando o atributo da generalidade

### **Bruna Estima Borba**

Professora dos cursos de Mestrado e de Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã – ARIC (Recife-PR, Brasil)

### **André Felipe Canuto Coelho**

Professora dos cursos de Mestrado e de Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã – ARIC (Recife-PR, Brasil)

Este seletor conjunto de preciosos trabalhos, elaborados por destacados pesquisadores no cenário nacional e internacional, certamente haverá de contribuir para a estruturação de uma dinâmica constitucional adequada às transformações das sociedades contemporâneas e à superação das crises políticas.

Curitiba, julho de 2016.

**Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem**

Coordenador Editorial da Revista de Investigações Constitucionais





Licenciado sob uma Licença Creative Commons  
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46487>

## Explaining state constitutional changes\*

### Explicando as alterações nas Constituições estaduais

G. ALAN TARR\*\*

Rutgers University (United States of America)  
tarr@camden.rutgers.edu

Recibido el/Received: 04.04.2016 / April 4<sup>th</sup>, 2016  
Aprobado el/Approved: 01.05.2016 / May 1<sup>st</sup>, 2016

#### Resumo

O artigo tem o objetivo de analisar os fundamentos e os métodos de alteração das Constituições estaduais nos Estados Unidos. Reconhece um certo padrão nos processos políticos de mudança das Constituições estaduais, mas também destaca que, em cada caso, alguns grupos sociais específicos atuam de modo mais intenso. Além disso, analisa como forças políticas externas podem influenciar as alterações das Constituições estaduais. Por fim, conclui que, em regra, os Estados Unidos estão atualmente passando por um período em que existe uma certa resistência quanto à criação de novas Constituições estaduais, havendo uma maior preferência popular por alterações pontuais nas Constituições já existentes.

**Palavras-chave:** Alteração constitucional; Constituição estadual; Estados Unidos; Federalismo; Emenda constitucional.

#### Abstract

The article aims to analyze the fundamentals and the methods of state constitutional changes in the United States. It recognizes a certain pattern in the political processes of state constitutional changes, but it also points out that, in each case, some specific social groups act more intensely. Furthermore, it analyzes how external political forces can influence changes in state Constitutions. Finally, it concludes that, as a rule, the United States is currently undergoing a period in which there is a certain resistance to the creation of new state Constitutions, with greater popular preference for specific changes in the existing Constitutions.

**Keywords:** Constitutional change; State Constitution; United States; federalism; constitutional amendment.

Como citar esse artigo/How to cite this article: TARR, G. Alan. Explaining state Constitutional changes. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 9-32, mai./ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46487>.

\* I would like to thank Paul Herron, Robert Williams, and Emily Zackin for their helpful comments on this article and the James Madison Program in American Ideals and Institutions, Princeton University for its generous research support.

\*\* Professor of Political Science at Rutgers University (Camden-NJ, United States of America). Doctor of Philosophy degree – Ph.D. (University of Chicago). Master of Arts degree – M.A. (University of Chicago). Bachelor of Arts degree – B.A. cum laude (College of the Holy Cross). Director of the Center for State Constitutional Studies and Board of Governors. Organizer of the International Association of Subnational Constitutional Law. E-mail: [tarr@camden.rutgers.edu](mailto:tarr@camden.rutgers.edu).





## CONTENTS

1. Introduction; 2. The Pattern of State Constitutional Change; 3. Elite Entrenchment; 4. Outsider Groups; 5. Ordinary Politics; 6. Constitutional Modernization; 7. External Political Forces; 8. Conclusion; 9. References.

### 1. INTRODUCTION

The U.S. Constitution mandates that each state (component unit) have “a republican form of government” and empowers the federal government to enforce this requirement.<sup>1</sup> It also asserts its supremacy and that of other federal law, including statutes and treaties, over state constitutions, as well as over other state laws.<sup>2</sup> Yet these requirements and restrictions are not particularly burdensome, and if one compares the “constitutional space” available to state constitution-makers in the United States with that available to their counterparts in other federations, there are far greater opportunities for constitutional innovation and experimentation in the United States than in most other federations.<sup>3</sup>

The states have made use of the broad constitutional space available to them, changing their constitutions frequently, either by totally replacing them (constitutional revision) or by amending them. Altogether the fifty states have adopted 145 constitutions, with Louisiana and Georgia leading the pack with eleven and ten constitutions respectively.<sup>4</sup> Michigan, with four constitutions, is closer to the norm.<sup>5</sup> States also have regularly amended their constitutions: as of 2013, current state constitutions had been amended more than 10,000 times—indeed, Alabama, which has the nation’s (and the world’s) longest constitution, adopted ten amendments in 2012 alone.<sup>6</sup> These data reveal only part of the story, because they do not include amendments to earlier state

<sup>1</sup> U.S. Const., Art. IV, Sec. 4. For discussion of the clause’s relevance for state constitutional development, see MERRITT, Deborah Jones. *The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century*. **Columbia Law Review**, New York, vol. 88, n. 1, p. 1-78, jan. 1988.

<sup>2</sup> U.S. Const., Art. VI, Sec. 2. This supremacy extends to congressional enactments setting requirements for what should be included or excluded in the constitutions of territories seeking statehood. See TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 39-41.

<sup>3</sup> On the concept of “constitutional space” and its pertinence to the comparative study of sub-national constitutions in various federal systems, see BURGESS, Michael D.; TARR, G. Alan; MARKO, Josef (Ed.). **Constitutional dynamics in federal systems: sub-national perspectives**. Montreal: McGill-Queen’s University Press, 2012; and WILLIAMS, Robert F.; TARR, G. Alan (Ed.). **Federalism, sub-national constitutions, and minority rights**. Santa Barbara: Praeger, 2004.

<sup>4</sup> For a listing of the number and years of constitutions adopted by the various states, see THE COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS. **Book of the States**. 2012. Available on: <<http://knowledgecenter.csg.org/kc/category/content-type/bos-2012>>. p. 11, tbl. 1.1.

<sup>5</sup> THE COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS. **Book of the States**. 2012. Available on: <<http://knowledgecenter.csg.org/kc/category/content-type/bos-2012>>.

<sup>6</sup> THE COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS. **Book of the States**. 2012. Available on: <<http://knowledgecenter.csg.org/kc/category/content-type/bos-2012>>.





constitutions. For example, the Louisiana Constitution of 1921 was amended 535 times before its replacement in 1974, which occurred only after the electorate in 1970 had rejected all fifty-three proposed amendments.<sup>7</sup> Michigan, with sixty-eight amendments from 1963 to 2012, is again closer to the national norm.<sup>8</sup>

As important as the frequency of constitutional change are the uses states have made of the opportunities presented to them, that is, the types of changes they have introduced. States have charted their own constitutional direction by adopting provisions that have no analogue at the federal level. In some instances, these distinctive provisions have been necessitated by the nature of state constitutions. For example, given the plenary character of state legislative power and state courts' tendency to construe that power broadly, state constitution-makers have found it necessary to detail in the fundamental law the limitations they sought to impose on state legislatures.<sup>9</sup> In other instances, state constitution-makers have felt obliged to deal with matters, such as local government and education, because the federal Constitution does not address them.<sup>10</sup> But in many instances the distinctive provisions state constitution-makers have crafted represent free choices, oftentimes responding to the constitutional experience of the state. These provisions have addressed the process of legislation—for example, state regulation of legislative procedures designed to ensure a more open and orderly deliberative process, such as bans on special legislation and requirements of committee referral and of multiple readings of bills.<sup>11</sup> The provisions have also created alternative paths for legislation, allowing the people themselves to decide on public policy through mechanisms such as the initiative and referendum.<sup>12</sup> Distinctive state provisions have structured the selection, powers, and operation of the branches of state

<sup>7</sup> CARLETON, Mark T. *Elitism Sustained: The Louisiana Constitution of 1974*. **Tulane Law Review**, New Orleans, vol. 54, p. 560-588, 1980; and STURM, Albert L. *The Development of American State Constitution*. **Publius: The Journal of Federalism**, Oxford, vol. 12, n. 1, p. 57-98, jan./mar. 1982. p. 80.

<sup>8</sup> See THE COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS. **Book of the States**. 2012. Available on: <<http://knowledgecenter.csg.org/kc/category/content-type/bos-2012>> for information through 2011, and see <[http://ballotpedia.org/wiki/index.php/Michigan\\_2012\\_ballot\\_measures](http://ballotpedia.org/wiki/index.php/Michigan_2012_ballot_measures)> for information on 2012. Prior to the adoption of Michigan's current constitution, voters in the state in a single decade (1946-1956) approved 23 of 28 proposed amendments proposed, and this more frequent amendment might have suggested the need for comprehensive change. STURM, Albert L. **Thirty years of State Constitution-making: 1938-1968**. New York: National Municipal League, 1970. p. 102. The need for revision was also suggested by the failure to secure needed reforms via constitutional amendment. For example, "efforts to secure county home rule were defeated in four separate constitutional referendums between 1934 and 1944." See BOWMAN, Anne O'Malley; KEARNEY, Richard C. **The Resurgence of the States**. New Jersey: Prentice-Hall, 1986. p. 248.

<sup>9</sup> See WILLIAMS, Robert F. **The Law of American State Constitutions**. Oxford: Oxford University Press, 2009. ch.4.

<sup>10</sup> To some extent the decision to address these matters is a matter of choice, not necessity. On the development of state provisions dealing with education, see ZACKIN, Emily. **Looking for rights in all the wrong places: why State Constitutions contain America's positive rights**. Princeton: Princeton University Press, 2013. ch. 5.

<sup>11</sup> See WILLIAMS, Robert F. *State Constitutional Limits on Legislative Procedure: Legislative Compliance and Judicial Enforcement*. **Publius: The Journal of Federalism**, Oxford, vol. 17, n. 1, p. 91-114, jan./mar. 1987.

<sup>12</sup> See BENJAMIN, Gerald. *Constitutional Amendment and Revision*. In: WILLIAMS, Robert F.; TARR, G. Alan (Ed.). **State Constitutions for the Twenty-first Century**. vol. 3. Albany: State University of New York Press, 2006.





government—term limits, the multi-member executive, the item veto, the recall, and the election of judges are prime examples. They have also dealt in detail with public finance—taxing, borrowing, and spending—and they have committed the state government to various policy goals, such as a clean environment and a quality education for all children.<sup>13</sup> Finally, the states have recognized rights not found in the federal Constitution—such as guarantees of privacy, of gender equality, and of a right to hunt and fish—as well as other distinctive substantive restrictions on governmental action, such as balanced budget requirements and limitations on state and local borrowing.<sup>14</sup>

The states' vigorous use of the constitutional space available to them raises several questions. Some relate to the progress of constitutional change over time. Is state constitutional innovation a continuous phenomenon, or have there been eras in which state constitutional reform has been particularly prevalent and others in which it has not? Summary figures describing the level of state constitutional volatility—the number of constitutions and constitutional amendments—obscure major variations in the form and frequency of constitutional change. The nineteenth century was an era of extraordinary constitution-making, with states holding 144 constitutional conventions and adopting ninety-four constitutions.<sup>15</sup> But during the twentieth and twenty-first centuries, the pace of constitutional revision slowed as states adopted only twenty-three new constitutions, with five of these the original constitutions in states that were being admitted to the Union. It is now more than three decades since a state has adopted a new constitution.<sup>16</sup> Yet even as constitutional revision has decreased, the pace of constitutional amendment has quickened, reflecting a preference for piecemeal change or perhaps a distrust of comprehensive reforms.<sup>17</sup> Some of these piecemeal changes have themselves initiated major shifts in the states—consider, for example, the broad impact on policy and politics of introducing direct democracy, imposing term

<sup>13</sup> See TRACTENBERG, Paul L. Education. In: WILLIAMS, Robert F.; TARR, G. Alan (Ed.). **State Constitutions for the Twenty-first Century**. vol. 3. Albany: State University of New York Press, 2006.

<sup>14</sup> See TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. Princeton: Princeton University Press, 2000. ch. 1; and WILLIAMS, Robert F. **The Law of American State Constitutions**. Oxford: Oxford University Press, 2009. ch.5.

<sup>15</sup> KOGAN, Vladimir. The Irony of Comprehensive State Constitutional Reform. **Rutgers Law Journal**, Camden, vol. 41, n. 4, p. 881-905, July 2010. p. 888.

<sup>16</sup> Georgia in 1982 was the last state to adopt a new constitution. For discussion of the public's unwillingness to undertake comprehensive constitutional reform, see TARR, G. Alan. Introduction. In: WILLIAMS, Robert F.; TARR, G. Alan (Ed.). **State Constitutions for the Twenty-first Century**. vol. 3. Albany: State University of New York Press, 2006; and CAIN, Bruce E.; NOLL, Roger G. Malleable Constitutions: Reflections on State Constitutional Reform. **Texas Law Review**, Austin, vol. 87, n. 7, p. 1517-1544, June 2009. p. 1544.

<sup>17</sup> TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 139-144; and CAIN, Bruce E. Constitutional Revision in California: The Triumph of Amendment over Revision. In: WILLIAMS, Robert F.; TARR, G. Alan (Ed.). **State Constitutions for the Twenty-first Century**. vol. 1. Albany: State University of New York Press, 2005. p. 59





limits, or instituting balanced-budget requirements.<sup>18</sup> Nonetheless, most amendments have been far narrower, addressing specific problems, overruling disfavored judicial decisions, constitutionalizing particular public policies, clarifying obscure constitutional language, or dealing with other mundane problems. Yet if this is true, what accounts for these peaks and valleys of constitutional reform?

Other questions pertain to the substance of reform. Insofar as states include provisions in their constitutions without analogue in the federal Constitution, where do they get the ideas that they include? An obvious answer is “from other state constitutions,” and certainly interstate constitutional borrowing is widespread, facilitated by collections of state constitutions in the nineteenth century, by constitutional commissions in the twentieth, and by the internet in the twenty-first.<sup>19</sup> But this ultimately begs the question, because some state provisions have no analogue in other state constitutions, and even provisions now common to several state constitutions had to originate somewhere. And with regard to such provisions, why do some states choose to include them in their charters, whereas others do not?

## 2. THE PATTERN OF STATE CONSTITUTIONAL CHANGE

If skepticism about comprehensive constitutional reform dominated most of the twentieth century, it was not true throughout the century. The adoption of the Michigan Constitution of 1963 inaugurated a period during which state constitutional revision was common and efforts to revise state constitutions even more common. From 1920-1960, only four states revised their constitutions.<sup>20</sup> But from 1960-1976, nine

<sup>18</sup> On the effects of direct democracy in the states, see SMITH, Daniel A.; TOLBERT, Caroline J. **Educated by initiative**: the effects of direct democracy on citizens and political organizations in the American States. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2004; and BOWLER, Shaun; GLAZER, Amihai. **Direct democracy's impact on American political institutions**. New York: Palgrave MacMillan, 2008. On the effects of term limits, see CARESS, Stanley M.; KUNIOKA, Todd T. **Term limits and their consequences**: the aftermath of legislative reform. Albany: State University of New York Press, 2012; and SARBAUGH-THOMPSON, Marjorie. **Political and institutional effects of term limits**. New York: Palgrave MacMillan, 2004. On the effects of balanced-budget requirements, see BRIFFAULT, Richard. Foreword: The Disfavored Constitution: State Fiscal Limits and State Constitutional Law. *Rutgers Law Journal*, Camden, vol. 34, n. 4, p. 907-957, June/sept. 2003; and SUPER, David A. Rethinking Fiscal Federalism. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 118, n. 8, p. 2544-2652, June 2005.

<sup>19</sup> On twentieth-century constitutional commissions, see RICH, Bennett M. Revision by Constitutional Commission. In: GRAVES, W. Brooke (Ed.). **Major problems in State Constitutional revision**. Chicago: Public Administration Service, 1960; and for materials available online during the twenty-first century, see the web site of the Center for State Constitutional Studies at [camlaw.rutgers.edu/statecon/frontpage.html](http://camlaw.rutgers.edu/statecon/frontpage.html). A pertinent local example: When Michigan created an environmental article in 1963, it drew its inspiration from the Alaska Constitution, and other states would later emulate Michigan. See ZACKIN, Emily. **Looking for rights in all the wrong places**: why State Constitutions contain America's positive rights. Princeton: Princeton University Press, 2013. p. 164, and DEMPSEY, Dave. **Ruin and recovery**: Michigan's rise as a conservation leader. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2001.

<sup>20</sup> States revising their constitutions during this period included Georgia, Louisiana, Missouri, and New Jersey. During the 1950's, Hawaii and Alaska adopted constitutions, when they were admitted to the Union. See TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 137, tbl. 5.1.







states adopted new constitutions; conventions in three other states proposed constitutions that ultimately were rejected by voters; and five additional state legislatures proposed conventions to revise their state constitutions, only to have their convention calls rejected by the voters.<sup>21</sup> To understand what might account for this surge in activity and for state constitutional change more generally, it is useful to review the scholarly literature on constitutional politics, recognizing that the various explanations are not mutually exclusive and that no single explanation can account for all state constitutional change.

### 3. ELITE ENTRENCHMENT

The most influential recent analysis of constitutional politics is Ran Hirschl's *Toward Juristocracy*.<sup>22</sup> Studying constitutional change in Canada, Israel, New Zealand, and South Africa, Hirschl found that the dominant political elites in those countries were the primary proponents of constitutional reform. Those in power sought to enshrine their political preferences in the constitution, in order to make it more difficult for their political opponents to repudiate them should they gain power, that is, to insulate them from democratic forces. In some instances, the changes the elites introduced were designed to make it more difficult to remove them from office, as when they enlarged or contracted the electorate or banned competing political parties in order to cement their hold on power. In other instances the changes involved constitutionalizing favored policies, thereby "moving policy-making authority from majoritarian decision-making arenas to the courts," particularly when shifting political fortunes made the prospect of their political opponents attaining power more likely and when those in power "possess disproportionate access to and influence over the legal arena."<sup>23</sup> As one commentator framed it, "rights are created by dominant regimes in an attempt to maintain the status quo by ushering the judiciary into politics."<sup>24</sup>

<sup>21</sup> The states adopting new constitutions include: Michigan, Connecticut, Florida, Illinois, North Carolina, Virginia, Montana, Louisiana, and Georgia. States in which voters rejected proposed constitutions include Maryland, New Mexico, and New York. States in which voters rejected convention calls include Data are drawn from STURM, Albert L. **Thirty years of State Constitution-making: 1938-1968**. New York: National Municipal League, 1970; and STURM, Albert L. **State Constitutions and Constitutional Revision: 1978-79 and the 1970's**. In: **The Book of the States**, 1980-81. Lexington: Council of State Governments, 1980.

<sup>22</sup> HIRSCHL, Ran. **Toward Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007. For analysis of Hirschl's argument with particular attention to American constitutionalism, both federal and state, see GRABER, Mark A. Symposium: The Maryland/Georgetown Constitutional Law Schmooze – Foreword from the Countermajoritarian Difficulty to Juristocracy and the Political Construction of Judicial Power. **The Maryland Law Review**, Baltimore, vol. 65, n. 1, p. 1-14, 2006.

<sup>23</sup> HIRSCHL, Ran. **Toward Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 11-12.

<sup>24</sup> ZACKIN, Emily. **Looking for rights in all the wrong places: why State Constitutions contain America's positive rights**. Princeton: Princeton University Press, 2013. p. 14. Zackin pioneered applying Hirschl's analysis to state constitutional change.





Although Hirschl developed his theory of hegemonic constitutional change in analyzing national constitutional change in several foreign countries, his analysis has application to constitutional change in the United States as well. At the federal level, the Reconstruction amendments might be seen as an instance of hegemonic constitutional change, because the Republicans sought to enshrine favored rights and policies in the Constitution before the Democrats regained political power. The Fifteenth Amendment, which enlarged the electorate in a way that benefited the Republican Party at a time when the Democratic Party's political fortunes were rising, likewise fits Hirschl's model.<sup>25</sup> But in a country in which it is extremely difficult to amend the Constitution, one can also find instances in which the prevailing political forces sought to entrench their favored views not by changing the text of the constitution but by changing its interpretation through the appointment of sympathetic judges.<sup>26</sup> Thus the fundamental constitutional shift that validated the New Deal occurred not by constitutional amendment but by Franklin Roosevelt's appointments to the Supreme Court. It may also be that the failed appointment of Robert Bork to the Supreme Court represented a repudiation of conservative Republicans' efforts to realign the Court once again.<sup>27</sup>

At the state level, one example of hegemonic constitutionalism (among many) might be the amendments adopted when the Progressives gained political power in California in 1911. Under the leadership of Governor Hiram Johnson, the Progressives used a series of constitutional amendments to constitutionalize major elements of their political agenda. These amendments that established a railroad commission to regulate all public utilities, revised the tax system to shift more of the burden to banks and corporations, provided for employers' liability, secured a minimum wage, enhanced governmental powers of eminent domain, and introduced other reforms.<sup>28</sup> Another example involves the adoption of new constitutions in the South following the end of Reconstruction, with the primary aim of disenfranchising African-American voters and thereby ensuring the dominance of the white elite in the Democratic Party.<sup>29</sup> More re-

<sup>25</sup> See the discussion in ACKERMAN, Bruce. **We the People: Transformations**. Cambridge: Belknap Press, 1998. chs. 4-8.

<sup>26</sup> On the extraordinary difficulty of amending the U.S. Constitution, in contrast to other national constitutions, see LUTZ, Donald S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. **American Political Science Review**, vol. 88, n. 2, p. 355-370, 1994.

<sup>27</sup> This is the argument presented in ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Cambridge: Belknap Press, 1991. ch. 5.

<sup>28</sup> On these developments, see DEALEY, James Q. **Growth of American State Constitutions from 1776 to the end of the year 1914**. Boston: Ginn and Company, 1915. p. 107-108; OLIN JR., Spencer C. **California's prodigal sons: Hiram Johnson and the progressives 1911-1917**. Berkeley: University of California Press, 1968. p. 12-17; and GRODIN, Joseph R.; MASSEY, Calvin R.; CUNNINGHAM, Richard B. **The California State Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 8-9.

<sup>29</sup> On this "restoration" and entrenchment of the white elite, see J KOUSSER, J. Morgan. **The shaping of southern politics: suffrage restrictions and the establishment of the one-party south: 1890-1910**. New Haven: Yale University Press, 1974; MCMILLAN, Malcolm C. **Constitutional development in Alabama, 1789-1901: a study**





cently, one might also view the adoption restricting marriage to opposite-sex couples as an attempt by those with political power to enshrine their values in the constitution, although here the judiciary was seen as a possible threat to those values rather than as an ally enforcing them.<sup>30</sup> A particularly egregious recent example of a political elite seeking to control state constitutional change for its own advantage occurred in Louisiana in 1992, when Governor Edwin Edwards called a special session of the legislature, which designated itself as a constitutional convention and wrote a constitution. The voters overwhelmingly rejected the proposed constitution, and the governor later publicly apologized to the state.<sup>31</sup>

#### 4. OUTSIDER GROUPS

An alternative understanding, more or less the polar opposite of Hirschl's, views constitutional change as originating with groups that find themselves stymied by the ordinary political processes in the states and therefore execute an "end run" around those processes by appealing directly to the people. Often these activists are seeking major constitutional changes—they hope, in Emily Zackin's words, "to rewrite the rules of politics and transform their societies."<sup>32</sup> In some instances outsider groups may wish to constitutionalize mandates so they can enlist courts in enforcing them. This, for example, was the aim of the environmental movement when it proposed that environmental protections be inserted into state constitutions in the latter half of the twentieth century.<sup>33</sup> In other instances outsider groups may wish to avoid judicial involvement, contra Hirschl, seeking instead through their additions to the constitution to activate state legislatures and neutralize a judiciary that they perceived as hostile. Labor groups

---

in politics, the negro, and sectionalism. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1955; and PERMAN, Michael. **The Road to Redemption**: Southern Politics: 1869-1879. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1984.

<sup>30</sup> Altogether, twenty-nine states have adopted constitutional amendments prohibiting same-sex marriage. See <<http://www.ncsl.org/issues-research/human-services/state-doma-laws.aspx>>.

<sup>31</sup> See W HARGRAVE, W. Lee. **The Louisiana State Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. In 1970 new constitutions were proposed by the legislatures of Idaho, Oregon, and Virginia, but only the Virginia proposal was ratified by voters. See STURM, Albert L. **Thirty years of State Constitution-making: 1938-1968**. New York: National Municipal League, 1970. p. 80.

<sup>32</sup> ZACKIN, Emily. **Looking for rights in all the wrong places**: why State Constitutions contain America's positive rights. Princeton: Princeton University Press, 2013. p. 4. In her study of the addition of education rights in the nineteenth century, labor rights in the early twentieth century, and environmental rights in the 1970s and thereafter, Zackin found that the "leaders of each constitutional movement maintained that government's obligation to protect its people was too important to remain optional, and the protections they sought were too critical to leave at the mercy of legislative discretion." (3)

<sup>33</sup> ZACKIN, Emily. **Looking for rights in all the wrong places**: why State Constitutions contain America's positive rights. Princeton: Princeton University Press, 2013. ch. 7.





in the early twentieth century employed just such a preemptive approach.<sup>34</sup> Finally, in some instances outsider groups may seek to constitutionalize policies because they distrust state legislatures and wish to preclude their involvement in policy. Thus in New York conservation groups that feared the legislature would not be sympathetic to their concerns inserted the “forever wild” provisions in the state’s constitution.<sup>35</sup>

This understanding of state constitutional politics as outsider politics makes sense particularly in those states that have the constitutional initiative, which allows insurgent groups to propose constitutional amendments without going through the state legislature.<sup>36</sup> It also may apply when an automatic convention call provides an opportunity to mount a constitutional offensive.<sup>37</sup> They can either campaign for a convention or use the prospect of a convention to induce legislators to propose constitutional changes to deal with problems that if left unaddressed, might be used to rally public support for a convention. However, in states in which only the legislature may propose a constitutional amendment or authorize a vote on whether to call a convention, outsider groups may find themselves with little recourse. Constitutional change may be completely blocked, and dissatisfaction may fester.

In the early nineteenth century, groups disadvantaged by prevailing constitutional arrangements, particularly systems of legislative apportionment, were sometimes able to pressure state legislatures into calling conventions. Yet because the representation at those conventions typically mirrored the prevailing distribution of power in the state, the demands of underrepresented areas were seldom fully met.<sup>38</sup> In other instances outsider groups have been able to achieve some constitutional change by agreeing beforehand not to challenge strongly defended privileges, as occurred during the adoption of a new constitution in New Jersey in 1947. Rural legislators for

<sup>34</sup> ZACKIN, Emily. **Looking for rights in all the wrong places**: why State Constitutions contain America’s positive rights. Princeton: Princeton University Press, 2013. ch. 6.

<sup>35</sup> ZACKIN, Emily. **Looking for rights in all the wrong places**: why State Constitutions contain America’s positive rights. Princeton: Princeton University Press, 2013. p. 29-32.

<sup>36</sup> Eighteen states have adopted the constitutional initiative. For a listing, see the web site of the Initiative and Referendum Institute, at <[http://www.iandrinstitute.org/statewide\\_i%26r.htm](http://www.iandrinstitute.org/statewide_i%26r.htm)>. It should be noted that the initiative does not necessarily empower political outsiders. Incumbent politicians have also proved adept at using the constitutional initiative to advance their own political agendas. Former governor Peter Wilson of California is a prime example. See MCCOY, Candace. Crime as a Bogeyman: Why Californians Changed Their Constitution to Create a Victims’ Bill of Rights. In: TARR, G. Alan (Ed.). **Constitutional politics in the States**: contemporary controversies and historical patterns. Santa Barbara: Praeger, 1996.

<sup>37</sup> Fourteen states mandate that a ballot question as to whether to call a constitutional convention be periodically submitted to the citizenry. See BENJAMIN, Gerald. Constitutional Amendment and Revision. In: WILLIAMS, Robert F.; TARR, G. Alan (Ed.). **State Constitutions for the Twenty-first Century**. vol. 3. Albany: State University of New York Press, 2006. p. 93.

<sup>38</sup> TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 102-105. Virginia was a prime example of regional conflict rooted in the constitution’s favoritism toward the coastal regions, regardless of population shifts. See DINAN, John. **The Virginia State Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011.





many years had blocked a constitutional convention because they wanted to protect the equal representation of counties in the Senate, and they only agreed to a convention after a deal was struck ensuring that the convention would not address legislative apportionment.<sup>39</sup> Finally, when the legislature refused to call a convention in Rhode Island in the early 1840's, dissatisfied citizens convened an unofficial convention, drafted a constitution, and held elections under the new constitution. But the Dorr Rebellion (as it was called) had an unhappy ending, and such a challenge to duly constituted state authority is hardly imaginable today.<sup>40</sup> In sum, outsider groups typically achieve major constitutional change only when there is an available alternative to the normal political process.

## 5. ORDINARY POLITICS

Implicit in both Hirschl's and Zackin's analyses is the view that constitutional politics involve a continuation of the "ordinary politics" of group advantage, albeit conducted in a different political arena. Much of the literature on constitutional conventions supports this interpretation. Those who serve as delegates in constitutional conventions are usually already active in state or local politics, particularly when political parties control the nomination of candidates and the election of delegates is by partisan ballot, and convention deliberations may be affected by the same interest groups that seek to influence the legislative and executive branches. The divisions within conventions may track the partisan divide among delegates, particularly when the convention is organized along political party lines, and what emerges from the delegates' deliberations may reflect the partisan division within the convention. Indeed, in Minnesota in 1857 the Democratic and Republican delegates split into separate conventions which each proposed its own constitution.<sup>41</sup> If the partisan balance within the convention mirrors the partisan balance in the state legislature, the delegates are likely to resist dramatic changes that might endanger their party's predominance. If the partisan balance within the convention differs from that in the state legislature, the majority delegates may use the opportunity to incorporate policy changes in the constitution or seek to introduce changes that could undermine that predominance. Insofar as this understanding of constitutional politics is correct, state constitutions can be expected

<sup>39</sup> See CONNORS, Richard J. **The process of constitutional revision in New Jersey: 1940-1947**. New York: National Municipal League, 1970.

<sup>40</sup> See GETTLEMAN, Marvin E. **The Dorr rebellion: a study in American radicalism: 1823-1849**. New York: Random House, 1973; and on extraconstitutional conventions more generally, see HENRETTA, James A. The Rise and Decline of "Democratic-Republicanism": Political Rights in New York and the Several States. In: FINKELMAN, Paul; GOTTLEIB, Stephen (Ed.). **Toward a usable past: liberty under State Constitutions**. Athens: University of Georgia Press, 1991. p. 62-63.

<sup>41</sup> MORRISON, Mary Jane. **The Minnesota State Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011.





to register the results of group conflict within the state at the time at which their various provisions were adopted.

There is considerable anecdotal evidence supporting this understanding of constitutional politics as ordinary politics. Take, for example, the notion that insofar as the convention replicates the political divisions in the state, there is little reason to expect dramatic constitutional change. The Rhode Island convention of 1964 offers a prime example. When the Democratic Party was disadvantaged by a malapportioned state legislature in the 1930s, it argued for an unlimited convention and hoped to introduce dramatic changes. But by the early 1960s, the Democrats had secured a firm control of the legislature, and so they opposed major changes. Ultimately, the legislature did acquiesce in an unlimited convention, but it mandated partisan election of delegates, ensuring that the Democrats would control the convention. When the convention met, it "tidied up" the constitution and eliminated obsolete provisions, such as the \$300 annual salary for legislators, but it did not significantly reform state government in ways that might diminish the Democrats' power or make it less secure.<sup>42</sup>

Or take the notion that when the delegates to a convention differ in their orientation from the state legislature, they are more likely to propose significant constitutional reforms. One example is the New York convention of 1967, in which Democrats enjoyed a majority at a time that Republicans dominated the state legislature. The Democratic delegates championed the elimination of literacy and property requirements for voting, hoping thereby to enlarge the electorate in a way that would enhance their prospects in subsequent elections. They also proposed greater decentralization of power to local governments, which they were more likely to control. Finally, the Democratic delegates wrote into the proposed constitution policies unlikely to be embraced by their political opponents in the state legislature, including provisions for the education and protection of consumers, a commitment that the state foster and promote economic security, and a repeal of the Blaine Amendment that prohibited public aid to denominational schools.<sup>43</sup> The Maryland convention of 1967-1968, in which delegates were chosen in non-partisan elections, offers another example. Elected without party labels and thus freed from partisan attachments, the Maryland delegates mandated "major changes in the bill of rights, in the legislative, executive, and judicial branches, in local government, and elsewhere, [thereby] very substantially moderniz[ing] and streamlin[ing] the state's basic law."<sup>44</sup> However, these attempts in New York and Maryland to pursue policies op-

<sup>42</sup> CORNWELL JR., Elmer; GOODMAN, Jay S.; SWANSON, Wayne R. **State constitutional conventions**: the politics of the revision process in seven States. New York: Praeger Publishers, 1975. p. 19-20; 134-135.

<sup>43</sup> CORNWELL JR., Elmer; GOODMAN, Jay S.; SWANSON, Wayne R. **State constitutional conventions**: the politics of the revision process in seven States. New York: Praeger Publishers, 1975. p. 136.

<sup>44</sup> CORNWELL JR., Elmer; GOODMAN, Jay S.; SWANSON, Wayne R. **State constitutional conventions**: the politics of the revision process in seven States. New York: Praeger Publishers, 1975. p. 140.





posed by the dominant political forces in the state led to electoral defeat, as substantial majorities rejected the proposed constitutions.<sup>45</sup>

Yet political realities in the states may be more complicated than these examples suggest. For one thing, there may not be partisan divisions on the primary issues confronting a state contemplating constitutional change. For example, in the mid-twentieth century both Republicans and Democrats tended to favor fewer outdated restrictions on the legislature, a more coherently organized executive, and a unified judiciary. Thus despite the strong partisan divisions in New Jersey at the outset of the 1947 convention, “there was a wide area of agreement among civic organizations and enlightened political leaders of both parties concerning what needed to be done.”<sup>46</sup> For another thing, the balance of political forces may be changing in the state at the time a convention is called—indeed, the transition may itself provide the impetus for calling a convention. Several conventions in the 1840’s arose from just such a political shift. The economic collapse of the late 1830’s revealed that states had borrowed excessively and unwisely underwritten corporate ventures to develop infrastructure (railroads, canals, turnpikes, bridges, etc.), in part from promotional enthusiasm and in part because of corruption.<sup>47</sup> These promotional policies were popular before the collapse, but public opinion shifted dramatically, and several states called conventions for the express purpose of reining in state legislatures and preventing future abuses.<sup>48</sup> In the twentieth century the period of greatest constitutional revision coincided to a considerable extent with the reapportionment revolution that changed the balance of political forces in most states (which is discussed in greater detail below).

It should also be noted that not all constitutional conventions divide along partisan lines. Such divisions are less likely if delegates are selected in non-partisan elections, if the conventions are not organized along partisan lines, and if there are divisions within the political parties (e.g., urban vs. rural). Even when partisan divisions do surface, they may appear on only a select set of issues that divide the parties rather than on the full range of issues the convention is addressing. For example, in the New Jersey convention of 1947, there were few divisions among the delegates along partisan lines, with the primary one involving whether to guarantee in the constitution a

<sup>45</sup> CORNWELL JR., Elmer; GOODMAN, Jay S.; SWANSON, Wayne R. **State constitutional conventions**: the politics of the revision process in seven States. New York: Praeger Publishers, 1975. p. 161, tbl. 6.1.

<sup>46</sup> BEBOUT, John H.; HARRISON, Joseph. The Working of the New Jersey Constitution of 1947. **William and Mary Law Review**, Williamsburg, vol. 10, n. 2, p. 337-365, 1968. p. 341.

<sup>47</sup> On the states’ promotional efforts, see TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 109-112.

<sup>48</sup> See SHUGERMAN, Jed Handelsman. **The people’s Courts**: pursuing judicial independence in America. Cambridge: Harvard University Press, 2012. chs. 4-5.







right to collective bargaining.<sup>49</sup> Moreover, the delegates may view themselves and their responsibilities as distinctive, more concerned with the future of the state than with immediate political advantage. Bruce Ackerman has argued that Americans distinguish between ordinary politics and higher law-making, and this may hold true of convention delegates as well. They may view their responsibilities as requiring a longer time perspective than is generally expected of legislators and an obligation to rise “above politics” and pursue the public interest.<sup>50</sup> My own discussions with convention delegates confirm this perception—as the last living delegate to the 1947 New Jersey convention put it, “I knew my colleagues well, and they were politicians before the convention and politicians after the convention, but at the convention they were statesmen.”<sup>51</sup>

Finally, concerns about ratification may constrain what delegates do, even when they have a secure majority in the convention. Realizing that voter opposition to particular provisions may lead them to reject the entire constitution, delegates may temper their search for partisan advantage out of fear that clearly partisan proposals could excite controversy and offer political opponents a basis for rallying opposition to the constitution.<sup>52</sup> They may also decide to submit controversial proposals separately, lest opposition to one or more of those proposals doom the entire document. In 1970 in Illinois, for example, by separately submitting to voters four contested issues (the eighteen-year-old vote, capital punishment, election or appointment of judges, and single-member or multi-member legislative districts), the delegates virtually ensured

<sup>49</sup> This guarantee – New Jersey Const., Art. I, sec. 19-- was approved by the delegates on close to a party-line vote.

<sup>50</sup> ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Cambridge: Belknap Press, 1991. chs. 1; 10. Elmer Cornwell suggests that a sizable number of delegates come to the convention with such a “statesman” orientation, though for some that orientation changes as a result of their experience as delegates. See CORNWELL JR., Elmer; GOODMAN, Jay S.; SWANSON, Wayne R. **State constitutional conventions: the politics of the revision process in seven States**. New York: Praeger Publishers, 1975. ch. 3.

<sup>51</sup> Statement of Wesley Lance, delegate to the 1947 New Jersey Constitutional Convention, found in the PBS documentary *The Opportunity of a Century* (1997), copy on file with author.

<sup>52</sup> Vladimir Kogan has observed that voting on ratification is largely cue voting, which “means that, even if delegates at a constitutional convention work carefully to give every group in the electorate a reason to vote in favor of the proposed changes, there is little guarantee that voters will actually know all the details when the revisions appear on the ballot. Second, voters do not appear to weigh the costs and benefits of various policy proposals in a risk-neutral manner, in the same way that an actuary might compare two courses of action by carefully adding up the risk and reward of each one. In studying the behavior of voters in initiative elections, political scientists Shaun Bowler and Todd Donovan have argued that many voters are fundamentally risk-averse, preferring to vote against ballot measures in the face of controversy, uncertainty, or confusion.” (Kogan is here referencing BOWLER, Shaun; DONOVAN, Todd. **Demanding Choices: opinion, voting, and direct democracy**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1998.) Kogan further noted: “By expanding the scope of constitutional change, major revisions are more likely to unite small groups, each opposed to a particular provision, into a coalition of sufficient size to block the package of proposals. If each provision were considered separately by the voters, no group of opponents would be large enough to be decisive in the election. When these provisions are brought together in a logroll, however, the final package is more likely to contain enough “poison pills” to bring together a majority against their passage.” (KOGAN, Vladimir. *The Irony of Comprehensive State Constitutional Reform*. **Rutgers Law Journal**, Camden, vol. 41, n. 4, p. 881-905, July 2010. p. 886).





ratification of the constitution.<sup>53</sup> But when delegates ignore how the voters might perceive their efforts, they have often seen their proposals rejected.<sup>54</sup>

## 6. CONSTITUTIONAL MODERNIZATION

During the twentieth century, proponents of state constitutional reform argued that revision of state constitutions was necessary not only to deal with specific problems but also because the state's constitutional machinery was outdated, inadequate for dealing with the needs of a changing society, and so had to be modernized. Thus, when states confronted particular crises, as Michigan did with its financial crisis of the late 1950's, they often were willing to undertake a comprehensive review of their state constitution, with the idea of updating them in response to changes in society, changes in attitudes, and their experience under existing constitutional arrangements.<sup>55</sup> The idea that constitutions require periodic updating was hardly new. It can be traced back to Thomas Jefferson, who wrote that "laws and institutions must go hand in hand with the progress of the human mind. As that becomes more developed, more enlightened, as new discoveries are made, new truths disclosed, and manners and opinions change with the circumstances, institutions must advance also, and keep pace with the times."<sup>56</sup>

But the notion gained greater currency during the mid-twentieth century, because organized reform groups had for decades kept up a full-scale assault on the efficiency, effectiveness, and probity of state governments. A few quotes give the flavor of the critique. The federal Commission on Intergovernmental Relations opined that "many state constitutions restrict the scope, effectiveness, and adaptability of State

<sup>53</sup> CORNWELL JR., Elmer; GOODMAN, Jay S.; SWANSON, Wayne R. **State constitutional conventions**: the politics of the revision process in seven States. New York: Praeger Publishers, 1975. p. 174-175.

<sup>54</sup> In assessing the claim that state constitutional politics represent a continuation of ordinary politics, one should also take into account the politics of constitutional amendment and consider the role of interest groups as well as political parties. On the latter, with particular reference to how related groups in different states cooperate to advance their common goals, see ZACKIN, Emily. **Looking for rights in all the wrong places**: why State Constitutions contain America's positive rights. Princeton: Princeton University Press, 2013. Writing of education interest groups in the nineteenth century, she notes: "Although they were organized at the state level, these groups stayed in continuous contact with one another." (p. 69) What was true of education interest groups in nineteenth century has been even more true of groups in later eras. Thus, writing of environmental groups in the mid-twentieth century, Zackin observed: "Activists who understood problems as national in scope still worked to forge nationwide policies through the coordination of state governments and state constitutional mandates." (p. 158)

<sup>55</sup> On the impetus for the Michigan convention of 1961-1962, see FINO, Susan P. **The Michigan State Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 22-24.

<sup>56</sup> Letter to Samuel Kercheval, July 12, 1816, in PETERSON, Merrill D. (Ed.). **The Portable Thomas Jefferson**. New York: Viking Press, 1975. p. 559. Jefferson wrote in the same letter: "Some men look at constitutions with sanctimonious reverence, and deem them like the ark of the covenant, too sacred to be touched. They ascribe to the men of the preceding era a wisdom more than human, and suppose what they did to be beyond amendment. I knew that age well; I belonged to it, and labored with it. It was very like the present, but without the experience of the present; and forty years of experience in government is worth a century of book-reading." (p. 558-559)





and local action. These self-imposed constitutional limitations make it difficult for many States to perform all of the services their citizens require.”<sup>57</sup> Governor Terry Sanford of North Carolina was even more outspoken, referring to state constitutions as “the drag anchors of state programs, and permanent cloaks for the protection of special interests and points of view.”<sup>58</sup> The Committee for Economic Development concurred, recommending that “state constitutional revision should have highest priority in restructuring state governments to meet modern needs,” and that “most states should hold constitutional conventions, at the earliest possible date, in order to draft completely new documents.”<sup>59</sup> The National Municipal League published and regularly updated a Model State Constitution in order to guide the task of constitutional reform.<sup>60</sup> The reformers’ concerns are perhaps best summed up in Robert Allen’s tirade: “State government is the tawdriest, most stultifying unit of the nation’s political structure. In state government are to be found in their most extreme and vicious forms all the worst evils of misrule in this country.”<sup>61</sup>

Several things are noteworthy about these calls for constitutional modernization. First, the proponents of reform were speaking to a potentially receptive audience, given the widespread American distrust of government and cynicism about its probity and effectiveness.<sup>62</sup> The idea that fundamental change might be necessary thus did not seem unreasonable, although it competed with popular skepticism about whether reformers could produce the results they promised. Second, the call for modernization was consciously framed as non-partisan and non-ideological—who could oppose a more efficient and effective state government? Yet the modernizers’ claim of political

<sup>57</sup> THE COMMISSION ON INTERGOVERNMENTAL RELATIONS. **A Report to the President for Transmittal to Congress.** Washington: Government Printing Office, 1955. p. V. “Our states are attempting to provide governmental services in twentieth century conditions under the outmoded and hampering restrictions which abound in eighteenth and nineteenth century constitutions.”

<sup>58</sup> SANFORD, Terry. **Storm Over States.** Columbus: McGraw-Hill, 1967. p. 189. He notes that outdated state constitutions have in particular fostered a corrupt legislative process: “To indict the states is to indict the legislatures that legislatures are inefficient and corrupt, that they procrastinate on public business while habitually kowtowing to private economic interests, that legislators get drunk and disorderly and consort with ladies procured by avaricious lobbyists, that they line their pockets, scratch their own backs and roll their own logs, all the while stamping out progressive legislation in the name of protecting their constituents.” (p. 39)

<sup>59</sup> COMMITTEE ON STATE GOVERNMENT OF THE NATIONAL MUNICIPAL LEAGUE (Ed.). **The Model State Constitution.** 4. ed. New York: National Municipal League, 1941. p. 19; 68.

<sup>60</sup> See COMMITTEE ON STATE GOVERNMENT OF THE NATIONAL MUNICIPAL LEAGUE (Ed.). **The Model State Constitution.** 4. ed. New York: National Municipal League, 1941, which also contains essays explaining the League’s recommendations and, more generally, GRAVES, W. Brooke (Ed.). **Major problems in State Constitutional revision.** Chicago: Public Administration Service, 1960.

<sup>61</sup> ALLEN, Robert S. **Our Sovereign State.** New York: Vanguard Press, 1949. p. VIII. Allen also charged that state constitutions bore “no more resemblance to a constitution than a garbage dump does to a park.” (p. XVI)

<sup>62</sup> See E DIONNE JR., E. J. **Why Americans Hate Politics.** New York: Simon & Schuster, 1991; and more generally LIPSET, Seymour Martin. **The Confidence Gap: business, labor, and government in the public mind.** New York: The Free Press, 1983; If anything, support for government has declined since the constitutional reformers first sought to eliminate the causes of governmental ineffectiveness and unresponsiveness.





neutrality was suspect: people rarely engage in political advocacy without considering what groups and interests might be benefited by a particular course of action, and so analysis of who is urging change can be instructive in assessing its likely effects. Thus, some commentators have charged that “many reforms were tailored specifically to benefit the reformers themselves—mainly corporate and business interests—who sought to change state government to better accommodate their own needs for a more predictable, manageable political climate.”<sup>63</sup> Third, implicit in the very call for constitutional revision was the assumption that the manifest deficiencies of state governments were largely tied to problems in the basic law, that the problems were institutional rather than political. Finally, the idea of “modernization” was (perhaps intentionally?) vague, and undertaking constitutional modernization would thus require replacing this vagueness with a concrete set of reforms for improving state government. For the constitutional modernizers, this provided an opportunity—even as they denied that there was a single template applicable to all state constitutions, their publications put forth a clear agenda for action, drawing heavily on the reform ideas of the Progressive era.<sup>64</sup>

What the constitutional modernizers wanted was to restructure state government so that it could act more forcefully in addressing the problems confronting the states. The modernizers favored enhancing the power of state governments and repealing limitations that prevent constructive legislative and executive action. They believed that state legislatures should be professionalized, meeting annually without time limits on the length of their meetings, and supplied with adequate salary and staff resources for what the reformers saw as a full-time job. They favored eliminating most constitutional restrictions on the legislature, which they dismissed as the unfortunate product of eras in which demands on state government were fewer, so that legislators could respond vigorously to the problems confronting the state.<sup>65</sup> Modernizers also proposed streamlining the executive branch under the control of the governor. They wanted the myriad boards and agencies in state executives combined into a limited number of departments under the control of the governor, the elimination of the inde-

<sup>63</sup> See BOWMAN, Anne O'Malley; KEARNEY, Richard C. **The Resurgence of the States**. New Jersey: Prentice-Hall, 1986. p. 48. This is particularly obvious in the case of so-called merit selection of judges; the proponents of this reform were typically business interests, with strong support from the organized bar. See SHUGERMAN, Jed Handelsman. **The people's Courts: pursuing judicial independence in America**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. ch. 10.

<sup>64</sup> See TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 155-156. For elaborations of the reform agenda, see GRAVES, W. Brooke (Ed.). **Major problems in State Constitutional revision**. Chicago: Public Administration Service, 1960; COMMITTEE ON STATE GOVERNMENT OF THE NATIONAL MUNICIPAL LEAGUE (Ed.). **The Model State Constitution**. 4. ed. New York: National Municipal League, 1941. The discussion in this paragraph is based on these sources.

<sup>65</sup> As Brooke Graves put it, the restrictions on state legislatures “add up to a lack of confidence in the legislative organs of the government.” They become “an incubus preventing the adoption of modern legislation and tying the living present to the dead past.” (GRAVES, W. Brooke (Ed.). **Major problems in State Constitutional revision**. Chicago: Public Administration Service, 1960. p. 17).





pendent election of other executive officials, and a strengthening of the fiscal powers of the governor through the executive budget, the line-item veto, and other devices. They also believed that the state judiciary should be consolidated into a unified court system under the administrative authority of the chief justice, its funding provided by the state government rather than local governments, and its judges chosen by merit selection rather than by contested elections. Finally, they proposed enhancing the powers of local government through guarantees of home rule. Given the modernizers' emphasis on a concise document with clear lines of authority and few restrictions on the exercise of that authority, a leading federalism scholar characterized their proposals as rooted in a "managerial model" of state constitutionalism.<sup>66</sup>

In the era following World War II, the modernizers enjoyed considerable success. Some of this success occurred through piecemeal reform—for example, from 1947 to 1995, state voters approved ninety percent of amendments proposed to reform state executive branches, and from 1965 to 1975 twenty states comprehensively restructured their executive branches, while another twenty reorganized at least one executive agency or department.<sup>67</sup> But much of their success occurred when states created their initial constitutions or revised their existing constitutions. The delegates who drafted the 1947 New Jersey Constitution, the 1950 Hawaii Constitution, and the 1956 Alaska Constitution all drew heavily on the reform literature.<sup>68</sup> In the latter two cases the need to create an entirely new framework of government meant that there were no pre-existing power centers to oppose the reform prescriptions. In the New Jersey case, a bipartisan consensus that the state's 1844 constitution was hopelessly outdated encouraged an openness to new ideas—as Robert Williams has observed, "The difficulty in achieving constitutional revision had permitted a consensus to build around the major reforms that were finally adopted."<sup>69</sup>

When Michigan and other states undertook constitutional revision in the 1960's and 1970's, they too looked to the modernizers for ideas about what should be included in a well-designed state constitution. State constitutional commissions, groups of experts formed to prepare materials for the delegates, played a crucial role in disseminating the reform perspective.<sup>70</sup> In a study of seven constitutional conventions

<sup>66</sup> ELAZAR, Daniel J. *The Principles and Traditions Underlying State Constitutions*. **Publius: The Journal of Federalism**, Oxford, vol. 12, n. 1, p. 11-25, jan./mar. 1982. p. 22.

<sup>67</sup> GARNETT, James L. **Reorganizing State Government: the Executive Branch**. Boulder: Westview Press, 1980. p. 55.

<sup>68</sup> See generally LEE, Anne Fedder. **The Hawaii State Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011; and MCBEATH, Gerald A. **The Alaska State Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

<sup>69</sup> WILLIAMS, Robert F. **The New Jersey State Constitution**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

<sup>70</sup> TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 154. Michigan prepared for its convention by appointing a commission to in 1960, which produced materials to inform and guide its convention delegates. An independent group, the Citizens Research Council, also developed





held during this period, Elmer Cornwell and his associates found that all the revised state constitutions moved closer to the Model State Constitution, some dramatically so.<sup>71</sup> Michigan's 1963 constitution was not part of Cornwell's study, but it too deleted obsolete provisions, eliminated statute-like detail, removed earmarks from most taxes, strengthened the office of the governor, and reorganized the judiciary.<sup>72</sup>

It is hard therefore to gainsay the influence of the modernizers or to dispute with Albert Sturm's conclusion in 1982 that constitutional revision had contributed "to the remarkable resurgence and modernization of state government during the past 20 years."<sup>73</sup> Other commentators have reached similar conclusions.<sup>74</sup> Yet the modernizers' record is more mixed than this might suggest. From 1960-1976 voters in three states rejected proposed constitutions, and in five others they rejected proposals to call constitutional conventions, suggesting that they were not altogether persuaded of the need for constitutional modernization. Indeed, Cornwell's study of constitutional conventions found that voters rejected proposed constitutions precisely in those states (Maryland and New Mexico) where delegates had most completely embraced the modernizers' suggestions.<sup>75</sup> Constitutional modernization was part of the story from 1960-1976, but it was not the whole story.<sup>76</sup>

## 7. EXTERNAL POLITICAL FORCES

Sometimes the impetus for state constitutional change comes from outside the state. A prime example of this is the U.S. Supreme Court's one person, one vote rulings.<sup>77</sup> Almost all the states were obliged to change their systems of legislative ap-

---

a two-volume analysis of Michigan's 1908 constitution. See FINO, Susan P. **The Michigan State Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 25.

<sup>71</sup> CORNWELL JR., Elmer; GOODMAN, Jay S.; SWANSON, Wayne R. **State constitutional conventions**: the politics of the revision process in seven States. New York: Praeger Publishers, 1975. p. 156-159.

<sup>72</sup> FINO, Susan P. **The Michigan State Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 26-27 and *passim*.

<sup>73</sup> STURM, Albert L. **Thirty years of State Constitution-making**: 1938-1968. New York: National Municipal League, 1970. p. 115.

<sup>74</sup> See TEAFORD, Jon C. **The Rise of the States**: evolution of American State government. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2002; and BOWMAN, Anne O'Malley; KEARNEY, Richard C. **The Resurgence of the States**. New Jersey: Prentice-Hall, 1986.

<sup>75</sup> CORNWELL JR., Elmer; GOODMAN, Jay S.; SWANSON, Wayne R. **State constitutional conventions**: the politics of the revision process in seven States. New York: Praeger Publishers, 1975. p. 158, tbl. 5.6.

<sup>76</sup> It should also be noted that in the decades after 1976 the modernizers' agenda was largely replaced by another reform agenda, focused on ensuring greater governmental responsiveness through direct democracy and on imposing limits on state legislatures and courts. See TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 157-161.

<sup>77</sup> In *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), the Supreme Court ruled that apportionment issues were justiciable. In *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), it held that "one person, one vote" was the constitutionally prescribed standard for apportionment of both houses of state legislatures. This meant that states had to devise legislative districts with equal numbers of inhabitants in order to meet Chief Justice Warren's insistence that population be "the controlling criterion for judgment in legislative apportionment controversies."





portionment in order to conform to the Court's rulings, and reapportionment was the principal factor leading to the calling of conventions in Rhode Island (1964), Connecticut and Tennessee (1965), New Jersey (1966), New York (1967), and Hawaii (1968).<sup>78</sup> Whereas some of these conventions were limited to the issue of reapportionment, in other instances states used the occasion of this change to undertake more comprehensive reform. And this was not always a matter of design: for example, the 1965 Connecticut convention, which was called only to deal with legislative apportionment and propose new amending procedures, instead proposed a new constitution, which was ratified by voters.<sup>79</sup> Beyond that, post-reapportionment legislatures tended to be more supportive of comprehensive reform than were their predecessors. In part, the change in membership as a result of reapportionment brought new persons into the state legislature, who had not benefited from the practices and arrangements of the past and who consequently felt less attachment to them. In part, the new state legislators had less to fear from fundamental constitutional change than did their predecessors, who had blocked the calling of constitutional conventions, lest the power they enjoyed be undermined by reapportionment. The experience in New Jersey discussed earlier is a case in point. In part, too, the new legislators may have found that by blocking of comprehensive reform in the past, their predecessors had allowed a number of problems to fester that urgently demanded consideration. Finally, the new legislatures often differed politically from their malapportioned predecessors and thus may have wanted to introduce constitutional changes in line with their priorities.

The impetus for constitutional change may also come from other states. When some states have comprehensively reformed their constitutions, there is a pressure for other states to follow their example and reap the benefits of reform.<sup>80</sup> Thus it is hardly surprising that there are periods of intense state constitutional revision as well as periods of relative inactivity. This process of emulation can apply to individual provisions as well as to comprehensive reform. For example, Michigan in 1963 added a strong

<sup>78</sup> STURM, Albert L. **Thirty years of State Constitution-making: 1938-1968**. New York: National Municipal League, 1970. p. 61. On state legislative apportionment pre-Reynolds and on the steps states took following that ruling, see DIXON, Robert G. **Democratic Representation: reapportionment in law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 1968; and O'ROURKE, Timothy G. **The Impact of Reapportionment**. New Jersey: Transaction Publishers, 1980.

<sup>79</sup> STURM, Albert L. **Thirty years of State Constitution-making: 1938-1968**. New York: National Municipal League, 1970. p. 67.

<sup>80</sup> This calls to mind Justice Louis Brandeis's famous characterization of the states as "laboratories of democracy." See his dissenting opinion in *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932). On the transmission of constitutional reforms across state borders, often referred to as the diffusion of innovations, see GRAY, Virginia. *Innovation in the States: A Diffusion Study*. **American Political Science Review**, Cambridge, vol. 67, n. 4, p. 1174-1185, dec. 1973.







environmental guarantee to its constitution because the delegates were inspired by and relied upon Alaska's recent adoption of a similar provision.<sup>81</sup>

## 8. CONCLUSION

Writing in the late twentieth century, scholars described a "conventionphobia" rooted in popular distrust of the fundamental changes that might be introduced by constitutional revision.<sup>82</sup> Even when voters were willing to authorize conventions, they tended to prefer piecemeal change rather than the creation of new constitutions. Thus the successful conventions in Rhode Island (1973, 1986), New Hampshire (1974, 1984), Arkansas (1978-1980), Hawaii (1978), and Tennessee (1977) all involved the submission of specific amendments to the voters.<sup>83</sup> Change via constitutional amendments proposed by the legislature, by the constitutional initiative, or in Florida by constitutional commission likewise superseded more comprehensive reform. But this is not unprecedented: the frequency of constitutional revision has fluctuated throughout American history, and it is not inconceivable that in the future states will again embrace comprehensive constitutional reform. Should they do so, it is likely that the same dynamics of constitutional change described in this article will again operate. Until then, much can be gained by reflecting on the last great period of state constitutional revision, in which Michigan played an important role.

## 9. REFERENCES

ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Cambridge: Belknap Press, 1991.

ACKERMAN, Bruce. **We the People: Transformations**. Cambridge: Belknap Press, 1998.

ALLEN, Robert S. **Our Sovereign State**. New York: Vanguard Press, 1949.

BEBOUT, John H.; HARRISON, Joseph. The Working of the New Jersey Constitution of 1947. **William and Mary Law Review**, Williamsburg, vol. 10, n. 2, p. 337-365, 1968.

BENJAMIN, Gerald. Constitutional Amendment and Revision. In: WILLIAMS, Robert F.; TARR, G. Alan (Ed.). **State Constitutions for the Twenty-first Century**. vol. 3. Albany: State University of New York Press, 2006.

---

<sup>81</sup> ZACKIN, Emily. **Looking for rights in all the wrong places**: why State Constitutions contain America's positive rights. Princeton: Princeton University Press, 2013. p. 158. On interstate borrowing of environmental provisions, see also PINGUELO, Fernando. Laboratory of Ideas: One State's Successful Attempt to Constitutionally Ensure a Healthier Environment. **The Buffalo Environmental Law Journal**, Buffalo, vol. 4, n. 2, july/dec. 1997.

<sup>82</sup> BENJAMIN, Gerald; GAIS, Thomas. Constitutional Conventionphobia. **Hofstra Law & Policy Symposium**, Hempstead, vol. 1, p. 53-77, 1996.

<sup>83</sup> KOGAN, Vladimir. The Irony of Comprehensive State Constitutional Reform. **Rutgers Law Journal**, Camden, vol. 41, n. 4, p. 881-905, july 2010. p. 893-894, app. 1.





BENJAMIN, Gerald; GAIS, Thomas. Constitutional Conventionphobia. **Hofstra Law & Policy Symposium**, Hempstead, vol. 1, p. 53-77, 1996.

BOWLER, Shaun; DONOVAN, Todd. **Demanding Choices**: opinion, voting, and direct democracy. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1998.

BOWLER, Shaun; GLAZER, Amihai. **Direct democracy's impact on American political institutions**. New York: Palgrave MacMillan, 2008.

BOWMAN, Anne O'Malley; KEARNEY, Richard C. **The Resurgence of the States**. New Jersey: Prentice-Hall, 1986.

BRIFFAULT, Richard. Foreword: The Disfavored Constitution: State Fiscal Limits and State Constitutional Law. **Rutgers Law Journal**, Camden, vol. 34, n. 4, p. 907-957, june/sept. 2003.

BURGESS, Michael D.; TARR, G. Alan; MARKO, Josef (Ed.). **Constitutional dynamics in federal systems: sub-national perspectives**. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2012.

CAIN, Bruce E. Constitutional Revision in California: The Triumph of Amendment over Revision. In: WILLIAMS, Robert F.; TARR, G. Alan (Ed.). **State Constitutions for the Twenty-first Century**. vol. 1. Albany: State University of New York Press, 2005.

CAIN, Bruce E.; NOLL, Roger G. Malleable Constitutions: Reflections on State Constitutional Reform. **Texas Law Review**, Austin, vol. 87, n. 7, p. 1517-1544, june 2009.

CARESS, Stanley M.; KUNIOKA, Todd T. **Term limits and their consequences**: the aftermath of legislative reform. Albany: State University of New York Press, 2012.

CARLETON, Mark T. Elitism Sustained: The Louisiana Constitution of 1974. **Tulane Law Review**, New Orleans, vol. 54, p. 560-588, 1980.

COMMITTEE ON STATE GOVERNMENT OF THE NATIONAL MUNICIPAL LEAGUE (Ed.). **The Model State Constitution**. 4. ed. New York: National Municipal League, 1941.

CONNORS, Richard J. **The process of constitutional revision in New Jersey**: 1940-1947. New York: National Municipal League, 1970.

CORNWELL JR., Elmer; GOODMAN, Jay S.; SWANSON, Wayne R. **State constitutional conventions**: the politics of the revision process in seven States. New York: Praeger Publishers, 1975.

DEALEY, James Q. **Growth of American State Constitutions from 1776 to the end of the year 1914**. Boston: Ginn and Company, 1915.

DEMPSEY, Dave. **Ruin and recovery**: Michigan's rise as a conservation leader. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2001.

DINAN, John. **The Virginia State Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

DIONNE JR., E. J. **Why Americans Hate Politics**. New York: Simon & Schuster, 1991.





DIXON, Robert G. **Democratic Representation**: reapportionment in law and politics. Oxford: Oxford University Press, 1968.

ELAZAR, Daniel J. The Principles and Traditions Underlying State Constitutions. **Publius: The Journal of Federalism**, Oxford, vol. 12, n. 1, p. 11-25, jan./mar. 1982.

FINO, Susan P. **The Michigan State Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GARNETT, James L. **Reorganizing State Government**: the Executive Branch. Boulder: Westview Press, 1980.

GETTLEMAN, Marvin E. **The Dorr rebellion: a study in American radicalism**: 1823-1849. New York: Random House, 1973.

GRABER, Mark A. Symposium: The Maryland/Georgetown Constitutional Law Schmooze – Foreword from the Countermajoritarian Difficulty to Juristocracy and the Political Construction of Judicial Power. **The Maryland Law Review**, Baltimore, vol. 65, n. 1, p. 1-14, 2006.

GRAVES, W. Brooke (Ed.). **Major problems in State Constitutional revision**. Chicago: Public Administration Service, 1960.

GRAY, Virginia. Innovation in the States: A Diffusion Study. **American Political Science Review**, Cambridge, vol. 67, n. 4, p. 1174-1185, dec.1973.

GRODIN, Joseph R.; MASSEY, Calvin R.; CUNNINGHAM, Richard B. **The California State Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

HARGRAVE, W. Lee. **The Louisiana State Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

HENRETTA, James A. The Rise and Decline of "Democratic-Republicanism": Political Rights in New York and the Several States. In: FINKELMAN, Paul; GOTTLEIB, Stephen (Ed.). **Toward a usable past**: liberty under State Constitutions. Athens: University of Georgia Press, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Toward Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

KOGAN, Vladimir. The Irony of Comprehensive State Constitutional Reform. **Rutgers Law Journal**, Camden, vol. 41, n. 4, p. 881-905, july 2010.

KOUSSER, J. Morgan. **The shaping of southern politics**: suffrage restrictions and the establishment of the one-party south: 1890-1910. New Haven: Yale University Press, 1974.

LEE, Anne Fedder. **The Hawaii State Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

LIPSET, Seymour Martin. **The Confidence Gap**: business, labor, and government in the public mind. New York: The Free Press, 1983.

LUTZ, Donald S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. **American Political Science Review**, vol. 88, n. 2, p. 355-370, 1994.





- MCBEATH, Gerald A. **The Alaska State Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- MCCOY, Candace. Crime as a Bogeyman: Why Californians Changed Their Constitution to Create a Victims' Bill of Rights. In: TARR, G. Alan (Ed.). **Constitutional politics in the States: contemporary controversies and historical patterns**. Santa Barbara: Praeger, 1996.
- MCMILLAN, Malcolm C. **Constitutional development in Alabama, 1789-1901: a study in politics, the negro, and sectionalism**. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1955.
- MERRITT, Deborah Jones. The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century. **Columbia Law Review**, New York, vol. 88, n. 1, p. 1-78, jan. 1988.
- MORRISON, Mary Jane. **The Minnesota State Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- O'ROURKE, Timothy G. **The Impact of Reapportionment**. New Jersey: Transaction Publishers, 1980.
- OLIN JR., Spencer C. **California's prodigal sons: Hiram Johnson and the progressives 1911-1917**. Berkeley: University of California Press, 1968.
- PERMAN, Michael. **The Road to Redemption: Southern Politics: 1869-1879**. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1984.
- PETERSON, Merrill D. (Ed.). **The Portable Thomas Jefferson**. New York: Viking Press, 1975.
- PINGUELO, Fernando. Laboratory of Ideas: One State's Successful Attempt to Constitutionally Ensure a Healthier Environment. **The Buffalo Environmental Law Journal**, Buffalo, vol. 4, n. 2, july/dec. 1997.
- RICH, Bennett M. Revision by Constitutional Commission. In: GRAVES, W. Brooke (Ed.). **Major problems in State Constitutional revision**. Chicago: Public Administration Service, 1960.
- SANFORD, Terry. **Storm Over States**. Columbus: McGraw-Hill, 1967.
- SARBAUGH-THOMPSON, Marjorie. **Political and institutional effects of term limits**. New York: Palgrave MacMillan, 2004.
- SHUGERMAN, Jed Handelsman. **The people's Courts: pursuing judicial independence in America**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- SMITH, Daniel A.; TOLBERT, Caroline J. **Educated by initiative: the effects of direct democracy on citizens and political organizations in the American States**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2004.
- STURM, Albert L. **State Constitutions and Constitutional Revision: 1978-79 and the 1970's**. In: **The Book of the States**, 1980-81. Lexington: Council of State Governments, 1980.
- STURM, Albert L. The Development of American State Constitution. **Publius: The Journal of Federalism**, Oxford, vol. 12, n. 1, p. 57-98, jan./mar. 1982.





STURM, Albert L. **Thirty years of State Constitution-making: 1938-1968**. New York: National Municipal League, 1970.

SUPER, David A. Rethinking Fiscal Federalism. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 118, n. 8, p. 2544-2652, june 2005.

TARR, G. Alan. Introduction. In: WILLIAMS, Robert F.; TARR, G. Alan (Ed.). **State Constitutions for the Twenty-first Century**. vol. 3. Albany: State University of New York Press, 2006.

TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

TEAFORD, Jon C. **The Rise of the States: evolution of American State government**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2002.

THE COMMISSION ON INTERGOVERNMENTAL RELATIONS. **A Report to the President for Transmittal to Congress**. Washington: Government Printing Office, 1955.

THE COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS. **Book of the States**. 2012. Available on: <<http://knowledgecenter.csg.org/kc/category/content-type/bos-2012>>.

TRACTENBERG, Paul L. Education. In: WILLIAMS, Robert F.; TARR, G. Alan (Ed.). **State Constitutions for the Twenty-first Century**. vol. 3. Albany: State University of New York Press, 2006.

WHEELER JR., John P. **Salient Issues of Constitutional Reform**. National Municipal League, 1961.

WILLIAMS, Robert F. State Constitutional Limits on Legislative Procedure: Legislative Compliance and Judicial Enforcement. **Publius: The Journal of Federalism**, Oxford, vol. 17, n. 1, p. 91-114, jan./mar. 1987.

