



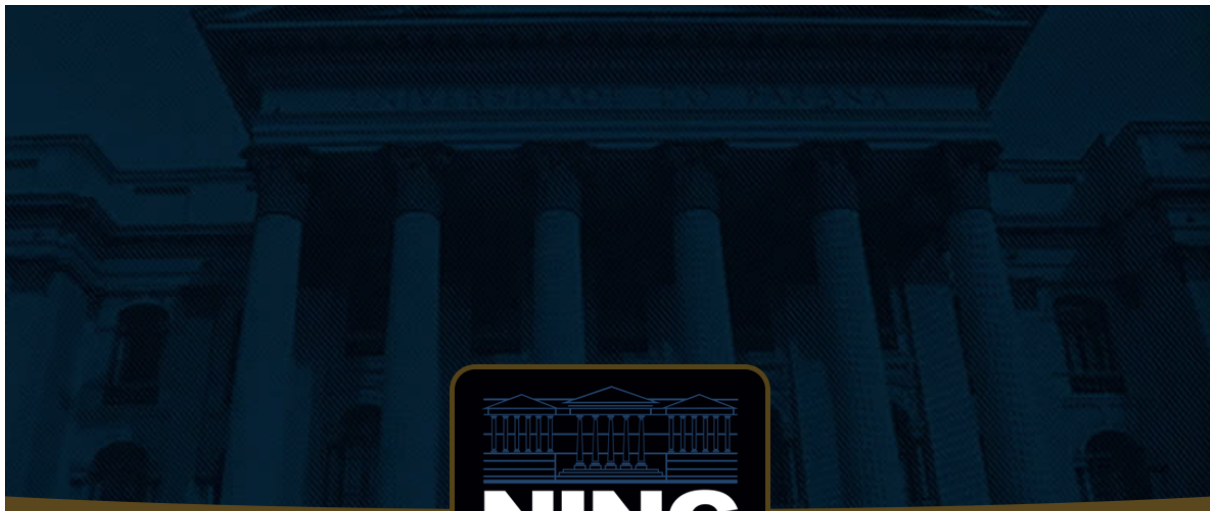
REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 3 | N. 3 | SETEMBRO/DEZEMBRO 2016 | ISSN 2359-5639







REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 3 | n. 3 | setembro/dezembro 2016 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral

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





REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

ISSN: 2359-5639



© 2014 NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR



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

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

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

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

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

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

Quadrimestral.

Endereço eletrônico: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rinc>
ISSN: 2359-5639

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

CDU 342
CDD 341.2

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), 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^a Dr^a Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo – Palermo, Itália)

Prof^a Dr^a 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. Oran Doyle (Univeristy of Dublin – Dublin, Irlanda)

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

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

Secretaria Executiva

Luzardo Faria

Equipe de Redação e Revisão

Ana Cristina Aguiar Viana

Bárbara Marianna de Mendonça Araújo Bertotti

Luzardo Faria

Rene Sampar

Rennan Ziemer da Costa

Taís Vella





Sumário

Contents

Editorial: O desvanecimento da força normativa da Constituição brasileira de 1988

Editorial: The fading of the normative force of Brazilian Constitution of 1988

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.49171

Daniel Wunder Hachem6

Non-Resident Second Amendment Rights after Dearth vs. Lynch

Os direitos da Segunda Emenda de cidadãos norte-americanos não residentes no país após o Dearth vs. Lynch

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48001

Steven K. Specht

Michael Piccolo11

Judicialization of the right to health and institutional changes in Brazil

Judicialização do direito à saúde e mudanças institucionais no Brasil

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48160

Leandro Molhano Ribeiro

Ivar Alberto Hartmann35

Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system

Políticas públicas de avaliação da qualidade no sistema brasileiro de ensino superior

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.49033

Alexandre Godoy Dotta53

Decisiones, influencias y representación: capitalización de la injerencia política

Decisões, influências e representação: capitalização da ingerência política

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48533

Marco Aurelio González Maldonado.....71





Semejanzas y diferencias entre la Constitución Federal de Brasil de 1988 y la mexicana respecto del parlamento

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48494

Similarities and differences between the Brazil's Federal Constitution of 1988 and the Mexican regarding the parliament

Ana Cláudia Santano

Marina del Pilar Olmeda García105

Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis

Breach of art. 229 of the Constitution and civil liability: two hypotheses of non-economic damages

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48534

Maria Celina Bodin de Moraes

Ana Carolina Brochado Teixeira117

Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48066

Transnational Constitutionalism: for a pluriversalist understanding of the Constitutional State

Anderson Vichinkeski Teixeira141

Razões (e práticas) de Estado: os mal-estares entre a liberdade e a segurança jurídica

Reasons (and practices) of the State: the discomforts between freedom and legal certainty

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48536

Luis Manuel Fonseca Pires167

A jurisprudência do STF sobre Impeachment e sua repercussão aos Prefeitos Municipais em uma perspectiva discursiva

The jurisprudence of the Supreme Court on Impeachment and its impact on Municipal Mayors in a discursive perspective

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48535

Janriê Rodrigues Reck

Caroline Müller Bitencourt191

Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação

Regulating uncertainty: the construction of decision-making models and the risks of the determinacy paradox

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48159

Fernando Leal215

Instruções para autores

Instructions for authors

.....227





Editorial

Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.49171



Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons

O desvanecimento da força normativa da Constituição brasileira de 1988

The fading of the normative force of Brazilian Constitution of 1988

O processo de redemocratização brasileira na segunda metade da década de 1980 resultou em uma grande conquista: a promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil. Sua construção, que contou com expressiva participação dos mais diversos setores da sociedade, significou um notável avanço na proteção de valores sociais e direitos fundamentais dos cidadãos. Porém, mais do que a elaboração de um texto detalhado e rico em termos de tutela de direitos, foi a sua excelente recepção pela comunidade jurídica como autêntica Lei Fundamental – dotada de supremacia e normatividade – o que tornou a Constituição de 1988 um verdadeiro marco na transformação do Direito pátrio e da sociedade brasileira. O reconhecimento da plena eficácia jurídica das disposições constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e a assunção de um papel protagonista pela Corte foram, sem dúvida, fatores determinantes desse processo.

Nos últimos meses, no entanto, a Corte Suprema vem dando demonstrações de que pêndulo da efetividade constitucional já se encontra retornando a passos largos ao estágio anterior. O STF, que recebeu do constituinte a incumbência de funcionar como guardião da Constituição, tem proferido decisões questionáveis, muito mais

Como citar este editorial | *How to cite this editorial*: HACHEM, Daniel Wunder. Editorial: O desvanecimento da força normativa da Constituição brasileira de 1988. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 6-9, set./dez. 2016. DOI: 10.5380/rinc.v3i3.49171





pragmáticas do que principiológicas, esvaziando a força normativa do ordenamento constitucional e restringindo – para não dizer *violando* – direitos essenciais ao sistema democrático. É o caso, apenas para citar algumas, das decisões relativas à presunção de inocência do acusado no processo penal (ADC 43 e 44), à desaposentação (RE 661256) e ao direito de greve dos servidores públicos (RE 693456).

Cabe aos estudiosos do Direito Constitucional, neste cenário, desenvolver novos modelos teóricos e aportar contribuições para evitar que esse processo de desvanecimento da força normativa da Constituição brasileira de 1988 seja levado a efeito, analisando de forma crítica as posturas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal e aproveitando a experiência do Direito Comparado para, com as devidas mediações e sem importações simplistas, aprimorar as instituições jurídico-políticas brasileiras sem perder de vista o caráter imperativo das disposições constitucionais.

Nesta terceira edição de 2016 da **Revista de Investigações Constitucionais** publicamos artigos em 3 idiomas (inglês, espanhol e português), de autores vinculados a 11 instituições de ensino superior de 4 países diferentes (Estados Unidos da América, México, Paraguai e diferentes Estados-membros da República Federativa do Brasil – Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo). Dos trabalhos publicados, 100% são de Professores Doutores, 50% redigidos em língua estrangeira, 26% dos autores são estrangeiros e 86% dos autores são exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- Non-Resident Second Amendment Rights after Dearth vs. Lynch

Steven K. Specht

Teaching Assistant at Florida State University College of Law (United States of America)

Michael Piccolo

Juris Doctor Candidate – Florida State University (United States of America)

- Judicialization of the right to health and institutional changes in Brazil

Leandro Molhano Ribeiro

Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

Ivar Alberto Hartmann

Professor e Pesquisador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

- Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system

Alexandre Godoy Dotta

Professor of Scientific Methodology in the Autonomous University Center of Brazil (Curitiba-PR, Brasil)





- Decisões, influências e representação: capitalização de la injerencia política

Marco Aurelio González Maldonado

Profesor de Derecho Administrativo y Deontología Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción (Paraguay)

- Semejanzas y diferencias entre la Constitución Federal de Brasil de 1988 y la mexicana respecto del parlamento

Ana Claudia Santano

Postdoctoranda en Derecho Público Económico en la Pontificia Universidad Católica de Paraná (Curitiba-PR, Brasil)

Marina Del Pilar Olmeda García

Profesora-Investigadora de la Universidad Autónoma de Baja California (México)

- Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis

Maria Celina Bodin de Moraes

Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

Ana Carolina Brochado Teixeira

Professora de Direito de Família e Sucessões do Centro Universitário UNA (Belo Horizonte-MG, Brasil)

- Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional

Anderson Vichinkeski Teixeira

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo-RS, Brasil)

- Razões (e práticas) de Estado: os mal-estares entre a liberdade e a segurança jurídica

Luis Manuel Fonseca Pires

Professor de Direito Administrativo na graduação e na pós-graduação lato sensu da Pontificia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)

- A jurisprudência do STF sobre impeachment e sua repercussão aos Prefeitos Municipais em uma perspectiva discursiva

Janriê Rodrigues Reck

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

Caroline Müller Bittencourt

Professora do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)





- Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação

Fernando Leal

Professor do Programa de Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

A expectativa que nos move é a de que, a partir da leitura dos estudos ora trazidos a público, sejam provocadas novas reflexões capazes de resgatar o compromisso da comunidade jurídica com a integral normatividade do sistema constitucional.

Curitiba, outubro 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: 10.24080/revista.v3i3.48001

Non-Resident Second Amendment Rights after *Dearth vs. Lynch*

Os direitos da Segunda Emenda de cidadãos norte-americanos não residentes no país após o Dearth vs. Lynch

STEVEN K. SPECHT*

Florida State University (United States of America)
sks13d@my.fsu.edu

MICHAEL PICCOLO**

Florida State University (United States of America)
michael.piccolo19@gmail.com

Recebido/Received: 19.09.2016 / September 9th, 2016

Aprovado/Approved: 25.10.2016 / October 25th, 2016

Abstract

Two federal statutes have unwittingly resulted in depriving nonresident United States citizens of a constitutional right to bear arms. This article considers the background of the statutes, the rights and obligations of US Citizens abroad, and past jurisprudence on the Second Amendment. Through analysis of two types of scrutiny, one can consider how far to take the right to bear arms and determine how the right to bear arms should be treated for those who consciously give up permanent residency and live abroad.

Keywords: Second Amendment; non-resident citizens; right to bear arms; *Dearth vs. Lynch*; US Constitution.

Resumo

Duas normas federais têm involuntariamente resultar em privar cidadãos norte-americanos não residentes no país do direito constitucional de portar armas. Este artigo considera o plano de fundo dessas normas, os direitos e obrigações dos cidadãos americanos no exterior e a jurisprudência existente sobre a Segunda Emenda. Através dessa análise, pode-se considerar o quão longe deve-se levar o direito de portar armas e, também, determinar como o direito de portar armas deve ser tratado para aqueles que conscientemente desistem de manter residência permanente nos EUA e decidem viver no exterior.

Palavras-chave: Segunda Emenda; cidadãos norte-americanos não residentes no país; direito de portar armas; *Dearth vs Lynch*; Constituição dos Estados Unidos da América.

Como citar esse artigo/How to cite this article: SPECHT, Steven K.; PICCOLO, Michael. Non-Resident Second Amendment Rights after *Dearth vs. Lynch*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 11-34, set./dez. 2016. DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48001.

* Teaching Assistant at Florida State University College of Law (United States of America). Juris Doctor (Florida State University). Master of Arts in International Relations and Conflict Resolution (American Military University). Bachelor of Science in Journalism-Reporting (University of Florida). E-mail: sks13d@my.fsu.edu.

** Juris Doctor Candidate - Florida State University (United States of America). Bachelor of Science in Political Science (Florida State University). E-mail: michael.piccolo19@gmail.com.





CONTENTS

1. Introduction; **2.** The Statutes in question; **2.1.** The statutory language; **2.2.** Background of the Enactment; **2.3.** Definition of a non-resident in the context of acquiring a firearm; **2.4.** The Second Amendment rights of non-resident U.S. citizens; **3.** Rights and obligations of non-resident U.S. citizens beyond the Second Amendment; **4.** An introduction to the Second Amendment; **4.1.** The Second Amendment's language: the prefatory clause and the operative clause; **4.2.** Second Amendment interpretations; **4.3.** The modern approach under *Heller*; **5.** The case and controversy: *Dearth v. Lynch*; **5.1.** Procedural posture; **5.2.** Facts; **5.3.** Two-step approach to evaluate the constitutionality of a law when challenged on Second Amendment grounds; **6.** Applying precedent to the Statutes; **6.1.** The potential effect of a long-standing gun regulation and thus presumptively lawful; **6.2.** The Statutes effect on non-resident U.S. citizens' Second Amendment rights; **6.3.** Applying the Proper Scrutiny; **6.3.1.** Constitutionality under Intermediate Scrutiny; **6.3.2.** Constitutionality under Strict Scrutiny; **7.** Conclusion; **8.** References.

1. INTRODUCTION

The combined power of 18 U.S.C. § 922(a)(9) and 18 U.S.C. § 922(b)(3) makes it illegal for a nonresident U.S. citizen to purchase or rent a firearm for self-defense purposes. Although the statutes were not specifically aimed at nonresident U.S. citizens, the result is a Congressional decision to eliminate nonresident U.S. citizens' Second Amendment rights in favor of giving state gun regulations more bite. A statutory ban on citizens purchasing firearms outside of their "state of residence" has placed nonresident U.S. citizens outside of the scope of Second Amendment protections. These laws are being challenged in *Dearth v. Lynch* by a plaintiff who is a U.S. citizen residing in Canada. He claims that his Second Amendment rights are being infringed by these statutes and consequently, that these statutes are unconstitutional.

This article first explores how nonresident U.S. citizen's Second Amendment rights are affected by the statutes. The statutory language and background are examined to show how the rights of nonresident U.S. citizens have been defined in the context of firearms purchases. Next, the article examines legal rights and obligations of nonresident U.S. citizens abroad. This serves to show that the Second Amendment rights should not be restricted simply because someone loses residence status in the United States. Then the paper will analyze Second Amendment jurisprudence. The analysis first considers the language of the Second Amendment, the historical jurisprudence, and the new paradigm established by *District of Columbia v. Heller* and subsequent cases. After explaining the precedent on Second Amendment issues, the article will provide an overview of the case in question, *Dearth v. Lynch*, by presenting the case's facts and procedural posture, and then outlining the 2-step approach the D.C. Circuit uses to analyze Second Amendment challenges. Finally the paper will conclude with an application of the 2-step approach to the facts of the case and an analysis of what the potential outcomes could be in the case.





2. THE STATUTES IN QUESTION

2.1. The Statutory language

The two statutes in question address both the individual attempting to purchase a firearm and the person/entity attempting to sell a firearm. 18 U.S.C. § 922(a)(9), which addresses the purchaser, reads as follows: “It shall be unlawful – for any person, other than a licensed importer, licensed manufacturer, licensed dealer, or licensed collector, who does not reside in any State to receive any firearms unless such receipt is for lawful sporting purposes.”¹ 18 U.S.C. § 922(b)(3), which addresses the seller, reads as follows: “It shall be unlawful for any licensed importer, licensed manufacturer, licensed dealer, or licensed collector to sell or deliver – any firearm to any person in any state who the licensee knows or has reasonable cause to believe does not reside... in the State in which the licensee’s place of business is located, except that this paragraph... shall not apply to the loan or rental of a firearm to any person for temporary use for lawful sporting purposes.”²

2.2. Background of the enactment

The two main policy considerations behind the statutes in question are preventing criminals from circumventing state firearm regulations and preventing international firearm trafficking.³ As a supplement to state firearm regulations, the statutes were a result of a multi-year investigation into violent crimes. The investigation produced evidence that criminals were traveling across State borders to purchase firearms in States that had less stringent gun control laws than the criminals’ resident States.⁴ The criminals would then bring the purchased firearms back into their resident State, resulting in the criminal circumventing their resident state’s firearm regulations entirely.⁵ Congress believed that this left the states powerless to regulate the types of firearms transported

¹ 18 U.S.C. § 922(a)(9).

² 18 U.S.C. § 922(b)(3).

³ See *Dearth v. Holder*, 893 F.Supp.2d 59, 62-63 (D.C. Cir. 2015); see also 1968 U.S.C.C.A.N. 2112, 2204: “Section 922(b)(3)... It is also designed to prevent the avoidance of State and local laws controlling firearms other than rifles and shotguns by simple expediency of crossing a State line to purchase one. There is no comparable provision in the present Federal Firearms Act.”

⁴ See *Dearth v. Holder*, 893 F.Supp.2d at p. 62-63; see also S. Rep. No. 89-1866, at p. 19 (1966): “The serious problem of individuals going across State lines to procure firearms which they could not lawfully obtain or possess in their own State and without the knowledge of their local authorities.”

⁵ See *Dearth v. Holder*, 893 F.Supp.2d at p. 62-63.





into their jurisdiction.⁶ This problem was particularly concerning when considering easily concealable handguns.⁷

To combat this growing problem, Congress passed the Omnibus Crime Control Act. Congress determined that federal control over interstate and foreign commerce in firearms was needed.⁸ Thus, Congress passed the two statutes in question to strengthen the States' abilities to regulate firearms crossing into their borders.⁹ The combined power of 18 U.S.C. § 922(a)(9) and 18 U.S.C. § 922(b)(3) legally restricted residents to only purchasing guns within their resident state and legally restricted gun sellers to only selling guns to people who resided in the state in which their business was located. However, these laws resulted in the unintended consequence of restricting non-resident U.S. Citizens from purchasing guns in any state.

2.3. Definition of non-resident in the context of acquiring a firearm

A nonresident U.S. citizen is a person who has U.S. citizenship but does not have a state of residence. The combination of 27 C.F.R. § 478.11 and ATF Ruling 2010-6 defines what a person's "state of residence" is for the purpose of acquiring a firearm under the Gun Control Act of 1968.

27 C.F.R. § 478.11 defines a "state of residence" as the following: "The State in which an individual resides. An individual resides in a State if he or she is present in a State with the intention of making a home in that State."¹⁰ The regulation continues to provide four examples that illustrate what a "state of residence" is. Example 1 provides that "A maintains a home in State X. A travels to State Y on a hunting, fishing, business, or other type of trip. A does not become a resident of State Y by reason of such trip."¹¹ Example 2 is not applicable to the subject of this paper.¹² Example 3 provides that "A, an alien, travels to the United States on a three-week vacation to State X. A does not have

⁶ *Idem*. See also Pub.L. No. 90-351, Title IV, § 901(a)(5), 82, p. 225: "The sale or other disposition of concealable weapons... to non-residents of the State in which the licenssers' places of business are located, has tended to make ineffective the laws, regulations, and ordinances in the several States and local jurisdictions regarding such firearms."

⁷ See *Dearth v. Holder*, 893 F.Supp.2d at p. 62-63.

⁸ *Idem*. See also Pub. L. No. 90-351, Title IV, § 901(a)(3), 82 Stat. p. 225: "That only through adequate federal control over interstate and foreign commerce in these weapons, and over all persons engaging in the business of importing, manufacturing, or dealing in them, can this grave problem be dealt with, and effective State and local regulation of this traffic be made possible."

⁹ See *Dearth v. Holder*, 893 F.Supp.2d at p. 62-63.

¹⁰ 27 C.F.R. § 478.11.

¹¹ *Idem*.

¹² Example 2 provides that "A maintains a home in State X and a home in State Y. A resides in State X except for weekends or the summer months of the year and in State Y for the weekends or the summer months of the year. During the time that A actually resides in State X, A is a resident of State X, and during the time that A actually resides in State Y, A is a resident of State Y."





a state of residence in State X because A does not have the intention of making a home in State X while on vacation. This is true regardless of the length of the vacation.”¹³ An alien¹⁴ is defined “as any person not a citizen or national of the United States.”¹⁵ Example 4 provides that “A, an alien, travels to the United States to work for three years in State X. A rents a home in State X, moves his personal possessions into the home, and his family resides with him in the home. A intends to reside in State X during the 3-year period of his employment. A is a resident of State X.”¹⁶

ATF ruling 2010-6 states that 27 C.F.R. § 478.11 defines a person’s “state of residence.”¹⁷ The ATF ruling has two holdings. The first holding is as follows: “a United States citizen who temporarily resides in a foreign country, but who also demonstrates the intention of making a home in a particular State, is a resident of the State during the time period he or she actually resides in that State.”¹⁸ The second holding specifies how a person can demonstrate intent to make a home in a state: “the intention of making a home in a State must be demonstrated to a Federal firearms licensee by presenting valid identification documents. Such documents include, but are not limited to, driver’s licenses, voter registration, tax records, or vehicle registration.”¹⁹ 27 C.F.R. § 478.11 defines an “identification document” as “a document containing the name, residence address, date of birth, and photograph of the holder and which was made or issued by or under the authority of the United States Government... which, when completed with information concerning a particular individual, is of a type intended or commonly accepted for the purpose of identification of individuals.”²⁰

The ATF ruling also provides what are not sufficient conditions for establishing a “state of residence.” Ownership of a home or land within a state is not sufficient to establish a “state of residence,” nor is it necessary to establish a presence and intent to make a home in a state.²¹ Also, temporary travel, which the ATF ruling defines as short-term stays, vacations, or other transient acts in a state, are not sufficient to establish a “state of residence” because short-term stays do not demonstrate intent to make a home in the state.²²

¹³ *Idem*.

¹⁴ *United States v. Meza-Rodriguez*, 798 F.3d 664, 672 (7th Cir. 2015). (holding that a noncitizen with substantial connections to the United States enjoyed Second Amendment Rights).

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ At Fruling 2010-6 at p. 1.

¹⁸ *Idem*. at p. 3.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Idem*. at p. 2.

²¹ *Idem*.

²² *Idem*.





2.4. The Second Amendment rights of non-resident U.S. citizens

The combined power of 18 U.S.C. § 922(a)(9) and 18 U.S.C. § 922(b)(3) makes it illegal for a U.S. Citizen who does not have a state of residence to purchase a firearm for any purpose while visiting the United States.²³ Furthermore, these two statutes also prohibit nonresident U.S. citizens from renting a firearm for self-defense purposes.

ATF regulations require a purchaser of a firearm over-the-counter to fill out Form 4473 completely.²⁴ Question 13 of Form 4473 asks the purchaser to provide his/her state of residence.²⁵ In this context, an individual resides in a State “if he or she is present in a State with the intention of making a home in that State.”²⁶ Thus, a nonresident U.S. Citizen cannot provide an answer to this question. Consequently, the transaction is terminated.²⁷

3. RIGHTS AND OBLIGATIONS OF NON-RESIDENT U.S. CITIZENS BEYOND THE SECOND AMENDMENT

Although nonresident U.S. citizens reside outside of the United States, they are still provided with legal rights and obligations when they travel abroad and when they return to the United States, however briefly.

One of the legal rights a nonresident U.S. citizen enjoys even though they reside abroad is the right to vote in federal elections.²⁸ In 1986, Congress passed the Uniformed and Overseas Citizens Absentee Voting Act. The act granted nonresident U.S. citizen the right to cast an absentee ballot in federal elections.²⁹ Nonresident U.S. citizens can cast a ballot in the last place they were domiciled before leaving the United States.³⁰ However, a nonresident U.S. citizen who never received domicile in any state could not cast a vote in a U.S. election.

Though Congress has not acted affirmatively on issues of other rights, one can presume they exist by default. If one can vote, then one can engage in the speech

²³ See 18 U.S.C. § 922(a)(9); 18 U.S.C. § 922(b)(3).

²⁴ 27 C.F.R. § 478.124(a): “A licensed importer, licensed manufacturer, or licensed dealer shall not sell... any firearm to any person, other than another licensee, unless the licensee records the transaction on a firearms transaction record, Form 4473.”

²⁵ See Form 4473: Firearms Transaction Record Part I – Over-the-Counter.

²⁶ See *idem*.

²⁷ See *Dearth v. Holder*, 893 F.Supp.2d 59, 64 (D.C. Cir. 2015).

²⁸ See 52 U.S.C. § 20303; 52 U.S.C. § 20310(5)(B).

²⁹ See 52 U.S.C. § 20303; 52 U.S.C. § 20310(5)(B).

³⁰ 52 U.S.C. § 20310(5)(B).





associated with such a vote. The freedom to practice religion or entitlement to due process is not waived for lack of residency.³¹

In addition to the rights of a nonresident Citizen, the federal government has the power to tax nonresident U.S. citizens anywhere in the world.³² Regardless of whether a taxpayer gains income and/or resides abroad, the U.S. government can legally collect taxes on its citizens' economic gains anywhere in the world.³³ The Supreme Court case *Cook v. Tait* established this precedent. In *Cook*, the Court held that the government has the power to levy a tax on any U.S. citizen worldwide because U.S. citizens and their property receive a benefit from the U.S. government by just being a citizen. Thus, U.S. citizens have an obligation to pay for this benefit by filing federal income returns whether they reside in the U.S. or abroad.³⁴

Lastly is the obligation for males to register for the selective service. The selective service is a method of recalling male citizens for service in time of war.³⁵ All male citizens, age eighteen and over, are required to register, regardless of residency, disability, religion, or dual citizenship.³⁶ Failure to register can result in loss of educational aid, federal job prospects, and can result in punitive measures and/or jail time, depending on the circumstance.³⁷ There is no listed exception for nonresident US Citizens.

4. AN INTRODUCTION TO THE SECOND AMENDMENT

4.1. The Second Amendment's language: the prefatory clause and the operating clause

The natural starting point of an analysis of what protections are afforded under the Second Amendment is the Second Amendment's language itself. It is commonly known that the Second Amendment grants U.S. Citizens the right to bear arms. Indeed

³¹ There is clearly an exception to due process requirements for US Citizens living abroad and engaging in acts of war against the United States. TAYLOR, Adam. The U.S. keeps killing Americans in drone strikes, mostly by accident. **Washington Post**, Apr. 23, 2015. Available at: <<https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2015/04/23/the-u-s-keeps-killing-americans-in-drone-strikes-mostly-by-accident/>>.

³² See *Cook v. Tait*, 265 U.S. 47, 56 (1924).

³³ See *idem*. "The basis of the power to tax was not and cannot be made dependent upon the situs of the property in all cases, it being out of the United States... and cannot be made dependent upon the domicile of the citizen, that being in or out of the United States."

³⁴ See *idem*. "The principle was declared that the government, by its very nature, benefits the citizen and his property wherever found, and therefore has the power to make the benefit complete."

³⁵ Selective Service System, About, <https://www.sss.gov/About>.

³⁶ Selective Service System, Who Must Register, <https://www.sss.gov/Registration-Info/Who-Registration>.