WILLIAMS, Robert F. **The Law of American State Constitutions**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

WILLIAMS, Robert F. **The New Jersey State Constitution**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

WILLIAMS, Robert F.; TARR, G. Alan (Ed.). **Federalism, sub-national constitutions, and minority rights**. Santa Barbara: Praeger, 2004.

ZACKIN, Emily. **Looking for rights in all the wrong places: why State Constitutions contain America's positive rights**. Princeton: Princeton University Press, 2013.





Licenciado sob uma Licença Creative Commons  
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46295>

## Coherence and faith: constitutional interpretation by Akhil Amar and Philip Bobbitt\*

### Coerência e fé: interpretação constitucional por Akhil Amar e Philip Bobbitt

ANA BEATRIZ VANZOFF ROBALINHO CAVALCANTI\*\*

Yale Law School (United States of America)  
[ana.robvalho@yale.edu](mailto:ana.robvalho@yale.edu)

Recebido/Received: 11.04.2016 / April 11<sup>th</sup>, 2016

Aprovado/Approved: 01.07.2016 / July 1<sup>st</sup>, 2016

#### Abstract

The approaches to constitutional interpretation of Professors Akhil Amar and Philip Bobbitt provide a window into the field of the American legal debate. This paper offers an analysis of the jurisprudence of two of the greatest constitutional scholars of our days, confronted in two axes of significant value for scholars: *who* should interpret and *what* should be interpreted. In determining the range of authoritative interpretation in the judiciary and beyond, and limiting the body of materials available for interpreters in remarkably different ways, these scholars provide a wide and precise picture of the constitutional landscape while also indicating how radically different approaches to interpretation may pursue the same principled ends.

**Keywords:** constitutional interpretation; catholic; protestant; faith; indeterminacy.

#### Resumo

As abordagens dos Professores Akhil Amar e Philip Bobbitt quanto à interpretação constitucional oferecem uma janela para o campo do debate jurídico americano. Esse artigo apresenta uma análise da doutrina de dois dos maiores juristas do direito constitucional de seu tempo, confrontando-se em dois eixos de valor significativo para estudiosos: quem deve interpretar e o que deve ser interpretado. Ao determinar o alcance da interpretação válida no judiciário e além, e limitar o conjunto de materiais disponíveis para os intérpretes de formas notadamente distintas, esses juristas oferecem uma visão ampla e precisa do cenário constitucional, ao mesmo tempo em que demonstram como abordagens radicalmente distintas quanto à interpretação podem aspirar principiologicamente aos mesmos fins.

**Palavras-chave:** interpretação constitucional; católico; protestante; fé; indeterminação.

Como citar esse artigo/How to cite this article: CAVALCANTI, Ana Beatriz Vanzoff Robalinho. Coherence and faith: constitutional interpretation by Akhil Amar and Philip Bobbitt. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 33-50, maio/jun. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46295>.

\* Akhil Amar and Philip Bobbitt are Professors of Law at, respectively, Yale Law School and Columbia Law School. They annually teach a seminar at Yale on the topic of "Constitutional Interpretation", as a student of which I explored most of the themes covered in this paper. I thank both Professors for generously commenting on earlier drafts, as well as my colleagues in the seminar, for the enriching discussion of the topic.

\*\* LL.M. Candidate, Yale Law School (New Haven, United States of America). LL.M. Candidate, University of Sao Paulo (São Paulo-SP, Brasil). LL.B. University of Brasilia (Brasília-DF, Brasil).





## CONTENTS

1. Introduction; 2. The influence of faith in law: catholic and protestant approaches to constitutional interpretation; 3. Reversing misconceptions; 3.1. Bobbitt as an interpretative Protestant: language and conscience; 3.2. Amar as an interpretative catholic: America's *unwritten* Constitution; 4. Faith in the Constitution and the coherence of purist theories; 5. Conclusion; 6. References.

*Interpretation is not an occasional, post facto supplement to understanding; rather, understanding is always interpretation, and hence interpretation is the explicit form of understanding.<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUCTION

The issue of constitutional interpretation has been in the center of legal debate in America for the better part of the 20<sup>th</sup> century (and all the lived part of the 21<sup>st</sup>). A significant number of the great legal minds of the last eighty years have dedicated time and effort to the question of interpretation, and offered answers that range on both extremes of the political spectrum and to all corners of legal possibility. The jurisprudences of Professors Philip Bobbitt and Akhil Amar both fall under this extremely wide umbrella but, as was to be expected when accounted differences in formation, historical context and opinion, offer very different approaches to constitutional interpretation.

This difference must be understood, foremost, on *time frame*. Over twenty years stand between the publication of Professor Bobbitt's first book on interpretation, *Constitutional Fate*<sup>2</sup>, and Professor Amar's *America's Constitution: A Biography*<sup>3</sup>. Both Professors have, naturally, published before and since on the issue of interpretation. But the decades the set apart these larger projects of constitutional solutions must be understood in a legal, historical and political time frame. When Bobbitt wrote *Constitutional Fate* in the late 1970s, the great question of American Constitutional Law was judicial review. By then the progressive decisions of the Warren and early Burger Courts had left a profound mark of the political and legal spectrum, and jurists on the left and right alike turned to such decisions in producing scholarship designed to either justify their fundaments and scope or definitely rebuff them as unauthorized violations of the constitutional order<sup>4</sup>. The second decade of the 21<sup>st</sup> century, on the other hand, was in-

<sup>1</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Truth and Method**. London: Bloomsbury Academic, 2013.

<sup>2</sup> BOBBITT, Philip. **Constitutional Fate**: Theory of the Constitution. New York: Oxford University Press, 1984.

<sup>3</sup> AMAR, Akhil Reed. **America's constitution**: a biography. New York: Random House, 2006.

<sup>4</sup> The on-going constitutional debate that sprung from this particular historical period is worthy of note. On the right, one of the great critical instruments in this period was democracy. The counter-majoritarian difficulty of judicial review (See BERGER, Raoul. **Government by judiciary**. Indianapolis: Liberty Fund, 1997), arguing that judicial review of legislation - approved by a democratically elected Congress - by a group of unelected judges impaired the democratic principle and threatened the liberty of the American people.) became a







augured in a new era of the realm of constitutional theory. The dilemma of judicial review, although far from resolved in the minds of respectable constitutional scholars, has been largely placed aside in the pursue of new challenges<sup>5</sup>. The approach to constitutional interpretation has been dissociated, albeit incompletely, from the context of courts in contemporary legal scholarship<sup>6</sup>. In this new context of scholarly debate, it is notable how often the exercise of interpretation, as repeatedly seen in Professor Amar's books, is entirely independent from the interpretative efforts of the Supreme Court<sup>7</sup>.

Understanding that these scholarly enterprises are products of different times, and even to some extent designed to answer different questions does not, however, invalidate or preclude a comparative effort between them. In fact, the richness of the ideas presented in the works of both authors and the functional value of the solutions they offer makes such comparative enterprises a timeless exercise. In this paper I utilize a useful analogy in illuminating the differences and similarities between these disparate approaches to constitutional interpretation; in the process, I hope to clarify both how these authors speak to each other and to other scholars engaged in the debate of

weapon in the hands of opponents of the progressive Supreme Court of the 1950s, 60s and 70s. The great heritage of the right of this period, in the realm of constitutional interpretation, is originalism as defended by men like Robert Bork (see BORK, Robert H. **The Tempting of America**. New York: Free Press, 1997) and Edwin Meese. The left, of course, was not silent; but it was, perhaps, less united in its approach to judicial review. Theories of interpretation justifying the use of judicial review, especially in the protection of civil rights, were presented by progressive law professors who wished to legitimate the legacy of the Warren Court (See BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court At The Bar Of Politics**. New Haven: Yale University Press, 1986; FISS, Owen M. **Objectivity and Interpretation**. **Stanford Law Review**, San Francisco, 34, p. 739–763, 1982; ELY, John Hart. **Democracy And Distrust: A Theory Of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980). But the left also turned on itself as scholars of the Critical Legal Studies movement sought to deconstruct justifying legal theories – including the ones that supported their own political preferences. See UNGER, Roberto Mangabeira. **The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task**. London: Verso, 2015; TUSHNET, Mark V. **Red, White, And Blue: A Critical Analysis Of Constitutional Law**. Lawrence: University Press of Kansas, 2015. Reva Siegel and Robert Post have suggested that this united theoretical front on the right – not replicated on the left – can account for the remarkable influence originalism practiced by right wing has exerted in America in the last decades. See SIEGEL, Reva; POST, Robert. **Democratic Constitutionalism**. In: **The Constitution in 2020**. New York: Oxford University Press, 2009. Most of these remarkable changes in the field of constitutional interpretation have taken place precisely in the period that separates *Constitutional Fate and America's Constitution: A Biography*. And they will be shown to have a significant influence in the ideological differences in between Amar's and Bobbitt's approaches to interpretation.

<sup>5</sup> See BALKIN, Jack M., **Critical Legal Theory Today**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2008.

<sup>6</sup> New approaches to constitutional interpretation focus on the power of social and political movements in shaping constitutional meaning inside and outside of courts, rather than the reasoning of judges. See BALKIN, Jack M., **Living Originalism**. [s.l.]: Belknap Press, 2014. See also ACKERMAN, Bruce, *The Living Constitution*, **Harvard Law Review**, v. 120, n. 7, p. 1737–1812, 2007. POST, Robert; SIEGEL, Reva, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, p. 373, 2007.

<sup>7</sup> In discussing matters such as abortion and the use of contraceptives, Professor Amar engages in demonstrating how the 14th and 19th amendments have provided the Constitution with new standards of equality for women that necessarily translate in new approaches to matters such as sexuality and child bearing in the United States. In doing so, he does not engage with the argumentative line utilized by the Supreme Court to resolve the same line of cases, in which a doctrine of privacy rights was created from the concepts of liberty and due process. AMAR, Akhil Reed. **America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By**, Reprint edition. [s.l.]: Basic Books, 2015. p. 277.





constitutional interpretation. For such, in Part I I will present the analogical tools developed in the work of Professor Sanford Levinson<sup>8</sup> and elaborate my hypothesis of how they apply to the works of Professors Amar and Bobbitt; in Part II, I will attempt to address some possible problems and questions my hypothesis generates, and in Part III I will explore the consequences of the ideological and normative differences between the author's theories, and what I believe brings them together.

## 2. THE INFLUENCE OF FAITH IN LAW: CATHOLIC AND PROTESTANT APPROACHES TO CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

In 1987, Professor Sanford Levinson published *Constitutional Faith*<sup>9</sup>, an exploratory work of law and political theory that sought to illuminate nuances of theory and practice in these fields by the means of analogies between law and religion. One of the most fascinating features of this enterprise were the analogical standards offered in the comparison of the different approaches to constitutional interpretation, derived from Christian approaches to the interpretation of the bible. Levinson sought to explain how Catholics and Protestants differed on both the sources of authority and the basis of interpretation for biblical teachings; while the catholic tradition developed throughout the centuries a doctrinal support to the biblical text, derived from the "independent authority of oral tradition", Protestantism sought to reinstate the bible as the one true source of God's authoritative power. And whereas in Catholic tradition the church was the one true source of interpretative authority, Protestantism wished to vindicate the power of individual conscience, allowing every man to interpret the sacred text in the search of guidance for spiritualism and behavior.

In the realm of constitutional interpretation, Levinson devised two variables: (a) reliance solely on the text of the constitution as a source of authority in which to base interpretation or (b) understanding doctrine, or unwritten traditions, to be sources of constitutional law along with the written text; and (c) understanding an institutional authority (in this case the Supreme Court) as the ultimate dispenser of interpretative power or (d) recognizing the legitimacy of individualized ("or at least nonhierarchical communal") interpretation. He stresses that there is "no logical connection between Constitution-identity and who is to be the authorized interpreter of the Constitution"<sup>10</sup>, signaling that one could position oneself as a Catholic in regards to one of the variables and as Protestant to the other.

In fact, Professor Levinson then goes to show how different constitutional scholars have often chosen opposite sides of the spectrum in each of the variables, just as

<sup>8</sup> LEVINSON, Sanford, **Constitutional Faith**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2011.

<sup>9</sup> LEVINSON, Sanford, **Constitutional Faith**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2011.

<sup>10</sup> LEVINSON, Sanford, **Constitutional Faith**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2011. p. 29.





others have stayed “pure” in their Catholic or Protestant approaches. However, I must state a point of disagreement with Professor Levinson (himself self-declaredly a man of “split” preferences<sup>11</sup>) as to the inexistence of any logical connection in between the substantive basis for interpretation and the source of interpretative authority, for I believe such a basis exists – and moreover, that while it does not impede the reality of acceptable *split* theories, it endows purists with a greater sense of coherence and functional value, an argument I intent to explore throughout this paper.

That being said, it is necessary to disclosure that the best way of reading the variables proposed by Levinson is as ideal types, as suggested by Professor Amar when engaging in a similar exercise<sup>12</sup>. Therefore, even amongst those who would align their interpretative preferences with the same strain of religious analogy on both variables, dissimilarities are natural and do not disparage the fundamental differentiation of the analysis. As noted by Professor Amar:

*The difference lies in emphasis and attitude. Those who privilege the document do not ignore precedent altogether. (How could they, given that the text itself suggests a role for judicial exposition?) Conversely, those who privilege precedent concede that the text does sometimes matter - on rare occasions, they have even been caught reading the Constitution. (Hasn't the Court itself suggested that constitutional precedents must often yield if later adjudged contrary to the document?) In some sense, we are all documentarians; we are all doctrinalists.*<sup>13</sup>

Such dissimilarities will be noticed in all of the examples, provided by Professor Levinson and elsewhere, of how interpretative theories have applied each of the variables in the ideal types. And in those examples, interestingly enough, split theories are more common than pure ones. Levinson's primary example of a pure textualist of the Protestant variety is Justice Hugo Black (who was also described as the champion of textual argument by Professor Bobbitt in *Constitutional Fate*<sup>14</sup>), who apart from defending the text of the Constitution as the only source of interpretative substance did not

<sup>11</sup> As noted by Professor Amar in AMAR, Akhil Reed. Civil Religion and Its Discontents. **Tex. L. Rev.**, v. 67, p. 1153–1591, 1989, p. 1155.

<sup>12</sup> In comparing doctrinalists and documentarians, two categories of constitutional interpreters that speak to the first of Professor Levinson's variables. See AMAR, Akhil Reed. The Document and the Doctrine. **Harvard Law Review**, v. 114, 2000, p. 27.

<sup>13</sup> AMAR, Akhil Reed. The Document and the Doctrine. **Harvard Law Review**, v. 114, 2000.

<sup>14</sup> Professor Bobbitt explains textualism as developed by Black stating that: “Black developed the textual argument, and a set of supporting doctrines, with a simplicity and power they had never before had. His view was that the Constitution has a certain number of significant prohibitions which, when phrased without qualification, bar any extension of governmental power into the prohibited areas. A judge need not decide whether such an extension is wise or prudent; and as such a non-decider, he is a mere conduit for the prohibitions of the Constitution”. BOBBITT, Philip. **Constitutional Fate: Theory of the Constitution**. New York: Oxford University Press, 1984. p. 31.





challenge judicial authority, causing Levinson to label him “protestant-catholic”. On the category of doctrinalists, or Catholics as to what actually constituted “the Constitution”, the most notorious candidate suggested by Levinson is Ronald Dworkin, whose work is famous for advocating morality as a source of constitutional principles, and also for the figure of Hercules, or the ideal judge<sup>15</sup>. Levinson notes, however, that “Hercules could just as easily be an ordinary citizen as a justice of the United States Supreme Court. All that Dworkin requires is that this adjudicator be someone seriously committed to the Constitution (...)”<sup>16</sup>.

Dworkin and Black are striking examples because they are extremely committed to their respective ends on the first variable, but do not remain within the same “category” in regards to *who* has interpretative authority over the Constitution. Other examples follow this pattern. In his own analysis of doctrinalists and documentarians, Professor Amar points to John Hart Ely as a documentarian, or a Protestant of the first variety; but Ely is not a critic of judicial supremacy. In fact, his theory was designed to justify the exercise of judicial review within a structural framework<sup>17</sup>.

Nevertheless, there are obviously some purists to be found in the legal realm. One example (by both Amar and Levinson) is Justice John Marshall Harlan, a committed doctrinalist or Catholic (of both varieties). Harlan advocated the role of tradition as a valid source of constitutional law, while reaffirming the supreme authority of the Court to recognize the meaning of the Constitution informed by it. The other purist presented by Professor Levinson, in true Protestant fashion, was neither a judge nor even a lawyer, but Frederick Douglass, a slave-turned-abolitionist that rejected both the Supreme Court’s interpretation of the Constitution about slavery and widespread tradition as a source of doctrinal authority. Douglass emphasized the textual character of the Constitution, but radically denied the supremacy of the Supreme Court as an interpreter<sup>18</sup>, once he believed its interpretations were not based in the only true source of substantive authority, the constitutional text.

The question that remains is how do the works of Professors Amar and Bobbitt fit into the framework suggested by Levinson. Let us first examine the variable that Professor Amar himself proposed to divide documentarians and doctrinalists. In such a framework, Professor Amar is a self-declared documentarian *first* and doctrinalist second<sup>19</sup>. By this he means that he seeks “inspiration and discipline in the amended Constitution’s specific words and word patterns, the historical experiences that birthed and rebirthed

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald, **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

<sup>16</sup> LEVINSON, Sanford, **Constitutional Faith**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2011. p. 42.

<sup>17</sup> ELY, John Hart, **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

<sup>18</sup> LEVINSON, Sanford, **Constitutional Faith**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2011. p. 51.

<sup>19</sup> AMAR, Akhil Reed. The Document and the Doctrine. **Harvard Law Review**, v. 114, 2000. p. 27.





the text, and the conceptual schemas and structures organizing the document.”<sup>20</sup> To the extent that Protestantism is understood as an ideal type, Professor Amar is most definitely Protestant, willing to “wring every drop of possible meaning from constitutional text, history and structure...”<sup>21</sup> before ever resorting to sources of doctrine.

Professor Bobbitt has a clearly different approach. He clearly and repeatedly states that in his theory the different modalities of argument have no hierarchy between them<sup>22</sup>. He does not *favor* doctrine over text, as so many interpretative Catholics do. In fact, he is willing to insist that the interpretative results using any of the modalities is equally legitimate, and therefore recognizes the authority of sources such as precedents (doctrinal argument) and ethos (ethical argument). This suffices in characterizing him as someone who recognized the independent authority of tradition, to use Levinson’s terms<sup>23</sup>, and therefore a Catholic.

The second variable is more fluid and harder to determine. As Levinson notes on religious grounds, it certainly cannot be that Protestantism rejects *all* church authority. Instead, what exists is “a strong push to a radically deinstitutionalized relationship between the individual believer and the God revealed in scripture”<sup>24</sup>, and therefore “it is up to each member of the faith community who feels touched by God’s saving grace to decide what the Word actually requires”<sup>25</sup>. In law, this relationship between individual and institutionalized authority is even subtler.

Back to ideal types, it is not the case that Protestants refuse to recognize the authority of the Supreme Court as an interpreter of the Constitution, not that Catholics are absolutely court-centered. But to the extent that differences exist, they will be noticed in emphasis and, I shall argue, a general coherence with the substantive basis of a theory of interpretation. Protestants of the second variety may be more willing to recognize individual or nonhierarchical interpretations against the Supreme Court. Levinson cites as examples of this President Andrew Jackson and Attorney General Edwin Meese, both public figures vested in authority, but that actively proclaimed to have *equal* authority to the United States Supreme Court in interpreting the Constitution. In describing the episode of President Jackson’s veto of the Second Bank, Professor Amar has quoted him expressing that “the Congress, the executive, and the court must each for itself be guided by its own opinion of the Constitution...the opinion of the judges

<sup>20</sup> AMAR, Akhil Reed. The Document and the Doctrine. **Harvard Law Review**, v. 114, 2000. p. 26.

<sup>21</sup> AMAR, Akhil Reed. The Document and the Doctrine. **Harvard Law Review**, v. 114, 2000.

<sup>22</sup> See BOBBITT, Philip C. **Constitutional Interpretation**. Cambridge: Blackwell Pub, 1991. See also BOBBITT, Philip. Reflections Inspired by My Critics. **Texas Law Review**, v. 72, 1993.

<sup>23</sup> LEVINSON, Sanford. **Constitutional Faith**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2011. p. 23.

<sup>24</sup> LEVINSON, Sanford. **Constitutional Faith**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2011. p. 25.

<sup>25</sup> LEVINSON, Sanford. **Constitutional Faith**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2011. p. 25–26.





has no more authority over Congress than the opinion of Congress has over judges; and on that point the President is independent of both.”<sup>26</sup>

Catholics in this variety are easier: they believe the Supreme Court has the ultimate authority to interpret the Constitution, and while other actors in the polity may disagree and engage in debate on constitutional matters, only the Court’s interpretation is a source of legitimate authority. In this sense, I will argue that Professor Bobbitt’s theoretical framework is consistent with a Catholic approach on the second variety, while Professor Amar’s is consistent with a Protestant approach. That would make both Professors purists in Levinson’s proposed varieties, on opposite sides of his spectrum: Amar would be “protestant-protestant” and Bobbitt “catholic-catholic”.

This is a large claim, and I want to break it into three fragments, which will be explored in the next parts of this paper. For now I will state the features of Professors Amar and Bobbitt’s theories that seem to be consistent with my proposed classification of their work on Levinson’s second variety. In Part II I will address the qualities of their work that seem inconsistent with my proposed classification on both varieties, and try to assess whether they undermine it. Then in Part III I will return to the effects and consequences of this classification in comparing the Professor’s works.

Classifying Professor Bobbitt as a Catholic as to who has the authority to interpret the Constitution goes back to the very purpose of his work. In *Constitutional Fate*, and again in introducing *Constitutional Interpretation*, Professor Bobbitt proclaims to be analyzing the legitimacy (in *Constitutional Fate*) and justification (in *Constitutional Interpretation*) of judicial review. His work is designed to explain why constitutional interpretation performed by judges is legitimate, and why a system in which constitutional interpretation *is* performed by judges is just. His is not a work that proposes to change the system, or to disclaim it: in this sense it is redemptive<sup>27</sup> because it seeks to explain how and why the system works, and can continue to work.

Professor Amar’s work is redemptive in a different way. He pays considerably less attention to judicial review, while stressing on several points severe disagreement with the interpretations provided by the Supreme Court on constitutional provisions. If, however, his work is critical, his criticism is directed at the Supreme Court and not at the Constitution. Just as Frederick Douglass (as he is described by Levinson)<sup>28</sup>, he can assert the legitimacy of an interpretation that is contrary *both* to existing traditions and to the interpretation provided by the Supreme Court. Professor Amar’s faith in the

<sup>26</sup> AMAR, Akhil Reed. **America’s constitution**: a biography. New York: Random House, 2006. p. 185.

<sup>27</sup> The extent to which theories of law can be redemptive, and how they relate to the idea of faith in the Constitution (however one understands the Constitution to be) is lenthly explored by Professor Jack Balkin in BALKIN, Jack M. **Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

<sup>28</sup> LEVINSON, Sanford. **Constitutional Faith**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2011. p. 31.





Constitution (to use another fundamental expression in Levinson's work) is much more related to the Founding Document as he understands it and interprets it than to how the United States Supreme Court has shaped it.

I now turn to the (several) questions raised by my proposed classifications, as I aim to deepen my analysis of Professors Bobbitt and Amar's theories of constitutional interpretation.

### 3. REVERSING MISCONCEPTIONS

The claims I am making in classifying the interpretative theories of Professors Bobbitt and Amar can and have been challenged not only by the authors themselves, but also by others that have studied their work. Without presuming to sum or adequately respond to every strain of criticism, in this part I hope to address some misleading features of their work, which could lead us to assume, in a first analysis, the presence of Protestantism or Catholicism where in reality there is none.

#### 3.1. Bobbitt as an interpretative Protestant: language and conscience

In reviewing *Constitutional Interpretation* in 1993, Professor Levinson himself (writing with Professor Jack Balkin) has declared that Professor Bobbitt was "deeply protestant in his approach to constitutionalism and constitutional interpretation"<sup>29</sup>. This statement was produced in the characterization of Professor Bobbitt by his reviewers as a *constitutional grammarian*, someone invested in a project to determine the rules of the constitutional language game and, therefore, allow all actors in the system to play and excel on it. According to Levinson and Balkin:

*Bobbitt wishes to empower all the members of the legal system, including not only judges but also legislators, executive officials, and especially laypersons, to engage in constitutional interpretation. To this end, Constitutional Interpretation is offered basically as a primer that will quickly teach ordinary citizens how to interpret the U.S. Constitution. Even if they know nothing of constitutional doctrine or the specifics of constitutional history, they can still participate in the practice of constitutional interpretation because they can make textual, structural, ethical, and prudential arguments.*<sup>30</sup>

While it is certainly true that Professor Bobbitt's description of the modalities of constitutional argument can be read as an attempt to define and differentiate constitutional language from all other forms of language – such as political and moral language, for instance – and bestow legitimacy only on the first, Professor Bobbitt's

<sup>29</sup> BALKIN, J. M.; LEVINSON, Sanford. *Constitutional Grammar*. *Texas Law Review*, v. 72, p. 1771, 1993. p. 7.

<sup>30</sup> BALKIN, J. M.; LEVINSON, Sanford. *Constitutional Grammar*. *Texas Law Review*, v. 72, p. 1771, 1993. p. 6–7.







primary interest in this construction is not allowing everyone to make constitutional arguments, but legitimating the arguments made by judges in interpreting the Constitution. This is not to say, of course, that Professor Bobbitt does not desire or recognize the importance of the usage of constitutional language by other actors in the polity. But so far as the locus of *authority* (and so the focal point of determining whether his approach is Catholic or Protestant in Levinson's terms) is concerned, Bobbitt is clear in separating interpretations by judges from those made by everyone else.

Responding directly to Professors Levinson and Balkin, Professor Bobbitt differentiates between constitutional *discourse* and constitutional *argument*, the latter being an activity confined to those persons whose decisions must be explained in terms of legal arguments, and the first being an activity that may include legal argument, but that is not confined by it<sup>31</sup>. For Bobbitt non-institutional interpretations of the Constitution, even if they utilize constitutional language, are not decisions according to law. His entire framework of legitimacy and justification is concerned with the decisions of judges, with a system in which the Supreme Court has the final word on constitutional interpretation.

This differentiation is fundamental, for instance, in allowing Professor Bobbitt to account for the legitimacy of the six modalities of argument and only of those; for Bobbitt, these modalities are legitimated by practice, but not the practice of all the actors in the polity engaged in constitutional discourse (which would perhaps make necessary to include new modalities which are quite common in constitutional debate, such as arguments based on morality or on natural law<sup>32</sup>). Instead the normative element that defines what constitutes constitutional arguments<sup>33</sup> is their confinement to the described practices of *judges* who, in the exercise of judicial review, make such arguments. These features of Professor Bobbitt's work make clear that he does not question judicial supremacy as a source of constitutional interpretation.

A final note must be made to the role of conscience in Professor Bobbitt's jurisprudence. Conscience is a very important feature of Protestant religious tradition, as the utmost guide to an individual seeking to understand for himself the commands of God in the sacred text. Conscience became a necessary tool to provide guidance to those who no longer had the Church *telling* them what the Bible meant. This ideology, at once liberating and indeterminate, plays a fundamental role in Professor Levinson's

<sup>31</sup> BOBBITT, Philip. Reflections Inspired by My Critics. *Texas Law Review*, v. 72, p. 1869, 1993.

<sup>32</sup> BOBBITT, Philip. Reflections Inspired by My Critics. *Texas Law Review*, v. 72, p. 1869, 1993. p. 1923–1924.

<sup>33</sup> Bobbitt observes that in selecting the six modalities “this normative element is not a legal matter, but comes from an anthropological, historical, and empirical assessment of what arguments appear to re-occur in legal texts and oral arguments.” BOBBITT, Philip. Reflections Inspired by My Critics. *Texas Law Review*, v. 72, p. 1869, 1993. p. 1922.





distinction in the realm of constitutional law. To him, interpretative Protestantism is a way to preserve conscience *against* authority<sup>34</sup>.

Professor Bobbitt's role for conscience in interpretation is, however, somewhat distinct. The role of conscience in traditional Protestant thought – and in Professor Levinson's analogical of interpretative Protestantism – is quite large and significant; conscience replaces doctrine, to a large extent. It is the guide that orients those who seek to interpret the sacred text, or the Constitution, observing only the text itself. It allows every man to form his own mind about what the Constitution means. In Professor Bobbitt's work, conscience is the last resort in a long and complex system of interpretative sources, in which the six modalities of argument are available for consultation – text, history, structure, precedent, prudence, ethos; these modalities will often offer conflicting solutions, within themselves (when historical argument, for instance, can be made to support two different claims, depending on the historical source the interpreter is utilizing, or when prudential argument supports two different interpretations because there is doubt on what the best economic and political consequences are) and amongst each other. In each case, Professor Bobbitt offers the interpreter guidance as to how to proceed. In the first case, when there is conflict within a modality, the rules of constitutional argument themselves will help to determine which is the best possible argument that modality can provide. In the second case, when the modalities conflict, Professor Bobbitt recognizes a role for conscience<sup>35</sup>.

For conscience, which is manifest *only* when the modalities conflict, Professor Bobbitt reserves the role of justice in the system of judicial review. For him justice is a changing, evolving matter; in this sense, one can only justify a system of judicial review by certain standards in a certain point in time. The traditional approach to justification, that would adopt a certain concept of justice and then apply it to the results of constitutional decision-making, could therefore only achieve ephemeral results (what has made Roberto Unger, as quoted by Professor Bobbitt, say that “...they could not be made coherent without freezing into place”<sup>36</sup>). For Bobbitt, a system of judicial review can only be consistently and continually justified by the role of conscience. Conscience, as applied to hard cases, allows for a just system even if it does not always provide just decisions because it recognizes the indeterminacy of justice. Unless all could be persuaded to accept a single theory or conception of justice – something unlikely in the

<sup>34</sup> This analysis of the role of conscience in Levinson's work is explained in its clearer terms by Professor Balkin in BALKIN, Jack M. **Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 95–96.

<sup>35</sup> BOBBITT, Philip C. **Constitutional Interpretation**. Cambridge: Blackwell Pub, 1991. p. 112–170.

<sup>36</sup> See UNGER, Roberto Mangabeira. **The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task**. London: Verso, 2015.





theoretical, and virtually impossible in the practical – society will never agree on what is just.

Understanding justice and rightness to be independent from the achievement of *truth* that is unique and universally applicable is also a trait of Protestantism. But it does not make Professor Bobbitt a *constitutional* protestant in any of the two variables proposed by Levinson in *Constitutional Faith*. He believes that doctrine (or unwritten traditions) are just as authoritative sources of interpretation as the text itself, recognizing no hierarchy within the modalities of argument. And he does not challenge judicial supremacy in constitutional interpretation, so far as he sees only judges to be bound by restraints of constitutional argument and charged with the duty of exercising conscience in face of hard decisions, allowing for a interpretative system that is legitimate and just.

### 3.2. Amar as an interpretative catholic: America's *unwritten* Constitution

The publishing *America's Unwritten Constitution* alongside *America's Constitution: a Biography* seems to raise questions on the classification of Professor Amar as an interpretative Protestant, at least in relation to the first variable proposed by Levinson. After all, isn't the definition of an interpretative catholic in regards to the substantive source of interpretative legitimacy someone who recognizes both the written text and unwritten traditions? So far as Catholicism and Protestantism are understood as ideal types, not quite. Levinson places due emphasis in the Catholic convention of placing *independent* authority in oral tradition, which was understood to be in *coequal* status with scripture<sup>37</sup>.

It is not just that Professor Amar has recognized his belief in the importance of being a documentarian first and a doctrinalist second – whereas that might be enough to classify him as a Catholic of the first variety. In the introduction to *America's Unwritten Constitution*, he asks "How can Americans be faithful to a written Constitution even as we venture beyond it? What is the proper relationship between the document and the doctrine – that is, between the written Constitution and the vast set of judicial rulings purporting to apply the Constitution?"<sup>38</sup> and almost immediately observes that "... the written Constitution itself invites recourse to certain things outside the text – things that form America's unwritten Constitution. When viewed properly, America's

<sup>37</sup> LEVINSON, Sanford. **Constitutional Faith**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2011. p. 18.

<sup>38</sup> AMAR, Akhil Reed. **America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By**, Reprint edition. [s.l.]: Basic Books, 2015. p. x.





unwritten Constitution supports and supplements the written Constitution without supplanting it.”<sup>39</sup>

He goes on to describe the invitation contained in the Ninth Amendment to find rights that are not textually enumerated, as an example of the written text authorizing the exploration of the unwritten realm in search of its proper and full meaning. While getting ready to explore the unwritten features of the Constitution, he recognizes that precedents may be overruled and unwritten customs may ebb away, but “the written Constitution itself operates on a higher legal plane, and a clear constitutional command may not as a rule be trumped by a mere case, statute, or custom.”<sup>40</sup> Therefore, Professor Amar willingness to explore the unwritten Constitution – even his belief that such exploitation is necessary to unveil the true meaning of certain Constitutional provisions – causes him to recognize neither the *independent* authority of unwritten traditions nor its *equal* status to the written Constitution.

Can, however, Professor Amar be as easily recognized as a Protestant of the second variety? In his work, he does not reject the authority of the Supreme Court, nor does he offer express appreciation for other sources of interpretative authority. But the intense and heartfelt defense of his own interpretations all throughout it, his belief in their authority as they are derived from the text and his direct correlates – history and structure – are significant in understanding his approach to authority and legitimacy. Just as Frederick Douglass described by Levinson, Amar is willing to recognize the legitimacy of his interpretations despite the Supreme Court – against the Supreme Court.

This approach is remarkably similar to the system envisioned by Professor Jack Balkin in *Living Originalism*<sup>41</sup>. In preaching fidelity to text and principle in his framework originalism, Professor Balkin is not only advising observance to text *before* and *above* construction. He is also advocating that Protestantism in its second variety allows for the continuance and legitimacy of the system, because people who hold different views about what the constitutional text means can see their own interpretations as legitimate and hope to redeem their views in the future. According to Balkin:

*When political and social movements succeed in persuading other citizens that their interpretation is the right one, they replace an older set of implementing constructions and doctrines with a new one. These constructions and implementations may not be just or correct judged from the standpoint of later generations, and they can be challenged later on. But that is precisely the point. In every generation, We the People of the United*

<sup>39</sup> AMAR, Akhil Reed. **America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By**, Reprint edition. [s.l.]: Basic Books, 2015. p. x–xi.

<sup>40</sup> AMAR, Akhil Reed. **America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By**, Reprint edition. [s.l.]: Basic Books, 2015. p. xii.

<sup>41</sup> BALKIN, Jack M., **Living Originalism**. [s.l.]: Belknap Press, 2014.





*States make the Constitution our own by calling upon its text and its principles and arguing about what they mean in our own time. That is how every generation connects its values to the commitments of the past and carries forward the constitutional project of the American people in the future.*<sup>42</sup>

While it cannot be affirmed from his work in *America's Constitution* and *America's Unwritten Constitution* that Professor Amar fully shares Balkin's views on the role of constitutional interpretation in redeeming democracy, it seems fair to reconcile his project with Balkin's notion – borrowed from Levinson in *Constitutional Faith*<sup>43</sup> – of the role of Protestant interpretation in constitutional redemption and the maintenance of constitutional faith. By committing to his own project of constitutional interpretation, one that preaches fidelity to the text first and doctrine second, Professor Amar maintains deep belief in the legitimacy of his interpretations. This belief allows him to believe in the Constitution – in the political project it represents, in its ideals and principles, and in modern Americans' abilities to vindicate them – even when the United States Supreme Court deviates completely from his own view.

#### 4. FAITH IN THE CONSTITUTION AND THE COHERENCE OF PURIST THEORIES

Having explored the most important nuances that connect Professors Bobbitt and Amar's works to the classifications of Levinson's ideal types, I hope to be able now to investigate some of the consequences of the revealed distinctions in the author's approaches to constitutional interpretation. My first point is about constitutional faith – since Professor Levinson's work has been a recurring theme in this paper – and how these interpretative theories are different in their understanding of the Constitution and its legacy. My second point is about coherence, and it will explore how these interpretative theories are similar, and speak a distinctively more comprehensible language than many of its counterparts.

Faith is a main theme in Sanford Levinson's jurisprudence, and as Professor Balkin has shown<sup>44</sup>, his distinction between Catholic and Protestant approaches to interpretation directly relates to the idea of faith in the Constitution. Levinson strongly opposes the idea of constitutional idolatry, or the blind belief in the Constitution for being the Constitution, and regardless of the results it delivers. As he states:

<sup>42</sup> BALKIN, Jack M., *Living Originalism*. [s.l.]: Belknap Press, 2014, p. 11.

<sup>43</sup> BALKIN, Jack M., *Living Originalism*. [s.l.]: Belknap Press, 2014, p. 77. See also BALKIN, Jack M. *Idolatry and Faith: The Jurisprudence of Sanford Levinson*. *Tulsa Law Review*, v. 38, 2002.

<sup>44</sup> BALKIN, Jack M. *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 98.





*All this having been said, are the endings to all constitutional tales happy ones, and is the Constitution therefore necessarily worthy of respect, even from the interpreter who conscientiously follows the rule of charity in interpretation? The answer, alas, is no, unless one adopts the nominalist proposition that the Constitution is itself the source of all criteria of respect. In that case, as noted at the outset, the Constitution's "worthiness of respect" is tautological and trivial.<sup>45</sup>*

Levinson sees constitutional Protestantism as a way to avoid idolatry – for the individual who truly believes that the real Constitution is the one he sees, and not the one the Supreme Court sees, not to be obliged to nevertheless bow to the false Constitution the Court proclaims. In this sense, we can grasp a fundamental difference between Protestant and Catholic approaches to constitutional interpretation. It was the distinction that allowed Levinson to overcome his doubts in signing the Constitution by remembering Frederick Douglass and his commitment to a Constitution that then could only be imagined<sup>46</sup>. But this distinction, I believe, deserves a more charitable approach that the one Professor Levinson hints to.

It cannot be that all that is left to interpretative Catholicism is blindingly bowing to false idols and idolatrizing a Constitution unworthy of respect. Naturally, this counter-conclusion derives in part from Professor Levinson's dramatic emphasis on the dangers of idolatry. The reality of constitutional practice is certainly not one in which the Constitution is transformed by the Supreme Court into a document unworthy of respect that must be rejected over the penalty of emptying the founding document of meaning and legitimacy. Good constitutional interpretation by the Supreme Court, to the point that goodness can be measured over one's standards of morality or political preferences, comes and goes throughout constitutional history. It is quite safe to affirm that interpretative Catholics feel just as bothered and affronted by decisions that derive from their views, not only personal but legal, on the realm of constitutional interpretation. So what can account for the differences in posture and attitude of these two strains of legal thought in the face of bad institutionalized constitutional interpretation?

The answer, I would say, is faith, but not the absence of faith, or better, misleading faith, that is suggested by Professor Levinson's hypothetical. Rather, I would call the difference between Catholics and Protestants in this scenario one of placement of faith<sup>47</sup>. Protestants of the second variety, such as Frederick Douglass, Professor Amar and Professor Levinson himself legitimize and justify interpreting the Constitution by its *results*. What constitutes good results will of course mean different things to them,

<sup>45</sup> LEVINSON, Sanford, **Constitutional Faith**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2011. p. 87.

<sup>46</sup> LEVINSON, Sanford, **Constitutional Faith**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2011.

<sup>47</sup> I must also attribute this construction to Professor Balkin, who called it *distribution of faith* in a different scenario.





even because Levinson is a Catholic as to the source of legal authority. Let's take Professor Amar. He believes in the strength and legitimacy of the political pact that originated the Constitution and in its superior authority granted by ratification, but he also has faith in the constitutional project he understands the founders to have envisioned. To him the work of that generation is worth protecting above the work of following generations. The only way he can maintain faith in the Constitution is by believing in those results, in their legitimacy, even when the United States Supreme Court does not pronounce it or agrees with them.

Professor Bobbitt's Catholicism, on the other hand, does not place its faith on results (or else, let's say that would be unwise, as he cannot control how the Supreme Court will interpret the Constitution). Rather, his faith is in the *process* of constitutional decision-making. Professor Bobbitt is a pure interpretative Catholic. This means he believes in tradition in a way that Protestants do not; he sees equal legitimacy in the work of the generations that came after the founding, their recurring constitutional practices, their precedents, and the work of original generation. This makes it difficult, makes it nearly impossible, to base one's faith on the constitutional system in results, because the basis on which to determine whether the results are good is a moving target. Unlike text, history and structure, tradition evolves, changes course, is later rejected. It is undetermined, just like Professor Bobbitt's conception of justice. This is why his approach to constitutional interpretation does not look at the justice of the results, but at the justice of the system, which is, for him, dependent upon its openness. He explains that:

*The United States Constitution formalizes a role for the conscience of the individual sensibility by requiring decisions that rely on the individual moral sensibility when the modalities of argument clash. We are tempted to think that, in a just system (a subject I will take up presently), we can presume that a particular outcome is just if there is no contradiction within the system. And most cases in the American system, despite the rhetoric of indeterminacy, are not deeply conflicted cases. When these conflicts occur, however, the system of constitutional interpretation proscribes a role for the individual conscience: it does not prescribe a particular outcome. Therefore, even if the system is just we may not presume that every outcome is just.<sup>48</sup>*

The conclusion of this point is already leading into my second one, which is coherence. Professor Levinson suggested that there was no rational relation between the two variables of his proposed ideal types, and one could just as easily be Catholic on one variety and Protestant on the other as stay in the same side of spectrum on both varieties. But this is true neither in religion nor in law. While there may exist good interpretative theories that are characterized as mixed typed within Levinson's varieties,

<sup>48</sup> BOBBITT, Philip C. **Constitutional Interpretation**. Cambridge: Blackwell Pub, 1991. p. 168.







his analogical is applicable to interpretative theories not only on the results of the division between Catholics and Protestants, but also on the reasons for the fundamental differences in their approaches to the interpretation of the bible. In this sense there are sound and rational reasons why opting for one side of the spectrum in one variety should lead to staying in the same side of the spectrum on the other.

Levinson hints on several of these rational factors when describing the religious approaches to interpretation. He observes that Catholics' perception of scripture as often "ambiguous and perplexing" has lead them to supplement it by unwritten tradition in order to reach certainty. And on that point he notes "there may be a special connection between the perception of an authoritative unwritten tradition and the need for a specific institutional authority that can articulate its claims"<sup>49</sup>. There is a fine balance between certainty and uncertainty in this system. Catholics opted to rely on unwritten traditions to escape the uncertainty of the text. But they chose to bestow upon unwritten traditions *independent* and *equal* authority. And traditions can be more undetermined than any open text, because traditions (unlike texts) actually change and evolve.

The only way to escape complete indeterminacy is to have a centralized interpretative authority that will determine meaning applicable to all. The opposite is true of Protestantism. If there was a reason to reject unwritten traditions and focus on text, it was to escape the church as the central interpretative authority. Text, no matter how open ended, is fixed. It offers a clear guide to interpretation. By conferring interpretative authority to text alone, the need for a centralized institution to be the single interpreter is lesser (because there is less of a risk of complete indeterminacy).

Indeterminacy in interpretation is inevitable, and it can be dealt with in different ways. However, what I have been calling purist theories, like Professor Amar's and Professor Bobbitt's (the way I read them) seem to strike a better balance between indeterminacy in the object of interpretation and indeterminacy in the locus of authority of interpretation than its mixed counterparts.

## 5. CONCLUSION

The study of constitutional interpretation often offers too many variables to allow for intelligible comparative efforts. One must choose a standard on which to measure differences and similarities, and still account for all the discrepancies that result from the fact that no two academics propose to answer the same question in the same way. By utilizing Professor Levinson's ideal types of constitutional interpretation, I hoped to highline the themes that stood out to me in Professors Amar and Bobbitt's jurisprudences, and to show why I believe that – albeit from very different perspectives – they are engaged in a same project of constitutional redemption.

<sup>49</sup> LEVINSON, Sanford, **Constitutional Faith**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2011. p. 21.





## 6. REFERENCES

- AMAR, Akhil Reed. **America's constitution: a biography**. New York: Random House, 2006.
- AMAR, Akhil Reed. **America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By**. [s.l.]: Basic Books, 2015.
- AMAR, Akhil Reed. Civil Religion and Its Discontents. **Tex. L. Rev.**, v. 67, p. 1153–1591, 1989.
- AMAR, Akhil Reed. The Document and the Doctrine. **Harvard Law Review**, v. 114, p. 26, 2000.
- BALKIN, Jack M. **Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World**. Probable First edition. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011.
- BALKIN, Jack M. **Critical Legal Theory Today**. Rochester: Social Science Research Network, 2008. Available in: <<http://papers.ssrn.com/abstract=1083846>>. Access: 1 out. 2015.
- BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. Reprint edition. [s.l.]: Belknap Press, 2014.
- BALKIN, J. M.; LEVINSON, Sanford. Constitutional Grammar. **Texas Law Review**, v. 72, p. 1771, 1993.
- BERGER, Raoul. **Government by judiciary**. Indianapolis: Liberty Fund, 1997.
- BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court At The Bar Of Politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BOBBITT, Philip. **Constitutional Fate: Theory of the Constitution**. New York: Oxford University Press, 1984.
- BOBBITT, Philip. Reflections Inspired by My Critics. **Texas Law Review**, v. 72, p. 1869, 1993.
- BOBBITT, Philip C. **Constitutional Interpretation**. Oxford, UK ; Cambridge, Mass., USA: Blackwell Pub, 1991.
- BORK, Robert H. **The Tempting of America**. New York: Free Press, 1997.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- FISS, Owen M. Objectivity and Interpretation. **Stanford Law Review**, San Francisco, 34, p. 739–763, 1982.
- GADAMER, Hans-Georg. **Truth and Method**. Reprint edition. London: Bloomsbury Academic, 2013.
- LEVINSON, Sanford. **Constitutional Faith**. With a New afterword by the author edition. Princeton: Princeton University Press, 2011.
- TUSHNET, Mark V. **Red, White, And Blue: A Critical Analysis Of Constitutional Law**. Lawrence: University Press of Kansas, 2015.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task**. London: Verso, 2015.





Licenciado sob uma Licença Creative Commons  
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46476>

## Réflexions sur l'état d'urgence

### Reflections on the state of emergency

JACQUELINE MORAND-DEVILLER\*

Université Paris I Panthéon-Sorbonne (France)  
[ja.morand@hotmail.fr](mailto:ja.morand@hotmail.fr)

Recebido/Received: 20.03.2016 / March 20<sup>th</sup>, 2016

Aprovado/Approved: 17.05.2016 / May 17<sup>th</sup>, 2016

#### Résumé

La réaction du législateur et des juges français face aux événements tragiques de janvier (attentat de Charlie Hebdo) et novembre (attentat du Bataclan) survenus à Paris en 2015, l'indignation, l'émotion et l'inquiétude de l'opinion publique appelaient une réponse rapide et appropriée. Elle prit la forme de la remise en vigueur du régime dit de « l'état d'urgence », né en 1955 et dont on renforçait les contraintes. Cette réaction énergique mise au service de la sécurité reçut l'adhésion quasi unanime de l'opinion publique et de l'ensemble des courants politiques. Mais la mise en œuvre des nouvelles mesures ne manqua pas de susciter la réaction de certains intellectuels, philosophes et juristes qui firent valoir les risques d'atteinte aux libertés traditionnelles. On ne s'attachera pas à la dimension politique de la controverse mais on cherchera à montrer combien cette crise a été le révélateur de débats et conflits juridiques, portant notamment sur la qualification de la police exercée, le choix de la juridiction compétente, l'adaptation et la proportionnalité des mesures, questions toujours en débat.

**Mots-clés:** état d'urgence; régime d'exception; sécurité; liberté; France.

#### Abstract

The reaction from French parliamentarians and judges facing the tragic events occurred in Paris in January (Charlie Hebdo attack) and November (the Bataclan attack) 2015, the indignation, the emotion and the worry of public opinion required a fast and appropriate response. It took the form of reinstatement of the so-called regime of "state of emergency", born in 1955, which reinforced constraints to freedoms. This energetic reaction to the development security service received almost unanimous support of public opinion and of all political currents. But the implementation of the new measures also provoked the reaction of some intellectuals, philosophers and jurists who denounced the risks of damage to traditional freedoms. This paper will not focus on the political dimension of the controversy but it will try to show how this crisis was the developer of legal debates and conflicts, focused specially on the qualification of the police used, the choice of competent jurisdiction, the adaptation and proportionality of the measures, issues still under debate.

**Keywords:** state of emergency; exceptional regime; security; freedom; France.

Como citar esse artigo/How to cite this article: MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Réflexions sur l'état d'urgence. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 51-64, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46476>.

\* Professeur émérite à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (Paris, France). Doyen honoraire de la faculté de droit de l'Université Paris XII. Docteur en Droit Public et Science Politique (Faculté de Droit de Paris). Fondatrice des Masters 2 de « Droit de la construction et de l'urbanisme », de « Droit du secteur public économique » et de « Droit de l'environnement ». Présidente de la Commission de spécialistes de Droit Public. Membre élu du Conseil national des Universités. Membre de la Commission d'accès aux documents administratifs. Conseiller technique au cabinet du Ministre de l'Environnement et au cabinet du président de l'Assemblée nationale. Fondatrice et présidente de l'Association française du droit de l'urbanisme (AFDRU) et de l'Association internationale du droit de l'urbanisme (AIDRU). E-mail: [ja.morand@hotmail.fr](mailto:ja.morand@hotmail.fr).





## SOMMAIRE

1. Un régime d'exception: au nom de la sécurité; **1.1.** La proclamation de l'état d'urgence; **1.2.** Les contraintes pesant sur les libertés; **2.** Les garanties et les contrôles: au nom de la liberté; **2.1.** Les libertés en question; **2.2.** Le renforcement des contrôles; **2.2.1.** Contrôle parlementaire; **2.2.2.** Contrôle du Défenseur des droits et de la Commission de contrôle des droits de l'homme; **2.2.3.** Contrôle des juges; **2.2.3.1.** Conseil constitutionnel; **2.2.3.2.** Conseil d'Etat et juridictions administratives; **2.2.3.3.** Juge judiciaire; **3.** Le meilleur juge: au nom de l'efficacité; **3.1.** Police administrative et police judiciaire; **3.2.** Juge administratif ou juge judiciaire?

Les attentats terroristes revendiqués par l'état islamique et d'autres factions du monde arabe ont lourdement frappé la France et bien d'autres pays. Le terrorisme s'inscrit, certes, dans une tradition historique et s'observe dans presque tous les endroits de la planète, variant selon les lieux et les époques. Caractérisé par sa violence et mené par des « minorités agissantes » on le retrouve sous la « Terreur » durant la Révolution française - par ailleurs temps fort de la proclamation des droits de l'homme - et, de nos jours, en l'Europe: Irlande du Nord, pays basque, brigades rouges italiennes, bande à Bader en Allemagne... Il a désormais une dimension internationale, une dimension géopolitique difficile à cerner, des méthodes nouvelles liées à la transformation des moyens de communication ce qui lui donne une singularité et une ampleur particulières. La globalité du phénomène, sa gravité et sa complexité conduisent les pays menacés à prétendre qu'ils sont « en état de guerre » et qu'il faut répondre à cette provocation meurtrière par l'unité nationale, européenne et internationale. Le terrorisme est d'abord un problème politique.

C'est aussi un problème juridique qui remet en question la réponse à donner à la délicate conciliation entre *sécurité* (un réflexe « animal » selon Jean Carbonnier dans son célèbre « *Flexible droit* ») et *liberté*. La réaction du législateur et des juges français face aux événements tragiques de janvier (attentat de Charlie Hebdo) et novembre 2015 (attentat du Bataclan) survenus à Paris en 2015, l'indignation, l'émotion et l'inquiétude de l'opinion publique appelaient une réponse rapide et appropriée. À menace exceptionnelle devait répondre un régime d'exception.

Elle prit la forme de la remise en vigueur du régime dit de « *l'état d'urgence* », né en 1955 et dont on renforçait les contraintes. Cette réaction énergique mise au service de la sécurité reçut l'adhésion quasi unanime de l'opinion publique et de l'ensemble des courants politiques. Mais la mise en œuvre des nouvelles mesures ne manqua pas de susciter la réaction de certains intellectuels, philosophes et juristes qui firent valoir les risques d'atteinte aux libertés traditionnelles. On ne s'attachera pas à la dimension politique de la controverse mais on cherchera à montrer combien cette crise a été le révélateur de débats et conflits juridiques, portant notamment sur la qualification de la police exercée, le choix de la juridiction compétente, l'adaptation et la proportionnalité des mesures, questions toujours en débat.





La première loi contemporaine antiterroriste remonte à 1986. De 1986 à 2015 une trentaine de réformes répressives sont intervenues, le rythme s'étant accéléré entre 2001 et 2015. Ainsi de la *loi du 15 novembre 2001* sur la sécurité quotidienne qui renforce les contrôles d'identité, les délits de financement et la confiscation des biens, de la *loi du 9 mars 2004* portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité qui renforce le recours aux écoutes téléphoniques et aux infiltrations, de la *loi du 23 janvier 2006* relative à la lutte contre le terrorisme qui prolonge le délai de garde à vue de 6 jours, de la *loi du 14 mars 2011* sur la programmation de la sécurité intérieure qui met au point un système de « cyberpatrouilles » et de captation des données informatiques, qui sera renforcée par la *loi du 21 décembre 2012* et par la *loi du 13 novembre 2014* qui interdit aux candidats au Djihad la sortie du territoire, de la *loi du 24 juillet 2015* relative au renseignement. Ces lois étaient portées par le ministre de l'Intérieur et non par la ministre de la Justice.

Les attentats du 13 novembre appelaient le recours à un régime plus global et on commença par exclure trois régimes d'exception inscrits dans le droit français pour gérer les situations de crise. Le vieux régime de *l'état de siège*, dont les origines remontent à la révolution de 1848 et qui reste prévu à l'article 36 de la Constitution a pour effet de transférer les pouvoirs de police des autorités civiles aux autorités militaires, ce qui n'était pas envisageable ; les pouvoirs exceptionnels que *l'article 16 de la Constitution* donne au Président de la République lorsque le Parlement n'est plus en mesure de légiférer n'ont été mis en œuvre qu'une seule fois et n'étaient guère adaptés ; la théorie des *circonstances exceptionnelles*, développée par le juge administratif et d'usage peu fréquent, ne convenait pas non plus à une situation aussi grave. Le gouvernement songea donc au régime de « *l'état d'urgence* » qui donne au pouvoir exécutif des pouvoirs renforcés dans deux hypothèses : en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public- ce qui est le cas ici- et en cas d'événements présentant par leur nature et leur gravité, le caractère de calamités publiques.

Après avoir rappelé les contraintes apportées aux libertés par la proclamation de l'état d'urgence au nom de la sécurité (1) ainsi que les contrôles exercés sur ces atteintes au nom de la garantie des droits et principes fondamentaux (2), la réflexion portera sur la résurgence du conflit entre les ordres de juridictions, le juge judiciaire revendiquant les compétences données au juge administratif dans le contentieux de l'état d'urgence (3).

## 1. UN RÉGIME D'EXCEPTION: AU NOM DE LA SÉCURITÉ

L'état d'urgence a pour origine les « événements » d'Algérie et elle fut mise en œuvre à deux reprises sous la IV<sup>ème</sup> République (en 1955 et 1958) et une fois sous la V<sup>ème</sup> République (en 1961). Il s'appliquait à l'ensemble du territoire métropolitain.





Il fut par la suite mis en œuvre en 1985 (limité à la Nouvelle Calédonie), en 1986 et 1987 (limité à la Polynésie française) et en 2005 dans certaines banlieues de la région d'Ile-de-France.

### 1.1. La proclamation de l'état d'urgence

En 2015, la déclaration de l'état d'urgence est intervenue le lendemain des attentats de novembre par un *décret en conseil des ministres, du 4 novembre 2015*, plusieurs décrets et circulaires apportant des précisions les jours suivants. Vu la gravité de la situation, le régime s'étend à l'ensemble du territoire métropolitain et à la majeure partie des collectivités ultra-marines. Le Conseil d'Etat a précisé que le décret n'est pas un acte de gouvernement et peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir le juge exerçant un contrôle restreint mais il n'y eut pas de recours

La loi de 1955 ayant prévu que la prorogation de l'état d'urgence au-delà de 12 jours doit être autorisée par la loi, un projet de loi demandant une *prorogation de 3 mois* à compter du 26 novembre 2015 fut déposé et adopté à la quasi unanimité par les deux Chambres le 20 novembre 2015 selon une procédure accélérée. La loi modifiait certaines dispositions de la loi de 1955 pour en renforcer les contraintes. Une nouvelle loi de prorogation a été adoptée le 19 février 2016 prorogeant l'état d'urgence pour 3 nouveaux mois jusqu'au 26 mai 2016. Ces prorogations n'ont rien d'exceptionnel et s'observent dans le passé<sup>1</sup>.

L'état d'urgence peut s'appuyer sur trois textes majeurs de droit international qui ont prévu des dispositions reconnaissant la possibilité de régimes d'exception. Il peut se réclamer de la *Convention européenne des droits de l'homme*, adoptée par les membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950, qui prévoit dans son article 15: « En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la Nation, toute partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente convention »<sup>2</sup>. Dans un arrêt du 24 mars 2006, « *Rolin* », le Conseil d'Etat a déclaré l'état d'urgence conforme aux stipulations de l'article 15.

Il est conforme aussi aux dispositions du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution du 16 décembre 1966 ainsi qu'à la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, dite Pacte de San José, adoptée le 22 novembre 1969 autorisant la « suspension des garanties... en cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un Etat partie ».

<sup>1</sup> Lors des événements d'Algérie, l'état d'urgence a duré 25 mois, d'avril 1961 à mai 1963

<sup>2</sup> La CEDH exige « une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat »: CEDH 1er juillet 1961, « *Lawless c/ Irlande* ».





Les mesures prises dans le cadre de ce régime d'exception pourront faire l'objet d'un recours devant la Cour de Luxembourg ou de San José qui examineront si les mesures prises ont respecté les principes de légalité, nécessité, proportionnalité et compatibilité.

L'état d'urgence s'est aussi vu délivrer un brevet *de constitutionnalité* lorsque le Conseil constitutionnel, dans une décision du 25 janvier 1985 a estimé que la Constitution de 1958 bien qu'elle ne le mentionne pas expressément n'a pas eu pour effet d'abroger la loi sur l'état d'urgence. Depuis la révision constitutionnelle qui a introduit la question prioritaire de constitutionnalité, il apparaît que les mesures prises à l'occasion de l'état d'urgence donneront lieu à des saisines du Conseil constitutionnel qui sera conduit à apporter les précisions nécessaires sur les contraintes retenues par la loi (cf. infra).

## 1.2. Les contraintes pesant sur les libertés

On présentera rapidement les principales restrictions apportées aux libertés par la proclamation de l'état d'urgence.

La loi de 1955 donne la faculté au ministre de l'Intérieur et aux préfets dans les départements d'interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans des lieux et aux heures précisées par arrêté (couvre feu) ; d'instituer des zones de protection ou de sécurité dans lesquelles le séjour des personnes est réglementé ; d'interdire le séjour dans tout ou partie d'un département des personnes cherchant à entraver l'action des pouvoirs publics, de procéder à des réquisitions de biens et de personnes. Le contrôle de la presse, des émissions radiophoniques, des représentations cinématographiques ou théâtrales a été supprimé en 2015, les nouveaux modes d'information et de renseignement ayant rendu désuet ce contrôle.

La loi du 20 novembre 2015, vu la gravité de la situation, ajoute des restrictions supplémentaires à la liberté de réunion et de manifestation: possibilité de fermeture provisoire de salles de spectacles, débits de boisson et autres lieux de réunion et possibilité d'interdire des rassemblements même accidentels, ainsi qu'à la liberté d'association: possibilité de dissoudre une association facilitant ou incitant à commettre des « actes portant une atteinte grave à l'ordre public ».

Deux mesures complémentaires renforcées sont à l'origine de débat: *l'assignation à résidence* qui peut s'étendre à tout le territoire métropolitain et les *perquisitions*. L'article 6 permet au ministre de l'Intérieur et à lui seul de prononcer l'assignation à résidence dans une circonscription territoriale ou une localité déterminée de toute personne dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre public. L'article 11 permet au ministre de l'Intérieur et au préfet dans son département d'ordonner des perquisitions à domicile de jour comme de nuit.







A la différence des précédentes mises en œuvre de l'état d'urgence, le recours à ces deux dernières mesures entre la mi novembre 2015 et la fin février 2016 a été de grande ampleur. Durant la première semaine on ne compte pas moins de 562 perquisitions administratives et 157 assignations à résidence. Le rythme se ralentit par la suite et le bilan le 26 février, à la fin des 3 premiers mois, est de 3397 perquisitions qui n'ont donné lieu qu'à 5 procédures lancées par le Parquet et 274 assignations à résidence. Après un certain ralentissement, les attentats de Bruxelles, le 20 mars 2016, et leurs liens avec ceux de novembre à Paris ont relancé la mise en œuvre de ces mesures.

La fébrilité des premières semaines s'étant apaisée et après le constat de quelques excès dus notamment à la préparation de la COP 21 et la réunion à Paris des principaux chefs d'Etat de la planète qui donna lieu à l'assignation à résidence de quelques adeptes de la *hard ecology*, un débat s'engagea sur les dérives possibles dans la mise en œuvre des mesures et sur la prudence avec laquelle il conviendrait de pérenniser certaine d'entre elles lorsque l'on sortirait de l'état d'urgence. Les contraintes du régime d'exception appelaient un renforcement des garanties et plusieurs contrôles ont été prévus afin d'assurer le respect des droits fondamentaux et des libertés publiques et individuelles.

## 2. LES GARANTIES ET LES CONTRÔLES: AU NOM DE LA LIBERTÉ

### 2.1. Les libertés en question

Un débat s'engagea entre les différents courants politiques, philosophiques, sociologiques, opposant les partisans de la rigueur et de la sévérité, et ceux favorables à une application mesurée des contraintes.

S'agissant des *querelles juridiques* elles se fixèrent autour des principes traditionnels du droit pénal. Il fut soutenu qu'une *procédure pénale « bis »* s'installait s'écartant du droit commun et de ses garanties au prétexte qu'elle concernait des délinquants particulièrement dangereux, qu'on assistait à un glissement vers de nouvelles incriminations dont la preuve était rapportée en amont de la commission de l'acte, à un abandon de la présomption d'innocence en criminalisant une intention sans qu'il y ait eu commencement d'exécution, à une nouvelle conception du droit pénal fondée sur la dangerosité supposée d'un individu et non sur la matérialité d'un acte délictueux. On a été jusqu'à invoquer un excès de précaution, la revendication d'un risque zéro qui n'existe pas.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Voir notamment Christine Lazergues, professeur de droit pénal et présidente de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, dans son article « *Le nouveau droit pénal se construit sur des sables mouvants* » Le Monde », 5 mars 2016.





La France se serait installée « *dans l'ère des suspects* », les preuves reposant sur des apparences et sur les « notes blanches » imprécises et lacunaires des services du ministère de l'Intérieur.

## 2.2. Le renforcement des contrôles

A mesures exceptionnelles, contrôle exceptionnel. Interviennent cumulativement un contrôle parlementaire, l'intervention de commissions consultatives et les recours juridictionnels.

### 2.2.1. Contrôle parlementaire

Un nouvel article (n°4-1) a été inséré dans la loi de 1955 qui dispose que « l'Assemblée nationale et le Sénat, considérés comme des vigies de l'action du gouvernement sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence. Ils peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures ». Par ailleurs, la loi de 1955 prévoit la cessation automatique de l'Etat d'urgence en cas de démission du gouvernement ou de dissolution des assemblées.

La commission devra évaluer quantitativement et qualitativement la pertinence des moyens mobilisés et signaler les problèmes et abus éventuels. Des tableaux de bord thématiques sont mis à jour chaque semaine et, pour mener à bien ce travail de contrôle, la Commission est dotée des prérogatives attribuées habituellement aux commissions d'enquête parlementaires (pouvoir de contrainte pour auditionner des personnes, pouvoirs d'enquête, pouvoirs de contrôle sur pièce et sur place...). La Commission peut formuler des recommandations à l'attention du Gouvernement afin de conforter l'efficacité du dispositif et d'améliorer les garanties des libertés individuelles.

### 2.2.2. Contrôle du Défenseur des droits et de la Commission de contrôle des droits de l'homme

A l'expiration de la première période de trois mois, le *Défenseur des droits*<sup>4</sup> a présenté le bilan des réclamations qu'il a reçu dans le cadre de l'état d'urgence. 73 saisines ont été enregistrées depuis le 29 novembre, la plupart (32) concernaient des perquisitions dont la plupart n'avaient eu aucune suite.

<sup>4</sup> Prévus à l'article 71-1 de la Constitution et qualifiés d'« autorité constitutionnelle indépendante », ils ont remplacé en 2011 le Médiateur, le Défenseur des enfants, la Haute Autorité de lutte contre la discrimination et la Commission nationale de déontologie de la sécurité. Il peut être saisi directement par tout citoyen qui s'estime lésé « dans ses droits et libertés » et peut se saisir d'office. Il exerce un pouvoir de collecte des informations, de médiation et de recommandation. En 2014, il a reçu plus de 100 000 demandes d'intervention et de conseil, 77% des demandes sont traitées par les 400 délégués territoriaux et 80% ont reçu un règlement amiable.





Dans le cadre de sa mission d'alerte le bilan évoque « l'effet délétère des mesures fondées sur l'état d'urgence », relève la difficulté d'apprécier la dangerosité d'un individu, l'éventualité de dénonciations anonymes malveillantes et le risque d'« un climat de suspicion et de méfiance, susceptible de remettre en cause la cohésion sociale ». Il demande que les modalités des perquisitions soient adaptées et préconise la mise en place de mécanismes exceptionnels d'indemnisation.

Par ailleurs, il met en avant les dangers d'une réforme constitutionnelle visant à inscrire l'état d'urgence dans la Constitution qui pourrait conduire à de nouvelles mesures restrictives de libertés et « donner un fondement incontestable aux pouvoirs de police administrative au détriment de l'article 66 de la Constitution ».<sup>5</sup>

*La Commission nationale des droits de l'homme* <sup>6</sup> fut saisie par le Parlement fin 2015 et déposa un premier rapport qui souligne que l'état d'urgence est un état d'exception qui doit demeurer circonscrit dans le temps, encadré et contrôlé strictement. Le tribut que l'état d'urgence fait subir à la Nation et à ses citoyens est lourd, le respect de l'état de droit est un horizon non négociable.

Elle critique les perquisitions menées de nuit, sans prendre en compte la présence au domicile de personnes vulnérables -dont des enfants -, et cause de dégâts matériels, ainsi que les assignations à résidence par nature attentatoires à la liberté d'aller et de venir et qui désorganisent la vie familiale et professionnelle. Décidées par la seule autorité administrative (ministre de l'Intérieur, préfets), les mesures de l'état d'urgence échappent totalement au contrôle a priori du juge judiciaire. En outre, s'agissant du juge administratif, si les conditions d'un contrôle a posteriori se sont progressivement mises en place, leur efficacité est trop souvent entravée par la pauvreté des pièces (notes blanches) soumises au juge pour qu'il fonde son opinion.

Le débat se poursuivait en même temps dans la presse et les medias. Les attentats à Bruxelles en mars 2016 et la recherche de réseaux franco-belges ont à nouveau fait pencher la balance en faveur d'un renforcement des mesures de sécurité souhaité par la grande majorité des citoyens, le ministre de l'Intérieur faisant valoir que l'état d'urgence n'était pas le contraire de l'Etat de droit mais, quand la situation l'exige, son « *bouclier* ».

### 2.2.3. Contrôle des juges

Les juges constitutionnel, administratif et judiciaire eurent à s'exprimer.

<sup>5</sup> Le projet de révision constitutionnelle qui avait divisé les parlementaires a été retiré par le président de la République le 30 mars 2016.

<sup>6</sup> Créée en 1947, elle est assimilée à une autorité administrative indépendante. Elle assiste le Premier ministre et les ministres intéressés par ses avis sur toutes les questions de portée générale relevant de son champ de compétence tant sur le plan national qu'international. Elle peut, de sa propre initiative, appeler publiquement l'attention du Parlement et du Gouvernement sur les mesures qui lui paraissent de nature à favoriser la protection et la promotion des droits de l'homme.