³⁷ Selective Service System, Why Register, <https://www.sss.gov/Registration/Why-Register/Benefits-and-Penalties>.





the language of the Second Amendment itself surely expresses this notion explicitly: “the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.”³⁸

However, the aforementioned quote is only part of the Second Amendment. The language that immediately precedes the aforementioned quote, which less people are familiar with, reads as follows: “A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State.”³⁹ Thus, the Second Amendment, in its entirety, provides that “a well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.”⁴⁰

The reason for pointing out this distinction is that the central issue of Second Amendment interpretation and analysis has revolved around the meaning and interaction of these two parts. The first part of the Second Amendment, i.e., “a well regulated Militia, being necessary to the security of a free State,”⁴¹ is the prefatory or justification clause, while the second part of the Second Amendment, i.e., “the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed,”⁴² is the operative clause.⁴³ The accepted interpretation of these two clauses is that the prefatory clause states the purpose of the operative clause.⁴⁴ Thus, one could recast the Second Amendment’s language by phrasing it as follows: the right of the people to keep and bear Arms shall not be infringed because a well-regulated Militia is necessary to the security of a free state.⁴⁵

4.2. Second Amendment interpretations

Three competing interpretations of the Second Amendment have found supporters both in the courts and in academia: the individual right model; the collective right model; and the narrow individual right model.⁴⁶

³⁸ U.S. Constitution. Second Amendment.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Idem*.

⁴³ See *DC v. Heller*, 554 U.S. 570, 577 (2008): “The Second Amendment is naturally divided into two parts: its prefatory clause and its operative clause.”; see also VOLOKH, Eugene. *The Commonplace Second Amendment*. **New York University Law Review**, New York, vol. 73, n. 3, p. 793-821, jun. 1998: “The Second Amendment is widely seen as quite unusual, because it has a justification clause as well as an operative clause.”

⁴⁴ See *DC v. Heller*, 554 U.S. at p. 577: “Its prefatory clause and its operative clause. The former does not limit the latter grammatically, but rather announces a purpose.”; see also VOLOKH, Eugene. *The Commonplace Second Amendment*. **New York University Law Review**, New York, vol. 73, n. 3, p. 793-821, jun. 1998: “The Second Amendment, unusually for constitutional provisions, contains a Statement of purpose as well as a guarantee of a right to bear arms”.

⁴⁵ See *DC v. Heller*, 554 U.S. at p. 577: “The Amendment could be rephrased, “Because a well regulated Militia is necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms shall not be infringed.”

⁴⁶ FROMAN Sandra S.; KLUKOWSKI Kenneth A. A Round in the Chamber: *District of Columbia v. Heller* and the Future of the Second Amendment. **The Journal of the Federalist Society Practice Groups**, Washington, vol. 9, n. 1, p. 16-21, feb. 2008.





The individual right model contends that the Second Amendment grants law abiding adult citizens the individual right to have firearms for any lawful purpose. The individual right is derived from natural law and English Common law, promoting the belief that the Second Amendment was created to protect individuals' fundamental right to personal protection through the use of firearms. Advocates of this model also point out that the Second Amendment acts as a final check against governmental tyranny by allowing the people to rebel against the government if necessary.

The individual right model has two alternative arguments that interpret the Second Amendment differently. One argument is that when the constitution was written, the militia was composed of every able-bodied young adult male, and modern federal law defines "militia" the same way. Thus, the individual right was granted to non-military and military personnel alike. The other argument is that the Second Amendment's prefatory clause announces a non-exclusive purpose for the individual's right to bear arms, but does not weaken the effect of the operative clause.

The collective right model claims that the purpose of the Second Amendment is to provide for an armed military force, while not disregarding the Founding Fathers' apprehension for standing armies. According to this model, the Second Amendment does not grant any individual rights to the people to bear arms. Rather, proponents of this model believe that the Second Amendment was enacted to prevent the government from passing laws that would interfere with the States' ability to raise armed militias. This model has lost persuasive value because its premise that the Second Amendment did not grant any individual rights has increasingly come under attack. Instead of fighting an uphill battle, gun control advocates turned to a third interpretive model.

The narrow individual rights model argues that the Second Amendment grants individuals the right to bear arms for the sole purpose of keeping citizens equipped with enough firearms to allow the government to call up a state militia if necessary. Thus, this model asserts that the Second Amendment grants individual rights to people who are serving in a state militia, i.e., the National Guard. This theory, like the less-popular collective right model, relies on the language of the Second Amendment's prefatory clause. Proponents believe that "militia" refers to military units and that "well regulated" refers to government-controlled units. Supporters of this model believe that the Second Amendment's operative clause grants the people the right to bear arms only to the extent that those arms can be used if the government needs to raise an armed militia.

4.3. The modern approach under *Heller*

Justice Scalia, an ardent textualist, examined the meaning, relationship, and implications of the two parts of the Second Amendment in the landmark case *District*





of *Columbia v. Heller*.⁴⁷ In *Heller*, the Court sought out to resolve the issue of whether Washington D.C.'s prohibition on the possession of usable handguns both inside and outside the home violated the Second Amendment.⁴⁸ To resolve this issue, the Court decided how the prefatory and operative clause interacted with each other in order to determine what the scope of the Second Amendment protection is.

Herein lies the controversy, if the prefatory clause states the purpose of the operative clause, then it appears reasonable to conclude that an individual's right to bear arms should not be narrower or broader than the purpose of maintaining a well-regulated Militia. Adopting this conclusion would lead to the inference that the people's right to bear arms is protected up to the point that it curtails the government's ability to maintain a well-regulated militia and not up to the point that it curtails the people's ability to defend themselves with the use of firearms. However, in *Heller*, the Court did not adopt this line of reasoning. Rather, the Court held that the fundamental or core interest protected by the Second Amendment is the right of the people to use arms for self-defense within their homes.⁴⁹ Justice Scalia wrote in the *Heller* opinion that the prefatory clause states the purpose of the operative clause and does not grammatically limit the operative clause.⁵⁰

The Court ultimately ruled that the Washington D.C. prohibition on handguns was unconstitutional,⁵¹ holding that the Second Amendment, at the very least, confers law-abiding citizens with the right to keep and bear non-dangerous arms for self-defense in their homes.⁵² The Court reasoned that the fundamental or core interest protected by the Second Amendment is the right to use arms for self-defense within one's home.⁵³ There are two reasons why this holding is so important in Second Amendment jurisprudence.

First, prior to *Heller*, the only Supreme Court Case to rule on what the Second Amendment meant was the Supreme Court's 1939 ruling in *United States v. Miller*.^{54,55}

⁴⁷ 554 U.S. 570 (2008).

⁴⁸ See *idem.* at p. 573.

⁴⁹ See *United States v. Marzzarella*, 614 F.3d 85, 97 (3d Cir. 2010), citing *D.C. v. Heller*, 554 U.S. 570, 629 (2008).

⁵⁰ *D.C. v. Heller*, 554 U.S. at p. 578: "But apart from that clarifying function, a prefatory clause does not limit or expand the scope of the operative clause."

⁵¹ *Idem.* at p. 635.

⁵² See *idem.* at p. 628-29: "Under any of the standards of scrutiny that we have applied to enumerated constitutional rights, banning from the home the most preferred firearm in the nation to keep and use for protection of one's home and family would fail constitutional muster."

⁵³ See *United States v. Marzzarella*, 614 F.3d 85, 97 (3d Cir. 2010), citing *D.C. v. Heller*, 554 U.S. 570, 629 (2008).

⁵⁴ 307 U.S. 174 (1939).

⁵⁵ FROMAN Sandra S.; KLUKOWSKI Kenneth A. A Round in the Chamber: District of Columbia v. Heller and the Future of the Second Amendment. **The Journal of the Federalist Society Practice Groups**, Washington, vol. 9, n. 1, p. 16-21, feb. 2008: "The only precedent dealing with the meaning of the Second Amendment in depth is *United States v. Miller*."





Prior to the National Firearms Act of 1934, the Federal Government passed very few gun control laws.⁵⁶ It was not until the public unrest and political assassinations in the Vietnam War era that the federal government started to pass more gun control regulations. However, as the federal government passed more gun control laws in the 1970's, Second Amendment jurisprudence was largely underdeveloped because, as mentioned before, the Supreme Court only ruled on the meaning of the Second Amendment once in *Miller*. The increase in federal gun control laws passed by Congress increased the amount of Second Amendment challenges, but the Supreme Court did not grant certiorari on these cases until *Heller*.

Second, the Court's holding in *Heller*, i.e., the fundamental interest protected by the Second Amendment is the right of the people to use arms for self-defense within their homes, appears to go against the holding in *Miller*. In *Miller*, the court examined the constitutionality of the National Firearms Act.⁵⁷ The defendants were charged with violating the National Firearms Act because they were caught transporting an unregistered short-barrel shotgun between states. Defendants challenged the law on Second Amendment grounds.⁵⁸ The Court ruled that the National Firearms Act did not violate the Defendants' Second Amendment rights.⁵⁹ The Court reasoned that the purpose of the Second Amendment was to assure Congress' power to maintain a well-regulated Militia.⁶⁰ The Court ruled that the short barrel shotgun did not serve the purpose of preserving the government's ability to maintain a well-regulated militia.⁶¹ Thus, the National Firearms Act did not infringe upon the defendants' Second Amendment rights because it fell outside the stated purpose of the Second Amendment.⁶²

The *Miller* court seemed to be adopting either a collective right model or a narrow individual right interpretation of the Second Amendment, while the *Heller* court was unquestionably adopting an individual right model interpretation of the Second Amendment. The language and reasoning of *Miller* is more in line with the collective right model and narrow individual right model because it heavily relies on the prefatory

⁵⁶ See *idem*. at p. 16

⁵⁷ See *U.S. v. Miller*, 307 U.S. at p. 175.

⁵⁸ See *idem*. at p. 176: "Defendants also challenged the law on separation of powers ground, challenging the federal government infringement upon the State's police power, which the Court held was untenable".

⁵⁹ See *idem*. at p. 183.

⁶⁰ See *idem*. at p. 178: "The Constitution as originally adopted granted to the Congress power- To provide for calling forth the Militia to execute the laws of the Union... With obvious purpose to assure the continuation and render possible the effectiveness of such forces the declaration and guarantee of the Second Amendment were made. It must be interpreted and applied with that end in view."

⁶¹ See *idem*: "Certainly it is not within judicial notice that this weapon is any part of the ordinary military equipment or that its use could contribute to the common defense."

⁶² See *idem*: "In the absence of any evidence tending to show that possession or use of a shotgun having a barrel of less than eighteen inches in length at this time has some reasonable relationship to the preservation or efficiency of a well regulated militia, we cannot say that the Second Amendment guarantees the right to keep and bear such an instrument."





clause to rule out the possibility that the defendants' Second Amendment rights were violated. However, the holding in *Miller* does not preclude the existence of an individual right granted by the Second Amendment like the collective right model wholly rejects and the narrow individual right model limits. Adding to the controversy is the occurrence of some circuit courts, albeit prior to *Heller*, adopting *Miller*'s reasoning when confronted with Second Amendment challenges.⁶³

5. THE CASE AND CONTROVERSY: DEARTH V. LYNCH

5.1. Procedural Posture

Dearth v. Lynch is the fourth chapter in the case between Plaintiffs, Steven Dearth and the Second Amendment Foundation, Inc., and Defendant, the U.S. Government. In 2009, plaintiffs filed a claim against the government in the United States District Court of Columbia that challenged the constitutionality of 18 U.S.C. § 922(a)(9), 18 U.S.C. § 922(b)(3), and related regulations as-applied to Mr. Dearth and people similarly situated to him.⁶⁴ Plaintiffs sought declaratory and injunctive relief under the Declaratory Judgment Act, 28 U.S.C. §§ 2201, 2202.⁶⁵ The government motioned to dismiss the claim for lack of standing.⁶⁶ The district court granted the government's motion, and the plaintiffs appealed the ruling to the D.C. Circuit Court.

On appeal,⁶⁷ the D.C. Circuit Court held that Mr. Dearth had standing.⁶⁸ However, the court did not reach the issue of whether the Second Amendment Foundation had standing because it did not raise any issues that were not already raised by Mr. Dearth.⁶⁹ Consequently, the circuit court reversed the district court's judgment and remanded the case to the district court for further proceedings.⁷⁰

Following the Circuit Court remanding the case back to the district court, plaintiffs filed a motion for summary judgment on all 6 counts of their complaint.⁷¹ Plaintiffs challenged 18 U.S.C. § 922(a)(9), 18 U.S.C. § 922(b)(3), and 27 C.F.R. §§ 478.29a, 478.96,

⁶³ See VOLOKH, Eugene. The Commonplace Second Amendment. **New York University Law Review**, New York, vol. 73, n. 3, p. 793-821, jun. 1998: "See, e.g., *Love v. Pepersack*, 47 F.3d 120, 124 (4th Cir. 1995) (concluding that right only extends to situations where a particular person's arms ownership "preserve[s] or insure[s] the effectiveness of the militia"

⁶⁴ See *Dearth v. Holder*, 893 F.Supp.2d 59, 59, 64-65 (D.C. Cir. 2012); *Dearth v. Holder*, 641 F.3d 499, 500 (D.C. Cir. 2011).

⁶⁵ *Dearth v. Holder*, 893 F.Supp.2d at p. 64.

⁶⁶ See *Dearth v. Holder*, 893 F.Supp.2d at p. 65; *Dearth v. Holder*, 641 F.3d at p. 500.

⁶⁷ *Dearth v. Holder*, 893 F.Supp.2d at p. 54; 64-65 (D.C. Cir. 2011).

⁶⁸ *Dearth v. Holder*, 641 F.3d at p. 503-04.

⁶⁹ See *Dearth v. Holder*, 893 F.Supp.2d at p. 4; *Dearth v. Holder*, 641 F.3d at p. 503.

⁷⁰ See *Dearth v. Holder*, 641 F.3d at p. 504.

⁷¹ See *Dearth v. Holder*, 893 F.Supp.2d at p. 64.





478.99, 478.124 on three different grounds: the statutes and regulations violated plaintiffs' Second Amendment right to keep and bear arms because the statute and its regulations place limitations upon the receipt and use of firearms to U.S. citizens who do not claim residency in any state; the statutes and regulations violated plaintiffs' rights to equal protection under the Fifth Amendment because they are being discriminated against on account of residency and cannot exercise their Second Amendment rights; the statutes and regulations infringe upon plaintiffs' liberty interest in international travel, which is protected by the Due Process Clause of the Fifth Amendment.⁷² Defendant filed a motion for judgment on the pleadings and alternatively, a motion for summary judgment.⁷³ The court held that 18 U.S.C. § 922(a)(9), 18 U.S.C. § 922(b)(3), and their implementing regulations did not violate Mr. Dearth's Second Amendment rights, did not deprive him of his Fifth Amendment rights to equal protection under the law, and did not violate Dearth's rights to international travel under the Fifth Amendment.⁷⁴ Ultimately, the court granted summary judgement in favor of the government on all six counts.

Once again the plaintiffs appealed the district court's ruling to the circuit court.⁷⁵ The circuit court ruled that the record was not developed enough to uphold the summary judgment motion.⁷⁶ The court reasoned that the record needed to be more developed because the case represented such an important question⁷⁷ and the record raised too many unanswered questions about the plaintiff's situation. Thus, the circuit court vacated the district court's entering of summary judgment in favor of the government, and it remanded the case to the district court for trial.⁷⁸

5.2. Facts

Plaintiff Stephen Dearth is an American citizen who resides in Canada. Mr. Dearth does not have a residence in the United States. Also, he is over the age of 21, does not have a criminal record, and has a valid Utah permit to publicly carry a handgun. Plaintiff Second Amendment Foundation, Inc. is a non-profit membership organization that focuses on education, research, publication, and legal actions regarding the Second Amendment's right to bear arms.

⁷² See *idem.* at p. 65-66.

⁷³ See *idem.* at p. 64.

⁷⁴ See *idem.* at p. 74-75.

⁷⁵ *Dearth v. Lynch*, 791 F.3d 32 (D.C. Cir. 2015).

⁷⁶ See *idem.* at p. 34.

⁷⁷ See *idem.*, citing to *Kennedy v. Silas Mason Co.*, 334 U.S. 249, 256-57 (1948).

⁷⁸ See *idem.* at p. 35.





In 2006 and 2007, while in the United States, Mr. Dearth attempted to purchase firearms. However, he was denied both times because he could not provide an answer to Question 13 of Form 4473, which asks for the buyer to provide his/her “state of residence.” Both transactions were terminated because Mr. Dearth does not reside within a state in the United States. Mr. Dearth alleged that he intends to lawfully purchase firearms in the United States for sporting and self-defense purposes. He plans on storing the firearms with his relatives in Ohio.⁷⁹

5.3. Two-step approach to evaluate the constitutionality of a law when challenged on Second Amendment grounds

The D.C. Circuit, like other circuits,⁸⁰ adopted a two-step approach to analyze Second Amendment challenges.⁸¹ The first inquiry is whether the challenged provision(s) impinges upon a right protected by the Second Amendment. This inquiry inevitably raises the question of what protections are afforded under the Second Amendment.

To answer this question, courts must look to the landmark case *D.C. v. Heller*, which was discussed in depth above, for guidance.⁸² The Court held that the fundamental or core interest protected by the Second Amendment is the right to use firearms for self-defense within one’s home.⁸³ The Court also held that the Second Amendment, like the First Amendment, is not unlimited in its scope.⁸⁴ However, these two holdings left much of the Second Amendment’s scope undefined.⁸⁵

Nonetheless, the Court provided some clarity on the limits of the Second Amendment by concluding that *Heller* did not cast doubt on longstanding gun regulations.⁸⁶

⁷⁹ See *Dearth v. Holder*, 893 F.Supp.2d at p. 64.

⁸⁰ See *Ezell v. City of Chicago*, 651 F.3d at p. 684; 701-04 (7th Cir. 2011); *United States v. Chester*, 628 F.3d at p. 673; 680 (4th Cir. 2010); *United States v. Reese*, 627 F.3d 792, at p. 800-01 (10th Cir. 2010); *United States v. Marzzarella*, 614 F.3d at p. 85; 89 (3d Cir. 2010).

⁸¹ See *Heller v. D.C.*, 670 F.3d at p. 1244; 1252-53 (D.C. Cir. 2011).

⁸² 554 U.S. 570 (2008).

⁸³ See *United States v. Marzzarella*, 614 F.3d at p. 85; 97 (3d Cir. 2010), citing *D.C. v. Heller*, 554 U.S. at p. 570; 629 (2008).

⁸⁴ See *idem.* at p. 595: “The Second Amendment conferred an individual right to keep and bear arms. Of course the right was not unlimited, just as the First Amendment’s right of free speech was not. Thus, we do not read the Second Amendment to protect the right of citizens to carry arms for any sort of confrontation, just as we do not read the First Amendment to protect the right of citizens to speak for any purpose.”

⁸⁵ See *idem.* at p. 626: “We do not undertake an exhaustive historical analysis today of the full scope of the Second Amendment.”

⁸⁶ *Idem.* at p. 626-27: “Nothing in our opinion should be taken to cast doubt on longstanding prohibitions on the possession of firearms by felons and the mentally ill, or laws forbidding the carrying of firearms in sensitive places such as schools and government buildings, or laws imposing conditions and qualifications on the commercial sale of arms.”



The Court held that longstanding gun regulations are “presumptively lawful.”⁸⁷ Some circuits have latched onto this small piece of definitiveness from the *Heller* opinion.⁸⁸ The D.C. Circuit justified the presumption that a longstanding regulation is constitutional by reasoning that a long duration of acceptance demonstrates that the public has accepted the regulation and that it does not burden a constitutional right.⁸⁹ However, a plaintiff may rebut this presumption by demonstrating that the challenged regulation has more than a de minimis effect upon his/her right. The converse of this relatively bright-line rule is that newer regulations are not “presumptively lawful.”

Without the Supreme Court taking a definitive stance on the scope of the Second Amendment, the circuits remain split on whether and to what extent the Second Amendment affords protection outside the home.⁹⁰ The Seventh Circuit held that the Second Amendment’s right to bear arms for self-defense has the same importance both inside and outside the home.⁹¹ Whereas the Second, Third, and Fourth Circuits held that the Second Amendment protections are more limited outside the home.⁹²

If a court determines that the challenged regulation impinges upon a citizen’s Second Amendment rights, the court will proceed to the second step of the analysis. During the second step of the analysis, the court determines whether the challenged provision(s) passes muster under the appropriate level of constitutional scrutiny.⁹³

The level of constitutional scrutiny depends on the nature of the conduct being regulated and the degree to which the challenged law burdens the right.⁹⁴ Thus, a regulation that imposes a substantial burden upon the core right of self-defense protected by the Second Amendment must have a strong justification, and in contrast, a regulation that imposes a less substantial burden should be proportionately easier to justify.

⁸⁷ *Idem.* at p. 26: “We identify these presumptively lawful regulatory measures only as examples; our list does not purport to be exhaustive.”

⁸⁸ See *Nat’l Rifle Ass’n of Am., Inc. v. Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms, & Explosives*, 700 F.3d at p. 185; 195-96 (5th Cir. 2012); *Heller v. D.C.*, 670 F.3d at p. 1244; 1253 (D.C. Cir. 2011).

⁸⁹ *Heller v. D.C.*, 670 F.3d at p. 1253.

⁹⁰ See *Dearth v. Lynch*, 791 F.3d at p. 32; 40-41 (D.C. Cir. 2015).

⁹¹ See *Moore v. Madigan*, 702 F.3d at p. 933: “The Supreme Court has decided that the amendment confers a right to bear arms for self-defense, which is as important outside the home as inside.”

⁹² See *Drake v. Filko*, 724 F.3d at p. 426, 436 (3d Cir. 2013): “if the Second Amendment protects the right to carry a handgun outside the home for self-defense at all, that right is not part of the core of the Amendment.”; *Kachalsky v. County of Westchester*, 701 F.3d at p. 81; 96 (2nd Cir. 2012): “Because our tradition so clearly indicates a substantial role for State regulation of the carrying of firearms in public, we conclude that intermediate scrutiny is appropriate.”; *U.S. v. Masciandaro*, 638 F.3d at p. 458; 470 (4th Cir. 2011): “We assume that any law that would burden the fundamental, core right of self-defense in the home by a law-abiding citizen would be subject to strict scrutiny. But, as we move outside the home, firearm rights have always been more limited, because public safety interests often outweigh individual interests in self-defense.”

⁹³ See *Heller v. D.C.*, 670 F.3d at p. 1244; 1252.

⁹⁴ *Idem.* at p. 1257, quoting *United States v. Chester*, 628 F.3d at p. 673; 682 (4th Cir. 2010).



Depending upon the challenged law and the right impinged upon, the court may apply intermediate scrutiny or strict scrutiny, but not a rational basis test.⁹⁵

Intermediate scrutiny requires that a regulation promotes an “important” or “substantial” government interest that would be achieved less effectively absent the regulation.⁹⁶ The regulation cannot be substantially broader than necessary to achieve the government interest.⁹⁷ Additionally, the relationship between the regulation and the government interest needs to only be reasonable and not perfect.⁹⁸ This level of scrutiny is far less stringent than strict scrutiny.

The court will chose to use intermediate scrutiny over strict scrutiny when the challenged regulation impinges upon any other right protected by the Second Amendment that is not the core protection of self-defense.⁹⁹ As stated above, the Supreme Court ruled in *Heller* that the fundamental or core interest protected by the Second Amendment is the right to use arms for self-defense within one’s home.¹⁰⁰ Thus, when a challenged regulation impinges upon an interest protected by the Second Amendment that is not the right to use arms for self-defense within one’s home, the court will choose to examine the regulation using intermediate scrutiny as opposed to strict scrutiny.¹⁰¹

When applying strict scrutiny, the court determines whether the law is narrowly tailored to serve a compelling government interest.¹⁰² If the court is applying strict scrutiny and a less restrictive alternative would advance the government’s interest, then the legislature must use the less restrictive alternative.¹⁰³

An example of the court applying strict scrutiny to a regulation is the *Heller* case.¹⁰⁴ As mentioned prior, the challenged regulation presented to the Supreme Court prohibited individuals from keeping handguns both inside and outside their home.¹⁰⁵ The court ruled that this type of law would not pass any type of scrutiny because it impinged upon the core and fundamental protection of the Second Amendment.¹⁰⁶

⁹⁵ See *idem.* at p. 1256.

⁹⁶ See *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. at p. 781; 782-83 (1989); *Dearth v. Lynch*, 791 F.3d at p. 32; 44 (D.C. Cir. 2015); *Heller v. D.C.*, 670 F.3d at p. 1244; 1258.

⁹⁷ See *idem.*

⁹⁸ See *United States v. Marzzarella*, 614 F.3d at p. 85; 97-98 (3d Cir. 2010).

⁹⁹ *Heller v. D.C.*, 670 F.3d at p. 1244; 1257.

¹⁰⁰ See *United States v. Marzzarella*, 614 F.3d at p. 97, citing *D.C. v. Heller*, 554 U.S. 570, 629 (2008).

¹⁰¹ See *idem.* at p. 96.

¹⁰² See *United States v. Marzzarella*, 614 F.3d at p. 85, n. 14 (3d Cir. 2010), citing *United States v. Playboy Entm’t Grp., Inc.*, 529 U.S. at p. 803; 813 (2000).

¹⁰³ *Drake v. Filko*, 724 F.3d at p. 426; 436 (3d Cir. 2013), quoting *Playboy Entm’t Grp., Inc.*, 529 U.S. at p. 813.

¹⁰⁴ *D.C. v. Heller*, 554 U.S. at p. 570; 628-29 (2008).

¹⁰⁵ See *idem.* at p. 573.

¹⁰⁶ See *idem.* at p. 628-29.





Even though the right to bear arms is an enumerated fundamental constitutional right, courts have the discretion to not apply strict scrutiny to Second Amendment challenges.¹⁰⁷ The court applies strict scrutiny only when the challenged statute burdens the core protection of the Second Amendment, i.e., the right to use fire arms for self-defense within one's home.¹⁰⁸ The court follows the same principle for First Amendment challenges to content-based restrictions on speech in a public forum, i.e., the core protection of the First Amendment.

The rational basis test presumes the law is valid and asks only whether the statute is rationally related to a legitimate state interest.¹⁰⁹ However, courts cannot chose to apply a rational basis test to a Second Amendment challenge.¹¹⁰ The Supreme Court ruled out this option in the *Heller* case.¹¹¹ The Court reasoned that if all that was required to overcome an enumerated right was a rational basis test, then the Second Amendment would have no effect and would be redundant with the separate constitutional prohibitions on irrational laws.

6. APPLYING PRECEDENT TO THE STATUTES

Analysis of the constitutionality of 18 U.S.C. § 922(a)(9), 18 U.S.C. § 922(b)(3), and related regulations will be organized within the framework of the two-step approach for analyzing Second Amendment challenges. First the statutes and regulations are examined for how they affect the right protected by the Second Amendment. Then the level of scrutiny is examined. Based on that level of scrutiny, the court will analyse whether the statutes and regulations can stand.

6.1. The potential effect of the Statutes being longstanding gun regulations and therefore presumptively lawful

To determine whether a statute impinges upon a right protected by the Second Amendment, one must start by examining whether the challenged statutes are longstanding. As mentioned in a prior section, the Seventh Circuit presumes that statutes that are longstanding are presumptively lawful.¹¹² In *Heller*, the Supreme Court gave a non-exhaustive list of longstanding restrictions that qualify as longstanding prohibi-

¹⁰⁷ See *Heller v. D.C.*, 670 F.3d at p. 1256, citing to *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. at p. 781; 791 (1989); *United States v. Marzzarella*, 614 F.3d at p. 96; *U.S. v. Chester*, 628 F.3d at p. 673; 682 (4th Cir. 2010).

¹⁰⁸ See *Drake v. Filko*, 724 F.3d at p. 436; *Heller v. D.C.*, 670 F.3d at p. 1256; *United States v. Marzzarella*, 614 F.3d at p. 96.

¹⁰⁹ See *US v. Marzzarella*, 614 F.3d at p. 95 n. 13; *D.C. v. Heller*, 554 U.S. at p. 629 n. 27.

¹¹⁰ See *US v. Marzzarella*, 614 F.3d at p. 95-96.

¹¹¹ See *D.C. v. Heller*, 554 U.S. at p. 629 n. 27.

¹¹² *D.C. v. Heller*, 554 U.S. at p. 570, FN. 26 (2008).





tions, which the decision was not meant to cast doubt on.¹¹³ One of these longstanding prohibitions was the “laws imposing conditions and qualifications on the commercial sale of arms.”¹¹⁴

The defendant in this case has demonstrated that there is a longstanding history of gun laws prohibiting nonresidents from purchasing guns. Defendant has pointed out that since the early 20th century, 12 states and the District of Columbia have enacted restrictions on the purchase and acquisition of firearms by nonresidents.¹¹⁵ Although the historical restrictions on nonresident firearm purchases do not exactly replicate 922(a)(9) and 922(b)(3), multiple courts have ruled that the challenged law’s historical origins do not have to be “carbon copies” of the current statutes being challenged.¹¹⁶

Furthermore, the examples of longstanding gun control laws in the *Heller* opinion makes it more reasonable to conclude that 922(a)(9) and 922(b)(3) should be considered longstanding for two reasons. First, the *Heller* court uses “laws imposing conditions and qualifications on the commercial sale of arms”¹¹⁷ as an example of a longstanding gun control law that the opinion was not meant to cast doubt on. It is pretty clear that 922(a)(9) and 922(b)(3) fall into this category. Second, the other two examples the *Heller* Court uses for longstanding gun controls, i.e., felony firearm ban and mental illness felony ban, trace their history back to the mid-1950’s.¹¹⁸ These bans are very-well established, even though they have only been law for about the last sixty years. Thus, gun bans on nonresidents tracing back to the early 1900’s appears to be longstanding, relative to the enumerated examples used in *Heller*.

However, even if 922(a)(9) and 922(b)(3) are deemed to be longstanding, which I think it is safe to assume they are, and thus, presumptively constitutional, the presumption is rebuttable. To rebut this presumption, a plaintiff has to merely show that the challenged law has more than a de minimis effect upon his/her Second Amendment right.¹¹⁹ Thus, the inquiry does not end here, and I will examine the effect 922(a)(9) and 922(b)(3) have on nonresident U.S. citizens in the next section.

¹¹³ See *idem.* at p. 626-27.

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ See *Dearth v. Lynch*, 791 F.3d at p. 32; 42-43 (D.C. Cir. 2015).

¹¹⁶ See *Heller v. D.C.*, 670 F.3d at p. 1244; 1252-53 (D.C. Cir. 2011).

¹¹⁷ *D.C. v. Heller*, 554 U.S. at p. 570; 626-27 (2008).

¹¹⁸ See *Nat’l Rifle Ass’n of Am., Inc. v. Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms, & Explosives*, 700 F.3d at p. 185; 196-97 (5th Cir. 2012).

¹¹⁹ See *Heller v. D.C.*, 670 F.3d at p. 1253.





6.2. The Statutes effect on non-resident U.S. citizens' Second Amendment rights

This inquiry raises the somewhat difficult question of what rights are guaranteed by the Second Amendment. As detailed in a prior section, the *Heller* case analyzed this issue. *Heller* ultimately held that the fundamental right of the Second Amendment is the right for the people to bear arms for self-defense within their homes.¹²⁰ However, the Court did not specify how far the right to bear arms for self-defense purposes extended outside the home. The *Heller* court clearly ruled that the Second Amendment is not unlimited in its scope.¹²¹ Meaning, the fundamental right of self-defense with a firearm does not extend to every place or every situation. However, there is a huge spectrum between the fundamental right of the Second Amendment being limited to an individuals' home and the fundamental right not being extended to everywhere.

This gray area where the right to legally bear arms applies is important to the outcome to the case at hand. In order for the Court to rule that these statutes do not violate nonresident U.S. citizen's Second Amendment Rights to legally bear arms, the court has to infer at least one of three things. Either the court is inferring that the right to legally bear arms does not extend outside the home, the prohibition of the sales for firearms is not the same as eliminating the right to bear arms, or that nonresident U.S. citizens simply lose their second amendment rights when they choose to live abroad.

Starting with the first inference that the fundamental right to legally bear arms for self-defense does not extend outside the home, if we assume for the sake of argument that nonresident U.S. citizens are not in their "home" when they are in the United States, which is debatable, and that the court does not infer either of the other two inference specified above, then the Court must infer that the fundamental right to legally bear arms is limited only to the individual's house. The reason is that the only difference between a resident U.S. citizen being anywhere in the U.S. and a non-resident U.S. citizen being in the U.S. is the fact that a resident U.S. citizen has a "home" in the country in which he/she can exercise his/her right to legally bear arms. If a nonresident U.S. citizen cannot legally purchase a gun for self-defense while he/she is in the United States, then he/she cannot exercise their right to self-defense with a firearm anywhere. Thus, the Court would have to be inferring that the fundamental right to legally bear arms does not extend outside an individual's home.

The second inference the court may draw is the prohibition of the sales for firearms to nonresident U.S. citizens is not the same as eliminating the right for nonresident U.S. citizens to bear arms. In *Heller*, the court struck down Washington's ban on the

¹²⁰ See *D.C. v. Heller*, 554 U.S. at p. 570; 628-29 (2008).

¹²¹ See *idem.* at p. 559.





possession of usable handguns both inside and outside the house.¹²² That is different than making it illegal to purchase handguns, like 922(a)(9) and 922(b)(3) do for nonresident U.S. citizens.¹²³ Thus, the court may draw this distinction to justify 922(a)(9) and 922(b)(3) as being constitutional, while still maintaining that nonresident U.S. citizens have Second Amendment rights and the fundamental right of the Second Amendment to legally bear arms may extend outside the home.

The third and least persuasive inference is that nonresident U.S. citizens simply lose their second amendment rights when they choose to live abroad. For the court to uphold 922(a)(9) and 922(b)(3) as constitutional, while maintaining that the fundamental right of the Second Amendment to legally bear arms may extend outside the house and the prohibition of the sales for firearms to nonresident U.S. citizens is not the same as eliminating the right for nonresident U.S. citizens to bear arms, then the Court must be drawing a distinction between nonresident U.S. citizens and resident U.S. citizens. The distinction being that resident U.S. citizens have Second Amendment protections, while nonresident U.S. citizens do not have those same protections.

All of these inferences appear untenable, and the Court should rule that the combined power of the statutes in question at least have more than a *de minimis* effect upon non-resident U.S. citizen's Second Amendment rights. To prohibit a class of citizens from purchasing firearms for self-defense purposes clearly is an infringement upon their Second Amendment right. The *Heller* Court adopted an individual right model interpretation of the Second Amendment by holding that the Second Amendment protected the fundamental right of individuals' to bear arms for self-defense.¹²⁴ Granted, the Court qualified its holding by ruling the fundamental right was within an individual's home. However, this was the fundamental right of the Second Amendment, which will have more of an effect on what level of scrutiny is applied.¹²⁵ In light of the Supreme Court moving towards an individual rights model interpretation of the Second Amendment in *Heller*, it would be pretty radical for the D.C. Circuit to rule that the statutes in question do not have more than a *de minimis* effect upon nonresident U.S. citizen's Second Amendment rights. Thus, the court should find that the first part of the two part test is satisfied.

¹²² See *idem.* at p. 635.

¹²³ See 18 U.S.C. § 922(a)(9); 18 U.S.C. § 922(b)(3).

¹²⁴ See *D.C. v. Heller*, 554 U.S. at p. 570; 628-29 (2008): "Under any of the standards of scrutiny that we have applied to enumerated constitutional rights, banning from the home the most preferred firearm in the nation to keep and use for protection of one's home and family would fail constitutional muster."

¹²⁵ See *Heller v. D.C.*, 670 F.3d at p. 1244; 1257 (D.C. Cir. 2011), quoting *United States v. Chester*, 628 F.3d at p. 673; 682 (4th Cir. 2010).





6.3. Applying the Proper Scrutiny

The second part of the two step approach, i.e., what type of scrutiny will apply, is where the case will be won or lost. These statutes have been challenged many times in the past on different grounds, and when the court has applied intermediate scrutiny, the court has upheld the statutes as constitutional.¹²⁶ Thus, it appears the plaintiff's greatest and potentially only chance of success is to convince the court to apply strict scrutiny in this case.

Whether the Court will choose to apply strict scrutiny or intermediate scrutiny will come down to the classification of what type of Second Amendment right the statutes are infringing upon. If the court finds that the statutes violate the plaintiff's fundamental right protected by the Second Amendment, then the court will almost certainly apply strict scrutiny.¹²⁷ Contrarily, if the court finds that the statutes violate the plaintiff's non-fundamental Second Amendment rights protected by the Second Amendment, then the court will most likely apply intermediate scrutiny.

The distinction between fundamental and non-fundamental Second Amendment rights will hinge on the definition of "home." In *Heller*, the court only held that the fundamental right protected by the Second Amendment is the right for citizens to use firearms for self-defense within their homes.¹²⁸ The court did not rule out the possibility that the fundamental right may extend outside the home in certain circumstances, but it did rule out the possibility that the fundamental right extended everywhere under any circumstances.¹²⁹ Thus, unless this case or another Second Amendment case is eventually granted cert for the Supreme Court to decide whether and how far the fundamental right of the Second Amendment extends, the D.C. Circuit will either have to rule on whether this statute violates the fundamental right expressed in *Heller*, i.e. self-defense with a firearm in the home, or make a landmark ruling that the fundamental right does in fact extend outside the home to some degree.

Consequently, the plaintiff's in this case should be making two main arguments for why strict scrutiny applies. The primary argument should be that the nonresident U.S. citizens are in their "home" while they are in the U.S. for a period of time. The secondary argument plaintiffs should make is that the fundamental right to bear arms for self-defense extends to some degree outside of an individual's home.

¹²⁶ See, e.g., *United States v. Decastro*, 682 F.3d 160, 161 (2d Cir.2012): "transportation of firearm from another State into one's State of residence under section 922(a)(3)".

¹²⁷ See *Heller v. D.C.*, 670 F.3d at p. 1244; 1257 (D.C. Cir. 2011), quoting *United States v. Chester*, 628 F.3d at p. 673, 682 (4th Cir. 2010).

¹²⁸ See *D.C. v. Heller*, 554 U.S. at p. 570; 628-29 (2008)

¹²⁹ See *idem.* at p. 595: "The Second Amendment conferred an individual right to keep and bear arms. Of course the right was not unlimited, just as the First Amendment's right of free speech was not. Thus, we do not read the Second Amendment to protect the right of citizens to carry arms for any sort of confrontation, just as we do not read the First Amendment to protect the right of citizens to speak for any purpose."





Starting with the primary argument, if the plaintiff can establish that nonresident U.S. citizens are in their “home” while in the U.S., then the statutes will clearly violate the fundamental right protected by the Second Amendment. However, the government will advance the counter argument that nonresidents are, by definition, not in their home while visiting the U.S.¹³⁰ The best strategy for the plaintiff to combat this counterargument is by advancing a policy argument for why nonresident U.S. citizens are at “home” while in the U.S.

The policy argument for why nonresident U.S. citizens are at home while in the U.S. should focus on how Justice Scalia justified that the Second Amendment protects the fundamental right that people are entitled to bear arms for self-defense in their homes. Scalia wrote “the prohibition extends, moreover, to the home, where the need for defense of self, family, and property is most acute... banning from the home the most preferred firearm in the nation to keep and use for the protection of one’s home and family would fail constitutional muster.”¹³¹ Now, as much as the government may make semantic arguments that a nonresident U.S. citizen is, by definition, not in his/her home while he/she is in the United States, it is undeniable that wherever the nonresident is staying in the United States that the same concerns apply to them. That is, the place they are staying will contain their self, potentially their family members, and definitely their property for the time they are in the United States. Thus, if the plaintiff can persuade the court that the place where nonresidents are staying in the U.S. is for all intents and purposes their “home,” then the statutes will be in clear violation of the fundamental right protected by the Second Amendment and subject to strict scrutiny.

Turning to the secondary argument, if the plaintiff can establish that the fundamental right to bear arms for self-defense extends to some degree outside of an individual’s home, then the court can reasonably hold that the statutes violate the fundamental right protected by the Second Amendment. The plaintiff can draw an analogy between an individual’s home and other private areas that demand the same type of protection, e.g., a car, place of business, and hotel rooms. However, the government will have a strong counter argument. The government can argue that *Heller’s* holding was restricted to the “home” of individuals, and that the circuit court is not in the position to extend the Supreme Court’s holding without direction from the Supreme Court itself.¹³²

Ultimately, the choice to apply intermediate or strict scrutiny is very important to this case, if not dispositive. The facts, issues, and law present the attorneys on both side with room to advocate for their respective positions. Based on prior cases challenging

¹³⁰ See at Fruling 2010-6 at p. 1.

¹³¹ See *D.C. v. Heller*, 554 U.S. at p. 570; 626-27 (2008).

¹³² See *Dearth v. Lynch*, 791 F.3d at p. 32; 41-42 (D.C. Cir. 2015).





the law and the dissenting opinion in *Dearth v. Lynch*, it seems to be a safer prediction that the circuit court will ultimately side with the government and choose intermediate scrutiny. However, as mentioned above, this case presents strong arguments for the plaintiff's position as well, which may convince the circuit court otherwise, or potentially the Supreme Court if cert is granted.

6.3.1. *Constitutionality under Intermediate Scrutiny*

As stated in the prior section, if the court were to apply intermediate scrutiny, then the court will most likely uphold the statutes as constitutional. The statutes undoubtedly serve the compelling government interest of crime prevention.¹³³ Also, in the absence of the statutes it appears that the government's interest would be less effectively achieved. However, the third prong of the intermediate scrutiny test, i.e., whether the means chosen are substantially broader than necessary to achieve that interest, is vulnerable to attack by the plaintiff.

Plaintiff can make a legitimate argument that the flat ban on nonresident U.S. citizens purchasing guns is broader than necessary. Plaintiffs can argue that a better means for advancing this could be something similar to how nonresidents are allowed to vote in federal elections, which was discussed above.¹³⁴ For instance, nonresident U.S. citizens could be allowed to purchase weapons in the state that they resided in immediately prior to leaving the U.S. to reside abroad. This will solve the concern of circumventing state gun regulations because the nonresident will still be subjected to the state gun regulations of the state in which they resided in lastly. However, the government will likely counter this argument by pointing out that the nonresident U.S. citizens are legally allowed to bring guns into the U.S. while they visit the U.S., even though they are prohibited from purchasing guns in the U.S.¹³⁵

6.3.2. *Constitutionality under Strict Scrutiny*

If the court were to apply strict scrutiny, then the court will most likely strike down the statutes as unconstitutional. Strict scrutiny is in virtually all cases a death sentence for challenged laws because the burden is so high on the government. The government must demonstrate that the law is narrowly tailored to serve a compelling

¹³³ See *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. at p. 781; 782-83 (1989); *Dearth v. Lynch*, 791 F.3d at p. 32; 44 (D.C. Cir. 2015); *Heller v. D.C.*, 670 F.3d at p.1244, 1258.

¹³⁴ See 52 U.S.C. § 20310(5)(B).

¹³⁵ See *Dearth v. Lynch*, 791 F.3d at p. 32; 47-49 (D.C. Cir. 2015).





government interest.¹³⁶ Thus, if a less restrictive alternative would advance the government's interest, then the legislature must use the less restrictive alternative.¹³⁷

If the case reaches the point where the court is scrutinizing the statutes strictly, the plaintiffs should have no problem coming up with a less restrictive alternative to the flat out ban on nonresident U.S. citizens purchasing weapons for self-defense. For instance, the plaintiffs could suggest a different form for nonresident U.S. citizens to fill out, or an exception to the statutes for nonresident U.S. citizens.

7. CONCLUSION

Undoubtedly, constitutionally guaranteed freedoms are without limit, but that limit is confined by a higher level of scrutiny, if not the highest scrutiny. The regulations in question, though dealing with the valid concern of firearms travelling from state to state, the incidental result is to take away the right of otherwise law-abiding citizens, not because they may travel to another state, but because they do not have the residency qualifications of the statute. Stemming organized crime, mass shootings, domestic terrorism, and international terrorism is undoubtedly a compelling state interest, but this law would fall for being overbroad if subjected to strict scrutiny. As *Dearth* rises through the federal system, it deserves a grant of cert by the United States Supreme Court. If one right can be infringed, solely for the choice to live outside the country, then what other rights can be taken away for the same reason? Can speech critical of US foreign policy be criminalized, simply for it being made on the streets of Paris? Does due process stop at customs? These are the perils of the overly broad wording of the statutes. Jurisprudence is needed for an answer.

8. REFERENCES

FROMAN Sandra S.; KLUKOWSKI Kenneth A. A Round in the Chamber: District of Columbia v. Heller and the Future of the Second Amendment. **The Journal of the Federalist Society Practice Groups**, Washington, vol. 9, n. 1, p. 16-21, feb. 2008

VOLOKH, Eugene. The Commonplace Second Amendment. **New York University Law Review**, New York, vol. 73, n. 3, p. 793-821, jun. 1998.

¹³⁶ See *United States v. Marzzarella*, 614 F.3d at p. 85, n. 14 (3d Cir. 2010), citing *United States v. Playboy Entm't Grp., Inc.*, 529 U.S. 803, 813 (2000).

¹³⁷ *Drake v. Filko*, 724 F.3d at p. 426; 436 (3d Cir. 2013), quoting *Playboy Entm't Grp., Inc.*, 529 U.S. at p. 813.





Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48160

Judicialization of the right to health and institutional changes in Brazil

Judicialização do direito à saúde e mudanças institucionais no Brasil

LEANDRO MOLHANO RIBEIRO*

FGV Direito Rio (Brasil)
leandro.molhano@gmail.com

IVAR ALBERTO HARTMANN**

FGV Direito Rio (Brasil)
ivarhartmann@gmail.com

Recebido/Received: 17.08.2016 / August 17th, 2016

Aprovado/Approved: 29.09.2016 / September 29th, 2016

Abstract

The article aims to analyze the judicialization of health-care in Brazil and its effects, especially two brought institutional innovations: the technical advice centers of judges (Núcleos de Assistência Técnica - NAT), focused on disputes involving the right to health; and extrajudicial chambers of conflict resolution. Such institutes are to: i) minimizing the budgetary effects of judicialization and/or ii) decreasing litigation involving the public health-care system. From this, it follows that: such institutional changes in the Executive and the Judiciary bring necessary changes; on the other hand, the persistence has made the logic of judicialization is incorporated into the new institutional setting.

Keywords: Judicialization of healthcare; Brazil; Center for Technical Support in Healthcare Lawsuits; extrajudicial chambers; institutional changes.

Resumo

O artigo tem o objetivo de analisar a judicialização do direito à saúde no Brasil e seus efeitos, notadamente duas inovações institucionais trazidas: os centros de assessoria técnica de juizes (Núcleos de Assistência Técnica - NAT), focados em litígios que envolvem o direito à saúde; e as câmaras extrajudiciais de solução de conflitos. Tais institutos visam: i) minimizar os efeitos orçamentários da judicialização e / ou ii) diminuir litígios envolvendo o sistema de saúde pública. A partir disso, conclui-se que: tais mudanças institucionais no Executivo e no Judiciário trazem necessárias adaptações; por outro lado, a persistência tem feito com que a lógica da judicialização seja incorporada à nova configuração institucional.

Palavras-chave: Judicialização do direito à saúde; Brasil; Núcleos de Assistência Técnica (NAT); câmaras extrajudiciais; mudanças institucionais.

Como citar esse artigo/How to cite this article: RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivar Alberto. Judicialization of the right to health and institutional changes in Brazil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 35-52, set./dez. 2016. DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48160.

* Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Regulação da FGV DIREITO RIO (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutor e Mestre em Ciência Política pelo IUPERJ. Graduado em Ciências Sociais pela UFMG. Realiza pesquisas na área de Ciência Política, com ênfase em Políticas Públicas, Instituições Políticas e Análise do Processo Decisório. E-mail: leandro.molhano@gmail.com.

** Professor e Pesquisador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV DIREITO RIO (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutorando em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Público pela PUC-RS. LLM pela Harvard Law School. Coordenador do projeto Supremo em Números. E-mail: ivarhartmann@gmail.com.





CONTENTS

1. Introduction; 2. The judicialization of healthcare in Brazil; 3. Institutional Innovation as a Response to Healthcare Judicialization; 3.1. Historical Background: the National Judiciary Forum for Healthcare; 3.2. Center for Technical Support in Healthcare Lawsuits (NAT); 3.3. Proposals for Extrajudicial Settlements; 4. Theoretical Implications of the Cases of Institutional Innovation in Brazil; 4.1. Changes; 4.2. Persistence; 5. Conclusion; 6. References.

1. INTRODUCTION

The judicialization of the right to health in Brazil may be generating institutional innovations in the system. This judicialization has had unexpected effects, such as disrupting budgetary allocations of public healthcare resources. To deal with such effects, many public authorities directly or indirectly involved with the Brazilian Public Health Care System have created a series of institutional innovations. These innovations aim at i) minimizing the budgetary effects of judicialization and/or ii) decreasing litigation involving the public healthcare system. This chapter highlights two demonstrative cases: the healthcare settlement chambers [Câmaras de Conciliação de Litígios de Saúde] and the centers for technical advisement of judges (Núcleo de Assistência Técnica - NAT). This chapter provides a description of the centers for technical advisement of judges and show the still preliminary attempts to institutionalize extrajudicial forms of settling healthcare litigation.

We believe that the experiences with conflict resolution and the aforementioned advisement centers illustrate gradual transformations caused by internal institutional factors that may lead – in the medium and long term – to profound modifications in the attributions of different bodies, actually triggering strong innovation.¹ The advisement centers do not decrease the number of cases brought to the Judiciary, but they might alter the outcomes of healthcare claims in the Judiciary reducing its budgetary impacts. The settlement initiatives, on the other hand, have the objective the potential of reducing the number of lawsuits. However, as we show in some initiatives, the settlement arrangement admits the judiciary's direct participation in addressing the claims of those who fail to settle.

These innovations are still recent and subject to change. Thus, it may too soon to discuss their potential impact. Nevertheless, our conclusion speculates about the possibility of these innovations meeting the goals and objectives for which they were created while creating other problems. In particular, both the extrajudicial settlement experiences and the technical advisement centers operate within Brazil's existing logic

¹ THELEN, K. **How Institutions Evolve**: The Political Economy of Skills in Germany, Britain, the United States and Japan. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; MAHONEY, J.; THELEN, K. **Explaining Institutional Change**: ambiguity, agency, and power. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.





of judicialization. This could potentially undermine their capacity to promote medium and long-term changes in the system.

2. THE JUDICIALIZATION OF HEALTHCARE IN BRAZIL

In Brazil, *judicialization of healthcare* is used to describe the judicial assertion of the constitutional positive right to healthcare by individuals who cannot obtain goods and services from the public healthcare system.² In the past ten years the number of these lawsuits in the Supreme Court alone surpassed 3,800 cases.³

This level of judicialization of healthcare is only possible because the 1988 Constitution adopted a system of strong judicial review of individual rights. The right to healthcare was initially interpreted by courts as a non-justiciable social right,⁴ but such interpretation was later revised by the scholarship and then by courts⁵. In addition to guaranteeing an individual right to health, the Constitution also obliged the state to create and maintain a system of universal healthcare, which was created by federal law no. 8080/1990, and is called SUS (*Sistema Único de Saúde*, or Public Universal Healthcare System). It is meant to offer universal and integral assistance, devoid of any kind of discrimination and under “political and administrative decentralization”.⁶

² The judicialization of healthcare in Brazil encompasses mostly supply of drugs – but it pertains also to any goods or services that should be provided by the state, as, for example, hospital beds or medical care.

³ Data collected by the *Supreme Court in Numbers* project at FGV Law School in Rio de Janeiro shows that, until 2009, 3801 cases concerning court orders for the provision of drugs reached the Supreme Court. See ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar. A. Law in the Books and Books in the Court. Are Social Rights Literature and Judicial Practice on the same page in Brazil? **Annuaire International des Droits de L'Homme**. v. VII. Athens: Sakkoulas, 2014. p. 15-38. A study funded by the Brazilian Ministry of Justice found 232 Supreme Court rulings on the right to health between January 2009 and August 2010. SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia - Separação de Poderes - Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro - Observatório do Direito à Saúde**. Porto Alegre: [s. n.], 2011. p. 14.

⁴ This view was represented mainly by famous constitutional scholar José Afonso da Silva, who argued such constitutional norms were of a merely programmatic nature. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

⁵ One of the very first to defend the justiciability of social rights was TORRES, R. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 42, p. 69-78, 1990. For a comprehensive description of the most commonly used arguments in favor of court-enforceable social rights in Brazil, see SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁶ Article 7 establishes the following principles and guidelines for SUS:

I – universality of access to healthcare services in all levels of assistance;

II – integrality of assistance, understood as the articulated and continuous group of preventives and healing actions and services, both individual and collective, demanded in each case in all levels of complexity within the system;

III – preservation of people's autonomy in the defense of their physical and moral integrity;

IV – equality of healthcare assistance, without biases or privileges of any kinds;

V – right of the assisted people to information about their health;

VI – dissemination of information regarding the potential of healthcare services and their use by the individual;

VII – employment of epidemiology for the establishment of priorities, the allocation of resources and programmatic orientation;





SUS is run by the federal, state and municipal governments.⁷ Municipalities provide healthcare services, states coordinate healthcare actions, and the federal government regulates and finances the system. SUS was a relevant step in the decentralization of healthcare in Brazil, as it also established the criteria for distribution of federal resources among states and municipalities.⁸ In the 1990s, there was further decentralization of healthcare, through the Basic Operating Norms (NOB-SUS, in Portuguese)⁹. Since then, the financial burden of direct provision of healthcare goods and services is largely carried by Brazilian states and municipalities.¹⁰

Brazil has a pharmaceutical assistance policy as well.¹¹ The National Medicine Policy (*Política Nacional de Medicamentos*), created in 1998, dictates plans, programs and activities related to pharmaceutical assistance for all levels of government (federal, state and municipal). The Policy came in the wake of a diagnosis of “lopsided medication supply, in the ambulatory level”,¹² which was said to negatively impact healthcare outcomes. The Policy determines that the Minister of Health must continuously update the National Essential Medication List (*Relação Nacional de Medicamentos Essenciais*), which defines which drugs are provided for free in the public healthcare system.¹³ These are the ones “considered basic and indispensable for addressing the majority of the population’s health problems.”¹⁴ The pharmaceutical assistance policy is also decentralized. The National List forms the basis for the organization of the state and municipal lists, which are based on the regional epidemiologic profile. States and municipalities are responsible for financing these drugs and also delivering the medication included in all three lists (national, state and municipal).