### 2.2.3.1. Conseil constitutionnel

Trois décisions retiendront l'attention. La première est antérieure à l'état d'urgence et concerne la constitutionnalité de la loi de juillet 2015 sur le renseignement qui remplaçait l'ancien système dit des « écoutes ». Considéré comme une opération de police judiciaire, celui-ci était placé sous le contrôle du procureur de la République. Le Conseil constitutionnel estime que l'atteinte portée aux libertés par le nouveau statut du renseignement n'est pas disproportionnée, qu'il s'agit police administrative et que d'une opération de l'intervention du juge judiciaire pour autoriser et contrôler les mesures prises n'est pas indispensable (CC 25 juillet 2015).

Peu de temps après les attentats de novembre 2015, le Conseil constitutionnel fut saisi par le Conseil d'Etat d'une question prioritaire de constitutionnalité à propos de l'article 6 de la loi du 20 novembre 2015 sur les assignations à résidence. Il précise qu'il s'agit de mesures de police administrative qui ne portent atteinte ni à l'article 66 de la Constitution sur la liberté individuelle et les détentions arbitraires, ni à la liberté d'aller et venir, ni au droit au respect de la vie privée et à une vie familiale normale (CC 22 décembre 2015).

Dans une décision du 19 février 2016, le Conseil constitutionnel retient la constitutionnalité des articles 8 et 11 de la loi sur l'état d'urgence, le premier concerne la fermeture des salles de spectacles, le second les perquisitions à titre préventif. La question la plus controversée était celle du fondement donné à cette mesure: il suffit d'« *une raison sérieuse* de penser que le lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public ». Comment apprécier la « raison sérieuse » ?

### 2.2.3.2. Conseil d'Etat et juridictions administratives

Le juge administratif est en première ligne dans le contentieux de la légalité des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence et qualifiées de mesures de police administrative. Le Conseil d'Etat quant à lui a été conduit à prendre position dans le cadre de ses pouvoirs de conseil, lorsqu'il s'est prononcé sur les décrets et les projets de loi.

En tant que *donneur d'avis*, la Haute Assemblée a rendu les 17 novembre 2015 et 2 février 2016 des avis - qui ont été rendus publics - sur les projets de loi de prorogation. Il relève que les mesures « sont proportionnées aux circonstances » et que les modifications apportées à la loi de 1955 ne relèvent pas « d'une *rigueur non nécessaire* » et apportent des « garanties suffisantes ». S'agissant des perquisitions, il estime qu'elles sont suffisamment encadrées « pour assurer une *conciliation non déséquilibrée*... entre





la sauvegarde de l'ordre public et le respect de la vie privée. Le recours à la tournure négative convient bien à au dosage recherché dans la proportionnalité.<sup>7</sup>

Intervenant au *contentieux*, le Conseil d'Etat avait eu l'occasion de préciser l'étendue des garanties à apporter lors de la mise en œuvre de la loi de 1955. Il avait étendu son contrôle passant de celui d'un contrôle restreint, à celui de l'erreur manifeste et enfin à un contrôle normal. S'agissant de la prorogation de l'état d'urgence, il admet sa nécessité eu égard à la « persistance de la menace (CE, Ord du 27 janvier 2016, « *Ligue des droits de l'homme* »).

Un premier bilan a été communiqué, la plupart des décisions étant intervenues par ordonnance en référé-liberté.<sup>8</sup>

### 2.2.3.3. Juge judiciaire

A la différence du juge administratif, il n'a guère l'occasion d'intervenir car il n'est saisi que des infractions qui sont commises par les particuliers lorsqu'ils ne respectent pas les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence: cf. non respect d'une assignation à résidence, violation d'une interdiction de circuler ou de séjour. Ces infractions sont peu nombreuses.

Cette « mise à l'écart » du juge judiciaire a réveillé la tension récurrente qui existe entre les deux ordres de juridiction et qui trouve ici l'occasion d'un débat subtil.

## 3. LE MEILLEUR JUGE: AU NOM DE L'EFFICACITÉ

Deux questions seront ici abordées, celle du caractère de la police exercée dans le cadre de l'état d'urgence et celle qui lui est étroitement liée de l'ordre de juridiction compétent.

### 3.1. Police administrative et police judiciaire

En théorie, la police administrative a pour objet d'éviter que l'ordre public soit troublé: elle est *préventive*. La police judiciaire a pour mission de « constater les infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves et en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte»: elle est *répressive*. Le contentieux de la première appartient à la juridiction administrative, celui de la seconde relève des tribunaux judiciaires,

<sup>7</sup> Les expressions « rigueur non nécessaire », « garanties suffisantes », et « conciliation équilibrée » sont aussi celles utilisées par le Conseil constitutionnel.

<sup>8</sup> Entre le 14 novembre 2015 et le 25 février 2016 les tribunaux administratifs ont rendu 24 décisions au fond et 116 ordonnances en référé (120 concernaient les assignations à résidence). 65% des demandes de suspension ont été rejetées et 17 non lieu prononcés la mesure ayant été entre temps abrogée. La question de l'indemnisation des préjudices subis lors des perquisitions devrait être jugée en priorité.





cette exclusivité étant rattachée par le Conseil constitutionnel au principe de la séparation des pouvoirs: CC, 19 janvier 2006.

En pratique, la distinction entre les deux polices n'est pas toujours aisée. La jurisprudence retient un *critère finaliste* se référant à l'objet de l'opération et à l'intention dans laquelle les autorités ou personnels de police ont agi: il y a police judiciaire lorsque les décisions ou les opérations sont en relation avec une infraction pénale, qu'elle soit réelle ou seulement éventuelle et présumée. Certaines opérations de police ont un caractère polyvalent c'est le cas des contrôles d'identité souvent réalisés en vue de la recherche d'auteurs d'infraction, mais qui peuvent aussi s'exercer à titre préventif. Le contentieux de ces contrôles avait été unifié au profit des tribunaux judiciaires (loi du 10 août 1993). L'identité de toute personne pouvant être contrôlée « pour prévenir une atteinte à l'ordre public », les débats qui eurent lieu alors portaient sur les risques d'abus dans la mise en œuvre de ces contrôles et s'étendirent pas au caractère de la police et la compétence du juge judiciaire.

Il en est autrement en 2015. Priés de se prononcer sur le caractère des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont adopté une position très claire: il s'agit d'*opérations de police administrative*. Il est vrai que la situation a beaucoup évolué ces dernières années avec la conception nouvelle de ce qu'il est convenu d'appeler le « renseignement » qui a remplacé les anciennes « écoutes ». Traditionnellement, celles-ci étaient essentiellement des opérations de police judiciaire, autorisées par le code de procédure pénale sous l'autorité du procureur de la République car entraînant nécessairement des atteintes à la vie privée.

Mais l'évolution des objectifs et des missions de la police du renseignement placée sous l'autorité du ministre de l'Intérieur, assisté du ministre des Transports et de la Défense, tend à renforcer le caractère administratif de cette fonction.<sup>9</sup> On met en valeur le caractère préventif de la collecte de renseignements en un minimum de temps dans le but d'éviter que des infractions soient commises, autant d'éléments qui plaident en faveur du caractère administratif de cette police laquelle eu égard à la singularité des interventions et des autorités compétentes s'apparenterait à une *police administrative spéciale*.

Saisi de la constitutionnalité de la loi sur le renseignement du 25 juillet 2015, le Conseil constitutionnel confirme cette position: « le recueil de renseignements... au moyen de techniques définies par le Code de sécurité intérieure par les service spécialisés pour l'exercice de leurs missions respectives relève de la seule police administrative » (CC 23 juillet 2015).

<sup>9</sup> Le caractère de police administrative du renseignement apparaît aussi dans la volonté de renforcer la déontologie dans la mise en œuvre des mesures. Le Code de sécurité intérieure consacre un chapitre entier à « la déontologie de la sécurité intérieure » et une autorité administrative indépendante, la *Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement*, a été mise en place.





Quelques mois plus tard, le Conseil constitutionnel élargit le domaine de la police administrative aux mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence et notamment aux perquisitions et justifie la compétence du juge administratif par les garanties de leur mise en œuvre.<sup>10</sup> Même si cette position trouve des justifications, elle n'en a pas moins soulevé la réaction d'un grand nombre de juristes en particulier celle des magistrats des juridictions judiciaires, au plus haut niveau.

### 3.2. Juge administratif ou juge judiciaire?

Le dualisme juridictionnel a des origines anciennes<sup>11</sup> et cet héritage est solidement installé en France. Selon la Constitution, chaque ordre de juridiction dispose d'un champ de compétence clairement délimité: « Il n'appartient qu'à la juridiction administrative de connaître des recours tendant à l'annulation ou à la réformation des décisions prises par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique » et certaines matières relèvent « par nature » de la compétence du juge judiciaire: l'état des personnes, le droit de propriété et les atteintes à la liberté individuelle.<sup>12</sup> Cette ligne de partage n'est cependant pas aisée à tracer et le Tribunal des conflits, arbitre des compétences, s'évertue au consensualisme sans parvenir toutefois à éviter la complexité des compromis.

Selon Jean Rivero, le dualisme pose une question majeure: la coexistence du juge judiciaire et du juge administratif est-il pour la protection des libertés bénéfique ou nuisible? À première vue, la réponse est en faveur des bienfaits du dialogue des juges- devenu actuellement un chœur à cinq voix car à celles du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation se sont jointes celles du Conseil constitutionnel, de la CJUE et de la CEDH. Ce dialogue permet aux jurisprudences de s'enrichir mutuellement, à condition cependant que les compétences soient clairement fixées.

Or, ces dernières années, à propos des droits fondamentaux, les lignes de partage se sont à la fois précisées et brouillées, les distinctions délicates entre libertés individuelles et fondamentales et entre libertés au pluriel et liberté au singulier ajoutant à la complexité.

<sup>10</sup> « Considérant que la décision ordonnant une perquisition sur le fondement des dispositions contestées en précise le lieu et le moment ; que le procureur de la République est informé sans délai de cette décision ; que la perquisition est conduite en présence d'un officier de police judiciaire ; qu'elle ne peut se dérouler qu'en présence de l'occupant ou, à défaut, de son représentant ou de deux témoins ; qu'elle donne lieu à l'établissement d'un compte rendu communiqué sans délai au procureur de la République... que le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure qui doit être motivée est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit ».

<sup>11</sup> Voir la célèbre loi des 6 et 24 août 1790. Sous l'Ancien Régime, l'Edit de Saint Germain de 1032 interdisait aux magistrats des Parlements de connaître des affaires publiques

<sup>12</sup> L'article 66 de la Constitution fait de « l'autorité judiciaire, la gardienne de la liberté individuelle ».







Une volonté de *simplification*, afin d'éviter les lenteurs des procès dus aux renvois d'une juridiction à l'autre a été couronnée de succès<sup>13</sup> mais lorsqu'elle a touché la délicate question des droits fondamentaux la querelle a commencé à s'installer. Le juge administratif a toujours su défendre les libertés, publiques et individuelles - n'avait-il pas, en avant-garde, construit *praeter legem* dans les années 1950 la théorie des « *principes généraux du droit* » opposables, même sans texte à l'administration? - et il a su habilement évoluer vers une conception non seulement objective mais aussi subjective du droit public. Il acceptait mal de se voir écarté du règlement des litiges concernant les atteintes portées aux libertés qui lorsqu'elles avaient le caractère de *voie de fait* étaient de la compétence du juge judiciaire.

Certains dénonçaient le fait que le juge judiciaire, saisi systématiquement par les avocats, avait tendance à trop fréquemment qualifier voie de fait un agissement administratif, étendant par là même son champ de compétence. La querelle gagna même le Tribunal des conflits d'ordinaire plus consensuel et provoqua la démission d'un de ses membres en 1997. Elle s'est apaisée depuis que le juge administratif peut adresser des injonctions à l'administration (loi du 8 février 1995) et surtout agir efficacement en référé-liberté (loi du 30 juin 2000), ce qui lui permet de mettre fin, aussi rapidement que le juge judiciaire, à des comportements inadmissibles. Constater et faire cesser une atteinte grave aux libertés lorsque l'administration s'est mise « hors du droit » n'est plus interdite au juge administratif qui dispose, avec le référé-liberté du moyen de la faire cesser en urgence (48 heures): TC 17 juin 2013, « *Bergoend* ».

La volonté de rapprochement entre les deux ordres de juridictions qui s'est manifestée il y a quelques années fait place depuis 2015 à un climat conflictuel attisé par l'état d'urgence. La question de savoir quel ordre de juridiction garantira le mieux l'exercice des libertés ne se pose pas. Au regard de l'efficacité, le juge administratif a perdu son handicap depuis qu'il peut intervenir en urgence et au regard de l'équité personne ne s'avisera de le mettre en cause. Mais la mise en œuvre de l'état d'urgence, la difficulté de distinguer libertés individuelles et libertés fondamentales et le quasi monopole donné au juge administratif dans le contentieux des mesures qualifiées de police administrative a soulevé un vent de protestations dans le monde judiciaire et les critiques ont rarement été aussi ouvertes et vives.

Le contentieux de l'utilisation des techniques de renseignement confié au juge administratif par la loi de 2015 avait déjà suscité la protestation de l'Union syndicale des magistrats contre le fait que « les atteintes les plus graves à la liberté individuelle impliquant à la fois la violation de la vie privée et celle du domicile ne soient pas soumises au juge judiciaire ». Le 18 décembre 2015, le premier Président de la Cour de cassation,

<sup>13</sup> C'est le cas de la volonté de réduire les questions préjudicielles, en limitant les cas de renvois du juge judiciaire vers le juge administratif: TC 17 octobre 2011, « *SCEA du Chêneau* ».





sortant d'une traditionnelle réserve, déplorait la mise à l'écart de l'autorité judiciaire en des termes énergiques rappelant que « le principe de la séparation des pouvoirs veut que la justice soit rendue par une autorité distincte du pouvoir politique », constatant que « *le périmètre de l'organisation du service public de la justice s'étend au détriment du fonctionnement proprement dit de l'autorité judiciaire* » et allant jusqu'à demander que le Parlement se saisisse de la question de la promotion d'« *une justice au service du public et non une justice service public, simple rouage de l'administration générale de l'Etat sous l'autorité du pouvoir exécutif* ».

Se voyait donc mis en cause ouvertement la démarche expansionniste du juge administratif, son habileté à recourir abusivement au caractère de service public de la justice qui l'autorise à contrôler son organisation<sup>14</sup> (mais pas son fonctionnement), et même la proximité du Conseil d'Etat avec le pouvoir exécutif. Avec la volonté d'afficher la sérénité qui la caractérise, la haute juridiction administrative a répondu de manière oblique en déplaçant le débat sur sa tradition d'indépendance et d'impartialité dans sa défense des libertés, ce que personne ne saurait contester.<sup>15</sup>

Le temps et la fin, on l'espère prochaine, de l'état d'urgence apaiseront sans doute ces querelles et les Hautes juridictions sauront raison garder. La meilleure justification du dualisme juridictionnel est de favoriser une saine émulation, une courtoise compétition en faveur de l'excellence, chacun prenant à l'autre ce qui est le plus favorable au justiciable et à la progression harmonieuse du droit.

<sup>14</sup> Même s'il est exercé « avec tact et mesure », le contrôle par le juge administratif de l'organisation des juridictions judiciaires (considérées comme un service public comme les autres) et qui l'entraîne à se prononcer sur le recrutement, la carrière des magistrats et les sanctions qui les frappent est de plus en plus mal supportées par elles.

<sup>15</sup> Voir la mise au point du président de la section du contentieux le 20 janvier 2016.





Licenciado sob uma Licença Creative Commons  
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.45780>

## El proceso electoral federal 2014-2015: México

### *The federal electoral process 2014-2015: México*

LUIS ANTONIO CORONA NAKAMURA\*

Universidad de Guadalajara (México)

lacn2004@yahoo.com.mx

Recibido/Received: 07.03.2016 / March 7<sup>th</sup>, 2016

Aprovado/Approved: 01.07.2016 / July 1<sup>st</sup>, 2016

#### Resumen

El proceso electoral constituye unas de las actividades primordiales de un país, y México, no lejano de este ideal, cada vez se transforma para otorgar plena legalidad en dicho ejercicio. Nuestro país al ser un territorio cambiante y con diversidad de culturas, ha sido testigo de cambios memorables, resultado de grandes procesos electorales a nivel local y federal, por lo que un proceso electoral tiene como objetivo reformar periódicamente a las personas que poseen poderes otorgados por la Constitución a la par con otras leyes y que al mismo tiempo son reconocidos por la propia sociedad. En razón de esto, es que se realiza el presente trabajo con el fin de dar a conocer un panorama de la situación que México enfrente tras las elecciones pasadas; Analizando los mecanismos que se aplicaron y estudiando los parámetros que se tomaron para que fuera un ejercicio que gozara de imparcialidad, legalidad y certeza. Ciertamente, cada proceso electoral resulta distinto pero son estos mecanismos los que nos enseñan y nos dan la pauta para hacer el cambio dirigiéndonos a la modernización en nuestra estructura política.

**Palabras clave:** proceso electoral; candidatos; campañas; legalidad; elecciones.

#### Abstract

The electoral process is one of the primary activities of a country, and Mexico, not far from this ideal, every time it becomes to grant full legality in that year. Our country being a changing and culturally diverse territory, it has witnessed memorable changes resulting from large electoral processes at the local and federal level, so an electoral process aims to regularly inform people who possess powers granted by the Constitution on par with other laws and at the same time they are recognized by the company itself. Therefore this work is done in order to provide an overview of the situation that faced Mexico after the last elections; Analyzing the mechanisms that were applied and studying the parameters that were taken out for an exercise that would enjoy fairness, legality and certainty. Certainly, each election is different but these mechanisms are those that teach us and teach us to make the change taking us to modernize our political structure.

**Keywords:** Electoral process; candidates; campaigns; legality; elections.

Como citar esse artigo/How to cite this article: CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. El proceso electoral federal 2014-2015: México. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 65-86, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.45780>.

\* Profesor Investigador Titular B en los programas de Licenciatura, Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidad de Guadalajara (Guadalajara, México). Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Licenciado y Maestro en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Diplomados en Política Internacional Comparada y en Derecho Electoral, Coordinador de Capacitación Electoral en la Vocalía de Capacitación Electoral y Educación Cívica en la Junta Local Ejecutiva en el estado; Magistrado Electoral en el Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco. A partir de noviembre del 2014 a la fecha como Secretario de Estudio y Cuenta de la Sala Regional Guadalajara, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI nivel I) CONACYT. Docente en el programa de posgrado del Instituto Prisciliano Sánchez, del Tribunal Electoral del Estado de Jalisco. E-mail: lacn2004@yahoo.com.mx.





## SUMARIO

**1.** Disposiciones preliminares; **2.** De los actos preparatorios de la elección; **2.1.** De los procesos de selección de candidatos a cargos de elección popular y las precampañas electorales; **2.2.** Del procedimiento de registro de candidatos; **2.3.** De las campañas electorales; **2.4.** De los procedimientos para la integración y ubicación de las mesas directivas de casilla; **2.5.** Del registro de representantes; **2.6.** De la documentación y el material electoral; **2.7.** Padrón Electoral y Lista Nominal; **3.** De la jornada electoral; **3.1.** De la instalación y apertura de casillas; **3.2.** De la votación; **3.3.** Del escrutinio y cómputo en la casilla; **3.4.** De la clausura de la casilla y de la remisión del expediente; **4.** Resultados y declaraciones de validez de las elecciones; **4.1.** De la información preliminar de los resultados; **4.2.** De los cómputos distritales y de la declaración de validez de la elección de diputados de mayoría relativa; **4.3.** De los cómputos de Representación Proporcional en cada circunscripción; **4.4.** De las constancias de asignación proporcional; **5.** Consideraciones finales; **6.** Referencias.

## 1. DISPOSICIONES PRELIMINARES

El proceso electoral es el conjunto de actos ordenados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE), realizados por las autoridades electorales, los partidos políticos, así como los ciudadanos, que tiene por objeto la renovación periódica de los integrantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo tanto federal como de las entidades federativas, los integrantes de los ayuntamientos en los estados de la República y los Jefes Delegacionales en el Distrito Federal.<sup>1</sup>

Siendo un total de 2,016 cargos de elección popular federal y elecciones concurrentes. De los cuales para la Elección Federal 2014-2015 se eligieron 300 Diputados de Mayoría Relativa, 200 Diputados de Representación Proporcional, resultando un total de 500. Para Elecciones Locales Concurrentes 363 Diputados de Mayoría Relativa, 237 Diputados de Representación Proporcional, 9 Gubernaturas, 887 Ayuntamientos y Jefes Delegacionales, y 20 Juntas Municipales (Campeche), resultando un total de 1,516<sup>2</sup>.

Previo al inicio del proceso electoral en México, el día 30 de septiembre del 2014, el Consejo General del Instituto Nacional Electoral (INE), aprobó mantener los trescientos distritos electorales federales uninominales en que se divide el país y determinó el ámbito territorial de cada una de las cinco circunscripciones plurinominales, la cabecera distrital, así como la demarcación territorial a que se refiere el artículo 53, de la CPEUM,

<sup>1</sup> Artículo 207.1, Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014. Cabe señalar, que si bien se publicó la reforma constitucional en materia política para el Distrito Federal al adquirir el carácter de entidad federativa denominada Ciudad de México, en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2016, dicha modificación no se ha hecho patente en la legislación comicial sustantiva (Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales) al no encontrarse armonizada ni congruente con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>2</sup> Numeralia Proceso Electoral 2014-2015, Instituto Nacional Electoral, México, 2015, p. 3.





tal y como fue integrada en los procesos electorales federales 2005-2006, 2008-2009 y 2011-2012<sup>3</sup> que dando delimitadas las circunscripciones en los siguientes términos:

**Primera Circunscripción.** Integrada por ocho entidades federativas: Baja California, Baja California Sur, Chihuahua, Durango, Jalisco, Nayarit, Sinaloa y Sonora, con cabecera en la ciudad de Guadalajara, Jalisco.

**Segunda Circunscripción.** Integrada por ocho entidades federativas: Aguascalientes, Coahuila, Guanajuato, Nuevo León, Querétaro, San Luis Potosí, Tamaulipas y Zacatecas, con cabecera en la ciudad de Monterrey, Nuevo León.

**Tercera Circunscripción.** Integrada por siete entidades federativas: Campeche, Chiapas, Oaxaca, Quintana Roo, Tabasco, Veracruz y Yucatán, con cabecera en la ciudad de Jalapa, Veracruz.

**Cuarta Circunscripción.** Integrada por cinco entidades federativas: Distrito Federal (ahora Ciudad de México), Guerrero, Morelos, Puebla y Tlaxcala, con cabecera en el Distrito Federal (ahora Ciudad de México).

**Quinta Circunscripción.** Integrada por cuatro entidades federativas: Colima, Hidalgo, México y Michoacán, con cabecera en la ciudad de Toluca, México.

El proceso electoral ordinario por única ocasión inició la primera semana de octubre del año previo al de la elección y concluyó con los resultados y declaraciones de validez de las elecciones, de conformidad con el noveno transitorio correspondiente a la última reforma en materia político-electoral, de la CPEUM, publicada el 10 de febrero de 2014, ya que el proceso electoral ordinario deberá iniciar en septiembre del año previo al de la elección<sup>4</sup>.

Las etapas del proceso ordinario 2014-2015 comprendieron:

- a. Preparación de la elección: inició el día 7 de octubre del 2014 con la primera sesión que celebró el Consejo General del INE durante ese mes y concluyó al iniciarse la jornada electoral<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> INE/CG182/2014, Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por el que se determina mantener los trescientos distritos electorales uninominales federales en que se divide el país, su respectiva cabecera distrital, el ámbito territorial y las cabeceras de las cinco circunscripciones plurinominales que utilizarán para la jornada electoral federal del 7 de junio de 2015, tal y como fue integrada en los procesos electorales federales 2005-2006, 2008-2009 y 2011-2012, así como el número de diputados elegibles por el principio de representación proporcional. 30 de septiembre del 2014.

<sup>4</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 225.1.

<sup>5</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículos 208.1, a), 225.2, a) y 225.3.





- b. Jornada electoral: se inició a las 8:00 horas del primer domingo de junio del 2015 y concluyó con la clausura de casilla<sup>6</sup>.
- c. Resultados y declaraciones de validez de las elecciones: se inició con la remisión de la documentación y expedientes electorales a los Consejos Distritales y concluyó con los cómputos y declaraciones que realicen los Consejos del Instituto, o las resoluciones que, en su caso, emitió en última instancia el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).<sup>7</sup>
- d. Dictamen y declaraciones de validez de la elección y de Presidente electo de los Estados Unidos Mexicanos. Aunque no fue aplicable en el pasado proceso electoral, dado que la siguiente elección presidencial será hasta el año 2018, la etapa se inicia al resolverse el último de los medios de impugnación que se hubiesen interpuesto en contra de esta elección o cuando se tenga constancia de que no se presentó ninguno y concluye al aprobar la Sala Superior del Tribunal Electoral, el dictamen que contenga el cómputo final y las declaraciones de validez de la elección y de Presidente electo<sup>8</sup>.

Atendiendo al principio de definitividad que rige en los procesos electorales, a la conclusión de cualquiera de sus etapas o de alguno de los actos o actividades trascendentes de los órganos electorales, el Secretario Ejecutivo o el Vocal Ejecutivo de la Junta Local o Distrital del INE, según corresponda, difundió su realización y conclusión por los medios que estimó pertinentes<sup>9</sup>.

## 2. DE LOS ACTOS PREPARATORIOS DE LA ELECCIÓN

### 2.1. De los procesos de selección de candidatos a cargos de elección popular y las precampañas electorales

Los procesos internos para la selección de candidatos a cargos de elección popular son el conjunto de actividades que realizan los partidos políticos y los precandidatos a dichos cargos, de conformidad con lo establecido en la LGIPE, en los Estatutos y

<sup>6</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014., Artículos 208.1, b), 208.2, 225.2, b) y 225.4.

<sup>7</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículos 208.1, c), 225.2, c) y 225.5.

<sup>8</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículos 208.1, d), 225.2, d) y 225.6.

<sup>9</sup> Artículo 41. VI. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados, México, 2016, p. 53 y Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 225.7.





en los reglamentos, acuerdos y demás disposiciones de carácter general que aprueben los órganos de dirección de cada partido político<sup>10</sup>.

El proceso electoral federal 2014-2015, en el que se renovó la integración de la cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las precampañas dieron inicio en la primera semana de enero del año de la elección. No pudieron durar más de cuarenta días<sup>11</sup>. Conforme al acuerdo INE/CG209/2014<sup>12</sup>, emitido por el Consejo General del INE, las precampañas iniciaron el 10 de enero del 2015, y concluyeron el 18 de febrero del 2015.

Queda prohibido a los precandidatos a candidaturas a cargos de elección popular, en todo tiempo, la contratación o adquisición de propaganda o cualquier otra forma de promoción personal en radio y televisión. La violación a esta norma se sancionará con la negativa de registro como precandidato o, en su caso, con la cancelación de dicho registro<sup>13</sup>. De comprobarse la violación a esta norma en fecha posterior a la de postulación del candidato por el partido de que se trate, el INE negará el registro legal del infractor.

Se entiende por precampaña electoral el conjunto de actos que realizan los partidos políticos, sus militantes y los precandidatos a candidaturas a cargos de elección popular debidamente registrados por cada partido<sup>14</sup>.

El LGIPE define por actos de precampaña electoral las reuniones públicas, asambleas, marchas y en general aquellos en que los precandidatos a una candidatura se dirigen a los afiliados, simpatizantes o al electorado en general, con el objetivo de obtener su respaldo para ser postulado como candidato a un cargo de elección popular.

Así mismo, propaganda de precampaña es el conjunto de escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones que durante el periodo establecido por la LGIPE y el que señale la convocatoria respectiva difunden los precandidatos a candidaturas a cargos de elección popular con el propósito de dar a conocer sus propuestas.

Precandidato es el ciudadano que pretende ser postulado por un partido político como candidato a cargo de elección popular, conforme a la LGIPE y a los Estatutos

<sup>10</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 226. 1, Cámara de Diputados, México, 2016.

<sup>11</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 226.2.

<sup>12</sup> INE/CG209/2014, Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por el que se establece el Periodo de precampañas para el proceso electoral federal 2014-2015, así como diversos criterios y plazos de procedimientos relacionados con las mismas, 15 de octubre del 2014.

<sup>13</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2015, Artículo 41. III, g) y Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2015, Artículo 226.5.

<sup>14</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 227.1.







de un partido político, en el proceso de selección interna de candidatos a cargos de elección popular<sup>15</sup>.

El 15 de octubre del año previo al de la elección, el Consejo General del INE, determinó el tope máximo de gastos de precampaña por precandidato a Diputado, para contender en el proceso electoral federal 2014-2015. El tope fue equivalente al 20% del establecido para las campañas inmediatas anteriores, según la elección de que se trató<sup>16</sup>.

El tope máximo de gastos de precampaña por precandidato a Diputado por el Principio de Mayoría Relativa para contender en el Proceso Electoral Federal 2014-2015 equivalió a \$224,074.72 (Doscientos veinticuatro mil setenta y cuatro pesos 72/100 M. N.)<sup>17</sup>.

## 2.2. Del procedimiento de registro de candidatos

Correspondió a los partidos políticos nacionales el derecho de solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular, sin perjuicio de las candidaturas independientes en los términos de la LGIPE<sup>18</sup>.

Los plazos y órganos competentes que registraron las candidaturas en el año de la elección fueron los siguientes:

Todos los candidatos por ambos principios fueron registrados entre el 22 y el 29 de marzo<sup>19</sup>, por los siguientes órganos:

- i. Los candidatos a diputados de mayoría relativa, por los Consejos Distritales;
- ii. Los candidatos a diputados electos por el principio de representación proporcional, por el Consejo General del INE.

El día 4 de abril de 2015 mediante Acuerdo INE/CG162/2015, el Consejo General del INE, en ejercicio de la facultad supletoria, registró las candidaturas a Diputadas y Diputados al Congreso de la Unión por el Principio de Mayoría Relativa, presentadas por los partidos políticos nacionales y coaliciones con registro vigente, así como las candidaturas a Diputadas y Diputados por el Principio de Representación Proporcional, con el fin de participar en el proceso electoral federal 2014-2015.

<sup>15</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 227.4.

<sup>16</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 229.1.

<sup>17</sup> INE/CG12/2014, Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se determina el tope máximo de gastos de precampaña por precandidato a Diputado, para contender en el Proceso Electoral Federal 2014-2015. 15 de octubre del 2014.

<sup>18</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 232.1.

<sup>19</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 237.1, b).





Se presentaron 22 candidatos independientes con registro. Por Chihuahua se registró 1 candidato independiente por el distrito 3; en el Distrito Federal 1 candidato independiente por el distrito 24; por Hidalgo se registró 1 candidato independiente por el distrito 6; por Nayarit se registró 1 candidato independiente por el distrito 2; por Nuevo León se registró 1 candidato independiente por el distrito 8; por Puebla se registraron 2 candidatos independientes por los distritos 6 y 15; por Quintana Roo se registró 1 candidato independiente por el distrito 2; por Sinaloa se registraron 5 candidatos independientes por los distritos 1, 5, 6, 7 y 8; por Tabasco se registró 1 candidato independiente por el distrito 3; por Tamaulipas se registraron 3 candidatos independientes por los distritos 1, 4 y 7; por Tlaxcala se registró 1 candidato independiente por el distrito 3; y por Veracruz se registraron 4 candidatos independientes por los distritos 10 y 11 (2 en cada uno)<sup>20</sup>.

10 Partidos Políticos participaron, 3 de ellos obtuvieron su registro el 9 de julio de 2014, se registraron 2 coaliciones (1 parcial y 1 flexible): PRI-PVEM (parcial) con 250 candidaturas comunes, de las cuales 192 fueron encabezadas por el PRI y 58 por el PVEM y la conformada por el PRD-PT (flexible) con 100 candidaturas comunes, de las cuales 64 fueron encabezadas por el PRD y 36 por el PT<sup>21</sup>.

### 2.3. De las campañas electorales

La campaña electoral, es el conjunto de actividades llevadas a cabo por los partidos políticos nacionales, las coaliciones y los candidatos registrados para la obtención del voto<sup>22</sup>.

Se entiende por actos de campaña las reuniones públicas, asambleas, marchas y en general aquellos en que los candidatos o voceros de los partidos políticos se dirigen al electorado para promover sus candidaturas<sup>23</sup>.

La LGIPE define propaganda electoral como el conjunto de escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones que durante la campaña electoral producen y difunden los partidos políticos, los candidatos registrados y sus simpatizantes, con el propósito de presentar ante la ciudadanía las candidaturas registradas<sup>24</sup>.

La campaña electoral tiene como propósito movilizar a los electores hacia las urnas mediante las actividades conjuntas que realizan los partidos políticos y los

<sup>20</sup> Numeralia Proceso Electoral 2014-2015, Instituto Nacional Electoral, México, 2015, p. 6.

<sup>21</sup> Numeralia Proceso Electoral 2014-2015, Instituto Nacional Electoral, México, 2015, p. 7.

<sup>22</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 242.1.

<sup>23</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 242.2.

<sup>24</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 242.3.





candidatos, encaminados a persuadir y convencer, por lo general, conforme a un plan y la asistencia de asesores, politólogos, sociólogos, publicistas, etc. Estos actos no solo van dirigidos a enseñar los aspectos positivos de tal o cual candidato, sino los negativos del contrario; de ahí la frase famosa de Nixon que identifica la campaña electoral como el acto de “auto blanquearse” en tanto se tizna a los demás<sup>25</sup>.

El Consejo General, en la determinación del tope de gastos de campaña, para la elección de Diputados, el día 14 de enero del 2015, aplicó las siguientes reglas y procedió en los siguientes términos:

El tope máximo de gastos de campaña para la elección de Diputados por el Principio de Mayoría Relativa fue la cantidad que resultó de dividir el tope de gasto de campaña establecido para la elección presidencial entre trescientos. Para esta elección en que solamente se renovó la Cámara de Diputados, la cantidad a que se refiere esta fracción fue actualizada con el índice de crecimiento del salario mínimo diario en el Distrito Federal.

El tope máximo de gastos de campaña por candidato para la elección de Diputados por el Principio de Mayoría Relativa para el Proceso Electoral Federal 2014-2015 equivalió a \$1, 260,038.34 (un millón doscientos sesenta mil treinta y ocho pesos 34/100 M.N.)<sup>26</sup>. La duración de las campañas en el año en que sólo se elijan Diputados Federales, como es el caso, tuvieron una duración de sesenta días<sup>27</sup>;

Por disposición de la LGIPE las campañas electorales de los partidos políticos iniciaron a partir del día siguiente al de la sesión de registro de candidaturas para la elección respectiva, 5 de abril de 2015; y concluyeron tres días antes de celebrarse la jornada electoral, el 3 de junio del 2015 (Artículo 251. 3.).

Se registraron 40'993,632 Spots pautados en Precampañas, Intercampañas y Campañas a nivel federal y local, del 8 de octubre de 2014 al 4 de junio de 2015, en todas las emisoras del país, correspondiéndoles a los partidos políticos 27'408,688 spots, a las coaliciones 2,936 spots, a los candidatos independientes 155,936 spots, y a las autoridades electorales 13'426,072 spots<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> GÓMEZ PALACIO, Ignacio. **Procesos electorales**. Ciudad de México: Oxford, 2000. p. 86.

<sup>26</sup> INE/CG02/2015, Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se actualiza el tope máximo de gastos de campaña para la elección de Diputados por el principio de Mayoría Relativa para el Proceso Electoral Federal 2014-2015 en cumplimiento al resolutivo segundo del Acuerdo identificado con el número INE/CG301/2014. 14 de enero del 2015.

<sup>27</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 41. IV.

<sup>28</sup> Numeralía Proceso Electoral 2014-2015, Instituto Nacional Electoral, México, 2015, p. 23.





## 2.4. De los procedimientos para la integración y ubicación de las mesas directivas de casilla

En los términos del artículo 253, de la LGIPE, las secciones en que se dividen los distritos uninominales tendrán como máximo 3,000 electores<sup>29</sup>.

En toda sección electoral por cada 750 electores o fracción, se instalará una casilla para recibir la votación de los ciudadanos residentes en la misma; de ser dos o más se colocarán en forma contigua y se dividirá la lista nominal de electores en orden alfabético.

El procedimiento para integrar las mesas directivas de casilla (Artículo 254.1.) fue el siguiente:

El Consejo General del INE, el 18 de diciembre del 2014, sorteó un mes del calendario que, junto con el que siguió en su orden, fueron tomados como base para la insaculación de los ciudadanos que integraría las mesas directivas de casilla; los ciudadanos mayores de edad nacidos en los meses de enero y febrero pudieron ser seleccionados funcionarios de casilla para las elecciones federales del 7 de junio de 2015, de acuerdo con el sorteo realizado.

El pasado 6 de febrero de 2015 y 8 de abril de 2015, el INE, a través de sus 300 Consejos y Juntas Distritales, realizó el proceso de Primera y Segunda Insaculación, respectivamente, para la integración de casi 149 mil casillas electorales a instalar el 7 de junio de 2015.

Para integrar las mesas directivas de casilla, se ordenó alfabéticamente la lista de ciudadanos aptos a partir de la letra sorteada por el Consejo General, en la sesión extraordinaria del día 3 de febrero de 2015, que fue la letra "V". Una vez que el sistema contaba con los 7 ciudadanos aptos para casilla federal o 9 ciudadanos aptos para casilla única, el paso siguiente era ordenarlos por escolaridad registrada y asignar de este modo los cargos a ocupar en la casilla.

Para la escolaridad más alta registrada en el listado de ciudadanos aptos se asignó el cargo de presidente de casilla, la siguiente escolaridad en orden descendente para asignar al secretario o secretarios, y así sucesivamente. Con los ciudadanos que no fueron asignados a un cargo en la casilla, se elaboró la Lista de Reserva, para cubrirlas vacantes que se fueron generando.

De los 1,209,280 funcionarios designados, 267,082 tienen grado de escolaridad de nivel primaria; 314,306 tienen grado de escolaridad de secundaria; 306,509 tienen estudios de preparatoria, bachillerato o carrera técnica; 312,590 funcionarios tienen estudios universitarios o más. Sólo 5,693 de los funcionarios designados se

<sup>29</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 253.2.





manifestaron sin escolaridad y únicamente de 3,100 funcionarios designados se desconoce la escolaridad<sup>30</sup>.

Respecto al género de los funcionarios designados, 700,366 son mujeres y 508,914 son hombres.

Del total de ciudadanos capacitados se requieren de **1,209,301** para la integración de las mesas directivas de casillas de las **148,833 casillas**. En la modalidad de Casilla Federal, de las 148,833 casillas a instalar, 65,098 casillas correspondieron a este tipo, es decir, el 47.73% de casillas, recibieron sólo un cargo de elección popular. En la modalidad de Casilla Única, de las 148,833 casillas a instalar, 83,735 casillas correspondieron a este tipo, es decir, el 52.27% del total de casillas, recibieron tanto la elección federal como la local.

Por su parte, las casillas se ubicaron en lugares que reunieron los requisitos<sup>31</sup> siguientes: a) Fácil y libre acceso para los electores; b) Aseguren la instalación de cancelas o elementos modulares que garanticen el secreto en la emisión del voto; c) No ser casas habitadas por servidores públicos de confianza, federales, estatales o municipales; d) No ser inmuebles habitados o propiedad de dirigentes de partidos políticos o candidatos registrados en la elección de que se trate; e) No ser establecimientos fabriles, templos o locales destinados al culto, o locales de partidos políticos; y f) No ser locales ocupados por cantinas, centros de vicio o similares<sup>32</sup>.

El procedimiento para determinar la **ubicación de las casillas**, se establece en el artículo 256.1 de la LGIPE que dispone lo siguiente:

- a. Entre el 15 de enero y el 15 de febrero del año de la elección las Juntas Distritales Ejecutivas recorrieron las secciones de los correspondientes distritos con el propósito de localizar lugares que cumplan con los requisitos fijados y no incurrir en las prohibiciones establecidas por la LGIPE;
- b. Entre el 16 y el 26 de febrero, las Juntas Distritales Ejecutivas presentaron a los Consejos Distritales correspondientes una lista proponiendo los lugares en que se ubicarían las casillas;
- c. Recibidas las listas, los Consejos examinaron que los lugares propuestos cumplieran con los requisitos fijados por la LGIPE y, en su caso, hicieron los cambios necesarios;

<sup>30</sup> Informe de la segunda etapa "Integración de mesas directivas de casilla y capacitación Electoral", Instituto Nacional Electoral, México, 2015, pp. 11, 12 y 18.

<sup>31</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 255.1.

<sup>32</sup> INE/CG113/2015. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral que modifica el Acuerdo INE/CG229/2014 por el que se establecen los criterios y plazos que deberán observarse para las actividades tendientes a la ubicación y funcionamiento de las casillas electorales que serán instaladas en la Jornada Electoral del 7 de junio de 2015.





- d. Los Consejos Distritales, en sesión que celebraron en la primera semana de abril, aprobaron la lista que contuvo la ubicación de las casillas, teniendo los siguientes tipos de casilla<sup>33</sup>;

Básicas: **67,599**

Contiguas: **73,559**

Extraordinarias: **873**

Especiales: **6,817**

Total: **148,848**

- e. El presidente del consejo distrital ordenó la publicación de la lista de ubicación de casillas aprobadas, a más tardar el 15 de abril del año de la elección, y
- f. En su caso, el presidente del consejo distrital ordenará una segunda publicación de la lista, con los ajustes correspondientes, entre el día 15 y el 25 de mayo del año de la elección.

## 2.5. Del registro de representantes

Los partidos políticos, una vez registrados sus candidatos, fórmulas y listas, y hasta trece días antes del día de la elección, tuvieron derecho a nombrar dos representantes propietarios y un suplente, ante cada mesa directiva de casilla, y representantes generales propietarios<sup>34</sup>. Por lo que el registro de representantes de casilla de los partidos políticos tuvo verificativo del 10 de abril al 25 de mayo de 2015. Los partidos políticos podrán acreditar en cada uno de los distritos electorales uninominales un representante general por cada 10 casillas electorales ubicadas en zonas urbanas y uno por cada 5 casillas rurales<sup>35</sup>.

Los representantes de los partidos políticos y de candidatos independientes recibieron una copia legible de las actas a que se refiere el artículo 261, párrafo 1, inciso b), de la LGIPE. En los casos en los que no se presentó representante en las mesas directivas de casilla, las copias fueron entregadas al representante general que así lo solicitó. La entrega de las copias legibles a que se refiere la disposición anterior se hizo en el orden de antigüedad del registro por partido político<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Numeralia Proceso Electoral 2014-2015, Instituto Nacional Electoral, México, 2015, p. 17.

<sup>34</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 259.1.

<sup>35</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 259.2.

<sup>36</sup> RUVALCABA GARCÍA, Gabriela; Castañeda Espinoza, Xavier. **Derecho Electoral Mexicano, Una visión local: Distrito Federal**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 58.





## 2.6. De la documentación y el material electoral

El propósito de la regulación en materia de documentación y material electoral es garantizar una elección, limpia y confiable ante los ojos de la ciudadanía, evitando por la manera y forma en que ésta se emita, su contenido y control, fraudes y actos contrarios a lo que es el paso más importante en un régimen democrático, la contienda por los cargos de elección popular. En este sentido, la LGIPE exige a los integrantes de las mesas directivas de casilla, a cuidar las condiciones materiales en que haya de instalarse la casilla, a fin de garantizar la libertad y el secreto del voto, y vigilar que en el propio local y en su exterior no se coloque propaganda partidaria<sup>37</sup>.

Para la emisión del voto, el Consejo General, tomando en cuenta las medidas de certeza que estimó pertinentes, aprobó el 25 de febrero del 2015, mediante el Acuerdo INE/CG71/2015<sup>38</sup> el modelo de boleta electoral que se utilizó para la elección<sup>39</sup>.

Los presidentes de los Consejos Distritales entregaron a cada presidente de mesa directiva de casilla, dentro de los cinco días previos al anterior de la elección y contra el recibo detallado correspondiente<sup>40</sup>:

a) La lista nominal de electores con fotografía de cada sección, según corresponda, en los términos de los artículos 147 y 153 de la LGIPE; b) la relación de los representantes de los partidos y de Candidatos Independientes registrados para la casilla en el Consejo Distrital Electoral; c) la relación de los representantes generales acreditados por cada partido político en el distrito en que se ubique la casilla en cuestión; d) Las boletas para cada elección, en número igual al de los electores que figuren en la lista nominal de electores con fotografía para cada casilla de la sección; e) Las urnas para recibir la votación, una por cada elección de que se trate; f) el líquido indeleble; g) la documentación, formas aprobadas, útiles de escritorio y demás elementos necesarios; h) los instructivos que indiquen las atribuciones y responsabilidades de los funcionarios de la casilla; e i) los cancelos o elementos modulares que garanticen que el elector pueda emitir su voto en secreto<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> GÓMEZ PALACIO, Ignacio. **Procesos electorales**. Ciudad de México: Oxford, 2000. p. 105.

<sup>38</sup> INE/CG71/2015 Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se modifican los diseños de la boleta de la elección de Diputados Federales para el Proceso Electoral Federal 2014-2015, aprobados mediante el diverso INE/CG349/2014, en cumplimiento a lo ordenado por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación al resolver los expedientes acumulados SUP-RAP-262/2014, SUP-RAP-1/2015 y SUP-RAP-2/2015. 25 de febrero del 2015.

<sup>39</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 266.1.

<sup>40</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 269.1.

<sup>41</sup> CASTELLANOS HERNÁNDEZ, Eduardo. **Derecho electoral en México**. Ciudad de México: Trillas, 2008. p. 166.







## 2.7. Padrón Electoral y Lista Nominal

El Padrón y Lista Nominal Definitivos, fueron aprobados por el Consejo General el 6 de mayo de 2015, constando en el Padrón Electoral 87'244,921 ciudadanos, de los cuales 42'244,103 fueron hombres lo que se tradujo en el 48%, y 45'000,818 fueron mujeres lo que representó el 52%; y en la Lista Nominal 83'563,190 ciudadanos, de los cuales 40'219,635 fueron hombres lo que se tradujo en el 48%, y 43'343,555 fueron mujeres lo que representó el 52%. Resultando el 95.78% Porcentaje de cobertura de la Lista Nominal de Electores al Padrón Electoral<sup>42</sup>.

## 3. DE LA JORNADA ELECTORAL

### 3.1. De la instalación y apertura de casillas

Durante el día de la elección se levantará el acta de la jornada electoral, que contendrá los datos comunes a todas las elecciones y las actas relativas al escrutinio y cómputo de cada una de las elecciones<sup>43</sup>.

El primer domingo de junio del 2015, día de la elección ordinaria, a las 7:30 horas, los ciudadanos presidente, secretario y escrutadores de las mesas directivas de las casillas nombrados como propietarios se presentaron para iniciar con los preparativos para la instalación de la casilla en presencia de los representantes de partidos políticos y de Candidatos Independientes que concurrieron<sup>44</sup>.

El acta de la jornada electoral consta de los siguientes apartados: a) el de instalación; y b) el de cierre de votación.

### 3.2. De la votación

Después de llenada y firmada el acta de la jornada electoral en el apartado correspondiente a la instalación, el presidente de la mesa anuncia el inicio de la votación<sup>45</sup>(Artículo 277.1.).

Iniciada la votación no podrá suspenderse sino por causa de fuerza mayor. En este caso, corresponde al presidente dar aviso de inmediato al Consejo Distrital a través del medio de comunicación a su alcance para dar cuenta de la causa de suspensión, la

<sup>42</sup> Numeralia Proceso Electoral 2014-2015, Instituto Nacional Electoral, México, 2015, p. 9.

<sup>43</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 273.1.

<sup>44</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014,, Artículo 273.2.

<sup>45</sup> CASTELLANOS HERNÁNDEZ, Eduardo. **Derecho electoral en México**. Ciudad de México: Trillas, 2008. p. 167.





hora en que ocurrió y la indicación de los votantes que al momento habían ejercido su derecho de voto, lo que será consignado en el acta<sup>46</sup>.

La LGIPE señala el procedimiento para la emisión del voto por lo que una vez comprobado que el elector aparece en las listas nominales y que haya exhibido su credencial para votar, el presidente de la mesa directiva de casilla le entregará las boletas de las elecciones para que libremente y en secreto marque en la boleta únicamente el cuadro correspondiente al partido político por el que sufragará, o anote el nombre del candidato no registrado por el que desea emitir su voto (Artículo 279.1.).

La votación se cerró a las 18:00 horas<sup>47</sup>. Podrá cerrarse antes de la hora fijada anteriormente, sólo cuando el presidente y el secretario certifiquen que hubieren votado todos los electores incluidos en la lista nominal correspondiente.

Sólo permanecerá abierta después de las 18:00 horas, aquella casilla en la que aún se encuentren electores formados para votar. En este caso, se cerrará una vez que quienes estuviesen formados hasta las 18:00 horas hayan votado.

El secretario llenará el apartado correspondiente al cierre de votación del acta de la jornada electoral, el cual deberá ser firmado por los funcionarios y representantes. El apartado correspondiente al cierre de votación contendrá: a) Hora de cierre de la votación; y b) Causa por la que se cerró antes o después de las 18:00 horas.

### 3.3. Del escrutinio y cómputo en la casilla

Una vez cerrada la votación y llenado y firmado el apartado correspondiente del acta de la jornada electoral, los integrantes de la mesa directiva procedieron al escrutinio y cómputo de los votos sufragados en la casilla<sup>48</sup>.

El escrutinio y cómputo es el procedimiento por el cual los integrantes de cada una de las mesas directivas de casilla<sup>49</sup>, determinan: a) el número de electores que votó en la casilla; b) el número de votos emitidos en favor de cada uno de los partidos políticos o candidatos; c) el número de votos nulos; y d) el número de boletas sobrantes de cada elección.

Al término del escrutinio y cómputo de cada una de las elecciones, la LGIPE dispone que se formara un expediente de casilla con la documentación siguiente (Artículo 295.1.):

<sup>46</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 277.2.

<sup>47</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 285.1.

<sup>48</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 287.1.

<sup>49</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 288.1.





a) Un ejemplar del acta de la jornada electoral; b) Un ejemplar del acta final de escrutinio y cómputo; y c) Los escritos de protesta que se hubieren recibido.

Cumplidas dichas acciones, los presidentes de las mesas directivas de casilla, fijarán avisos en lugar visible del exterior de las mismas con los resultados de cada una de las elecciones, los que serán firmados por el presidente y los representantes que así deseen hacerlo<sup>50</sup> (Artículo 297.1.).

### 3.4. De la clausura de la casilla y de la remisión del expediente

Concluidas por los funcionarios de la mesa directiva de casilla las operaciones establecidas en el escrutinio y cómputo de casilla, el secretario levantó constancia de la hora de clausura de la casilla y el nombre de los funcionarios y representantes que harán la entrega del paquete que contenga los expedientes. La constancia fue firmada por los funcionarios de la casilla y los representantes de los partidos y de Candidatos Independientes que desearon hacerlo<sup>51</sup>.

Una vez clausuradas las casillas, los presidentes de las mismas, bajo su responsabilidad, hicieron llegar al Consejo Distrital que correspondió, los paquetes y los expedientes de casilla dentro de los plazos siguientes, contados a partir de la hora de clausura<sup>52</sup>: a) Inmediatamente cuando se trate de casillas ubicadas en la cabecera del distrito; b) Hasta 12 horas cuando se trate de casillas urbanas ubicadas fuera de la cabecera del distrito; y c) Hasta 24 horas cuando se trate de casillas rurales (Artículo 299.1.).

## 4. RESULTADOS Y DECLARACIONES DE VALIDEZ DE LAS ELECCIONES

La recepción, depósito y salvaguarda de los paquetes en que se contengan los expedientes de casilla por parte de los Consejos Distritales<sup>53</sup>, fue conforme al procedimiento siguiente:

- a. Se recibieron en el orden en que fueron entregados por las personas facultadas para ello;
- b. El presidente o funcionario autorizado del Consejo Distrital extendió el recibo señalando la hora en que fueron entregados;

<sup>50</sup> CASTELLANOS HERNÁNDEZ, Eduardo. **Derecho electoral en México**. Ciudad de México: Trillas, 2008. p. 169.

<sup>51</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 298.1.

<sup>52</sup> RUVALCABA GARCÍA, Gabriela; Castañeda Espinoza, Xavier. **Derecho Electoral Mexicano, Una visión local: Distrito Federal**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 59.

<sup>53</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 304.1.





- c. El presidente del Consejo Distrital dispuso su depósito, en orden numérico de las casillas, colocando por separado los de las especiales, en un lugar dentro del local del Consejo que reúna las condiciones de seguridad, desde el momento de su recepción hasta el día en que se practicó el cómputo distrital; y
- d. El presidente del Consejo Distrital, bajo su responsabilidad, los salvaguardó y al efecto dispuso que fueran selladas las puertas de acceso del lugar en que fueron depositados, en presencia de los representantes de los partidos.

#### 4.1. De la información preliminar de los resultados

Los Consejos Distritales hicieron las sumas de las actas de escrutinio y cómputo de las casillas conforme éstas se fueron recibiendo y hasta el vencimiento del plazo legal para la entrega de los paquetes que contengan los expedientes electorales<sup>54</sup>. Siendo un total de 147,683 actas capturadas en el Programa de Resultados Electorales Preliminares (PREP)<sup>55</sup>.

En efecto, para todas las elecciones son resultados preliminares puesto que en principio todos esos resultados son susceptibles de ser impugnados en los términos de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral<sup>56</sup>, y no generan mayor certeza jurídica sino hasta que se realizan los cómputos distritales correspondientes.

#### 4.2. De los cómputos distritales y de la declaración de validez de la elección de diputados de mayoría relativa

El cómputo distrital<sup>57</sup> de una elección es la suma que realiza el Consejo Distrital, de los resultados anotados en las actas de escrutinio y cómputo de las casillas en un distrito electoral<sup>58</sup>.

Los Consejos Distritales celebraron sesión a partir de las 8:00 horas del miércoles 10 de junio del 2015, siguiente al día de la jornada electoral, donde realizaron el cómputo de la elección (Artículo 310.1.) para diputados federales. El cómputo se realizó de manera sucesiva e ininterrumpidamente hasta su conclusión. Siendo en total 149,726

<sup>54</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 307.1.

<sup>55</sup> Disponible en: <<http://prep2015.ine.mx/Nacional/VotosPorPartido/>>. Consultado el: 29 feb. 2016.

<sup>56</sup> CASTELLANOS HERNÁNDEZ, Eduardo. **Derecho electoral en México**. Ciudad de México: Trillas, 2008. p. 171.

<sup>57</sup> RUVALCABA GARCÍA, Gabriela; Castañeda Espinoza, Xavier. **Derecho Electoral Mexicano, Una visión local: Distrito Federal**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 60.

<sup>58</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 309.1.





actas computadas<sup>59</sup>. A continuación los triunfos de distritos ganados por el principio de mayoría relativa:

<b>PARTIDO POLÍTICO NACIONAL</b>	<b>TOTAL</b>
Partido Acción Nacional (PAN)	56
Partido Revolucionario Institucional (PRI)	160
Partido de la Revolución Democrática (PRD)	33
Partido Verde Ecologista de México (PVEM)	24
Movimiento Ciudadano (MC)	10
Nueva Alianza (PANAL)	1
MORENA	15
Encuentro Social (PES)	0
Independientes	1
<b>Total</b>	<b>300</b>

#### **4.3. De los cómputos de Representación Proporcional en cada circunscripción**

El cómputo de circunscripción plurinominal es la suma que realiza cada uno de los consejos locales con residencia en las capitales designadas cabecera de circunscripción, de los resultados anotados en las actas de cómputo distrital respectivas, a fin de determinar la votación obtenida en la elección de diputados por el Principio de Representación Proporcional en la propia circunscripción<sup>60</sup>.

El Consejo Local que resida en la capital cabecera de cada circunscripción plurinominal, que para el proceso electoral 2014-2015, fueron: 1ra. Guadalajara, 2da. Monterrey, 3ra. Jalapa, 4ta. Distrito Federal y 5ta. Toluca; el domingo 7 de junio del 2015 y una vez realizados los cómputos a que se refiere el artículo 319, de la LGIPE, procedió a realizar el cómputo de la votación para las listas regionales de diputados electos según el Principio de Representación Proporcional (Artículo 323.).

<sup>59</sup> Disponible en: <<http://computos2015.ine.mx/Nacional/VotosPorPartido/>>. Consultado el: 29 feb. 2016.

<sup>60</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 322.1.





#### 4.4. De las constancias de asignación proporcional

En los términos del artículo 54, de la CPEUM, el Consejo General del INE procedió a la asignación de Diputados Federales electos por el Principio de Representación Proporcional conforme a los artículos 15 al 21, de la LGIPE<sup>61</sup>. De conformidad con la LGIPE, el Consejo General hizo la asignación a que se refiere el párrafo anterior, una vez resueltas por el TEPJF las impugnaciones que se interpusieron en los términos previstos por la ley de la materia y a más tardar el 23 de julio del 2015 (Artículo 327. 2.).

El 19 de agosto de 2015 el TEPJF, concluyó la resolución de los medios de impugnación interpuestos por los partidos políticos y las coaliciones, respecto a los resultados de la elección ordinaria de diputados federales realizada el 7 de junio de 2015.

El Consejo General del INE, haciendo uso de sus facultades, y en observancia de los principios que rigen su funcionamiento, relativas a la preparación de la elección y a la Jornada Electoral, determina que el cómputo total de la elección de Diputados de Representación Proporcional es el señalado en el Acuerdo INE/CG804/2015, y toda vez que se ha observado en lo conducente lo previsto por la CPEUM, la LGIPE y la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, el Consejo declara válida la elección de diputados electos por el principio de representación proporcional en las 5 circunscripciones plurinominales en que se encuentra dividido el territorio nacional.

En consecuencia, y de conformidad con el Acuerdo INE/CG804/2015, el Consejo General procedió a asignar a los partidos políticos nacionales: Acción Nacional, Revolucionario Institucional, de la Revolución Democrática, Verde Ecologista de México, Movimiento Ciudadano, Nueva Alianza, MORENA y Encuentro Social, los diputados electos por el principio de representación proporcional que constitucional y legalmente les corresponden para el periodo 2015-2018<sup>62</sup>, en los términos que a continuación se relacionan:

<sup>61</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Instituto Nacional Electoral, México, 2014, Artículo 327.1.

<sup>62</sup> INE/CG804/2015, Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se efectúa el cómputo total, se declara la validez de la elección de diputados por el principio de representación proporcional y se asignan a los partidos políticos nacionales: Acción Nacional, Revolucionario Institucional, de la Revolución Democrática, Verde Ecologista de México, Movimiento Ciudadano, Nueva Alianza, MORENA y Encuentro Social, los diputados que les corresponden para el periodo 2015-2018. 23 de agosto del 2015.





<b>PARTIDO POLÍTICO NACIONAL</b>	<b>TOTAL</b>
Partido Acción Nacional (PAN)	53
Partido Revolucionario Institucional (PRI)	48
Partido de la Revolución Democrática (PRD)	27
Partido Verde Ecologista de México (PVEM)	18
Movimiento Ciudadano (MC)	15
Nueva Alianza (PANAL)	10
MORENA	21
Encuentro Social (PES)	8
<b>Total</b>	<b>200</b>

El 28 de agosto de 2015, la Sala Superior del TEPJF, resolvió el recurso de reconsideración identificado con el número de expediente SUP-REC-573/2015 y acumulado, en el cual confirmó el Acuerdo INE/CG804/2015.

La Sala Superior del TEPJF, en el resolutivo tercero de la sentencia dictada con fecha 2 de diciembre de 2015, dentro del expediente SUP-RAP-756/2015, determinó lo siguiente: “TERCERO. Se revoca la resolución INE/CG936/2015 emitida por el Consejo General del INE el 6 de noviembre de 2015, para los efectos precisados en la presente ejecutoria.” Ante la inaplicación de los preceptos legales en comento, se revoca la resolución INE/CG936/2015, que emitió el Consejo General del INE, en la cual realizó la declaratoria de pérdida de registro del Partido del Trabajo, al incumplir con la obtención del 3% de la votación válida emitida en la elección de diputados federales 2014-2015, y como consecuencia de ello, tal declaratoria deja de surtir efectos jurídicos, debiendo regresar la situación del instituto político ahora actor, al momento previo a la emisión de la misma, esto es, a la etapa de prevención<sup>63</sup>.

En este sentido, toda vez que la revocación de la declaratoria sólo trae como consecuencia que la determinación respecto de la pérdida de registro del Partido del Trabajo se encuentre en una etapa de suspensiva, hasta en tanto se tengan los resultados del cómputo distrital correspondiente al Distrito 01 de Aguascalientes, derivado de la elección extraordinaria de mérito, esta Sala Superior precisa que deben quedar firmes todos los acuerdos y decisiones adoptados y aprobados por el Consejo General,

<sup>63</sup> INE/CG1049/2015, Resolución del Consejo General del Instituto Nacional Electoral relativa al registro del Partido del Trabajo como partido político nacional, en acatamiento a la sentencia dictada por la H. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el recurso de apelación identificado con el número de expediente SUP-RAP-756/2015. 16 de diciembre del 2015.







la Comisión de Fiscalización, así como la Unidad de Fiscalización, todas del INE, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, así como sus consecuencias, y que se hayan dictado con motivo de la etapa de prevención en que se encuentra el Partido del Trabajo, con todas sus consecuencias y alcances, previamente establecidos por esa autoridad electoral administrativa nacional<sup>64</sup>.

Lo determinado en la presente ejecutoria no tendrá efecto alguno respecto del Acuerdo del Consejo General del INE por el que se efectúa el cómputo total, se declara la validez de la elección de Diputados por el Principio de Representación Proporcional y se asignan a los Partidos políticos nacionales Acción Nacional, Revolucionario Institucional, de la Revolución Democrática, Verde Ecologista de México, Movimiento Ciudadano, Nueva Alianza, MORENA y Encuentro Social, los Diputados que les corresponden para el periodo 2015-2018, identificado con la clave INE/CG804/2015, de veintitrés de agosto de dos mil quince<sup>65</sup>.

Por la trascendencia constitucional de la figura jurídica de la cosa juzgada, certidumbre jurídica y estabilidad de los derechos de los gobernados, así como la circunstancia atípica que representó la aplicación e interpretación de las disposiciones constitucionales y legales en materia de representación proporcional al actualizarse la nulidad de la elección en un distrito, vale la pena rescatar el Acuerdo INE/CG1050/2015, por el que se determinó que no es de aprobarse el Proyecto de Acuerdo del Consejo General del INE por el que derivado del cómputo en el Distrito 01 con cabecera en Jesús María en el Estado de Aguascalientes, y en acatamiento a la sentencia de la Sala Superior del TEPJF en el SUP-RAP-756/2015, el Partido del Trabajo conserva su registro como partido político nacional”, propuesto por la representación del mismo partido en la sesión extraordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2015<sup>66</sup>.

De igual forma, por los motivos expuestos al inicio del párrafo anterior, es menester consultar los razonamientos y la argumentación vertida en la Resolución del expediente SUP-RAP-826/2015 y acumulados, sobre recurso de apelación y juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, el 12 de enero de

<sup>64</sup> INE/CG1049/2015, Resolución del Consejo General del Instituto Nacional Electoral relativa al registro del Partido del Trabajo como partido político nacional, en acatamiento a la sentencia dictada por la H. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el recurso de apelación identificado con el número de expediente SUP-RAP-756/2015. 16 de diciembre del 2015.

<sup>65</sup> INE/CG1049/2015, Resolución del Consejo General del Instituto Nacional Electoral relativa al registro del Partido del Trabajo como partido político nacional, en acatamiento a la sentencia dictada por la H. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el recurso de apelación identificado con el número de expediente SUP-RAP-756/2015. 16 de diciembre del 2015.

<sup>66</sup> INE/CG1050/2015, Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por el que no se aprueba el “Proyecto de Acuerdo del Consejo General del instituto Nacional Electoral por el que derivado del cómputo en el distrito 01 con cabecera en Jesús María en el estado de Aguascalientes, y en acatamiento a la sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el SUP-RAP-756/2015, el Partido del Trabajo conserva su registro como Partido político nacional” propuesto por el Partido del Trabajo. 16 de diciembre del 2015.





2016, por la que se confirma el Acuerdo controvertido, siendo este en la especie el INE/CG1050/2015.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Es claro que aún con las nuevas atribuciones que el constituyente permanente del orden federal, con motivo de la reforma constitucional y legal en materia político-electoral del año 2014, le confirió al INE para ser operadas y desplegadas durante el pasado proceso electoral 2014-2015, éste no dejó de ser desarrollado en cada una de sus etapas bajo los principios rectores de la función electoral, y en congruencia con los principios que en materia de derechos humanos se incorporaron a nuestra constitución derivado de la reforma del año 2011.

El ejercicio de facultades que el INE lleva a cabo como Organismo Constitucionalmente Autónomo, confiere certeza jurídico-política a los ciudadanos y gobernados, garantizando la transmisión pacífica, segura y estable del poder político, cada vez que son agotados los periodos de gobierno establecidos legal y constitucionalmente. El INE y el TEPJF llevan a cabo actividades de primer orden y trascendencia, en virtud de que ningún otro Órgano o Poder del Estado Mexicano las pueden realizar, ya que como autoridades únicas en la materia, Nacional y Federal, respectivamente, salvaguardan y promueven los valores que dan vida a la Democracia Constitucional que tantos años costó echar a andar y ahora mantener, complementar e ir consolidando gradualmente.

Para finalizar, es recurrente proceso electoral tras proceso electoral necesidad que tienen sobre todo los candidatos y partidos políticos, (que le corresponde a las autoridades electorales atender y subsanar esa deficiencia en las competencias ciudadanas de los mismos), consistente en fortalecer y procurar una verdadera cultura política democrática tolerante con la derrota en democracia, entender que la victoria conlleva naturalmente aunque en su dimensión diametralmente opuesta la derrota, que no haga de la derrota electoral una forma de vida, ni un ideal a conseguir, pero sí que consiga hacer conciencia de que se trata de una situación futura de realización incierta, que debe ser respetada y acatada plenamente por los perdedores electorales en caso de presentarse, por lo que en una democracia que *a priori* ha dejado claramente establecidas las reglas del juego, -dentro de las cuales transitando las vías legítimas para ello pueden hacerse valer para hacer patente la inconformidad con los resultados, sin llegar al extremo de la judicialización de la política, dado que debe entenderse como la excepción y no la regla para dirimir las controversias y desacuerdos-, no pueden permitirse sospechas de autoritarismo ni de atropellos a la ley y a los derechos humanos en el ejercicio del poder político, pero mucho menos en el camino para llegar al mismo.





Luis Antonio Corona Nakamura

## 6. REFERENCIAS

CASTELLANOS HERNÁNDEZ, Eduardo. **Derecho electoral en México**. Ciudad de Mexico: Trillas, 2008.

GÓMEZ PALACIO, Ignacio. **Procesos electorales**. Ciudad de México: Oxford, 2000.

RUVALCABA GARCÍA, Gabriela; Castañeda Espinoza, Xavier. **Derecho Electoral Mexicano, Una visión local: Distrito Federal**. Madrid: Marcial Pons, 2011.





Licenciado sob uma Licença Creative Commons  
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.47575>

## Una lectura neoconstitucional de la teoría del poder de policía\*

### *A neoconstitutional reading of the power of administrative policy theory*

**RICARDO MARCONDES MARTINS\*\***

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)  
ricmarconde@uol.com.br

**ANA CLAUDIA SANTANO\*\*\***

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil)  
anaclaudiasantano@yahoo.com.br

**Recebido/Received:** 05.07.2016 / July 5<sup>th</sup>, 2016

**Aprovado/Approved:** 15.07.2016 / July 15<sup>th</sup>, 2016

#### Resumen

El poder de policía es un tema bastante polémico dentro del Derecho Administrativo. Se refiere no sólo a cómo la Administración Pública debe portarse ante los administrados, sino también refleja una posición ideológica que el Estado adopta en el ejercicio de sus potestades. Además, su proximidad con otros problemáticos temas como la discrecionalidad administrativa vuelve aún más difícil su exposición doctrinal. Por medio de una lectura a partir de los cánones del neoconstitucionalismo, se debate la aplicación del poder de policía ante los derechos fundamentales y los principios constitucionales, resultando en breves aportes sobre la utilización de la técnica de ponderación de principios, que pueden colidir en un caso concreto, de modo que la Administración Pública

#### Abstract

*The power of administrative policy is a very polemical issue in the Administrative Law area. It refers not only to the way of the Public Administration should act in front of the people, but also reflects an ideological position adopted by the State in the exercise of its authority. Furthermore, his proximity with other problematic issues, for instance, the administrative discretion, turns even much difficult its doctrinal approach. Through a neo-constitutional reading, it is discussed the application of the power of administrative policy, considering the fundamental rights and the constitutional principles, resulting in a brief contributions about the use of the balancing of principles technique, which can hurtle in a specific case, avoiding that Public Administration violates them when it uses the power of administrative*

Como citar esse artigo/How to cite this article: MARTINS, Ricardo Marcondes; SANTANO, Ana Claudia. Una lectura neoconstitucional de la teoría del poder de policía. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 87-114, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.47575>.

\* Una primera versión de este artículo fue publicada en el libro colectivo: RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen. (Org.). **Curso de Derecho Administrativo iberoamericano**. Granada: Comares, 2015, v. 1, p. 361-384.

\*\* Profesor de Derecho Administrativo de Grado, Maestría y Doctorado de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo - PUC/SP (São Paulo-SP, Brasil). Doctor y Magíster en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de São Paulo - PUC/SP. E-mail: ricmarconde@uol.com.br

\*\*\* Profesora Colaboradora del Programa de Posgrado (Maestría y Doctorado) en Derecho de la Pontificia Universidad Católica do Paraná - PUC/PR (Curitiba-PR, Brasil). Becaria Posdoctoral en el Programa de Posgrado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica do Paraná - PUC/PR. Doctora en el Programa Estado y Buen Gobierno, Universidad de Salamanca, España. E-mail: anaclaudiasantano@yahoo.com.br





no los viole cuando ejerza su poder de policía. Al final, se subraya el perfil ideológico del debate, así como la importancia de un nuevo encaje del poder de policía en la Ciencia del Derecho.

**Palabras-clave:** Administración Pública; poder de policía; neoconstitucionalismo; derechos fundamentales; principios constitucionales.

*policy. In the end, it is underlined the ideological profile of the debate, as well as the importance of a new legal form of the power of administrative policy in the science of law.*

**Keywords:** Public Administration; power of administrative policy; neo-constitutionalism; fundamental rights; constitutional principles.

## SUMARIO

1. Aclaraciones preliminares; 2. Regulación; 3. Derechos fundamentales y principios; 4. Ordenación; 5. Teoría clásica del poder de policía; 6. Teoría neoconstitucional del poder de policía; 7. Rasgos del poder de policía. 8. Consideraciones finales; 9. Referencias.

### 1. ACLARACIONES PRELIMINARES

La teoría del poder de policía es, sin ningún lugar a dudas, uno de los temas más tormentosos del Derecho Administrativo, y hay dos factores que contribuyen para ello. El primero es que esta teoría no se refiere solamente al ejercicio de la función administrativa, sino también a la función legislativa. Aunque comúnmente estudiado por administrativistas, se trata de un punto que se conecta con otros propios del Derecho Constitucional, también muy espinosos, que son la discrecionalidad y la vinculación legislativa.<sup>1</sup> El segundo es la crítica de grandes autores que sufre la expresión,<sup>2</sup> lo que lleva a algunos a proponer incluso su supresión, por medio de la creación de nuevas teorías, como la de la regulación, de la Administración ordenadora, y de las limitaciones administrativas.

Se busca en este estudio los reales fundamentos de las principales propuestas doctrinales relacionadas al tema. A partir de los avances del constitucionalismo, sobre todo con las actuales nociones sobre los principios jurídicos y de sus análisis críticos, se presentará una reformulación de la teoría del poder de policía, y para esto se utilizará

<sup>1</sup> Es debido a esto que Celso Antônio Bandeira de Mello atribuye a la expresión 'poder de policía' dos sentidos, uno más amplio, de los actos legislativos y administrativos; y otro restricto, limitado a los actos administrativos (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, XIV-7-9, p. 846-847; Apontamentos sobre o poder de polícia. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano III, v. 9, p. 55-68, jul.-set. 1969. p. 57). Ya para Luis Manuel Fonseca Pires, las limitaciones administrativas, expresión que propone para sustituir la del 'poder de policía', se clasifican en limitaciones en sentido amplio, actividad de la función legislativa, y en sentido estricto, la manifestación de la función administrativa (PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 126). Sobre las nociones constitucional, legislativa y administrativa del poder de policía, cf. RODRÍGUEZ R., Libardo. **Derecho administrativo general y colombiano**. 18° ed., Bogotá: Editorial Temis, 2013. p. 648 y ss.

<sup>2</sup> Cf. OMAR CANDA, Fabían. Régimen jurídico de la actividad de policía. In: AA. VV. **Jornadas sobre servicio público, policía y fomento**. Buenos Aires: RAP Ediciones, 2004. p. 125 y ss.; SAMMARTINO, Patricio Marcelo E. Poder de policía: bases para su control judicial. In: AA. VV. **Jornadas sobre servicio público, policía y fomento**. Buenos Aires: RAP Ediciones, 2004. p. 716-719.





los más recientes desarrollos del constitucionalismo y una visión crítica de las concepciones adoptadas por la doctrina del Derecho Administrativo.

## 2. REGULACIÓN

Importantes autores hacen críticas muy duras a la expresión “poder de policía”,<sup>3</sup> siendo la ideología la base de dichas posiciones. Según algunos autores, la expresión se vincula a una ideología superada, refiriéndose al Estado de Policía en el que la Administración actuaba al margen del Derecho; el poder de policía no era más que la mera ejecución de los comandos normativos. En el Estado de Derecho, donde la función administrativa se subordina integralmente al Derecho, no existiendo un campo de actuación libre, no hay como sostener la utilización de esta denominación con el sentido que tenía anteriormente.

Así, parte de la doctrina considera la locución “poder de policía” disociada de la ideología del Estado de Derecho. Y esto por dos razones: (i) ella refleja lo que se quedó conocido como un Estado de Policía, en el que el príncipe poseía poderes absolutos y, por lo tanto, ni siquiera existía el Derecho Administrativo;<sup>4</sup> (ii) ella da énfasis a la idea de un deber y, pues, de una irrestricta sumisión de los que tienen prerrogativas estatales al ordenamiento jurídico.<sup>5</sup>

En sustitución a la teoría del poder de policía, diversas otras fueron propuestas. Entre ellas se destaca la teoría del Estado regulador, fundamentada en un supuesto ideológico: el Estado no debe actuar directamente en el orden social, debiéndose limitar a regular, es decir, a controlar la actividad privada. Se aniquila el Estado prestador de servicios, que deja de explotar la actividad económica. Las empresas estatales explotadoras de actividad económica son privatizadas, vendidas, y dejan de prestar los servicios públicos, que a su vez estarán bajo la titularidad de la iniciativa privada, o total o parcialmente. El Estado solamente controla, disciplina y fomenta la iniciativa privada.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> La crítica más ácida es de GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – v. 2: la defensa del usuario y del administrado. 1. ed. colombiana. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998, p. V-1 a 5, que propone la eliminación total e irrestricta de la noción. En la doctrina brasileña, vid. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 16; PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**, op. cit., p. 152-156, 294. Por otro lado, como ejemplo de autores que defienden la permanencia de la expresión, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. XIV-6, p. 846; BEZNOS, Clovis. **Poder de polícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 46-60.

<sup>4</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. I-20, p. 47-48.

<sup>5</sup> Idem, Cap. I-15, p. 43-44.

<sup>6</sup> Diversos autores brasileños adoptaron la teoría de la regulación: SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, p. 18-38, 2000, p. 23; JUSTEN FILHO, Marçal Justen. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 24; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro:





Por fuerza de esta teoría, el Estado prestador de servicios se reduce a un Estado policial, reflejando un retroceso histórico: el Estado de Bienestar, que se propone a ejecutar servicios, a garantizar concretamente el bienestar de los ciudadanos, se aleja y adopta una postura de Estado Policial, pasando únicamente a regular, sin intervenir directamente en el ámbito social. La expresión “poder de policía”, sin embargo, es sepultada porque, mientras la palabra “policía” tiene un significado restricto, objetivando el mantenimiento del orden para evitar que ciudadanos incumplan la ley, la palabra “regulación” admite una injerencia más incisiva. Mientras que la policía se limitaba a establecer obligaciones de no hacer, la regulación impone también obligaciones de soportar y de hacer. Fue el precio pagado para que el Estado dejara de actuar directamente.

Según la teoría del Estado regulador, regulación y poder de policía son términos equivalentes, la diferencia es muy sutil.<sup>7</sup> El Estado de Policía era indiferente al bienestar social; la actuación del Estado se reduce a mantener el orden. El Estado de Bienestar tiene, por su razón de ser, el bienestar social. Sin embargo, reducir el Estado de Bienestar al Estado de Policía, realizar este retroceso, exige ciertos cuidados. Los defensores de esta posición no podían asumir sus reales intenciones: no podían simplemente clamar por el regreso del Estado de Policía, no podían confesar su deprecio por el bienestar social. Es aquí que sutilmente se sustituye “policía” por “regulación”. El Estado regulador no se preocupa solamente con el mantenimiento del orden, con el regular funcionamiento del mercado, sino con el bienestar social y, debido a ello, necesita imponer comportamientos activos, obligaciones de hacer y de soportar, a los particulares. La propuesta es ingenua o cínica, ya que es evidente que, si el Estado no es capaz de prestar servicios públicos, tampoco lo será para regular y garantizar el bienestar social por medio de mera actuación indirecta. En realidad, la propuesta, en términos reales, se trata únicamente de un regreso al Estado de Policía, ya que, en el fondo, los que defienden la teoría de la regulación no son ingenuos, y por estar comprometidos con el neoliberalismo, no se importan con la concreción de derechos sociales; todo gira alrededor del lucro, de la eficiencia del mercado.

A pesar de la sabida capacidad intelectual de los que defienden esta posición, se supone que no es una defensa basada en términos científicos, sino en otros con contornos de un abogado: la teoría de la regulación es propagada en el ejercicio de la abogacía de las empresas estatales. Todo lo que fue escrito sobre la teoría del Estado regulador, desde el punto de vista científico, no debe ser sobrevalorado, por parecer que se trata del mero ejercicio de la abogacía. Aquí se ubica la primera conclusión de este

Renovar, 2003; SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>7</sup> Sobre el tema, cf. BARRA, Rodolfo Carlos. Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público. In: AA. VV. **Jornadas sobre servicio público, policía y fomento**. Buenos Aires: RAP Ediciones, 2004. p. 49-57.





estudio: no se puede utilizar de la teoría del Estado regulador para sustituir la teoría del poder de policía.

### 3. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS

El siguiente paso exigirá un poco más en su argumentación. Cabe destacar, preliminarmente, dos afirmaciones encontradas en la doctrina: (i) que el poder de policía se refiere a la imposición de limitaciones a la libertad y a la propiedad privada, una vez que, observan los autores, no son los derechos a la libertad y a la propiedad que son limitados, sino los conceptos extrajurídicos de libertad y de propiedad; las llamadas limitaciones consisten, en realidad, en conformaciones del derecho;<sup>8</sup> (ii) para parte de la doctrina, el poder de policía se restringe a la imposición de obligaciones de no hacer.<sup>9</sup> Las dos asertivas gravitan alrededor del mismo problema teórico, como antes mencionado: el tema del poder de policía se refiere también al ejercicio de la función legislativa.

Se exigen, pues, conocimientos profundos sobre un importante capítulo del Derecho Constitucional: la 'teoría general de los derechos fundamentales'. En las últimas décadas, dicho asunto fue muy desarrollado por los constitucionalistas, produciendo un gran avance científico. La doctrina del Derecho Administrativo sobre el poder de policía debe seguir el mismo camino, y es lo que se intentará.

En primer lugar, se debe tener en mente la noción neoconstitucional de principio jurídico. Dicho concepto pasó por tres fases en la historia de la Ciencia del Derecho: (i) la primera fase se aproximaba de su significado común, es decir, principios eran los fundamentos de una disciplina, de una asignatura jurídica, sus aspectos más importantes; (ii) en la segunda fase, la palabra adquiere un significado teórico, dejando de ser todo asunto importante y general para ser determinados enunciados del derecho positivo, dotados de una extraordinaria importancia para el entendimiento de todo el sistema, ante la alta carga valorativa que les fueron concedida. Además, tienen contenido normativo y forman el sistema jurídico. Son directrices o vectores de interpretación de todas las normas jurídicas, aunque no sean normas jurídicas autónomas; (iii) en la tercera fase, tanto las reglas como los principios son considerados como normas jurídicas autónomas y, en este sentido, son sujetos de aplicación directa en el mundo fenoménico, aunque con una diferencia estructural: principios son normas que ordenan la realización de algo en su mayor medida posible; son, en esta línea, mandatos de optimización que se realizan según las circunstancias fácticas y jurídicas; reglas son normas

<sup>8</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. XIV-2, p. 842; PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**, op. cit., p. 108-114; SUND-FELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, op. cit., p. 53.

<sup>9</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., XIV-17, p. 855; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 127.







que exigen un cumplimiento pleno, siendo solamente cumplidas o incumplidas; son, así, determinaciones en el campo de las posibilidades fácticas y jurídicas.<sup>10</sup>

Toda regla jurídica es la realización de un principio jurídico. Ella es puesta objetivando concretar un valor que, a su vez, está positivado en un principio expreso o implícito. Dicha asertiva es fundamental para la comprensión del sistema jurídico: si una regla siempre es la concreción de un valor, un conflicto entre reglas es, casi siempre, un conflicto entre principios. Siendo así, ni siempre la regla exige un cumplimiento pleno, pues, produciéndose la ponderación entre los principios que coliden, la regla que concreta el principio más “ligero” en el caso en específico puede ser parcial o totalmente alejada por la regla que realiza el principio más “pesado”. Es decir, reglas y principios tienen perfiles *prima facie* distintos,<sup>11</sup> un principio, ante el caso concreto, puede ser alejado si un principio opuesto tenga más “peso”; una regla abstracta, ante el caso concreto, solamente será alejada por un principio opuesto al que la fundamenta, si aquel principio tiene más “peso” sobre el que se basa la regla, sumado al principio formal que determina su aplicación.<sup>12</sup> Se extrae de la separación de poderes un principio formal que da primacía a las ponderaciones del legislativo. Así, una regla legislativa (R) solamente será alejada si el principio opuesto (P2) tuviera mayor peso que la suma del peso del principio concretado por la regla (P1) con el peso del principio formal que da primacía a la aplicación de la regla (PF). Traduciéndose en un esquema:  $P2 > P1 + PF$ .<sup>13</sup>

Expuestas estas breves consideraciones sobre reglas y principios jurídicos, es posible examinar las teorías interna y externa de las restricciones de los derechos fundamentales. Por la teoría interna, el derecho y sus restricciones no son pasibles de disociación. El concepto de restricción es sustituido por el de límite,<sup>14</sup> las restricciones son tenidas como immanentes. Esta teoría parte del supuesto que las normas jurídicas son siempre razones definitivas y no *prima facie*. Sin embargo, ninguna norma abstracta es absoluta, sino relativa, es decir, toda prescripción normativa abstracta puede ser alejada ante el peso de principios opuestos en determinadas circunstancias.

<sup>10</sup> Los conceptos son de ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traducción: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

<sup>11</sup> *Prima facie* es una expresión del jurisconsulto Cajus y significa “primer aspecto”. (SARAIVA, F. R. dos Santos. **Dicionário latino-português**. 11. ed. Belo Horizonte: Garnier, 2000, p. 469). Alexy utiliza la expresión para enfatizar el carácter relativo de las normas jurídicas (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 103-106). La razón establecida por las normas abstractas es válida *prima facie*, o sea, en un primer momento, en abstracto, dependiente, con todo, de confirmación en el plan concreto.

<sup>12</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 103-106.

<sup>13</sup> Para la comprensión del rol de los principios formales en la aplicación del derecho vid., en especial: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, Cap. III-2.4.3, p. 88-92; Cap. VI-4, p. 161-174; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39-56.

<sup>14</sup> Entre los constitucionalistas alemanes, uno de los que adoptan la teoría interna es HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Traducción: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. 56-57.





Este es el acierto de la teoría externa. Los valores 'libertad' y 'propiedad' fueron positivados, se consagraron en la Constitución los principios de la libertad y de la propiedad. Los derechos fundamentales son considerados, contemporáneamente, como principios jurídicos. En sólo uno de sus aspectos los valores se diferencian de los principios: mientras que los valores tengan un carácter axiológico, refiriéndose a lo que es bueno; los principios tienen un carácter deóntico, conectándose a lo que es debido.<sup>15</sup> En lo restante, existe una total correspondencia entre dichos conceptos.

Ante esto, se puede decir que, en primer lugar, existen los derechos *prima facie* a la libertad y a la propiedad, resultantes de la positivación de los principios de libertad y de propiedad, y luego existe la restricción de estos derechos. En el plan abstracto, los derechos no son definitivos, sino *prima facie*.

Los administrativistas, cuando afirman que el poder de policía no se refiere a las limitaciones de los derechos a la propiedad y a la libertad, sino a las conformaciones de estos derechos, adoptan la teoría interna de las restricciones de los derechos fundamentales. Suponen un sistema formado sólo por razones definitivas. Sin la intención de desprestigiarlos, no se puede estar de acuerdo con ellos: el sistema en el plan abstracto es formado por razones *prima facie*, las razones *definitivas* solamente surgen como un resultado de la ponderación realizada en el caso concreto. Por esto, se adopta la teoría externa de las restricciones de los derechos fundamentales. No hay sólo una limitación, sino una efectiva restricción de las razones *prima facie* consagradas constitucionalmente. Las restricciones no son inmanentes, no se encuentran desde el inicio en el sistema.<sup>16</sup>

Es común que se afirme que la característica esencial de la función legislativa es la abstracción. Esto puede que sea verdadero si fuera debidamente comprendido. Por regla general, el legislador trabaja en un plan abstracto: la primera etapa de su trabajo es identificar un valor positivado en la Constitución, un principio; la segunda es, en el plan abstracto, elaborar una regla que concrete dicho principio, es decir, fijar los medios a ser adoptados, necesarios a la concreción del fin objetivado. El legislador, al aprobar un proyecto de ley, también tiene delante de sí un caso concreto, distinto del que la ley será aplicada y que es necesariamente anterior a este. Existen, de esta forma, dos casos concretos, uno que respecta a las circunstancias en las que la ley es debatida por el legislador, y otro que se vincula a las circunstancias en las que ella será empleada. El legislador, en el momento que analiza el proyecto, teniendo en cuenta las situaciones corrientes, prevé el caso concreto sujeto a la aplicación de la norma. Su previsión es, siempre, solamente una previsión: las especificidades y las particularidades del caso de la aplicación jamás pueden ser anticipadas.

<sup>15</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 153.

<sup>16</sup> Robert Alexy es uno de los que defienden teoría externa (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 280).





Al votar y aprobar una ley, el legislador debe examinar el peso de cada principio incidente y hacer una ponderación. Dicho peso será atribuido primero debido a la forma como el principio fue positivado en el texto constitucional: la Constitución es compuesta por una serie de reglas y de subprincipios específicos, menos generales, que constituyen el resultado de una ponderación realizada por el constituyente, ponderación esta que debe ser observada por el legislador; y segundo por las circunstancias históricas, políticas, económicas y sociales que prevalecen en el momento de la elaboración y análisis del proyecto de ley. Cabe subrayar que toda norma es introducida en el sistema por el legislador, en el ejercicio de la función legislativa, es el resultado de una ponderación entre los principios constitucionales incidentes. La función legislativa consiste en la realización de una ponderación entre los principios constitucionales, concediéndoles, en un plan abstracto, un cierto peso, y en la imposición de un medio, es decir, de un comportamiento que los concrete. Si el principio constitucional es la exigencia de la búsqueda de un fin, sin indicación de un medio, la regla legislativa es la indicación de este medio. La indicación del medio de realización del fin constitucional, sin embargo, depende de la atribución del peso del principio, cabiendo al legislador la evaluación de dicho peso por la ponderación.

Explicada la función legislativa, se retoma el tema de las restricciones. Estas son normas que limitan la realización de un principio de derecho fundamental o, en otros términos, que restringen una posición iusfundamental *prima facie*.<sup>17</sup> Ellas pueden resultar de reglas constitucionales, de reglas infraconstitucionales o de principios constitucionales:

1) El propio constituyente establece reglas limitantes de los principios constitucionales.

2) El legislador debe concretar los principios constitucionales. Para, por ejemplo, concretar un principio P1, él debe examinar todos los principios constitucionales (P2, P3, P4...), evaluar el peso de las razones *prima facie* de cada uno de ellos (verificar la forma como cada uno fue positivado, el peso de los principios formales resultantes de las reglas constitucionales) y realizar una ponderación. Dicha ponderación puede producir una imposición de una restricción a los principios opuestos al elegido como objeto de la concreción (P2, P3, P4). En este caso, la restricción resultará de una regla infraconstitucional. Esta regla puede ser editada con base en una autorización expresa de la Constitución (una cláusula de reserva), es decir, en una norma de potestad para el establecimiento de limitaciones, o en una autorización implícita, originada de los postulados de la proporcionalidad, de la concordancia práctica y de la unidad de la Constitución.

<sup>17</sup> El concepto es de ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 281 e 284-285.





3) Finalmente, en la ponderación en el caso concreto, los derechos fundamentales pueden ser directamente restringidos por los principios opuestos.

En este sentido, las restricciones a los derechos fundamentales son impuestas por el propio constituyente (función constituyente), por el legislador (función legislativa) o por la Administración Pública (función administrativa). No hay dudas de que el mayor número de restricciones se impone por reglas infraconstitucionales, es decir, del ejercicio de la función legislativa. Y aquí caben tres observaciones:

1) Las restricciones fijadas por el legislador pueden originarse del ejercicio de su potestad vinculada o discrecional. En el primer caso, la ponderación exige que el legislador establezca la limitación, tratándose de una solución exigida por el sistema normativo; en el segundo caso, la ponderación lleva a dos o más soluciones razonables y justas, y el sistema imputa al legislador dicha opción. El ámbito de discrecionalidad legislativa es muy amplio, es común que la ponderación, en un nivel abstracto, presente diversas soluciones jurídicamente posibles.

2) Al fijar restricciones, el legislador debe observar lo que se denomina el núcleo esencial de los derechos fundamentales; debe, en sus ponderaciones, tomar en serio el mandato de optimización positivado en la Constitución: el derecho fundamental solamente puede ser restringido en la medida exigida por el peso de los principios opuestos.<sup>18</sup>

3) La ponderación legislativa puede llevar a la imposición de obligaciones de hacer, de no hacer y de soportar. Nada en la Constitución prohíbe al legislador de establecer obligaciones de hacer. Los delitos, en su mayor parte, son comisivos: el legislador restringe el derecho fundamental a la libertad mediante la imposición de la obligación de no hacer. El delito de homicidio, por ejemplo, resulta del orden de no hacer, no matar. Hay también, aunque en un menor número, los delitos omisivos: el delito de omisión del deber de socorro deriva de la imposición de una obligación de hacer, de socorrer. Mientras que en los delitos comisivos el legislador imputa la pena a la práctica de una conducta, en los delitos omisivos se imputa a la no realización de la conducta. La ponderación legislativa puede, por lo tanto, imponer o autorizar la imputación de comportamientos comisivos u omisivos.

Después de este breve examen sobre la teoría de las restricciones de los derechos fundamentales, es posible rechazar las dos asertivas fijadas en el inicio de este ítem. Lo que los administrativistas llaman de limitaciones son, en realidad, auténticas restricciones, una vez que restringen los derechos fundamentales a la libertad y a la propiedad, que resultan de la positivación de sus respectivos principios. La diferencia

<sup>18</sup> El concepto de "núcleo esencial" es muy polémico. Sobre el tema vid.: BLAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 78-85; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, Parte III, Título 3, Cap. 4, B-III.2.2.6, p. 449-450.





del posicionamiento viene de la asunción de los principios como normas autónomas y en la visualización de las normas abstractas como razones *prima facie*. Además, no es correcto suponer que dichas restricciones se limitan, salvaguardados los casos expresos en el texto constitucional, a la imposición de obligaciones de no hacer.

#### 4. ORDENACIÓN

Es justamente la última conclusión señalada que hace de la teoría de la ordenación un inestimable avance científico. El término 'policía' tiene una connotación absentista: se asocia a una actitud de mera expectación de conductas contrarias al orden público. El Estado social no es un mero expectante, él tiene un programa constitucional para cumplir de transformación social. Por esto, el Poder Legislativo del Estado social no puede tener solamente la función policial, sino también una función ordenadora.<sup>19</sup>

La ordenación es la disciplina constitucional y legislativa de la actividad privada. La Constitución y la legislación pueden disciplinar la actividad privada de modo que su ejercicio no dependa de la intervención administrativa. Pueden, por otro lado, exigir la intermediación de la Administración Pública, constituyendo el campo de la llamada Administración ordenadora. Se pretende aquí estudiar el poder de policía como una manifestación de la función administrativa; y para tanto, se estudiará, aunque perfunctoriamente, la ordenación como ordenación administrativa. Esta, según la sistematización elaborada por Carlos Ari Sundfeld,<sup>20</sup> se da por medio de cuatro técnicas.

La técnica menos utilizada por la doctrina es la imposición a los particulares de deberes autónomos. La imposición de restricciones (condicionamientos) a los derechos supone el ejercicio del derecho y, debido a esto, admite el no ejercicio y la correspondiente no sumisión a la restricción. La prescripción de deberes autónomos no supone ningún ejercicio de derecho y, así, no puede ser evitada por el administrado. Son ejemplos: el servicio militar obligatorio, la recepción de votos en las elecciones, el servicio del jurado.<sup>21</sup> Las otras técnicas exigen un examen aparte.

El segundo medio de ordenación ocurre por la constitución de derechos privados por actos administrativos, es decir, por la constitución por un acto administrativo de una situación jurídica activa de la vida privada. Para esto, hay básicamente dos técnicas legislativas, correspondientes a dos tipos de actos administrativos: las licencias

<sup>19</sup> La ordenación es un concepto de WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito administrativo** – v. I. Traducción: António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 55-56. Fue sistematizada en España por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo** – v. II. Madrid: Civitas, 2002, p. 105 et seq. Aun, cf. BALBÍN, Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 376-378.

<sup>20</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, op. cit., p. 26.27.

<sup>21</sup> Sobre esta modalidad de ordenación, vid. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, op. cit., p. 27 y 56.





y las autorizaciones. En el primer caso, el legislador establece restricciones al derecho de libertad o de propiedad y condiciona su ejercicio a la verificación previa por la Administración de la observancia de estas restricciones. En el segundo caso, el legislador prohíbe una determinada conducta, pero autoriza la Administración, ante el caso concreto y la obediencia a determinados supuestos, a alejar la prohibición y a permitir la realización de la conducta.

El derecho de construir es, sin lugar a dudas, resultante del derecho de propiedad: está, de esta forma, garantizado constitucionalmente. Sin embargo, su ejercicio depende de la edición de un acto administrativo de licencia, es decir, de la verificación por la Administración de la obediencia a todas las restricciones impuestas al ejercicio de este derecho, como, por ejemplo, la observancia del coeficiente de aprovechamiento, de las franjas *non aedificandi*, etc. Otro ejemplo, ubicado en el derecho brasileño, puede ser el porte de arma de fuego, tipificado como un delito, aunque la ley atribuya a la Administración, en casos excepcionales y si atendida una serie de requisitos, potestad para alejar la prohibición y autorizar el porte. En resumen: se trata de dos técnicas distintas de constitución del derecho, la licencia remueve el obstáculo al ejercicio del derecho y constituye el derecho al ejercicio, la autorización remueve la prohibición legal y constituye el propio derecho.<sup>22</sup>

La tercera técnica de la Administración ordenadora se refiere a la disciplina del ejercicio de los derechos por medio de la constitución de situaciones jurídicas pasivas, traduciéndose en la imposición de deberes de no hacer (límites), de hacer (encargos) y de soportar (sujeciones). Mientras que en la técnica anterior se adoptan situaciones jurídicas activas en la edición de actos administrativos ampliativos de derechos, esta consiste en la adopción de situaciones jurídicas pasivas en la edición de actos administrativos restrictivos de derecho.

Utilizándose la terminología propuesta por Carlos Ari Sundfeld,<sup>23</sup> es posible identificar tres tipos de restricciones: a) los límites, consistentes en prohibiciones, deberes de no hacer, que a su vez se dividen en dos subgrupos: límites determinados directamente por la ley; y límites impuestos por la Administración, con base en la ley; b) los encargos, consistentes en deberes positivos, de hacer, vinculados al ejercicio de un derecho, que también se dividen en otros dos subgrupos: el deber de producir una acción complementaria como una condición de regularidad del ejercicio del derecho; y el deber de ejercicio del propio derecho; c) las sujeciones, que se traducen en el deber de soportar: el titular del derecho debe admitir que un tercero ingrese en su esfera de

<sup>22</sup> Sobre el carácter constitutivo de licencias, vid., por todos: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo** – v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 578; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, op. cit. p. 43-44.

<sup>23</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, op. cit., p. 57-67.





intereses, más allá de la mera abstención, una vez que hay la sumisión a la interferencia del Poder Público.

El establecimiento de condicionamientos, siguiendo la sistematización de Sundfeld<sup>24</sup> se desdobra en cuatro grupos de potestades administrativas: 1) potestad para imponer condicionamientos; 2) para fiscalizar; 3) para reprimir la no observancia de los condicionamientos; 4) para ejecutar las medidas necesarias al cumplimiento de los condicionamientos. Hay casos en los que la ley no impone de plan el condicionamiento, sino que da a la Administración potestad para, ante el caso concreto, imponerlo. La potestad para la fiscalización es correspondiente a la sujeción a la fiscalización, es decir, al deber impuesto al administrado de someterse a la fiscalización de la Administración y de colaborar con ella. Se origina aquí el deber de soportar el examen de los libros comerciales, la inspección de los establecimientos que comercialicen sustancias de interés sanitario, etc.

Las potestades para reprimir se dividen en tres grupos: a) el orden para la corrección de la ilegalidad; b) las medidas cautelares; c) las sanciones. No se debe confundir la medida cautelar con la sanción administrativa, ya que la primera tiene un carácter provisorio, es dictada por la urgencia de cesar la ilegalidad y, por esto, puede ser impuesta independientemente de previo contradictorio, que se queda pospuesto; la sanción, al contrario, jamás puede ser impuesta sin la garantía del previo ejercicio del contradictorio y de la amplia defensa.<sup>25</sup>

Por último, la potestad para ejecutar se refiere a la posibilidad conferida a la Administración de practicar las medidas materiales necesarias a la obediencia de los condicionamientos legales. Un típico ejemplo de medida ejecutiva es la llamada ejecución de oficio, realizada por la Administración, o por quien la represente, en sustitución del administrado infractor, cobrándose después los respectivos costes: la Administración, por ejemplo, realiza la limpieza del terreno, construye el muro, para después transferir al propietario los costes de dichas providencias.

La cuarta técnica de la Administración ordenadora es un tanto más compleja. Se trata de la imposición de sacrificios de derechos. Para entenderlos, es necesario, en primer lugar, diferenciar la configuración de la restricción de derechos fundamentales. Para aquellos que adoptan la teoría interna de las restricciones, que ya fue rechazada en este estudio, toda restricción es una configuración; para los que adoptan la teoría externa, se trata de conceptos distintos: no son todos los derechos fundamentales que admiten conformación, sino solamente los llamados derechos institucionales.<sup>26</sup> El

<sup>24</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, op. cit., p. 73-85.

<sup>25</sup> Sobre la diferencia, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, op. cit., p. 78-82; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., XV-15, p. 883-884.

<sup>26</sup> Sobre los derechos institucionales, cf. MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 696-701.





derecho de herencia y el derecho de propiedad son típicos ejemplos, una vez que se protegen dos instituciones, cuyos conceptos no se encuentran expresos en el texto constitucional. Aquí se ubica la distinción: hay normas infraconstitucionales que restringen el derecho de propiedad, y hay normas infraconstitucionales que configuran dicho derecho.<sup>27</sup> Cabe resaltar, desde luego, que el derecho de libertad admite solamente restricciones, y no configuraciones, ya que no se trata de un derecho institucional; el principio de protección de la libertad impone el deber de respetar, en la mayor medida posible, la autonomía de los individuos, la prerrogativa de autoadministración de su esfera jurídica.

Se debe tener presente, sin embargo, que en la fecha de la promulgación de la Constitución (en el caso brasileño), ya existía un concepto técnico-jurídico de herencia y de propiedad. Dicha definición, al menos en su núcleo esencial, se constitucionaliza junto con la palabra. El derecho de propiedad estaba configurado en el Código Civil como el derecho de usar, gozar y disponer de sus bienes, como de recuperarlos de cualquier persona que lo posea injustamente. Se puede afirmar que este contorno del derecho de propiedad, ya existente en el momento de la promulgación de la Constitución, se constitucionalizó. Por lo tanto, sólo hay la conformación cuando no existe el concepto técnico en la fecha de la elaboración de la Constitución. En este sentido, la conformación de derechos institucionales puede ser real o aparente, siendo real cuando no exista un significado definido cuando ocurre la promulgación de la Constitución, y aparente cuando exista un significado previamente definido. En el último caso, la configuración infraconstitucional anterior a la elaboración de la Constitución se constitucionaliza y se encuentra implícita en el propio texto constitucional.

El principio de derecho de propiedad consiste, así, en una prescripción de que se garantiza lo más ampliamente posible el derecho del individuo usar, gozar y disponer de los bienes que integran su patrimonio, y de recuperarlos de cualquier persona que lo tenga injustamente. Como ya mencionado, las restricciones a los derechos fundamentales son fijadas por la ponderación de principios. Ellas deben respetar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Sin embargo, la definición del núcleo esencial también resulta de la ponderación, por el postulado de la proporcionalidad. Por esto es tan importante la primera ley de ponderación de Alexy: "cuanto mayor sea el grado de no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor tiene que ser el grado de satisfacción del otro".<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Sobre la diferencia entre restricción y configuración, vid. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 332-340; MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1.ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, p. 210-241, 2002, p. 215-223.

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 167







En relación al derecho fundamental de propiedad, debido a la supremacía del interés público sobre el privado, el constituyente posibilitó la afectación del núcleo esencial. Es decir, realizada la ponderación, aplicado el postulado de la proporcionalidad, se verifica el núcleo esencial del derecho de propiedad. La concreción de los principios opuestos puede permitir el alcance del núcleo esencial, o sea, el sacrificio total o parcial del derecho. Sobre el tema, dos directrices pueden ser establecidas. La primera: solamente el derecho de propiedad admite la violación del núcleo esencial; no hay, pues, que hablarse, por ejemplo, en sacrificio del derecho de libertad. Sólo la propiedad puede ser sacrificada.

El derecho de propiedad puede ser total o parcialmente sacrificado. El sacrificio ocurre no sólo cuando el Estado retira un bien o parte de un bien del patrimonio del administrado, sino también cuando alcanza intensamente uno de los derechos inherentes a la propiedad, de usar, gozar o disponer del bien. Se adopta, aquí, parcialmente la terminología propuesta por Carlos Ari Sundfeld: el sacrificio siempre causa una desappropriación en sentido amplio,<sup>29</sup> y esta puede ocasionar la ablación del derecho – en el arrebataimiento, provisorio o permanente, de uno o más poderes del propietario – o en la extinción del derecho.<sup>30</sup> La ablación se produce por la compresión anormal de su contenido, resultante de la imposición de una obligación de no hacer o de soportar, o por la suspensión temporaria de su fruición. La extinción ocurre o con la transferencia de la propiedad del bien para el patrimonio del Poder Público, o por la imposición de deberes de abstención tan intensos que produzcan la imposibilidad de utilización funcional del bien. La segunda directriz: el sacrificio puede resultar no sólo de la pérdida de todo el derecho, sino también de la pérdida o suspensión de uno de sus aspectos.

El sacrificio exige una previa y justa indemnización. En el caso de que no exista un acuerdo con el administrado, cabe la presentación de una demanda judicial. Como regla general, el sistema jurídico brasileño no permite que la Administración Pública sacrifique derechos del administrado cuando no exista el acuerdo, sin que se encamine un recurso al Poder Judicial.<sup>31</sup> Esta regla es comúnmente respetada cuando el sacrificio ocasiona transferencia de propiedad para el patrimonio estatal, pero no es frecuentemente respetada por el legislador y por la Administración cuando el sacrificio se restringe a la supresión o suspensión de los poderes inherentes a la propiedad. Es decir,

<sup>29</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, 1997, p. 100.

<sup>30</sup> Idem, p. 112. El autor entiende que la primera hipótesis es de restricción de derecho. Por otro lado, él llama 'restricciones de derechos fundamentales' de 'condicionamientos'. Adoptada la terminología contemporánea, se hace necesaria otra denominación: en el lugar de restricción, se usa ablación. Se reconoce la complejidad de la terminología: restricciones, limitaciones o condicionamientos no se confunden con sacrificios, ya que, al contrario de aquellos, este último afecta el núcleo esencial del derecho fundamental.

<sup>31</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, p. 104-111.





la servidumbre y la protección-sacrificio<sup>32</sup> causan, casi siempre, una inconstitucional desapropiación indirecta. Esto hace muy importante la tercera conclusión: como regla, el sacrificio exige una previa y justa indemnización; cuando no hay acuerdo con el administrado, exige una previa presentación de una demanda judicial.

Es, además, posible la requisición administrativa: la utilización de la propiedad particular por la Administración Pública resultante de “peligro público inminente”. Cuando la tutela de los bienes jurídicos protegidos por la Administración exija la inmediata utilización del bien particular, se admite la requisición. En este caso, la indemnización es ulterior. Se emplea el sacrificio y se notifica a la Procuraduría para la presentación de propuesta de acuerdo y, caso esta no sea aceptada, se prosigue con la presentación de una demanda de indemnización.

El sacrificio del derecho de propiedad también es una restricción al principio de protección de la propiedad. La diferencia es únicamente de intensidad: hay restricciones que respetan el núcleo esencial (llamados didácticamente de condicionamientos o limitaciones) y las que alcanzan el núcleo esencial (llamadas de sacrificios). Saber cuando la restricción resultante de la ponderación de principios ocasiona un condicionamiento o un sacrificio no es una tarea fácil. Diversos criterios fueron elaborados,<sup>33</sup> siendo uno de ellos la generalidad o la singularidad de la medida, que son medidas generales que tienden a configurar condicionamientos o sacrificios. El criterio no es absoluto, una vez que, cuando la medida general causa una onerosidad excesiva para el propietario, ella también configura un sacrificio. Carlos Ari Sundfeld concluye que la distinción se ubica en la normalidad o anormalidad del gravamen.<sup>34</sup> Es importante que se afirme que no hay una fórmula matemática, indicativa de una solución fácil. La verificación de los contornos del núcleo esencial de derecho de propiedad es, pues, si el gravamen se traduce o no en un sacrificio y, así, si se genera o no el derecho a la indemnización por la ponderación, por la aplicación del postulado de la proporcionalidad.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> El término en portugués es “tombamento”, palabra que no existe en el idioma castellano. Significa declarar protegido un bien, debido a intereses culturales en gran parte de los casos, como inmuebles de perfil histórico, o incluso ciudades enteras. (n.t.).

<sup>33</sup> Los distintos criterios fueron detalladamente analizados por SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, op. cit., p. 89-95.

<sup>34</sup> En las palabras del autor: “El concepto de normalidad fluctúa en el tiempo y en el espacio. Sin embargo, es posible y necesario delimitarlo, hasta cierto punto. Es normal, aunque se alcance un sujeto específico, el gravamen de baja intensidad (ej. deber de soportar la puesta, en la fachada del inmueble, de una placa indicando el nombre de la calle); de pequeña extensión (ej. deber de preservar un portal histórico, cuando se promueva la demolición para la construcción de un edificio nuevo); de cortísima duración (ej. ocupación de un terreno por la policía, por dos días, para el acceso al inmueble vecino, invadido por delincuentes); que no cambie la destinación del bien y tampoco impida o disminuya su utilización natural (ej. protección de una obra pictórica, impidiendo su destrucción) o que provoque mínimo perjuicio (ej. requisición de un tractor perteneciente a un particular para remover una pequeña cantidad de escombros lanzados en vía pública)”. (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, p. 94-95. Traducción propia.).

<sup>35</sup> En este sentido, cf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 426-427.





Toda ordenación administrativa supone una previa ponderación constitucional y legislativa. Se trata siempre de una aplicación por la Administración de reglas abstractas. Ella es un mero desdoblamiento del ejercicio de las funciones constituyentes o de un principio constitucional. En el último caso, el legislador, por la ponderación de principios, formula una serie de restricciones infraconstitucionales. Existe, así, restricciones resultantes de reglas constitucionales y resultantes de reglas legislativas. El constituyente y el legislador establecen una gama de reglas restrictivas de libertad y de propiedad. Muchas de ellas exigen la actuación de la Administración. La ordenación administrativa es el cumplimiento de las restricciones a los derechos fundamentales fijados en reglas jurídicas, constitucionales o legales.

## 5. TEORÍA CLÁSICA DEL PODER DE POLICÍA

Se ha adoptado en este estudio la teoría de la ordenación administrativa. Ella fue desarrollada por la doctrina en sustitución a la teoría del poder de policía. Se defiende, sin embargo, la autonomía conceptual del poder de policía y la necesidad del mantenimiento de ambas formulaciones teóricas para la adecuada comprensión del sistema normativo. Es menester, con todo, realizar una reformulación del poder de policía, revisando su noción clásica.

Esta comprensión es encontrada en la obra de Otto Mayer.<sup>36</sup> Él afirma que el poder de policía tiene por fin evitar los peligros a la prosperidad y a la seguridad de los ciudadanos, aunque no el aumento de la prosperidad.<sup>37</sup> Él es ejercido para prevenir daños a los bienes jurídicos tutelados; no para concretar los derechos sociales, sino para salvaguardar el incumplimiento de concreciones ya existentes en el plan abstracto. Así se pronuncia el administrativista alemán: “la policía es la actividad del Estado que tiene como finalidad la defensa del buen orden de la cosa pública, mediante los recursos del poder de autoridad, contra las perturbaciones que las existencias individuales puedan ocasionar”.<sup>38</sup>

Después de elaborar dicho concepto, Mayer indaga la razón de la utilización de la expresión “poder de policía”, si el “Estado de Policía” ya se encontraba sepultado, buscando el fundamento para el mantenimiento del término en el “deber general” de los súbditos ante la Administración y la colectividad. Se trata de un “deber general” innato de no perturbar el buen orden de la cosa pública, según Mayer,<sup>39</sup> más que un deber moral, de un deber jurídico. Este deber general de los ciudadanos con el buen orden

<sup>36</sup> MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán** – tomo II. Traducción: Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1950, §18, p. 4 a 18.

<sup>37</sup> Idem, p. 5.

<sup>38</sup> Idem, p. 8, traducción propia.

<sup>39</sup> Idem, p. 11.





público es correspondiente a un poder de la Administración, poder este que puede ser ejercido aunque no exista previsión legal expresa.<sup>40</sup> Por esto la pertinencia de la expresión “poder de policía”, una vez que hay un deber con la policía.

Hasta muy poco tiempo atrás, estaba en vigor en la Ciencia del Derecho la segunda fase del concepto de principios jurídicos, ellos no eran considerados normas jurídicas autónomas. Así, el ejercicio por la Administración de un poder no fundado en una regla abstracta era tenido como un ejercicio arbitrario de poder, es decir, ejercicio no basado en una norma jurídica. Se entiende, así, el motivo por el que la doctrina no acompañaba en absoluto la formulación de Otto Mayer. La Administración no puede, en un Estado de Derecho, actuar sin estar fundamentada en una norma jurídica,<sup>41</sup> y cómo los principios no eran considerados normas jurídicas, siempre se necesitaban de reglas. El poder de policía sólo existía cuando hubiese una regla legislativa expresa. Ahora bien, cabe resaltar que, a partir del momento en el que se niega la existencia del “deber general” y de la correspondiente potestad para garantizar el mantenimiento del orden mismo en la ausencia de una regla legislativa expresa, la expresión “poder de policía” deja de tener sentido. La doctrina rechazó los fundamentos presentados por Otto Mayer y, coherentemente, pasó a rechazar la llamada teoría del poder de policía.

## 6. TEORÍA NEOCONSTITUCIONAL DEL PODER DE POLICÍA

Todavía se vive, según lo expuesto anteriormente, la tercera fase del concepto de principios jurídicos. Ellos son hoy considerados normas jurídicas autónomas. De los principios se extraen prohibiciones y deberes, independientemente de la previa edición de una regla legislativa. Este avance de la Ciencia del Derecho ha causado una verdadera revolución conceptual. Prevalece en la doctrina que los derechos fundamentales se aplican también a los particulares y, por esto, hay un deber jurídico genérico de respeto a los derechos fundamentales.<sup>42</sup> Existe, paralelamente, una prerrogativa implícita concedida a la Administración Pública para tutelarlos. Resultado: lo que era un verdadero tabú en el Derecho Administrativo, ha pasado a ser tranquilamente admitido. La Administración puede, en casos excepcionales, editar actos administrativos no fundados en una regla infraconstitucional, sino extraídos directamente de la Constitución.

Anteriormente examinados los aspectos esenciales de la función legislativa, se hace menester exponer algunas consideraciones sobre los factores esenciales de

<sup>40</sup> Idem, ibidem.

<sup>41</sup> Vid. SILVERIO GUSMÁN, Alfredo. Límites constitucionales al ejercicio del poder de policía. In: AA. VV. **Jornadas sobre servicio público, policía y fomento**. Buenos Aires: RAP Ediciones, 2004. p. 326-328.

<sup>42</sup> Sobre la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones privadas, vid.: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 295; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**, op. cit., p. 74 et seq.





la función administrativa. Mientras que la primera tiene como núcleo esencial la realización de ponderaciones en un plan abstracto, la segunda tiene como núcleo esencial ponderaciones en un plan concreto. En este sentido, la función administrativa, bajo su perfil substancial, consiste en la verificación de la medida constitucional de la exigencia del cumplimiento de determinados fines, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la actividad legislativa hasta entonces ejercida, como también el empleo, de acuerdo con la medida analizada, de los medios necesarios para la realización de estos fines.<sup>43</sup>

En la ponderación administrativa, la Administración está vinculada a la observancia de la ponderación realizada por el legislador. Es decir, solamente se podrá alejar la disciplina legal, alejando una exigencia de la ley o imponiendo un comportamiento no previsto, caso el (los) principio(s) que exija(n) esta solución tenga(n) más peso ante el caso concreto que la suma del peso de los principios opuestos y del peso del principio formal, según el que la actuación legislativa debe privilegiar. Únicamente en estos casos, que son raros, podrá ser impuesto por la Administración un comportamiento no previsto en ley o alejada una exigencia impuesta por la ley. La Administración, en la ponderación que realizar, deberá fijarse en la diferencia de peso previamente establecida por el constituyente (ponderación constitucional), para la ponderación realizada por el legislador (ponderación legal) y para los respectivos principios formales que dan primacía a su resultado.

Se ha afirmado que las restricciones a la propiedad y a la libertad resultan o de una regla constitucional, o de un principio constitucional. Las restricciones que se producen de un principio casi siempre derivan del ejercicio de la función legislativa, es decir, corresponde al legislador ponderar, en un plan abstracto, los principios constitucionales y, ante la ponderación realizada, precisar las respectivas restricciones. Las restricciones fundadas en principios constitucionales, en general, son establecidas en reglas legislativas abstractas. Es posible, excepcionalmente, que las restricciones basadas en los principios constitucionales no estén determinadas en reglas legislativas, sino que se produzcan en la ponderación administrativa, realizada en el caso concreto. Este, y únicamente este, es el campo del poder de policía.

Luego, el poder de policía se refiere a la potestad administrativa de imponer, en la ausencia de ley, restricciones a la propiedad y a la libertad, en una concreción de principios más “pesados” en el caso concreto. Se restringe a las situaciones excepcionales en las que el principio formal que da primacía a la ponderación legislativa (la aplicación de la regla legislativa o, en la falta de esta, la omisión administrativa) es alejado. Se trata de

<sup>43</sup> Vid. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., Cap. III-2.4.3 y 2.4.4, p. 88-95.





un poder (deber-poder) correspondiente al deber de los administrados de respetar los principios constitucionales.<sup>44</sup>

Antes de listar algunos ejemplos, cabe resaltar que todos ellos suponen la falta de previsión legal, la no existencia de una regla legislativa que disponga sobre los hechos del mundo fenoménico y que conceda una expresa potestad para que la Administración ejerza la ordenación. El primer ejemplo tiene como base la obra literaria de José Saramago, "Ensayo sobre la Ceguera": suponga-se que una enfermedad, extremadamente contagiosa y absolutamente desconocida de la Medicina, vuelva a las personas ciegas; toda persona que entra en contacto con el enfermo se queda inmediatamente ciega. Ningún jurista sostiene que, en la ausencia de ley, resta a la Administración lamentar. También nadie sostiene que la Administración debe aguardar la promulgación de una ley o de una medida provisoria, o una medida cautelar, pues, según muy bien retratado por Saramago, en la situación propuesta, si no fueran adoptadas las providencias inmediatas, en pocas horas decenas, quizás cientos de personas, estarían contaminadas. En la falta de una ley, para la concreción del principio de protección de la salud de las personas, la Administración debe actuar, y la única solución es el confinamiento provisorio de los enfermos. Se trata de una medida que, en la ausencia de ley expresa, es una típica manifestación del poder de policía.

Como un ejemplo real, se cita el caso del *arrêt* Commune de Morsang-sur-Orge, juzgado el 27 de octubre de 1995 por el Consejo de Estado Francés. El alcalde de la Commune de Morsang-sur-Orge prohibió un espectáculo de lanzamiento de un enano (*lancer de nain*) promovido en una discoteca del Embassy Club. La empresa Fun Production et M. Wackenheim presentó una demanda judicial requiriendo la invalidez del acto administrativo y una indemnización por los perjuicios causados. El Tribunal Administrativo de Versailles juzgó la demanda procedente. El Alcalde representó al Consejo de Estado, que ha reformulado la decisión, considerando que la atracción atentaba en contra de la dignidad de la persona humana y, por lo tanto, la autoridad que tenía el poder de policía podría, aunque en la ausencia de ley expresa, prohibirla.

El raciocinio aquí se explica: la empresa tiene *prima facie*, en la falta de norma expresa que lo prohíba, el derecho de explotar una actividad económica y de producir espectáculos; el enano tiene *prima facie*, también en la falta de norma expresa, el derecho al libre ejercicio profesional, el derecho de contratar con la empresa y el derecho de someterse al lanzamiento en cambio de un pago, una remuneración. No se puede negar que, ante el principio constitucional de la libertad individual y de todas las resultantes de él, la libertad de explotación de la actividad económica, del ejercicio

<sup>44</sup> Sobre el deber de los administrados para respetar los principios constitucionales y el correspondiente poder de policía, vid. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**, op. cit., p. 74 et seq.





profesional, de contratación, de disponer de su propio cuerpo, tanto la empresa como el enano posean derechos *prima facie*.

Por otro lado, los particulares son obligados a realizar una ponderación entre los principios incidentes y verificar hasta qué punto el espacio de libertad producto de la ausencia de regla expresa subsiste. En el caso, estos derechos son alejados por la incidencia del principio de la dignidad de la persona humana. Aunque con la ausencia de regla legislativa expresa que prohíba el lanzamiento de enano, este fue prohibido porque, en una ponderación entre los principios vinculados, el principio de la dignidad de la persona humana, en este caso, aleja el principio del derecho a la libertad individual. El deber general de respeto a la dignidad de la persona humana autoriza a la Administración a intervenir en el espectáculo, aunque no haya una regla legislativa para esto.

Este juicio fue un verdadero marco del Derecho Constitucional y Administrativo. Él fijó la nueva fase de los principios jurídicos, la dignidad de la persona humana, por sí sólo, prohíben comportamientos. Fue extremadamente analizado por la doctrina, principalmente por los constitucionalistas, aunque raramente se manifieste sobre el tema central del fallo: él se refiere expresamente al instituto clásico del poder de policía y lo hace con absoluto acierto, una vez que la potestad de la Administración para prohibir el espectáculo y evitar el lanzamiento del enano se asienta en el poder de policía, es decir, en la potestad para concretar, en el plan fáctico, los principios constitucionales, o, aún, en la potestad para, ante circunstancias del caso, cuando alejado el principio formal que da prevalencia, en la falta de regla legislativa expresa, a la omisión o, existiendo regla, a su aplicación, actuar con fundamento directo en el principio constitucional; se basa, así, en la potestad para, aunque en la falta de regla expresa y ante las circunstancias del caso, evitar la directa violación de la dignidad de la persona humana.

Se podría cuestionar, aún así, la razón para el mantenimiento del término “poder de policía”, o la razón para no insertar esta potestad en la teoría de la ordenación administrativa. El motivo está en la elaboración clásica de la teoría del poder de policía. El sentido de ‘policía’, como ya dicho, se conecta a una actitud de expectación, la Administración aguarda el incumplimiento del orden jurídico, la violación de los principios constitucionales, y sólo actúa cuando dicha violación, este incumplimiento, ocurra. Se trata siempre de una reacción a los comportamientos ilícitos.<sup>45</sup> Por esto, por el poder de policía, jamás son impuestas obligaciones de hacer. Esta idea permanece: en la visión contemporánea del poder de policía, este es restricto a la imputación de abstenciones o, excepcionalmente, a la imputación del deber de soportar, jamás del deber de hacer.

<sup>45</sup> Cf. MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán** – tomo II, op. cit., §19-II-3, p. 35, traducción propia.





## 7. RASGOS DEL PODER DE POLICÍA

Es posible que la ponderación del caso concreto exija que la Administración utilice una requisición, para una tutela adecuada de los valores constitucionales, o para evitar la violación de los principios constitucionales, aunque falte una ley específica. En este sentido, la ocupación provisoria del bien inmueble del administrado, la utilización provisoria de un bien mueble, o incluso la necesidad de expropiación de un bien mueble (medicinas, alimentos) derivan del ejercicio del poder de policía. En la noción aquí presentada, la policía no se restringe solamente a la imposición de lo que la doctrina llama de limitaciones administrativas. Puede imponer algunos sacrificios.

Para evitar la violación de los principios constitucionales, la ponderación en el caso concreto puede exigir la imposición del deber de soportar la utilización de un bien mueble o inmueble. Se trata, por obvio, de casos excepcionales, en los que la protección del principio constitucional reclama la providencia inmediata y, por esto, no permite la previa presentación de una demanda de desapropiación. En estos casos de sacrificio resultante del poder de policía, posteriormente deberá ser propuesto un acuerdo o, si no aceptado por el administrado, la presentación de una demanda indemnizatoria. No se trata de ordenación, sino del ejercicio del poder de policía, una vez que la potestad es fruto de la ponderación de los principios constitucionales por la Administración y no de la aplicación de la ley en el caso concreto. No hay, se insiste, en el ejercicio del poder de policía, al contrario de lo que ocurre en la Administración ordenadora, una previa ponderación legislativa a ser ejecutada.

El ejercicio del poder de policía, que por sí sólo ya es excepcional, se da por la imposición de abstenciones, en situaciones muy raras, por la imposición del deber de soportar, pero jamás por la imposición del deber de hacer. Se trata de una conclusión de fundamental importancia: en la actual fase de la Ciencia del Derecho se acepta que, excepcionalmente, la Administración imponga a los administrados, directamente con base en la Constitución, obligaciones de no hacer o de soportar, pero no se admite la imposición de obligaciones de hacer. No importa el peso de los principios, si no hay ley que imponga la obligación de hacer, la Administración, en la ponderación realizada ante el caso concreto, no podrá hacerlo. Dicha imposición de deberes comisivos no es compatible con el poder de policía.

En los ejemplos expuestos, el poder de policía consistió en la puesta de un deber de no salir en determinado sitio, en el deber de no producir determinado ruido, en el deber de no lanzar un enano en un espectáculo público. En los tres casos, la imposición era de un comportamiento omisivo. Las obligaciones de hacer (y aquí no se concede a la expresión un sentido estricto, sino más amplio, comportando conductas comisivas) por la Administración se limitan al campo de la Administración ordenadora y, así, reclaman una regla constitucional o legislativa abstracta. En síntesis: el ejercicio del poder de







policía no permite la imposición de conductas comisivas, sin excepciones. Solamente admite la imposición de abstenciones o, más raramente, el deber de soportar.

La noción de poder de policía aquí abordada está en perfecta asonancia con la afirmación doctrinal de que él es compatible con la supremacía general de la Administración, y no a la supremacía especial.<sup>46</sup> Hay una relación de sujeción resultante de la simple condición de pertenecer al Estado y de la sumisión al orden jurídico de este. Hay, además, relaciones de sujeción específicas fruto de relaciones especiales tenidas con el Estado: se trata de lo que se ha vuelto conocido como relaciones especiales de sujeción. El poder de policía es producto de la sujeción general, de la situación de sujeción al ordenamiento jurídico estatal.

Desde luego se verifica la coherencia conceptual: las teorías de sujeción general y de sujeción especial fueron desarrolladas para fundamentar actuaciones administrativas no basadas en una regla legislativa. Se trata de competencias justificadas en la sujeción al ordenamiento como un todo, en el primer caso; o en la relación específica (de servicio público, por ejemplo), en el segundo. Es decir, la Administración puede, excepcionalmente, imponer abstenciones a los particulares con fundamento en la sujeción general, correspondiente pasivo del poder de policía.

La especialidad de la supremacía especial en relación a la general está en la intensidad de la injerencia estatal. La relación específica es asociada a un vínculo específico, vinculo este que justifica las competencias administrativas que no componen la supremacía general. Más precisamente, la Administración, titular del servicio público, ante la ponderación de principios realizada en el caso concreto, puede imponer al concesionario obligaciones de hacer no discriminadas en la ley, y del mismo modo puede imponer a los detenidos en un presidio, a los militares, a los estudiantes de escuelas públicas, obligaciones de hacer no especificadas en ley. La ponderación realizada en el caso concreto puede justificar, en el ámbito de la supremacía especial, la imposición de obligaciones de hacer. Esto jamás ocurre en el ámbito de la supremacía general.

Otra característica del poder de policía se extrae de su absoluta imposibilidad de delegación. La Administración Pública no puede delegar a los particulares su potestad para ponderar principios incidentes en el caso concreto, sin la vinculación en una relación especial y, dependiendo de las circunstancias, evitar la violación de los principios constitucionales mediante la imposición de deberes de no hacer y de soportar, es decir, de deberes de abstención de ciertas conductas o de soportar las conductas de otros ciudadanos.<sup>47</sup> Por cierto, la sujeción general, inherente a la soberanía, equivalente

<sup>46</sup> Sobre las supremacías general y especial, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., XIV-12-15, p. 848-853; PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**, op. cit., p. 157-173; LOPEZ BENITEZ, Mariano. **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**. Madrid: Universidad de Córdoba; Civitas, 1994.

<sup>47</sup> Sobre el tema, cf. MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **Limites à delegação do poder de polícia**. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Victor Rhein (coord.). **Poder de polícia na atualidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 191-194.





al poder estatal, no puede ser delegada a los particulares. Como es la sujeción general que fundamenta el ejercicio del poder de policía, este jamás puede ser delegado.<sup>48</sup>

Muchos actos administrativos gozan de ejecutividad,<sup>49</sup> es decir, si incumplido el deber impuesto al administrado, la Administración puede compelerlo materialmente a cumplir su deber, sin que se recurra al Poder Judicial. La coerción material, necesaria para la ejecución forzada del deber impuesto por el acto, puede ser determinada directamente por la propia Administración. Hay actos no dotados de ejecutividad, una vez incumplidos, la Administración debe dirigirse al Poder Judicial para obtener la ejecución forzada. La coacción material solamente puede ser determinada por la autoridad judicial. La buena doctrina reconoce que ni todos los actos de la Administración ordenadora tengan, en este sentido, ejecutividad.<sup>50</sup>

En todas las relaciones especiales de sujeción, como regla general, los actos administrativos gozan de ejecutividad, aunque no exista disposición legal. La Administración no necesita ir al Poder Judicial para intervenir en una concesionaria de servicio público, o para exonerar o suspender un funcionario público. En las relaciones especiales de sujeción, la ejecutividad es la regla, es decir, no depende de precisión legal. En los casos en que la obligación de soportar, hacer o no hacer es impuesta al administrado que no esté en una relación especial de sujeción, la ejecutividad es excepcional, siendo admitida solamente si fuera indispensable a la eficaz concreción del principio incidente o, en otras palabras, si la tutela del bien jurídico exigir la inmediata actuación del Estado.

Así, el acto administrativo que tenga como destinatario el administrado en un estado de sujeción general sólo tendrá ejecutividad cuando esta fuera indispensable para la eficaz concreción del principio incidente, cuando la falta de actuación inmediata comprometer el interés tutelado por el Estado. Si la ley ya confiere ejecutividad al acto administrativo que se destine al administrado en una relación de sujeción general, de las dos, una: o el legislador cumplió este criterio y la ley es infraconstitucional, o lo incumplió y la ley es inconstitucional. Sin embargo, véase que en el primer caso, aunque no hubiera una ley, el acto sería dotado de ejecutividad. Es decir, no es la ley que confiere ejecutividad al acto administrativo dirigido al administrado en estado de sujeción general, es la necesidad de actuación inmediata del Estado para la eficaz protección de los intereses tutelados por él.

Según lo que se ha dicho, el poder de policía solamente existe cuando haya la necesidad inmediata de tutela de un valor constitucional, sin ley para ello, o sea,

<sup>48</sup> Cf. PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**, op. cit., p. 223-244.

<sup>49</sup> Término utilizado con el significado presentado por BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., VII-66, p. 427.

<sup>50</sup> Sobre el tema, cf. PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**, op. cit., p. 208-218.





cuando la ponderación administrativa en el caso concreto exige una actitud de la Administración para salvaguardar un valor constitucional y no haber legislación previa que dé base para esto. Si hubiera una regla legislativa, no habrá el ejercicio del poder de policía, sino de la Administración ordenadora. Es esta la diferencia entre el poder de policía y la ordenación, siendo aquella la concreción administrativa de principios constitucionales, y esta la ejecución administrativa de reglas abstractas, el poder de policía surge cuando no existe ley, la ordenación administrativa supone una ley vigente. Con esto, se concluye: la ejecutividad es inherente al poder de policía. Las hipótesis de ejercicio del poder de policía son, según la lógica del concepto, las que se admite la ejecutividad en las relaciones de sujeción general.<sup>51</sup> Si el caso concreto no admitir la ejecutividad, tampoco se admitirá el ejercicio del poder de policía, de la actuación administrativa no basada en una regla legislativa expresa.

## 8. CONSIDERACIONES FINALES

Cabe observar, finalmente, el vuelco ideológico. En los términos expuestos, muchos consideran la expresión 'poder de policía' incompatible con la ideología del Estado de Derecho. En el pasado ella estaba asociada al Estado de Policía y, con esto, al uso arbitrario del poder estatal, a la actividad estatal no sometida al Derecho. Dicha asociación está actualmente sepultada. Es prácticamente imposible pensar el Derecho con base en las concepciones del Estado de Policía, ya superada, por lo menos en los países regidos verdaderamente por una Constitución, por la evolución cultural de la humanidad. Debido a esto que cabe cuestionar cuál es, hoy en día, la real función ideológica de esta teoría.

Ella no es invocada para justificar el uso arbitrario del poder, al revés, ella es invocada para limitar el uso del poder. En la fase actual del constitucionalismo, los juristas, cada vez más reconocen a la Administración la posibilidad de actuación fundamentada directamente en la Constitución. En la actual Ciencia del Derecho, los principios son considerados normas autónomas, que justifican potestades administrativas. Se ubica aquí la importancia del poder de policía, que explica porqué la Administración jamás, sin expresa previsión legal o constitucional, puede imponer comportamientos comisivos a los administrados. La teoría del poder de policía refuerza el arma y el escudo del ciudadano; es, en este sentido, imprescindible para evitar los abusos y las arbitrariedades.

<sup>51</sup> Cf. RODRÍGUEZ R., Libardo. **Derecho administrativo general y colombiano**. 18ª ed., Bogotá: Editorial Temis, 2013. p. 657-660.





## 9. REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traducción de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

ATALIBA, Geraldo. Considerações em torno da teoria jurídica da taxa. **Revista de Direito Público** (RDP), São Paulo, ano III, v. 9, p. 43-54, jul.-set. 1969.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. Apontamentos sobre o poder de polícia. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano III, v. 9, p. 55-68, jul.-set. 1969.

\_\_\_\_\_. Conflito entre União e Estado — apoderamento pela União, sem recorrer ao Judiciário, de recursos tributários que a Constituição declara pertencentes aos Estados, para saciar-se de alegados créditos — inviabilidade. **Revista Trimestral de Direito Público** (RTDP), São Paulo, n. 33, p. 74-77, 2001.

BALBÍN, Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo** – v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARRA, Rodolfo Carlos. Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público. In: AA. VV. **Jornadas sobre servicio público, policía y fomento**. Buenos Aires: RAP Ediciones, 2004.

BEZNOS, Clovis. **Poder de polícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Traducción de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.





COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Traducción de Roberto Cabral de Melo y Eduardo Jardim Moraes. 3. ed. Rio de Janeiro: Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Nau, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método** – II. Traducción de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo** – v. II. Madrid: Civitas, 2002.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – v. 2: la defensa del usuario y del administrado. 1. ed. colombiana. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Tradução: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LOPEZ BENITEZ, Mariano. **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**. Madrid: Universidad de Córdoba; Civitas, 1994.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. A norma *iusfundamental*. **Revista brasileira de direito constitucional** (RBDC), São Paulo, v. 4, p. 526-576, 2004.

\_\_\_\_\_. A natureza normativa dos princípios. **Revista Trimestral de Direito Público** (RTDP), São Paulo, v. 40, p. 113-145, 2002.





\_\_\_\_\_. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado.** São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Efeitos dos vícios do ato administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional.** São Paulo: Malheiros, 2015.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán** – tomo II. Traducción de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1950.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: \_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** 1.ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, p. 210-241, 2002.

MENEZES, Aderson de. **Teoria geral do Estado.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. Limites à delegação do poder de polícia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Victor Rhein (coord.). **Poder de polícia na atualidade.** Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Taxas de polícia.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OMAR CANDA, Fabían. Régimen jurídico de la actividad de policía. In: AA. VV. **Jornadas sobre servicio público, policía y fomento.** Buenos Aires: RAP Ediciones, 2004.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

POPPER, Karl R. **Em busca de um mundo melhor.** Traducción de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif.** 18. ed. Paris: Dalloz, 2000.

ROSS, Alf. **Lógica de las normas.** Traducción de José S. P. Hierro. Granada: Comares, 2000.

RODRÍGUEZ R., Libardo. **Derecho administrativo general y colombiano.** 18° ed., Bogotá: Editorial Temis, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica:** princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001.

SAMMARTINO, Patrício Marcelo E. Poder de policía: bases para su control judicial. In: AA. VV. **Jornadas sobre servicio público, policía y fomento.** Buenos Aires: RAP Ediciones, 2004.





SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Globalização: fatalidade ou utopia?** 3. ed. Porto: Afrontamento, p. 31-106, 2005.

SARAIVA, F. R. dos Santos. **Dicionário latino-português**. 11. ed. Belo Horizonte: Garnier, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Tradução de Celso Reni Braidia. 4. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STOPPINO, Mario. Ideologia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varrialle et al. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, v. 1, p. 585-597.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. Introdução às agências reguladoras. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, p. 18-38, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

WALINE, Jean; RIVERO, Jean. **Droit administratif**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2000.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito administrativo** – v. I. Tradução Antônio F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.