VIII – community participation;

IX – political-administrative decentralization, with independent administration in each sphere of government.”

⁷ It should be noted that the Brazilian federal system is made up of the federal government, the states and the municipalities, unlike other federal republics where the federation is composed solely of the federal/central government and the states.

⁸ The relevant criteria are demographic and epidemiologic profiles, the healthcare network characteristics, previous technical, economic and financial performances, the levels of participation in the healthcare budget and the existence of a plan for investment and repayment of health services supported by other government entities.

⁹ RIBEIRO, Leandro Molhano. *Federalismo, Governo Local e Políticas Sociais no Brasil entre 1996 e 2004*. In: HOCHMAN, Gilberto; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). **Federalismo e Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013. p. 151-177.

¹⁰ Towards the end of the 90’s and beginning of the 2000’s, two developments pointed in the direction of the federal government regaining its capacity to induce the usage of SUS funds: the Strategic Actions and Compensation Fund (*Faec*) and the Basic Operational Norm for Healthcare (*NOAS*). The strong decentralization of public healthcare in Brazil remains, however.

¹¹ Statute 8080/1990, article 6.

¹² BRASIL. **Política nacional de medicamentos**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p 11.

¹³ BRASIL. **Política nacional de medicamentos**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p.12.

¹⁴ BRASIL. **Política nacional de medicamentos**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p.12.





It is within this legal framework that the judicial claims for healthcare goods and services gained momentum in Brazil, with a severe impact on Brazilian states and municipalities. Their main characteristics are the following:

- Judicial claims are individual, not collective;
- Most cases request the provision of drugs through SUS;¹⁵
- Claims have a success rate of 90%;¹⁶
- Favorable rulings are not based on independent medical assessments, but rather on prescriptions of the plaintiffs' personal physicians. Such prescriptions may contain drugs that have not even been approved for commercialization in Brazil. What is more, a large part of rulings are preliminary injunctions, which require immediate delivery of drugs.¹⁷

3. INSTITUTIONAL INNOVATION AS A RESPONSE TO HEALTHCARE JUDICIALIZATION

In the great majority of cases, the government is forced to comply with court orders even if they are not part of the Administration's plan. This has two effects on the system: the rulings impact on the *allocation of budgetary resources* within the public healthcare system and on *the management of pharmaceutical assistance* itself.¹⁸ Such effects fall mainly on states and municipalities because they are the providers of the main healthcare goods and services ordered by courts. In an attempt to recover control over budgetary spending and management of the pharmaceutical assistance, there have been anecdotal accounts of a wide variety of innovations in Brazil.¹⁹ We discuss in

¹⁵ PEPE, Vera Lúcia Edais *et al.* A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, vol. 15, n. 5, p. 2405- 2414. 2010.

¹⁶ HOFFMANN, F.; BENTES, F. Accountability and Social and Economic Rights in Brazil. in GAURI, V.; BRINKS, D. (Eds.). **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

¹⁷ HOFFMANN, F.; BENTES, F. Accountability and Social and Economic Rights in Brazil. in GAURI, V.; BRINKS, D. (Eds.). **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

¹⁸ As is the case with the enforcement of any individual negative or positive right. Data on the enforcement of the right to health helps better understand resource allocation issues related to this particular individual right. An interview with the São Paulo state secretary of health, Giovanni Guido Cerri, exemplifies this aspect: according to him, the amount spent on healthcare lawsuits would be enough to build a hospital each month. See: < <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,judicializacao-da-saude-e-uma-distorcao-diz-secretario,805981>>. Access in: 23 sep. 2016. See FERRAZ, O. The Right to Health in the Courts of Brazil: Worsening Health Inequities? **Health and Human Rights Journal**, Cambridge, vol. 11, no. 2, dec. 2009. According to the Attorney General's Office and the Ministry of Health, in a document titled "Judicial Intervention on Healthcare: A Panorama on the Federal Justice System and Comments on the State Justice System", the Ministry of Health's expenditure with the purchase of drugs, equipment and other materials as a result of lawsuits went from 171 thousand Brazilian Reals on 2003 to 47 million on 2008 and then to nearly 244 million on 2011.

¹⁹ PRADO, Mariana. The Debatable Role of Courts in Brazil's Health Care System: Does Litigation Harm or Help? **The Journal of Law, Medicine & Ethics** (Special Issue: SYMPOSIUM: Global Health and the Law), Boston, vol.





greater detail two innovations that have not been analyzed by the specialized literature so far, and have been implemented in several Brazilian states: the judge technical advisement centers focused on healthcare litigation and some experiences with healthcare extrajudicial settlement.²⁰

3.1. Historical Background: the National Judiciary Forum for Healthcare

In 2009, the National Justice Council (*Conselho Nacional de Justiça*, CNJ),²¹ an oversight body of the judiciary, created a working group to study and propose concrete responses to the problem associated with healthcare litigation.²² Based on the work of this group, in 2010, the CNJ advised Brazilian courts to take a series of measures to guide judges in healthcare litigation. One of the main recommendations were partnerships between state courts and doctors or healthcare professionals to provide judges with technical support to decide the cases. In addition, CNJ also recommended that judges make an effort to base their sentences on medical reports that describe the patient's disease and indicate the needed drugs,²³ "with generic denomination or the active principle, products, orthoses, prosthetics and general supplies accompanied by the exact posology" and avoid granting drugs unregistered at ANVISA (the Brazilian regulatory agency for sanitation), "except in situations provided for in the law". The Recommendation urged judges to consult public healthcare system managers before granting injunctions.²⁴

41, Issue 1, p. 124–137. 2013.

²⁰ The CNJ has recently begun discussing the implementation of a new institutional alternative: the establishment of specialized courts for healthcare in Brazil. A special court for healthcare was set up in Rio Grande do Sul and, according to reports from the state Judiciary, has contributed for the decrease in healthcare judicialization in the state. See: < <http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2013/05/28/vara-especializada-em-saude-exemplo-gaucha/>>. Access in: 23 sep. 2016.

²¹ The National Justice Council was created by the Constitutional Amendment no. 45 in December 30th, 2004 and began its activities on June 14th, 2005. The CNJ's main goal is to control the administrative and financial management of the Judiciary branch and the compliance of judges' professional duties. On the CNJ, see: RIBEIRO, Leandro Molhano; PAULA, Christiane Jalles de. Conselho Nacional de Justiça. Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro. In: ABREU, Alzira Alves de *et al* (Coords.). **Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro – Pós-1930**. Rio de Janeiro: CPDOC, 2010.

²² Decree 650/09. The decree itself came as a result of a public hearing organized by the Supreme Court on May, 2009, in which over 50 specialists – lawyers, public defenders, prosecutors, judges, professors, doctors, health technicians, SUS managers and users – discussed issues related to the right to health in Brazil, identifying one of the core problems as the elevated number of suits filed in the country.

²³ Instead of issuing rulings unsupported by sound medical opinions.

²⁴ The other proposed measures were that judges "verify with the National Research Ethics Commission (CO-NEP), if the plaintiffs are part of drugs laboratories' experimental research programs, in which case the laboratories must take over the continuation of treatment"; "determine, when deciding whether to grant injunctions in the context of existing public policies, that the beneficiary be registered in the respective programs"; "include health law legislation as an independent subject in the Administrative Law program of the public tests for becoming a judge, in accordance with the mandatory subjects list established by resolution no. 75/2009 of the CNJ"; "promote, for purposes of practical operational knowledge, visitation of judges to the Municipal and





In 2010 the CNJ also created the National Judiciary Forum for Healthcare – also called the Healthcare Forum.²⁵ Its main objective is to monitor and propose alternatives to minimize the negative effects of judicialization.²⁶ On November, 2010, the Forum recommended that State Executive Committees be created.²⁷ Those Committees present a bi-annual activities program proposing measures for the prevention and solution of lawsuits. In June, 2011, the State Committees recommended that the state and federal regional courts should enable doctors and pharmacists to provide judges with technical support in their rulings. CNJ embraced the recommendation²⁸ and also directed courts to advise their judges to contact, when possible, the Health Regulatory Agencies (ANS and ANVISA),²⁹ the Federal Medicine Council (CFM) and the Federal Odontology Council (CFO) so that these institutions can – within their fields of expertise – issue opinions on the plaintiffs' claims (e.g. drugs, materials, orthoses, prosthetics and experimental treatments). The State Committees also proposed the creation of a "Technical Center for the Support of Judges", based on the Rio de Janeiro experience.³⁰

In 2011, the Forum recommended that courts interact with other stakeholders to avoid the judicialization of healthcare (e.g. adopting orientation guidelines to legal and medical professionals, instituting mediation and settlement chambers). The Forum also recommended that courts support previous decisions via dissemination of best practices and for the creation of Executive branch departments to assist judges with technical/medical information.

It is out of these recommendations that the two innovations described below are born.

state health councils, as well as to public healthcare units or those affiliated with SUS, medication allowance facilities and hospitals with cancer treatment facilities".

²⁵ It comprises a National Executive Committee, representatives of the state healthcare committees – which, in turn, are made up of judges and judicial public servants of the state courts – and the judicial branch, the Public Prosecutor's Office, the Public Defender's Office, the Ministry of Health, and state and municipal health officials. Health law researchers and civil society are also part of the Forum.

²⁶ Art. 2 of resolution no. 107. The resolution thus places under the Forum's responsibilities: i) the proposition of solutions to improve lawsuits related to healthcare assistance, including the supply of drugs and other products in general, treatments and access to hospital beds and ii) the monitoring of lawsuits related to SUS. Also, the Forum must actively propose i) measures aimed at optimizing judicial routines, at organizing and structuring specialized judiciary units and ii) measures aimed at preventing healthcare lawsuits. In addition, the Forum must study and propose whatever other measures that can be considered pertinent to the fulfillment of its objectives.

²⁷ These are formed by a member of the Public Prosecutor's Office (Federal or State), a member of the Public Defender's Office (Federal or State) or of the Brazilian Bar Association, an administrator and a healthcare specialist.

²⁸ CNJ's recommendation no. 36.

²⁹ For a detailed description, see chapter 8 in this volume.

³⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Recomendação nº 5. Brasília, 2011. Available at <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/recomendacoes_do_1_encontro_de_saude.pdf>. Access in: 23 sep. 2016.





3.2. Center for Technical Support in Healthcare Lawsuits (NAT)

As we previously pointed out, the CNJ and the Healthcare Forum recommended the creation of arrangements to provide technical information to help judges' decision-making processes due to the increasing volume of healthcare lawsuits – in other words, the judicialization phenomenon.³¹

These recommendations were inspired by the pioneering experience of the Center for Technical Support in Healthcare Lawsuits in the state of Rio de Janeiro (NAT). NAT started in 2009 as a partnership between the state of Rio de Janeiro health ministry (SES/RJ) and the Rio de Janeiro state appellate court (TJ/RJ) with the goal of assisting judges in the following healthcare lawsuits: requests for drugs, dietary supplements, healthcare material, orthoses, prosthetics and medical treatment. NAT is under the umbrella of the SES/RJ's legal counsel and the TJ/RJ's chief judge's department for evaluation and special projects (DEAP). As a department created by a partnership between two branches -- the state Executive and the Judiciary -- NAT works with an organizational structure that complies with formal and informal norms, rules and procedures of both. NAT is currently composed of a general manager and four employees, a crew of assistants coordinated by a doctor and two pharmacists, and a technical core made up of nine pharmacists, three nurses and three nutritionists. The reports issued by NAT merely provides judges with technical information.

The CNJ and Healthcare Forum recommendations reflect an understanding that the NAT is an *institutional solution* apt to rationalize judicial decisions related to healthcare services. Several Brazilian states have been setting up NAT-inspired departments to assist judges in healthcare lawsuits. Examples include judicial healthcare workgroups at the Bahia state court and assistance centers in the states of Bahia, Mato Grosso, Minas Gerais, Piauí, Pernambuco and Espírito Santo. Also, there are proposals for launching similar support centers in several other Brazilian states. The table below provides a comparison of such initiatives.

³¹ Recommendation 31, 2010 ("state appellate courts and regional federal courts should propose agreements aimed at making available technical support by a doctor and pharmacists to aid judges in making evaluations of the medical matters described by parties in healthcare lawsuits, observing regional peculiarities."). In 2011, this recommendation was reiterated by the National Health Forum, which specifically suggested the creation of *technical centers for the support of judges*, with an institutional format similar to that of the one in the state of Rio de Janeiro. See note 9, *supra*.





Quadro1
Center for Technical Support in Healthcare Lawsuits (NAT)

Year	State	Stakeholders	Objectives
2011	Mato Grosso do Sul	State court, state healthcare ministry, Campo Grande (capital) municipal healthcare department	Establishment of Technical Healthcare Center to assist judges in their decisions concerning the provision of drugs, exams, hospitalizations, clinical and surgical treatments. The center is run by two doctors, two pharmacists, a nurse and a court servant.
2012	Pernambuco	State court, state healthcare ministry	Establishment of NAT-Pernambuco. The center is operated by an orthopedist and four pharmacists. It can be called to action by judges in cases where they see fit, especially in order to obtain clarifications on medical and pharmaceutical issues and technical information on the requested drug. According to the Pernambuco state healthcare ministry, 943 medication request lawsuits were filed in 2011.
2012	Espírito Santo	State court, state healthcare ministry.	Follows the same guidelines and principles of technical assistance to judges, especially with drug request lawsuits. These have increased from 487 on 2009 to 587 on 2010.
2012	Minas Gerais	State court, state healthcare ministry	The ministry has vowed to provide information directly to judges regarding drugs, exams and medical treatments in general with the objective of assisting them in decision-making.
2012	Acre	State court, state healthcare ministry	The agreement stipulates that experienced SUS technicians will provide technical information regarding drugs, exams, hospitalizations and medical treatments, whenever required by judges, and also by public prosecutors and public defenders.

NAT is not only being mimicked in other states but its tasks are being broadened as well. For example, since February 2012, NAT has been assisting the federal courts in Rio de Janeiro, in addition to the state courts. There are also projects for cooperation between NAT and the state and federal Public Defender's Office in Rio de Janeiro. As it was initially set up to assist state judges, NAT has slowly increased its reach due to demand for its services by the institutions mentioned above.





3.3. Proposals for Extrajudicial Settlements

The state of Rio de Janeiro is about to create the Healthcare Litigation Settlement Chamber to deliver an extrajudicial solution for healthcare litigation. This is a partnership between the state and federal Public Defender's Office, the State Attorney of Rio de Janeiro, the state healthcare ministry, the municipal Attorney for the city of Rio de Janeiro, the municipal healthcare and civil defense department, and the state court of Rio de Janeiro. These institutions signed the Chamber's constitutive agreement in June, 2012 and, according to information issued by the press, it was an initiative of the state Chief Public Prosecutor and the state court. Its objective is to "unjudicialize" some of the matters and transport these claims to an administrative solution, untying the bureaucracy and speeding up the solution to the problems of our clients."³² How effectively it will perform this function, remains to be seen.

In this case, Rio de Janeiro is following an innovation pioneered in another Brazilian state (Rio Grande do Norte), called "Mediated SUS". The program started when the state Secretary of Public Health, the state Public Defender's office and the state and federal Attorney's offices agreed to create extrajudicial mechanisms for addressing healthcare issues such as access to medication.³³

4. THEORETICAL IMPLICATIONS OF THE CASES OF INSTITUTIONAL INNOVATION IN BRAZIL

These cases illustrate a key aspect of healthcare judicialization in Brazil: its indirect effect on judicial institutions. While a large part of the literature on healthcare judicialization concentrates on litigation as an instrument of social change and political reform in healthcare, Prado (2013) focuses on the indirect effects of judicialization on the healthcare system and on other institutions such as, for example, the Judiciary. The author correlates this concern with a broader question on institutional change. To the extent that institutions in general are resistant to change, Prado asks whether healthcare judicialization might have *"the potential to destabilize a path-dependence system, where formal and informal institutions become self-re-enforceable and are likely to remain in place for an extended period, despite being dysfunctional"*³⁴. She hypothesizes that healthcare judicialization in Brazil could potentially have the following effects: promote isolated political transformations in the healthcare system; spur institutional changes

³² Available at <http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8597&catid=79&Itemid=220>. Access in: 23 sep. 2016.

³³ See: <<http://saude.rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&TARG=103268&ACT=&PAGE=&PARM=&LBL=Materia>>. Access in: 23 sep. 2016.

³⁴ PRADO, Mariana. The Debatable Role of Courts in Brazil's Health Care System: Does Litigation Harm or Help? **The Journal of Law, Medicine & Ethics** (Special Issue: SYMPOSIUM: Global Health and the Law), Boston, vol. 41, Issue 1, p. 124–137. 2013.





on the healthcare system; and, lastly, induce institutional changes outside the healthcare system. The third type of change refers to transformations on entities that do not belong to the healthcare system. Prado specifically highlights changes that judicialization could cause to the Judiciary.

Building up from these hypotheses, we can consider the institutional meaning of the creation of the Healthcare Forum, the NAT and some other extrajudicial settlement experiences as reactions to the healthcare judicialization.

1. The innovations described here do not seem to reveal an impact of healthcare judicialization over isolated policies within the healthcare system.
2. These innovations have an effect on healthcare system institutions. First, as courts set out to collaborate with other institutions that participate directly in the healthcare system, such as state healthcare ministries, for example, a new institution is created within this system. This is the case with NATs, the hybrid institutional system developed to assist judges with their rulings on healthcare. The problem is that NAT does not change how the healthcare system operates in providing its services. Thus, the second hypothesis may be more clearly illustrated by the case of the extrajudicial settlement initiatives – in which the Judiciary will be incorporated into an administrative decision-making structure of the public healthcare system. Should these experiences proliferate and become relevant, a new institutional solution to solve disputes – that is not fully administrative nor fully judicial – will be spawned in the health care system of Brazil.
3. These innovations seem to indicate a change in the judicial procedures related to petitions for healthcare goods and services within the Judiciary itself. However, this is not a direct change as the examples provided by Prado, that is, a – superior – court ordering that judicial procedures be changed. Instead, the innovations were recommended by CNJ and adopted by courts voluntarily. However, the implementation of NAT means the adoption of new procedures inside the courts whereby judges start to be advised and rulings start to be influenced by a technical report issued regularly and systematically by the staff of a healthcare ministry. Adherence to this practice could cause significant changes in court order dynamics. Such changes might in turn effect substantive transformations as well.³⁵

³⁵ The judicialization of the right to healthcare can also affect the relationship between the Executive and the Judiciary. See OLIVEIRA, Vanessa E.; NORONHA, Lincoln. Judiciary-Executive relations in policy making: the case of drug distribution in the state of São Paulo. *Brazilian Political Science Review*, v. 5, n. 2, p. 10-38. 2011. The authors performed empirical research of the São Paulo State Healthcare Department documents and of Supreme Court and CNJ rulings and came to the conclusion that the relationship between the Judiciary and the Executive is at first confrontational, but later becomes complementary: “The Executive responded to judicial activism by creating more efficient policies and providing more access to medication for its citizens; the





While the hypotheses provided by Prado allow us to classify the observable changes that have occurred so far in the system, there may be further changes yet to be analyzed, as we describe below.

4.1. Changes

These new spaces for decision-making and dialogue among stakeholders – the establishment and institutionalization of the technical advisement centers and the yet emerging extrajudicial settlement experiences– reflect a process of institutional change that could potentially have broader effects than the ones observed so far. These experiences could thus make for interesting cases to be used in analyzing the broader process of institutional change and innovation.

The literature on institutional change has been enriched with new formulations about the processes whereby gradual modifications of institutions are implemented over time. As Mahoney and Thelen (2010) alert in an article dedicated to the theory of gradual institutional change, the specialized literature deploys theories to explain why several kinds of basic institutional configurations appear in certain cases and on certain times and why specific institutions are terminated and replaced with others. But the literature remains shallow when it comes to theories that explain the gradual development of existing institutions. Instead the literature has focused mostly on change caused by external factors, based on the premise that institutions dispose of strong reproduction mechanisms, which would encumber or make difficult changes provoked by factors endogenous to the institutions.³⁶

One of the main factors explaining the resilience of institutions is the legacy of their own results. Thus, for example, studies on social welfare policies show that left-wing parties were fundamental for the establishment of universal social assistance policies. Such policies, once put in place, become a focal point of political dispute, but hardly ever suffer restrictions –even in center or right-wing governments – due to their electoral appeal and pressure by their beneficiaries³⁷. Overall, the legacy created by institutions affects the preferences of those playing a role within them, gelling outgoing interests and the opportunity structure of these players' actions (what they can do, when and how), consolidating an action structure composed both of *points* and

Judiciary keeps pushing for the distributions of new medications and medical supplies, but now it pays more attention to technical issues argued for by the Executive's administrators (...)" OLIVEIRA, Vanessa E.; NORONHA, Lincoln. Judiciary-Executive relations in policy making: the case of drug distribution in the state of São Paulo. **Brazilian Political Science Review**, v. 5, n. 2, p. 10-38. 2011. p. 33-34.

³⁶ PIERSON, P. **Politics in Time**: history, institutions, and social analysis. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

³⁷ See HUBER, E.; STEPHENS, J. **Development and Crisis of the Welfare State**: parties and policies in global markets. Chicago: University of Chicago Press, 2001, and PIERSON, P. **Dismantling the Welfare State?**: Reagan, Thatcher and the Politics of Retrenchment. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.





players with veto over changes.³⁸ Therefore, to some authors, regardless of the motivations of political players, institutional changes tend to be *incremental*. Even if formal changes are rare, this doesn't mean that institution would suffer internal modifications over time.³⁹ To other authors, changes wouldn't even be gradual, rather they would constitute sporadic events generated by external factors or critical events. According to this view, deeper institutional changes would be explained predominantly by external factors and would hardly or never at all be caused by "inside" players⁴⁰.

Considering the empirical evidence on institutional change and with the aforementioned institutional debate in mind, Thelen (2004) suggests that a) in many cases, institutions are resistant even to external changes; that is, jolts fail to stimulate innovation in certain situations and that b) gradual changes caused by internal factors in the institutional structure may lead, on the medium and long term to profound alterations in the attributions of institutions, provoking actual substantial innovation. For the author, what is surprising about institutions is that over time they seem to change both a lot *and* very little. This apparent contradiction may be explained by the fact that institutions are formally resilient over time, but their attributions, the players that take part on them, or even the beliefs and conceptions about what they should do, actually change, along with all the kind of social, political, cultural change that certain communities are subject to.

With this perspective in mind, Thelen (2004) posits that the analysis of institutional change fall on the causal mechanisms that produce it. This, in turn, directs analysis to the action and interaction of relevant players inside institutions. We thus notice an effort by this literature to overcome the institutional innovation *versus* institutional reproduction dichotomy, focusing on institutional persistence in the face of external shocks and institutional change within institutions themselves. In order to put aside this opposition, Thelen emphasizes the possibility of crises or "*turning points*" being endogenously generated and invites us to ponder the ways by which new problems and solutions that present themselves to relevant players within a certain institutional framework as products of the past and not as historical accidents. Her proposition is that institutions be conceived not only as restrictions to the engagements of relevant players, but rather also as strategic resources that may be mobilized by them as answers to changes in the social, economic and political context.

³⁸ See TSEBELIS, G. **Veto Players: How Political Institutions Work**. New Jersey: Princeton University Press, 2002; IMMERGUT, E. Institutional Constraints on Policy. In: MORAN, Michel; REIN, Martin; GOODIN, Robert. E (eds.). **The Oxford Handbook of Public Policy**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 557-571. According to Tsebelis' classic definition a player is a veto player if its agreement is a requirement for a change in the *status quo*.

³⁹ BAUMGARTNER, F.; JONES, B. **Agendas and Instability in American Politics**. Chicago: Chicago University Press, 2009.

⁴⁰ DIERMEIER, D.; KREHBIEL, K. Institutionalism as a Methodology. **Journal of Theoretical Politics**, London, Thousand Oaks and New Delhi, vol. 15, no 2, p. 123-144, apr. 2003.





Analytically, as she attempts to overcome the innovation-reproduction contrast, Thelen introduces a conception of institutional change through *layering* and *conversion*. The first case – layering – involves, on the part of relevant players, the renegotiation of some elements of a group of institutions. This might occur in contexts where, faced with lack of support to radically alter or substitute a particular institution, certain players begin to negotiate with opposing players to add new institutions to the existing arrangement as a solution to an emerging problem. The “innovators” thus accommodate to the pre-existing structures and practices. *Conversion* means the process by means of which institutions designated to certain objectives are used for other purposes. These concepts are useful to describe the changes observed in Brazil. The experiences proposed by the Healthcare Forum and, up until now, the one with the NATs seem to be both institutional change through *layering* – e.g. the new spaces created within the Judiciary – and through *conversion* – e.g. the Judiciary performing a role in extrajudicial settlements. Healthcare judicialization appears, therefore, to have induced endogenous changes in the sense indicated by the literature.

Once we have classified these changes as such, and with the academic discussion on institutional change in mind, we can speculate that the process of healthcare judicialization in Brazil may propel further changes in the institutional framework of the healthcare system. As we pointed out before, the Judiciary could, using the initiatives proposed at the Healthcare Forum and implemented in the existing NAT and extrajudicial settlement experiences, modify the structure of the provision of healthcare goods and services. This is due either to the direct entrance of a new player in decision-making – the Judiciary – or, since new avenues for interactions are set up, to the interactions between healthcare players. The long-term effects of such participation and of the interactions that may arise between them could greatly alter the institutional arrangement of Brazil’s healthcare system.

Literature on institutional change by endogenous factors suggests that the focus of analysis be directed to the action and interaction of players internal to the institutions. The analytical model to explain public policy decisions can take into account 1) the rationality model involved: whether limited rationality (due to lack of information) or not; and 2) the decision-making context, whether ambiguous (marked by ambivalence; several possible ways to make a decision) or not⁴¹. According to the classification of the rationality model and that of the action context, the theoretical approach to understanding the process for choosing public policy alternatives (or institutional alternatives) can be based on the rational school (the player has information to guide

⁴¹ See ZAHARIADIS, N. Comparing Three Lenses of Policy Choice. **Policy Studies Journal**, Washington, vol. 26, issue 3, p. 434-448, sep. 1998.





his actions and the context isn't one of ambiguity) or on other models when rationality is limited and there is indeed ambiguity in the context of decision-making⁴².

An interesting fact is that the choice of an institutional alternative can be marked by limited rationality in a context of ambiguity, but its institutionalization might lead to overcoming the limitation as well as the ambiguity. This means that the action, interaction and strategy of players that participate in the creation and institutionalization of an innovation may transform itself over time, suggesting that the endogenous factors for explaining the transformation are themselves variable, according to specific phases of institutional change. To what extent these theoretical propositions occurred with the creation process of the NATs and the extrajudicial settlement experiences remains to be explored.

4.2. Persistence

Although the initiatives proposed and implemented by the Judiciary to deflect the unwanted effects of healthcare judicialization – especially over the planned healthcare budget itself and the management of pharmaceutical assistance – seem to indicate a change in the institutional arrangement of the public healthcare system, a core characteristic of healthcare goods and services provision appears to linger on and even strengthen itself: the logic of judicialization.

This logic is seemingly present in all proposed and implemented initiatives described in the second section of this chapter. In the case of NATs, the officially stated objective isn't to stop or even reduce the amount of healthcare lawsuits – even though a decrease in the number of successful plaintiffs would possibly discourage other people from going to court. In the case of extrajudicial settlement experiences planned by the Judiciary an intriguing effect could come into play: a sort of “contamination” of this process by the judicialized behavior of the entities involved in it.

Such “contamination” could be deduced and adapted from a definition of judicialization postulated by Tate and Valinder (1995) in a book dedicated to the analysis of the Judiciary's expansion in several countries that became a relevant reference on the subject.⁴³ The authors divide analytically the concept of judicialization – in this case, the judicialization of politics, which refers to 1) a “more dramatic” transference phenomenon: normative decisions by the legislator or the Administration flow to the Judiciary, something that occurs mainly by means of constitutional review mechanisms; and 2) a “less dramatic” phenomenon whereby decision-making and conflict resolution

⁴² Basically, in this case the literature points to the use of Kingdom's “multiple flux model”. KINGDOM, J. **Agendas, Alternatives, and Public Policies**. London: Addison-Wesley Educational Publisher, 1995.

⁴³ TATE, C. Neal; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.





methods akin to courts are incorporated by different administrative departments. This second possible meaning of judicialization is the one we find relevant here.

What we observe in Brazil is the incorporation of judicial methods and procedures in order to solve conflicts of interest, with the risk, should these methods and procedures not be followed, of a lawsuit being filed with a claim for healthcare benefits. In other words, not only is the Judiciary directly playing a role in extrajudicial conflict solving, but its *modus operandi* casts a shadow over the other players. It seems that despite the desire of federal, state and municipal governments to tourniquet the budget bleeding of healthcare judicialization, efforts to that effect have had a catch-22 role of making the judicialization logic even more pervasive.

5. CONCLUSION

The current institutional environment in the context of Brazilian healthcare provision is very peculiar: the full justiciability of the individual right to health has prompted the Judiciary and the Executive branches to adapt to the new phenomena of high volume of litigation with significant impacts on judicial practice and state budget management.

The analysis of innovations implemented in response to this has showed that different elements of the current institutional theory must be borrowed from different theories, creating a puzzle that doesn't necessarily present uniformity. Institutional change in the Executive and the Judiciary have caused existing departments to adapt and new ones to emerge. Persistence, on the other hand, has meant that the judicialization logic is embedded the new institutional configuration. We hope to have shown, above all, that healthcare judicialization in Brazil and its institutional reactions point to the need for new developments on institutional design literature.

6. REFERENCES

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar. A. Law in the Books and Books in the Court. Are Social Rights Literature and Judicial Practice on the same page in Brazil? **Annuaire International des Droits de L'Homme**. v. VII. Athens: Sakkoulas, 2014. p. 15-38.

BAUMGARTNER, F.; JONES, B. **Agendas and Instability in American Politics**. Chicago: Chicago University Press, 2009.

BRASIL. **Política nacional de medicamentos**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

DIERMEIER, D.; KREHBIEL, K. Institutionalism as a Methodology. **Journal of Theoretical Politics**, London, Thousand Oaks and New Delhi, vol. 15, no 2, p. 123-144, apr. 2003.





FERRAZ, O. The Right to Health in the Courts of Brazil: Worsening Health Inequities? **Health and Human Rights Journal**, Cambridge, vol. 11, no. 2, dec. 2009.

HOFFMANN, F.; BENTES, F. Accountability and Social and Economic Rights in Brazil. in GAURI, V.; BRINKS, D. (Eds.). **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

HUBER, E.; STEPHENS, J. **Development and Crisis of the Welfare State: parties and policies in global markets**. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

IMMERGUT, E. Institutional Constraints on Policy. In: MORAN, Michel; REIN, Martin; GOODIN, Robert. E. (Eds.). **The Oxford Handbook of Public Policy**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

KINGDOM, J. **Agendas, Alternatives, and Public Policies**. London: Addison-Wesley Educational Publisher, 1995.

MAHONEY, J.; THELEN, K. **Explaining Institutional Change: ambiguity, agency, and power**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

OLIVEIRA, Vanessa E.; NORONHA, Lincoln. Judiciary-Executive relations in policy making: the case of drug distribution in the state of São Paulo. **Brazilian Political Science Review**, vol. 5, no. 2, p. 10-38. 2011.

PEPE, Vera Lúcia Edais *et al.* A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, vol. 15, n. 5, p. 2405-2414. 2010.

PIERSON, P. **Dismantling the Welfare State?: Reagan, Thatcher and the Politics of Retrenchment**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

PIERSON, P. **Politics in Time: history, institutions, and social analysis**. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

PRADO, Mariana. The Debatable Role of Courts in Brazil's Health Care System: Does Litigation Harm or Help? **The Journal of Law, Medicine & Ethics** (Special Issue: SYMPOSIUM: Global Health and the Law), Boston, vol. 41, Issue 1, p. 124-137. 2013.

RIBEIRO, Leandro Molhano. Federalismo, Governo Local e Políticas Sociais no Brasil entre 1996 e 2004. In: HOCHMAN, Gilberto; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). **Federalismo e Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013.

RIBEIRO, Leandro Molhano; PAULA, Christiane Jalles de. Conselho Nacional de Justiça. Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro. In: ABREU, Alzira Alves de *et al* (Coords.). **Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro – Pós-1930**. Rio de Janeiro: CPDOC, 2010.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.





SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia - Separação de Poderes - Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro - Observatório do Direito à Saúde**. Porto Alegre: [s. n.], 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

TATE, C. Neal; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

THELEN, K. **How Institutions Evolve**: The Political Economy of Skills in Germany, Britain, the United States and Japan. Cambridge: Cambridge University Press, 2004,

TORRES, R. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 42, p. 69-78, 1990.

TSEBELIS, G. **Veto Players**: How Political Institutions Work. New Jersey: Princeton University Press, 2002.

ZAHARIADIS, N. Comparing Three Lenses of Policy Choice. **Policy Studies Journal**, Washington, vol. 26, issue 3, p. 434-448, sep. 1998.





Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.49033

Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system

Políticas públicas de avaliação da qualidade no sistema brasileiro de ensino superior

ALEXANDRE GODOY DOTTA*

Centro Universitário Autônomo do Brasil (Brasil)
godoyalexandre@uol.com.br

Recebido/Received: 26.10.2016 / October 26th, 2016

Aprovado/Approved: 30.10.2016 / October 30th, 2016

Abstract

The present article aims to perform a historical and political analysis of the emergence of the concept of quality education in the Brazilian educational system. To reach this goal, it examines the notion of the "right to education" or "educational public service" as a public good. This article also discusses the organization of the Brazilian educational system and the issues related to the restrictive and formal interpretations of educational assessment, especially in the context of the neo-liberal proposal that characterized the 1990s. It examines the concept of quality and the possibility of its implementation through the determinations established in the Brazilian Constitution according to a substantial interpretation of assessment policies.

Keywords: public policies; assessment policy; higher education, public service in Brazil; university autonomy.

Resumo

O presente artigo tem como objeto a análise histórica e política do surgimento da ideia de qualidade de ensino na organização da educação no Brasil. Para atingir este propósito problematiza a tomada do "direito à educação" ou "serviço público educacional" como um bem público. Discorre sobre a organização do sistema educacional brasileiro e tece considerações sobre o problema das interpretações restritivas e formais da avaliação educacional, principalmente nos termos da proposta neoliberal típica da década de 1990. Faz considerações sobre o conceito de qualidade e a possibilidade de sua efetivação por intermédio das determinações constantes na Constituição brasileira, segundo uma interpretação substancial das políticas públicas avaliativas.

Palavras-chave: políticas públicas; política de avaliação; ensino superior, serviço público no Brasil; autonomia universitária.

Como citar esse artigo/How to cite this article: DOTTA, Alexandre Godoy. Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 53-69, set./dez. 2016. DOI: 10.5380/rinc.v3i3.49033.

* Professor of Scientific Methodology in the Autonomous University Center of Brazil (Curitiba-PR, Brasil). PhD (Doctor) in Education at the Pontifical Catholic University of Paraná. Master in Education at the Pontifical Catholic University of Paraná. E-mail: godoyalexandre@uol.com.br.





CONTENTS

1. Introduction; **2.** Education as a fundamental right and duty of the state; **3.** The organization of higher education in Brazil; **4.** The assessment of the quality of education; **5.** Conclusion: Issues with the National Higher Education Assessment System; **6.** References.

1. INTRODUCTION

The present article aims to study the relationship between public policies that evaluate educational quality and the “public good” character assigned to education by the Brazilian constitutional legal system: education is sometimes provided as a public service and sometimes provided as a private economic activity. In Brazil, there is a difference between the legal system and the economic system of service provision. However, the assessment policies are the same for both sectors, implying a strong state intervention in regulating the sectors. In this context, the primary goal of the present study is to provide an answer to the following questions: How were the public policies that evaluate educational quality in Brazil established? Is the National Higher Education Assessment System (Sistema Nacional de Avaliação de Educação Superior - SINAES) the appropriate means to ensure the public character of education, as provided for in the Federal Constitution?

These seemingly simple questions are of crucial importance at the present moment. Increasingly, assessment has become an instrument to verify economic or merely managerial performance, with a preference for quantitative, estimative, and formal criteria, to the detriment of the establishment of an assessment based on effectively qualitative and substantial policy proposals. The proposed study demands a fundamentally deductive methodology, based on doctrinal and legislative research on the theme.

Interdisciplinary sources were chosen, taking as background the thoughts of certain important educators. To achieve the goal of this study, it was essential to consult legal authors who focus on public law, particularly within the context of fundamental rights, public services, and the educational legal system itself. It seemed important to present a brief initial exposition on education as a fundamental human right, which results in general principles derived from sources that extend beyond the Constitution itself. Next, elements that contextualize the educational public service within the organizational structure of the state were incorporated into the analysis. The aim was to highlight the notion that the state has the “duty” of not only providing but also fostering (supporting, defending, evaluating and protecting) education.

The core of the study focused on proposing the manner by which the assessment of the quality of education can be framed as an effective public policy to be implemented. This proposal occurs in both formal and material terms; that is, the assessment process is observed according to (but not exclusively) what the legal system





envisages. After all, there must be a social and political aspect of the evaluation that guarantees legitimacy to the set of rules on the matter. Based on this perspective, it becomes imperative to emphasize a critique of the restricted conception that is commonly applied to the current assessment policies that fail to result in an effective mechanism to improve educational quality in Brazil. The evidence of this fact is the terrible results that have been found in all educational levels (notably when focusing on higher education). What might be the role of evaluation policies in changing this situation? What would be its foundation?

After setting the operational definitions and describing the central object of this study, a plausible answer to the initial and adjacent questions was sought by means of a preliminary definition of the idea of quality as established by one of the leading educational public policies (the SINAES). Although, methodologically, this study is not restricted to teaching, given that the policies of evaluation should also include research, extension, and management, one of the foci of the problematic assessment activities is definitely in this area (teaching), whose social-level projection justifies this preference). The large increase in demand for education in recent years in Brazil has highlighted the importance of the field, drawing the attention of national governments and international organizations to the issue of education. Furthermore, because the investment necessary for the maintenance of higher education in comparison to basic education is notoriously higher, the issue has gained particular importance, becoming part of the agenda of most social and democratic law states (as well as several international agencies).

2. EDUCATION AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND DUTY OF THE STATE

The promulgation of the 1988 Constitution is responsible for inserting the concept of quality (as a key element to be considered) into the establishment of public educational policies. It is observed that Brazil, in addition to many contemporary states, was influenced by the positivization of fundamental rights, including the right to education, in the constitutional order. Dalmo Dallari states that the fundamental human rights are those whose validity is inviolable, timeless, and universal.¹ For this reason, they may be considered supra-constitutional rights, that is, they are above the Constitution itself. This notion is the prevailing idea in Brazil.

To think of supra-constitutionality is to accept that certain rights are incorporated into the juridical order because they are part of human ideals at the international level; therefore, they are considered to be above the Constitution. Currently, it is common

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Um breve histórico dos direitos humanos. In: CARVALHO, José Sérgio (Org.). **Educação, cidadania e direitos humanos**. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 35-37.



to understand this set of basic human rights as universal standards,² that inspire and influence domestic laws and the ideals of society.³ In this category are included the notions of freedom, equality, citizenship, sovereignty, republic, democracy, etc.

Such rights and guarantees are understood as intrinsic to all human beings and should not only be respected but also be provided by constitutional states that have opted for the social-democratic model.⁴ The Universal Declaration of Human Rights (UN, 1948) establishes the right to education as a means of human development. That is, this policy underlines the importance of educational quality as a right.⁵ It is in these terms that social services are established as indispensable obligations of state organization, the political entity responsible for the protection of fundamental rights. It is the state's duty to provide, manage, supervise, evaluate, and ensure the achievement of educational rights (a type of social rights). Fruit of the ideological transcendence of ancient classical liberalism, the welfare state (not to be confused with the socialist state)⁶ consists of certain fundamental elements: legal security, the protection of fundamental rights (civil, political, and especially social), the obligation by the state to organize society, and the guarantee of democratic self-determination.

Permeating the different versions of the Brazilian Constitutions, it is possible to verify the incorporation of a few generations (or, for some authors, the real "dimensions") of fundamental rights,⁷ not only with regard to political rights but also, and primarily, with regard to social rights. This real evolution, or as Fábio Konder Comparato suggests, "historical affirmation", did not occur as a merely internal phenomenon: it stems from a broader paradigm at the international level.⁸ It turns out that the affirmation of fundamental rights in political declarations is as relevant as the fact that Brazilian citizens effectively recognize the state as the legal entity responsible for providing

² About the universality of human rights, see: KROETZ, Flávia Saldanha. Between global consensus and local deviation: a critical approach on the universality of human rights, regional human rights systems, and cultural diversity. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 43-58, jan./abr. 2016.

³ To understand how human rights were developed in non-European civilizations, see: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MARCO, Crithian Magnus de. O surgimento dos direitos humanos fundamentais nas civilizações não europeias. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 185-206, out./dez. 2013.

⁴ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 12. ed. Brasília: UNB, 2002. p. 1193.

⁵ GORCZEWSKI, Clóvis. Direitos humanos, educação e cidadania. In: LEAL, Rogério; REIS, Jorge Renato dos (Orgs.). **Direitos sociais & políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p. 1291.

⁶ About the legal arrangements of the welfare state, see: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012; and also: MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed., São Paulo: RT, 2009, p. 31.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.



access to social rights (Federal Constitution, art. 6).⁹ This is true not only at the administrative level but also at the juridical level itself (in this field, the participation of the prosecutor's office becomes highly relevant).¹⁰

Education is a right that guarantees other rights. Thus, the need for quality universal education becomes one of the main challenges for achieving a social and democratic state.¹¹ For this reason, it is currently possible to understand education as a "public good", that is, a fundamental human right that implies a duty on the part of the state to implement certain policies (including assessment) for its effectuation. This conception requires the understanding of education as a public service when provided by the state (even if the private sector is also free to provide this activity). In Brazil, public services typically provided by the state (such as energy, ports, telecommunications, transportation, postal service, etc.) are prohibited to the market. Such activities require a special delegation to be explored by a private initiative.

However, this is not the case with education. As Carlos Ari Sundfeld emphasizes, "the provision of such services [social services such as education] is an unavoidable duty of the state, and individuals are entitled not only to take advantage of them but also to provide them. The goal of the constituent to grant such powers to the government was not to make them exclusive but rather to make them mandatory".¹² Thus, it is a duty of the state to provide education, albeit in competition with the private sector.¹³

This is the proper context for understanding the fundamentals that legitimize the construction of public policies to assess education. These mechanisms need to reinforce the old maxim that education is a right for all and a duty of the public authorities. That is, the state is, and must be, the entity responsible for the entitlement of the service and for the guarantee of rights. However, only the regulation of its provision is an activity exclusive to the state. In other words, the state must act not only as a provider

⁹ 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.

¹⁰ About the role performed by the Judiciary Branch in the effectuation of fundamental social rights, see: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CARDOSO, Henrique Ribeiro. Possibilidade e limites do controle judicial das ações e das omissões da Administração Pública na Implantação de políticas públicas com sede constitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 117-144, jul./set. 2015; 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.

¹¹ About the principle of universality of public services in Brazil, see: HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 84.

¹³ MENEGAT, Fernando. Serviço público e concorrência: ensaio para uma quebra do princípio da titularidade estatal exclusiva. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 207-246, jul./set. 2012.





of education (in conjunction with the private sector) but also as the controller/regulator of both sectors: its provision through state entities and through private entities linked to the market or to the third sector.¹⁴ This regulatory duty significantly reduces the university's autonomy (which is a constitutional guarantee but which, in practice, has very weak implications when compared with the autonomy of institutions of foreign countries such as those in Europe and North America).

3. THE ORGANIZATION OF HIGHER EDUCATION IN BRAZIL

The organization of education in Brazil follows the regulatory provisions in several Laws of Guidelines and Bases of National Education (Leis de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB). Chronologically, it is possible to identify three main LDBs: Law 4,024 of 1961, Law 5,692 of 1971, and the new LDB, Law 9,394 of 1996.

The first law established a primary education cycle lasting four years in duration. After an entrance examination, the student could enroll in junior high school. The junior high school cycle also lasted four years, and the collegiate high school cycle included three years of instruction. The duration of the higher education cycle varied according to the type of undergraduate course. It should be noted that the junior and collegiate high school cycles were divided into branches of education: high school, commercial, industrial, agricultural, and others. In 1971, the law established the division into first degree, second degree, and higher education (third degree).

Currently, Law 9,394/96 is responsible for the structuring of education, which is divided into the basic level and the higher level. The institutions of the educational network are classified according to the level of education being provided to the individual, and they may be public or private. Basic education is comprised of early childhood education, secondary education, and high school, with several instructional modalities. Schools are responsible for early childhood and secondary education; colleges are the establishments that provide high school education and vocational training. Other terms may be found for the designation of educational institutions, e.g., center, institute, group, etc. However, these titles derive from the old educational formats, the culture, or local customs. Brazilian higher education institutions are isolated colleges, university centers, and universities (Federal Decree 5,773 of 2006).¹⁵ With regard

¹⁴ PORTANOVA, Rogério Silva; MEDEIROS, José Augusto. As Agências Reguladoras. Entre o velho, o novo e o que se anuncia: do paradigma econômico ao paradigma ecosófico. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 156-183, jul./dez. 2015. p. 161-162.

¹⁵ About the Brazilian higher education system, see: DOTTA, Alexandre Godoy. A estrutura e o financiamento da pós-graduação no Brasil no contexto do desenvolvimento do serviço público de educação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 229-245, abr./jun. 2014; COSTA, Rafael Santiago. Ações afirmativas no ensino superior: uma abordagem da realidade brasileira sob o enfoque legislativo e jurisprudencial. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 191-223, abr./jun. 2011.





to higher education, it is now formally divided into undergraduate degrees, graduate specialization courses, and master's and doctoral programs.

New conceptions of public goods management are being incorporated in Brazil by the legal and administrative apparatus, based on recent reforms that have been promoted in the model established in the 1988 Constitution. According to the process initiated by the Master Plan of State Apparatus Reform of 1995, state-owned companies were privatized; several educational public service concessions were made; and new partnerships between the public and private sectors have been established in the area.¹⁶ The state performs general supervision, and the newly created regulatory agencies monitor public services granted in concession. With regard to social services, the state, motivated mainly by international organizations, has established a growing relationship with the so-called third sector (non-profit private sector), although this relationship is highly criticized.¹⁷

Deise Mancebo notes that Law 11,079 of 2004 became representative in the sector. It establishes general rules for public-private partnerships in the context of public administration, including education, in addition to other public services that are increasingly being relegated to a typical system of private initiative.¹⁸ Therefore, the contemporary moment seems to be leaning towards a reverse path from the one taken in the 20th century. At that time, the state was held responsible for the management and provision of public education services, recognizing it as a fundamental and universal human right. What is observed today is a result of the influence of the neo-liberal schools of thought, which tend to oppose the state-like character of social rights (which become less and less "rights" and less and less "public services").¹⁹

Certainly, from this perspective, the assessment policies ultimately reduce their focus, concentrating on eminently economic, statistical, and restricted factors. Despite this trend, under the infraconstitutional framework are the legal norms conditioned to the principles of the Federal Constitution and, therefore, outside the scope of public authorities, providing a system of resistance. The legislature is responsible for establishing general rules that are materialized in the form of law. The executive provides for these laws via its institutions with decrees, ordinances, and guidelines. Lastly, the judiciary fulfills the functions of monitoring all issued laws and deciding in concrete cases.

¹⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**. São Paulo: 34, 1996. p. 269.

¹⁷ MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**: crítica ao padrão emergente de intervenção social. 2. ed., São Paulo: Cortez, 2002. *passim*.

¹⁸ MANCEBO, Deise. Reforma da educação superior no Brasil: análises sobre a transnacionalização e privatização. **Diálogo Educacional**, Curitiba, vol. 7, n. 21, p. 103-123, maio/ago. 2007. p. 107.

¹⁹ SADER, Emir (Org.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. São Paulo: Paz e Terra, 1998.





This legal and institutional scenario is in accordance with constitutional public policy and the specific rights they regulate (which, despite being constantly challenged, still serve as a fundamental guarantee). From this perspective, it follows that all public and private educational institutions must follow the guidelines set by the state (though always critically and reflectively).

4. THE ASSESSMENT OF THE QUALITY OF EDUCATION

In the 1988 Constitution, the quality of education is cited in four places: 1. All education will be provided under the principle of quality standard guarantees (art. 206); 2. Quality evaluation shall be performed by the public power – the state (art. 209); 3. A minimum quality educational standard will be equalized by a federal educational system (art. 211); and 4. The national education plan should seek to improve the quality of education (art. 212). Consequently, the infraconstitutional documents edited by the legislative establish quality assurance, as observed in the first articles of the LDB (which reinforce the principles of the Constitution) and in art. 70, which envisages the performance of studies and research aimed at improving and expanding education.

The National Education Plan, established by Law 10,172 of 2001, enacts several actions to improve teaching at all educational levels. This normative set depicts the Brazilian state interventionist model in the educational field. This model can be framed as an effective public policy, in accordance with its general concept, that is, as “the coordination of the means available to the state to harmonize state and private activities to achieve socially relevant and politically determined objectives”²⁰

Assessment policies consist of general policy specifications. However, the actual issue is not the mere normative identification of the advocated model but the method for interpreting the concrete mechanisms of assessment policies, removing its eminently rhetorical burden for the purpose of putting the policies into practice to create education as a public good that is typical of the social state.²¹ Obviously, it can be asserted that legal recognition does not always result in public policies that contribute to improving the quality of education.

The Brazilian situation is an example of this fact. Among several other sources, Marilena Chauí notes that Brazil is recognized internationally as a country with low levels of educational development.²² The old and inadequate discrepancy between

²⁰ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 219.

²¹ JIMENEZ TELLO, Pilar. Regulación a través de la evaluación: auditoría y calidad en las Administraciones Públicas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 1, p. 247-274, ene./jun. 2014. p. 261-265.

²² CHAUI, Marilena. As humanidades contra o humanismo. In: SANTOS, Gislene. (Org.). **Universidade, formação cidadania**. São Paulo: Cortez, 2001. p. 16-19.





“should be” and “be”, between what the norm establishes and what occurs in practice, is evident. Nevertheless, there is a clear political and scientific consensus on the need for the establishment of public policies for educational assessment – and also that such policies should not be dominated by the economic rationality.

Several theorists, not only in the legal-political field but also, and mainly, in academic and scientific fields, agree on the importance of evaluating the quality of public education with the aim of achieving citizens’ fundamental right to receive an education from the state. Despite this initial consensus, at the annual meeting of the National Association of Graduate Studies and Research in Education (Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação – ANPED) in 1995, Paul Singer rightly noted that, in reality, there are two “opposing visions of the educational purposes of education and how to reach them”.²³ Therefore, at this point, a problem that warrants being a constant object of reflection remains; after all, would it be appropriate to accept that the ends justify any means to achieve them?

If education is taken merely as an economical right and considered a simple “service to be provided by the market”, then the fundamentals of the assessment process of educational quality change substantially (resulting in the unconstitutionality of the process because this is not the normative content present in the 1988 Brazilian Constitution).

The fact that education is a public good does not necessarily mean that it is a service that should be provided directly by the state because it is not an activity exclusive of the public power. However, even when it is provided in different manners, its nature is not substantially modified, at least according to the system chosen by the constituent legislature to govern the matter.

The public policies socially demanded and recognized in the Brazilian Federal Constitution are evidence of the right to education and the need to improve its quality as a necessary consequence. The challenge is in the following point: In addition to ascertaining the standard concept of the quality of education itself, how are the mechanisms for its material and not merely formal effectiveness to be found? How is education to be assessed by means of criteria that exceed market requirements?

The Constitution of the State of Brazil raises a number of concerns that are manifested mainly in the obligation of public policies (which involve the provision of services) and social rights. Nevertheless, despite the deep establishment of rights, policies, and services for the area, the fact is that this extensive normative set, although very important, lacks greater critical reflection, especially with regard to its practical application.

²³ SINGER, Paul. Poder, Política e educação. **Conferência de abertura da XVIII Reunião Anual da ANPED**, Caxambu, out. 1995. p. 5.





José Dias Sobrinho warns that “the same way as it happens in many other countries, the propensity towards a quantitative growth combined with a worrying lack of quality is observed in Brazil”.²⁴ Whether because of the difference between theory and practice or on account of its “perennially unfinished” condition due to a controversial, procedural, and evolutionary nature, it seems clear that the verification of the standard of educational quality is one of the main challenges for Brazilian education. Furthermore, it is important to remember that there is no precise semantic delimitation for the term educational quality, that is, the term quality may have a distinct meaning depending on the context.²⁵ Nevertheless, the fundamental problem remains that the various assessment methodologies created by the state do not appear to be sufficient for gauging quality, and therefore, new assessment experiences are demanded.²⁶

Chauí notes that, in general, the composition of the quality indicators of education follows a model of international guidelines based on quantitative parameters: how much is produced, how long does it take to be produced, and at what cost. Education is administered and assessed according to criteria that could be used for a private company. However, the quantitative indicators do not take into account the quality of the instruction.²⁷ Although the set of constitutional and infraconstitutional standards institutes certain guidelines, the fact is that they are imprecise and allow the variation of governmental policy with different perspectives on the practical application of public policies.

The neo-liberal paradigm of the 1990s still has influence in this area and affects state intervention in the sector according to its “managerial” foundations.²⁸ Ângela Siqueira states that the educational sector is estimated to move two trillion dollars annually. This volume of resources has drawn the attention of several for-profit companies. For this reason, the discussion on the necessity of regulating commercial education in the General Agreement on Trade in Services (GATS) of the World Trade Organization (WTO) has gained importance. However, with “education [regularized as a service by] GATS, there is a risk of its transforming into a simple commercialization process”²⁹. This economic dimension, so present in contemporary education, is another variable

²⁴ DIAS SOBRINHO, José. Políticas de avaliação, Reformas de Estado e da Educação Superior. In: ZAINKO, Maria Amélia Sabbag; GISI, Maria Lourdes (Orgs.). **Políticas e gestão da educação superior**. Curitiba: Champagnat, 2003. p. 165.

²⁵ DAVOK, Delsi Fries. Qualidade em educação. **Avaliação**, Campinas, vol. 12, n. 3, p. 505-513, set. 2007. p. 505.