Licenciado sob uma Licença Creative Commons  
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>

## Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais\*

### *Notes on the existential minimum and its interpretation by the Brazilian Supreme Court under the judicial control of public policies based on social rights*

INGO WOLFGANG SARLET\*\*

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil)  
[iwsarlet@gmail.com](mailto:iwsarlet@gmail.com)

CAROLINA ZANCANER ZOCKUN\*\*\*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)  
[carolina@zockun.com.br](mailto:carolina@zockun.com.br)

Recebido/Received: 04.05.2016 / May 4<sup>th</sup>, 2016

Aprovado/Approved: 05.07.2016 / July 5<sup>th</sup>, 2016

#### Resumo

O direito (e garantia) a um mínimo existencial para uma vida digna tem sido presença constante no debate acadêmico e jurisdicional pátrio, seja no plano dos Tribunais Superiores, seja nas instâncias ordinárias. Nessa perspectiva, destaca-se o papel do Supremo Tribunal Federal, que, ao longo dos últimos anos, especialmente desde os anos 2000, tem recorrido reiteradamente à noção de mínimo existencial em diversos contextos, especialmente

#### Abstract

*The right (and guarantee) to an existential minimum for a dignified life has been a constant presence in the Brazilian academic and judicial debate, either in the plan of the Superior Courts or in the ordinary courts. From this perspective, the role of the Supreme Court stands out, which, over the past few years, especially since the 2000s, has repeatedly used to the notion of existential minimum in different contexts, mainly in the field of fundamental social rights.*

Como citar esse artigo/How to cite this article: SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>.

\* O texto-base foi elaborado pelo primeiro autor e contou com a revisão, formulação de considerações e redação de novas passagens pela segunda autora.

\*\* Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre-RS, Brasil). Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians-Universität-München, Alemanha). Desembargador junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. E-mail: [iwsarlet@gmail.com](mailto:iwsarlet@gmail.com).

\*\*\* Professora de Direito Administrativo dos cursos de Graduação em Direito e Especialização em Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Doutora e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP. Procuradora da Fazenda Nacional. E-mail: [carolina@zockun.com.br](mailto:carolina@zockun.com.br).







no domínio dos direitos fundamentais sociais. Pretende-se, após uma breve digressão sobre a origem e conteúdo do mínimo existencial, analisar, à luz de alguns exemplos, o papel da jurisdição constitucional na sua interpretação e aplicação, explorando alguns julgados do STF sobre o tema, recorrendo também, ainda que em caráter ilustrativo, ao direito constitucional estrangeiro, com destaque para o alemão.

**Palavras-chave:** Mínimo existencial; direitos sociais; controle judicial; políticas públicas; Supremo Tribunal Federal.

*The paper intends, after a brief digression on the origin and contents of the existential minimum, to examine, in the light of some examples, the role of constitutional jurisdiction in its interpretation and application, exploring some cases judged by the Supreme Court on the subject, based also, although for illustrative purposes, the foreign constitutional law, especially the German law.*

**Keywords:** existential minimum; social rights; judicial review; public policy; Brazilian Supreme Court.

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. O mínimo existencial: breve notícia histórica, conteúdo, alcance e funções; 3. O mínimo existencial no âmbito da jurisdição constitucional com destaque para o STF; 4. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

O direito (e garantia) a um mínimo existencial para uma vida digna, seguindo aqui a terminologia habitualmente adotada também no caso brasileiro, tem sido presença constante no debate acadêmico e jurisdicional pátrio, seja no plano dos Tribunais Superiores, seja nas instâncias ordinárias, tanto da Justiça Federal comum e especializada, quanto na Justiça Estadual. Nessa perspectiva, destaca-se o papel do Supremo Tribunal Federal (doravante apenas STF), que, ao longo dos últimos anos, especialmente desde os anos 2000, tem recorrido reiteradamente à noção de mínimo existencial em diversos contextos, especialmente, contudo, no domínio dos direitos fundamentais sociais. Pretende-se, após uma breve digressão sobre a origem e conteúdo do mínimo existencial, analisar, à luz de alguns exemplos, o papel da jurisdição constitucional na sua interpretação e aplicação, explorando alguns julgados do STF sobre o tema, sem deixar de recorrer, ainda que em caráter ilustrativo, ao direito constitucional estrangeiro, designadamente, o da Alemanha.

Outrossim, é preciso sublinhar a relevância do mínimo existencial na esfera do controle das políticas públicas na base dos direitos sociais, implicando intervenção judicial na esfera das opções legislativas e no controle da discricionariedade administrativa. Esse será o enfoque dado ao presente estudo.

### 2. O MÍNIMO EXISTENCIAL: BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA, CONTEÚDO, ALCANCE E FUNÇÕES

Numa primeira aproximação, é possível afirmar que a atual noção de um direito fundamental ao mínimo existencial, ou seja, de um direito a um conjunto de prestações estatais que assegure a cada um (a cada pessoa) uma vida condigna, arranca da idéia





de que qualquer pessoa necessitada que não tenha condições de, por si só ou com o auxílio de sua família prover o seu sustento, tem direito ao auxílio por parte do Estado e da sociedade, de modo que o mínimo existencial, nessa perspectiva, guarda alguma relação (mas não se confunde integralmente) com a noção de caridade e do combate à pobreza, central para a doutrina social (ou questão social) que passou a se afirmar já ao longo do Século XIX<sup>1</sup>, muito embora a assistência aos desamparados tenha constado na agenda da Igreja e de algumas políticas oficiais já há bem mais tempo<sup>2</sup>. Convém recordar, ainda, que já na fase inaugural do constitucionalismo moderno, com destaque para a experiência francesa revolucionária, assumiu certa relevância a discussão em torno do reconhecimento de um direito à subsistência, chegando mesmo a se falar em “direitos do homem pobre”, na busca do rompimento com uma tradição marcada pela idéia de caridade, que ainda caracterizava os modos dominantes de intervenção social em matéria de pobreza, debate que acabou resultando na inserção, no texto da Constituição Francesa de 1793, de um direito dos necessitados aos socorros públicos, ainda que tal previsão tenha tido um caráter eminentemente simbólico<sup>3</sup>. De qualquer sorte, independentemente de como a noção de um direito à subsistência e/ou de um correspondente dever do Estado (já que nem sempre se reconheceu um direito subjetivo (exigível pela via judicial) do cidadão em face do Estado) evoluiu ao longo do tempo, tendo sido diversas as experiências em diferentes lugares, o fato é que cada vez mais se firmou o entendimento – inclusive em Estados constitucionais de forte coloração liberal – de que a pobreza e a exclusão social são assuntos de algum modo afetos ao Estado, ainda que por razões nem sempre compartilhadas por todos e em todos os lugares, visto que mesmo no plano da fundamentação filosófica, ou seja, da sua sinergia com alguma teoria de Justiça, são diversas as alternativas que se apresentam.<sup>4</sup> Mesmo na esfera terminológica nem sempre se verifica coincidência, pois ao passo que alguns (como também prevalece no Brasil) preferem utilizar a expressão mínimo existencial,

<sup>1</sup> Cf., por todos, ARNAULD, Andreas von. “Das Existenzminimum”, in: ARNAULD, Andreas von; MUSIL, Andreas (Ed.). **Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 253 e ss., apontando para o fato de que na Legislação da Prússia, em 1794, já havia a previsão da obrigação do Estado em cuidar da alimentação e atenção daqueles cidadãos que não conseguiam prover o seu próprio sustento ou mesmo por meio de outros particulares, com base em disposições legais especiais.

<sup>2</sup> V. também TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 3 e ss., e, por último, no âmbito da literatura brasileira dedicada especialmente ao tema, NETO, Eurico Bitencourt. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Condigna**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 23 e ss.

<sup>3</sup> Sobre este debate, v., por todos, HERRERA, Carlos Miguel. **Les Droits Sociaux**, Paris: PUF, 2009. p. 39 e ss.

<sup>4</sup> Cf., por exemplo, as teorizações de John Rawls e Michael Walzer colacionadas e comentadas por BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 123 e ss. A respeito das diversas fundamentações de um direito ao mínimo existencial, v., por último, na doutrina brasileira, TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial...** *Op. Cit.* p. 13-34; 54-81. Por último, explorando o tema nessa perspectiva, v. WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana**, Petrópolis: Vozes, 2013. Especialmente p. 205, a partir do pensamento de John Rawls.





outros falam em mínimos sociais<sup>5</sup>, direitos constitucionais mínimos ou condições materiais mínimas de existência<sup>6-7</sup> ou, ainda, em um mínimo de subsistência ou um mínimo vital (como já era o caso de Pontes de Miranda, em escrito pouco conhecido)<sup>8</sup>, embora nem sempre tais expressões sejam utilizadas como sinônimas, visto que podem estar associadas a conteúdos mais ou menos distintos, a despeito de alguns elementos em comum, como é o caso, em especial, o reconhecimento de um direito a prestações materiais por parte do Estado.

Sem prejuízo de sua previsão (ainda que com outro rótulo) no plano do direito internacional dos direitos humanos, como é o caso do artigo XXV da Declaração da ONU, de 1948, que atribui a todas as pessoas um direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, a associação direta e explícita do assim chamado mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana encontrou sua primeira afirmação textual, no plano constitucional, na Constituição da República de Weimar, Alemanha, em 1919, cujo artigo 151 dispunha que a vida econômica deve corresponder aos ditames da Justiça e tem como objetivo assegurar a todos uma existência com dignidade.

Como bem destaca o Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, “A América Latina sempre enxergou os Estados de Bem Estar europeus com admiração e com uma indistigável vontade de ter o mesmo modelo em seus países. Tem sido o sonho dos latino-americanos quando se discute qual o modelo ideal de Estado”<sup>9</sup>.

Assim, a noção de dignidade foi incorporada à tradição constitucional brasileira desde 1934, igualmente no âmbito da ordem econômica e/ou social, de tal sorte que o artigo 170 da CF dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”. É preciso lembrar, contudo, que na condição

<sup>5</sup> Esta é a designação dada pela Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), que dispõe, em seu artigo 1º, que “A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

<sup>6</sup> Luiz Edson Fachin tratando do patrimônio no Direito Civil, discorre também sobre um patrimônio jurídico mínimo que, conectado ao princípio da dignidade humana, “concretiza, de algum modo, a expiação da desigualdade, e ajusta, ao menos em parte, a lógica do Direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter menos têm e mais necessitam”. (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 278)

<sup>7</sup> Nas palavras de Daniel Sarmento, “Considera-se que existe um núcleo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito”. SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. p. 60).

<sup>8</sup> PONTES DE MIRANDA, **Os Novos Direitos do Homem**. v. I. Rio de Janeiro: Editorial Alba, 1933.

<sup>9</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexos da constitucionalização do direito administrativo – Pessoa humana, processo e contrato administrativo. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, vol. 15, n. 81, set./out. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97904>>. Acesso em: 6 jan. 2016.





de finalidade ou tarefa cometida ao Estado no âmbito dos princípios objetivos da ordem social e econômica, o mínimo existencial, ou seja, o dever de assegurar a todos uma vida com dignidade, não implicava necessariamente (aliás, como não implica ainda hoje a depender do caso), salvo na medida da legislação infraconstitucional (especialmente no campo da assistência social e da garantia de um salário mínimo, entre outras formas de manifestação), uma posição subjetiva imediatamente exigível pelo indivíduo. A elevação do mínimo existencial à condição de direito fundamental e sua articulação mais forte com a própria dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais, teve sua primeira importante elaboração dogmática na Alemanha, onde, de resto, obteve também um relativamente precoce reconhecimento jurisprudencial, do qual se dará notícia na seqüência.

Com efeito, a despeito de não existirem, em regra, direitos sociais típicos, notadamente de cunho prestacional, expressamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha (1949) - excepcionando-se a previsão da proteção da maternidade e dos filhos, bem como a imposição de uma atuação positiva do Estado no campo da compensação de desigualdades fáticas no que diz com a discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais (direitos e deveres que para muitos não são considerados propriamente direitos sociais) - a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, onde foi desenvolvida pela doutrina, mas também no âmbito da práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial.

Na doutrina do Segundo Pós-Guerra, um dos primeiros a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na seqüência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.<sup>10</sup> Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no

<sup>10</sup> Cf. BACHOF, Otto. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, n. 12, 1954. p. 42-3.





postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência.<sup>11</sup> Ressalte-se que apenas alguns anos depois o legislador acabou regulamentando – em nível infraconstitucional – um direito a prestações no âmbito da assistência social (art. 4º, inc. I, da Lei Federal sobre Assistência Social [*Bundessozialhilfegesetz*]).

Por fim, transcorridas cerca de duas décadas da referida decisão do Tribunal Administrativo Federal, também o Tribunal Constitucional Federal acabou por consagrar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Da argumentação desenvolvida nesta primeira decisão, extrai-se o seguinte trecho: “certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados na sua vida social, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais”.<sup>12</sup>

Em que pesem algumas modificações no que tange à fundamentação, bem quanto ao objeto da demanda, tal decisão veio a ser cancelada, em sua essência, em outros arestos da Corte Constitucional alemã, resultando no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia estatal do mínimo existencial.<sup>13</sup> Além disso, a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna

<sup>11</sup> Cf. **BVerwGE** (Coletânea oficial das decisões do Tribunal Administrativo Federal) nº 1, p. 159 (161 e ss.), decisão proferida em 24-06-1954.

<sup>12</sup> Cf. tradução livre do primeiro autor de trecho extraído da decisão publicada em **BVerfGE** (Coletânea oficial das decisões do Tribunal Constitucional Federal) nº 40, p. 121 (133).

<sup>13</sup> Para tanto, v. **BVerfGE** nº 78, p. 104, reiterada em **BVerfGE** nº 82, p. 60 e nº 87, 1p. 53. Ressalte-se que nas duas últimas decisões, se tratou da problemática da justiça tributária, reconhecendo-se para o indivíduo e sua família a garantia de que a tributação não poderia incidir sobre os valores mínimos indispensáveis a uma existência digna. Cuidou-se, contudo, não propriamente de um direito a prestações, mas, sim, de limitar a ingerência estatal na esfera existencial, ressaltando-se aqui também uma dimensão defensiva do direito fundamental ao mínimo para uma existência digna. Note-se que o princípio da dignidade humana passa, sob este aspecto, a constituir limite material ao poder de tributar do Estado (sobre tal perspectiva, v., por todos, ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 498 e ss.). No âmbito da jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional da Alemanha destaca-se especialmente a decisão proferida em 09.02.2010, que teve por objeto o exame da constitucionalidade de alentada reforma da legislação social, a polêmica Reforma Hartz-IV, com destaque para os valores pagos a título de seguro desemprego, igualmente afirmando o dever do Estado com a garantia do mínimo existencial e reconhecendo um direito subjetivo individual e indisponível correspondente. Para maiores detalhes, v. entre outros, as anotações ao julgamento de RIXEN, Stephan. *Grundsicherung für Arbeitssuchende: Grundrecht auf Existenzminimum*. **Sozialgerichtsbarkeit**, n. 04, 2010. p. 240 e ss.





integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.<sup>14</sup> Nessa perspectiva, o que se afirma é que o indivíduo deve poder levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o direito à assistência social – considerado, pelo menos na Alemanha e, de modo geral, nos países que integram a União Europeia, a principal manifestação da garantia do mínimo existencial – alcança o caráter de uma ajuda para a auto-ajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção.<sup>15</sup>

De qualquer modo, tem-se como certo que da vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta que a garantia efetiva de uma existência digna (vida com dignidade) abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física (que cobre o assim chamado mínimo vital e guarda relação direta com o direito à vida), situando-se, de resto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesse sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.<sup>16</sup> Tal linha de fundamentação, em termos gerais, tem sido privilegiada também no direito constitucional brasileiro, ressalvada especialmente alguma controvérsia em termos de uma fundamentação liberal ou social do mínimo existencial e em relação a problemas que envolvem a determinação do seu conteúdo, já que, não se há de olvidar, da fundamentação diversa do mínimo existencial podem resultar conseqüências jurídicas distintas, em que pese uma possível convergência no que diz com uma série de aspectos<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Nesse sentido, v. por todos, ZACHER, Hans-Friedrich. Das soziale Staatsziel. In: Isensee-Kirchhof (Org.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBStR)**. vol. I. Heidelberg: CF Muller, 1987. p. 1062 e ss.

<sup>15</sup> Esta a oportuna formulação de NEUMANN, Volker, Menschenwürde und Existenzminimum. **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 1995. p. 425. Entre nós, trilhando perspectiva similar, excluindo a idéia de caridade e destacando que “o direito a um mínimo existencial corresponde ao direito à subsistência de que nos fala Pontes de Miranda”, v. LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais, Efetivação no âmbito da democracia participativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 109 e ss.

<sup>16</sup> Cf., por todos, NEUMANN, Volker. “Menschenwürde und Existenzminimum”. *Op. Cit.* p. 428 e ss.

<sup>17</sup> Para além das referidas contribuições de Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos e Eurico Bitencourt Neto (v. notas de rodapé nº 3 e 5, *supra*), v. SCAFF, Fernando F. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, vol. 7, n. 32, jul./ago. 2005. p. 213 e ss., (aderindo ao conceito e fundamento proposto por Ricardo Lobo Torres), bem como, LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009. p. 72 e ss, e CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais. Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial – O Papel do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97 e ss. Associando o conceito e o conteúdo do direito ao mínimo existencial a uma teoria das necessidades básicas, mas afinada – em adesão à tradição alemã referida – com uma noção mais alargada e compatível com um mínimo existencial que, além da existência física, abarca uma dimensão sociocultural, v., no direito brasileiro, LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Especialmente p. 123 e ss. Em sentido similar, v., por último, LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Mínimo existencial versus mínimo vital: uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle jurisdicional das políticas públicas. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER,





Não se nega a dificuldade em se verificar qual o mínimo existencial dentro de cada ordenamento, mas é certo que “mesmo quando os valores pudessem oscilar significativamente, de acordo com o que cada um viesse a considerar como padrão mínimo de dignidade, o fato é que há um núcleo central em relação ao qual haverá consenso em qualquer circunstância”<sup>18</sup>.

Isso significa dizer que o objeto jurídico identificado pela expressão “mínimo existencial” é fluído e vago, com uma “zona de certeza positiva”, outra “negativa”, bem como uma “zona de penumbra”, como tão bem acentuou Genaro Carrió<sup>19</sup>.

Entretanto, como bem acentuou Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>20</sup>, os conceitos vagos (tal como “mínimo existencial”) padecem de indeterminação nas previsões abstratas, mas, no caso concreto, assumem muito mais consistência.

É certo que nem sempre haverá possibilidade de determinar precisamente um único sentido ao conteúdo de um conceito veiculado em palavras<sup>21</sup>. Neste caso, estar-se-á diante daquilo que Genaro Carrió denominou de “zona de penumbra”.

De qualquer forma, como sempre é possível a construção de um conteúdo mínimo da significação do conceito, nos ateremos ao estudo da “zona de certeza positiva” e da “zona de certeza negativa” do “mínimo existencial”.

Ainda no contexto do debate jurídico-constitucional alemão, é possível constatar a existência (embora não uníssona na esfera doutrinária) de uma distinção importante no concernente ao conteúdo e alcance do próprio mínimo existencial, que tem sido desdobrado num assim designado mínimo fisiológico, que busca assegurar

---

Hans Jörg; HAHN, Paulo (Orgs.), **Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais**: um dilema Brasil e Alemanha, Joaçaba: Editora UNOESC, 2013. p. 543 e ss.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 5. ed. 2001. p. 153.

<sup>19</sup> CARRÍO, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Editora Abeledo-Perrot, 1990. p. 34: “Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad donde caen todos los casos en los que no se duda que no es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe”.

<sup>20</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade e Controle Jurisdiccional**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 22-26.

<sup>21</sup> Nesta seara, cumpre salientar a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem: “a imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula. Há quem haja, surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os recobrem designam com absoluta precisão algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos.

<sup>5e</sup> a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às mesmas noções que estão abrigadas sob as vozes ‘urgente’, ‘interesse público’, ‘pobreza’, ‘velhice’, ‘relevante’, ‘gravidade’, ‘calvície’ e quaisquer outras do gênero. A precisão acaso aportável implicaria alteração do próprio conceito originalmente veiculado. O que poderia ser feito, evidentemente, seria a substituição de um conceito impreciso por um outro conceito – já agora preciso, portanto um novo conceito – o qual, como é claro, se expressaria através da palavra ou das palavras que lhes servem de signo” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e Controle Jurisdiccional*. ... *Op. Cit.* p. 20-21).







as necessidades de caráter existencial básico e que, de certo modo, representa o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial, e um assim designado mínimo existencial sociocultural, que, para além da proteção básica já referida, objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção – em termos de tendencial igualdade – na vida social, política e cultural<sup>22</sup>. É nessa perspectiva que, no âmbito de sua justificação jurídico-constitucional – há quem diga que enquanto o conteúdo essencial do mínimo existencial encontra-se diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestuário, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação), o assim designado mínimo sociocultural encontra-se fundado no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade no que diz com o seu conteúdo material<sup>23</sup>.

Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>24</sup>, com acerto, explana que o Estado de Bem passou a prestar serviços diretamente à população, em especial nas áreas da saúde, educação, habitação e seguridade. Estas foram as ações através das quais o Estado de Bem Estar materializou-se e, a bem da verdade, resolveu boa parte dos problemas sociais nos países onde foi implantado de forma decidida. A doutrina costuma dizer que o Estado de Bem Estar se caracteriza por ser fortemente ativo com as classes passivas, e passivo com as classes ativas, numa alusão a pobres e ricos, nesta ordem.

Do exposto, em especial com base na síntese da experiência alemã, que, à evidência, em termos de repercussão sobre o direito comparado, certamente é a mais relevante na perspectiva da dogmática jurídico-constitucional de um direito ao mínimo existencial, resultam já pelo menos duas constatações de relevo e que acabaram por influenciar significativamente os desenvolvimentos subsequentes.

A primeira, diz com o próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, que, consoante já verificado a partir da experiência alemã, não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade<sup>25</sup>. Não deixar alguém sucumbir por falta de alimentação, abrigo ou prestações básicas de saúde certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o su-

<sup>22</sup> Neste sentido, v., em caráter ilustrativo, SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums. *Juristenzeitung*, n. 13, 2005. p.647-48.

<sup>23</sup> Cf., também, SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums. *Juristenzeitung*, n. 13, 2005. p. 647-48.

<sup>24</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexos da constitucionalização do direito administrativo – Pessoa humana, processo e contrato administrativo. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, vol. 15, n. 81, set./out. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97904>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

<sup>25</sup> Esta a posição que sempre temos sustentado e que corresponde à concepção amplamente dominante na doutrina brasileira, reportando-me aqui, entre outros, aos autores e contribuições citados na nota nº 17, supra.







ficiente. Tal interpretação do conteúdo do mínimo existencial (conjunto de garantias materiais para uma vida condigna) é a que tem prevalecido não apenas na Alemanha, mas também na doutrina brasileira, assim como na jurisprudência constitucional comparada, notadamente no plano europeu, como dá, conta, em caráter ilustrativo, a recente contribuição do Tribunal Constitucional de Portugal na matéria, ao reconhecer tanto um direito negativo quanto um direito positivo a um mínimo de sobrevivência condigna, como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material<sup>26</sup>.

Em que pese certa convergência no que diz com uma fundamentação jurídico-constitucional a partir do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, e tomando como exemplo o problema do conteúdo das prestações vinculadas ao mínimo existencial, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência alemã partem – de um modo mais cauteloso – da premissa de que existem diversas maneiras de realizar esta obrigação, incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, etc., podendo os tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes.<sup>27</sup> Relevante, todavia, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.<sup>28</sup> Tal orientação, de resto, é que aparentemente tem prevalecido na doutrina e jurisprudência supranacional e nacional (constitucional) Europeia,<sup>29</sup> e, de algum modo, parece ter sido assumida como substancialmente correta também por expressiva doutrina e

<sup>26</sup> Cf. a decisão proferida no Acórdão n° 509 de 2002 (versando sobre o rendimento social de inserção), bem como os comentários tecidos por VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 403 e ss.; MEDEIROS, Rui. Anotações ao art. 63 da Constituição da República Portuguesa, in: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotad.**, t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 639-40.

<sup>27</sup> Esta a posição de BREUER, Rüdiger. Op. Cit., p. 97, assim como, mais recentemente, MOREIRA, Isabel. **A solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 143 e ss. Também o Tribunal Federal Constitucional atribui ao legislador a competência precípua de dispor sobre o conteúdo da prestação. Neste sentido, v. **BVerfGE** 40, 121 (133) e 87, 153 (170-1). Por último, v., no mesmo sentido, a decisão de 09.02.2010.

<sup>28</sup> Cf. o já referido *leading case* do Tribunal Constitucional Federal (**BVerfGE** 40, 121 [133]).

<sup>29</sup> Ainda que não se trate do reconhecimento de um direito a prestações propriamente dito, o Tribunal Constitucional Espanhol, na Sentença n° 113/1989, entendeu que “Es incompatible con la dignidad de la persona el que la efectividad de los derechos patrimoniales se leve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales. Se justifica así, junto a otras consideraciones, la inembargabilidad de bienes y derechos como límite del derecho a la ejecución de las sentencias firmes.” (LLORENTE, Francisco Rubio (Org.). **Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)**, Barcelona: Ed. Ariel, 1995. p. 73). Já admitindo um direito às prestações vinculadas ao mínimo existencial, v. a já citada decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, na esteira de jurisprudência anterior, ainda que em princípio tímida e partindo da primazia da concretização pelos órgãos legiferantes.





jurisprudência sul-americana, como dão conta importantes contribuições oriundas da Argentina<sup>30</sup> e da Colômbia<sup>31</sup>. Para o caso brasileiro, basta, por ora, lembrar o crescente número de publicações e de decisões jurisdicionais sobre o tema. No plano judicial, o destaque, dado o enfoque do presente texto, fica com o STF, que tem produzido muitas decisões aplicando a noção de um mínimo existencial a vários tipos de situações envolvendo diversos direitos fundamentais<sup>32</sup>.

Mesmo que não se possa adentrar em detalhes, firma-se posição no sentido de que o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Nesse sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável<sup>33</sup>. De outra parte, até mesmo a diferença entre o conteúdo do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, que, a despeito dos importantes pontos de contato, não se confundem<sup>34</sup>, poderá vir a ser negligenciada. Convém destacar, ainda nesta quadra, que a dignidade implica uma dimensão sociocultural e que é igualmente considerada como carente de respeito e promoção pelos órgãos estatais,<sup>35</sup> razão pela qual, prestações básicas em matéria de direi-

<sup>30</sup> V. especialmente COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Victor. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, Madrid: Trotta. 2003, apresentando e comentando um expressivo elenco de casos envolvendo os direitos sociais e o mínimo existencial não limitado à experiência da Argentina.

<sup>31</sup> Inventariando e comentando a jurisprudência constitucional da Colômbia, v. ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta (Dir.). **Jurisprudência constitucional sobre el derecho al mínimo vital**. Estudos Ocasiones CIJUS. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.

<sup>32</sup> V. aqui, entre outras (portanto, em caráter meramente ilustrativo) a decisão relatada pelo Ministro Celso de Mello (Agravo Regimental no RE nº 271.286-8/RS, publicada no DJU em 24.11.2000), onde restou consignado – igualmente em hipótese que versava sobre o fornecimento de medicamentos pelo estado (no caso, paciente portador de HIV) que a saúde é direito público subjetivo não podendo ser reduzido à “promessa constitucional inconsequente”. Entre muitos outros julgados que poderiam ser colacionados, v. a paradigmática decisão monocrática do STF proferida na ADPF nº 45, igualmente da lavra do Ministro Celso de Mello, afirmando – embora não tenha havido julgamento do mérito – a dimensão política da jurisdição constitucional e a possibilidade de controle judicial de políticas públicas quando se cuidar especialmente da implementação da garantia do mínimo existencial. Mais recentemente, v. a STA 241/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 10.10.08 (direito à educação, sufragada por decisões posteriores) e STA 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 17.03.10 (direito à saúde), bem como, por último, pela sua relevância, as decisões sobre o benefício de assistência social (LOAS), julgadas em 18.04.2013 (RE 567.985 – Mato Grosso, Relator Min. Marco Aurélio, Relator do Acórdão, Ministro Gilmar Mendes) e em 18.04.2013 (Reclamação 4.374 – Pernambuco, Relator Ministro Gilmar Mendes).

<sup>33</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana.... *Op. Cit.* p. 59-60.

<sup>34</sup> Sobre esta temática, remetemos igualmente ao nosso “Dignidade...”, p. 88-89, assim como, de modo especial, ao ensaio de KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153 e ss.

<sup>35</sup> V. por todos HÄBERLE, Peter. A Dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**.





tos e deveres culturais (notadamente no caso da educação fundamental e destinada a assegurar uma efetiva possibilidade de integração social, econômica, cultural e política ao indivíduo), mas também o acesso a alguma forma de lazer, estariam sempre incluídas no mínimo existencial, o que também corresponde, em termos gerais, ao entendimento consolidado na esfera da doutrina brasileira sobre o tema, tal como já sinalizado.

Dito isso, o que importa, nesta quadra, é a percepção de que o direito a um mínimo existencial independe de expressa previsão no texto constitucional para poder ser reconhecido, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, onde também não houve uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Mas é precisamente o caso de países como o Brasil (o mesmo se verifica em outros Estados Constitucionais que asseguram um conjunto de direitos fundamentais sociais no plano constitucional) que revelam o quanto a relação entre o mínimo existencial e os direitos fundamentais nem sempre é clara e o quanto tal relação apresenta aspectos carentes de maior reflexão, a começar pela própria necessidade de se recorrer à noção de mínimo existencial quando o leque de direitos sociais cobre todas as suas possíveis manifestações.

A exemplo do que ocorre com a dignidade da pessoa humana, que não pode ser pura e simplesmente manejada como categoria substitutiva dos direitos fundamentais em espécie, também o mínimo existencial, mesmo quando se cuida de uma ordem constitucional que consagra um conjunto de direitos sociais, não pode (ou, pelo menos, não deve) ser considerado como inteiramente fungível no que diz com sua relação com os direitos sociais, de modo a guardar uma parcial e sempre relativa autonomia, que lhe é assegurada precisamente pela sua conexão com a dignidade da pessoa humana. Qual o grau possível de autonomia (no sentido de um objeto e âmbito de proteção próprio) de um direito ao mínimo existencial na CF de 1988, que contempla todos os direitos sociais que usualmente são de algum modo relacionados ao mínimo existencial (há que considerar que nem todas as constituições que consagram direitos sociais o fazem com tanta amplitude como a nossa) é ponto que poderia merecer maior atenção, embora não seja aqui o momento próprio<sup>36</sup>.

---

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 116 e ss.

<sup>36</sup> Cf. ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.





De fato, o Estado reservou a si a titularidade dos serviços públicos de saúde, educação, previdência, assistência, dentre outros, justamente para satisfazer o leque de direitos e garantias individuais e sociais previstos na Constituição de 1988<sup>37</sup>.

Tanto do ponto de vista teórico, quanto de uma perspectiva prática, a relação entre o mínimo existencial e os diversos direitos fundamentais sociais tem sido marcada por uma doutrina e jurisprudência que em boa medida dão suporte à tese de que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna representa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade<sup>38</sup>.

Tal entendimento, conquanto possa ter a (aparente) virtude de auxiliar na definição do conteúdo essencial dos direitos sociais, notadamente quanto ao recorte dos aspectos subtraídos a intervenções restritivas dos órgãos estatais e mesmo vinculativas dos particulares, não evita a perda de autonomia dos direitos fundamentais sociais, pois se o núcleo essencial dos direitos e o mínimo existencial se confundem em toda a sua extensão, então a própria fundamentalidade dos direitos sociais estaria reduzida ao seu conteúdo em mínimo existencial, o que, aliás, encontra adesão por parte de importante doutrina, que, inclusive, chega, em alguns casos, a adotar tal critério como fator de distinção entre os direitos fundamentais e os demais direitos sociais, que, naquilo que vão além do mínimo existencial<sup>39</sup>, não seriam sequer direitos fundamentais, posição esta que seguimos refutando, sem que, contudo, aqui se possa avançar na questão. Apenas para registrar o nosso ponto de vista, direitos fundamentais (o que se aplica também aos direitos sociais) são todos aqueles como tais consagrados na CF, dotados regime-jurídico especial e reforçado que lhes foi também atribuído pela ordem constitucional.

É nessa perspectiva que – para espantar qualquer dúvida a respeito - comunicamos do entendimento de que todos os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial, núcleo este que, por outro lado, não se confunde com seu conteúdo em dignidade da pessoa humana (ou, no caso dos direitos sociais, com o mínimo existencial), embora em maior ou menor medida, a depender do direito em causa, um conteúdo em dignidade humana e/ou uma conexão com o mínimo existencial se faça presente, do

<sup>37</sup> ZANCANER, Weida. Limites e Confrontações entre o Público e o Privado. In: Romeu Felipe Bacellar Filho (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 342.

<sup>38</sup> Cf., por exemplo, seguindo esta linha argumentativa, MARTINS, Patrícia do Couto V. A. A Proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico. In: GARCIA, Emerson. (Coord.). **A Efetividade dos Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 412 e ss., referindo-se, todavia, à noção de necessidades básicas como núcleo essencial dos direitos sociais (noção esta similar a de um mínimo existencial), núcleo este blindado contra medidas de cunho retrocessivo.

<sup>39</sup> Esta, por exemplo, a posição advogada por TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 40-3; 53-4.





que não apenas podem, como devem, ser extraídas conseqüências para a proteção e promoção dos direitos fundamentais<sup>40</sup>.

No caso da CF, que consagrou os direitos sociais como direitos fundamentais e, de resto, contempla um leque amplo de direitos sociais (saúde, educação, moradia, alimentação, transporte, previdência, assistência social, trabalho, proteção da criança e do adolescente, do idoso, da maternidade), o caráter subsidiário da garantia do mínimo existencial (na condição de direito autônomo) é de ser sublinhado. Por outro lado, desde que não se incorra na tentação (já que os argumentos nesse sentido são sedutores) de cancelar a identificação total entre o núcleo essencial dos direitos sociais e o mínimo existencial, a noção de um mínimo existencial, tal como já demonstra também a evolução doutrinária e jurisprudencial brasileira, opera como relevante critério material (embora não exclusivo) para a interpretação do conteúdo dos direitos sociais, bem como para a decisão (que em muitos casos envolve um juízo de ponderação) a respeito do quanto em prestações sociais deve ser assegurado mesmo contra as opções do legislador e do administrador, mas também no âmbito da revisão de decisões judiciais nessa seara. Por outro lado, precisamente no âmbito de tal processo decisório (que envolve o controle das opções legislativas e administrativas) não se deve perder de vista a circunstância de que, *quando for o caso*, o que se poderia designar de um “conteúdo existencial” não é o mesmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social, lazer etc.) não dispensando, portanto, a necessária contextualização em cada oportunidade que se pretender extrair alguma conseqüência jurídica concreta em termos de proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu conteúdo essencial, seja ele, ou não, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana.

Esta linha de entendimento, como se depreende de uma série de julgados, parece estar sendo privilegiada pelo STF, muito embora nem sempre este se tenha posicionado com clareza sobre a relação entre o núcleo essencial dos direitos sociais e o mínimo existencial, especialmente quanto ao fato de se tratar, ou não, de categorias fungíveis. De qualquer modo, impende sublinhar que no que diz com a orientação adotada pelo STF, os direitos sociais e o mínimo existencial exigem sejam consideradas as peculiaridades do caso de cada pessoa, visto que se cuida de direitos que assumem uma dimensão individual e coletiva, que não se excluem reciprocamente, cabendo ao poder público assegurar, pena de violação da proibição de proteção insuficiente, pelo menos as prestações sociais que dizem respeito ao mínimo existencial<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Trilhando o mesmo caminho, ou seja, adotando a tese da distinção entre o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais (inclusive sociais), v. por último, LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Mínimo Existencial versus Mínimo Vital... *Op. Cit.* p. 547 e ss.

<sup>41</sup> Cf., paradigmaticamente, na decisão proferida na STA 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 17.03.2010.





Ainda sobre a relação entre o mínimo existencial e os direitos sociais, convém lembrar que mesmo tendo sido expressamente previstos no texto constitucional, os direitos sociais, a despeito de sua direta aplicabilidade na condição de normas de direitos fundamentais (no sentido de que os órgãos judiciais podem aplicar tais normas ainda que não tenham sido objeto de regulamentação legislativa), dependem em grande medida de uma concretização pelo legislador e pela administração pública, portanto, de uma teia complexa e dinâmica de atos legislativos, atos normativos do poder executivo, de políticas públicas, etc.

O problema maior relaciona-se, portanto, com a aplicabilidade dos aludidos direitos sociais, tal qual preconizada pela Constituição de 1988.

Nesse passo, interessante é a classificação<sup>42</sup> proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>43</sup>, em que se busca aclarar a força normativa dos preceitos constitucionais que tratam da justiça social, dividindo as normas constitucionais atinentes à Justiça Social em três grupos, cujo critério de classificação é a investidura, em prol dos administrados, de direitos mais ou menos amplos, descendentes direta e imediatamente do Texto Constitucional.

Assim, as normas constitucionais concernentes à Justiça Social são divididas em:

(i) Normas concessivas de poderes jurídicos<sup>44</sup> aos administrados, independentemente de prestação alheia (sem a necessidade do surgimento de uma relação jurídica individual e concreta), outorgando de imediato uma utilidade concreta, consistente em um desfrute positivo aliado à prerrogativa de exigir que se afaste a conduta de outrem que a embarce ou perturbe. Como exemplos, o “direito de ir e vir”, o “direito de propriedade”, o direito à vida etc.

(ii) Normas atributivas de direito a fruir, imediatamente, benefícios jurídicos concretos, cujo gozo se faz por meio de prestação positiva alheia, que, se negada, pode ser exigida judicialmente do Estado.

Um dos exemplos dado pelo professor é a norma preconizada no artigo 7º, IV, que dispõe ser direito do trabalhador o “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com

<sup>42</sup> Não desconhecemos a importância das demais classificações propostas em relação às normas constitucionais, em especial a elaborada por SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. Contudo, para os fins deste estudo, parece-nos mais operativa a classificação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, na medida em que enfoca as normas constitucionais frente ao que elas podem fornecer ao cidadão, ou seja, indicam a posição jurídica em que os administrados se vêem imediatamente investidos em decorrência das regras constitucionais. Quanto às demais classificações, citem-se, também, as importantes contribuições de DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001; e BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1982.

<sup>43</sup> **A Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

<sup>44</sup> Embora sem mencionar expressamente, o Professor Celso Antônio adota a separação entre (a) direito e poder e (b) obrigação e dever, proposta por Santi Romano.





moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

Assim, para o jurista, o dispositivo é operativo por si, por estabelecer direito à fruição da utilidade deferida, sendo nula a disposição que fixar salário mínimo em montante inferior às necessidades de uma existência digna do trabalhador e de sua família.

Prossegue demonstrando que o caráter de fruição imediata desse direito enseja ao trabalhador a propositura de ação de responsabilidade patrimonial do Estado pela diferença de valor inconstitucionalmente deduzida. Ademais, os trabalhadores, mediante dissídio coletivo, poderão buscar o reconhecimento *in concreto* do valor salarial mínimo a que fazem jus, por força da regra constitucional<sup>45</sup>.

(iii) Normas constitucionais que, sem indicar os caminhos a serem seguidos pelo legislador ordinário, veiculam em seu conteúdo uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público. Essas normas conferem aos administrados, de imediato, direito de se oporem judicialmente aos atos do Poder Público que contrariem tais finalidades. Como exemplos, o professor cita o princípio da busca do pleno emprego e da função social da propriedade.

Com base nesta classificação, pode-se afirmar que os direitos sociais veiculam normas que conferem direitos aos administrados, mas dependem de prestação alheia.

Mais do que o próprio direito subjetivo em si a ser garantido, é importante que seja realizada uma tutela igualitária dos direitos sociais para toda a sociedade.

Com efeito, conforme ensina Daniel Wunder Hachem<sup>46</sup>, o diminuto grau de fruição dos direitos sociais no Brasil é um óbice ao aumento do índice de desenvolvimento humano, servindo-se como forma de manutenção das graves desigualdades existentes em nossa sociedade. A sua efetivação prioritariamente pelo Poder Judiciário, em ações individuais propostas pelas classes média e alta da população, não pode ser considerada uma solução satisfatória; ao contrário: ela contribui para a ampliação do abismo entre os mais ricos e os mais pobres, já que aqueles que possuem recursos financeiros

<sup>45</sup> No tocante ao salário mínimo, cabe breve menção ao seguinte episódio: na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1442/DF, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e a Central Sindical e de Luta excluída por legitimidade ativa questionaram, dentre outros dispositivos, a inconstitucionalidade do art. 25, I, do Decreto nº 2004, de 19 de janeiro de 1991, que altera a Lei nº 4.315, de 1964, a qual estabelece, no artigo 1º, da Medida Provisória nº 1.415/96, que estabelecia um salário mínimo de R\$112,00, violador da norma constitucional prevista no artigo 7º, IV, por não atender às necessidades vitais básicas do trabalhador. Neste julgamento, o relator, Ministro Celso de Mello, assentou: “Com efeito, a cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da CF, que estabelece o direito à remuneração adequada, não se refere apenas às partes envolvidas na referida ação, esse raciocínio pode ser aplicado para além da proclamação da garantia social do salário mínimo, consubstanciando verdadeira imposição legítima, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vincular a efetivação de uma prestação positiva destinada a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. (...)”

<sup>46</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, vol. 15, nº 53, p. 51-61, jul. 2010. Por constitucionais de índole jurídico social e de caráter econômico-financeiro -, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, **REVISTA DE INVESTIGACIONES CONSTITUCIONALES**, de 2010, p. 109. remuneratório, em caráter permanente (...) Em suma: o valor mensal de R\$112,00 – que corresponde a um valor salarial diário de R\$3,73 é *aviltante e é humilhante*. Ele, na verdade, reflete importância evidentemente insuficiente para propiciar ao trabalhador e aos membros de sua família um padrão digno de vida.” (destaques nossos).

Ocorre que, apesar da irrepreensível argumentação do relator, este entendeu que a ação a ser proposta deveria







e informações para alcançar a tutela judicial dos seus direitos individualmente acabam por afastar, para a seu proveito próprio, valores que seriam reservados ao atendimento dos mais necessitados. Logo, conclui o professor, que a ação judicial não é exclusiva, nem a principal, nem o meio mais apropriado para a promoção dos direitos fundamentais sociais, em que pese ser uma possível e indispensável via para tanto.

E o professor Daniel<sup>47</sup> prossegue esclarecendo que é inservível garantir a concretização dos direitos fundamentais sociais somente a uma pequena parte da população que consegue acessar o Poder Judiciário, marginalizando todos os demais titulares das mesmas pretensões jurídico-subjetivas, que não alcançam a proteção dos seus direitos pela via jurisdicional. O que deve ser feito, ao mesmo tempo em que se visa à busca de instrumentos *judiciais* de tutela dos direitos sociais, é identificar, no ordenamento jurídico, mecanismos *administrativos* que ofereçam uma tutela não apenas *eficaz* de tais direitos, mas, especialmente, *igualitária*.

De toda a sorte, não há negar que, muitas vezes, o texto constitucional nada ou pouco diz sobre o conteúdo do direito, como se verifica no caso dos direitos à moradia, alimentação, transporte e lazer, pois no caso dos direitos à saúde, educação, previdência e assistência social, assim como no caso da proteção do trabalhador, a própria CF apresenta algumas diretrizes que vinculam positiva e negativamente os atores estatais. No âmbito de uma proibição de retrocesso, por exemplo, o que em geral está em causa não é a supressão do direito do texto constitucional, mas a redução ou supressão (de alguma maneira) de prestações sociais já disponibilizadas na esfera das políticas públicas, que, portanto, não podem ser artificialmente excluídas do processo de decisão judicial e das considerações sobre o quanto integram, ou não, o conteúdo essencial do direito. Não é à toa que Gomes Canotilho de há muito sustenta que o núcleo essencial legislativamente concretizado de um direito social constitucionalmente consagrado opera como verdadeiro direito de defesa contra a sua supressão ou restrição arbitrária e desproporcional, ainda mais quando inexistem outros meios para assegurar tal conteúdo essencial<sup>48</sup>.

No mesmo sentido, acentua Emerson Gabardo<sup>49</sup> caber “ao Estado de bem-estar, como atividade que lhe é própria, responsabilizar-se pelo incremento civilizatório da sociedade, protegendo os indivíduos em face da possibilidade de retrocesso sociocultural, socioeconômico e socioambiental”.

Por derradeiro, situando-nos, ainda, na esfera da compreensão da fundamentação jurídico-constitucional e do conteúdo de um direito (garantia) ao mínimo existencial, importa sublinhar a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e

<sup>47</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 66.

<sup>48</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 339-40.

<sup>49</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 178.







acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas (direitos subjetivos) negativos e positivos correspondentes ao mínimo existencial, o que evidentemente não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluir outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial,<sup>50</sup> lembrando que no caso brasileiro os direitos sociais, ainda mais considerando a inserção dos direitos à moradia, à alimentação e ao transporte, em termos gerais cobrem os aspectos usualmente reconduzidos a um mínimo existencial, o que, mais uma vez, comprova que a noção de mínimo existencial exige um tratamento diferenciado de lugar para lugar, especialmente quando se trata de ordens constitucionais com ou sem direitos fundamentais sociais.

De fato, o mínimo existencial não é uma categoria universal, mas varia de lugar para lugar, inclusive dentro de um mesmo país, como, aliás, já assinalou Fernando Facury Scaff<sup>51</sup>.

### 3. O MÍNIMO EXISTENCIAL NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COM DESTAQUE PARA O STF

À vista do exposto e buscando identificar algumas conexões entre os diversos segmentos da presente contribuição, notadamente para o efeito de enfatizar o vínculo entre direitos fundamentais, mínimo existencial e justiça constitucional, resulta evidente que o reconhecimento de um direito (garantia) ao mínimo existencial, seja numa perspectiva mais restrita (mais próxima ou equivalente a um mínimo vital ou mínimo fisiológico), seja na dimensão mais ampla, de um mínimo existencial que também cobre a inserção social e a participação na vida política e cultural (precisamente o entendimento aqui adotado e que corresponde à concepção consagrada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e ao que tudo indica na doutrina e jurisprudência brasileira), constitui ao mesmo tempo condição para a democracia (ainda mais na esfera de um Estado Social de Direito) e limite desta mesma democracia. Ao operar, especialmente no âmbito de atuação da assim chamada jurisdição constitucional, como limite ao legislador, implicando inclusive a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade material de ato legislativo (como, de resto, de qualquer ato

<sup>50</sup> É precisamente neste sentido que compreendemos a proposta de Barcellos, Ana Paula. *Op. Cit.* p. 247 e ss., ao incluir no mínimo existencial a garantia da educação fundamental, da saúde básica, da assistência aos desamparados e do acesso à justiça, pena de fecharmos de modo constitucionalmente ilegítimo (ou, pelo menos, problemático) o acesso à satisfação de necessidades essenciais, mas que não estejam propriamente vinculadas (pelo menos, não de forma direta) às demandas colacionadas pela autora.

<sup>51</sup> SCAFF, Fernando F. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, vol. 7, n. 32, jul./ago. 2005. p. 217.





do poder público), a garantia do mínimo existencial se integra, no contexto do Estado Constitucional, ao conjunto do que já se designou de “trunfos” contra a maioria<sup>52</sup>, pois se trata de algo subtraído – em alguma medida – à livre disposição dos poderes constituídos, inclusive ao legislador democraticamente legitimado.

Por outro lado, também no que diz com o mínimo existencial, é perceptível que procedimentalismo e substantivismo não são necessariamente inconciliáveis<sup>53</sup>, muito antes pelo contrário, podem operar de modo a se reforçarem reciprocamente, assegurando assim uma espécie de concordância prática (Hesse) entre as exigências do princípio democrático e a garantia e promoção dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando em causa as condições materiais mínimas para uma vida condigna.

Um exemplo digno de atenção, extraído da experiência dinâmica da jurisdição constitucional, é o da já referida e relativamente recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (09.02.2010), onde, a despeito de retomada a noção de que toda e qualquer pessoa é titular de um direito (subjeto) às condições materiais mínimas para que possa fruir de uma vida com dignidade, merece ser sublinhada a manifestação do Tribunal no sentido de que ao legislador é deferida uma margem considerável de ação na definição da natureza das prestações estatais que servem ao mínimo existencial, mas também dos critérios para tal definição. Por outro lado, tal liberdade de conformação encontra seus limites precisamente na própria garantia do mínimo existencial, de tal sorte que nesta mesma decisão o Tribunal Constitucional veio a declarar a inconstitucionalidade parcial da legislação submetida ao seu crivo. Entre as diretrizes estabelecidas pelo Tribunal, está a de que para a definição do conteúdo das prestações exigíveis por parte do cidadão, o legislador está obrigado a avaliar de

<sup>52</sup> Nesse sentido, na esteira das já consideradas clássicas observações de Ronald Dworkin (v. na obra “Taking Rights Seriously”), v. no âmbito da doutrina alemã, ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, quando aborda a formação da vontade estatal e, em síntese, aponta conexão e tensão entre direitos fundamentais e princípio democrático (p. 498-99), e, na literatura em língua portuguesa, inclusive com particular referência aos direitos sociais, NOVAIS, Jorge Reis. **Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010. p. 319 e ss.

<sup>53</sup> Na literatura nacional, explorando as diversas facetas da problemática, inclusive da legitimidade da jurisdição constitucional, v. dentre tantos, os excelentes estudos de SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 (do mesmo autor, v., ainda **Hermenêutica Jurídica e(m) Debate. O Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007), STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 (do mesmo autor v. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, bem como **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, 3. ed. São Paulo: RT, 2013; CATTONI, Marcelo (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**, Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, com destaque para as contribuições do próprio Marcelo Cattoni e de Menelick de Carvalho Neto; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Ronald Dworkin e Robert Alexy**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Justiça Constitucional e Democracia na América Latina**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.





modo responsável e transparente, mediante um procedimento controlável e baseado em dados confiáveis e critérios de cálculo claros, a extensão concreta das prestações vinculadas ao mínimo existencial.

A deferência para com o legislador (e, portanto, para com o órgão legitimado pela via da representação popular), todavia não acaba por aí. Com efeito, reiterando decisões anteriores, o Tribunal – mediante exercício do assim chamado *judicial self restraint*<sup>54</sup>, acabou não pronunciando a nulidade dos dispositivos legais tidos por ofensivos ao mínimo existencial constitucionalmente garantido e exigido, mas assinou prazo ao legislador para que ele próprio, no âmbito do processo político e democrático, venha a providenciar nos ajustes necessários, corrigindo sua própria obra e adequando-a aos parâmetros constitucionais. É claro que também a tradição alemã, ainda que sejam poucos os casos concretos onde se utilizou do expediente do apelo ao legislador, igualmente demonstra a seriedade com a qual a decisão do Tribunal Constitucional é recebida pelos órgãos legislativos (sem prejuízo de fortes críticas), de tal sorte que em todos os casos o legislador – embora lançando mão da sua liberdade de conformação – correspondeu aos apelos e revisou suas opções anteriores, ou mesmo, nos casos de omissão, editou a regulamentação exigida pelo Tribunal Constitucional. Aliás, também aqui a trajetória inicial (acima descrita, inclusive com menção às decisões judiciais superiores) do reconhecimento da garantia do mínimo existencial já se manifestara fecunda, visto que foi precisamente a falta de previsão legislativa de uma prestação estatal destinada a assegurar uma vida condigna a quem não dispõe de recursos próprios, que motivou fosse acessada a jurisdição constitucional, designadamente para impulsionar o legislador a inserir tais prestações na codificação social alemã.

Tal linha de ação, mediante a qual a Corte Constitucional não fulmina (pelo menos num primeiro momento) de nulidade o regramento legislativo, não é desconhecida no Brasil e já foi utilizada em algumas ocasiões. Destaca-se, nesse contexto, especialmente pelo fato de se tratar de decisão que envolveu a noção de mínimo existencial (razão de sua referência e do paralelo com a decisão alemã), a recente decisão do STF sobre o benefício de assistência social e a forma de sua regulação pela LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social). Sem que se vá adentrar o mérito propriamente dito da questão<sup>55</sup>, que já vem ocupando doutrina e jurisprudência há muito tempo (lembre-se

<sup>54</sup> Sobre o tema, v., entre nós, especialmente MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>55</sup> Para análise específica da evolução histórica do entendimento do STF quanto à constitucionalidade do artigo 20, §3º da LOAS (Lei nº 8.742/93), ver ZOCKUN, Carolina Zancaner. Intervenção do Estado na Ordem Social – A Assistência Social na visão do STF. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et alli* (Coords.). **O Direito Administrativo na Jurisprudência do STF e STJ** – Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.





que o STF havia declarado a constitucionalidade do dispositivo legal impugnado<sup>56</sup>), o que aqui se pretende sublinhar é que também nesse caso o STF, reconhecendo a inadequação constitucional dos critérios legais – por violação também e especialmente da garantia de um mínimo existencial – acabou não aplicando a sanção da nulidade. Com efeito – fazendo inclusive referência expressa ao julgado do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 09.02.2010 (Hartz IV) – o STF, por maioria, reconheceu a existência de um processo gradual inconstitucionalização do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 (LOAS), desembocando, na decisão ora referida, na declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, sem, contudo, pronunciar de imediato a sua nulidade, porém mantendo-o em vigor até 31.12.2014, de modo a permitir – num prazo razoável – ao Poder Legislativo (e também ao Poder Executivo, no âmbito de seu poder regulamentar e das respectivas políticas públicas de assistência social) a adoção das medidas necessárias ao ajuste da situação tida como contrária à Constituição Federal<sup>57</sup>.

A despeito da manutenção, em caráter substancial e como regra praticada pelo Tribunal alemão e pelo STF, das premissas acima colacionadas, merece referência, pela sua estreita vinculação com o tema e levando em conta a diversa postura adotada pela Corte, a mais recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha envolvendo o mínimo existencial. Nesse caso, julgado em 18.07.12, o Tribunal, para além de reafirmar em termos gerais o que já foi objeto de referência logo acima, designadamente quanto ao conceito e conteúdo do mínimo existencial, também declarou a incompatibilidade com a Lei Fundamental (no caso, com o direito e garantia ao mínimo existencial e com a dignidade da pessoa humana), da legislação que, desde 1993, não atualizou o valor do benefício assistencial em espécie alcançado a estrangeiros que estão solicitando asilo na Alemanha, ordenando ao Legislador que, em caráter praticamente imediato, corrigisse tal estado de coisas. Mas o Tribunal – e aqui reside a novidade da decisão – foi além, elaborando regra de transição e determinando que, enquanto não efetivada a alteração legal, fosse pago, a título de prestação social, valor previsto e calculado de acordo com critérios legais já existentes no código de proteção social, aplicáveis à hipótese em caráter precário. Tal decisão, embora no caso alemão se trate de uma prestação social e no brasileiro do exercício de um direito de liberdade, guarda forte relação com a técnica decisória utilizada pelo STF quando da alteração de sua posição sobre o direito de greve dos servidores públicos, proferida em sede de Mandado de Injunção, ocasião na qual a Suprema Corte brasileira, à míngua de legislação específica, tal como previsto na CF, determinou fosse aplicada (sem prejuízo de ajustes promovidos caso a caso pelo Poder Judiciário, de modo a proteger interesses e direitos conflitantes) a legislação em vigor para a greve na esfera da iniciativa privada.

<sup>56</sup> V. julgamento da ADI 1.232, Relator Ministro Ilmar Galvão, Relator para o Acórdão Ministro Nelson Jobim, DJ de 01.06.2001.

<sup>57</sup> Cf. Reclamação 4.374 – Pernambuco, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 18.04.2013.





Se ambas as decisões (do Tribunal Constitucional Federal e do STF) podem ser enquadradas como representando um elevado grau de intervenção judicial na esfera de atuação do Poder Legislativo, reconduzidas, portanto, ao que se designa de uma “postura ativista”, o mesmo não ocorre – como já sumariamente demonstrado, nos outros dois casos, julgados pelas mesmas Cortes (Hartz IV e LOAS), os quais já demonstram a existência de um caminho alternativo menos “invasivo”, se é que é legítimo considerar as decisões referidas como efetivamente invasivas (em termos de relação entre os órgãos estatais), pois a Jurisdição Constitucional operou em face de um quadro – respeitadas as diferenças entre os casos e suas circunstâncias – de manifesta e longa omissão legislativa e à vista dos graves problemas daí decorrentes. Em todas as situações, ademais, os respectivos Tribunais não deixaram de frisar que a tarefa de estabelecer em caráter definitivo o valor da prestação (caso alemão) ou a regulação do exercício da greve dos servidores públicos (caso brasileiro) – e mesmo os ajustes dos critérios estabelecidos pela LOAS – é do Poder Legislativo, cabendo à Jurisdição Constitucional um papel eminentemente corretivo e indutivo.

O quanto tal caminho se revela produtivo para o caso brasileiro, seja no que diz com a definição do mínimo existencial (abarcando a definição de seu conteúdo e das respectivas conseqüências jurídicas) seja quanto ao modo de atuação da Jurisdição Constitucional nessa seara, ainda está longe de ser satisfatoriamente equacionado. A prática decisória dos tribunais brasileiros, especialmente, para o que nos interessa de perto neste texto, no âmbito do STF, revela que se trata de tema em fase de expansão qualitativa e quantitativa, mas que exige uma especial consideração do modelo constitucional brasileiro e do respectivo contexto social, econômico e político, além da construção de uma dogmática constitucionalmente adequada e que esteja em harmonia com os demais direitos fundamentais. Aliás, é precisamente nessa seara que os desafios são particularmente prementes, pois, consoante já referido, sem prejuízo de seu relevante papel para a compreensão e efetivação dos direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial não deveria pura e simplesmente assumir lugar de tais direitos.

Por outro lado, um rápido olhar sobre o direito comparado – com destaque para os casos da Alemanha e de Portugal – revela que nem sempre (o que por si só não é necessariamente negativo ou mesmo positivo) os órgãos da jurisdição constitucional brasileira são sensíveis aos limites da própria noção de mínimo existencial na nossa própria ordem constitucional. Por um lado, quando se invocou (e há outros exemplos que poderiam ser citados) a noção de mínimo existencial com o intuito de fundamentar a tese da proibição de retrocesso aplicada à contribuição dos inativos de servidores públicos muito bem remunerados, ainda mais com arrimo em precedente do Tribunal Constitucional de Portugal que dizia respeito a benefícios de assistência social de valor





baixo mesmo para o caso do Brasil<sup>58</sup>, é possível criticar um uso por vezes inflacionário e mesmo retórico da noção de mínimo existencial.

Igualmente não muito bem digerida e manejada entre nós, pelo menos em diversos casos, é a idéia de que o mínimo existencial encontra-se sempre subtraído à disposição dos poderes constituídos e que a definição de seu conteúdo em definitivo é tarefa cometida à Jurisdição Constitucional. Ainda que a situação no Brasil seja diferente, nunca é demais lembrar que tanto na Alemanha, quanto em Portugal (apenas para mencionar duas ordens constitucionais muito influentes para o caso brasileiro) a própria definição do conteúdo do mínimo existencial é deferida em regra e em primeiríssima linha ao legislador, que, além do mais, deve estabelecer critérios claros, universais e isonômicos, embora simultaneamente deva (como ficou bem assentado na relativamente recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, acima referida) a legislação preservar as circunstâncias pessoais de cada indivíduo titular do direito, pois diferentes as necessidades de cada um. Salvo em casos excepcionais, também é verdade que os Tribunais Constitucionais da Alemanha e Portugal não substituíram as opções do legislador nessa seara pela sua própria. Se o caminho trilhado pela justiça constitucional brasileira, designadamente pelo STF, é mais ou menos correto do que o revela a experiência estrangeira aqui rapidamente apresentada, não está aqui em causa (até mesmo consideradas as diferentes realidades e diversas tradições jurídicas e políticas), mas sim, que a maior correção (ou não) do modo pelo qual se intervém nas decisões legislativas e administrativas com base na noção do mínimo existencial, deveria ser cada vez mais objeto de detida reflexão e aperfeiçoamento. De qualquer sorte, mais do que esgrimir uma bandeira a favor ou contra o “ativismo judicial”, é preciso, à vista do contexto brasileiro (na dimensão jurídica-constitucional, política, econômica e social) encontrar um caminho adequado e equilibrado de interação entre os órgãos estatais, visto que a busca da efetividade da ordem constitucional é tarefa cometida a todos.

#### 4. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta (Dir.). **Jurisprudência constitucional sobre el derecho al mínimo vital**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.

ARNAULD, Andreas von. Das Existenzminimum. In: ARNAULD, Andreas von; MUSIL, Andreas (Ed.). **Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

<sup>58</sup> Cf. foi o caso do voto do Min. Celso de Mello no Mandado de Segurança 24. 875-1 Distrito Federal, julgado em 11/05/2006.





BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexos da constitucionalização do direito administrativo – Pessoa humana, processo e contrato administrativo. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 81, set./out. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCn-td=97904>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

BACHOF, Otto. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. In: **Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer**, nº 12, 1954.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **A Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 153.

BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Editora Abeledo-Perrot, 1990.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais. Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial – O Papel do Poder Judiciário**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Victor. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, Madrid: Trotta, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e (m) Debate. O Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.





HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015, p. 65.

HERRERA, Carlos Miguel. **Les Droits Sociaux**, Paris: PUF, 2009.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Mínimo existencial versus mínimo vital: uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle jurisdicional das políticas públicas. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Org.), **Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais**: um dilema Brasil e Alemanha, Joaçaba: Editora UNOESC, 2013.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**, Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais, Efetivação no âmbito da democracia participativa**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LLORENTE, Francisco Rubio (Org.). **Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)**, Barcelona: Ed. Ariel, 1995.

MARTINS, Patrícia do Couto V. A. A Proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico. In: GARCIA, Emerson. (Coord.). **A Efetividade dos Direitos Sociais**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**, Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOREIRA, Isabel. **A solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Coimbra: Almedina, 2007.

NETO, Eurico Bitencourt. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Condigna**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NEUMANN, Volker. Menschenwürde und Existenzminimum. In: **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 1995.







NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais:** Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

PONTES DE MIRANDA, **Os Novos Direitos do Homem**, vol. I, Rio de Janeiro: Editorial Alba, 1933.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Ronald Dworkin e Robert Alexy**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 60.

SCAFF, Fernando F. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Revista Interesse Público**, n. 32, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums. In: **Juristenzeitung**, n. 13, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TAVARES, André Ramos (Coord.). **Justiça Constitucional e Democracia na América Latina**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2004.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana**, Petrópolis: Vozes, 2013.

ZACHER, Hans-Friedrich. Das soziale Staatsziel. In: **Isensee-Kirchhof (Org.). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBStR)**, vol. I, Heidelberg, CF Muller, 1987.

ZANCANER, Weida. Limites e Confrontações entre o Público e o Privado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo. Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Intervenção do Estado na Ordem Social – A Assistência Social na visão do STF. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et alli* (coord.). **O Direito Administrativo na Jurisprudência do STF e STJ – Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.





Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais



ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.







Licenciado sob uma Licença Creative Commons  
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46451>

## Princípios sobre o direito de acesso à informação oficial na América Latina\*

### *Principles of the right to access official information in Latin America*

**RICARDO PERLINGEIRO\*\***

Universidade Federal Fluminense (Brasil)  
[ricardoperlingeiro@id.uff.br](mailto:ricardoperlingeiro@id.uff.br)

**IVONNE DÍAZ\*\*\***

Universidade Nacional Autónoma do México (México)  
[ivonne.derecho@hotmail.com](mailto:ivonne.derecho@hotmail.com)

**MILENA LIANI\*\*\*\***

Universidade Católica Andres Bello (Venezuela)  
[milena.liani@gmail.com](mailto:milena.liani@gmail.com)

**Recebido/Received:** 18.04.2016 / April 18<sup>th</sup>, 2016  
**Aprovado/Approved:** 29.04.2016 / April 29<sup>th</sup>, 2016

Como citar esse artigo/How to cite this article: PERLINGEIRO, Ricardo; DÍAZ, Ivonne; LIANI, Milena. Princípios sobre o direito de acesso à informação oficial na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 143-197, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46451>.

\* Pesquisa resultante de projeto de pesquisa financiado pelo DAAD – Deutscher Akademischer Austauschdienst (Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico), Programa “Fachbezogene Hochschulpartnerschaften mit Hochschulen in Entwicklungsländern”, Projeto “Rechtsstaatlichkeit: Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika” (Projekt-ID: 50155723), Coordenação Geral: Prof. Dr. Hermann-Josef Blanke (Universität Erfurt), Coordenação brasileira: Prof. Dr. Ricardo Perlingeiro (Universidade Federal Fluminense). Texto inspirado na conferência “Princípios sobre o acesso à informação na América Latina”, ministrada por Ricardo Perlingeiro no IV Colóquio “Luso-Brasileiro Direito e Informação”, dia 18 de março de 2016, na Universidade do Porto, Portugal. Pela tradução de alguns trechos, do inglês e espanhol para o português, agradecimentos a Bernard Reis, Mestrando no Programa de Pós-Graduação Sociologia e Direito, da Universidade Federal Fluminense, e Defensor Público Federal no Rio de Janeiro.

\*\* Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (Rio de Janeiro – Rio de Janeiro, Brasil). Pesquisador convidado do Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer – FÖV (Speyer, Alemanha) (2006-2007). Coordenador brasileiro do Projeto DAAD Justiça Administrativa e fortalecimento do Estado de Direito na América Latina (2009-2012). Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro, Brasil). E-mail: [ricardoperlingeiro@id.uff.br](mailto:ricardoperlingeiro@id.uff.br).

\*\*\* Mestre em Direito pela Universidade Nacional Autónoma do México (México D.F., México). Participante do Projeto DAAD Justiça Administrativa e fortalecimento do Estado de Direito na América Latina (2009-2012). E-mail: [ivonne.derecho@hotmail.com](mailto:ivonne.derecho@hotmail.com).

\*\*\*\* Professora de Teoria Geral do Direito, Redação de Textos Jurídicos e Metodologia da Pesquisa Jurídica, da Universidade Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela). Participante do Projeto DAAD Justiça Administrativa e fortalecimento do Estado de Direito na América Latina (2009-2012). E-mail: [milena.liani@gmail.com](mailto:milena.liani@gmail.com).





## Resumo

O presente texto tem como ponto de partida os 10 princípios sobre o direito de acesso à informação, declarados, em 2008, pelo Comitê Jurídico Interamericano (CJI) da Organização dos Estados Americanos (OEA), e a Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública da OEA, de 2010, os quais sistematizam a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte I.D.H.). Trata-se de estudo comparado que – à luz da teoria dos direitos fundamentais – afere o nível da influência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em face da legislação e precedentes judiciais dos 18 Estados latino-americanos de origem ibérica sujeitos à Convenção Americana (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela). Em consequência, traz à evidência os pontos positivos e negativos das leis nacionais na América Latina acerca do acesso à informação.

**Palavras-chave:** acesso à informação; direitos fundamentais; Corte Interamericana de Direitos Humanos; princípios; América Latina.

## Abstract

*This article takes as its starting point the 10 principles of right to access information declared in 2008 by the Inter-American Juridical Committee (CJI) of the Organisation of American States (OAS), and the OAS's Inter-American Model Law on Access to Public Information, published in 2010, which systematise the case law of the Inter-American Court of Human Rights. It is a comparative study, which – in light of the theory of fundamental rights – contrasts the level of influence of the Inter-American System of Human Rights in terms of the legislation and judicial precedents of the 18 Latin-American countries that are of Iberian origin and are subject to the American Convention (Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Dominican Republic, Uruguay and Venezuela). Consequently, it points out the positive and negative aspects of the national laws governing information access in Latin America.*

**Keywords:** access to information; fundamental rights; Inter-American Court of Human Rights; principles; Latin America.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** Acesso à informação como um direito humano fundamental; **3.** Destinatários do dever de atender ao direito à informação; **4.** Âmbito de proteção do direito à informação; **5.** Dever de proteção contra o perigo do acesso à informação a outros direitos fundamentais; **5.1.** Limites do direito à informação; **5.1.1.** Reserva de lei na dogmática dos direitos fundamentais; **5.1.2.** Reserva de lei na América Latina; **5.1.3.** As limitações do direito à informação para proteção dos interesses públicos e interesses privados; **5.1.4.** Interesses comerciais e segredo industrial; **5.1.5.** Relações internacionais; **5.2.** Limites de limites do direito de acesso à informação; **5.2.1.** Interesse público prevalente; **5.2.2.** Ofensa grave a direitos humanos; **5.2.3.** Divulgação parcial; **5.2.4.** Temporalidade dos limites para proteção do interesse público; **5.2.5.** Limites dos limites para proteção do direito à privacidade; **5.2.6.** Informações inerentes a funções exercidas por funcionários públicos; **5.2.7.** Fatos, análises de fatos, informações técnicas e estatísticas; **5.2.8.** Política pública aprovada e exame ou auditoria concluídos; **6.** Garantias de proteção do direito à informação; **6.1.** Princípio da máxima divulgação; **6.2.** Direito à informação como direito universal; **6.3.** Direito de petição e direito a uma decisão fundamentada; **6.3.1.** Requerimento administrativo; **6.3.2.** Demonstração e comprovação dos pressupostos dos limites; **6.3.3.** Efeitos da omissão administrativa; **6.4.** Direito de recurso extrajudicial e judicial; **6.5.** Autoridades independentes e imparciais: extrajudiciais e judiciais; **6.6.** Divulgação proativa; **6.7.** Medidas punitivas contra a obstrução do direito à informação; **6.8.** Políticas públicas referentes ao acesso à informação; **7.** Considerações finais; **8.** Referências.





## 1. INTRODUÇÃO

Em conexão com a evolução do tema em nível mundial,<sup>1</sup> a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte I.D.H.), na decisão *Claude Reyes e outros v. Chile* de 2006, reconheceu a existência de um direito de acesso a informações oficiais – buscar e receber informações – com base no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que dispõe sobre a liberdade de pensamento e de expressão.<sup>2</sup> Com essa sentença, a Corte I.D.H. se tornou o primeiro tribunal internacional a reconhecer que o direito de acesso à informação pública é um direito humano fundamental.<sup>3</sup>

Na sequência, um significativo desenvolvimento ocorreu no cenário latino-americano, com a aprovação, em 2008, dos princípios sobre o direito de acesso à informação pelo Comitê Jurídico Interamericano (CJI) da Organização dos Estados Americanos (OEA), quais sejam:

*1. Em princípio, toda informação é acessível. 2. O acesso a informação se estende a todos os órgãos públicos e entes privados com recursos públicos. 3. O direito de acesso a informação se dirige a toda informação. 4. Os órgãos públicos devem difundir informação sobre suas funções e atividades. 5. Devem ser implementadas regras claras, justas, não discriminatórias e simples referente a requerimentos de informação. 6. As exceções do direito de acesso à informação devem ser estabelecidas por lei. 7. O ônus de prova para justificar qualquer negativa de acesso à informação deve recair sobre o órgão público. 8. Todo indivíduo deve ter o direito de recorrer contra qualquer negativa ou obstrução de acesso à informação. 9. Toda pessoa que intencionalmente negue ou obstrua o acesso à informação, violando as regras que garantem esse direito, deve estar sujeita a sanção. 10. Devem ser adotadas medidas de promoção e implementação do direito de acesso à informação.*<sup>4</sup>

Em 2010, a Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública e a Guia para sua Implementação, aprovadas pela Assembleia Geral da OEA, incorporaram a orientação jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso

<sup>1</sup> MENDEL, Toby. Access to information. In: VILLANUEVA, Ernesto (Org.). **Derecho de la información**. México: UNAM, 2007. p. 6.

<sup>2</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Claude Reyes e outros vs. Chile*. Sentença de 19 setembro de 2006. Disponível em: < <http://bit.ly/1EJmcBE> >. Acesso em: 2 jan. 2016.

<sup>3</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Inter-American Commission on Human Rights). **Acceso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas**. Costa Rica: OEA, 2015. p. 22. Disponível em: <<http://bit.ly/1OrOPIQ>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

<sup>4</sup> COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. **Principles on the right of access to information**. CJI/RES. 147 (LXXII-I-O/08). 7 de agosto de 2008. Disponível em: < <http://bit.ly/1nSf3fu> >. Acesso em: 2 jan. 2016. Ver também MENDEL, Toby. **O Direito a Informação na América Latina**. UNESCO, 2009. p. 13. Disponível em: < <http://bit.ly/1MVf6BA> >. Acesso em: 2 jan. 2016.





*Claude Reyes v. Chile* (2006), assim como os referidos princípios sobre acesso à informação do Comitê Jurídico Interamericano (2008).<sup>5</sup>

Nesse contexto, o presente estudo comparado – à luz da teoria dos direitos fundamentais – tem como ponto de partida os 10 princípios declarados pelo Comitê Interamericano e visa a aferir o nível da sua influência em face da legislação e precedentes judiciais dos 18 Estados latino-americanos de origem Ibérica sujeitos à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e, até 2013, Venezuela<sup>6</sup>). Em consequência, busca-se identificar os pontos positivos e negativos dos sistemas jurídicos nacionais na América Latina sobre o direito de acesso à informação.

A análise dos referidos princípios observará uma ordem lógica da dogmática dos direitos fundamentais:

*1. Acesso à informação como um direito humano fundamental. 2. Destinatários do dever de atender ao direito à informação. 3. Âmbito de proteção do direito à informação. 4. Dever de proteção contra o perigo do acesso à informação a outros direitos fundamentais. 4.1. Limites do direito à informação. 4.1.1. Reserva de lei na dogmática dos direitos fundamentais. 4.1.2. Reserva de lei na América Latina. 4.1.3. As limitações do direito à informação para proteção dos interesses públicos e interesses privados. 4.1.4. Interesses comerciais e segredo industrial. 4.1.5. Relações internacionais. 4.2. Limites de limites do direito de acesso à informação. 4.2.1. Interesse público prevalente. 4.2.2. Ofensa grave a direitos humanos. 4.2.3. Divulgação parcial. 4.2.4. Temporalidade dos limites para proteção do interesse público. 4.2.5. Limites dos limites para proteção do direito à privacidade. 4.2.6. Informações inerentes a funções exercidas por funcionários públicos. 4.2.7. Fatos, análises de fatos, informações técnicas e estatísticas. 4.2.8. Política pública aprovada e exame ou auditoria concluídos. 5. Garantias de proteção do direito à informação. 5.1. Princípio da máxima divulgação. 5.2. Direito à informação como direito universal. 5.3. Direito de petição e direito a uma decisão fundamentada. 5.3.1. Requerimento administrativo. 5.3.2. Demonstração e comprovação dos pressupostos dos limites. 5.3.3. Efeitos da omissão administrativa. 5.4. Direito de recurso extrajudicial e judicial. 5.5. Autoridades independentes e imparciais: extrajudiciais e judiciais. 5.6. Divulgação proativa. 5.7.*

<sup>5</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Model Inter-American Law on Access to Information**. AG/RES. 2607 (XL-O/10). 8 de junho de 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1nrf2hU>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

<sup>6</sup> Com a denúncia à Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Estado Venezuelano, em 10 de setembro de 2013, a Corte I.D.H. passa a ter competência em casos de violações aos direitos humanos ocorridas na Venezuela somente antes daquela data (**CIDH manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela**). Disponível em: <<http://bit.ly/1PjewZF>>. Acesso em: 12 fev. 2016).





*Medidas punitivas contra a obstrução do direito à informação. 5.8. Políticas públicas referentes ao acesso à informação.*

## 2. ACESSO À INFORMAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

*A informação é o oxigênio da democracia. Se as pessoas não sabem o que está acontecendo em sua sociedade, se as ações daqueles que as governam forem ocultadas, então eles não podem tomar uma parte significativa nos assuntos da sociedade. Mas a informação não é apenas uma necessidade para as pessoas - é uma parte essencial de um bom governo. Um mau governo precisa do segredo para sobreviver. Ele permite que a ineficiência, o desperdício e a corrupção prosperem. Como Amartya Sen, economista ganhador do prêmio Nobel, observou, não há fome em um país com governo democrático e uma imprensa relativamente livre. A informação permite que o cidadão possa escrutinar as ações do governo e é a base para um debate adequado e informado sobre tais ações.<sup>7</sup> (tradução nossa)*

O direito à informação é um direito de todos, cidadãos e não cidadãos; trata-se de um direito humano, originado na liberdade de pensamento e de expressão e que, portanto, precede ao Estado e não é apenas por ele outorgado; é um direito que se sujeita a limites somente mediante a lei.<sup>8</sup>

O Comitê Jurídico Interamericano da OEA prescreve que:

*O acesso à informação é um direito humano fundamental que estabelece que todos podem acessar a informação detida por órgãos públicos, sujeito somente a exceções limitadas, de acordo com uma sociedade democrática e proporcionais ao interesse que as justifique. Os Estados devem assegurar o respeito ao direito de acesso à informação, adotando legislação apropriada e colocando em prática os meios necessários para a sua implementação.<sup>9</sup>*

Na exposição de motivos da Lei Modelo Interamericana, está assinalado que “o acesso à informação é um direito humano fundamental e uma condição essencial para todas as sociedades democráticas”. Nesse sentido, é espelho da jurisprudência da Corte Interamericana, que segue reafirmando o direito de acesso à informação como parte integrante do direito à liberdade de pensamento e de expressão, “em razão das suas dimensões individual e social, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos

<sup>7</sup> MENDEL, Toby. **The Public's Right to Know**. Principles on Freedom of Information Legislation. London: ARTICLE 19, 1999. Disponível em: <<http://bit.ly/1YHR4n>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>8</sup> Sobre o conceito de direitos fundamentais, direitos humanos e direito natural positivado, ver PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 12-13.

<sup>9</sup> Principles on the right of access to information. Ponto resolutivo 1.







e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que estabelecem um direito positivo a buscar e receber informações”<sup>10</sup>, no que foi acompanhado apenas em parte pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que restringe o direito à informação a pessoas residentes ou com sede na Europa<sup>11</sup>.

Quanto à dimensão individual do direito de acesso à informação,

*os sistemas internacionais de direitos humanos têm destacado amplamente o fato de que o acesso à informação possui um caráter facilitador do exercício de outros direitos humanos, ou seja, o acesso à informação é, em muitos casos, imprescindível para que as pessoas possam efetivar outros direitos.*<sup>12</sup>

Da dimensão social, extrai-se o papel do acesso à informação de assegurar o controle democrático dos atos emanados pelo poder público, o que implica universalidade de acesso e dispensa de justificativa para os requerimentos individuais.

<sup>10</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil. Sentença de 24 nov. 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1KdWmN3>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

<sup>11</sup> UNIÃO EUROPEIA. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. 2012/C 326/02. Jornal Oficial da União Europeia C 326/391. Disponível em: <<http://bit.ly/1TWR8YH>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

<sup>12</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Acceso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas. Costa Rica: OEA, 2015. p. 22. Disponível em: <<http://bit.ly/1OrOPIQ>>. Acesso em: 16 mar. 2016.





O acesso à informação está consagrado como um direito fundamental autônomo nas Constituições da Bolívia<sup>13</sup>, Brasil<sup>14</sup>, Costa Rica<sup>15</sup>, Equador<sup>16</sup>, Guatemala<sup>17</sup>, México<sup>18</sup>, Nicarágua<sup>19</sup>, Panamá<sup>20</sup>, Paraguai<sup>21</sup>, Peru<sup>22</sup>, República Dominicana<sup>23</sup> e Venezuela<sup>24</sup>.

Em alguns Estados latino-americanos, a despeito da omissão das Constituições, os legisladores têm se antecipado, definindo o direito à informação como um direito fundamental. É o que ocorre com a legislação da Colômbia<sup>25</sup>, El Salvador<sup>26</sup>, Guatemala<sup>27</sup> e Uruguai<sup>28</sup>. Em Honduras, ainda que a lei não diga expressamente que o direito de acesso à informação pública é um direito fundamental, vemos que a ação judicial por sua violação é o *amparo*, ou seja, uma ação reservada para proteger os direitos constitucionais.<sup>29</sup>

<sup>13</sup> BOLÍVIA. Nueva Constitución Política del Estado. 2008. Arts. 21.6 e 242.4. Disponível em: <<http://bit.ly/1ou5MdZ>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>14</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Arts. 5 XXXIII, 37 § 3 II, e 216 § 2. Disponível em: <<http://bit.ly/1bJ9XW>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>15</sup> COSTA RICA. **Constitución Política de la República de Costa Rica**. 1949. Art. 30. Disponível em: <<http://bit.ly/1kT3RMP>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>16</sup> EQUADOR. **Constitución Política del Ecuador**. 2008. Arts. 18.2 e 91. Disponível em: <<http://bit.ly/1QXKlen>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>17</sup> GUATEMALA. **Constitución Política de la República de Guatemala**. 1993. Art. 30. Disponível em: <<http://bit.ly/1yjrZrS>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>18</sup> MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. 1917. Art. 6 A. Texto vigente em 2 fev. 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/1imezoW>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>19</sup> NICARÁGUA. **Constitución Política de la República de Nicaragua**. 1987. Art. 66. Disponível em: <<http://bit.ly/1Qts0mL>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>20</sup> PANAMÁ. **Constitución política de la República de Panamá**. 1972. Arts. 43 e 44. Texto atualizado pelos atos reformatórios de 1978, pelo ato constitucional de 1983 e os atos legislativos 1 de 1993, 2 de 1994, e 1 de 2004. Disponível em: <<http://bit.ly/1PERNIP>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>21</sup> PARAGUAI. **Constitución Nacional de la República del Paraguay**. 1992. Art. 28. Disponível em: <<http://bit.ly/1XkVTei>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>22</sup> PERU. **Constitución Política del Peru**. 1993. Arts. 2.4 e 5. Disponível em: <<http://bit.ly/1yOclRb>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>23</sup> REPÚBLICA DOMINICANA. **Constitución Política de la República Dominicana**. 2010. Art. 49.1. Disponível em: <<http://bit.ly/1ou7YC1>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>24</sup> VENEZUELA. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. 1999. Art. 143. Disponível em: <<http://bit.ly/1ZIAGdc>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>25</sup> COLÔMBIA. **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional**. Art. 4, frase 1. Lei 1.712, de 6 de março de 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/1qHCPVI>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>26</sup> EL SALVADOR. **Ley de Acceso a la Información Pública**. Considerando I. Decreto 534, de 3 de março de 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/1QtwMAw>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>27</sup> GUATEMALA. **Ley de Acceso a la Información Pública**. Art. 46. Decreto 57, de 22 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/1QtBpuA>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>28</sup> URUGUAI. **Ley de Acceso a la Información Pública**. Art. 2. Lei 18.381 de 17 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/20XI4Wv>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>29</sup> HONDURAS. **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. Art. 26. Decreto Legislativo 170 de 30 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://bit.ly/1yWl09H>>. Acesso em: 13 fev. 2016





Na verdade, de um modo geral, nos Estados cujas Constituições não se referem expressamente ao direito à informação (Chile, Colômbia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Uruguai e, principalmente, Argentina, que, até o momento, não editou uma lei geral de acesso à informação<sup>30</sup>), é comum verificarmos traços da transparência ou princípios que dependem de publicidade, e a jurisprudência de cortes constitucionais que asseguram a transparência como condição dos princípios básicos do Estado constitucional democrático.<sup>31</sup>

A Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, em 2014, afirmou que a “obrigação de garantir o acesso à informação por mandamento constitucional está a cargo do Estado”<sup>32</sup> e que a Constituição “estabelece o direito de acesso à informação pública como uma condição necessária para organizar uma república democrática”<sup>33</sup>, sendo indubitável que, a fim de que o direito à informação seja efetivamente garantido, “o Estado deve ditar urgentemente uma lei que, salvaguardando as normas internacionais sobre a matéria e o princípio da razoabilidade, regule de maneira exaustiva o modo como as autoridades públicas devem satisfazer esse direito”.<sup>34</sup>

Do mesmo modo, em 2007, o Tribunal Constitucional do Chile determinou que o direito à informação pública estivesse reconhecido em âmbito constitucional, “porque o direito de acessar as informações em poder dos órgãos do Estado faz parte da liberdade de expressão [...] prevista no art. 19.12 da Carta Fundamental”, e porque “o artigo 8 da Constituição Política [...] incluiu os princípios de probidade, publicidade e transparência na atuação dos órgãos do Estado”.<sup>35</sup>

A Sala Constitucional da *Corte Suprema de Justicia* de Honduras também reconheceu o direito de acesso à informação pública como um direito fundamental, não

<sup>30</sup> Na Argentina, há um Decreto editado pelo Poder Executivo federal, o qual regula o “direito” de acesso à informação no âmbito da Administração Pública Federal (ARGENTINA. **Reglamento de Acceso a la Información Pública del Poder Ejecutivo Nacional**. Decreto 1172, de 3 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://bit.ly/PcMmby>>. Acesso em: 13 fev. 2016).

<sup>31</sup> SOMMERMAN, Karl-Peter. La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho. In: GARCÍA MACHO, Ricardo (Org.). **Derecho administrativo de la información y administración transparente**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 12, 19. Ver também PERLINGEIRO, Ricardo. The Codification of the Right of Access to Information in Latin America. **Páginas A&B: Archivos e Bibliotecas**, Portugal, 3ª Série, n. 3, p. 119-128, 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2441585>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>32</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. CSJN, Fallos, C. 830. XLVI, 2014. § 25. Sentença de 26 de março de 2014. Buenos Aires, 2014. CIPPEC c/ EN – M° Desarrollo Social – dto. 1172/03 s/amparo, lei 16.986. Disponível em: <<http://bit.ly/1Uu9e23>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>33</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. CSJN, Fallos, C. 830. XLVI, 2014. § 25. Sentença de 26 de março de 2014. Buenos Aires, 2014. CIPPEC c/ EN – M° Desarrollo Social – dto. 1172/03 s/amparo, lei 16.986. Disponível em: <<http://bit.ly/1Uu9e23>>. Acesso em: 11 fev. 2016. § 30.

<sup>34</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. CSJN, Fallos, C. 830. XLVI, 2014. § 25. Sentença de 26 de março de 2014. Buenos Aires, 2014. CIPPEC c/ EN – M° Desarrollo Social – dto. 1172/03 s/amparo, lei 16.986. Disponível em: <<http://bit.ly/1Uu9e23>>. Acesso em: 11 fev. 2016. § 32.

<sup>35</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol 634-2006. Sentença de 9 de agosto de 2007. Santiago do Chile, 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/1oxfXy9>>. Acesso em 12 fev. 2016.





com base na Constituição daquele país, mas em tratados internacionais. Isso se observa na sentença que, ao apontar as restrições sobre o direito de acesso à informação, regulamentadas na *Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, expressou:

*[...] não foi seguido o procedimento de reserva com relação à lista das famílias que compõem a população economicamente mais vulnerável do país e que são sujeitos à ajuda governamental, de modo que a recusa do Oficial de Informação do Programa de Asignación Familiar (PRAF), para fornecer a informação ordenada pelo Instituto de Acceso a la Información, não tem suporte legal e, conseqüentemente viola os direitos fundamentais citados.*

Conclui-se que:

*Nós podemos dizer que a recusa [do Oficial de Informação do Programa de Asignación Familiar] na implementação da resolução emitida pelo Instituto de Acceso a la Información viola o direito do peticionário ter acesso a informações públicas e, conseqüentemente, viola o direito reivindicado que consta do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de modo que o amparo [recurso] interposto pela requerente deve ser concedido.<sup>36</sup>*

Essa mesma Sala Constitucional, inclusive, reconheceu que o exercício do direito de acesso à informação fortalece o Estado de Direito e o processo democrático.<sup>37</sup>

Por sua vez, precedentes judiciais no Uruguai vêm ressaltando que o direito à informação é um direito fundamental,

*[...] é um direito básico, inerente à personalidade humana [...], sendo o direito de acesso à informação pública um corolário do mesmo. [...] O direito de acesso à informação pública é um dos direitos da terceira geração, dado que é um direito individual e também um direito coletivo de toda a sociedade, ligado à transparência da gestão pública e à necessidade de investigar, analisar e informar a opinião pública sobre o conteúdo dos documentos públicos [...].<sup>38</sup>*

A Corte Constitucional da Colômbia estabeleceu que o direito à informação “é um direito que expressa a tendência natural do homem ao conhecimento. [...] O sujeito

<sup>36</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE HONDURAS. Recurso de Amparo Administrativo 715. Sentença de 8 de junho de 2011. Tegucigalpa, 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/1OAmX2o>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

<sup>37</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE HONDURAS. Recurso de Amparo Administrativo 0296-15. Sentença de 8 de abril de 2015. Tegucigalpa, 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/1QBG52f>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

<sup>38</sup> JUZGADO LETRADO DE SEGUNDO TURNO DE MERCEDES. Sentença 48, de 11 de setembro de 2009. Mercedes, 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/1LI1Wsc>>. Acesso em: 12 fev. 2016.





de direito é universal: toda pessoa - sem distinção - e o objeto de tal direito é a verdadeira e imparcial informação como o consagra o artigo 20 da CN<sup>39</sup>. Determina-se, ainda, que:

*[...] “Um dever excepcional de informação se deduz dos princípios da solidariedade (Art. 1 da CN) e da eficácia dos princípios, direitos e deveres (Art. 2 da CN), nos casos em que a existência autônoma e livre de uma pessoa dependa do fornecimento da informação e sua omissão vulnere diretamente um direito fundamental, sem que sejam suficientes os remédios legais para impedi-lo. [...] O direito fundamental à informação vital que tem toda pessoa em circunstâncias excepcionais, como as descritas anteriormente, se fundamenta nos artigos 1, 2 e 49 da Constituição [...]”.*<sup>40</sup>

A Corte Suprema da Costa Rica entende que:

*[...] o direito à informação é considerado uma garantia jurídica indispensável para que os cidadãos possam exercer, em maior ou menor medida, sua participação nas tarefas públicas; e, por esse ponto de vista, trata-se de um direito público e subjetivo [...]. Esse direito à informação, ademais, tem um caráter preferencial ao considerar-se que ele garante um interesse constitucional: a formação e existência de uma opinião pública livre; garantia que se reveste de especial transcendência, uma vez que, por ser uma condição prévia e necessária para o exercício de outros direitos inerentes ao funcionamento de um sistema democrático, converte-se, por sua vez, em um dos pilares de uma sociedade livre e democrática.*<sup>41</sup>

Na Venezuela, a Sala Constitucional do *Tribunal Supremo de Justicia*, em julgamento de 2010 (cujo conteúdo a Sala declarou vinculante), reconheceu que o art. 143 da Constituição consagrava expressamente o “novíssimo direito dos cidadãos de solicitar informação e de ser informado oportuna e verazmente sobre questões de interesse público”. Inicialmente, não havia tal reconhecimento por parte da jurisprudência constitucional, que apontava que, no âmbito de um procedimento administrativo,

<sup>39</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentença C-488/93, de 28 de outubro de 1993. Bogotá, 1993. Disponível em: <<http://bit.ly/209Duq2>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

<sup>40</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentença T-443, de 12.10.1994. Bogotá: 1994. Disponível em: <<http://bit.ly/1Oanykv>>. Acesso em: 26 fev. 2016. Consultar também: Sentença T-960-01, de 6 de setembro de 2001. Disponível em <<http://bit.ly/1IWITo6>>, e Sentença T-275/05, de 17 de março de 2005, disponível em <<http://bit.ly/1TluAM2>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

<sup>41</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Exp: 08-003718-0007-CO. Res. 2008-013658. Sentença de 5 de setembro de 2008. Costa Rica, 2008.





*O artigo 143 outorga aos cidadãos outro direito à informação, que deve ser cumprido pela Administração Pública, com o fim de que os administrados conheçam o estado das atuações em que estão diretamente interessados, bem como as resoluções adotadas.*<sup>42</sup>.

Ainda que reconhecido como um direito autônomo, na citada sentença de 2010, deixou-se muito claro a vinculação desse direito com um princípio também de categoria constitucional, ao assinalar que o direito de acesso à informação pública está “legitimado em função do princípio de transparência na gestão pública, que é um dos valores expressamente estabelecidos no art. 141 da Constituição [...]”.<sup>43</sup>

A Corte Constitucional da Guatemala emitiu sentença sobre várias alegações de inconstitucionalidade contra a “*Ley de Acceso a la Información Pública*”. Conforme a decisão da Corte, em apego aos princípios internacionais, a Constituição da Guatemala reconhece que “todos os atos da Administração são públicos” e também que a população tem o direito “de acessar essa informação, como titular da soberania nacional”. Consequentemente, para seu exercício,

*o cidadão não [tem] mais que manifestar sua vontade legítima de conhecer a organização, o funcionamento e os processos de tomada de decisões do aparato governamental destinado a buscar seu bem-estar e de seus pares; é assim que se entende configurado seu interesse sobre o assunto de que se trata, e não na acepção puramente processual do vocábulo.*<sup>44</sup>

Em El Salvador, “o direito de acesso à informação pública deriva interpretativamente da primeira parte do art. 6 da Constituição Nacional”.<sup>45</sup> Por outro lado, a jurisprudência constitucional tem reconhecido reiteradamente a natureza de direito fundamental do direito de acesso à informação (pública e privada). A seguinte sentença faz um resumo dos termos de tal reconhecimento:

*De acordo com a sentença de 5 dez. 2012, Inc. 13-2012 (caso Regramento da Ley de Acceso a la Información Pública), o direito de acesso à informação possui a condição indiscutível de direito fundamental, que se infere do direito à liberdade de expressão (art. 6*

<sup>42</sup> SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Caso Red de Veedores de la Universidad Católica Andrés Bello vs. Consejo Nacional Electoral. Sentença 1050, de 23 de agosto de 2000. Caracas, 2000. Disponível em: <<http://bit.ly/1myfcn8>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>43</sup> SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Caso Asociación Civil Espacio Público vs. la Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela. Sentencia 745, de 15 de julho de 2010. Caracas, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1Qdppgr>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>44</sup> CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. *Expedientes 1373-2009, 1412-2009, 1413-2009*. Sentença de 30 de novembro de 2010. Guatemala, 2010. Considerando IV. Disponível em: <<http://bit.ly/1PSVo9J>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>45</sup> SALA DE LÓ CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR. Sentença de 25 de julho de 2014 (expediente 155-2013). Disponível em: <<http://bit.ly/1OAorCN>>. Acesso em: 20 fev. 2016.





Cn.), e tem como pressuposto o direito de investigar ou buscar e receber informações de toda índole, pública ou privada, que tenham interesse público (sentença de 24-IX-2010, Inc. 91-2007, caso *Liberdade de expressão*); e no princípio democrático do Estado de Direito (art. 85 Cn.), que impõe aos poderes públicos o dever de garantir transparência e a publicidade na Administração, assim como a prestação de contas sobre o destino dos recursos e fundos públicos (sentença de 25-VIII-2010, Inc. 1-2010, caso *Transferências entre partes da Administração Pública*).<sup>46</sup>

A Corte Suprema de Justicia de El Salvador destacou a importância de reconhecer o direito à informação como um direito fundamental:

*Naturalmente, o caráter de direito fundamental do acesso à informação propicia o fortalecimento de democracias transparentes e efetivas, facilita a prestação de contas e gera um debate público permanente, sólido e informado. Sob tal perspectiva, o acesso à informação permite aos cidadãos ter um papel ativo no governo, através da construção de opinião individual e coletiva com base em assuntos públicos, o que facilita uma participação política melhor orientada, deliberativa e responsável, de forma que possam questionar, indagar e considerar se o funcionário está propiciando um adequado cumprimento às funções públicas. Esse nível de controle cidadão obriga os órgãos estatais a conduzir suas atividades de maneira transparente, especialmente no que se relaciona com processos de seleção de funcionários – no presente caso, de funcionários judiciais.*<sup>47</sup>

### 3. DESTINATÁRIOS DO DEVER DE ATENDER AO DIREITO À INFORMAÇÃO

O poder público é o destinatário dos direitos fundamentais, incluindo-se autoridades, legisladores e tribunais. Também estão vinculados aos direitos fundamentais pessoas e entes privados que, no âmbito do direito público, exercem funções públicas, e ainda pessoas e entes privados que, no âmbito do direito privado, atuam em prol da Administração<sup>48</sup>, na medida em que “o direito administrativo não permite uma fuga para o direito privado”<sup>49</sup> e, consequentemente, “as autoridades não se isentam

<sup>46</sup> SALA DE LÓ CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR. Sentença de 8 de abril de 2014 (expediente 94-2014). Disponível em: <<http://bit.ly/1R7bw42>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

<sup>47</sup> SALA DE LÓ CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR. Sentença de 8 de abril de 2014 (expediente 94-2014). Disponível em: <<http://bit.ly/1R7bw42>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

<sup>48</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 45-46.

<sup>49</sup> FLEINER, Fritz. *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*. 8. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1928. p. 326, apud. WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Direito Administrativo*. v. 1. Tradução de Antônio F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 315. Disponível em: <<http://bit.ly/1Q4OEYe>>. Sobre a fuga para o direito privado e os reais motivos da descentralização administrativa no direito alemão, ver FORSTHOFF,





das vinculações do direito público quando colocam a sua atuação no plano do direito privado”<sup>50</sup>

Conforme Otto Mayer, para caracterizar o direito administrativo, é indiferente que a Administração se valha da “economia privada” para perseguir o interesse público. Porém, ainda que se tratasse de uma atividade essencialmente privada, alheia ao direito administrativo, isto é, de uma atividade com fins de “interesses econômicos junto a interesses públicos”,<sup>51</sup> persistiria para a Administração o dever de prestar informações, sempre que houver “fundos públicos” envolvidos, a exemplo do que ocorre hoje, no Brasil, com a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás)<sup>52</sup> e, na Venezuela, com a Petróleos de Venezuela, S.A..

Assinala o Comitê Interamericano que:

*O direito de acesso à informação estende-se a todos os órgãos públicos em todos os níveis de governo, incluindo os que pertencem ao Poder Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário, aos órgãos criados pela Constituição ou por outras leis, órgãos de propriedade ou controlados pelo governo, e organizações que operam com fundos públicos ou que exercem funções públicas.*<sup>53</sup>

De acordo com a Lei Modelo Interamericana, o dever de informação alcança:

*Toda autoridade pública pertencente a todos os poderes do governo (Executivo, Legislativo e Judiciário) e em todos os níveis da estrutura governamental interna (central ou federal, regional, provincial ou municipal); aplica-se também aos órgãos, organismos ou entidades independentes ou autônomos de propriedade do governo ou por ele controlados, atuando por poderes outorgados pela Constituição ou por outras leis e se aplica também às organizações privadas que recebem fundos ou benefícios públicos substanciais (direta ou indiretamente), ou que desempenham funções e serviços públicos, mas somente com respeito aos fundos ou benefícios públicos recebidos ou às funções e*

Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Tradução de Legaz Lacambra, Garrido Falla, Gómez de Ortega. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 664-665.

<sup>50</sup> WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito Administrativo**. v. 1. Tradução de Antônio F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 315. Ver também COUTINHO, Juliana. A geometria variável do direito administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, ano VIII, p. 107-139, 2011.

<sup>51</sup> MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán** [German Administrative Law]. t. 1. Tradução da versão francesa por Horacio H. Heredia et al. (HEREDIA, Horacio H. et al. Le droit administratif allemand. Paris: Brière, 1904). Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 188. Sobre a teoria da atribuição (teoria da imputação, teoria do direito exorbitante), formulada por Hans Wolff, ver WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito Administrativo**. v. 1. Tradução de Antônio F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 267-286.

<sup>52</sup> PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. Portal de transparência da Petrobras. Disponível em: <<http://bit.ly/20VrmWy>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

<sup>53</sup> Principles on the right of access to information. Ponto resolutivo 2.







*serviços públicos desempenhados. Todos esses órgãos deverão ter sua informação disponível [...]”<sup>54</sup>*

Na mesma direção, a Constituição do México dispõe que:

*Toda a informação na posse de qualquer autoridade, entidade, organismo ou agência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, organismos autônomos, partidos políticos, fundos fiduciários e fundos públicos, bem como qualquer pessoa física, moral ou sindicato que receba e utilize recursos públicos ou realize atos de autoridade no âmbito federal, estadual e municipal, é pública [...]”<sup>55</sup>*

De igual modo, com alcance geral e incluindo todas as esferas públicas, configuram-se as leis de acesso à informação do Brasil<sup>56</sup>, Chile<sup>57</sup>, Colômbia<sup>58</sup>, El Salvador<sup>59</sup>, Equador<sup>60</sup>, Guatemala<sup>61</sup>, Honduras<sup>62</sup>, México<sup>63</sup>, Nicarágua<sup>64</sup>, Paraguai<sup>65</sup>, Peru<sup>66</sup>, República Dominicana<sup>67</sup> e Uruguai<sup>68</sup>. Na Argentina, a despeito da ausência de uma lei (parlamentar) sobre o acesso à informação, há regulamentos nas três esferas de poder – Legislativo, Executivo e Judiciário – impondo a divulgação de informações.<sup>69</sup>

<sup>54</sup> Model Inter-American Law on Access to Information. Art. 3.

<sup>55</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 6º A, I.

<sup>56</sup> BRASIL. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Arts. 1 e 2. Lei que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5, no inciso II do § 3 do art. 37 e no § 2 do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <<http://bit.ly/1eKDwfy>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>57</sup> CHILE. **Ley sobre acceso a la información pública**. Art. 2, § 3, e Disposições Transitórias, arts. 8 e 9. Lei 20.285 de 11 de julho de 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/1zbuZ0o>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>58</sup> **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional**. Art. 5, a).

<sup>59</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Arts. 7 e 8.

<sup>60</sup> EQUADOR. **Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. Arts. 1 e 3. Lei 24, de 18 de maio de 2004. Disponível em: <<http://bit.ly/1So4U77>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>61</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Arts. 2 e 6.

<sup>62</sup> HONDURAS. **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. Art. 3.4.

<sup>63</sup> MÉXICO. **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. Art. 1, parágrafo único, e art. 6. Lei 4 de maio de 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/1AAF2b9>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>64</sup> NICARÁGUA. **Ley de Acceso a la Información Pública**. Lei 621, de 22 de junho de 2007. Art. 4, c) e d). Disponível em: <<http://bit.ly/1RzeK50>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>65</sup> PARAGUAI. **Ley de Libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental**. Arts. 1 e 2. Lei 5.282, de 19 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/1LmPzfp>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

<sup>66</sup> PERU. **Ley de transparencia y acceso a la información pública**. Art. 1. Lei 27.806, de 3 de agosto de 2003. Disponível em: <<http://bit.ly/1VbPy3y>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

<sup>67</sup> REPÚBLICA DOMINICANA. **Ley General de Libre Acceso a la Información Pública**. Art. 1. Lei 200, de 28 de julho de 2004. Disponível em: <<http://bit.ly/1WjsHDe>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

<sup>68</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Art. 1.

<sup>69</sup> O Reglamento de Acceso a la Información Pública del Poder Ejecutivo Nacional de Argentina menciona, em seu art. 10, que as entidades devem publicar ‘información básica’ para orientar o público no exercício de seu





#### 4. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO

O direito à informação é um direito fundamental cujo âmbito de proteção é marcado pela ordem jurídica, isto é, ele depende do conceito normativo do que se considera documento e informação oficial.<sup>70</sup> Nesse contexto, o direito à informação se sujeita a uma conformação pelo legislador, de modo que a delimitação do seu âmbito de proteção é pautada em lei sem implicar necessariamente uma ingerência do Estado, apesar de não se tratar de um poder amplo ao legislador ao ponto de ele dispor do direito à informação ou esvaziar a natural compreensão acerca do acesso à informação.<sup>71</sup>

Segundo a exposição de motivos da Lei Modelo Interamericana, “o direito de acesso à informação se aplica em sentido amplo a toda informação em posse de órgãos públicos, incluindo toda informação controlada e arquivada em qualquer formato ou meio [...]”.

A legislação nacional latino-americana de todos os países pesquisados contém regra análoga, indicando, de forma ampla, as informações e documentos suscetíveis de divulgação: Brasil<sup>72</sup>, Chile<sup>73</sup>, Colômbia<sup>74</sup>, El Salvador<sup>75</sup>, Equador<sup>76</sup>, Guatemala<sup>77</sup>,

direito ao acesso à informação” (ARGENTINA. **Reglamento de Acceso a la Información Pública del Poder Ejecutivo Nacional**. Decreto 1172, de 3 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://bit.ly/PcMmby>>. Acesso em: 13 fev. 2016). Os regimentos do Senado da República e da Câmara de Deputados, respectivamente, preveem a publicação de informação sobre a atividade legislativa (SENADO DE LA REPÚBLICA. **Reglamento del Senado de la República**. Art. 104 parágrafo único. Disponível em: <<http://bit.ly/1Kh32uq>>. Acesso em: 13 fev. 2016; CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN. **Reglamento de la H. Cámara de Diputados de la Nación**. Arts. 45 y 110. Resolução 2019, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://bit.ly/1VbPMYI>>. Acesso em: 14 fev. 2016). O Poder Judiciário também dispõe em seu regimento a obrigação de publicar oficiosamente a lista completa, a contratação, as sanções, os atos de licitação e contratação públicas, o orçamento anual da Corte e seus informes mensais de execução, e a estatística semestral (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Acordada 1/2004. Exp. 315/2004 - Adm. Gral. Disponível em: <<http://bit.ly/1Tf6pmZ>>. Acesso em: 13 fev. 2016).

<sup>70</sup> “Âmbito de proteção é o âmbito dos bens protegidos por um direito fundamental; e bens protegidos, nessa definição, são ações, estados ou posições jurídicas nos respectivos âmbitos temáticos de um direito de defesa” (BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 184., apud SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 72). Para Alexy, âmbito de proteção é, ao lado da “intervenção”, elemento que integra o suporte fático de um direito fundamental (ALEXY, Robert. **Theorie der grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 1994. p. 273 et seq.).

<sup>71</sup> Ver PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 56-57, 145. A delimitação do âmbito de proteção não se confunde com a intervenção no âmbito de proteção (sobre os limites imanentes, ver SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 130).

<sup>72</sup> Lei 12.527. Art. 7.

<sup>73</sup> **Ley sobre acceso a la información pública**. Art. 5.

<sup>74</sup> **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional**. Art. 2.

<sup>75</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Art. 6,c).

<sup>76</sup> **Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. Art. 1.

<sup>77</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Art. 2.





Honduras<sup>78</sup>, México<sup>79</sup>, Nicarágua<sup>80</sup>, Panamá<sup>81</sup>, Paraguai<sup>82</sup>, Peru<sup>83</sup>, República Dominicana<sup>84</sup> e Uruguai<sup>85</sup>.

Para o Comitê Jurídico Interamericano, “o direito de acesso à informação se refere a toda informação significativa, cuja definição deve ser ampla, incluindo toda aquela que é controlada e arquivada em qualquer formato ou meio”<sup>86</sup> (grifo nosso). Contudo, a compreensão sobre o que seria uma informação “pertinente”, “proporcional” ou “significante”, como requisito para o exercício do direito à informação, requer um juízo de valor que pode dar margem à insegurança.

Na Venezuela, o *Tribunal Supremo de Justicia* entende que é dever do interessado demonstrar que a informação solicitada guarda propósitos específicos e seja proporcional ao uso que se dará à mesma.<sup>87</sup>

No Chile, cabe negar o acesso a informações quando se trate de:

*Requerimientos de carácter genérico, relativos a um elevado número de atos administrativos ou seus antecedentes ou cuja atención requiera distrair indevidamente os funcionarios do cumplimiento regular de seus trabajos habituales.*<sup>88</sup>

Por sua vez, na República Dominicana, “não se considerarão atos ou expedientes aqueles rascunhos ou projetos que não constituem documentos definitivos e que, portanto, não formam parte de um procedimento administrativo”.<sup>89</sup>

Finalmente, no Uruguai,

*a lei tampouco autoriza os interessados a exigir dos organismos que realizem avaliações ou análise das informações que eles têm, exceto aquelas que, por seus deveres institucionais, devam produzir. Não se entenderá produção de informação a coleta ou*

<sup>78</sup> **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Art. 3.5.

<sup>79</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Art. 3, VI e VII

<sup>80</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 4, k).

<sup>81</sup> PANAMÁ. **Ley de Acceso a la Información.** Art. 1.4. Lei 6 de 22 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://bit.ly/1ozGNWr>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>82</sup> **Ley de Libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental.** Art. 2.2.

<sup>83</sup> **Ley de transparencia y acceso a la información pública.** Art. 1.

<sup>84</sup> **Ley General de Libre Acceso a la Información Pública.** Art. 2.

<sup>85</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 2.

<sup>86</sup> **Principles on the right of access to information.** Ponto resolutivo 3.

<sup>87</sup> SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Caso Asociación Civil Espacio Público vs. la Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela. Sentença 745, de 15 de julho de 2010. Caracas, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1KNhUAo>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

<sup>88</sup> **Ley sobre acceso a la información pública.** Art. 21.1, alínea c).

<sup>89</sup> **Ley General de Libre Acceso a la Información Pública.** Art. 2, parágrafo único.





*compilação de informação que esteja dispersa nas diversas áreas do órgão, com o fim de proporcionar a informação ao requerente.<sup>90</sup>*

## 5. 5 DEVER DE PROTEÇÃO CONTRA O PERIGO DO ACESSO À INFORMAÇÃO A OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com referência às funções dos direitos fundamentais, destaque-se o dever que os Estados têm de proteção contra perigos, especialmente por meio de ingerência a outros direitos fundamentais, e o dever de interpretar e aplicar as leis em conformidade com os direitos fundamentais.<sup>91</sup> O exercício livre dos direitos fundamentais levaria a conflitos entre diferentes espécies e titulares de direitos. Por isso, é necessária a ingerência do Estado, fixando limites (em abstrato) e restrições (em concreto).

É nesse contexto que devem ser compreendidas as exceções ao direito de acesso à informação: ora a publicidade *versus* o sigilo vinculado diretamente a outro direito fundamental, o que a lei associa a “interesse privado” (direito à privacidade, interesses comerciais); ora a publicidade *versus* o sigilo relacionado indiretamente à proteção de outros direitos fundamentais, a cargo do Estado, o que a lei considera “interesse público” (segurança, saúde, relações exteriores).

### 5.1. Limites do direito à informação

#### 5.1.1. Reserva de lei na dogmática dos direitos fundamentais

As limitações a direitos fundamentais dependem de uma lei que seja qualificada, oriunda de um processo legislativo, e proporcional.

Segundo Pieroth e Schlink, há direitos fundamentais que estão sujeitos a limitações com base em leis simples, sem justificativas, em que os legisladores têm ampla margem para apreciar o perigo a outros direitos fundamentais; há direitos fundamentais submetidos a limitações em leis que precisam estar justificadas (reserva de lei qualificada), em que a margem do legislador é mais reduzida; e há direitos fundamentais não sujeitos a limitações legais, casos em que não cabe ao legislador mais do que reforçar os limites do alcance dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais.<sup>92</sup>

Atualmente, não mais atende ao princípio da reserva da lei a delegação genérica a autoridades para procederem ingerências a direitos fundamentais a partir da edição

<sup>90</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 14 caput e parágrafo único.

<sup>91</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II.** 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 29, 27.

<sup>92</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II.** 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 73.





de normas próprias (infralegais).<sup>93</sup> As regras e decisões administrativas em que as ingerências forem baseadas devem manter uma relação direta com a lei que as autorizou.<sup>94</sup>

Com efeito, é dever do legislador dispor sobre a essencialidade da ingerência, isto é, deve estar na lei o conteúdo, o fim e a extensão da autorização para a ingerência. Se a lei for demasiadamente vaga, na prática, a decisão sobre os pressupostos das ingerências nos direitos fundamentais fica a cargo das autoridades administrativas, o que, segundo o Tribunal Constitucional Federal alemão, pela teoria da essencialidade, seria vedado.<sup>95</sup> A imprecisão, entretanto, é o que se vê em grande parte das leis acerca do direito à informação.<sup>96</sup>

A exigência de uma lei proporcional para ingerências a direitos fundamentais mantém proximidade com a ideia de direitos fundamentais sujeitos a limitações por leis qualificadas.<sup>97</sup> A partir do princípio da proporcionalidade, deve-se perquirir se a lei de ingerência é idônea, necessária e proporcional no sentido estrito à proteção de outros direitos fundamentais. Tratando-se do acesso à informação, é preciso verificar se, de fato, o direito à privacidade (interesse privado) ou o direito à segurança (interesse público) serão salvaguardados pela lei de ingerência ao direito à informação e se essa ingerência é a única medida possível e adequada.

A idoneidade do meio não significa que a lei tenha que alcançar o fim, mas que, ao menos, o facilite;<sup>98</sup> necessidade implica não haver outra situação que o Estado possa criar para o mesmo fim; proporcionalidade no sentido estrito supõe ser a lei “bem ponderada”, equilibrada, razoável ou suportável.<sup>99</sup>

<sup>93</sup> STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band II:** Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung. München: C.H.BECK, 1980. § 37, I, 4.

<sup>94</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II.** 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 73.

<sup>95</sup> BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (BVerfG) [Federal Constitutional Court]. 2 BvR 883/73; 2 BvR 379/74; 2 BvR 497/74; 2 BvR 526/74. j. 28 Oct. 1975. Available at: <<http://bit.ly/1Pgld0J>>. Sobre a teoria da essencialidade: “De acordo com essa teoria, o legislador é obrigado a ‘tomar ele próprio todas as decisões essenciais em áreas normativas fundamentais, sobretudo na área do exercício dos direitos fundamentais, na medida em que este exercício esteja acessível à regulação do Estado’, isto é, o legislador não pode delegar essas decisões essenciais à Administração. A reserva de lei reforça-se, pois, no sentido de uma reserva de parlamento” (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II.** 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 64). Ver também WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito Administrativo.** v. 1. Tradução de Antônio F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 441-442. “A parte ampliada da reserva da lei tem a sua base na dimensão dos direitos fundamentais e, em consequência, não resulta constituída, mas sim concretizada pela teoria da essencialidade (MAURER, Hartmut. **Derecho administrativo alemán.** México: UNAM, 2012, p. 118).

<sup>96</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. The Codification of the Right of Access to Information in Latin America. **Páginas A&B: Arquivos e Bibliotecas**, Portugal, 3ª Série, n. 3, p. 119-128, 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2441585>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>97</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II.** 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 66

<sup>98</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II.** 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 68.

<sup>99</sup> STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/2:** Allgemeine Lehren der Grundrechte. München: C.H.BECK, 1994. p. 782. Sobre o conceito de idoneidade, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*, ver GALETTA, Diana-Urania. **Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo.** Milano: Giuffrè, 1998. p. 14-21.





Essa ponderação, na proporcionalidade *stricto sensu*, conforme a jurisprudência predominante do Tribunal Constitucional Federal alemão, acaba sendo uma pesagem (autônoma em relação à literalidade do texto constitucional) entre interesses públicos e interesses privados no caso concreto. No entanto, o desprendimento do texto constitucional para ponderar interesses leva ao risco de prevalência de juízos de valor subjetivos e de difícil controle. Por tal motivo, a jurisprudência daquele Tribunal prefere controlar a proporcionalidade com base apenas na necessidade, sendo a proporcionalidade no sentido estrito invocada somente nos casos extremos em que a solução encontrada se mostrar absurda.<sup>100</sup>

Os direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei – porque assim deseja a Constituição – também podem entrar em colisão com outros direitos fundamentais, visto que, pela natureza das coisas, os perigos não desaparecem.<sup>101</sup> Situação análoga é a dos direitos fundamentais sujeitos a limites por reserva de lei que não vem a ser editada ou que, apesar de editada, seja demasiadamente genérica ou vaga (sem atender à teoria da essencialidade).<sup>102</sup>

Na verdade, há casos em que não passa de aparência a observância ao princípio da reserva de lei: não há diferença entre uma omissão legislativa sobre os pressupostos da limitação à divulgação da informação e uma lei que se refira genericamente, por exemplo, à “segurança pública” como hipótese de exceção à divulgação.<sup>103</sup> É inegável que tais regras dispõem sobre temas difíceis de serem tratados abstratamente pelo legislador,<sup>104</sup> contudo, um detalhamento maior se impõe<sup>105</sup>, haja vista que o que se dese-

<sup>100</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 69-70.

<sup>101</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 75.

<sup>102</sup> Em sentido contrário, ver PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 77 (e nota de rodapé 52).

<sup>103</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. The Codification of the Right of Access to Information in Latin America. **Páginas A&B: Arquivos e Bibliotecas**, Portugal, 3ª Série, n. 3, p. 119-128, 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2441585>>. Acesso em: 15 mar. 2016. Sobre as críticas ao caráter “vago” do direito à informação na República Dominicana, ver SKOUFIAS, Emmanuel; NARITA, Renata; NARAYAN, Ambar. Does Access to Information Empower the Poor? Evidence from the Dominican Republic. **World Bank Policy Research Working Paper**, 6895, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2445212>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

<sup>104</sup> Sobre a dificuldade de interpretação abstrata de conceitos jurídicos indeterminados, ver MAURER, Hartmut. op. cit. p. 141. Sobre conceitos e termos no direito da informação, ver BACHILLO, Illaria L., **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3. 2015. Acerca da notória dificuldade de definir “privacidade”, ver BRADLEY, A. W.; EWING, K. D. **Constitutional and administrative law**. 14. ed. London: Pearson, 2007. p. 513.

<sup>105</sup> Sobre a possibilidade de redução do caráter indeterminado das normas, inclusive das cláusulas gerais, por meio de “definições”, ver GUASTINI, Riccardo. Interpretare e argomentare. In MESSINEO, Francesco et al. **Trattato di Diritto Civile e Commerciale**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 56. Sobre interpretação abstrata e interpretação autêntica, ver MESSINEO, Francesco et al. **Trattato di Diritto Civile e Commerciale**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 81-90. Sobre as cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, interpretação abstrata e definições legais, ver WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito Administrativo**. v. 1. Tradução de Antônio F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 448-450.





ja com o princípio da reserva de lei, nesses casos, é realmente evitar, o quanto possível, uma infinita gama de interpretações em poder das autoridades públicas.<sup>106</sup>

O fato é que as colisões ocorrem e precisam de soluções pelas autoridades e tribunais soluções tais que não se deem sob pressupostos menos exigentes do que nos casos em que o legislador está autorizado a “limitar” um direito fundamental. Com efeito, a técnica que melhor se ajusta à colisão de direitos fundamentais é a da interpretação sistemática, delimitando cuidadosamente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais.<sup>107</sup>

### 5.1.2. Reserva de lei na América Latina

Para o Comitê Jurídico, “as exceções ao direito de acesso à informação devem ser claras, limitadas e estabelecidas por lei”.<sup>108</sup>

É a “reserva de lei” uma jurisprudência da Corte Interamericana, em que “as exceções ao direito à informação devem estar previamente fixadas por lei como garantia de que não decorram do arbítrio do poder público”<sup>109</sup>. Nesse contexto, uma norma qualquer, como um regulamento, não corresponderia à expressão “leis” contida no art. 30 da Convenção Americana<sup>110</sup>, que está assim disposto:

*As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas **por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.***

Em El Salvador, a Corte Suprema não hesitou em apontar a natureza “de reserva legal” dos limites que podem ser impostos ao exercício do direito de acesso à informação, dado que, como todo direito fundamental, suas restrições somente podem ser estabelecidas mediante lei formal, observando que:

<sup>106</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentença C-491/07, de 27 de junho de 2007. Expediente D- 6583. Câmara Plena. Bogotá: 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/1Kh5Uht>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>107</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 76-77. Pieroth e Schlink rejeitam um modelo de direitos fundamentais baseado em um suporte fático amplo (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 160). Conforme Virgílio Afonso da Silva, a técnica do sopesamento tem sido associada à insegurança jurídica (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 148) e um suporte fático amplo dos direitos fundamentais relacionado com a inflação judiciária (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 150). Sobre a reserva legal e a atuação judiciária complementar, ver CASAL H., Jesús María. **Los derechos fundamentales y sus restricciones**. Caracas: Legis, 2010. p. 142, 145, 158.

<sup>108</sup> **Principles on the right of access to information**. Ponto resolutivo 6.

<sup>109</sup> Caso Claude Reyes e outros vs. Chile. § 89.

<sup>110</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinião Consultiva OC-6/86, de 9 de maio de 1986, solicitada por pelo Governo da República Oriental do Uruguai. §§ 26-29. Disponível em: <<http://bit.ly/211Erzf>>. Acesso em: 14 fev. 2016.







*[...] uma restrição ao exercício desse direito, como tal, deve ser discutida e aprovada pelos representantes daqueles que serão afetados por ela, num processo que precisamente se caracterize por ser público e transparente. A necessidade de uma lei formal contribui para a segurança jurídica quanto ao exercício desse direito e para o respeito às faculdades do Estado para restringi-lo, de modo a proibir a criação arbitrária de obstáculos ao acesso à informação mediante decisões estatais distintas das leis emitidas pelo Legislativo.*<sup>111</sup>

Dos Comentários oficiais ao art. 41 da Lei Modelo Interamericana consta que o princípio da reserva da lei compreende “as definições realizadas por meio da legislação e também da jurisprudência, das quais resultaria uma definição das exceções”,<sup>112</sup> A Constituição do Panamá impõe que haja um ato administrativo fundamentado **em lei** para excepcionar o acesso à informação,<sup>113</sup> e a Constituição do Equador indica que “não existirá reserva de informação exceto nos casos expressamente estabelecidos na lei”.<sup>114</sup> (grifo nosso).

Com igual orientação daqueles Comentários à Lei Modelo, segundo os quais “rejeita-se a expressão ordem pública por ser sumamente vaga e poder ocasionar abusos na sua aplicação”,<sup>115</sup> a Corte Constitucional colombiana rechaça “**as normas genéricas ou vagas, que podem terminar se tornando uma espécie de permissão geral às autoridades para manterem em segredo toda informação que discricionariamente considerarem adequada.** Para que isso não ocorra, e tampouco inverta a regra geral da publicidade, a lei deve estabelecer, com clareza e precisão, o tipo de informação que pode ser objeto de sigilo, as condições nas quais tal sigilo pode se impor aos cidadãos, as autoridades com o poder de aplicá-lo e os sistemas de controle que operam sobre as ações que por tal razão permaneçam sigilosas”.<sup>116</sup> (grifo nosso).

A Corte Interamericana entende que a limitação por lei deve responder a um objetivo da Convenção (art. 13.2), o de que as ingerências devem ser necessárias para assegurar o “respeito aos direitos ou a reputação dos demais” ou “a proteção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral públicas”.<sup>117</sup> Dessa forma, na dicção da Corte,

<sup>111</sup> SALA DE LÓ CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR. Sentença de 5 de dezembro de 2012 (expediente 13-2012). Disponível em: < <http://bit.ly/1QkDDNt> >. Acesso em: 20 fev. 2016..

<sup>112</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Comentários ao art. 41.

<sup>113</sup> **Constitución política de la República de Panamá.** Art. 43.

<sup>114</sup> **Constitución Política del Ecuador.** Art. 18.2.

<sup>115</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Comentários ao art. 41.

<sup>116</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentença C-491/07, de 27 de junho de 2007. Expediente D- 6583. Fundamento jurídico 11.

<sup>117</sup> Caso Claude Reyes e outros vs. Chile. § 90.







*as exceções devem ser necessárias em uma sociedade democrática, o que implica estarem orientadas à satisfação de um interesse público imperativo. Para atender a esse objetivo, deve-se escolher a opção que restrinja, em menor escala, o direito protegido, ou seja, a exceção deve ser proporcional ao interesse que a justifica e deve ser idônea para alcançar esse legítimo objetivo, interferindo, na menor medida possível, no exercício efetivo de um direito.*<sup>118</sup>

A exceção ao direito à informação mediante proporcionalidade consta explicitamente de parte da legislação nacional latino-americana, como, por exemplo, a da Colômbia<sup>119</sup>, Guatemala<sup>120</sup>, México<sup>121</sup>, Nicarágua<sup>122</sup> e República Dominicana<sup>123</sup>. No mesmo sentido, encaminham-se a jurisprudência do Tribunal Constitucional do Peru<sup>124</sup>, da Suprema Corte do México<sup>125</sup>, do *Tribunal Supremo de Justicia* da Venezuela<sup>126</sup> e da Corte Suprema argentina, que, entretanto, vincula-se ao princípio da razoabilidade<sup>127</sup>.

### 5.1.3. As limitações do direito à informação para proteção dos interesses públicos e interesses privados

A Lei Modelo Interamericana estabelece exceções ao acesso a informações quando houver ofensa a interesses privados ou a interesses públicos.

<sup>118</sup> Caso Claude Reyes e outros vs. Chile. §§ 89-91; Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. § 229; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. § 85. Sentença de 22 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://bit.ly/1pxOJGe>>. Acesso em: 13 fev. 2016; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ricardo Canese vs. Paraguai. § 96. Sentença de 31 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://bit.ly/1nNE7gT>>. Acesso em: 2 jan. 2016; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. §§ 121 e 123. Sentença de 2 de julho de 2004. Disponível em: <<http://bit.ly/1cUfkCo>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

<sup>119</sup> **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional.** Art. 3 caput, e art. 4, frase 3.

<sup>120</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 26.3.

<sup>121</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Arts. 11, 104, III, e 149.

<sup>122</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 3.7, c).

<sup>123</sup> **Ley General de Libre Acceso a la Información Pública.** Art. 20, § II.

<sup>124</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 1797-2002-HD/TC. Sentença de 29 de janeiro de 2003. Lima: 2003. Disponível em: <<http://bit.ly/1myQ1Rp>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>125</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA LA NACIÓN. **Reglamento Concordado de la Suprema Corte de Justicia la Nación e del Consejo de la Judicatura Federal para la aplicación de la Ley Federal Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, y la interpretación jurisprudencial de ambos instrumentos.** 3. ed. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014. p. 115. Disponível em: <<http://bit.ly/1Xq7f0x>>. Acesso em 14 fev. 2016.

<sup>126</sup> Caso Asociación Civil Espacio Público vs. la Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela.

<sup>127</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. CSJN, Fallos, C. 830. XLVI. § 23. 2014.





No rol de interesses privados, enumera: (i) o direito à privacidade, incluindo privacidade relacionada à vida, saúde ou segurança; (ii) os interesses comerciais e econômicos legítimos; e (iii) as patentes, direitos autorais e segredos comerciais.<sup>128</sup>

No que tange a interesses públicos, após condicionar o limite ao acesso à informação a um risco claro, provável e específico de um dano significativo, o qual deverá ser definido de maneira mais detalhada mediante lei, enumera o seguinte rol:

*(i) segurança pública; (ii) defesa nacional; (iii) futura provisão livre e franca de assessoramento das autoridades públicas e entre elas; (iv) elaboração ou desenvolvimento efetivo de políticas públicas; (v) relações internacionais e intergovernamentais; (vi) execução da lei, prevenção, investigação e indiciamento criminal; (vii) habilidade do Estado para gerenciar a economia; (viii) legítimos interesses financeiros da autoridade pública; (ix) exames e auditorias, bem como processos de exame e de auditoria;<sup>129</sup> e (x) quando a permissão do acesso constituir uma violação às comunicações confidenciais, incluindo a informação legal que deve ser considerada privilegiada.<sup>130</sup>*

Com lógica semelhante, entre interesses privados e interesses públicos, as leis nacionais prescrevem as exceções ao acesso à informação, tais como as do Brasil<sup>131</sup>, Chile<sup>132</sup>, Colômbia<sup>133</sup>, El Salvador<sup>134</sup>, Equador<sup>135</sup>, Guatemala<sup>136</sup>, Honduras<sup>137</sup>, México<sup>138</sup>, Nicarágua<sup>139</sup>, Panamá<sup>140</sup>, Peru<sup>141</sup>, República Dominicana<sup>142</sup> e Uruguai<sup>143</sup>.

Entretanto, demasiadamente genérica e sucinta é a Lei do Paraguai, cujo art. 22, ao dispor sobre as exceções à informação, prescreve apenas que “a informação pública

<sup>128</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Art. 41, a).

<sup>129</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** art. 41, b).

<sup>130</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** art. 41, c).

<sup>131</sup> **Lei 12.527.** Arts. 23-26.

<sup>132</sup> **Ley sobre acceso a la información pública.** Art. 21.

<sup>133</sup> **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional.** Arts. 18, 19.

<sup>134</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 19, 24.

<sup>135</sup> **Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Arts. 17, 18.

<sup>136</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 21-23.

<sup>137</sup> **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Arts. 16, 17.

<sup>138</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Arts. 113, 116.

<sup>139</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 15.

<sup>140</sup> **Ley de Acceso a la Información.** Arts. 14, 15.

<sup>141</sup> **Ley de transparencia y acceso a la información pública.** Arts. 15, 15-A e 15-B.

<sup>142</sup> **Ley General de Libre Acceso a la Información Pública.** Arts. 17, 18.

<sup>143</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 8-10.





reservada é aquela que foi qualificada ou determinada como tal na forma expressa pela lei".<sup>144</sup>

#### 5.1.4. Interesses comerciais e segredo industrial

A respeito dos interesses comerciais como fundamento para excepcionar o acesso à informação, tratando-se de negócios financiados pelo poder público, decidiu o Supremo Tribunal Federal brasileiro que:

*O segredo como 'alma do negócio' consubstancia a máxima cotidiana inaplicável em casos análogos ao sub judice, tanto mais que quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a revelação for necessária para o controle da legitimidade do emprego dos recursos públicos. É que a contratação pública não pode ser feita em 'esconderijos envernizados por um arcabouço jurídico' capaz de impedir o controle social quanto ao emprego das verbas públicas.<sup>145</sup>*

É um exemplo em que o Tribunal, na ausência de lei, em vez de ponderar interesses em colisão, aplicando uma ingerência (limite de limite), reduziu o campo de incidência da proteção dos interesses comerciais, isto é, entendeu que não se afasta o acesso à informação quando os interesses comerciais envolvem o poder público. Ademais, pode-se dizer que o precedente em tela reconheceu que recursos públicos, mesmo no plano do direito privado, levam ao dever do Estado de prestar informações. No mesmo sentido, está a Lei de Honduras, que impõe a transparência a qualquer relação comercial e contratual que tenha relação com o Estado<sup>146</sup>.

A lei brasileira protege o sigilo da propriedade intelectual oriunda de atividade econômica do Estado ou de pessoa ou entidade privada que mantenha vínculo com o poder público,<sup>147</sup> o que se distancia da ideia de que o Estado tem o dever de informação nas relações jurídicas de direito privado. Na República Dominicana, a proteção do segredo industrial e dos interesses comerciais envolvendo o poder público é preservada enquanto houver possibilidade de a divulgação causar danos econômicos.<sup>148</sup>

#### 5.1.5. Relações internacionais

No caso de uma ONG que requereu ao Ministro do Poder Popular para Relações Exteriores informação acerca do trâmite que leva à ratificação do Protocolo Facultativo

<sup>144</sup> **Ley de Libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental.** Art. 22.

<sup>145</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança 33.340, Distrito Federal. Acórdão de 26 de maio de 2015. Brasília: 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/1Pv8o1y>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>146</sup> **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Art. 7.

<sup>147</sup> **Lei 12.527.** Art. 22.

<sup>148</sup> **Ley General de Libre Acceso a la Información Pública.** Art. 17, i).





do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela decidiu, em 2012, que não havia obrigação de dar resposta porque, de acordo com a Constituição,

*tanto a oportunidade em que deva ser promulgada a Lei que aprova um tratado ou convênio internacional, quanto a definitiva ratificação ou adesão destes dependem de competências discricionárias do Presidente da República, de acordo com os usos internacionais e a conveniência da República.*<sup>149</sup>

## 5.2. Limites de limites do direito de acesso à informação

As reservas de lei permitem que o legislador interfira nos direitos fundamentais. Ocorre que, na função de limitar os direitos fundamentais, o legislador também encontra limites: são os limites dos limites, e o mais significativo deles é o princípio da proporcionalidade.<sup>150</sup>

Como os limites de limites são considerados parte integrante dos direitos fundamentais,<sup>151</sup> é compreensível que, se o limite depende de lei, a exceção a esse limite também se sujeitará à lei prévia, o que, entretanto, na prática, nem sempre se sucede.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, os limites dos limites do direito à informação se manifestam de dez formas distintas: quatro delas são genéricas a todas as exceções; as outras seis, específicas a determinados limites.

No grupo dos limites de limites aplicáveis a todas as exceções (genéricos): na primeira forma, não raro, é entregue a autoridades e juízes, por meio da técnica da ponderação para identificar o interesse que sofrerá maior dano, entre a divulgação e o sigilo, como expressão da proporcionalidade em sentido estrito: em geral, nos casos em que o dano sofrido pela restrição à divulgação (em prol do sigilo) for superior ao dano sofrido pelo sigilo (em favor da divulgação)<sup>152</sup>. A segunda, nos casos de graves violações de direitos humanos<sup>153</sup>. A terceira, sujeitando o sigilo a um termo suspensivo, ou seja,

<sup>149</sup> SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Caso Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA) vs. Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores. Sentença 249, de 20 de março de 2012. Caracas, 2012. Disponível: <<http://bit.ly/209E0UY>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>150</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 66-67.

<sup>151</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 66. Canotilho associa os limites dos limites à necessidade da lei de ingerência atender a requisitos constitucionais (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 411 Et seq.).

<sup>152</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information**. Art. 44

<sup>153</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information**. Art. 45.





a uma temporalidade definida em lei.<sup>154</sup> A última, que admite a divulgação parcial, quando possível destacar a publicidade da parte sigilosa.<sup>155</sup>

Quanto aos limites dos limites específicos, a Lei Modelo Interamericana prevê quatro exceções à proteção do direito à privacidade, nos casos de consentimento prévio do interessado, de informação evidentemente pública, referentes à função de empregado público, e no caso em que tenham transcorrido 20 anos do falecimento do interessado;<sup>156</sup> e duas exceções à proteção do interesse público, sobre fatos, análises de fatos, informações técnicas e estatísticas, quando a política pública já tenha sido aprovada.<sup>157</sup>

### 5.2.1. Interesse público prevalente

Segundo a Suprema Corte canadense, “segue-se que, para exercer adequadamente esse critério, deve-se pesar as considerações a favor e contra a divulgação, incluindo o interesse público na divulgação”.<sup>158</sup> É principalmente na busca pelo interesse público prevalente, pelo critério da proporcionalidade, que se orienta a discricionariedade administrativa nos limites de limites do acesso à informação.<sup>159</sup>

Consta da Lei Modelo Interamericana (art. 44) que “nenhuma **autoridade pública** pode negar-se a indicar se um documento está ou não em seu poder ou negar a divulgação de um documento, [...] **salvo se o dano causado ao interesse protegido for maior que o interesse público de obter acesso à informação**”.<sup>160</sup> (grifo nosso).

Em El Salvador, a lei impõe como condição ao sigilo a demonstração de que o dano que possa se produzir com a liberação da informação seja maior do que o interesse público em conhecer a informação em questão.<sup>161</sup> Com igual redação, as leis da

<sup>154</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Art. 43.

<sup>155</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Art. 42.

<sup>156</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Art. 41, a), §§ 1 e 2.

<sup>157</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Art. 41, b), §§ 1 e 2.

<sup>158</sup> SUPREME COURT OF CANADA. Baker v. Canada [Minister of Citizenship and Immigration]. [1999] 2 S.C.R. 817. § 53, 56, 65. Sentença de 7 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1717/index.do>>. Acesso em: 13 fev. 2016; KAZMIERSKI, Vincent. Lights, Judges, Access: How Active Judicial Review of Discretionary Decisions Protects Access to Government Information. **Alberta Law Review**, v. 51, n. 1, p. 61, 67, 70, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2669112>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>159</sup> Sobre a busca pelo interesse público prevalente, no exercício da discricionariedade administrativa, ver PERFETTI, Luca R.. Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società. **Diritto amministrativo**, v. 21., p. 309-400, 2013. Ver ainda PIÑAR MAÑAS, José Luís. Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario. In: GARCÍA MACHO, Ricardo (Org.). **Derecho administrativo de la información y administración transparente**, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 100. A colisão entre interesses públicos é solucionada pela técnica da ponderação (WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito Administrativo**, v. 1. Tradução de Antônio F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 427).

<sup>160</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Capítulo IV, art. 44.

<sup>161</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 21, c).