²⁶ DAVOK, Delsi Fries. Qualidade em educação. **Avaliação**, Campinas, vol. 12, n. 3, p. 505-513, set. 2007. p. 506.

²⁷ CHAÚÍ, Marilena. **Escritos sobre a universidade**. São Paulo: UNESP, 2001. p. 184.

²⁸ SGUISSARDI, Valdemar. O Banco Mundial e a educação superior: revisando teses e posições? **ANPED – GT Política da Educação Superior**. Reunião anual, 23. Caxambu, 24-28 de set. 2000. p. 2-13; FONSECA, Marília. O Banco Mundial como referência para a justiça no terceiro mundo: evidência do caso brasileiro. **Revista da Faculdade de Educação**, São Paulo, v. 24, n. 1, jan./jun. 1998. p. 17.

²⁹ SIQUEIRA, Ângela. A regulamentação do enfoque comercial no setor educacional via OMC/GATS. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, n. 26, p. 145-184, maio/ago. 2004. p. 155.





that obstructs the achievement of qualitative goals in Brazilian education and complicates the identification of the suitable concept for evaluation. After all, this neo-liberal economist view claims that the market should be self-regulated. That is, people must autonomously choose in which institution they want to study—and, following this idea, fatally, the worst institutions would not be able to survive on the market without quality policies. This is the idea. However, it is a simplistic vision of the phenomenon.

The word assessment involves a wide range of meanings within the education domain, but in general, it is related to a search for measurement. The measure may mean the performance of a particular student, and it may be used to subsidize an action. The assessment can also be related to the teaching-learning process or to an institution. Heraldó Vianna synthesizes the concept, stating that evaluation is an attempt to “define criteria on the basis of which accurate information is collected to judge the value of each alternative presented. To evaluate is, thus, to emit a value judgment on a certain characteristic. This value might be partially, but not exclusively, based on quantitative data”.³⁰

It is also important to note that these results are part of a political context and that institutional and educational evaluations typically end up promoting concrete actions. After all, the problem of evaluation is directly related to organizations’ decision-making process. Decision making requires diagnostics based on the analysis of current data that represent the whole. The process that allows the collection of information to elaborate judgments and to make decisions for improvement is called evaluation”.³¹ The conceptualization is not simple, but two poles are defined when the evaluation concept is studied. The first is the traditional model in which the evaluation is organized in a “bureaucratic, objective, reductionist, out of context, hierarchic, normative, and quantitative” manner. It is formulated by specialists in a classification process, is based on the collection of quantitative data, and is inside a bureaucratic and conservative organizational culture.

At the opposite end, it is possible to find the holistic model. In this model, the assessment is “based on dialogue, interpretative, collaborative, contextualized, judicious, qualitative, continued, and systemic”. In this perspective, assessment is constructed by specialists and the agents of the institution with the aim of building an institutional identity. This analysis is guided by a qualitative process and is meant to anticipate problems.³² The concrete evaluation processes have well-established assumptions. Further-

³⁰ VIANNA, Heraldó. Avaliação educacional: problemas gerais e formação do avaliador. In: VIANNA, Heraldó. **Introdução à avaliação educacional**. São Paulo: Ibrasa, 1989. p. 20.

³¹ EYNG, Ana Maria. Avaliação e identidade institucional: construindo uma cultura de antecipação. **Revista Diálogo Educacional**, Curitiba, vol. 4, n.11, p. 33-42, jan./abr. 2004. p. 35.

³² EYNG, Ana Maria. Avaliação e identidade institucional: construindo uma cultura de antecipação. **Revista Diálogo Educacional**, Curitiba, vol. 4, n.11, p. 33-42, jan./abr. 2004. p. 37.





more, it is important to revisit the reflection of Dias Sobrinho, who affirms that the concept of measurement, which is closely linked to evaluation, results also in a “tradition of regulation, selection, and ranking, either only in the interior of the classrooms or in the broader contexts of public administration”.³³ The assessment field is born connected to quantitative tests and is mainly concerned with the verification of learning. Afterwards, the field incorporates the agendas and programs and is presented in a more democratic perspective, seeking to negotiate and participate.

After the 1960s, educational assessment in Brazil became multidisciplinary and increasingly complex. In this process, assessment extended the scope of schools and becomes an important question for public policies, mainly those related to education. The politicization of educational assessment was enhanced by the expansion of neo-liberalism and its concepts of liberal meritocracy and management. This trend was a world-wide movement that ended up reaching Brazil. When the political use of assessment is stressed, it is important to revisit its function because it possesses two functions that can be considered partially contradictory: “For some, it has a proactive function, it is formative, and it aims to improve and to develop the object in focus, an individual, group, program, institution, system and so on. By contrast, the retroactive evaluation is quantitative and has been practiced for the sake of accountability. The latter includes contracts of management, cost-benefit analyses, goal-oriented management, tests of minimum ability, and other instruments of classification, selection, and measurement”.³⁴

Because evaluation is always formulated and applied in a social and political context, it is necessary to reflect on the actors, objectives, organization, and recipients of this process. Technical and ethic-political matters must be taken into consideration because every assessment involves a value judgment.³⁵ Assessment, conceived as public policy, involves different rationalities that are intertwined: administrative, political, legal, and result-oriented.³⁶ In addition, of course, there is the force of the media and the economic questions that influence the process. An assessment is conceived and built in this clash of perspectives and might be used politically in a manner that differs from what was intended in its original conception.

³³ DIAS SOBRINHO. José. **Avaliação**: políticas educacionais e reformas da educação superior. São Paulo: Cortez, 2003. p. 15.

³⁴ DIAS SOBRINHO. José. **Avaliação**: políticas educacionais e reformas da educação superior. São Paulo: Cortez, 2003. p. 45.

³⁵ DIAS SOBRINHO. José. **Avaliação**: políticas educacionais e reformas da educação superior. São Paulo: Cortez, 2003. p. 43–46.

³⁶ SILVA, Maria Ozanira da Silva e. Avaliação de políticas e programas sociais: aspectos conceituais e metodológicos. In SILVA, Maria Ozanira da Silva e (Org.). **Avaliação de políticas e programas sociais**. São Paulo: Veras, 2001. p. 42–43.





5. CONCLUSION: ISSUES WITH THE NATIONAL HIGHER EDUCATION ASSESSMENT SYSTEM

In 2003, with the election of President Lula, a new project of institutional assessment was built specifically for higher education. In April of the same year, the Special Commission of Higher Education Assessment (Comissão Especial de Avaliação da Educação Superior - CEA) was created to rethink and reformulate the project of institutional evaluation for higher education in Brazil. From these reflections, which had mobilized national references in the theoretical field of assessment, the SINAES was created. Its conception was somewhat different from that of the old system of examination (called "provão": "the big test"), but it was inspired by it. This system can be highlighted in that the evaluation proposal was initially configured as a "holistic evaluation". The SINAES is composed of three dimensions: an external institutional assessment (conducted by the assessors of the Ministry of Education - Ministério da Educação - MEC); the self-assessment (which is the responsibility of the Self-Evaluation Commission - Comissão Própria de Avaliação - CPA); and the direct assessment for the National Examination of Student Performance (Exame Nacional de Desempenho de Estudantes - ENADE).

In this way, the institution still receives the commissions from the MEC for on-site evaluation, but it must create its own CPA as well. The goal of installing this commission is to enable the institution to reflect on its institutional identity and evolve, strengthening positive points and attempting to overcome problems. The commission must be mixed, composed of all the segments that constitute the teaching institution and representatives of the community. This is an important and positive novelty of the SINAES that, unfortunately, finds obstacles to implementation. The political culture constructed in Brazil still does not incorporate the self-assessment project, especially in the area of basic education. Brazilians do not handle self-criticism well and are even worse with other people's criticism.

This problem has two outcomes. The first outcome is ignorance with regard to the necessary theoretical production for the construction of a self-evaluation project. The second outcome is the lack of mobilization or will to participate observed among those participating in the process. The necessary mobilization for the project is imposed, and the CPA is implemented only to fulfill the formal requirement of the MEC (Law 10,861 of 2004, art. 11). With regard to the students, the SINAES does not expect to merely "check" the final product; rather, it intends to make an assessment of the process. The proposal is that students are evaluated in the initial and final periods of the course to analyze their intellectual development and to compare and evaluate them within the concrete reality of the institution. It is a good idea, but it is very difficult to accomplish.





Assessment is conducted by sampling, and it would have to focus on the same students to analyze their intellectual trajectory. This methodology is also positive and would hinder the ranking of institutions. However, this is not what occurs. Institutions use the results of the coefficient of performance for institutional marketing, failing to admit that this is only one of the dimensions of its institutional assessment and that the data represent specific points of its concrete reality, that is, data demonstrating the difference between new students in the institution and those who are graduating. With these data, it is possible to infer that if the new students were highly unprepared, the extent of this coefficient would have to be more significant.

Therefore, it is important to revisit the idea of what is done with the evaluation. That is, although the proposal of the SINAES is to draw a holistic, democratic, and interactive evaluation that aims at institutional development, in practice, this objective does not seem to be efficiently implemented. Among the variables that can explain this distortion, the role of economic interests, the role of competition from private institutions for students in the educational market, and the role of the media should not be ignored.

Rankings have always been important for institutional marketing, and the propaganda of the educational institutions that receive “high grades” is also an important marketing item that is demanded by the agencies and the media. The “differential” of an institution that received the highest grade in the ENADE is explored without further explanation of its meaning and methodology of elaboration. This situation is similar to the case of another assessment tool: the Preliminary Degree of the Course - Conceito Preliminar de Curso - CPC. The results of the assessment process are therefore explored without keeping in sight the public interest as the decisive foundation.³⁷ The quality of education in Brazil has been viewed much more as a commodity, as part of the economic process, rather than as a public good whose nature cannot be imprisoned by the market.

6. REFERENCES

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MARCO, Cristhian Magnus de. O surgimento dos direitos humanos fundamentais nas civilizações não europeias. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 185-206, out./dez. 2013.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 12. ed. Brasília: UNB, 2002.

³⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.





BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CHAUÍ, Marilena. As humanidades contra o humanismo. In: SANTOS, Gislene. (Org.). **Universidade, formação cidadania**. São Paulo: Cortez, 2001.

CHAUÍ, Marilena. **Escritos sobre a universidade**. São Paulo: UNESP, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Rafael Santiago. Ações afirmativas no ensino superior: uma abordagem da realidade brasileira sob o enfoque legislativo e jurisprudencial. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 191-223, abr./jun. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Um breve histórico dos direitos humanos. In: CARVALHO, José Sérgio (Org.). **Educação, cidadania e direitos humanos**. Petrópolis: Vozes, 2004.

DAVOK, Delsi Fries. Qualidade em educação. **Avaliação**, Campinas, vol. 12, n. 3, p. 505-513, set. 2007.

DIAS SOBRINHO, José. Políticas de avaliação, Reformas de Estado e da Educação Superior. In: ZAINKO, Maria Amélia Sabbag; GISI, Maria Lourdes (Orgs.). **Políticas e gestão da educação superior**. Curitiba: Champagnat, 2003.

DIAS SOBRINHO, José. **Avaliação**: políticas educacionais e reformas da educação superior. São Paulo: Cortez, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed., São Paulo: RT, 2009.

DOTTA, Alexandre Godoy. A estrutura e o financiamento da pós-graduação no Brasil no contexto do desenvolvimento do serviço público de educação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 229-245, abr./jun. 2014.

EYNG, Ana Maria. Avaliação e identidade institucional: construindo uma cultura de antecipação. **Revista Diálogo Educacional**, Curitiba, vol. 4, n.11, p. 33-42, jan./abr. 2004.

FONSECA, Marília. O Banco Mundial como referência para a justiça no terceiro mundo: evidência do caso brasileiro. **Revista da Faculdade de Educação**, São Paulo, v. 24, n. 1, jan./jun. 1998.

GORCZEWSKI, Clóvis. Direitos humanos, educação e cidadania. In: LEAL, Rogério; REIS, Jorge Renato dos (Orgs.). **Direitos sociais & políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.





HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

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.

JIMENEZ TELLO, Pilar. Regulación a través de la evaluación: auditoría y calidad en las Administraciones Públicas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 1, p. 247-274, ene./jun. 2014.

KROETZ, Flávia Saldanha. Between global consensus and local deviation: a critical approach on the universality of human rights, regional human rights systems, and cultural diversity. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 43-58, jan./abr. 2016.

MANCEBO, Deise. Reforma da educação superior no Brasil: análises sobre a transnacionalização e privatização. **Diálogo Educacional**, Curitiba, vol. 7, n. 21, p. 103-123, maio/ago. 2007.

MENEGAT, Fernando. Serviço público e concorrência: ensaio para uma quebra do princípio da titularidade estatal exclusiva. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 207-246, jul./set. 2012.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**: crítica ao padrão emergente de intervenção social. 2. ed., São Paulo: Cortez, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**. São Paulo: 34, 1996.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CARDOSO, Henrique Ribeiro. Possibilidade e limites do controle judicial das ações e das omissões da Administração Pública na Implantação de políticas públicas com sede constitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 117-144, jul./set. 2015.

PORTANOVA, Rogério Silva; MEDEIROS, José Augusto. As Agências Reguladoras. Entre o velho, o novo e o que se anuncia: do paradigma econômico ao paradigma ecosófico. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 156-183, jul./dez. 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012.





SADER, Emir (Org.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

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.

SGUISSARDI, Valdemar. O Banco Mundial e a educação superior: revisando teses e posições? **ANPED – GT Política da Educação Superior**. Reunião anual, 23. Caxambu, 24-28 de set. 2000.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. Avaliação de políticas e programas sociais: aspectos conceituais e metodológicos. In SILVA, Maria Ozanira da Silva e (Org.). **Avaliação de políticas e programas sociais**. São Paulo: Veras, 2001.

SINGER, Paul. Poder, Política e educação. **Conferência de abertura da XVIII Reunião Anual da ANPED**, Caxambu, out. 1995.

SIQUEIRA, Ângela. A regulamentação do enfoque comercial no setor educacional via OMC/GATS. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, n. 26, p. 145-184, maio/ago. 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VIANNA, Heraldo. Avaliação educacional: problemas gerais e formação do avaliador. In: VIANNA, Heraldo. **Introdução à avaliação educacional**. São Paulo: Ibrasa, 1989.







Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48533

Decisiones, influencias y representación: capitalización de la injerencia política

Decisions, influences and representation: capitalization of political interference

MARCO AURELIO GONZÁLEZ MALDONADO*

Universidad Nacional de Asunción (Paraguay)
mgonzam@bcp.gov.py

Recibido/Received: 18.09.2016 / September 18th, 2016

Aprovado/Approved: 29.09.2016 / September 29th, 2016

Resumen

El artículo busca discutir la manera en que el hombre se ve influenciado por el medio que lo rodea y de qué manera esa influencia es determinante en las decisiones de toda persona. Nos interesa el ejercicio del poder (la toma de decisiones), pero ella no puede ser analizada sin recurrir a las personas, quienes son las que finalmente ejercen los cargos públicos y establecen las pautas a ser seguidas por la colectividad. El enfoque se realizará sobre la operatividad descrita por autores que destacan la interacción social. Constituye también objeto de las siguientes líneas el análisis de los condicionantes de las ideas, haciendo referencia al proceso de formación de éstas y a su connotación en un régimen democrático. A partir de ello

Abstract

The paper seeks to discuss how the man is influenced by the surrounding environment and how this influence is decisive in the decisions of everyone. We are interested in the exercise of power (decision-making), but it can not be analyzed without referring to people who are exercising public positions and establishing the guidelines to be followed by the community. The focus will be on the operation described by authors that emphasize social interaction. It is also subject of the following lines to analyze the determinants of ideas, referring to the process of their formation and to its connotation in a democratic regime. From this we will try to build roads that we can lead us in the search for effective implementation of democratic values in an

Como citar esse artigo/How to cite this article: MALDONADO, Marco Aurelio González. Decisiones, influencias y representación: capitalización de la injerencia política. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 71-103, set./dez. 2016. DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48533.

* Profesor de Derecho Administrativo y Deontología Jurídica en la Facultad de Derecho, así como de la materia Regímenes Políticos y Sistemas de Gobierno en la Escuela de Ciencias Sociales, ambas facultades de la Universidad Nacional de Asunción (Paraguay). Doctor en Derecho (2012) por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Abogado (2003) y escribano público (2004) en la Universidad Nacional de Asunción. Maestro en Derecho (2007) por la UNAM, México; Máster en Derecho de la Contratación Pública (2010) por la Universidad de Castilla-La Mancha, España; Máster en Democracia y Buen Gobierno (2011) por la Universidad de Salamanca, España; Especialista en Justicia Administrativa (2006) por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (México); Especialista en Administración Pública y Combate a la Corrupción (2005), así como en Delitos Financieros y Fiscales (2006) por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (México). Abogado del Banco Central del Paraguay. Director del Departamento de Asuntos Judiciales del Banco Central del Paraguay. Miembro de la Federación Iberoamericana de Derecho Administrativa y de la Asociación de Derecho Público del Mercosur. E-mail: mgonzam@bcp.gov.py.





se intentará construir los caminos que podemos transitar en la búsqueda de la realización efectiva de los valores democráticos en un análisis sobre la interpretación del derecho que, al final de cuentas, no constituye más que otro proceso de decisión pública (aplicación de una disposición normativa a un caso concreto).

Palabras-clave: decisiones públicas; influencias políticas; representación política; deliberación; valores democráticos.

analysis on the interpretation of law that, in the end, is just another process of public decision (application of a rule to a specific case).

Keywords: public decisions; political influences; political representation; deliberation; democratic values.

SUMARIO

1. La razón existente y la argumentación como legitimación de la deliberación; **2.** El ejercicio del poder (toma de decisiones); **3.** Contingencia de la influencia; **4.** Condicionantes de las ideas; **5.** Las decisiones de las personas públicas en la democracia posible; **6.** Incidencia en la aplicación del Derecho; **7.** Necesidad de un cambio de paradigma en la administración burocrática paraguaya; **a.** Tradición neo-liberal, fracaso de las propuestas; **b.** Reencauzamiento de las medidas, presencia del neoweberianismo; **c.** Dificultades con las que se suele y puede encontrar este tipo de medidas; **d.** Causa de la ineficacia de las medidas proyectadas; **e.** Propuesta, capitalización de la injerencia política **8.** Síntesis.

1. LA RAZÓN EXISTENTE Y LA ARGUMENTACIÓN COMO LEGITIMACIÓN DE LA DELIBERACIÓN

Realizando un análisis de la legitimidad del Derecho, en un mundo complejo, Jürgen Habermas¹ hace hincapié en los procesos deliberativos y argumentativos que suceden en las democracias, destacando que la dimensión de validez del derecho encontrará su fuerza legitimadora en el democrático surgimiento del mismo. Ello constituye una reconstrucción teórica basada en la influencia recíproca entre todos los organismos públicos y los ciudadanos (incluidas las organizaciones intermedias), de arriba hacia abajo y viceversa.

A tal efecto, parte afirmando que es posible identificar en las prácticas políticas (sanción de leyes, dictado de un acto administrativo o en una sentencia judicial) una razón subyacente que tiene su afincamiento o que se ve influida por una “razón existente”, que no es otra cosa que la influencia percibida de la sociedad, a través de sus diversas manifestaciones.

La legitimidad del derecho se da cuando sus reglas tienen un alto grado de aceptación por parte de los individuos, el poder social se manifiesta de diversas maneras (redes sociales, protestas públicas, planteamientos sectoriales y otros) y la legitimidad del poder administrativo adquiere concreción en cuanto reconozca ese sentir. Con ello, las condiciones de legitimidad se transforman en condiciones de estabilidad entre

¹ Se realiza un análisis del pensamiento de HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. Madrid: Trotta, 1998.





norma y acción; el grado de aceptación social va a determinar la *validez* del derecho y de las decisiones democráticas.

Se cambia la perspectiva de análisis, el estudio de Jürgen Habermas parte de la sociología política y no desde la organización del estado de Derecho. La legitimación no se da por el mero cumplimiento de las normas democráticas, porque la autocomprensión (dictar y cumplir reglas) no explica lo que sucede en la práctica y una sociedad democrática debe ser capaz de explicarse en su contexto pluralista, con sus diversas interacciones. La validez de las normas adquieren una importancia muy alta, la que es dada o no conforme con la facticidad con que son operacionalizadas (reconocimiento del flujo de influencias y comportamientos que una sociedad va manifestando).

Jürgen Habermas critica la postura de Howard Becker, ya que este último afirma que el reconocimiento por parte de los sometidos a la dominación de la mayoría se puede dar por resignación o por libre asentimiento, dentro de un proceso democrático que se caracteriza por la lucha por el poder. La crítica se debe a que con esta postura no se explica el porqué de esa aceptación ni cómo las minorías pueden ser protegidas de una tiranía de la mayoría, dado que Howard Becker se basa en que la mayoría no abusa porque tiene miedo de convertirse en minoría, base para justificar la operatividad de las libertades fundamentales.

El punto más interesante se presenta cuando Jürgen Habermas pone de manifiesto que el proceso comunicativo que defiende es aquél que “explica” que una persona, al tomar una decisión, se ve influenciada por su medio ambiente, que nunca puede ser completamente neutral y ello es debido a que existe una constante “...interacción de deliberaciones institucionalizadas con opiniones públicas desarrolladas informalmente”.² Sería un error entender que el proceso al que hace alusión constituye el marco que debe regular la sociedad actual, ni tan siquiera que a él se debe llegar, no, es una explicación de cómo cada persona (también las autoridades que toman decisiones públicas) tiene una lectura de las cosas, unas preconcepciones hasta si se quiere, mismas que son determinantes para resolver los asuntos en un sentido u otro, junto con el grado de penetración que tienen las ideas manifestadas socialmente.

La democracia no debe ser analizada desde el Estado, nos explica Jürgen Habermas, debe entenderse cómo se da el intercambio de información constante entre todos sus integrantes y que ese ir y venir de ideas es la determinante de las nuevas ideas, de las decisiones, de las leyes y hasta de las sentencias judiciales. Facticidad es lo práctico, lo que ocurre en la realidad, lo que el autor llama “...intersubjetividad de orden superior” que representan los procesos de entendimiento que se efectúan a través de los procedimientos democráticos o en la red de comunicación de los espacios públicos

² HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. Madrid: Trotta, 1998. p. 374.





políticos”.³ Cuando la opinión pública hace sentir sus pulsaciones, los legisladores lo perciben y transforman aquéllas en leyes que luego son transformadas en resoluciones individuales, las cuales, a su vez, pueden ir siendo de determinadas maneras, conforme los conceptos son redefinidos socialmente. La solidaridad es un ejemplo muy bueno para explicar como ocurre esto, pues en la medida en que el Derecho institucionaliza los canales de cooperación ciudadana, se puede observar cómo ese reconocimiento constituye un mecanismo de integración de la sociedad (adecuación de las conductas políticas al sentir general).

Con esta explicación, Jürgen Habermas no pretende afirmar que es la única manera en la que funciona o puede funcionar la democracia. El Estado de derecho posee una estructura institucionalizada que sirve para llevar una convivencia pacífica y es la encargada de resolver los conflictos y tomar las decisiones más importantes, en lo que insiste nuestro autor es en que esas decisiones se ven influidas por una perspectiva (de la autoridad) formada históricamente y redefinida (o no) constantemente por los influjos sociales. “...sólo el sistema político puede ‘actuar’. Es un subsistema especializado en la toma de decisiones colectivamente vinculantes, mientras que las estructuras comunicativas de la opinión pública constituyen una vasta red de sensores que reaccionan a la presión de problemas o situaciones problemáticas que afectan a la sociedad global, y estimulan opiniones influyentes. La opinión pública así elaborada y transformada (conforme a procedimientos democráticos) en poder comunicativo no puede ella misma ‘mandar’, sino sólo dirigir el uso del poder administrativo en una determinada dirección”.⁴

Puede entenderse como dos ámbitos diferenciados pero interactuantes, el poder administrativo es quien toma las decisiones y las discusiones públicas informales son las que se desarrollan en todos los ámbitos y, dependiendo de la intensidad con que se desarrollan y lleguen a calar en el espíritu colectivo, determinan la decisión de aquél poder. Piénsese en la influencia de la prensa en el actuar de ciertas autoridades. En la medida en que se institucionalicen esos mecanismos de interacción se puede decir que existe una mayor legitimidad democrática, pero que debido a la complejidad social y a las desigualdades existentes (en el acceso a la información como a los procesos de discusión), este proceso no siempre se da y es ahí donde interviene y decide la autoridad pública. Como lo explica Norberto Bobbio: “...el surgimiento de una sociedad policéntrica de grandes organizaciones, en la que la influencia y el poder político pasan a actores colectivos y cada vez pueden ser menos adquiridos y ejercidos por los individuos”.⁵ Para realizar los derechos se deben concretar procedimientos de efectivi-

³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. Madrid: Trotta, 1998. p. 375.

⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. Madrid: Trotta, 1998. p. 376.

⁵ BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. Barcelona: Plaza y Janés Editores, 1985.





zación de estos canales de discusión o de percepción de las inquietudes surgidas en la sociedad, pero no basta con la sola creación de esos canales, debe entenderse que cualquier tipo de influencia (oficial o informal) es válida para entender la dinámica social.

Cuando John Dewey afirma que toda decisión público-privada debería fundarse en una presunción de racionalidad, debido a que antes de cada decisión hay un debate previo; Jürgen Habermas pone los frenos y apunta que ese debate previo siempre es importante y que cuanto más se produzca, más legitimación ofrece al sistema, pero que ese nivel discursivo no siempre se da, con lo cual solo puede formarse una expectativa de racionalidad en la función socio-integradora de la influencia recíproca. Incluso, cuando Joshua Cohen⁶ recurre a un procedimiento ideal de la política deliberativa, Jürgen Habermas aclara: "...el procedimiento que en lo que sigue quedará definido más en detalle, del cual obtienen su legitimidad las resoluciones producidas de conformidad con él, lo entenderé como la estructura nuclear de un sistema político diferenciado, articulado en términos de Estado de Derecho, pero no como modelo para todas las instituciones sociales (y ni siquiera para todas las estatales)".⁷ Nuestro autor alemán le da mucho énfasis al aspecto informal del surgimiento de estas "comunicaciones" multinivel, muchas veces descuidado por Joshua Cohen y otros autores, pues los procesos informales de formación de opinión abundan en la vida cotidiana.

Ese espacio de discusión informal (y ni qué decir los formales, *clústers*, mesas de diálogos entre los sectores público-privados, etc) puede y suele constituir un punto de referencia sobre el que se apoyan las autoridades para realizar sus funciones. Es lo que se conoce como opinión pública y aprovecha para dejar en claro que esa opinión opera de la misma manera en la que influyen en las decisiones las ideas predominantes de la formación recibida por quien ha de resolver un asunto (ejecución de la ley), las experiencias que ha vivido esa persona, así como los contextos temporales, sociales y espaciales en el que le ha tocado vivir (los que difiere de persona en persona), debido a la sensibilidad de cada ser humano y a la cada vez más espontánea manifestación social. Esto, a su vez, justifica la convivencia pacífica de la sociedad, porque sirve para que cada uno se vaya reconociendo en una sociedad plural.