Guatemala<sup>162</sup> e do México<sup>163</sup>. No Brasil, referindo-se ao limite do direito à privacidade, a lei fala em “proteção do interesse público geral e preponderante”.<sup>164</sup>

A exemplo da Lei Modelo Interamericana e das normas nacionais acima citadas, a proporcionalidade nos “limites de limites” do direito de acesso à informação manifesta-se como uma proporcionalidade *stricto sensu* e vem direcionada principalmente às autoridades públicas e, em última análise, a uma revisão judicial de ponderação em vista da ausência de uma lei que atenda à essencialidade dos interesses em colisão. A propósito, a determinação da importância e o grau de realização da finalidade da lei são fatores inerentes à técnica da ponderação, na proporcionalidade *stricto sensu*, e guardam relação com a **probabilidade de ocorrência de lesão** do bem jurídico que deve ser evitada.<sup>165</sup>

Nesse contexto, a situação se aproxima a de direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei ou a de direitos submetidos à reserva de uma lei que não é editada ou, quando editada, é vaga, isto é, a colisão (sigilo *versus* publicidade) deveria ser solucionada prioritariamente pela delimitação do âmbito de proteção de cada um dos interesses, a exemplo da jurisprudência alemã,<sup>166</sup> e somente quando evidente o descompasso entre os prejuízos aplicar-se-ia a ponderação típica da proporcionalidade no sentido estrito.<sup>167</sup>

### 5.2.2. Ofensa grave a direitos humanos

A ofensa grave a direitos humanos ou a direitos fundamentais, como limite de limites do direito à informação, é uma opção legislativa na busca pelo interesse público prevalente.

A Corte Interamericana tem afirmado a necessidade de afastar o sigilo sempre que houver **grave ofensa** a direitos humanos, o que se encontra externado no art. 45 da Lei Modelo Interamericana, *in verbis*: “As exceções [...] não deverão ser aplicadas em

<sup>162</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Art. 26.3.

<sup>163</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. Arts. 101, III, 104, II, e 149, III. O art. 149, III, define “proporcionalidade no sentido estrito” como “El equilibrio entre perjuicio y beneficio a favor del interés público, a fin de que la decisión tomada represente un beneficio mayor al perjuicio que podría causar a la población”. (grifo nosso)

<sup>164</sup> **Lei 12.527**. Art. 31 § 3, V.

<sup>165</sup> CASAL H., Jesús María. **Los derechos fundamentales y sus restricciones**. Caracas: Legis, 2010. p. 254. Ver STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/2**: Allgemeine Lehren der Grundrechte. München: C.H.BECK, 1994.

<sup>166</sup> Sobre o entendimento do Tribunal Constitucional Federal acerca da possibilidade do Estado fixar e delimitar, mediante lei, o acesso a uma informação que se encontre no âmbito de responsabilidade do próprio Estado, sem que se trate de uma “ingerência”, ver PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 145.

<sup>167</sup> A falta de lei limitando um direito fundamental é lembrada por Virgílio Afonso da Silva, como no caso de dois princípios em colisão, situação que o juiz deve decidir mediante ponderação (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 143).





casos de graves violações de direitos humanos ou de delitos contra a humanidade”.

Com efeito, segundo a Corte I.D.H.,

*não se trata de negar que o Governo deve seguir sendo depositário dos segredos de Estado, mas de afirmar que, em matéria tão transcendente, sua atuação deve estar submetida aos controles dos outros poderes do Estado ou de um órgão que garanta o respeito ao princípio da divisão de poderes [...].”*

Dessa forma, o que resulta incompatível com um Estado de Direito e com uma tutela judicial efetiva “não é que haja segredos, mas sim que tais segredos escapem da lei, isto é, que o poder tenha âmbitos em que não seja responsável por não estarem regulados juridicamente e, portanto, permanecerem à margem de todo sistema de controle”.<sup>168</sup> Registra a Corte I.D.H. que:

*É essencial que, para garantir o direito à informação, os poderes públicos atuem de boa-fé e realizem diligentemente as ações necessárias para assegurar a efetividade desse direito, especialmente quando se trata de conhecer a verdade do ocorrido, em casos de violações **graves de direitos** humanos, como os desaparecimentos forçados e a execução extrajudicial do presente caso.<sup>169</sup> (grifo nosso).*

A *Suprema Corte de Justicia* do México estabeleceu um limite ao “limite” da reserva (exceção) em averiguações prévias em processos penais. A exceção consiste na impossibilidade de alegar como causa de reserva a uma investigação: “Não se pode alegar o caráter reservado quando a averiguação prévia investigue fatos constitutivos de graves violações a direitos humanos ou delitos contra a humanidade”.<sup>170</sup> O direito à informação é superior “frente aos interesses que pretendem limitá-lo, assim como sua operatividade por regra geral frente às limitações que excepcionalmente se estabeleçam na lei”.<sup>171</sup>

Nessa linha, a de que as **graves** violações a direitos humanos fundamentais e a delitos contra a humanidade afastam qualquer exceção ao acesso à informação, são

<sup>168</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. §§ 180-182. Sentença de 25 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://bit.ly/1RPU6OH>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>169</sup> Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil.

<sup>170</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Amparo en Revisión 168/2011. Consideração 3. Sentença de 30 de noviembre de 2011. México: 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/1KNwk3w>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>171</sup> Sentença de 30 de noviembre de 2011. México: 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/1KNwk3w>>. Acesso em: 13 fev. 2016. Consideração 1.





exemplos a lei de El Salvador<sup>172</sup> e a do México<sup>173</sup>. Deve ser registrado, porém, que variadas leis têm sido imprecisas sobre o assunto, na medida em que se referem genericamente a violações a direitos fundamentais ou a direitos humanos, e não apenas a “graves” violações, o que, na prática, traz insegurança na aplicação da regra, a exemplo da legislação do Brasil<sup>174</sup>, Colômbia<sup>175</sup>, Equador<sup>176</sup>, Guatemala<sup>177</sup>, Peru<sup>178</sup>, República Dominicana<sup>179</sup> e Uruguai<sup>180</sup>.

### 5.2.3. *Divulgação parcial*

A divulgação parcial, como limite do limite ao acesso à informação, evita manter sob sigilo desnecessário parte das informações. Encontra-se prevista expressamente

<sup>172</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 19, parágrafo único: “Não pode ser invocado o caráter de reservado quando se trate da investigação de violação grave de direitos fundamentais ou de delitos de transcendência internacional”. Entretanto, de acordo com o art. 34, d), mediante a “ordem judicial” é possível afastar o sigilo.

<sup>173</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Arts. 5 caput e 115, I. Dispõe o art. 5 caput: “Não se poderá classificar como reservada aquela informação que estiver relacionada com violações graves a direitos humanos ou delitos contra a humanidade, em conformidade com o direito nacional ou os tratados internacionais de que o Estado mexicano seja parte”. O art. 115 da referida lei dispõe que “[...] violações graves de direitos humanos ou delitos contra a humanidade [...]”. Do mesmo artigo, inciso II, consta: “[...] relacionada com atos de corrupção de acordo com as leis aplicáveis”. Porém, no art. 120, III, dispõe a lei mexicana que o limite ao direito à privacidade é afastado diante de uma ordem judicial, o que é muito genérico.

<sup>174</sup> **Lei 12.527.** Art. 21: “Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais. Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso”. Consta ainda da lei brasileira que, acerca do direito à privacidade, este não será invocado no caso de “cumprimento de ordem judicial” e de “defesa de direitos humanos” (art. 31 § 3, III e IV), e quando o sigilo tiver por objetivo dificultar a “apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância” (art. 31 § 4).

<sup>175</sup> **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional.** Art. 21, § 2: “[...] nos casos de violação de direitos humanos ou delitos de lesa humanidade [...]”.

<sup>176</sup> **Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Art. 6, § 2: “Não se poderá invocar reserva quando se tratar de investigações que realizem as autoridades, públicas competentes, sobre violações a direitos das pessoas que se encontram estabelecidos na Constituição da República, nas declarações, pactos, convênios, instrumentos internacionais e no ordenamento jurídico interno.”

<sup>177</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 24: “[...] de violações aos direitos humanos fundamentais ou a delitos de lesa humanidade [...]”. Nos arts. 29 e 32.3, admite-se a entrega da informação reservada ou confidencial sempre que houver requisição judicial.

<sup>178</sup> **Ley de transparencia y acceso a la información pública.** Art. 15-C, § 7: “[...] a violação de direitos humanos ou das Convenções de Genebra de 1949 [...]”.

<sup>179</sup> **Ley General de Libre Acceso a la Información Pública.** Art. 20, § II: “[...] de lesão justificada de direitos fundamentais”.

<sup>180</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 12: “[...] violações de direitos humanos, ou seja, relevante para investigar, prevenir ou evitar violações dos mesmos [...]”.







nas leis do Brasil<sup>181</sup>, Chile<sup>182</sup>, Colômbia<sup>183</sup>, El Salvador<sup>184</sup>, Guatemala<sup>185</sup>, México<sup>186</sup> e Peru<sup>187</sup>, e na Lei Modelo Interamericana nos termos seguintes:

*naquelas circunstâncias em que a totalidade da informação contida em um documento não esteja isenta de divulgação mediante as exceções poderá ser feita uma versão do documento que risque ou cubra somente as partes do documento sujeitas à exceção. A informação não isenta deverá ser entregue ao solicitante e tornada pública.*<sup>188</sup>

#### 5.2.4. Temporalidade dos limites para proteção do interesse público

A temporalidade prevista na referida Lei Modelo Interamericana,<sup>189</sup> intitulada “divulgação histórica”, é também baseada na proporcionalidade e encontra paralelo na Constituição do México, que dispõe que a informação pública “somente poderá ser reservada temporariamente por razões de interesse público e segurança nacional, nos termos que fixem as leis”.<sup>190</sup> (grifo nosso).

<sup>181</sup> **Lei 12.527**. Art. 7 § 2.

<sup>182</sup> **Ley sobre acceso a la información pública**. Art. 21 caput.

<sup>183</sup> **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional**. Art. 21 caput.

<sup>184</sup> **Ley de Acceso a la información pública**. Art. 30 “No caso que o ente obrigado deva publicar documentos que contenham em sua versão original informação reservada ou confidencial, deverá preparar uma versão que elimine os elementos classificados com marcas que impeçam sua leitura, fazendo constar de nota uma razão que expresse a supressão efetuada”.

<sup>185</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Art. 22, parágrafo único.

<sup>186</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. Arts. 137, § 1, b), e 102 § 1.

<sup>187</sup> **Ley de transparencia y acceso a la información pública**. Art. 16.

<sup>188</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information**. Art. 42.

<sup>189</sup> **A Model Inter-American Law on Access to Information**, no art. 43, estabelece o prazo de 12 anos, prorrogáveis por mais 12.

<sup>190</sup> **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Art. 6 A, I.





No mesmo diapasão, estão as leis nacionais do Brasil<sup>191</sup>, Chile<sup>192</sup>, Colômbia<sup>193</sup>, El Salvador<sup>194</sup>, Guatemala<sup>195</sup>, Honduras<sup>196</sup>, México<sup>197</sup>, Nicarágua<sup>198</sup>, Panamá<sup>199</sup>, Peru<sup>200</sup>, República Dominicana<sup>201</sup> e Uruguai<sup>202</sup>.

### 5.2.5. *Limites dos limites para proteção do direito à privacidade*

A Lei Modelo Interamericana afasta a proteção à privacidade se o interessado consente com a divulgação da informação.<sup>203</sup> No mesmo sentido, estão as leis do México<sup>204</sup>, Colômbia<sup>205</sup>, Guatemala<sup>206</sup> e República Dominicana<sup>207</sup>. No Brasil, o consentimento prévio do interessado está previsto em lei,<sup>208</sup> que também presume tal consentimento quando a informação for necessária ao tratamento médico do próprio interessado.<sup>209</sup>

A exemplo do disposto naquela Lei Modelo, não é o caso de proteger a privacidade se “ficar claro que a informação foi entregue à autoridade pública como parte da informação que deve estar sujeita ao regime de publicidade”.<sup>210</sup> Previsão semelhante encontra-se nas leis da Colômbia<sup>211</sup> e do México<sup>212</sup>, país no qual ainda se admite a publicidade “por razões de segurança nacional e saúde pública ou quando, para proteger os direitos

<sup>191</sup> **Lei 12.527.** Arts. 23, 24, 27-30. A temporalidade na lei brasileira está graduada em três níveis: informação ultrasecreta, 25 anos; secreta, 15 anos; reservada, 5 anos (art. 24 § 1).

<sup>192</sup> **Ley sobre acceso a la información pública.** Art. 22.

<sup>193</sup> **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional.** Art. 22.

<sup>194</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 20.

<sup>195</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 27 e 28.

<sup>196</sup> **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Art. 19.

<sup>197</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Arts. 101, II e §§ 1 a 3, e 103, §§ 1 e 2.

<sup>198</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 17.

<sup>199</sup> **Ley de Acceso a la Información.** Art. 14.9, § 2.

<sup>200</sup> **Ley de transparencia y acceso a la información pública.** Art. 15, § 3.

<sup>201</sup> **Ley General de Libre Acceso a la Información Pública.** Art. 21.

<sup>202</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 11.

<sup>203</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Art. 41, a), § 1, primeira parte.

<sup>204</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Art. 120 caput.

<sup>205</sup> **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional.** Art. 18, parágrafo único.

<sup>206</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 22, parágrafo único, e 31.

<sup>207</sup> **Ley General de Libre Acceso a la Información Pública.** Art. 19.

<sup>208</sup> **Lei 12.527.** Art. 31 § 1, II.

<sup>209</sup> **Lei 12.527.** Art. 31 § 3, I.

<sup>210</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Art. 41, a), § 1.

<sup>211</sup> **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional.** Art. 18 parágrafo único.

<sup>212</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Art. 120, § 1, I e II.





de terceiros, se exija sua publicação”<sup>213</sup>, desde que comprovada pela autoridade<sup>214</sup>.

Também segundo a Lei Modelo Interamericana, o direito à privacidade é afastado “quando tenham transcorrido mais de [20] anos desde a morte do indivíduo em questão”,<sup>215</sup> regra que, entretanto, não tem paralelo nas leis nacionais latino-americanas, exceto quanto ao disposto na lei brasileira, que admite a divulgação de informação pessoal após o lapso de [100] anos da data da produção do documento correspondente.<sup>216</sup>

#### 5.2.6. Informações inerentes a funções exercidas por funcionários públicos

Conforme a Lei Modelo Interamericana, a privacidade não é invocável para manter sob sigilo informações sobre funcionários públicos que tenham relação com o exercício de suas funções públicas.<sup>217</sup>

A propósito, a divulgação proativa da remuneração de funcionários públicos, como preconizado pela Lei Modelo<sup>218</sup> e nas leis de Honduras<sup>219</sup>, El Salvador<sup>220</sup>, Nicarágua<sup>221</sup> e México<sup>222</sup>, tem suscitado debates nos tribunais latino-americanos acerca do limite à proteção da privacidade como limite ao acesso à informação.

A Corte Suprema da Nação argentina decidiu que:

*Não se pode admitir a negativa fundada na necessidade de resguardar a privacidade dos beneficiários já que essa mera referência, quando não se vincula com dados pessoais sensíveis cuja divulgação está vedada, desatende ao interesse público que constitui o aspecto fundamental da solicitação de informação efetuada que, vale reiterar, não parece dirigida a satisfazer a curiosidade a respeito da vida privada de quem os recebem, mas a controlar eficazmente o modo pelo qual os funcionários executam uma política social.*<sup>223</sup>

Em consonância com a decisão da Corte argentina, o Supremo Tribunal brasileiro entendeu que:

<sup>213</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Art. 120, § 1, IV.

<sup>214</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Art. 120, § 2.

<sup>215</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Art. 41, a), § 2, segunda parte.

<sup>216</sup> **Lei 12.527.** Art. 31 § 1, I.

<sup>217</sup> **Lei 12.527.** Art. 41, a), § 2, primeira parte.

<sup>218</sup> **Lei 12.527.** Art. 12, b).

<sup>219</sup> **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Art. 13.7.

<sup>220</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 10.7.

<sup>221</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 20, c).

<sup>222</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Art. 70, VIII.

<sup>223</sup> Fallo CSJN Caso CIPPEC. § 27.





*as verbas indenizatórias para exercício da atividade parlamentar têm natureza pública, não havendo razões de segurança ou de intimidade que justifiquem genericamente seu caráter sigiloso.*<sup>224</sup> Entretanto, a possibilidade de negar a divulgação da remuneração de funcionários públicos na Internet, sob o fundamento de que deve ser preservada a privacidade e intimidade individual, está pendente de solução no Supremo Tribunal Federal.<sup>225</sup>

Contrariamente à limitação do acesso à informação acerca de funcionário, no Paraguai, a *Corte Suprema de Justicia* determinou que a folha de pagamento dos funcionários públicos com suas respectivas remunerações constitui informação pública, a qual qualquer cidadão pode acessar em razão de se tratar de um direito humano fundamental, e não se pode alegar o direito à intimidade para impossibilitar o acesso devido a tais dados patrimoniais em uma fonte pública de informação.<sup>226</sup>

O Comitê de Transparência da *Suprema Corte de Justicia* do México afirma que

*são públicos os dados remuneratórios acerca dos funcionários públicos, ainda que haja risco de afetar a vida ou a segurança deles. O artigo 13 IV da Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental establece que se debe clasificar como información confidencial aquella que esteja em expedientes administrativos cuja difusión possa pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde de qualquer pessoa. Porém, tal disposição não é aplicável às remunerações ordinárias e extraordinárias dos servidores públicos [com fundamento no artigo 7º daquela mesma lei]. Todo rendimento dos servidores públicos pelo desempenho das atividades próprias de seus cargos é informação pública, porque são despesas realizadas por um órgão estatal e pagas com as contribuições dos governados.*<sup>227</sup> (tradução nossa)

Em vez disso, na Venezuela, sobre as remunerações dos funcionários públicos, é entendimento do *Tribunal Supremo de Justicia* que tal informação:

*[...] Está assinalada de maneira global nas rubricas orçamentárias que são incluídas anualmente na Ley de Presupuesto, onde são indicados os montantes conferidos a cada*

<sup>224</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança 28.178 Distrito Federal. Acórdão de 4 de março de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/209DW7H>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>225</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário com Agravo 652.777 São Paulo. Disponível em: <<http://bit.ly/1R1BN6l>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>226</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentença 1.306, de 15 de outubro de 2013. Asunción, 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1vNsNH0>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>227</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. **Criterios emitidos por el Comité de Acceso a la Información y de Protección de Datos Personale.** Criterio 01/2003. México: Comité de Acceso a la Información y Protección de datos Personales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003. p. 1. Disponível em: <<http://bit.ly/1V2bcXN>>. Acesso em: 14 fev. 2016.





*ente ou órgão da Administração Pública para as remunerações de pessoal ou nos Planos de Cargos e Salários.*

Nesse caso, “não se distingue a qual funcionário pertence a remuneração” porque essa “informação pertence ao âmbito íntimo de cada indivíduo”. E, no caso concreto, em que o requerente solicitou informação sobre o salário base e outras remunerações do pessoal da *Contraloría General de la República*, incluindo sua máxima hierarquia, rejeitou-se a petição porque, ao juízo do máximo tribunal, o solicitante não demonstrou “como a informação solicitada seria de utilidade para a participação cidadã em prol da transparência da gestão pública”, pelo que “não parece proporcional a magnitude da informação solicitada em prol da transparência da gestão fiscal, nem sequer as ações concretas para as quais se utilizaría a informação solicitada”.<sup>228</sup>

#### 5.2.7. *Fatos, análises de fatos, informações técnicas e estatísticas*

Na Lei Modelo Interamericana, no que diz respeito a “fatos, análises de fatos, informações técnicas e estatísticas”, afasta-se o segredo de “futura provisão livre e franca de assessoramento das autoridades públicas e entre elas”, “elaboração ou desenvolvimento efetivo de políticas públicas” e “exames e auditorias, bem como processos de exame e de auditoria”.<sup>229</sup>

Não há um limite equivalente ao interesse público, no direito brasileiro, apenas quanto à proteção da privacidade, sendo presumido o consentimento do interessado na divulgação de uma informação sua que seja necessária à “realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem”.<sup>230</sup> O mesmo se passa em El Salvador<sup>231</sup> e na Guatemala<sup>232</sup>.

Ao contrário, para proteção ao interesse público, no Brasil, são mantidas sob sigilo informações obtidas em pesquisas científicas sempre que necessário à “segurança da sociedade e do Estado”.<sup>233</sup> Há uma resolução análoga na República Dominicana<sup>234</sup>.

#### 5.2.8. *Política pública aprovada e exame ou auditoria concluídos*

<sup>228</sup> SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Caso Asociación Civil Espacio Público vs. la Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela. Sentença 745, de 15 de julho de 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1Qdppgr>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

<sup>229</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Art. 41, b), § 1.

<sup>230</sup> **Lei 12.527.** Art 31 § 3, II.

<sup>231</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 34, a).

<sup>232</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 32.1.

<sup>233</sup> **Lei 12.527.** Art 7 § 1.

<sup>234</sup> **Ley General de Libre Acceso a la Información Pública.** Art. 17, e).





Caso a política pública tenha sido aprovada e o exame ou auditoria concluídos, segundo a Lei Modelo Interamericana, não há necessidade de manter o sigilo do conteúdo dos respectivos procedimentos.<sup>235</sup> No Chile, admite-se a divulgação dos procedimentos de normas editadas<sup>236</sup>, ocorrendo o mesmo na República Dominicana<sup>237</sup>, Peru<sup>238</sup> e Nicarágua<sup>239</sup>.

## 6. GARANTIAS DE PROTEÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO

As garantias para proteção de um direito fundamental podem compreender:<sup>240</sup> i) interpretação conforme a Constituição; ii) reconhecimento de direitos subjetivos (direitos de proteção: direito de petição; direito a um recurso jurisdicional justo – judicial e extrajudicial); iii) garantias institucionais (autoridades qualificadas, independentes e imparciais); iv) políticas públicas, incluindo-se deveres de atuação de ofício das autoridades e medidas punitivas contra aqueles que obstruem o exercício dos direitos fundamentais.

### 6.1. Princípio da máxima divulgação

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos observa que:

*Para garantir o exercício pleno do direito de acesso à informação, a gestão estatal deve reger-se pelos princípios da máxima divulgação – em virtude do qual a transparência e o acesso à informação devem ser a regra geral, sujeita a limitadas exceções– e boa-fé. À luz desses princípios e do disposto no art. 13.2 da Convenção Americana, o direito de acesso à informação somente pode ser limitado cumprindo-se com os requisitos de excepcionalidade das restrições e sua consagração legal, dos objetivos legítimos, da necessidade e da proporcionalidade.<sup>241</sup>*

Consta da exposição de motivos da Lei Modelo Interamericana que “o direito de acesso à informação se baseia no princípio da máxima divulgação da informação” e do seu art. 8 que “toda pessoa encarregada da interpretação desta Lei, ou de qualquer

<sup>235</sup> Ver **Model Inter-American Law on Access to Information**. Art. 41, b), §§ 2, 3.

<sup>236</sup> **Ley sobre acceso a la información pública**. Art. 21.1, b).

<sup>237</sup> **Ley General de Libre Acceso a la Información Pública**. Art. 17, h).

<sup>238</sup> **Ley de transparencia y acceso a la información pública**. Art. 15-B, 4.

<sup>239</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Art. 15, e).

<sup>240</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 54, 27.

<sup>241</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Inter-American Commission on Human Rights). **Acceso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas**. Costa Rica: OEA, 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/1OrOPIQ>>. Acesso em: 14 mar. 2016. p. 10.





outra legislação ou instrumento normativo que possa afetar o direito à informação, deverá adotar a interpretação razoável que garanta a maior efetividade do direito à informação”.

Com efeito, para a Corte Interamericana, em uma sociedade democrática, é indispensável que o Estado se mova pelo princípio da máxima divulgação, que estabelece a presunção de que toda informação é acessível e sujeito a um sistema restrito de exceções.<sup>242</sup>

Portanto, ante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o princípio da máxima divulgação compreende a presunção de que as informações são públicas e que o dever de interpretar normas deve estar em conformidade com essa presunção. A Lei Modelo dispõe, ainda, que a admissão de limitações ao direito à informação depende de sua proporcionalidade e do respeito à lei prévia.

Conforme a Constituição do México, “na interpretação deste direito (à informação) deverá prevalecer o princípio da máxima publicidade”<sup>243</sup>. Também se referem expressamente ao princípio da máxima publicidade as leis de El Salvador<sup>244</sup>, Chile<sup>245</sup>, Colômbia<sup>246</sup>, Guatemala<sup>247</sup> e as do próprio México<sup>248</sup>.

Na Costa Rica, a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, em 2005, utilizou o princípio da máxima divulgação para fundamentar suas decisões, indicando que:

*No marco do Estado Social e Democrático de Direito, todas e cada uma das entidades e dos órgãos públicos que compõem a administração devem se sujeitar aos princípios constitucionais implícitos de transparência e publicidade, que devem ser a regra de toda a atuação ou função administrativa [...]*<sup>249</sup>

Os tribunais da República Dominicana, em precedentes de 2007, salientaram a transcendência desse princípio, da seguinte forma:

<sup>242</sup> Caso Claude Reyes e outros vs. Chile. § 92; COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. O direito de acesso à informação no marco jurídico interamericano. p. 13-15. Igual entendimento é o de Tobel, para quem “o princípio da máxima divulgação estabelece a presunção de que toda informação detida por órgãos públicos deve ser objeto de divulgação e que esta presunção pode ser superada apenas em circunstâncias muito limitadas” (MENDEL, Toby. **The Public's Right to Know**. Principles on Freedom of Information Legislation. London: ARTICLE 19, 1999. Disponível em: <<http://bit.ly/1IYHR4n>>. Acesso em: 13 fev. 2016.).

<sup>243</sup> **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Art. 6º A, I.

<sup>244</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Arts. 4, a), 5.

<sup>245</sup> **Ley sobre acceso a la información pública**. Art. 11, d).

<sup>246</sup> **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional**. Art. 2.

<sup>247</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Art 3.1, 8.

<sup>248</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. Arts. 7, 8, VI.

<sup>249</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Recurso de Amparo. Exp. 04-012878-CO, Res. 2005-03673. Considerando III - I. Sentença de 6 de abril de 2005. Costa Rica: 2005. Apud COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. O direito de acesso à informação no marco jurídico interamericano. p. 62.





*É preciso esclarecer que os Estados democráticos devem ser regidos pelos princípios de publicidade e transparência em suas gestões públicas, para que assim as pessoas possam exercer seu controle democrático, que se reverte em uma legitimação das atuações daqueles que lidam com a coisa pública.*<sup>250</sup>

## 6.2. Direito à informação como direito universal

O caráter universal do direito à informação está ressaltado na Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação,<sup>251</sup> que prevê a possibilidade de um requerimento anônimo ou de um requerimento sem justificativa, em consonância com o entendimento da Corte Interamericana de que “o controle social que se busca com o acesso à informação sob controle do Estado é motivo suficiente para atender a um requerimento de informação, sem que se exija do requerente uma afetação direta ou um interesse específico”.<sup>252</sup>

O mesmo se passa com a Constituição do Peru, em que “todos têm o direito de solicitar sem expressar uma causa à informação necessária”,<sup>253</sup> com a Constituição do México, em que “toda pessoa, sem necessidade de demonstrar algum interesse ou justificar sua utilização”<sup>254</sup>, e com a legislação do Brasil<sup>255</sup>, Colômbia<sup>256</sup>, El Salvador<sup>257</sup>, Guatemala<sup>258</sup>, México<sup>259</sup>, Nicarágua<sup>260</sup>, Panamá<sup>261</sup>, Paraguai<sup>262</sup>, Peru<sup>263</sup> e Uruguai<sup>264</sup>.

Acerca da universalidade do direito à informação, a Corte Constitucional da República da Colômbia estabeleceu sobre sua titularidade, alcance e conteúdo que:

*É titular do direito de acessar a informação pública toda pessoa, sem exigir nenhuma qualificação ou interesse particular para que se entenda que tem direito a solicitar e*

<sup>250</sup> TRIBUNAL CONTENCIOSO TRIBUTARIO Y ADMINISTRATIVO. Exp. N° 30-07-00078. Sentença n° 024 de 27 de abril de 2007. Santo Domingo Este (República Dominicana), 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/1R1DpwO>>. Acesso em 13 fev. 2016.

<sup>251</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information**. Capítulo I, art. 5, d), e).

<sup>252</sup> Caso Claude Reyes e outros vs. Chile. § 157.

<sup>253</sup> **Constitución Política del Peru**. Art. 2.5.

<sup>254</sup> **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Art. 6° A, III.

<sup>255</sup> **Lei 12.527**. Arts. 3 II, 10 §3.

<sup>256</sup> **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional**. Art. 25, parágrafo único.

<sup>257</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Art. 2.

<sup>258</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Art. 41, parágrafo único.

<sup>259</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. Art. 16.

<sup>260</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Art. 28, parágrafo único.

<sup>261</sup> **Ley de Acceso a la Información**. Art. 2, § 1.

<sup>262</sup> **Ley de Libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental**. Art. 4.

<sup>263</sup> **Ley de transparencia y acceso a la información pública**. Art. 7.

<sup>264</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Art. 3.







*receber tal informação em conformidade com as regras que estabelecem a Constituição e o projeto de lei. Essa disposição se ajusta aos parâmetros constitucionais do direito de petição, de informação e do livre acesso aos documentos públicos, aos princípios da função pública que consagram os artigos 20, 23, 74 e 209 da Carta.*<sup>265</sup>

A Corte Suprema de Justiça do Panamá decidiu que o Ministério de Desenvolvimento Agropecuário havia obstado o acesso à informação ao solicitar a demonstração de interesse do peticionário:

*não tendo caráter confidencial ou de acesso restrito, o peticionário se encontrava plenamente legitimado para solicitar [a informação], pelo que a exigência de legitimidade por parte da autoridade demandada não era necessária para o fornecimento das cópias.*<sup>266</sup>

Em sentido oposto, na Venezuela, pela interpretação que a Sala Constitucional deu ao alcance desse direito, não seria possível apresentar uma solicitação anônima nem injustificada, pois sua jurisprudência estabeleceu requisitos para o exercício daquele direito da seguinte maneira:

*Com caráter vinculante, a partir da publicação desta decisão, na ausência de lei expressa e para salvaguardar os limites do exercício do direito fundamental à informação, faz-se necessário: i) que o solicitante da informação manifeste expressamente as razões ou os propósitos para os quais requer a informação; e ii) que a magnitude da informação que se solicita seja proporcional à utilização e uso que se pretenda dar à informação solicitada [...].*<sup>267</sup>

## 6.3. Direito de petição e direito a uma decisão fundamentada

### 6.3.1. Requerimento administrativo

O princípio em questão orienta que:

*Devem ser implementadas regras claras, justas, não discriminatórias e simples a respeito do manejo de requerimentos de informação. Essas regras devem incluir prazos claros e razoáveis, a previsão de assistência para aquele que solicite a informação, o acesso gratuito ou de baixo custo e que, neste caso, não exceda as despesas da cópia ou envio*

<sup>265</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentença C-274/13. Bogotá, 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1eSJx6c>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

<sup>266</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ. Sentença de 27 de dezembro de 2011. Expediente 1068-10 (Acción de Habeas Data). Disponível em: <<http://bit.ly/1Q8567b>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>267</sup> Caso Asociación Civil Espacio Público vs. la Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela.





*da informação. As regras devem dispor que, quando negado o acesso, devem ser fornecidas, em tempo razoável, as razões específicas.*<sup>268</sup>

Na dicção da Lei Modelo Interamericana, o acesso à informação é um direito individual em que o requerente deve ser livre de qualquer discriminação que possa basear-se na natureza da solicitação, e que o atendimento a ela deve ser gratuito ou ter um custo que não exceda o custo de reprodução dos documentos.<sup>269</sup>

Do art. 20 ao art. 40, a Lei Modelo detalha o procedimento ideal para a solicitação de informações em poder de autoridades administrativas, dos quais vale destacar os seguintes pontos:

*A solicitação pode ser por qualquer meio (art. 20); solicitação sujeita a registro e recibo, com nome do funcionário responsável pelo acompanhamento (art. 21); solicitações sem custos (art. 22); atendimento às solicitações pela ordem cronológica de apresentação e sem discriminação (art. 23); da solicitação deve constar informações do interessado e do conteúdo da informação desejada (art. 24.1); apesar de não ser necessário que o interessado se identifique, a entrega das informações se fará pelo meio menos oneroso para a autoridade (art. 24.2); a autoridade de buscar uma interpretação razoável e, se necessário, procurar o interessado para tentar atendê-lo da melhor forma possível (art. 25); dever da autoridade de enviar a solicitação a outra autoridade que for a responsável (art. 26); terceiros interessados devem ser notificados da solicitação (art. 27); o interessado deverá pagar apenas o custo pela reprodução do documento ou informação (art. 28); as autoridades devem facilitar o acesso aos documentos originais (art. 29); deve ser publicado, no site, o nome do funcionário encarregado pelo cumprimento da lei de acesso à informação (art. 30); o funcionário responsável deve também ser ouvidor de reclamações contra o descumprimento da lei de acesso à informação (art. 31); a autoridade deve proceder à busca dos documentos tão logo receba a solicitação (art. 32); deve haver um sistema de manutenção de documentos (art. 33); promoção de esforços para encontrar documentos extraviados (art. 34); prazo máximo de 20 dias para responder a uma solicitação (art. 35); prorrogações do prazo para resposta somente em caráter excepcional (art. 36); existência de terceiros interessados não afasta o dever de atender ao parazo (art. 37); se o custo da solicitação for muito alto, deve a autoridade comunicar ao interessado, que poderá reduzir o alcance da solicitação (art. 38); não será atendida a informação na forma solicitada apenas se houver risco de danificar o documento, ofensa a direitos autorais, ou sigilo de parte do documento (art. 39); dever de fundamentar a decisão denegatória do acesso à informação (art. 40).*

<sup>268</sup> **Principles on the right of access to information.** Ponto resolutivo 5.

<sup>269</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Capítulo I, art. 5, f), g).





Tais procedimentos podem ser encontrados, de modo similar, nas leis do Brasil<sup>270</sup>, Chile<sup>271</sup>, Colômbia<sup>272</sup>, El Salvador<sup>273</sup>, Equador<sup>274</sup>, Guatemala<sup>275</sup>, Honduras<sup>276</sup>, México<sup>277</sup>, Nicarágua<sup>278</sup>, Panamá<sup>279</sup>, Paraguai<sup>280</sup>, Peru<sup>281</sup>, República Dominicana<sup>282</sup> e Uruguai<sup>283</sup>.

### 6.3.2. *Demonstração e comprovação dos pressupostos dos limites*

Segundo a Corte Interamericana, compete ao Estado afastar a presunção do dever de informação decorrente do princípio da máxima divulgação, e demonstrar e comprovar os pressupostos das exceções ao acesso à informação.<sup>284</sup>

No caso Gomes Lund e outros v. Brasil (Guerrilha do Araguaia), a Corte Interamericana decidiu que o Estado: “[...] deve fundamentar a negativa de prestar informação, demonstrando que adotou todas as medidas a seu alcance para comprovar que, efetivamente, a informação solicitada não existia [...]”.<sup>285</sup>

O princípio elaborado pelo Comitê Jurídico de que o “ônus da prova para justificar qualquer negativa de acesso à informação deve recair sobre o órgão ao qual a informação foi solicitada”<sup>286</sup> está regulamentado pela Lei Modelo Interamericana nos seguintes termos:

*O ônus da prova deverá caber à autoridade pública a fim de demonstrar que a informação solicitada está sujeita a uma das exceções. Em particular, a autoridade deverá estabelecer: (i) que a exceção é legítima e estritamente necessária numa sociedade democrática com base nos padrões e jurisprudência do Sistema Interamericano; (ii) que a divulgação da informação poderia causar um dano substancial a um interesse protegido por*

<sup>270</sup> Lei 12.527. Arts. 10-14.

<sup>271</sup> Ley sobre acceso a la información pública. Arts. 12-20.

<sup>272</sup> Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional. Arts. 25, 26.

<sup>273</sup> Ley de Acceso a la Información Pública. Arts. 61-75.

<sup>274</sup> Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Arts. 19-21.

<sup>275</sup> Ley de Acceso a la Información Pública. Arts. 16-18, 38-45.

<sup>276</sup> Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Arts. 20-22.

<sup>277</sup> Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Arts. 121-141.

<sup>278</sup> Ley de Acceso a la Información Pública. Arts. 26-34.

<sup>279</sup> Ley de Acceso a la Información. Arts. 4-7.

<sup>280</sup> Ley de Libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental. Arts. 12-20.

<sup>281</sup> Ley de transparencia y acceso a la información pública. Arts. 12, 13, 17.

<sup>282</sup> Ley General de Libre Acceso a la Información Pública. Arts. 7-16.

<sup>283</sup> Ley de Acceso a la Información Pública. Arts. 13-18.

<sup>284</sup> Caso Claude Reyes e outros vs. Chile. §§ 93, 159.

<sup>285</sup> Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. § 211.

<sup>286</sup> Principles on the right of access to information. Ponto resolutivo 7.





*esta Lei; (iii) que a probabilidade e o grau desse dano são superiores ao interesse público na divulgação da informação.*<sup>287</sup>

Esse princípio está consagrado nas leis da Nicarágua<sup>288</sup>, Guatemala<sup>289</sup>, Colômbia<sup>290</sup>, México<sup>291</sup>, Panamá<sup>292</sup> e Uruguai<sup>293</sup>, valendo destacar que a *Corte Suprema de Justicia* do Panamá assinalou que:

*As instituições do Estado que neguem a outorga de uma informação por considerá-la de caráter confidencial ou de acesso restrito deverão fazê-lo através de resolução motivada, estabelecendo as razões em que fundamentam a negativa, assim como sustentá-las na Lei.*<sup>294</sup> (tradução nossa)

No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional do Chile:

*em geral, todos os documentos são públicos, exceto se estiver comprometido com o direito das pessoas, a segurança na Nação ou o devido funcionamento do serviço, porém não está ao arbítrio do funcionário público negar a informação. Se este a nega, deve fundamentar sua negativa em alguma destas causas e, se o requerente não concordar, deve ser previsto um procedimento simples e célere para que o juiz resolva.*<sup>295</sup> (tradução nossa)

A Suprema Corte canadense segue o mesmo entendimento, o de que deve haver fundamentação e prova referentes às causas que levam à negativa do acesso à informação:

*a decisão também forneceu um lembrete de que os julgadores não podem simplesmente exercer o seu poder discricionário de recusar a divulgação de informações sem fornecer razões a favor de suas decisões ou sem considerar partes de informações que podem ser divulgadas.*<sup>296</sup> (tradução nossa)

<sup>287</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Art. 53.

<sup>288</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 3.7, 16.

<sup>289</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 26.

<sup>290</sup> **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional.** Art. 28.

<sup>291</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Arts. 20 e 105, parágrafo único.

<sup>292</sup> **Ley de Acceso a la Información.** Art. 16.

<sup>293</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 18.

<sup>294</sup> PANAMÁ. Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sentença de 5 de junho de 2012. Panamá, 2012. Expediente 748-11. Disponível em: <<http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

<sup>295</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol 634-2006. Sentença de 9 de agosto de 2007. Santiago do Chile, 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/1oxfXy9>>. Acesso em 12 fev. 2016.

<sup>296</sup> Baker vs. Canada [Minister of Citizenship and Immigration], 2 S.C.R. 817, 1999





A propósito, na decisão conhecida como “os papéis do Pentágono”, a Suprema Corte dos EUA afirmou que, se o governo deseja impedir determinada publicação com base no interesse nacional, deve apresentar os motivos que sustentam sua intenção,<sup>297</sup> e que o governo precisa atender às exigências de prova de que os documentos reservados podem trazer um perigo real para o interesse nacional<sup>298</sup>.

### 6.3.3. Efeitos da omissão administrativa

As leis do Chile<sup>299</sup>, El Salvador<sup>300</sup>, Equador<sup>301</sup>, Paraguai<sup>302</sup> e República Dominicana<sup>303</sup> equiparam os efeitos da omissão administrativa em responder ao pedido de informações a uma decisão denegatória. É essa a orientação, fundada no princípio da duração razoável do processo, que foi consagrada pelo Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América.<sup>304</sup>

Diferentemente, a Corte Interamericana entende que, da referida omissão, extrai-se um efeito positivo,<sup>305</sup> isto é, o reconhecimento do dever de prestar a informação.<sup>306</sup>

<sup>297</sup> U.S. SUPREME COURT. *New York Times Co. vs. United States* 403 US 713 (1971). Disponível em: <<http://bit.ly/1KhjP08>>. Acesso em: 13 fev. 2016. Ver também BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 381. Trecho do voto do Justice Brennan.

<sup>298</sup> U.S. SUPREME COURT. *New York Times Co. vs. United States* 403 US 713 (1971). Disponível em: <<http://bit.ly/1KhjP08>>. Acesso em: 13 fev. 2016. p. 384-385. Trecho do voto dos Justices White e Stewart.

<sup>299</sup> **Ley sobre acceso a la información pública**. Art. 24 caput.

<sup>300</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Art. 75.

<sup>301</sup> **Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. Art. 21.

<sup>302</sup> **Ley de Libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental**. Art. 20.

<sup>303</sup> **Ley General de Libre Acceso a la Información Pública**. Art 10.

<sup>304</sup> Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América, art. 8 III: “salvo disposição contrária, nos processos administrativos iniciados pelos particulares, a falta de adoção de medidas ou a falta de decisão no prazo fixado tem o efeito de indeferimento, possibilitando a interposição de recurso administrativo ou a utilização da via jurisdicional” (GRINOVER, Ada Pellegrini; PERLINGEIRO, Ricardo et al. *Código Modelo de Procesos Administrativos - Judicial y Extrajudicial - para Iberoamérica. Seminário Demandas Repetitivas na Justiça Federal*. 1. ed. Brasília: CJF, v. 29, p. 107-120, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2250852>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>305</sup> Sobre os efeitos da omissão administrativa, não apenas efeitos negativos (equiparando a omissão a uma decisão denegatória), mas também efeitos positivos, com anotações sobre o direito comparado, ver SADDY, A. *Silêncio administrativo no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 249 p. Ver também HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 147-175, abr./jun. 2014.

<sup>306</sup> Caso Claude Reyes e outros vs. Chile. § 158.





Também, nesse sentido, situam-se as leis da Guatemala<sup>307</sup>, Nicarágua<sup>308</sup>, Uruguai<sup>309</sup>, e a jurisprudência administrativa no México.<sup>310</sup>

No Uruguai, por exemplo, a autoridade judicial observa que um dos efeitos de não responder o requerimento de informação do particular é o surgimento da obrigação de entregar a informação solicitada ao tornar procedente o silêncio administrativo positivo: “diz a norma [art. 18 da Lei 18.381] que o interessado ‘poderá cessar’”, o que, em conjunto com o parágrafo mencionado (silêncio positivo), leva a concluir que a ausência de resolução expressa, diferente do consignado na Constituição da República em relação à petição administrativa comum, supõe que se acessa – não se denega – a petição.<sup>311</sup> A autoridade conclui que “o ordenamento jurídico faz prevalecer o direito à informação em face da morosidade da Administração em se pronunciar”. Isso em decorrência da aplicação de “uma espécie de ‘regra de admissão’ similar à estabelecida na lei processual quando não houver efetiva contradição”.<sup>312</sup>

Entretanto, essa perspectiva da Corte Interamericana, assim como a de algumas leis nacionais, em prol da divulgação (princípio da máxima divulgação), deve ser compatibilizada com os limites eventualmente impostos pelo interesse público na preservação do sigilo, de modo que o reconhecimento do dever de prestação da informação pela inércia das autoridades seja decorrência de uma presunção relativa – e não absoluta – da procedência dos argumentos do interessado.

#### 6.4. Direito de recurso extrajudicial e judicial

Conforme o Comitê Jurídico,

*todo indivíduo deve ter o direito de recorrer de qualquer negativa ou obstrução de acesso à informação perante uma instância administrativa. Também deve existir o direito de apelar das decisões desse órgão administrativo ante os tribunais judiciais.*<sup>313</sup>

A Lei Modelo Interamericana prevê três meios distintos ao alcance do indivíduo para proteção do direito à informação: (i) apelação interna ou pedido de reconsideração em face da autoridade que negou o direito à informação, como medida prévia

<sup>307</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 44.

<sup>308</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 35.

<sup>309</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 18.

<sup>310</sup> INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS. Expediente: 279/09. Resolución de 25 de março de 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/1RzTVGE>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

<sup>311</sup> URUGUAY. Tribunal de Apelaciones en lo Civil Tercer Turno. Sentença de 22 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/1oMQbGG>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

<sup>312</sup> URUGUAY. Tribunal de Apelaciones en lo Civil Tercer Turno. Sentença de 22 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/1oMQbGG>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

<sup>313</sup> **Principles on the right of access to information.** Ponto resolutivo 8.





facultativa, aos demais meios de impugnação; (ii) apelação externa em face de outro órgão que não coincida com aquele que negou o direito à informação, como medida prévia e obrigatória à revisão judicial; (iii) revisão judicial.<sup>314</sup>

Da mesma forma, prescrevem as leis nacionais latino-americanas sobre acesso à informação; porém, de modo específico, apenas sobre as apelações interna e externa (na dicção da Lei Modelo Interamericana), isto é, sobre os processos administrativos (extrajudiciais) de controle interno e controle externo: Brasil<sup>315</sup>, Chile<sup>316</sup>, Colômbia<sup>317</sup>, El Salvador<sup>318</sup>, Equador<sup>319</sup>, Guatemala<sup>320</sup>, Honduras<sup>321</sup>, México<sup>322</sup>, Nicarágua<sup>323</sup>, Paraguai<sup>324</sup>, Peru<sup>325</sup>, República Dominicana<sup>326</sup> e Uruguai<sup>327</sup>.

A “revisão judicial” das decisões administrativas é exercida predominantemente por tribunais de competência genérica na América Latina, onde apenas a Colômbia, Guatemala, República Dominicana, Uruguai e Venezuela detêm uma jurisdição especializada em direito administrativo. Com exceção do Brasil, que se vale de um Código de Processo Civil<sup>328</sup>, os demais países latino-americanos, no que concerne à legislação processual judicial, sujeitam-se a uma legislação processual específica de direito administrativo, aplicável subsidiariamente às revisões judiciais das decisões que negam o acesso à informação pública.

## 6.5. Autoridades independentes e imparciais: extrajudiciais e judiciais

Uma instituição de fundamental importância que a Lei Modelo Interamericana consagrou – acompanhada somente por uma minoria dos Estados – foi a “Comissão de Informação” como um órgão extrajudicial autônomo e independente, destinado à promoção da efetivação do acesso à informação oficial, normativa e executiva, incluindo a

<sup>314</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Arts. 46-52.

<sup>315</sup> **Lei 12.527.** Arts. 15-20.

<sup>316</sup> **Lei sobre acceso a la información pública.** Arts. 24-30.

<sup>317</sup> **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional.** Art. 27.

<sup>318</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 82-102.

<sup>319</sup> **Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Art. 22.

<sup>320</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 35, 52-60.

<sup>321</sup> **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Art. 26.

<sup>322</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Arts. 142-188.

<sup>323</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 35-39.

<sup>324</sup> **Ley de Libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental.** Arts. 21, 23-27.

<sup>325</sup> **Ley de transparencia y acceso a la información pública.** Art. 11, g).

<sup>326</sup> **Ley General de Libre Acceso a la Información Pública.** Arts. 26-29.

<sup>327</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 22-30.

<sup>328</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil.** Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/1VoJl3i>>. Acesso em: 13 fev. 2016.





função jurisdicional [extrajudicial] para decidir sobre impugnações contra denegações de pedidos de acesso à informação.<sup>329</sup>

De modo semelhante, prescreve a Constituição do México que:

*Serão estabelecidos mecanismos de acesso à informação e procedimentos de revisão celeres que se submeterão a órgãos autônomos especializados e imparciais estabelecidos nesta Constituição.*<sup>330</sup>

Tobel, já em 1999, nos seus “Princípios”, propunha a criação de um órgão administrativo independente para julgar os recursos contra a denegação dos pedidos de informação:

*Em todos os casos, a lei deve prever um direito individual de recurso para um órgão administrativo independente para lidar com uma recusa por parte de um órgão público de divulgar informações. Este pode ser um órgão já existente, como um Ombudsman ou uma Comissão de Direitos Humanos ou outro especialmente criado para este propósito.*<sup>331</sup>

Apesar de incipiente no cenário mundial, essa tem sido a tendência: a criação de órgãos extrajudiciais independentes sobre acesso à informação que, **sem prejuízo** dos recursos judiciais, são considerados peça chave no direito de acesso à informação.<sup>332</sup>

Ao lado do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, vale citar o Código Modelo sobre Acesso à Informação para a África, de 2013, elaborado pela Comissão Africana de Direitos Humanos e Pessoais, o qual prevê autoridades independentes para conduzir recursos sobre acesso à informação.<sup>333</sup> Também são exemplos de órgãos extrajudiciais e independentes para o controle do acesso à informação: *The Commissioner*, na Sérvia;<sup>334</sup> *The Commissioner for Access to Public Information*, na Eslovênia;<sup>335</sup> o *Independent Information Commissioner*, na Libéria;<sup>336</sup> *The Central Information Commission*,

<sup>329</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Arts. 54-63.

<sup>330</sup> **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Art. 6º A, IV.

<sup>331</sup> MENDEL, Toby. **The Public's Right to Know.** Principles on Freedom of Information Legislation. London: ARTICLE 19, 1999. Disponível em: <<http://bit.ly/1IYHR4n>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>332</sup> MENDEL, Toby. Access to information. In: VILLANUEVA, Ernesto (Org.). **Derecho de la información.** México: UNAM, 2007. p. 9. Ver também SNELL, Rick. Freedom of information analysis. In: VILLANUEVA, Ernesto (Org.). **Derecho de la información.** México: UNAM, 2007. p. 29.

<sup>333</sup> AFRICA COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE' RIGHTS. **Model Law on Access to Information for Africa.** Art. 53. Disponível em: <<http://bit.ly/1xKH0qm>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

<sup>334</sup> SERBIA. **Law on Free Access to Information of Public Importance.** Arts. 32-35. Disponível em: <<http://bit.ly/1L8KAKy>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

<sup>335</sup> ESLOVÊNIA. **Access to public information Act.** Arts. 28-30. Disponível em: <<http://bit.ly/1GU9DrP>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

<sup>336</sup> LIBERIA. **The freedom of information act of 2010.** Cap. 5. Disponível em: <<http://bit.ly/1DEIxm5>>. Acesso em: 28 jan. 2016.







na Índia;<sup>337</sup> *The Information Commissioner*, na Antígua e Barbuda;<sup>338</sup> a *Commission for Protection of the Right to Free Access to Information of Public Character*, na Macedônia;<sup>339</sup> e a *Authorized Agency*, no Azerbaijão<sup>340</sup>.

Na América Latina, existem quatro países que adotam órgãos de controle que se inclinam para uma independência efetiva assegurada por prerrogativas previstas em lei: o Chile, com o Conselho de Transparência<sup>341</sup>; El Salvador, com o Instituto de Acesso à Informação Pública<sup>342</sup>; Honduras, com o Instituto de Comissários<sup>343</sup>; e o México, com o *Instituto* e os *Organismos Garantes*<sup>344</sup>.

Essa tímida ressonância, no território latino-americano, dos órgãos de controle do acesso à informação dotados de prerrogativas para atuar com independência<sup>345</sup> é esperada e decorre do fato de a cultura jurídica europeia-continental (independência como atributo exclusivo de uma jurisdição final) estar enraizada no direito administrativo latino-americano e ser incompatível com o sistema dos *quasi-judicial administrative bodies* ou *administrative tribunals*, conduzindo a um *close judicial review*, típicos de um direito administrativo vinculado ao *common law*.<sup>346</sup>

A propósito, não se deve olvidar que países como Austrália e Canadá, vinculados ao *common law*, são os precursores do direito de acesso à informação, com experiência superior a 30 anos.<sup>347</sup>

Na Europa atual, vale citar a Directiva 2003/4/CE, que detém disposições que preveem um recurso extrajudicial perante uma autoridade independente e, adicionalmente, um recurso em face de um juiz ou de outra autoridade independente:

<sup>337</sup> INDIA. **Act nº 22/2005**, arts. 12 a 14. Disponível em: <<http://bit.ly/1L8KPw1>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

<sup>338</sup> ANTIGUA E BARBUDA. **The Freedom of Information act of 2004**. Arts. 35-40. Disponível em: <<http://bit.ly/1JuM4C>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

<sup>339</sup> MACEDÔNIA. **Law on free access to information of public character**. Arts. 30-35. Disponível em: <<http://bit.ly/1uNbmKG>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

<sup>340</sup> AZERBAIJÃO. **Law of the Republic of Azerbaijan on right to obtain information**. Art. 44. Disponível em: <<http://bit.ly/1utMCBp>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

<sup>341</sup> **Ley sobre acceso a la información pública**. Arts. 31-44.

<sup>342</sup> **Ley de acceso a la información pública**. Arts. 51-60.

<sup>343</sup> **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. Arts. 8-11.

<sup>344</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. Arts. 8, III e IV, 30, 37-42.

<sup>345</sup> Sobre a falta de órgãos independentes como causa de dificuldade do desenvolvimento de uma cultura de transparência no Peru, ver BURT, Jo-Marie; CAGLEY, Casey. Access to Information, Access to Justice: The Challenges to Accountability in Peru. **SUR International Journal on Human Rights**, v. 10, n. 18, jun. 2013.

<sup>346</sup> Ver PERLINGEIRO, Ricardo. A Historical Perspective on Administrative Jurisdiction in Latin America: Continental European Tradition vs. US Influence. **British Journal of American Legal Studies – BJALS**, v.I 5(1), 2016. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2592418>>. Ver também ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication (September 26, 2014). **Forthcoming American Journal of Comparative Law**, v. 63, 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2502210>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>347</sup> SNELL, Rick. Freedom of information analysis. In: VILLANUEVA, Ernesto (Org.). **Derecho de la información**. México: UNAM, 2007. p. 14.





1. Os Estados-Membros devem garantir que qualquer requerente [...] tenha acesso a um processo pelo qual os atos ou omissões da autoridade pública em causa possam ser re-considerados por essa ou outra autoridade pública ou **revistos administrativamente por um organismo independente e imparcial estabelecido por lei.** [...] 2. **Além do recurso previsto no n. 1, os Estados-Membros devem garantir que o requerente tenha direito a um recurso [...], junto de um tribunal ou de outro organismo independente e imparcial estabelecido por lei, cujas decisões possam ser definitivas.** [...] <sup>348</sup> (grifo nosso).

## 6.6. Divulgação proativa

Na opinião do Comitê Jurídico Interamericano,

*os órgãos públicos devem difundir informação sobre suas funções e atividades – incluindo sua política, oportunidades de consultas, atividades que afetam o público, orçamentos, subsídios, benefícios e contratos – de forma rotineira e proativa, mesmo na ausência de um pedido específico, e de maneira que assegure que a informação seja acessível e compreensível.*<sup>349</sup>

Com extensão análoga, quanto ao dever de difusão proativa, dispõem a legislação do Brasil<sup>350</sup>, Chile<sup>351</sup>, Colômbia<sup>352</sup>, El Salvador<sup>353</sup>, Equador<sup>354</sup>, Guatemala<sup>355</sup>, Honduras<sup>356</sup>, México<sup>357</sup>, Nicarágua<sup>358</sup>, Panamá<sup>359</sup>, Paraguai<sup>360</sup>, Peru<sup>361</sup>, República Dominicana<sup>362</sup> e Uruguai<sup>363</sup>.

<sup>348</sup> UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2003/4/CE. Art. 6. Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2003, relativa ao acesso do público às informações sobre ambiente e que revoga a Directiva 90/313/CEE do Conselho. Disponível em: <<http://bit.ly/211r68x>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>349</sup> **Principles on the right of access to information.** Ponto resolutivo 4.

<sup>350</sup> **Lei 12.527.** Art. 8.

<sup>351</sup> **Ley sobre acceso a la información pública.** Art. 7.

<sup>352</sup> **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional.** Art. 11.

<sup>353</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 10-18.

<sup>354</sup> **Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Art. 7.

<sup>355</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 10-14.

<sup>356</sup> **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Art. 13.

<sup>357</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Arts. 70-80.

<sup>358</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 20-25.

<sup>359</sup> **Ley de Acceso a la Información.** Art. 9.

<sup>360</sup> **Ley de Libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental.** Arts. 8-11.

<sup>361</sup> **Ley de transparencia y acceso a la información pública.** Arts. 5, 6.

<sup>362</sup> **Ley General de Libre Acceso a la Información Pública.** Arts. 3, 4.

<sup>363</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 5.





Do Capítulo II da Lei Modelo Interamericana, entre os arts. 9 e 14, consta um detalhamento do procedimento e das informações que devem ser disseminadas de modo proativo pelas autoridades, incluindo a qualificação e remuneração dos altos funcionários,<sup>364</sup> e as políticas públicas e a advertência de que “ninguém poderá sofrer prejuízo algum devido à aplicação de uma política pública que não tenha sido divulgada”.<sup>365</sup>

A respeito da divulgação de políticas públicas, encontra-se em discussão, no Supremo Tribunal Federal brasileiro, um recurso contra uma decisão judicial que negou o acesso a informações e documentos sobre uma gestão municipal, sob o argumento de que haveria ingerência indevida e ofensa à separação de poderes.<sup>366</sup>

Na doutrina de Sommermann, a transparência entre a Administração Pública e os indivíduos, na formação de planos e programas, objetiva compensar o déficit democrático de que padece o procedimento administrativo, em contraste com o procedimento legislativo, e equilibrar os problemas que o controle judicial experimenta nos casos de ampla discricionariedade administrativa, mesmo porque a transparência em si constitui uma forma de controle.<sup>367</sup>

## 6.7. Medidas punitivas contra a obstrução do direito à informação

O princípio segundo o qual “toda pessoa que intencionalmente negue ou obstrua o acesso à informação violando as regras que garantam esse direito deve estar sujeita a sanção”<sup>368</sup> está consagrado na Lei Modelo Interamericana, que se refere a sanções administrativas e penais, considerando crime a adulteração ou destruição de documentos que tenham sido objetivo de pedido de informação, e ilício administrativo as seguintes condutas: (i) obstruir o acesso a qualquer documento de forma contrária ao disposto na Lei Modelo; (ii) impedir que uma autoridade pública cumpra suas obrigações de acordo com a Lei Modelo; (iii) interferir no trabalho da Comissão de Informação; (iv) não cumprir as disposições da Lei Modelo; (v) omitir a criação de um documento em descumprimento de políticas ou normas aplicáveis ou com a intenção de impedir o acesso à informação; e (vi) destruir documentos sem autorização.<sup>369</sup>

<sup>364</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Art. 12, b).

<sup>365</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Art. 13.1, 2.

<sup>366</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 865.401. Minas Gerais. Acórdão de 14 de agosto de 2015. Brasília: 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/1Qwa3Xj>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

<sup>367</sup> SOMMERMANN, Karl-Peter. La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho. In: GARCÍA MACHO, Ricardo. **Derecho administrativo de la información y administración transparente.** Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 52.

<sup>368</sup> **Principles on the right of access to information.** Ponto resolutivo 9.

<sup>369</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Arts. 64-66.





A propósito, a Constituição do México adverte que “a inobservância às disposições em matéria de acesso à informação pública será sancionada nos termos da lei”.<sup>370</sup>

Entre as leis que preveem sanções administrativas estão as do Brasil<sup>371</sup>, El Salvador<sup>372</sup>, Equador<sup>373</sup>, Guatemala<sup>374</sup>, México<sup>375</sup>, Nicarágua<sup>376</sup>, Paraguai<sup>377</sup> e Uruguai<sup>378</sup>; entre as leis que preveem sanções penais, as da Colômbia<sup>379</sup>, Guatemala<sup>380</sup>, Honduras<sup>381</sup>, Panamá<sup>382</sup>, Peru<sup>383</sup> e República Dominicana<sup>384</sup>. A lei geral do Panamá também prevê a responsabilidade civil do funcionário público que causar prejuízo aos interessados<sup>385</sup>.

Em outra perspectiva, Tobel sustenta que:

*Os funcionários devem ser protegidos de sanções quando tiverem, razoavelmente e de boa-fé, divulgado informações de acordo com um requerimento de liberdade de informação, mesmo se, posteriormente, for verificado que a informação não estava sujeita à divulgação. Caso contrário, a cultura do segredo que envolve muitos órgãos do governo será mantida, vez que os funcionários podem ser excessivamente cautelosos sobre requerimentos de informação, para evitar qualquer risco pessoal.*<sup>386</sup>

O autor também chega a elevar a princípio a noção de que “indivíduos que divulgam informação sobre atuações indevidas – denunciante – devem ser protegidos”.<sup>387</sup>

<sup>370</sup> **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Art. 6-A, VII.

<sup>371</sup> **Lei 12.527.** Arts. 32-34.

<sup>372</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 77-80.

<sup>373</sup> **Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Art. 23.

<sup>374</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 61-63.

<sup>375</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Arts. 206-217.

<sup>376</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 47-49.

<sup>377</sup> **Ley de Libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental.** Art. 28.

<sup>378</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Art. 31.

<sup>379</sup> **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional.** Art. 29.

<sup>380</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública.** Arts. 64-67.

<sup>381</sup> **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** Arts. 27-28.

<sup>382</sup> **Ley de Acceso a la Información.** Arts. 22-23.

<sup>383</sup> **Ley de transparencia y acceso a la información pública.** Art. 4.

<sup>384</sup> **Ley General de Libre Acceso a la Información Pública.** Art. 30.

<sup>385</sup> **Ley de Acceso a la Información.** Art. 21.

<sup>386</sup> MENDEL, Toby. **The Public's Right to Know.** Principles on Freedom of Information Legislation. London: ARTICLE 19, 1999. Disponível em: <<http://bit.ly/1IYHR4n>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>387</sup> MENDEL, Toby. **The Public's Right to Know.** Principles on Freedom of Information Legislation. London: ARTICLE 19, 1999. Disponível em: <<http://bit.ly/1IYHR4n>>. Acesso em: 13 fev. 2016.





## 6.8. Políticas públicas referentes ao acesso à informação

A definição das políticas públicas referentes à implementação do direito à informação está no âmbito de discricionariedade política do legislador e das autoridades que, entretanto, não têm autorização para esvaziar o conteúdo da proteção daquele direito fundamental.

Conforme o Comitê Jurídico Interamericano,

*devem ser adotadas medidas para promover, implementar e assegurar o direito de acesso à informação, incluindo a criação e manutenção de arquivos públicos de modo sério e profissional, a capacitação e treinamento de funcionários públicos, a implementação de programas para salientar a importância desse direito entre as pessoas, o melhoramento dos sistemas de administração e manejo de informação, e a divulgação das medidas tomadas pelos órgãos públicos para implementar o direito de acesso à informação, inclusive em relação ao processamento de requerimentos de informação.*<sup>388</sup>

A Lei Modelo Interamericana prescreve que o legislador deve monitorar a aplicação da lei de acesso à informação, de modo a atualizá-la sempre que necessário, e também se refere ao Ministério da Educação quanto à criação de cursos sobre direito à informação nas escolas de ensino médio e fundamental, e a órgãos de execução, para capacitação dos funcionários públicos responsáveis pela aplicação da lei de acesso à informação.<sup>389</sup>

Em suma, é dever dos Estados ajustar as normas jurídicas às exigências do direito à informação, promover uma cultura de acesso à informação<sup>390</sup>, e adotar medidas para implementação adequada do acesso à informação.

No que diz respeito especificamente a medidas para implementação do direito de acesso à informação, segundo a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos,<sup>391</sup>

*Em primeiro lugar, o Estado deve elaborar um plano que lhe permita satisfazer, de modo real e efetivo, o direito de acesso à informação em um período razoável de tempo. Essa*

<sup>388</sup> Principles on the right of access to information. Ponto resolutivo 10.

<sup>389</sup> **Model Inter-American Law on Access to Information.** Arts. 67 a 70.

<sup>390</sup> Na República Dominicana, as organizações comunitárias ocuparam papel de destaque na promoção de uma cultura de acesso à informação (SKOUFIAS, Emmanuel; NARITA, Renata; e NARAYAN, Ambar. Does Access to Information Empower the Poor? Evidence from the Dominican Republic. **World Bank Policy Research Working Paper**, n. 6.895, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2445212>>. Acesso em: 13 fev. 2016). Ver BANISAR, David. Effective Open Government: Improving Public Access to Government Information. **OECD Working Paper**, §93, mar. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2069870>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>391</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. O direito de acesso à informação no marco jurídico interamericano. p. 14.





*obrigação implica o dever de destinar o orçamento necessário para satisfazer, de modo progressivo, às demandas que o direito de acesso à informação gerará.*

*Em segundo lugar, o Estado deve adotar normas, políticas e práticas que permitam conservar e administrar adequadamente a informação. Nesse sentido, a Declaração Conjunta de 2004 dos Relatores para a Liberdade de Expressão da ONU, da OEA e da OSCE explica que 'as autoridades públicas devem ter a obrigação de cumprir padrões mínimos de gestão de arquivos', e que 'devem-se estabelecer sistemas para promover padrões mais elevados com o passar do tempo'.<sup>392</sup>*

*Em terceiro lugar, o Estado deve adotar uma política sistemática de treinamento e capacitação de funcionários públicos destinados a satisfazer, em uma cada uma de suas facetas, o direito de acesso à informação pública, bem como 'a capacitação dos órgãos, autoridades e agentes públicos encarregados de atender as solicitações de acesso à informação sob o controle do Estado sobre a normativa que rege esse direito'. Do mesmo modo, **essa obrigação implica a capacitação de funcionários públicos em relação às leis e políticas sobre a criação e custódia de arquivos relativos às informações** que o Estado tem a obrigação de resguardar, administrar e produzir ou coletar. Nesse sentido, a Corte Interamericana se referiu à obrigação do Estado de proceder à 'capacitação dos órgãos, autoridades e agentes públicos encarregados de atender as solicitações de acesso às informações sob o controle do Estado **sobre a normativa que rege esse direito**'<sup>393</sup>." (grifo nosso)*

A propósito, conforme a Corte Interamericana, é considerada uma atitude vulneratória do direito de acesso **o despreparo dos funcionários públicos para lidar com o tema, em especial para incorporar os parâmetros convencionais a respeito do regime de exceções**. Os Estados, portanto, devem promover, em tempo razoável, a capacitação dos órgãos, autoridades e agentes públicos.<sup>394</sup>

Deve-se ter em mente que:

*Os países que implementaram, com mais sucesso, suas leis geralmente têm adotado uma abordagem abrangente, garantindo que todos no governo tenham, pelo menos, uma compreensão básica da lei e de sua necessidade. Diferentes níveis de pessoal recebem formação com base em suas necessidades, desde uma intensiva e abrangente*

<sup>392</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión. Declaração Conjunta do Relator Especial das Nações Unidas (ONU) sobre a Liberdade de Opinião e Expressão, do Representante para a Liberdade dos Meios de Comunicação da Organização para Segurança e a Cooperação na Europa (OSCE), e do Relator Especial da Organização dos Estados Americanos (OEA) para a Liberdade de Expressão. Costa Rica, 2004. Disponível em: <<http://bit.ly/1R1H2Tv>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>393</sup> Caso Claude Reyes e outros vs. Chile. § 165.

<sup>394</sup> Caso Claude Reyes e outros vs. Chile. §§ 164 e 165.





*abordagem a conhecimentos gerais. Como observado pelo Executivo Escocês, a implementação do 'FOI não deve vir como uma surpresa para os funcionários e gerentes de qualquer organização'.<sup>395</sup>*

As leis do Brasil<sup>396</sup>, Colômbia<sup>397</sup>, El Salvador<sup>398</sup>, Equador<sup>399</sup>, Guatemala<sup>400</sup>, Honduras<sup>401</sup>, México<sup>402</sup>, Nicarágua<sup>403</sup> e Panamá<sup>404</sup> dispõem sobre o dever de promover e implementar o acesso à informação. Contudo, a despeito da Lei mexicana mencionar "profissionalismo" como o princípio que norteia os órgãos garantes<sup>405</sup>, nenhuma delas consagra expressamente uma formação jurídica superior para os funcionários públicos.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A associação do direito à informação a um direito humano fundamental, conforme declarado pelo Comitê Jurídico Interamericano da Organização dos Estados Americanos (OEA), em consonância com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, encontra-se consolidada nos sistemas jurídicos latino-americanos de origem Ibérica e é chave essencial para os legisladores, autoridades e juízes nacionais implementarem os demais princípios preconizados pela OEA.

Portanto, naqueles países, quando a legislação e os precedentes judiciais se distanciam pontualmente de alguma das orientações da Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação, o foco de discussão será do ponto de vista do direito constitucional nacional. No entanto, duas questões relacionadas ao dever do Estado de garantir proteção ao direito à informação merecem destaque, na medida em que seriam mais facilmente solucionadas na arena política do que no âmbito da jurisdição constitucional.

Primeiro, a falta de formação jurídica das autoridades decisórias na América Latina enfraquece sua capacidade cognitiva e credibilidade necessárias a uma atuação que pondera interesses sob a primazia dos direitos fundamentais e que, frequentemente,

<sup>395</sup> BANISAR, David. Effective Open Government: Improving Public Access to Government Information. **OECD Working Paper**, § 91, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2069870>>.

<sup>396</sup> **Lei 12.527**. Arts. 40, 41.

<sup>397</sup> **Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional**. Arts. 30-32.

<sup>398</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Arts. 45-47.

<sup>399</sup> **Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. Art. 8.

<sup>400</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Arts. 50, 51.

<sup>401</sup> **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. Arts. 5, 6, 30, 31.

<sup>402</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. Arts. 53-55.

<sup>403</sup> **Ley de Acceso a la Información Pública**. Arts. 43-46.

<sup>404</sup> **Ley de Acceso a la Información**. Art. 26.

<sup>405</sup> **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. Art. 8, VIII.





precisa contrariar ou suprir a ausência ou insuficiência de regulamentos ou leis sobre acesso à informação, em geral impregnadas de conceitos vagos.

A segunda questão trata das prerrogativas de independência das autoridades administrativas responsáveis pelos recursos contra as decisões que negam o acesso à informação. A proposta da Lei Modelo Interamericana, acompanhada somente por quatro países latino-americanos (Chile, El Salvador, Honduras e México), contém traços das *quase-judicial authorities* e do *close judicial review* típicos do direito administrativo vinculado ao *common law*, com difícil assimilação em uma América Latina de tradições jurídicas de *civil law*.

Dessa forma, para que o acesso à informação cumpra realmente o seu papel de controle democrático da atuação do poder público – de transcendental importância no atual contexto político-econômico dos Estados latino-americanos – não basta que a compatibilidade entre o direito nacional, os princípios da OEA e a jurisprudência da Corte I.D.H. se limite a declarações de direitos e deveres sobre o acesso à informação. É imperativo que as garantias institucionais do direito à informação sejam revisitadas, assegurando-se qualidade jurídica às funções administrativas primárias (decisão inicial) e certa dose de independência às funções secundárias (decisão em recurso), em especial as que dizem respeito à apreciação de conceitos vagos nas exceções ao direito fundamental de acesso à informação.

## 8. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 1994.

ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication (September 26, 2014). **Forthcoming American Journal of Comparative Law**, v. 63, 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2502210>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

BANISAR, David. Effective Open Government: Improving Public Access to Government Information. **OECD Working Paper**, § 91, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2069870>>.

BRADLEY, A. W.; EWING, K. D. **Constitutional and administrative law**. 14. ed. London: Pearson, 2007.

BURT, Jo-Marie; CAGLEY, Casey. Access to Information, Access to Justice: The Challenges to Accountability in Peru. **SUR International Journal on Human Rights**, v. 10, n. 18, jun. 2013.

CASAL H., Jesús María. **Los derechos fundamentales y sus restricciones**. Caracas: Legis, 2010. p. 254.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Inter-American Commission on Human Rights). **Acesso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas**. Costa Rica: OEA, 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/1OrOPIQ>>. Acesso em: 14 mar. 2016.







COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. **Principles on the right of access to information**. CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08). 7 de agosto de 2008. Disponível em: < <http://bit.ly/1nSf3fu> >. Acesso em: 2 jan. 2016.

COUTINHO, Juliana. A geometria variável do direito administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, ano VIII, p. 107-139, 2011.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Tradução de Legaz Lacambra, Garrido Falla, Gómez de Ortega. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1958.

GALETTA, Diana-Urania. **Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1998.

GARCÍA MACHO, Ricardo. **Derecho administrativo de la información y administración transparente**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 52.

GRINOVER, Ada Pellegrini; PERLINGEIRO, Ricardo et al. Código Modelo de Procesos Administrativos - Judicial y Extrajudicial - para Iberoamérica. **Seminário Demandas Repetitivas na Justiça Federal**. 1. ed. Brasília: CJF, v. 29, p. 107-120, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2250852>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 147-175, abr./jun. 2014.

KAZMIERSKI, Vincent. Lights, Judges, Access: How Active Judicial Review of Discretionary Decisions Protects Access to Government Information. **Alberta Law Review**, v. 51, n. 1, p. 61, 67, 70, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2669112>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

MENDEL, Toby. Access to information. In: VILLANUEVA, Ernesto (Org.). **Derecho de la información**. México: UNAM, 2007. p. 6.

MENDEL, Toby. **O Direito a Informação na América Latina**. UNESCO, 2009. Disponível em: < <http://bit.ly/1MVf6BA> >. Acesso em: 2 jan. 2016.

MENDEL, Toby. **The Public's Right to Know**. Principles on Freedom of Information Legislation. London: ARTICLE 19, 1999. Disponível em: <<http://bit.ly/1IYHR4n>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

MESSINEO, Francesco et al. **Trattato di Diritto Civile e Commerciale**. Milano: Giuffrè, 2011.

PERFETTI, Luca R.. Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società. **Diritto amministrativo**, v. 21., p. 309-400, 2013.

PERLINGEIRO, Ricardo. A Historical Perspective on Administrative Jurisdiction in Latin America: Continental European Tradition vs. US Influence. **British Journal of American Legal Studies - BJALS**, v.I 5(1), 2016. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2592418>>.





PERLINGEIRO, Ricardo. The Codification of the Right of Access to Information in Latin America. **Páginas A&B: Arquivos e Bibliotecas**, Portugal, 3ª Série, n. 3, p. 119-128, 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2441585>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012.

PIÑAR MAÑAS, José Luís. Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario. In: GARCÍA MACHO, Ricardo (Org.). **Derecho administrativo de la información y administración transparente**, Madrid: Marcial Pons, 2010.

SADDY, A. **Silêncio administrativo no direito brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 249

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SKOUFIAS, Emmanuel; NARITA, Renata; NARAYAN, Ambar. Does Access to Information Empower the Poor? Evidence from the Dominican Republic. **World Bank Policy Research Working Paper**, 6895, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2445212>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

SOMMERMAN, Karl-Peter. La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho. In: GARCÍA MACHO, Ricardo (Org.). **Derecho administrativo de la información y administración transparente**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/2: Allgemeine Lehren der Grundrechte**. München: C.H.BECK, 1994.

STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung**. München: C.H.BECK, 1980.

VILLANUEVA, Ernesto (Org.). **Derecho de la información**. México: UNAM, 2007.

WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito Administrativo**. v. 1. Tradução de Antônio F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. Disponível em: <<http://bit.ly/1Q4OEYe>>.







Licenciado sob uma Licença Creative Commons  
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.45230>

## Imposto de renda da pessoa física, isonomia e capacidade econômica: analisando o atributo da generalidade

### *Individual income tax, equality and economic capacity: analyzing the attribute of generality*

**BRUNA ESTIMA BORBA\***

Faculdade Damas da Instrução Cristã (Brasil)  
brunaestimaborba@gmail.com

**ANDRÉ FELIPE CANUTO COELHO\*\***

Faculdade Damas da Instrução Cristã (Brasil)  
afccbgp@hotmail.com

**Recebido/Received:** 15.02.2016 / February 15<sup>th</sup>, 2016

**Aprovado/Approved:** 29.04.2016 / April 29<sup>th</sup>, 2016

#### Resumo

O corrente artigo tem por objetivo geral demonstrar o baixo grau de concretização dos princípios da igualdade fiscal e da capacidade econômica no cenário nacional atual, no que se refere ao imposto de renda da pessoa física (IRPF). Para tanto, serão examinadas as características deste imposto, abordando os atributos da universalidade, da progressividade, e em especial, da generalidade, em correlação com referidos princípios. A hipótese central é de que há reduzido grau de generalidade na incidência do IRPF, em razão de um indevido tratamento privilegiado dado aos rendimentos de capital

#### Abstract

*The current article has the objective to demonstrate the low level of implementation of the principles of tax equality and economic capacity in the current national scene, with regard to individual income tax. To this end, the features will be examined, addressing the attributes of generality, universality and progressiveness, in correlation with those principles. The main proposition is that there is low degree of generality in the incidence of the individual income tax, caused by an undue preferential treatment given to capital income instead of labor income. Using qualitative research methodology and inductive method, the text construction*

Como citar esse artigo/How to cite this article: BORBA, Bruna Estima; COELHO, André Felipe Canuto. Imposto de renda da pessoa física, isonomia e capacidade econômica: analisando o atributo da generalidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 199-223, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.45230>.

\* Professora dos cursos de Mestrado e de Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã – ARIC (Recife-PR, Brasil). Professora Adjunta de Direito Tributário e de Direito Financeiro do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (Recife-PE, Brasil). Possui Doutorado em Direito pela UFPE (2011), Mestrado em Direito pela UFPE (2004), Especialização em Economia pela UFPE (1991), Graduação em Direito pela UFPE (2000) e Graduação em Engenharia Mecânica pela UFPE (1982). É Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil aposentada. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2966-2748>. E-mail: brunaestimaborba@gmail.com.

\*\* Professor dos cursos de Mestrado e de Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã – ARIC (Recife-PR, Brasil). Possui Doutorado em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) (2011), Mestrado em Direito pela UFPE (2005) e Graduação em Economia pela UFPE (1991). É Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil. Compõe o corpo editorial da Revista da Receita Federal: Estudos Tributários e Aduaneiros. E-mail: afccbgp@hotmail.com.





em detrimento dos rendimentos do trabalho. Utilizando metodologia de pesquisa qualitativa e método indutivo, a construção do texto tratará do estudo do significado e da efetividade desses caracteres, especificamente no que tange à generalidade, associando-a aos princípios da isonomia e da capacidade econômica no contexto do IRPF. Empregar-se-á o exame do conteúdo dos textos constitucionais e legais nacionais relativos ao imposto de renda, além de alguma jurisprudência e de reflexões promovidas por doutrinadores, como principais fundamentações teóricas. A presente investigação se justifica pela necessidade de identificar, na tributação da pessoa física, a realização dos princípios da capacidade econômica e da isonomia tributária.

**Palavras-chave:** princípios; igualdade fiscal; capacidade econômica; imposto de renda da pessoa física; generalidade.

*will address the study of the meaning and effectiveness of these characters, especially with regard to generality, linked to the principles of equality and economic capacity. The examination shall be employed the content of the national constitutional and legal texts relating to income tax, as well as any jurisprudence and academic doctrine reflections as the main theoretical foundations. This research is justified by the need to identified, in the taxation of individuals, the realization of the principles of economic capacity and tax equality.*

**Keywords:** principles; tax equality; economic capacity; individual income tax; generality.

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Compreendendo as características do imposto de renda da pessoa física a partir dos princípios da isonomia e da capacidade econômica; 3. O imposto de renda da pessoa física e a generalidade: tributando os rendimentos do capital e os rendimentos do trabalho; 4. Conclusão; 5. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Mais que um regramento inscrito na Constituição Federal de 1988 (CF/1988), o princípio da capacidade econômica funciona como um estandarte que anuncia ao cidadão e ao Estado que o ônus da tributação deve ser distribuído com isonomia, atribuindo a cada um, em concreto, uma carga fiscal compatível com aqueles outros contribuintes que se encontram em situação equivalente.

Essa concepção da capacidade econômica decorre da compreensão do princípio da igualdade como uma igualdade que transcenda o aspecto formal - uma igualdade perante a lei - e que se imponha sobretudo como uma igualdade material - uma igualdade na lei<sup>1</sup>. Ademais, o princípio da capacidade econômica é aquele orientador essencial dos impostos, tributos cuja exigência independe de uma atuação estatal<sup>2</sup>.

De fato, não havendo - como há para as taxas e as contribuições de melhoria - uma contraprestação estatal dirigida ao contribuinte que exija a atuação estatal, a aferição do montante a tributar somente pode se basear na condição do particular.

Tratando-se de impostos pessoais, como é o caso do imposto de renda das pessoas físicas, mister se identificar, essa aferição, com a situação subjetiva do contribuinte,

<sup>1</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998. p. 435.

<sup>2</sup> COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 52.





a partir de suas rendas e suas despesas. Eis, então, no particular caso do imposto de renda da pessoa física (IRPF), os elementos estruturantes do princípio da igualdade fiscal e do princípio da capacidade econômica: os atributos da generalidade, da universalidade e da progressividade, previstos no inciso I do §2º do art. 153 da CF/1988.

Este artigo tem como objetivo geral demonstrar o pequeno grau de concretização dos princípios da igualdade fiscal e da capacidade econômica no cenário nacional atual, no que se refere à incidência do IRPF, em vista da pouca relevância dada ao atributo da generalidade.

Como objetivos específicos busca-se: examinar os princípios da igualdade tributária e da capacidade econômica e seus significados no âmbito do IRPF; investigar as características essenciais do IRPF - a generalidade, a universalidade e a progressividade - como fatores necessários à tributação conforme os princípios norteadores deste imposto; e analisar a presença do atributo da generalidade na incidência do IRPF à luz do corpo normativo nacional, em uma breve perspectiva histórica, assim como na atualidade.

Adotando-se a metodologia de pesquisa qualitativa e o método indutivo, inicia-se o artigo pelo estudo dos princípios constitucionais que norteiam a incidência da tributação sobre os contribuintes, com particular abordagem sobre a isonomia, ou igualdade fiscal, e a capacidade econômica. No que se refere ao IRPF, referidos princípios são correlacionados com suas características informadoras: a universalidade, a progressividade e a generalidade.

Após essas considerações, o presente estudo analisa a generalidade, por seu significado atual e pela compreensão da construção desse atributo na formação do IRPF.

Em seguida e por meio de revisão normativa, é investigada a efetividade dessa característica na incidência do imposto de renda da pessoa física. Por meio de algumas apreciações demonstrativas, é analisado o favorecimento aos rendimentos de capital em detrimento da tributação sobre os rendimentos do trabalho.

As fundamentações teórica, normativa e jurisprudencial constam do texto, expostas quando pertinentes.

Como resultado, espera-se demonstrar que o IRPF, apesar de constitucionalmente informado pela generalidade, é regido por vasto arcabouço normativo que privilegia uma determinada modalidade de rendimento, no caso, as rendas originadas do capital.

Tal constatação implica concluir que a configuração atual do IRPF o distancia de suas inerentes características, no que se refere particularmente à generalidade e, em consequência, do atendimento aos princípios da igualdade fiscal e da capacidade econômica.





## 2. COMPREENDENDO AS CARACTERÍSTICAS DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA A PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE ECONÔMICA

Os princípios que asseguram tratamento tributário isonômico entre os protagonistas do sistema tributário nacional – os entes políticos e os contribuintes – podem ser subdivididos, para fins didáticos, em princípios relativos à igualdade entre sujeitos passivos e princípios que asseguram a igualdade entre sujeitos ativos. Os primeiros atendem ao princípio da igualdade previsto no art. 5, I, da CF/1988. Os últimos visam a assegurar o equilíbrio do pacto federativo, como previsto nos arts. 1º e 18 da Constituição Federal.

Assim, no art. 150, II, da CF/1988, está vedado aos entes políticos instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção.

Essa concepção de igualdade é conformada como uma igualdade não apenas formal - uma igualdade perante a lei - mas sobretudo como uma igualdade material - uma igualdade na lei<sup>3</sup>. Enfim, é o “dever de dispensar tratamento equânime às pessoas”<sup>4</sup>. É o que se passa a denominar de princípio da isonomia ou igualdade fiscal.

No que se refere aos impostos, tributos cuja exigência independe de uma atuação estatal, tal igualdade somente pode ser aferida em função do ato ou situação do particular<sup>5</sup>. De fato, não havendo - como há para as taxas e as contribuições de melhoria - uma contraprestação estatal dirigida ao contribuinte que exija a atuação estatal, a aferição do montante a tributar somente pode se basear na condição do particular.

Uma pequena elucidação se faz necessária, visto que a Constituição adotou, no §1º de seu art. 145, a distinção doutrinária entre impostos pessoais e reais. Esses últimos incidem sobre coisas, como um imóvel, podendo ser mencionados o imposto territorial rural (ITR), de competência da União, e o imposto predial e territorial urbano (IPTU), pertencente aos Municípios. Os impostos pessoais têm natureza subjetiva, pois são suportados por uma pessoa e, por essa razão, devem levar em consideração suas condições pessoais, a exemplo do número de filhos dependentes, para as pessoas naturais.

Dessa forma, “repetindo-se a velha fórmula aristotélica, podemos dizer que o princípio da igualdade fiscal exige que o que é (essencialmente) igual, seja tributado

<sup>3</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998. p. 435.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 13.

<sup>5</sup> COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 52.





igualmente, e o que é (essencialmente) desigual, seja tributado desigualmente na medida dessa desigualdade)”<sup>6</sup>.

O autor se reporta com correção à antiguidade, visto haver registros de considerações à capacidade contributiva no Egito<sup>7</sup> e de distribuição equitativa dos encargos estatais em Roma Antiga<sup>8</sup>.

Tratando-se, portanto, de imposto pessoal, como é o caso do imposto de renda das pessoas físicas, mister se identificar, essa aferição, como a situação subjetiva do contribuinte: suas rendas e suas despesas.

A igualdade se realiza, portanto, mediante a observância da capacidade econômica prevista no art. 145, § 1º, da CF/1988, pois: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”. Ou seja, do ponto de vista do imposto de renda da pessoa física, cujo fato gerador é a percepção de renda ou proventos, indica a Carta seu desiderato: rendas ou proventos equivalentes devem ser tributados de forma equivalente.

Viveiros de Castro já afirmava que “assim como não deve haver diferença de situações perante a Lei, assim também a taxaço não deve impôr os mesmos ônus a pessoas de condições diferentes ou pesar desigualmente sobre pessoas na mesma condição”<sup>9</sup>.

Ou seja, o ônus da tributação deve ser igualmente distribuído entre contribuintes retratando, não apenas a chamada igualdade perante a lei, como também a igualdade material ou na lei, pela certeza de que a lei tributária deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Ressalte-se que esse ditame orientador constou de três das Constituições brasileiras, a de 1824, a de 1946 e a atual, de 1988.

A Constituição Política do Império, por ter-se inspirado nos ideais revolucionários do final do século anterior, trazia no inciso XV do art. 179 uma precoce referência ao princípio da capacidade econômica, ao mencionar a proporcionalidade da tributação conforme os haveres do contribuinte: “ninguém será exempto (isento) de contribuir para as despesas do estado em proporção de seus haveres”.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, posterior ao Estado Novo e com ímpeto francamente democrático, fazia constar o princípio em seu art. 202: “Os

<sup>6</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998. p. 443.

<sup>7</sup> ADAMS, Charles. **For Good and Evil**. The impact of taxes on the course of civilization. Lanham: Madison Books, 2001. p. 8.

<sup>8</sup> WEBBER, Carolyn e WILDAVSKYL, Adam. **A History of Taxation and Expenditure in the Western World**. New York: Simon and Schuster, 1986. p. 147.

<sup>9</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratado dos Impostos**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910. p. 154.







tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte.”

Mas, em que se traduz ou exprime essa capacidade<sup>10</sup>?

Apesar dos esforços para sua conceituação, a noção de capacidade econômica ainda é pouco precisa: ora se refere à capacidade atual e efetiva de pagar tributos, ora à aptidão, em potencial, de pagá-los; em alguns casos é medida em função da renda auferida, em outros em relação ao patrimônio ou aos gastos. Por vezes, é aferida em relação ao conjunto de tributos, a carga tributária, outras vezes, em relação a um determinado tributo sob análise.

O Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não se pronunciou diretamente sobre o tema, porém de forma indireta o fez, ao se referir ao princípio da proibição do confisco, impondo como limite à tributação a verificação da capacidade do contribuinte de suportar, economicamente, a carga de tributos:

*A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso)...<sup>11</sup>*

A doutrina distingue a capacidade econômica, ou exteriorização da aptidão em potencial para pagar o tributo, da capacidade contributiva, significando a dimensão particular e subjetiva do indivíduo, que o habilita a se submeter efetivamente ao poder de tributar<sup>12</sup>.

A capacidade contributiva seria, então, a dimensão subjetiva e conjuntural da capacidade econômica. Encontra-se em alguns autores essa concepção de capacidade, bastante adequada ao IRPF em razão da pessoalidade deste imposto. Nesse sentido, refere-se à condição, *in concreto*, de determinada pessoa arcar com o encargo patrimonial dos tributos que sobre ela incidem em certo período de tempo. Nessa linha pode ser mencionado Francisco Escribano, para quem a capacidade econômica é a “manifestação econômica real, efetiva, certa e atual que ponha em relevo a idônea aptidão para contribuir de determinado sujeito”<sup>13</sup>. Para Aliomar Baleeiro, é a “idoneidade econômi-

<sup>10</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998. p. 449.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal **ADC 8-MC**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-10-1999, Plenário, DJ de 4-4-2003). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/constituicao.PDF>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

<sup>12</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Capacidade Econômica e Capacidade Contributiva**. Caderno de Pesquisas Tributárias, n. 14. São Paulo, Resenha Tributária, 1989. pp. 33 e ss.

<sup>13</sup> ESCRIBANO, Francisco. **La Configuración Jurídica del Deber de Contribuir**. Perfiles Constitucionales. Córdoba: Civitas, 1987. p. 199.





ca para suportar, sem sacrifício do indispensável à vida compatível com a dignidade humana, uma fração qualquer do custo total dos serviços públicos”<sup>14</sup>. Regina Costa ilustra os critérios informadores da capacidade econômica: a progressividade, a vedação ao confisco e a preservação do mínimo vital<sup>15</sup>.

Tecnicamente, no caso do IRPF, a capacidade econômica do contribuinte pode ser aferida por meio de sua renda bruta, enquanto a capacidade contributiva tem por parâmetro a renda líquida, apurada após deduzidos os valores legalmente previstos aplicáveis a cada indivíduo em sua singularidade: contribuições para a previdência, dependentes, despesas médicas e com instrução, entre outras<sup>16</sup>.

Ressalve-se a posição de Fernando Zilveti, que prescindiu dessa diferenciação na apreciação do tema, informando que “A capacidade contributiva é o princípio segundo o qual cada cidadão deve contribuir para as despesas públicas na exata proporção de sua capacidade econômica”<sup>17</sup>.

Conclui-se que ainda não há formado um conceito preciso do que seja a capacidade econômica.

Para se aproximar de uma resposta fundada em critérios menos subjetivos, vai-se buscar no texto da Constituição a elucidação necessária. Ao tratar do imposto de renda, o legislador lhe impôs três características, previstas no §2º do inc. I do art. 153: a generalidade, a universalidade e a progressividade.

Pode-se concluir, portanto, que o tratamento tributário isonômico e conforme a capacidade econômica caminha, no que se refere ao IRPF, *a pari passu* dos atributos da generalidade, da universalidade e da progressividade, de que deve se revestir este imposto.

A universalidade significa que o tributo deve levar em consideração a integridade das rendas do contribuinte, para apurar sua efetiva capacidade econômica sem considerações sobre sua origem, tributando rendas geradas no Brasil ou no exterior.

A progressividade indica que, quanto maior a base de cálculo do tributo, isto é, quanto maior a renda, maior a alíquota aplicável. Desta forma, os que ganham mais pagam proporcionalmente mais.

Por generalidade entende-se que o tributo deve abranger todos os contribuintes que pratiquem o ato ou estejam em igual situação. Impede a exclusão ilegítima de determinada categoria de pessoas em função de suas circunstâncias particulares, como a ocupação, por exemplo.

<sup>14</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 276.

<sup>15</sup> COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 85.

<sup>16</sup> SILVA, Fernando A. Rezende da. **O Imposto sobre a renda e a justiça fiscal**. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1974. pp. 20 a 22.

<sup>17</sup> ZILVETI, Fernando Aurélio. **Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 134.





Importa ainda conhecer o que significa a renda, fato gerador do IRPF e critério material da regra matriz de incidência deste tributo<sup>18</sup>. Por força do art. 146, III, 'a', CF/1988, cabe à lei complementar definir os fatos geradores, os contribuintes e as bases de cálculo dos impostos discriminados no texto constitucional.

Por essa razão, deve-se buscar no art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN), Lei nº 5.172/1966, a compreensão da hipótese de incidência tributária do IRPF:

*Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:*

*I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;*

*II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.*

Assim, a percepção de renda e proventos caracteriza o fato gerador do IRPF. Porém, o que significa 'renda e proventos'? A definição de Edwin Seligman (1913, pp. 19 e 20) contém os elementos essenciais para sua compreensão, pois renda é «*ce qui revient à un individu au delà de toutes les dépenses nécessaires d'acquisition, et ce qui est disponible pour sa propre consommation. Puisque le revenu est un flux de richesse, on doit toujours l'estimer pour une période définie*»<sup>19</sup>.

Em síntese o autor conceitua 'renda e proventos' como uma receita: (i) líquida; (ii) aferida dentro de certo período; e que (iii) pode ser utilizada pelo beneficiário para seu próprio consumo.

Não se confunde, portanto, com o capital, que é o resultado da acumulação da renda não consumida<sup>20</sup>.

Vale esclarecer que a disponibilidade econômica se refere à efetiva percepção da renda ou proventos, a exemplo de valores recebidos em dinheiro, enquanto a disponibilidade jurídica está relacionada a valores que, sendo de titularidade da pessoa física, compõem seu fluxo positivo de riqueza, ainda que ela não os utilize sob qualquer forma. Dá-se como exemplo o recebimento de honorários por meio de cheques "pré-datados".

Interessante mencionar as digressões doutrinárias acerca da possibilidade de aferição de renda, estendendo-a às formas não pecuniárias ou não conversíveis em moeda (renda *lato sensu*), as chamadas "*revenus de jouissance ou psychiques*"<sup>21</sup>, como

<sup>18</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 23.

<sup>19</sup> SELIGMAN, Edwin R. A. **L'impôt sur le Revenu**. Paris: M. Giard & E. Brière, 1913. pp. 19 e 20.

<sup>20</sup> BALEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 332.

<sup>21</sup> SELIGMAN, Edwin R. A. **L'impôt sur le Revenu**. Paris: M. Giard & E. Brière, 1913. p. 21.





a liberdade, o prestígio, a segurança<sup>22</sup>. Todavia, diante da impossibilidade de mensuração da renda assim auferida, visto inexistir um *“méthode connue pour déterminer la quantité de revenu psychique que quelqu'un possède”*<sup>23</sup>, a generalidade do IRPF exclui de sua abrangência tais rendimentos.

Há que se mencionar, aditivamente, a usual resistência dos contribuintes aos chamados 'atos geradores presumidos'. Não se trata, verdadeiramente, de novas modalidades de renda, alheias ao conceito normativo. São formas indiretas de apuração de rendimentos, a título de proventos, sujeitos à incidência do IRPF por força da generalidade de que se reveste este imposto.

Nesse contexto são considerados proventos: o arbitramento de rendimentos (art. 6º da Lei nº 8.864/1994), os sinais exteriores de riqueza (art. 6º da Lei nº 8.021/1990 c/c art. 9º da Lei nº 8.864/1994), o acréscimo patrimonial a descoberto (art. 3º, §1º, da Lei nº 7.713/1998), a cessão gratuita de imóveis (art. 3º, VI, da Lei nº 4.506/1964), os juros dissimulados (§§ 1º e 2º do art. 4º do Decreto-Lei nº 5.844/1943), a remuneração indireta (art. 74 da Lei nº 8.383/1991) e os depósitos bancários de origem não comprovada (art. 42 da Lei nº 9.430/1996).

O atributo da generalidade, cujas linhas gerais foram acima delineadas, será a seguir analisado, por meio de selecionada revisão da doutrina, legislação e jurisprudência, buscando identificá-lo no contexto da incidência atual do IRPF.

### 3. O IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA E A GENERALIDADE: TRIBUTANDO OS RENDIMENTOS DO CAPITAL E OS RENDIMENTOS DO TRABALHO

Como exposto, a generalidade possibilita que qualquer contribuinte, desde que pratique o ato ou esteja em igual situação prevista em lei, seja obrigado ao pagamento do imposto. Impede a exclusão de determinada categoria de pessoas em função de sua ocupação, como magistrados, parlamentares e militares. Procura, portanto, “proibir as discriminações ou privilégios pessoais na distribuição da carga tributária”<sup>24</sup>.

Referido atributo, explicitado no §2º do inc. I do art. 153, da CF/1988, ganhou conceituação normativa pela inclusão, por meio da Lei Complementar nº 104/2001, do §1º ao art. 43 do CTN: “§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção”.

<sup>22</sup> POESNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 462.

<sup>23</sup> SELIGMAN, Edwin R. A. *L'impôt sur le Revenu*. Paris: M. Giard & E. Brière, 1913, p. 21.

<sup>24</sup> QUEIROZ, Mary Elbe. *Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza*. Barueri: Manole, 2004. p. 38.





Optou o legislador da CF/1988 pela formatação do IRPF como imposto geral, unitário ou universal<sup>25</sup> - quando submete todas as espécies de rendimentos à mesma escala para pagamento do tributo -, em contraposição a caracterizá-lo como parcial, composto ou compositório, quando permite que certas categorias de rendas fiquem legalmente excluídas da tributação ou sejam tributadas de formas distintas<sup>26</sup>.

Caminhou o legislador originário de 1988 ao lado do ideal revolucionário da igualdade que não se ateve unicamente à igualdade perante a lei, mas buscou “proclamar a igualdade, abolindo todos os privilégios de que dispunham o clero e a nobreza, o que no domínio fiscal significou pôr termo ao sistema fiscal do *ancién régime*, assente em impostos de cuja incidência estavam excluídos, por via de regra, os clérigos e os nobres, estabelecendo-se deste modo a generalidade dos impostos”<sup>27</sup>.

A negação da generalidade, pela oneração exclusiva do *profanum vulgus*, que na França se chamava de terceiro estado, foi substituída pela concepção de distribuição igualitária de encargos: “O imposto deve recahir sobre os cidadãos, é uma consequência do princípio da generalidade”<sup>28</sup>.

Se é fato que os contribuintes são, por diversas causas, seres relutantes ao pagamento de tributos, é verdade igualmente que os diversos segmentos da sociedade procuram legalmente se eximir do dever de contribuir para com o financiamento estatal. Pois, *“es cierto que nadie quiere ser tratado con desigualdad en perjuicio propio, pero, en general, los privilegiados aceptan gustosamente sus privilegios. Les parece que la posesión de un privilegio es un derecho”*<sup>29</sup>.

Interesses em conflito sempre estiveram presentes em se tratando de tributos, e o imposto de renda, no Brasil, não foi uma exceção, como relata Alcides Jorge Costa acerca da incidência de IRPF sobre o lucro imobiliário - atualmente ganho de capital. Previsto no art. 18 da Lei nº 4.984/1926 e no Decreto regulamentar, de nº 17.390/1926, foi revogado no ano seguinte, sob protestos contra sua criação<sup>30</sup>. A tributação dos ganhos decorrentes da alienação, por valor superior ao custo de aquisição, de bens e direitos pertencentes à pessoa física, somente se consolidou vinte anos após, por meio do Decreto-Lei nº 9.330/1946.

Por idas e vindas, iniciadas ainda quando da primeira Carta nacional, de 1824, a generalidade do IRPF se afirmou, constando expressamente do §2º do inc. I do art. 153.

<sup>25</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 330.

<sup>26</sup> SILVA, Fernando A. Rezende da. **O Imposto sobre a renda e a justiça fiscal**. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1974. p. 9.

<sup>27</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998. p. 438.

<sup>28</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratado dos Impostos**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910. p. 159.

<sup>29</sup> TIPKE, Klaus. **Moral Tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 124.

<sup>30</sup> COSTA, Alcides Jorge. História da tributação no Brasil: da República à Constituição de 1988. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 127.





É, portanto, o atributo do IRPF que cria obstáculo aos privilégios que, mesmo quando concedidos por lei, ferem os princípios da capacidade econômica e da igualdade fiscal.

Essa configuração do IRPF vem ao encontro, também, da teoria da interpretação econômica do fato gerador, visto que rendas e proventos auferidos pelo contribuinte, independentemente da denominação ou da forma jurídica dada, se sujeitam à incidência do imposto: “os atos, contratos ou negócios jurídicos cujos efeitos econômicos sejam idênticos devem produzir efeitos tributários também idênticos, muito embora as partes lhes tenham atribuído formas jurídicas diferentes”<sup>31</sup>.

Enfim a tributação do imposto de renda da pessoa física deve incidir sobre qualquer renda, mesmo aquela de origem ilícita. Nesse sentido há previsão expressa no art. 26 da Lei nº 4.506/1964, sujeitando tais rendimentos à incidência do IRPF. Trata-se da positivação do brocardo *pecunia non olet* que, posteriormente, foi objeto da seguinte decisão do STF: “A exoneração tributária dos resultados econômicos de fato criminoso – antes de ser corolário do princípio da moralidade – constitui violação do princípio de isonomia fiscal, de manifesta inspiração ética”<sup>32</sup>.

As primeiras tentativas de criação do IRPF, ainda no Brasil Império, foram esporádicas e circunstanciais, mesmo porque os tributos eram fixados por meio de leis orçamentárias de validade anual. Nesse sentido, pode-se citar a Lei nº 317/1843 que, em seu art. 25, previa o imposto de renda com tributação exclusiva na fonte sobre os rendimentos pagos pelos cofres públicos. O dispositivo foi imensamente criticado, tendo sido suprimido no ano seguinte. A oneração da renda das pessoas físicas somente foi aventada novamente no art. 22, da Lei nº 1.507/1867, forçada pela necessidade de obtenção de recursos para financiar a Guerra do Paraguai e nos mesmos moldes da tentativa anterior. Naquela época,<sup>33</sup> o IRPF não se caracterizava pela generalidade, recaindo apenas sobre rendimentos recebidos por servidores e empregados públicos, até porque “o sistema econômico imperial, escravista e elitista, produzia um reduzido universo de possíveis contribuintes”.

Contudo, posteriormente a generalidade da tributação esteve presente, quando da efetiva criação do IRPF, que se deu por meio do art. 31 da Lei nº 4.625/1922: “Fica instituído o imposto geral sobre a renda, que será, devido, anualmente, por toda a pessoa física ou jurídica, residente no território do país, e incidirá, em cada caso, sobre o conjunto líquido dos rendimentos de qualquer origem”.

<sup>31</sup> SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. Rio de Janeiro: Financeiras, 1960. p. 57.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 77.530/RS**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 25-08-1998. 1ª T. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77385>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

<sup>33</sup> NÓBREGA, Cristóvão Barcelos da. **História do Imposto de Renda no Brasil, um enfoque da pessoa física (1922-2013)**. Brasília: Receita Federal, 2014. p. 32.





O atributo de generalidade foi mantido pela Lei nº 4.783/1923, ainda que tenham sido estabelecidas diferentes categorias de rendimentos, conforme suas origens: comércio, indústria e agricultura; capitais e valores mobiliários; ordenados e salários; e profissionais liberais. Contudo, não havia infringência à generalidade, vez que o montante global de tais rendimentos seguia para uma única e mesma tabela progressiva, com alíquotas graduadas de 0,5% a 8%, progressivamente.

Mesmo o sistema composto, parcial ou compositório, previsto na Lei nº 4.984/1925, que desatendia à generalidade, era amenizado ao final da apuração do imposto. Nesse sistema, havia cinco diferentes categorias de rendimentos, cada uma delas tributada a uma alíquota fixa: 1ª - comércio, indústria e serviços, a 3%; 2ª - capitais e valores mobiliários, a 5%; 3ª - ordenados e salários, a 1% ; 4ª - profissionais liberais, a 2%; e 5ª - capitais imobiliários, cuja alíquota não chegou a ser prevista na lei e que incidiria sobre aluguéis.

Todavia, após sofrer a tributação específica, tais rendimentos eram somados e seu total se submetia à tabela progressiva geral, com alíquotas que variavam de 0,5% a 10%, conforme faixas crescentes de rendas.

A Lei nº 154/1947 alterou a categorização dos rendimentos, implementando nova classificação cedular das rendas, em número de oito, indicando-as pelas primeiras letras do alfabeto: A, B, C, D, E, F e H. Manteve-se o sistema compositório, pela tributação proporcional (Cédula A - 3%; Cédula B - 10%; Cédula C - 1%; Cédula D - 2%; Cédula E - 3%; e Cédula H - 5%), seguida da incidência de alíquotas progressivas sobre o total dos rendimentos (alíquotas variando de 1% a 50%).

Esse sistema parcial ou compositório - aplicação de alíquotas proporcionais seguida de alíquotas progressivas - foi mantido pelas leis subsequentes do imposto de renda (Lei nº 2.354/1954, Lei nº 3.553/1959 e Lei nº 4.154/1962).

Porém, em 1964, pela Lei nº 4.506, retornou-se ao sistema unitário, como originariamente previsto na criação do IRPF em 1922. Essa nova lei previa distintas modalidades de rendas, e para cada uma delas permitia diferentes deduções. Após apurados os rendimentos líquidos cedulares, eles eram somados e, sobre o total, aplicava-se a tabela progressiva geral.

A partir de então, a generalidade não foi mais afastada da estrutura do IRPF, pois não há, em tese, alíquotas diferentes para distintas categorias de rendimentos. Contudo, como se examinará mais adiante, diversos meios indiretos de desconsiderar tal atributo foram implementados, por meio da legislação de regência do próprio imposto.

Segue abaixo a relação das cédulas do IRPF do exercício 1970, ano-calendário de 1969, no sistema universal:





<b>Tabela 1</b>	
Cédula	Espécie dos Rendimentos
A	Juros de títulos públicos
B	Rendimentos de aplicações financeiras
C	Rendimentos do trabalho assalariado (salários, ordenados, comissões, gratificações,..) e <i>pro-labore</i>
D	Rendimentos do trabalho não-assalariado (honorários, direitos autorais,..)
E	Aluguéis e arrendamentos
F	Lucros e dividendos distribuídos por empresas
H	Outros rendimentos: acréscimos patrimoniais a descoberto

A partir da soma de tais rendimentos líquidos, isto é, após deduções próprias de cada cédula - por exemplo, podia-se deduzir as comissões e corretagens pagas pelo contribuinte para auferir os rendimentos da cédula A, enquanto a contribuição previdenciária era dedutível na cédula C - havia a incidência da tabela abaixo:

<b>Tabela 2</b>		
Imposto progressivo		
Exercício 1970, ano-calendário de 1969		
Classes de renda líquida NCR\$	Alíquota %	Parcela a ser subtraída NCR\$
Até 4.200	-	-
De 4.201 a 4.500	3	126
De 4.501 a 6.000	5	216
De 6.001 a 8.400	8	396
De 8.401 a 12.000	12	732
De 12.001 a 16.500	16	1.212
De 16.501 a 22.500	20	1.872
De 22.501 a 30.000	25	2.997
De 30.001 a 45.000	30	4.497
De 45.001 a 60.000	35	6.747
De 60.001 a 90.000	40	9.747
De 90.001 a 120.000	45	14.247
Acima de 120.000	50	20.247







O sistema cedular foi extinto em 1º/01/1989 pelo art. 4º da Lei nº 7.713/1988, tendo-se implantado, a partir de então, a declaração de ajuste anual (DAA).

Atualmente, por força da Lei nº 11.482/2007, alterada pela Lei nº 13.149/2015, os rendimentos anuais de cada contribuinte são sujeitos à tabela progressiva, contendo alíquotas que variam de 7,5% a 27,5%, de acordo com faixas crescentes de renda. Ainda que sofram tributação mensal, por meio do imposto de renda retido na fonte (IRRF), o declarante deve aplicar a tabela progressiva anual ao conjunto de todos os valores recebidos durante o ano, podendo compensar os montantes de imposto de renda retidos.

Nessa nova concepção, que perdura até hoje, foi criada nova classificação de rendimentos tributáveis, considerando-se o momento em que há a apuração do imposto:

(i) rendimentos tributados no momento de seu recebimento sujeitos à retenção na fonte, como salários, pensões, aposentadorias, por exemplo. O recolhimento do imposto deve ser efetuado pela fonte pagadora. O rendimento bruto, assim como o IRRF, é levado ao ajuste anual na DAA;

(ii) rendimentos tributados no momento de seu recebimento, como honorários, aluguéis e valores recebidos de fontes pagadoras situadas no exterior. O recolhimento do imposto deve ser efetuado próprio contribuinte, a título de carnê-leão. O rendimento bruto, assim como o carnê-leão pago, é levado ao ajuste anual na DAA;

(iii) rendimentos tributados exclusivamente na fonte, no momento do seu recebimento, como rendimentos de aplicações financeiras, prêmios recebidos em concursos de prognósticos, e décimo-terceiro salário. O recolhimento do imposto deve ser efetuado pela fonte pagadora. O rendimento e o imposto pago não são levados ao ajuste anual na DAA;

(iv) rendimentos sujeitos à tributação definitiva, no momento do seu recebimento, sendo o caso dos ganhos de capital. O recolhimento é efetuado pelo próprio contribuinte, sem que o rendimento e o imposto sejam posteriormente levados ao ajuste anual na DAA;

(v) rendimentos sujeitos à tributação apenas no ajuste anual na DAA, sendo o caso da renda líquida da atividade rural.

Quando sujeitos ao ajuste anual, todos rendimentos deveriam se submeter, no exercício 2016, à seguinte tabela, o que garantiria a generalidade da incidência do IRPF:





Tabela 3		
Imposto progressivo		
Exercício 2016, ano-calendário de 2015		
Base de cálculo (R\$)	Alíquota (%)	Parcela a deduzir do IRPF (R\$)
Até 22.499,13	-	-
De 22.499,14 até 33.477,72	7,5	1.687,43
De 33.477,73 até 44.476,74	15	4.198,26
De 44.476,75 até 55.373,55	22,5	7.534,02
Acima de 55.373,55	27,5	10.302,70

Essa técnica arrecadatária - retenções de imposto efetuadas pelas fontes pagadoras, no momento do pagamento, seguidas da elaboração, pelo contribuinte, de uma declaração de ajuste e da apuração, por ele mesmo, do montante do IRPF a pagar - é inspirada nos cânones de Adam Smith, visando à obtenção do máximo de receita tributária por meio de procedimentos mais simples e eficientes, seja para a própria administração, seja para o contribuinte (1988, pp. 100 e 101). A lesão à generalidade da tributação não se deve, contudo, a essa estratégia funcional.

Explica-se.

Os rendimentos de diferentes naturezas e origens são sempre quantificados em uma unidade comum de medida, atualmente, o Real. Porém, “não constitui uma quantidade homogênea quanto ao esforço de trabalho despendido para a sua obtenção”<sup>34</sup>.

A distinção mais relevante para o IRPF refere-se ao binômio capital e trabalho. Enquanto a renda do trabalho é obtida a partir do esforço humano atual, a renda de capital se origina do passado, do trabalho anterior acumulado. É verdade que essa diferenciação, que leva em consideração o esforço humano na obtenção dos rendimentos, pode ser reduzir ao longo do tempo pois, “na medida em que aumenta o patrimônio individual essa relação deva apresentar-se progressivamente menos importante, em virtude do vulto dos rendimentos constituir-se em fonte de recursos para aumento do patrimônio, que aumentaria por seu turno o volume anual de rendimentos”<sup>35</sup>.

Contudo, a concessão de isenções e a fixação de alíquotas favorecidas para determinadas modalidades de rendimentos de capital, resultando em uma oneração relativamente mais gravosa para os frutos do trabalho, privilegia os contribuintes

<sup>34</sup> SILVA, Fernando A. Rezende da. **O Imposto sobre a renda e a justiça fiscal**. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1974. p. 11.

<sup>35</sup> SILVA, Fernando A. Rezende da. **O Imposto sobre a renda e a justiça fiscal**. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1974. p. 12.





detentores de capital. Causa, sem dúvida, distorções relativas à generalidade, de que deve se revestir o IRPF.

Não se investiga aqui a legalidade do favor fiscal, por ser sabido que isenções requerem a edição de lei específica para sua concessão, como previsto no §6º do art. 150 da CF/1988. Presumem-se legais, portanto. O que se vem aqui perquirir é a legitimidade desse benefício, pela via da investigação de lesão à generalidade.

É verdade que, em diversas circunstâncias, a generalidade que caracteriza o IRPF pode ser legitimamente afastada, como nos casos em que a condição da pessoa é precária ou quando a própria natureza do rendimento indica não ser cabível a incidência do imposto, por representar uma recomposição de gastos do cidadão.

São os casos, por exemplo, do valor do salário-família (Lei nº 8.112, de 1990, art. 200, e Lei nº 8.218, de 1991, art. 25); dos proventos de aposentadoria, reforma ou pensão percebidos pelos portadores de moléstia grave (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, incisos XIV e XXI, Lei nº 8.541, de 1992, art. 47, Lei nº 9.250, de 1995, art. 30, § 2º, e Lei nº 11.052, de 29 de dezembro de 2004, art. 1º); dos recebimentos a título de seguro-desemprego, auxílio-natalidade, auxílio-doença, auxílio-funeral e auxílio-acidente (Lei nº 8.541, de 1992, art. 48, e Lei nº 9.250, de 1995, art. 27); da indenização por acidente de trabalho; (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso IV); do montante do FGTS recebido; dos valores recebidos em decorrência da deficiência física conhecida como “Síndrome da Talidomida” (Lei nº 7.070, de 1982, arts. 1º e 4º-A, e Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008, art. 20); dos rendimentos auferidos em contas de depósitos de poupança (Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, art. 68, inciso III) e dos montantes recebidos a título de bolsas de estudo e de pesquisa (Lei nº 9.250, de 1995, art. 26).

A relação acima demonstra que o tema é polêmico, pois sempre se pode indagar quão legítimo é o afastamento da incidência do IRPF sobre determinada pessoa em razão de suas circunstâncias.

Reconhece-se que a pergunta formulada em 1997 por Thomas Piketti - “por que os indivíduos que herdam um capital deveriam dispor de rendas vetadas aos que herdaram apenas a própria força de trabalho?”<sup>36</sup> - obrigatoriamente deve obter, à luz da CF/1988, uma resposta fundada nos direitos fundamentais garantidores da propriedade privada e da herança, tornando qualquer questionamento acerca da legitimidade desses preceitos uma indagação utópica. Contudo, aproximando-se de questões menos extremadas, o autor retoma seu pensamento, em 2013, ao afirmar que, se o século XX se caracterizou pelo Estado Social e o pelo IRPF progressivo, o século XXI deverá, inventando novos instrumentos de regulação do capitalismo e de realização de justiça social, adotar um imposto mundial progressivo sobre o capital<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> PIKETTY, Thomas. **A Economia da Desigualdade**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. p. 35.

<sup>37</sup> PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 501.





Contudo, a realidade normativa atual, ao menos no que se refere ao IRPF, caminha na contramão desse ideário.

Alguns elucidativos exemplos demonstram essa afirmação e indicam que, no Brasil, a tributação do IRPF sobre o trabalho é superior àquela que incide sobre o capital. Como dito, isso ocorre em razão do favorecimento da tributação sobre as rendas oriundas de fontes de riqueza distintas do trabalho. Pode-se afirmar que há, nesses casos, rendimentos de origens privilegiadas, em flagrante desrespeito à generalidade.

Talvez a mais absurda evidência de tratamento desigual dado aos rendimentos das pessoas físicas se relacione à tributação dos lucros distribuídos aos sócios e acionistas.

Desde 1º/01/1996 os lucros distribuídos para os sócios e acionistas, frutos da rentabilidade do capital por eles aplicado na pessoa jurídica, não sofrem qualquer tributação do IRPF por força do art. 10 da Lei nº 9.249/1995. Anteriormente à referida lei, tais rendimentos eram tributados à alíquota de 8%, nos termos da Lei nº 7.713/1988.

Sob alegação de que esses mesmos lucros já foram tributados na pessoa jurídica a título de imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ), esse argumento ignora a separação que há entre as personalidades jurídicas da empresa e do sócio/acionista e, ao mesmo tempo, desconsidera que o fato gerador do imposto de renda se dá a cada percepção de renda ou provento.

Essa equivocada ideia possui raízes britânicas, onde o sistema tributário *"has been based on the proposition that a dividend was, as its name implies, a share of profits of the company, and that as these profits have been subject to tax when made by the company, they could not be taxed a second time, except to surtax"*<sup>38</sup>.

Dessa forma, a tributação sobre a empresa - sujeito passivo do imposto relativamente ao primeiro fato gerador, a percepção da renda e a apuração do lucro, que é a base de cálculo deste imposto - não absorve a incidência do IRPF sobre o sócio - sujeito passivo do imposto em relação ao segundo fato gerador, o recebimento do dividendo.

O favorecimento aos rendimentos de capital ocorre, também, com os juros sobre o capital próprio recebidos pelos sócios e acionistas. De acordo com o art. 9º da Lei 9.249/1995, o pagamento de juros pela sociedade a seus sócios/acionistas tem por justificativa a remuneração pelo capital que eles empregam na empresa. Ou seja, trata-se de uma forma de remunerar as pessoas físicas - adicionalmente à distribuição de lucros.

Como a percepção de lucros envolve o risco empresarial, criou-se mais um incentivo para formação do capital social das empresas, possibilitando que essas paguem juros - similarmente aos oriundos do mercado financeiro - aos sócios/acionistas, podendo tais pagamentos serem registrados como despesas na pessoa jurídica. Ocorre

<sup>38</sup> SABINE, B. E. V. **A History of Income Tax**. London: George Allen & Unwin Ltd, 1966. p. 243.





que tais juros, quando percebidos pelos sócios/acionistas, sofrem tributação exclusiva na fonte à alíquota única de 15%.

Dessa forma, o contribuinte que receber tais juros pagará unicamente 15% sobre o valor auferido, não devendo levar ao ajuste anual os rendimentos, caso em que poderia ser tributado a alíquotas superiores, como 22,5% ou 27,5%, quando esses rendimentos fossem somados às demais rendas percebidas no ano mesmo pelo contribuinte.

Apesar de, pelo art. 1º Medida Provisória (MP) nº 694/2015, ter sido elevada a alíquota do IRPF incidente sobre os juros sobre o capital próprio, de 15% para 18%, o favorecimento permanece em razão dos percentuais mais altos aplicados aos rendimentos do trabalho. Some-se o fato de a MP não haver sido convertida em lei no ano de 2015, como exigem os art. 150, III, b e 62, §2º, ambos da CF/1988, para se constatar que a alíquota de 18% - em substituição à de 15% - somente poderá ser aplicada a partir de 1º/01/2017. A depender ainda de a MP nº 694/2015 vir a ser, efetivamente, convertida em lei até 08/03/2016 pois, caso contrário, perderá os efeitos que, no caso, nunca chegou a produzir.

Nessa lista de exceções à generalidade pode ainda ser incluída a isenção de alguns rendimentos produzidos no mercado financeiro, como os oriundos de Fundos de Investimento Imobiliário (Lei nº 11.033, de 2004, art. 3º, inciso III, e Lei nº 11.196, de 2005, art. 125).

Mesmo quando tais rendimentos de capital são submetidos à tributação, a lei trata de lhes reduzir o encargo patrimonial, pela redução de alíquotas comparativamente às aplicadas sobre os rendimentos do trabalho. Assim é, por exemplo, com o rendimento líquido de aplicações financeiras de renda fixa e dos fundos de investimento, tributado à alíquota máxima de 22,5% (enquanto a maior alíquota incidente sobre o trabalho é igual a 27,5%), conforme tabela abaixo:

Tabela 4	
Imposto de Renda sobre Aplicações Financeiras de Renda Fixa e sobre Fundos de Investimento de Longo Prazo	
Prazo de resgate	Alíquota (%)
Até 180 dias	22,5
De 181 dias até 360 dias	20
De 361 dias até 720 dias	17,5
Acima de 720 dias	15





Uma visão sistêmica do fenômeno da tributação leva ao reconhecimento de que, quanto maior a incidência de tributos sobre os rendimentos de capital - especialmente sobre os frutos da atividade empresarial - menor a rentabilidade líquida desses investimentos. Consequentemente, quanto menor a taxa de retorno esperado de um investimento, menor o incentivo para realizá-lo<sup>39</sup>.

Nesse sentido, os cidadãos que dispuserem de recursos optarão por empregá-los no mercado financeiro, ou seja, em letras financeiras do Tesouro, letras de crédito do agronegócio, letras de crédito imobiliárias, certificado de depósito bancário (CDB), recibo de depósito bancário (RDB), fundos de investimento e mesmo em poupança.

Isso porque, enfrentando riscos mínimos e sem necessidade empreender, sem dispendar tempo e trabalho, um investidor poderá receber os frutos de seu capital mediante simples trocas de mensagens com seu gerente de banco.

Sendo verdade, que uma expectativa de lucros oriundos da atividade empresarial em patamar inferior à rentabilidade esperada de aplicações financeiras desestimula o empreendedorismo, conclui-se que a tributação mais gravosa sobre os lucros e juros sobre o capital próprio leva à redução de empreendimentos, à diminuição da própria atividade econômica produtiva, do nível de emprego e de renda.

Sem contestar tais lições da economia, propõe-se uma mudança de paradigma a partir do seguinte questionamento: por que a promoção ao empreendedorismo deve privilegiar os rendimentos de capital em detrimento dos rendimentos do trabalho?

O incentivo à realização de novos investimentos e às atividades produtivas, à geração e preservação de empregos e renda podem ser obtidos de forma eficaz por outros meios, as chamadas subvenções econômicas, creditícias e fiscais.

Enfim, a busca pelo estímulo à atividade empresarial não deve ser utilizada como justificativa para privilegiar contribuintes, sacrificando cidadãos assalariados em favor dos detentores de capitais.

Prosseguindo na exposição, chega-se à tributação dos depósitos de origem não comprovada. Por previsão do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, o IRPF incide sobre valores creditados em conta bancária em relação aos quais o titular não possa justificar a origem. Tal justificativa pressupõe a comprovação e que os créditos são de natureza isenta ou, se tributável, que já foram devidamente submetidos à incidência do IRPF. Caso contrário, a tributação irá recair sobre esses valores indistintamente, sem se saber se são oriundos do trabalho ou do capital.

Ocorre que, sobre os rendimentos do trabalho - salários, ordenados, remunerações - devidamente declarados como tais, aplica-se a tabela anual do IRPF, beneficiando-se o contribuinte de uma faixa de não incidência igual a R\$ 22.499,13, relativamente

<sup>39</sup> RIZZIERI, Juarez Alexandre Baldini. Teoria da Determinação da Renda. In: PINHO, Diva Benevides (Coord.). **Manual de Economia**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 231.





à renda auferida no ano-calendário de 2015. Ou seja, somente a renda superior a R\$ 22.499,13 será objeto de tributação. Dessa forma, se um cidadão receber ordenados no montante anual de R\$ 79.999,00, sendo R\$ 6.666,58 por mês, será tributado à alíquota de 27,5% sobre R\$ 57.500,86.

No caso de rendimentos de origem não conhecida, não declarados e creditados em conta corrente, o contribuinte somente será instado a comprovar a origem dos valores se o montante total exceder R\$ 80.000,00, desde que os depósitos, individualmente, não tenham superado, cada um, R\$ 12.000,00. Caso o beneficiário dos rendimentos do exemplo anterior se encontre na situação prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, não será obrigado a pagar IRPF, pois o total recebido no ano - R\$ 79.999,99 - e os depósitos individuais em conta corrente - R\$ 6.666,58, não se sujeitam à tributação.

Conclui-se, assim, que o assalariado faz jus a uma parcela não tributável de sua renda bastante menor que o contribuinte beneficiário de rendimentos de origem não conhecida: R\$ 22.499,13 versus R\$ 80.000,00.

Outro exemplo de favorecimento tributário aos rendimentos de capital ocorre com o chamado ganho de capital, cujo regramento se encontra no art. 21 da Lei nº 8.981/1995.

O ganho de capital - anteriormente denominado lucro imobiliário - é apurado pela diferença positiva entre o valor de alienação de bens e direitos e seu custo de aquisição. Ou seja, ao obter um acréscimo em seu patrimônio decorrente de variações de valor de mercado de seus bens, móveis ou imóveis, o contribuinte auferirá um provento que é considerado tributável. A distinção, em favor desse tipo de rendimento, decorre da tributação definitiva à alíquota única de 15%.

Caso tal renda fosse levada ao ajuste anual, poderia sofrer a incidência das alíquotas de 22,5% ou de 27%, conforme a faixa em que o montante total dos rendimentos do contribuinte se situasse no ajuste.

Em que pese a MP nº 692/2015 haver previsto alíquotas progressivas para tributação dos referidos ganhos, não houve sua conversão em lei no próprio ano de 2015. Por força do disposto no art. 62, §2º, combinado com o art. 150, III, b, da CF/1988, assim como no caso da MP 694/2015, sua produção de efeitos só poderá ocorrer a partir de 1º/01/2017.

Caso haja a pretendida conversão da MP nº 692/2015 em lei, o que poderá ocorrer até 29/02/2016, haverá, efetivamente, maior justiça fiscal relativamente ao tratamento isonômico entre os rendimentos do trabalho e do capital, nesse particular caso dos ganhos de capital, como se nota da tabela abaixo:





Tabela 5	
Tributação dos Ganhos de Capital	
Ganho de Capital (R\$)	Alíquota (%)
Até 1.000.000,00	15
Acima de 1.000.000,00 até 5.000.000,00	20
Acima de 5.000.000,00 até 20.000.000,00	25
Acima de 20.000.000,00	30

Note-se que o texto proposto pelo relator<sup>40</sup> da citada proposição prevê condição mais branda para a tributação dos ganhos de capital: até R\$ 5.000.000,00, à alíquota de 15%, acima de R\$ 5.000.000,00 até R\$ 10.000.000,00, à alíquota de 17,5%; acima de R\$ 10.000.000,00 até R\$ 30.000,00, à alíquota de 20% e acima de R\$ 30.000.000,00, à alíquota de 22,5%. Enfim, tudo indica que haverá um favorecimento sobre tais rendimentos.

Por fim, vale mencionar a tributação favorecida recentemente instituída sobre os recursos não declarados e mantidos no exterior, prevista na Lei nº 13.254/2016. De acordo com o novel regramento, os ativos, bens e direitos não declarados e de titularidade do contribuinte até 31/12/2014 podem ser informados e, mediante pagamento integral do imposto e da multa, ser regularizados a título de acréscimo patrimonial (art. 6º).

Tal procedimento importará, aditivamente, em extinção de punibilidade dos crimes - se ainda não transitada em julgado a decisão criminal condenatória (art. 5º, §§1º e 2º) - de sonegação fiscal, das falsidades ideológica e material, de evasão de divisas e de lavagem de dinheiro. Em momento de lucidez o legislador exclui do alcance do benefício os detentores de cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas, seus cônjuges, e parentes até o 2º grau ou por adoção (art. 11).

De acordo com os arts. 6º e 8º da Lei nº 13.254/2016, a base de cálculo do IRPF exigido sobre o acréscimo patrimonial a descoberto deve ser apurada pela conversão de seu montante, de dólares americanos para Reais, pela taxa de R\$ 2,65 (§3º do art. 6º).

O imposto será calculado, conforme caput do art. 6º, à alíquota de 15%, com pagamento de multa única de 100% sobre o valor do imposto apurado. A lei (art. 6º, §4º) veda a aplicação de quaisquer outras penalidades pecuniárias - pelo descumprimento de obrigações acessórias ou principal - sobre o fato gerador apontado e proíbe que as informações prestadas pelo contribuinte sejam utilizadas para embasar quaisquer

<sup>40</sup> BRASIL. Legislação. **Redação final Medida Provisória nº 692-A de 2015 Projeto de Lei de conversão nº 27 de 2015**. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=F25D96CFB39AC7533853BFD8C4496DAA.proposicoesWeb2?codteor=1431826&filename=Tramitacao-MPV+692/2015](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F25D96CFB39AC7533853BFD8C4496DAA.proposicoesWeb2?codteor=1431826&filename=Tramitacao-MPV+692/2015)>. Acesso em: 15 fev. 2016.







procedimentos fiscais (art. 4º, §12, II). O §11 do art. 4º cria, ainda, mais um benefício, que é a exclusão da multa para valores sujeitos a regularização inferiores a R\$ 10.000,00.

Em sua exposição de motivos a proposição procurou se justificar argumentando que:

*a Itália recuperou cerca de 100 bilhões de euros; a Turquia, 47,3 bilhões de euros. Assim, espera-se que a repatriação de ativos financeiros injetará uma grande quantidade de recursos no País, o que contribuirá para o aquecimento da economia brasileira e permitirá o emprego de recursos consideráveis em investimentos nacionais, sem que haja qualquer aumento de tributação e trazendo como consequência indireta a melhoria do sistema de controle interno e de trocas de informação entre o Brasil e outros países<sup>41</sup>.*

Interessante notar que a recente norma vem sendo indevidamente chamada de 'lei de repatriação', quando sequer é exigida a efetiva internação dos bens e direitos havidos, que podem permanecer no exterior, inclusive o capital financeiro.

Independentemente do mérito da lei, relativamente aos desejáveis efeitos favoráveis à economia do País, evidencia-se de imediato o tratamento desigual nela previsto. Isso porque os contribuintes que declaram corretamente à administração tributária suas rendas e seus patrimônios - estejam eles situados no Brasil ou no exterior - são submetidos à incidência da tributação conforme a tabela progressiva do IRPF, composta por alíquotas (de 7,5% a 27,5%) que superam aquela fixada (de 15%) para tributação do patrimônio ocultado no exterior.

A simulação abaixo auxilia a constatação da lesão à generalidade, por privilegiar rendimentos de tais origens, imputando ao contribuinte que não oculta recursos no exterior um encargo patrimonial de 68,75% sobre os bens e direitos, bastante superior àquele incidente sobre o patrimônio objeto da regularização, de apenas 30%.

<sup>41</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. **Exposição de Motivos 122/2015**. Disponível em: < [http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=BF864A5B058A62AD39F983BF1CC3C749.proposicoesWeb1?codteor=1384000&filename=PL+2960/2015](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BF864A5B058A62AD39F983BF1CC3C749.proposicoesWeb1?codteor=1384000&filename=PL+2960/2015)>. Acesso em: 12/02/2016.



**Tabela 6**

Apuração do IRPF sobre acréscimo patrimonial a descoberto no valor de R\$ 1.000.000,00	
Tributação conforme atributo da generalidade	Tributação privilegiada, em desconformidade com o atributo da generalidade
IRPF = 27,5% x R\$ 1.000.000,00 = R\$ 275.000,00 (art. 1º, IX, Lei nº 11.482/2007, c/ alt. Lei nº 13.149/2015)	IRPF = 15% x R\$ 1.000.000,00 = R\$ 150.000,00 (art. 6º, Lei nº 13.254/2016)
Multa = 150% x R\$ 275.000,00 = R\$ 412.500,00 (art. 44, §1º, Lei nº 9.430/1996)	Multa = 100% x R\$ 150.000,00 = R\$ 150.000,00 (art. 8º, Lei nº 13.254/2016)
Obrigação patrimonial = R\$ 687.500,00	Obrigação patrimonial = R\$ 300.000,00
Encargo patrimonial: 68,75%	Encargo patrimonial: 30%

Enfim, essas pontuais demonstrações vêm demonstrar que o IRPF, apesar de consagrado pela doutrina ria e jurisprudência como imposto pessoal, intrinsecamente associado ao princípio da capacidade econ mica, e constitucionalmente vinculado às características da universalidade, progressividade e generalidade, tem tido um de seus essenciais atributos - a generalidade - esquecido pelo legislador.

#### 4. CONCLUSÃO

Levado pela necessidade de estabelecer limites   incidência da tributac o sobre os cidadãos, o legislador originário registrou os princípios da igualdade fiscal e da capacidade econ mica. No que se refere ao imposto de renda da pessoa física, foi  l m, indicando suas características essenciais: a generalidade, a universalidade e a progressividade.

Se a universalidade significa que o tributo deve levar em considera o a integralidade das rendas do contribuinte, qualquer que seja sua origem geográfica, e a progressividade indica que quanto maior a renda auferida, maior a  l quota a ser aplicada, a generalidade   o atributo que garante a inclusão, na base de incidência do imposto, de todos os contribuintes e de todos os seus rendimentos, impedindo a exclusão e o privilégio ilegítimos de determinada categoria de pessoas em fun o de suas circunstâncias, como a ocupa o, por exemplo.

Acompanhando a constru o do IRPF no arcabouço do Sistema Tributário Nacional verificou-se que, ao longo das cartas constitucionais do País, houve preocupa o em afirmar a isonomia da tributac o, expressa implícita ou explicitamente nas Constitui es de 1824, de 1946 e de 1988.





Todavia, o exame da legislação específica deste imposto possibilitou evidenciar o atual tratamento favorecido dado aos rendimentos de capital, em detrimento da tributação sobre os rendimentos do trabalho. Demonstram tal afirmação as normas referentes aos lucros e juros recebidos por sócios e acionistas, entre outros casos abordados.

Dessa forma, pode-se apontar, com certa segurança, o baixo grau de generalidade do IRPF, indicador de lesão aos princípios da igualdade fiscal e da capacidade econômica. Espera-se que a presente análise crítica possa servir como estímulo a apreciações acerca da questão e, mesmo, incentivar alterações normativas que tornem o IRPF mais próximo de sua inerente característica, que é a generalidade.

## 5. REFERÊNCIAS

ADAMS, Charles. **For Good and Evil**. The impact of taxes on the course of civilization. Lanham: Madison Books, 2001

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2006

BRASIL. Legislação. **Redação final Medida Provisória nº 692-A de 2015 Projeto de Lei de conversão nº 27 de 2015**. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=F25D96CFB39AC7533853BFD8C4496DAA.proposicoesWeb2?codteor=1431826&filename=Tramitacao-MPV+692/2015](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F25D96CFB39AC7533853BFD8C4496DAA.proposicoesWeb2?codteor=1431826&filename=Tramitacao-MPV+692/2015)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Exposição de Motivos 122/2015**. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=BF864A5B058A62AD39F983BF1CC3C749.proposicoesWeb1?codteor=1384000&filename=PL+2960/2015](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BF864A5B058A62AD39F983BF1CC3C749.proposicoesWeb1?codteor=1384000&filename=PL+2960/2015)>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **ADC 8-MC**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-10-1999, Plenário, DJ de 4-4-2003). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacao/LegislacaoAnotada/anexo/constituicao.PDF>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 77.530/RS**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 25-08-1998. 1ª T. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77385>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratado dos Impostos**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910.

COSTA, Alcides Jorge. História da tributação no Brasil: da República à Constituição de 1988. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2003.





ESCRIBANO, Francisco. **La Configuración Jurídica del Deber de Contribuir**. Perfiles Constitucionales. Córdoba: Civitas, 1987.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Capacidade Econômica e Capacidade Contributiva**. Caderno de Pesquisas Tributárias, nº14. São Paulo, Resenha Tributária, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998.

NÓBREGA, Cristóvão Barcelos da. **História do Imposto de Renda no Brasil, um enfoque da pessoa física (1922-2013)**. Brasília: Receita Federal, 2014.

PIKETTY, Thomas. **A Economia da Desigualdade**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POESNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998.

QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza**. Barueri: Manole, 2004.

RIZZIERI, Juarez Alexandre Baldini. Teoria da Determinação da Renda. In: PINHO, Diva Benevides (Coord.). **Manual de Economia**. São Paulo: Saraiva, 1991.

SABINE, B. E. V. **A History of Income Tax**. London: Geroge Allen & Unwin Ltd, 1966.

SELIGMAN, Edwin R. A. **L'impôt sur le Revenue**. Paris: M. Giard & E. Brière, 1913.

SILVA, Fernando A. Rezende da. **O Imposto sobre a renda e a justiça fiscal**. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1974.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Volume III. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. Rio de Janeiro: Financieiras, 1960.

TIPKE, Klaus. **Moral Tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Madrid: Marcial Pons, 2002.

WEBBER, Carolyn e WILDAVSKYL, Adam. **A History of Taxation and Expenditure in the Western World**. New York: Simon and Schuster, 1986.

ZILVETI, Fernando Aurélio. **Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.







# 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.** Recomenda-se aos autores que informem o número de identificação ORCID (para maiores informações **clique aqui**). O identificador ORCID pode ser obtido no **registro ORCID**. Você deve aceitar os padrões para apresentação de iD ORCID e incluir a URL completa (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>). Nesse caso, tal informação deverá constar logo abaixo da indicação do e-mail de contato.

**5.5.4.5.** Os quatro elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

**5.5.4.6.** 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), antecidas 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), antecidas 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 deverão 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.