De tal manera, Jürgen Habermas nos explica que se da una lucha por la interpretación de sus necesidades y eso cala de diferente manera en las personas, mas no se hace ilusión con que todas las decisiones son tomadas conforme con tales premisas y rechaza una interpretación exagerada de esa comunicación deliberativa tal como lo sostiene Robert Dahl. Este último afirma que la mejor democracia (a lo que él llama *poliarquía*) constituye un procedimiento intuitivo para garantizar la inclusión de todos en la deliberación, basado en una igualdad de oportunidades, de participación y de

⁶ COHEN, Wilbur J. *Deliberation and Democratic Legitimacy*. In: HAMLIN, A.; PETTIT, B (Eds.). **The Good Polity: Normative Analysis of the State**. Oxford: Basil Blackwell, 1989. p. 17 y ss.

⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. Madrid: Trotta, 1998. p. 381.





acceso a la información por parte de todos los ciudadanos.⁸ Sería un error entender que ese espacio intercomunicativo constituye un escenario constante en la política democrática, como parece interpretar Walzer⁹ al afirmar que “no hay escenario alguno en el mundo político que sea como la sala de deliberaciones de un jurado, en el que no queremos que los presentes hagan otra cosa *salvo* deliberar”.¹⁰

Cabe aclarar que el mismo Jürgen Habermas afirma que ello no se cumple en ningún orden político, por lo tanto no puede consistir en una explicación de la democracia, es un estado ideal que tiene unos presupuestos muy costosos (porque informar y hacer participar a todos en todas las decisiones no es algo tan fácil). “Ninguna sociedad compleja, incluso en las condiciones más favorables, podrá responder nunca al modelo de ‘sociación’ comunicativa pura”.¹¹

En una sociedad avanzada se dan mayores aspectos de esta comunicación, debido a la dispersión del poder, la actitud de las personas varía de un lugar a otro, así como también de un tiempo a otro. Obsérvese un fenómeno que puede explicar esto último: Hace unos días, un legislador de indonesia ha renunciado a su banca como parlamentario porque los medios de comunicación le han pillado viendo pornografía en plena sesión del parlamento y, debido a la repercusión periodística del tema y el consecuente estado público de tal cosa, el legislador no se sintió capaz de soportar la presión social y vergüenza personal. Ha sentido que dañó la moral pública. En Paraguay ha ocurrido, hace algunos años, algo parecido pero con consecuencias diferentes! Un senador fue fotografiado y filmado viendo pornografía en plena sesión de trabajo, pero no le importó que ello se divulgara ni lo que pueda pensar la ciudadanía.¹²

La explicación es útil para entender la dinámica de decisiones y los factores que en ellas inciden. Jürgen Habermas nos explica que la gente se involucra en los asuntos porque las pasiones, los prejuicios, las actitudes oportunistas u otros factores determinan el interés para que esa participación se dé y con esa actitud está participando en el debate público o está comunicando sus preferencias y razones. Esto constituye una forma de integración social, porque a partir de la fuerza que tengan las ideas asumidas (manifestadas o sentidas en la comunidad) quienes tienen que tomar decisiones pueden verse influidos y hasta compelidos socialmente a tomar una decisión por encima de otra. Vale tener presente que los mismos elementos que determinan la participación social (pasiones, prejuicios y demás) también determinan las visiones de las autoridades públicas. Claro que ellas están obligadas a racionalizar sus decisiones y ampararse

⁸ DAHL, Robert. **Democracy and its Critics**. New Haven: Yale University Press, 1989. p. 307.

⁹ WALZER, Michael. **Pensar políticamente**. Barcelona: Paidós, 2010. p. 203 y ss.

¹⁰ WALZER, Michael. **Pensar políticamente**. Barcelona: Paidós, 2010. p. 216-217.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. Madrid: Trotta, 1998. p. 404-405.

¹² ABC. “**Dimite legislador indonesio sorprendido mirando pornografía**”. Disponible en: <<http://www.abc.com.py/nota/dimite-legislador-indonesio-sorprendido-mirando-pornografia/>>. Acceso: 13 abr. 2011.





en el Derecho, pero si se tiene en cuenta, conforme con esta misma dinámica, que el Derecho también es creado por los mismos sentimientos expresados, por parte del legislador, ¿por qué quien aplica esas normas no puede basarse en ellos para interpretarlas? Esta es la conexión existente entre Derecho y moral, la fuerza de una inercia social que tiene como punto de selección una influencia comunicativa, en la medida en que ésta atraviesa "...las esclusas del procedimiento democrático y del sistema político articulado en términos de Estado de derecho".¹³

2. EL EJERCICIO DEL PODER (TOMA DE DECISIONES)

A partir de tales consideraciones, pueden verse diferentes enfoques de la toma de decisiones en el ejercicio de un poder, pues la atribución otorgada a las autoridades públicas están articuladas sobre la base del poder que ostentan como instancia de definición para hacer pacífica la vida en sociedad. Steven Lukes¹⁴ realiza un análisis de tres enfoques desde el cual se puede estudiar al poder, los cuales son: el *enfoque unidimensional*,¹⁵ a partir del cual se sostiene que las decisiones son pluralistas porque en el proceso de toma de decisión existe una confrontación de pareceres entre los diferentes actores del sistema, cada uno del cual defiende sus intereses y las decisiones son el resultado de procesos de negociación que permiten a las mayorías circunstanciales imponerse sobre las minorías. Este proceso debe ser analizado en cada caso que adquiere gran notoriedad, porque ello es lo que va a permitir recoger las pruebas que determinan la asunción de posiciones por cada parte, el debate que ello genera y la resolución que se le ha dado al tema objeto de debate; es decir, para poder realizar un análisis de las decisiones, debe realizarse un minucioso examen de cada proceso decisorio, con ello se puede demostrar, como lo hizo Robert Dahl en *Who governs?*, que aquéllas responden a la confrontación de intereses y a la preferencia de ciertos sectores políticos o grupos de interés.

Por su parte, el *enfoque bidimensional*¹⁶ propugna que ese análisis de las decisiones (en el ejercicio del poder) también puede realizarse cuando no hay decisiones, porque estas "no decisiones" pueden ser debidas a la influencia de los grupos de influencia, quienes movilizan sus peldaños de autoridad para lograr que las acciones (también las decisiones) sean desarrolladas de determinadas maneras o que las cuestiones problemáticas a sus intereses no sean objeto de debate en el sistema. Se diferencia así del enfoque unidimensional en que afirma que el ejercicio del poder puede reflejarse no

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. Madrid: Trotta, 1998. p. 406.

¹⁴ LUKES, Steven. **El poder. Un enfoque radical**. Madrid: Siglo XXI Editores, 1985.

¹⁵ Basado en la Obra de DAHL, Robert. **Who governs? Democracy and power in an American city**. New Haven: Yale University Press, 1961.

¹⁶ BACHRACH, Peter; BARATZ, Morton. **Power and poverty. Theory and practice**. Nueva York: Oxford University Press, 1970.





solo en decisiones concretas, sino también en ausencia de tales decisiones, porque esa ausencia, afirman los defensores de este enfoque, es debido en la mayoría de los casos a "...un conjunto de valores, creencias, rituales y procedimientos institucionales ('reglas de juego') predominantes que actúan sistemática y consecuentemente en beneficio de personas y grupos determinados a expensas de otros. Los beneficiarios están colocados en posición aventajada para defender y promover sus intereses establecidos".¹⁷ Pero coinciden ambos enfoques en que las cuestiones objetos de análisis (decisiones o no decisiones) son observables, con lo cual se descartarían las influencias inconscientes que tales grupos son capaces de generar; pues el enfoque bidimensional sostiene que es posible identificar problemas potenciales, dado que la distribución de valores en el sistema de gobierno obedece a conflictos efectivos, observables, abiertos o encubiertos, ya que si "no hay conflicto, abierto o encubierto, habrá que presumir que existe un consenso en cuanto a la distribución de valores imperante, en cuyo caso es imposible la adopción de decisiones".¹⁸

A su vez, el *enfoque tridimensional*, defendido por Steven Lukes,¹⁹ surge como una crítica a los dos enfoques anteriores, porque ellos siguen apegados al estudio del comportamiento efectivo (decisiones concretas en situaciones de conflicto) y esto les impide vislumbrar las inclinaciones inconscientes y los resultados que no son pretendidos por los intereses dominantes. Y es que Steven Lukes rescata esa influencia del sistema a la que antes hacíamos referencia con Jürgen Habermas, afirmando que "las inclinaciones del sistema no se nutren simplemente de una serie de actos elegidos individualmente, sino también y sobre todo del comportamiento socialmente estructurado y culturalmente configurado de los grupos, y de las prácticas de las instituciones que ciertamente pueden manifestarse a través de la inacción de los individuos".²⁰ Destaca así la acción colectiva como fenómeno que atribuye la influencia en las decisiones al sistema, no a los individuos particulares, y destaca que el hombre también se encuentra, en cierta medida, determinado por las circunstancias del medio que lo rodea y por las que se transmiten del pasado.

Si bien el análisis de los tres enfoques mencionados están destinados al entendimiento de cómo se pueden estudiar las tomas de decisiones o no decisiones, un punto común y por todos aceptados es que en toda decisión (uso del poder) la autoridad competente se ve influenciada por determinantes de su medio, ya sean grupos de interés o el mismo sistema, como un proceso inherente a la condición humana, ya que las

¹⁷ BACHRACH, Peter; BARATZ, Morton. **Power and poverty. Theory and practice**. Nueva York: Oxford University Press, 1970. p. 43-44.

¹⁸ BACHRACH, Peter; BARATZ, Morton. **Power and poverty. Theory and practice**. Nueva York: Oxford University Press, 1970. p. 49.

¹⁹ LUKES, Steven. **El poder. Un enfoque radical**. Madrid: Siglo XXI Editores, 1985.

²⁰ LUKES, Steven. **El poder. Un enfoque radical**. Madrid: Siglo XXI Editores, 1985. p. 20.





ideas predominantes en cierto tiempo y espacio son las propulsadas por cierto sector o vienen determinadas por el actuar inconsciente pero arraigado de la sociedad, de manera tal que "...formas y prácticas políticas locales pueden inhibir incluso la aptitud de los ciudadanos de transformar un descontento difuso en una reivindicación explícita. En resumen, hay una especie de ideología inarticulada en las instituciones políticas, incluidas aquellas que parecen ser las más liberales, flexibles y autónomas: es una ideología en el sentido de que fomenta la percepción y una articulación selectivas de los problemas y conflictos sociales..."²¹

Del mismo modo, refuerza esta concepción las palabras de Antonio Gramsci: "...un grupo social, provisto de una concepción propia del mundo, aunque sea embrionaria, pero manifiesta en la acción (lo que quiere decir que se manifiesta ocasionalmente, irregularmente, o sea, cuando ese grupo se mueve como un conjunto orgánico), tiene, por razones de sumisión y subordinación intelectual, una concepción del mundo no propia, sino tomada en préstamo de otro grupo, y la afirma verbalmente, y hasta cree seguirla, porque efectivamente la sigue en 'tiempos normales', o sea cuando la conducta no es independiente y autónoma, sino, como queda dicho, sometida y subordinada"²²

No obstante la verosimilitud de ese tren de ideas, Steven Lukes advierte que ello debe comprenderse en términos relativos, ya que también puede darse el caso de una autonomía en la toma de decisiones. "Al hablar de esta guisa, se supone que, si bien los agentes operan dentro de límites estructuralmente determinados, no por eso dejan de tener una cierta autonomía relativa, pudiendo haber actuado de manera diferente. Aun no estando enteramente abierto, el futuro tampoco está cerrado por completo (y, de hecho, su grado de apertura está asimismo estructuralmente determinado)"²³ Así, queda latente o dentro de las posibilidades que una toma de decisión (de quien ejerce el poder) pueda ser diferente a esa fuerte influencia a la que antes hacíamos alusión, lo cual no hace mella en la construcción de las ideas manifestadas líneas arriba, sino que explica la complejidad del mundo actual y explica las variables que el mismo implica.

3. CONTINGENCIA DE LA INFLUENCIA

Siguiendo el mismo razonamiento, Niklas Luhmann explica la contingencia de esa influencia en quienes están llamados a tomar decisiones, cuando esas personas analizan "...diferentes posibilidades de selección, la influencia presume una orientación

²¹ CRENSON, Mathew. **The un-politics of air pollution: a study of non-decisionmaking in the cities**. Baltimore: The John Hopkins Press, 1971. p. 23.

²² GRAMSCI, Antonio. **Selections from the prison notebooks of Antonio Gramsci**. Trad. Quintin Hoare y Geoffrey Nowell-Smith. London: Sawrence & Wishart, 1971. p. 327.

²³ LUKES, Steven. **El poder. Un enfoque radical**. Madrid: Siglo XXI Editores, 1985. p. 74.





significativa compartida”.²⁴ Y es que el *sentido* (lo que siente y piensa cada persona) es construido en un tiempo y espacio donde las circunstancias reales y sociales son determinantes para ello, estado de cosas que provoca *generalizaciones* que, a su vez, la gente la toma como punto de partida (referencia) para determinar su comportamiento, en un proceso inconsciente de “amoldamiento social”. Así, continúa Niklas Luhmann, cuando uno va adecuando su comportamiento a ese sentir, realiza una *selección*, pues al aceptar la influencia va optando entre una forma de pensar (la generalizada) y para sostener ésta necesita *motivos*. Estos motivos, a su vez, son contextualizados y generalizados en términos de tiempo y de las peculiaridades fácticas y sociales (a lo que el autor alemán llama *liderazgo*, por la fuerza con la que permea en la aceptación general). Tal generalización temporal de la influencia, al lograr notoriedad y aceptación, gana *autoridad* y ésta, junto con la reputación y el liderazgo constituyen los mecanismos a través de los cuales el sistema va simplificando la complejidad, pues hace que su estructura funcione de manera un tanto pronosticable.

Al mismo tiempo, Niklas Luhmann nos da a entender que cada persona tiene sus condiciones de compatibilidad, su canal a través del cual recibe esa transmisión de la reducción que va forjando el sistema,²⁵ pero que después de un tiempo en que existe esa aceptación y no se presentan problemas, el rechazo o contradicción de la idea predominante (generalizada) causa sorpresa, desilusión y consecuencias imprevisibles (en el sentido de quebrantar el catalizador de la complejidad); pero puede ocurrir y de hecho ocurre, solo que para contradecir la idea generalizada hay que argüir razones especiales, porque la idea aceptada está ya arraigada y forma parte inmanente del pensamiento social. A esas razones contrarias a las generalmente aceptadas llama *reputación*, esto es, la justificación racional ofrecida para sustituir el pensamiento influenciado.

Para el profesor alemán, esa posibilidad de sustitución del pensamiento generalizado está siempre latente y su permeabilidad va a depender del arraigo que tengan las ideas que han logrado generalizarse; el cambio de pensamiento o de perspectiva suele ser introducido por los líderes, aquéllos que se independizan de las ideas predominantes y para ello, para lograr que las personas se vean influenciadas por sus nuevas ideas, deben conseguir que sus razonamientos y tipos de conducta sean imitados y reproducidos. Para tal menester debe localizar la fuerza del argumento contrario (vigente) y debilitarlo en su punto neurálgico, pues cuando una idea está enraizada no se la puede suplantarse por otra sin más, la idea anterior necesita ser derrotada. Esto mismo nos dice con las siguientes palabras:

“Se debe relacionar la influencia esperada con algo que pueda especificarse; se le debe poder localizar en el sistema (...) Ningún líder puede confiar exclusivamente

²⁴ LUHMANN, Niklas. **El poder**. Barcelona: Anthropos, 1995. p. 105.

²⁵ LUHMANN, Niklas. **El poder**. Barcelona: Anthropos, 1995. p. 107.





en el aspecto social del acuerdo sobre las expectativas; siempre tendrá que pretender haberse probado él mismo y su reputación, para tomar decisiones correctas y con éxito en una cierta área. El hecho de que se haya probado a sí mismo no puede verificarse sin referencia a los temas y a la gente; en otras palabras, incluso la generalización temporal, como formación de autoridad, no puede lograrse completamente sin la reputación, y esto tenderá hacia la generalización social tan pronto como ocurra la comunicación sobre ella (...) la generalización temporal de los motivos no puede separarse completamente del antecedente factual del sistema y de sus múltiples compromisos concretos. Con toda la abstracción conceptual y la habilidad verbal altamente desarrollada que implica, la reputación siempre conserva un vínculo con el conocimiento disponible. En resumen: las generalizaciones en las diferentes dimensiones de significado se presuponen entre sí”²⁶

Se enuncia así la manera en que es administrada la contingencia. Existen posibilidades de que un cambio de paradigma se instale y permee, pero ello solo es posible a través del ejercicio del poder, del liderazgo de las ideas, de los medios de comunicación y del contexto propio de cada escenario donde se desarrollen esas ideas; un complejo de factores que interactúan entre sí y determinan la forma de pensar de las personas.

Nótese que Niklas Luhmann hace mucho hincapié en las ideas “generalizadas”, aquellas que tienen mayor fuerza y son predominantes en un contexto particular, y que si bien ellas pueden ser vencidas, necesitan de una *reputación* suficiente que logre imponer una nueva idea. Así, al reconocer que toda persona se ve influenciada por su contexto, infiere que las respuestas a las cuestiones pueden ser predecibles, basándose en la idea generalizada. Tal razonamiento lo realiza, dice, para reducir la complejidad, pero en realidad constituye el sustento de su *teoría de sistemas*, donde afirma que todo subsistema (ya sea el político, el jurídico, el económico o cualquier otro que esté dentro del sistema social) genera sus propias reglas de juego y si bien puede recibir influencia o injerencia de otros subsistemas, esto solo ocurre de vez en cuando; lo general es la autosuficiencia de cada subsistema, proceso al cual se denomina *autopoiesis*. Así, cada subsistema encuentra la forma de reducir la complejidad y autodesenvolverse para la resolución de los conflictos o disputas.

Dicho esto, puede colegirse con mayor claridad que la insistencia en la influencia generalizada y la necesaria (y excepcional) reputación para modificar el predominio de ciertas ideas es debida a esta forma que tiene de entender las cosas. En cambio, líneas arriba hemos hecho alusión al planteamiento de Jürgen Habermas y de Steven Lukes, quienes reconocen, al igual que Niklas Luhmann, la fortaleza de las ideas generalizadas, pero sugieren que la reputación a la que alude este último se da de manera más continua, debido a que los subsistemas reciben constante información e influencia

²⁶ LUHMANN, Niklas. **El poder**. Barcelona: Anthropos, 1995. p. 110-111.





de los otros subsistemas porque existe una interacción más fluida entre ellos, proceso al cual se le denomina *heteropoiesis*.

4. CONDICIONANTES DE LAS IDEAS

Continuando con el razonamiento acerca de la formación de ideas en los hombres, Robert Dahl reconoce esos periodos de receptividad de ciertas ideas (generalizaciones, en términos de Niklas Luhmann), pero advierte que la receptividad de ellas por las personas o grupos de personas depende de:

- “1. El peso de la exposición a la creencia; lo cual a su vez:
Requiere que la creencia se haya formulado y difundido en el medio ambiente del individuo, y
Depende de la influencia que ejercen en el proceso de socialización los defensores de tal creencia.*
- 2. El prestigio relativo de la creencia, que a su vez depende de:
a) el prestigio personal de sus defensores y antagonistas, y
b) los éxitos y fracasos de las personas, organizaciones e instituciones que simbolizan tal creencia.*
- 3. El grado de congruencia entre la nueva opinión y las percepciones que el individuo tiene de la realidad, configuradas estas percepciones por:
a) las opiniones actuales del individuo
b) las experiencias del individuo”²⁷*

Así, las creencias cognitivas están determinadas por factores muy distintos, donde juega un rol preponderante la influencia del medio que rodea a las personas, pero también la particular formación de cada persona. Robert Dahl presupone que la mayoría de las personas son más receptivas durante los primeros veinte años de vida, periodo a partir del cual las creencias permanecerían más estables, pero que es erróneo pensar que ya no pueden modificarse, dado que la socialización y el interés personal de cada individuo hacen que no se pueda conocer a ciencia cierta el modo de receptividad y formación de las ideas.

Así, las ideas que surgen en el espacio temporal de la vida de las personas dependen de la oportunidad de tener acceso a ellas, condicionadas por la formulación y difusión que las mismas hayan tenido, así como de la influencia que tengan los defensores de aquéllas ideas (familia, iglesia, escuela, universidad, etc.), asociada con los éxitos y fracasos experimentados. Aquí Robert Dahl nos pone el ejemplo de Benjamin Franklin, el de Mahtma Gandhi y Martin Luther King, donde destaca que ha sido el

²⁷ DAHL, Robert. **La poliarquía. Participación y oposición**. Madrid: Tecnos, 1989. p. 165.





prestigio de los mismos un factor sin el cual no se puede comprender el peso que sus ideas han tenido en sus países. A su vez, los planteamientos por ellos impulsados dieron un fuerte respaldo a los logros positivos que se atribuyen a sus ideas, logros que se cristalizan en las personas, instituciones y organizaciones. Sobre esta base debe entenderse, dice, que "...el simple hecho de que la democracia pareciera funcionar con éxito en los Estados Unidos resquebrajó los argumentos de los antidemócratas y durante todo el siglo XIX el prestigio del credo democrático ha sido muy alto en Europa y América".²⁸ Destaca así que el acceso a las creencias varía de un momento a otro de la historia. "Este último argumento puede servir para demostrar el razonamiento genérico de que el joven estadounidense que haya crecido en la década de 1960 habrá tenido acceso a creencias muy distintas a las que estuvo expuesto el joven de los años 1950 o 1900..."²⁹

Otro factor a tener en cuenta es que las nuevas opiniones deben ser coherentes con las que las personas tienen en ese momento, pues cuando entran en conflicto las personas entran a sopesar razones y de ellas pueden surgir descrédito para la nueva idea propugnada. También puede desecharse la antigua creencia, pero debe tenerse en cuenta que las ideas permean de diferentes maneras en las personas. Esto no es otra cosa que afirmar que la cultura personal (las convicciones, perspectivas y hábitos psicológicos) es la que suministra los supuestos mentales con que cada persona contrasta y calibra las diferentes percepciones, porque la interpretación que le damos a las cosas dependen de los valores que priorizamos en nuestro esquema mental, donde la escala de valores de cada uno sirve de instrumento interpretativo de las nuevas ideas, las que son redefinidas conforme con ese proceso. "La necesidad de que las ideas sean subjetivamente congruentes les confiere cierta vida propia, o desarrollo autónomo, y las preserva de caer bajo el control total o la manipulación de los intereses sociales. Si bien es incuestionable que las opiniones sociales y políticas son de carácter más determinista que los sistemas absolutamente abstractos –como las matemáticas o la física– una vez que el principio social o político llega a enclavarse con firmeza en la cultura política, cabría decir que viene a ser –casi literalmente– un axioma a partir del cual se extraen conclusiones nuevas, no anticipadas y aparentemente ineludibles; de modo que las 'funciones' que originalmente cumple un principio, y los 'intereses' que inicialmente satisface, ya no pueden controlar ni imponer por más tiempo las conclusiones que de él se extraen".³⁰

Por último (y no por ello menos importante) Robert Dahl hace referencia a que la permeabilidad de las ideas también es percibida a partir de las experiencias personales de cada uno, porque cada sujeto forja su opinión en concordancia con sus vivencias

²⁸ DAHL, Robert. **La poliarquía. Participación y oposición**. Madrid: Tecnos, 1989. p. 156.

²⁹ DAHL, Robert. **La poliarquía. Participación y oposición**. Madrid: Tecnos, 1989. p. 157.

³⁰ DAHL, Robert. **La poliarquía. Participación y oposición**. Madrid: Tecnos, 1989. p. 158.





particulares. Para que las ideas sean aceptadas, la relevancia de la experiencia se manifiesta en la credibilidad que las personas otorgan a los aspectos cognitivos de la opinión, "...pues si las percepciones propias de la realidad entran en conflicto con las que contiene la nueva creencia a la que el sujeto se expone, se hará preciso rechazar las percepciones propias, la discrepancia, o la validez de la nueva idea en un intento de reducir la tensión; cualquiera de las tres alternativas es posible, pero la última es la más común. También en este caso resulta evidente cuán importante es la cultura en cuyo seno se forma el individuo y que le condiciona a interpretar sus vivencias de determinada manera".³¹

Este último factor (la coherencia de las ideas con la experiencia) es quizás el que mayor información nos brinda para redefinir los conceptos e interpretar las cosas, así como para explicar porqué cada persona piensa diferente, pues cada una realiza una selección perceptiva en función de la realidad (vivida, experimentada) y ello le genera una expectativa diferente en cada caso. "Durante todo el día *seleccionamos* inconscientemente las percepciones del mundo que nos rodea. El hombre puede evitar las percepciones desagradables dirigiendo su atención a otra parte y percibiendo o pensando de acuerdo con sus deseos... La forma de negación más simple es la de eliminar la percepción dirigiendo la atención a otra cosa... Muy a menudo, la gente *rellena los espacios en blanco* con percepciones nacidas del deseo".³² Este proceso, nos dice Robert Dahl, continúa durante toda la vida y las creencias pueden ser modificadas drásticamente si se contraponen a las experiencias personales, como ocurrió con los soldados alemanes al rendirse primero individualmente, después en pequeños grupos y luego en tropel al ver que la propaganda de Berlín se contraponía con sus experiencias en el campo de batalla.³³

En este sentido, también debe tenerse presente que existen experiencias compartidas por muchas personas y otras son propias de cada individuo. Siendo esto así, resulta ya desdeñada la idea de que las interpretaciones que tomamos como personas y las autoridades públicas en particular pueden ser siempre predecibles. La cantidad de factores que intervienen en la configuración de decisiones (ya sean políticas, administrativas, judiciales o legislativas) otorgan un carácter contingente a las mismas, más aún si se tiene en cuenta el carácter cada vez más abierto y maleable de las normas.

Más aún en democracia, la formación de las ideas personales requieren de un máximo respeto a la libertad de autodeterminación de las personas, como nos señala

³¹ DAHL, Robert. **La poliarquía. Participación y oposición**. Madrid: Tecnos, 1989. p. 159.

³² JANIS, Irving; MAHL, George; KAGAN, Jerome; HOLT, Robert. **Personality Dynamics, Development and Assessment**. New York: Harcourt, Brace and World, 1969. p. 354.

³³ En el ocaso de la guerra, la información que salía de Berlín era que el frente alemán seguía ganando territorio, mientras que la experiencia de los soldados que iban o venían de los campos de batallas era completamente opuesta, lo que motivó la desertión de los soldados del ejército alemán.





Ronald Dworkin: “democracia significa que las personas se gobiernan a sí mismas cada cual como asociado de pleno de derecho de una empresa política colectiva, de tal manera que las decisiones de una mayoría son democráticas sólo si se cumplen ciertas otras condiciones que protegen la condición y los intereses de cada ciudadano en tanto asociado de pleno derecho a esa empresa”.³⁴ Tal es la finalidad con la incorporación de derechos individuales en las constituciones nacionales, donde la libertad de expresión configura la dignidad humana y constituye la esencia de la asociación entre los hombres. Ello nos dice que vivimos en un mundo donde se deben respetar las convicciones particulares y las ideas, según hemos desarrollado líneas arriba, están determinadas en gran medida por factores donde talan el particular razonamiento de cada individuo. Si no se respeta la disparidad de criterios, continúa Ronald Dworkin, se rompe la igualdad de oportunidades entre las personas, pues “no damos trato de socio a alguien con quien discrepamos –lo tratamos como un enemigo o, en el mejor de los casos, como un obstáculo– cuando no hacemos ningún esfuerzo, bien sea para entender la fuerza de sus ideas opuestas, o bien para desarrollar nuestras propias opiniones de un modo que las haga sensibles a las suyas”.³⁵

Esa idea es desarrollada por Ronald Dworkin para hacer frente y rebatir las concepciones que propugnan un carácter *mayoritario* de la democracia, donde las decisiones estarían justificadas por el solo hecho de que provienen de una mayoría legitimada popularmente, dado que esta última forma de entender la democracia desatiende cuestiones fundamentales de justicia, igualdad y libertad de las personas, lo cual es corroborado por las diversas decisiones que toman los gobiernos, pues en ellas no existe una votación, ni siquiera una deliberación, y las mismas pueden ir (en la mayoría de las veces van) en contra del deseo de la mayoría de los ciudadanos, como sucede con las medidas impositivas, el aborto, derechos de los homosexuales y otras cuestiones. “En cualquier momento dado, muchos miles de personas desempeñan cargos públicos para los que han sido elegidos y designados, y el poder político que tienen, incluso quienes detentan los cargos más bajos, será mucho mayor que el de la mayoría de sus conciudadanos que permanecen en la esfera de lo privado. No vale decir que en última instancia todos los ciudadanos tienen una capacidad de influir igual a la del presidente, puesto que, en el momento de escoger al ganador de las próximas elecciones, el presidente, igual que todos los demás, dispondrá de un solo voto. Esta afirmación es absurda; el presidente y las personas por él designadas reciben un poder imponente durante varios años en el que ni usted ni yo podemos apenas interferir. (...) El gobierno

³⁴ DWORKIN, Ronald. **La democracia posible. Principios para un nuevo debate público**. Barcelona: Paidós, 2007. p. 168. Tal caracterización realiza Ronald Dworkin acerca de la concepción *asociativa* de la democracia, por oposición a la democracia *mayoritaria*, de modo a resaltar que democracia no es solo un proceso, sino que incumbe valores que deben ser respetados en todo momento.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **La democracia posible. Principios para un nuevo debate público**. Barcelona: Paidós, 2007. p. 169.





representativo es sólo la más drástica de las formas en que unos pocos entre nosotros llegan a tener un poder político desproporcionadamente mayor que el que tiene todo el resto incluso cuando los votos son nominalmente iguales”.³⁶

En toda sociedad, siempre existe un mínimo de libertades individuales y dentro de éstas, la dignidad humana es el pilar y base de su justificación. Así, la libre formación de ideas es uno de los talentos definidores de la dignidad humana y, como ha sido desarrollado antes, la voluntad individual juega su papel preponderante en dicho proceso formador. De ahí que las opiniones de las personas, en democracia, varíen en función de la particular valoración de cada una. Por ejemplo, “es inconsistente con la dignidad de una persona someterse a la autoridad coercitiva de otros al decidir qué papel debería desempeñar en su vida la religión u otros valores éticos comparables, de modo que la concepción asociativa requiere alguna garantía de que la mayoría no impondrá su voluntad en estas cuestiones. Por tanto, según la concepción asociativa, los derechos constitucionales que protegen la libertad que los individuos tienen para tomar sus propias decisiones éticas no comprometen la democracia, sino que más bien constituyen un intento de garantizarla”.³⁷

Se destaca así el alto contenido valorativo que contiene y se forma cada persona, y que ello determina la respuesta o solución que será asumida en las decisiones públicas. Ahora, cabe hacer una salvedad insoslayable: esto es una posibilidad, una que suele ocurrir muy a menudo, pero no por ello se pretende desestimar el razonamiento autorreferencial al que alude Niklas Luhmann, pues también es posible encontrar sentimientos comunes o ideas generalizadas en cierto tiempo y espacio, lo cual sirve para unificar ciertos criterios en ciertos aspectos y ello debe ser reconocido por quien toma una decisión. Las reglas normativas y las manifestaciones sociales³⁸ actúan para hacer previsible cuanto se pueda.

Lo que con ello queda de manifiesto es que las decisiones (en democracia) adquieren matices circunstanciales y para evitar la tiranía o la arbitrariedad deben encontrarse mecanismos de control (hasta donde se pueda) sobre aquéllas. Lo que no puede es desconocerse la existencia de las diferentes connotaciones que rodean al ejercicio del poder y, en consecuencia, pretender simplificar las cosas negando lo que es a todas luces visible. A tal efecto y como las decisiones son tomadas por los representantes (en

³⁶ DWORKIN, Ronald. **La democracia posible. Principios para un nuevo debate público**. Barcelona: Paidós, 2007. p. 179-180.

³⁷ DWORKIN, Ronald. **La democracia posible. Principios para un nuevo debate público**. Barcelona: Paidós, 2007. p. 184.

³⁸ Una de esas herramientas de discusión y formación de sentimientos comunes se desarrolla a través de los medios de comunicación (cada día más avanzados). Un análisis de la influencia mediática en las decisiones políticas puede verse en MENÉNDEZ, María Cristina. **La impronta mediática sobre la teoría política**. Disponible en: <<http://www.saap.org.ar/esp/docs-congresos/congresos-saap/V/docs/smulovitz/maria-cristina-menen-dez.pdf>>. Acceso: 07 mai, 2011.





la democracia representativa) conviene analizar esta institución y plantear su dinámica y riesgos.

5. LAS DECISIONES DE LAS PERSONAS PÚBLICAS EN LA DEMOCRACIA POSIBLE

Ernst Wolfgang Böckenförde³⁹ hace un análisis de la representación democrática bastante interesante, a partir del cual pueden entenderse los factores que intervienen en el comportamiento de las personas que dirigen los órganos representativos. El citado autor empieza mencionando que si bien el término democracia alude a la democracia directa (porque deriva del ejercicio ateniense de la misma, porque la soberanía no puede ser transmitida o delegada y reside de forma inalienable en el pueblo, así como porque constituye la salvaguarda para evitar el dominio de una clase sobre otra), es decir autogobierno del pueblo, ese concepto es irrealizable en la práctica, debido a la gran extensión de los territorios y a la elevada cifra de la población, lo que conlleva a hacer ineludible el ejercicio de la democracia representativa para la toma de decisiones que conciernen al gobierno (ejercicio de soberanía), sin dejar de reconocer que cuanto más se manifiesten los mecanismos de democracia directa (como una consulta o asamblea populares, referéndum y demás) mayor será la legitimidad de los órganos decisores, dado que se otorgará un *plus* de democracia al sistema.

Entre las dificultades que se presentan para un efectivo autogobierno del pueblo, Ernst Wolfgang Böckenförde alude a tres razones: a) la voluntad del pueblo debe ser concretada, dado que no existe como algo acabado, precisa ser actualizada constantemente, y esa concreción necesita de un guía que oriente la toma de decisión. En el ejemplo de las consultas populares, el contenido de las preguntas va a determinar la respuesta, dado que solo se puede responder con "sí" o "no" y el pueblo no puede influir en la formulación de aquéllas (esa iniciativa corresponde a unos pocos); b) los ciudadanos no tienen el suficiente interés para participar políticamente, esa no es su prioridad, solo son ciertas élites las que articulan sus intereses participando en el proceso. A ello suma el carácter complejo y la cantidad de las decisiones que hay que han de tomarse y ello conlleva la profesionalización de esa participación política; c) toda unidad social y política solo surge a través de procesos de organización para unificar acciones, para una actuación coordinada de la colectividad; sin esa unidad del grupo solo existen individuos descoordinados y para reencauzar esto se precisa de uno o varios órganos que asuman la función de dirigir a todos, como un equipo de fútbol o una compañía de soldados. "Para que llegue a formarse una unidad de acción es preciso además que se haya tomado una decisión conforme a un plan sobre el tipo y el fin de la ordenación

³⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 1993.





común, (...) así como sobre los medios que han de utilizarse”.⁴⁰ Y como toda organización precisa de autoridad, quienes ejercen la dirección del grupo deben contar con cierto grado de libertad para tomar las decisiones, lo que equivale a decir “un poder no vinculado democráticamente”. En esta última dificultad, resaltada por nuestro autor, puede notarse ese resquicio de autonomía omnipresente en la labor de quien tiene que tomar una decisión dentro de un colectivo.

Al ser irrealizable el ideal de la democracia directa, surge la necesaria representación a través de la conformación de los órganos y designación de autoridades que ejercerán la función de dirección de la colectividad, tomando las decisiones que consideren convenientes. La democracia no puede ser entendida sin esta intermediación entre soberanía y ejercicio del poder, pero puede ser enmarcada para controlar, responsabilizar y legitimar las decisiones de los representantes, de modo que no se convierta en tan solo un maquillaje de gobiernos autoritarios. Siguiendo con el razonamiento de Ernst Wolfgang Böckenförde, este freno a las decisiones arbitrarias se canaliza a través de mecanismos democráticos, como una estructura jurídico-legitimadora del poder que ejerce el Estado, la cual va a evitar que se desplace el concepto de soberanía hacia los representantes y que estos ejerzan su voluntad por encima de la colectividad, a la vez que se incorpora al sistema la posibilidad de contrapesar democráticamente algunas decisiones (representación directa en ciertos asuntos relevantes, como contrapeso), así como una limitación temporal a ese ejercicio y la implementación de causales para retirar la confianza y ese ejercicio de la representación. No obstante ello, se refuerza la idea de que la única forma de actuación colectiva se da a través del otorgamiento de poderes a órganos de dirección para la satisfacción de los intereses generales⁴¹ y si bien cuesta determinar la decisión que habrá de tomarse para cada caso concreto, la idea subyacente de la representación es la fidelidad en la defensa de los intereses del pueblo, ya que “los órganos de dirección que actúan por sí mismos, autorizados de esta forma, actúan en nombre del pueblo y para el pueblo, lo representan como organizado en una unidad política de acción. En este sentido son representantes del pueblo, y el poder del Estado así organizado es un poder democrático-representativo”.⁴²

Ahora, para que pueda legitimarse el ejercicio de la representación, además de reglas formales que establecen el vínculo entre pueblo y autoridad, se hace necesaria la actualización constante de los contenidos de la voluntad colectiva, de manera tal que los ciudadanos puedan reconocerse en las acciones de sus representantes. Esta función exige la voluntad de estos últimos, que sus decisiones estén encaminadas a satisfacer

⁴⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 1993. p. 141.

⁴¹ HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

⁴² BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 1993. p. 144.





esos sentimientos comunes que muchas veces son perceptibles en el ambiente o, si esas ideas no son fácilmente reconocibles, que se haga un esfuerzo racional por tomar la mejor decisión posible. Este constituye el mayor reto de la democracia, la disociación entre el rol de los representantes y el ideal de su ejercicio, riesgo que queda siempre latente por esa impermeable delegación que se produce para la toma de decisiones. "La democracia de la identidad considera que la disociación está resuelta ya en la decisión que se toma estando presente el pueblo, y, por otra parte, las formas autoritarias de lo político sustraen la solución de este problema al proceso político, y en su lugar lo remiten a una persona o a un grupo reducido de personas (los órganos de dirección). Frente a ello, la democracia representativa mantiene abierta la solución de esta cuestión y la remite al interior del proceso político: la actualización y la efectividad de la identidad del pueblo se hacen posibles institucional y procedimentalmente a través del proceso abierto de la representación, pero al mismo tiempo tiene que producirse y realizarse este proceso (...) En esa medida la representación democrática puede concebirse como un proceso dialéctico del grupo consigo mismo".⁴³

Se revela así el factor clave para el cumplimiento del ideal democrático, el cual, a la vez que exige el cumplimiento de cierto tipo de comportamiento (el que haga efectivo la realización de los intereses colectivos) a través de las decisiones políticas, ello queda supeditado a la actitud de los representantes. Al hacerse cada vez más patente esta relación entre ideal y realidad puede entenderse el creciente descontento de la población⁴⁴ que se traduce en una crisis de la democracia representativa y por ello no es raro que cobre auge la idea de quienes propugnan la realización de la democracia directa. Al fin y al cabo, ninguna de las dos formas de entender la democracia cumpliría con su objetivo, por lo menos esta última (la directa) aseguraría una mayor participación social.

Ahora, pudiendo pensarse que las dos formas de entender la democracia serían ilusorias, Ernst Wolfgang Böckenförde nos plantea una diferencia conceptual a tener en cuenta: la democracia directa presenta una dificultad práctica para que sea realizada, no cuenta con mecanismos que hagan posible su realización o, mejor dicho, sus mecanismos son tan onerosos y aún así no se asegura la plena participación (por los motivos expuestos líneas arriba), que hace irrealizable la idea de decidir en el *ágora*. En cambio, la democracia representativa no presenta esas dificultades, presenta otras que se desenvuelven en el plano ético-normativo, donde depende de la actitud de los representantes el cumplimiento de las máximas democráticas, con lo cual su realización se desplaza "...al interior del propio proceso abierto de la política: tiene en él la

⁴³ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 1993. p. 152-153.

⁴⁴ Defraudación de la confianza de los ciudadanos hacia sus representantes, lo que les impide reconocerse.





oportunidad de realizarse, pero también el riesgo de que esto no ocurra".⁴⁵ Para que pueda realizarse, el autor alemán nos señala dos dificultades que deben superarse: la predisposición individualista de todos y las actitudes cortoplacistas (populistas) de los gobernantes para mantenerse en el poder.

La primera dificultad se presenta por el carácter plural de los intereses en juego y ello hace que la sociedad se estructure con un cierto énfasis individualista: los diferentes grupos o sectores compiten entre sí por imponer sus conveniencias, los ciudadanos creen que la defensa del interés general solo compete a los gobernantes y se desinteresan por su concreción. En síntesis, falta ese espíritu colectivo que se construye desde abajo, ese cimiento de moral pública propio de las sociedades más avanzadas. Para este menester hace falta un involucramiento general y para ello se deben crear los canales pertinentes.⁴⁶

La segunda dificultad es la consecuencia de la lucha por el poder: para mantenerse en el cargo, los órganos de representación dependen de los votos y estos no se consiguen siempre con las propuestas y medidas más racionales, con decisiones orientadas a crear una base fuerte e implementar un proceso gradual pero que dé resultados beneficiosos para la colectividad. La lógica del voto requiere hechos plausibles en el corto plazo para otorgar la confianza pública y esto suele predeterminar una conducta populista por parte de quienes ostentan el poder y de quienes quieren llegar al mismo.

Esta crisis de la representación exige la atención ciudadana a estas cuestiones y que ella se encarrile en una postura crítica para mejorar la calidad representativa y para exigir decisiones serias a las autoridades, criticando las malas decisiones. Esto solo se puede llevar a cabo participando en la vida política, cada uno desde su espacio social e involucrándose en los procesos intercomunicativos de temas trascendentales. Con todo, "si en una democracia faltan personas o grupos con el valor suficiente para estar a la altura del desafío de la acción representativa y de las correspondientes consultas al pueblo; si no las hay en el Parlamento, en el Gobierno y en los partidos políticos, entonces la democracia degenera rápidamente en formas de autoservicio político, o –en el supuesto de decisiones difíciles– entra en una situación agónica, y no habrá modo de detener o enderezar esto institucionalmente. Esta labilidad de la democracia pertenece a su propia naturaleza; es algo que nunca se podrá eliminar ni por debates ni por medidas organizatorias mientras sigamos pisando suelo democrático. Un pueblo que organiza y establece su vida política democráticamente tiene que tener la fuerza y la disposición adecuadas para perseverar. La democracia, vista así, es una forma de

⁴⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 1993. p. 156-157.

⁴⁶ Una propuesta bastante interesante para lograr este objetivo puede encontrarse en: DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**. Principios para un nuevo debate público. Barcelona: Paidós, 2007.





Estado ambiciosa, incluso probablemente difícil; su condición de existencia es que existan unos amplios cimientos de cultura política".⁴⁷

6. INCIDENCIA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Dado por supuesto dicho tren de ideas, ¿cómo afecta a la aplicación del Derecho, siendo que el Derecho constituye el reducto para simplificar la realidad y hacer predecibles los comportamientos? Pues bueno, el conjunto de disposiciones jurídicas tampoco escapa a la contingencia de las cosas, pero ¿qué es aplicar el Derecho si no un acto de decisión? Por lo mismo, al constituir un proceso de decisión juegan en la cabeza del intérprete llamado a aplicar una norma todas las variables psico-sociales antes explicitadas. Cabe ahora preguntarnos, entonces, si en un contexto democrático es posible encontrar una sola respuesta correcta para todos los casos de aplicación del derecho. La respuesta, obviamente viene ya dada por el planteamiento hasta aquí realizado: existen concepciones y experiencias, individuales y sociales, que determinan las respuestas de las personas, lo cual no asegura uniformidad de criterios o pensamientos.

Como manifiesta Juan Igartúa "el significado de una disposición legal depende de las directivas utilizadas y de las valoraciones que las sostienen",⁴⁸ y esas valoraciones son realizadas por seres humanos, cada uno del cual tiene la libertad para formarse sus propias ideas. Al fin y al cabo, "a la norma interpretada se le atribuye un sentido y tal atribución es deudora de las directivas y valoraciones que se pongan en juego. Por tanto, una decisión interpretativa no es verdadera ni falsa (en la acepción clásica de esos términos). Será justificada o injustificada, eso sí".⁴⁹

Haciendo un paralelismo con las influencias presentes en el ejercicio del poder, I Juan Igartúa señala que, tratándose de límites normativos, factuales e ideológicos para quien interpreta una disposición jurídica en un caso concreto, esos límites sí restringen el campo de actuación del intérprete, lo demarca, pero no lo anula por completo. Las reglas jurídicas no pueden prever el universo de posibilidades en los tipos normativos, debido a la contingencia con que ocurren los acontecimientos y "de las limitaciones factuales cabe aseverar lo mismo. La cultura jurídica (por ejemplo a través del postulado del legislador racional) pone en juego unas actitudes epistémicas y axiológicas comúnmente aceptadas, pero con un contenido que no siempre se sustrae al influjo de diferentes ambientes e ideologías. Por su parte, el papel del precedente y de la doctrina

⁴⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 1993. p. 158.

⁴⁸ SALAVERRIA, Juan Igartúa. **Teoría Analítica del Derecho (La interpretación de la Ley)**. Pamplona: Oñati, 1994. p. 91.

⁴⁹ SALAVERRIA, Juan Igartúa. **Teoría Analítica del Derecho (La interpretación de la Ley)**. Pamplona: Oñati, 1994. p. 91.





dependerá del valor que se asigne a tales o cuales decisiones judiciales y previas y a éstas o aquéllas opiniones de la doctrina”.⁵⁰

7. NECESIDAD DE UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA ADMINISTRACIÓN BUROCRÁTICA PARAGUAYA

El Estado paraguayo está estructurado con el esquema tradicional de separación de poderes, entendido éste bajo la premisa de un Poder Ejecutivo fuerte y desvinculado del Poder Legislativo en la función administrativa o de gobierno.⁵¹ Se caracteriza por la fuerte dependencia que tienen los organismos públicos del Poder Ejecutivo y, cuando no (como sucede con ciertos organismos constitucionales autónomos u órganos extra-poderes), por lo menos existe un fuerte grado de vinculación interorganizacional.⁵² Tal es así que las sucesivas “reformas” que se fueron dando han consistido en la creación o supresión (en proporción, hubo mucho más creaciones que supresiones) de unidades administrativas, con la idea que ello hace deslindar responsabilidades, especializar a los funcionarios en tareas específicas y posibilita una mayor relación de los funcionarios con los problemas, lo cual permitiría que se brinden mejores y mayores soluciones.⁵³

Producto inmediato de todo ello es la fragmentación de las instituciones públicas, la poca coordinación que existe entre ellas arroja no pocos problemas, pues coexisten muchas instituciones y la tarea coordinada, junto con el ofrecimiento de soluciones globales, van quedando un tanto rezagadas. Para hacer frente a este problema se suele inferir que la solución está en la concentración de la burocracia por parte del Poder Ejecutivo, motivo por el cual se suele reforzar el poder de éste. Consecuencia de todo ello es un presidencialismo marcadamente fuerte y una labor obstructiva (en vez de constructiva y de cooperación) por parte de los parlamentarios.

Ello no puede dejar de resultar curioso por cuanto que en EE.UU., cuna del presidencialismo americano, el desarrollo de las instituciones gubernativas ha sido completamente diferente. Allí puede notarse una fuerte presencia de los congresistas en la definición, seguimiento y control de las políticas públicas de las agencias nacionales o instituciones públicas con funciones ejecutivas; ya sea a través de relaciones informales o de contactos institucionales, como audiencias en las comisiones y la aprobación del presupuesto correspondiente para esas agencias. Cabe recordar que en EE.UU. los

⁵⁰ SALAVERRIA, Juan Igartúa. **Teoría Analítica del Derecho (La interpretación de la Ley)**. Pamplona: Oñati, 1994. p. 91.

⁵¹ CHASE PLATE, Luis Enrique. La función pública en Paraguay. In: PUON, Rafael Martínez (Org.). **La profesionalización de la Función Pública en Iberoamérica**. Madrid: INAP, 2002. p. 175 a 206.

⁵² Como es el caso del Banco Central del Paraguay, quien debe seguir la política económica fijada por el gobierno y cuyo enlace es el Ministro de Hacienda.

⁵³ BORRÁS MARIMÓN, Francisco. **La reforma del Estado: la dinámica de Paraguay**. Disponible em: <http://www.administraciondigital.es/index.php?option=com_content&view=article&id=594%3Ala-reforma-de-lestadola-dinamica-de-paraguay&catid=14%3Aopinion&temid=40>.





parlamentarios integran alguna comisión, en alguna rama específica, y ello significa que el éxito de la o las agencias que incumben a su área de acción significa también un prestigio para el congresista. No es de extrañar, pues, que los mismos basen su carrera política en el éxito de las agencias de su área, dado que eso le genera el reconocimiento y la valoración de la ciudadanía.⁵⁴

Frente a ello, hasta ahora, las reformas del Estado planteadas en el Paraguay ha ido en sentido contrario al indicado en el párrafo anterior, pero un estudio comparativo con la dinámica estadounidense nos puede servir para reencauzar el sentido de nuestras reformas y aprender de nuestros errores. Para tal menester, cabe, en primer lugar, analizar cuál ha sido la corriente doctrinaria que ha influido en la toma de decisiones para que el Paraguay realice sus reformas en el sentido indicado más arriba. Una vez que se comprenda el origen de tales medidas recién podemos plantear otras que nos lleven hacia un camino mejor. Para tal cometido, no puede dejar de interesarnos la experiencia extranjera (como Alemania y Chile), sin que ello obnuble la realidad paraguaya. A esto nos dedicaremos en las siguientes líneas.

a. Tradición neo-liberal, fracaso de las propuestas

Si bien en el Paraguay no llegaron a implementarse, pese a una fuerte insistencia, muchas propuestas neoliberales de reforma estatal, como la privatización de entes públicos, sí puede afirmarse que otras medidas, como el agrandamiento estatal (creación de nuevos organismos con nuevas funciones con relativa independencia) y la descoordinación que es consecuencia de ello, constituyen influencia directa de esta vertiente ideológica o, dicho de otro modo, la creación cada vez más intensa de nuevas dependencias administrativas, como secretarías ejecutivas de la presidencia de la república o direcciones dependientes de los ministerios (o la misma creación de nuevos ministerios), constituye el impacto del neogerencialismo en el Paraguay.

Como bien lo apunta Augustin Ferraro,⁵⁵ los postulados del neogerencialismo son: la nula intervención estatal en la economía, ya que el mercado es autosuficiente y la actuación de los organismos públicos debe ser diseñada como si fueran actores del sector privado; también se postula que la contratación con la gerencia pública debe obedecer a una retribución por resultados, procurando así la generación de incentivos en la labor gubernativa. Propende, sobre todo, la privatización de las empresas estatales.

En el Paraguay no se han llevado a cabo tales políticas, pese a una fuerte insistencia en la década de los noventa, por lo que no se puede decir que los propulsores de

⁵⁴ FERRARO, Agustín. **Reinventando el Estado, por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica**. Madrid: INAP, 2009. p. 174 y ss.

⁵⁵ FERRARO, Agustín. **Reinventando el Estado, por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica**. Madrid: INAP, 2009. p. 123 y ss.





ellas han triunfado, pero debe tenerse muy presente que una consecuencia o desarrollo importante de este tipo de políticas es la creación de varias agencias independientes que actúan de manera descoordinada (al haber muchas, se hace difícil y receloso el intercambio de información) y esto provoca no pocos problemas de coordinación y de deslinde de responsabilidades.⁵⁶

Como se ha expresado, en el Paraguay se han creado numerosas instituciones públicas, todas ellas, de alguna u otra manera, dependientes del Poder Ejecutivo, con lo cual parecería que esta situación se diferencia de las políticas neogerenciales. Pero debe repararse en que, al existir una gran cantidad de instituciones a su cargo, el Poder Ejecutivo tiene, realmente, muy poca injerencia en el desarrollo de aquéllas; claro, siempre está latente la posibilidad o facultad de orientar y definir las líneas de acción, pero si aterrizamos en el plano operativo esto no ocurre con mucha frecuencia y lo que pasa es que esos organismos (direcciones, secretarías ejecutivas y otros parecidos) tienen cierta independencia operativa en la ejecución de sus políticas públicas, lo que acrecienta el recelo institucional y ello obstruye el fluido intercambio de información con otras instituciones públicas. Todo esto porque, justamente, las sucesivas leyes de creación de nuevas dependencias se han olvidado de regular la coordinación entre las diversas entidades estatales.

Un reflejo de tales observaciones se representa en el análisis realizado por Luis Enrique Chase Plate,⁵⁷ donde se da cuenta de esta discordancia operativa y del caos que se presenta cuando existe más de una institución que se considera competente para ciertos asuntos, generándose una disputa que tarda algún tiempo en ser solucionado. Estas disputas, a su vez, generan roces y ocultamiento de información entre instituciones que debieran colaborar en el marco de acciones conjuntas. Asimismo, se indica que en no pocos casos se ha observado inactividad o desinformación en el seno de ciertas instituciones competentes para solucionar determinados problemas, inactividad producto de desinformación generada por el aislamiento en que se encontraban esas instituciones.⁵⁸

Por las circunstancias antes descritas, puede afirmarse que, aún si no se considera una influencia directa del neogerencialismo, no existe diferencia operativa entre las agencias independientes que propugna esta doctrina y las sucesivas instituciones

⁵⁶ Un estudio en la doctrina donde se destaca que en otros países esta relativa independencia de las instituciones públicas, del parlamento y hacia él, puede verse en OCDE. **La modernización del Estado. El camino a seguir** Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Trad. Sonia Piedrafito. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2006. p. 268.

⁵⁷ CHASE PLATE, Luis Enrique. La función pública en Paraguay. In: PUON, Rafael Martínez (Org.). **La profesionalización de la Función Pública en Iberoamérica**. Madrid: INAP, 2002.

⁵⁸ Se obvia la referencia a casos concretos, porque la finalidad aquí pretendida es dar cuenta de la relevancia del diseño institucional para el éxito o fracaso de las políticas públicas en general. Un análisis más acabado puede encontrarse en las referencias bibliográficas señaladas.





públicas que fueron creándose en el Paraguay, pues ocurre lo mismo, debido a la superposición de funciones y falta de cruzamiento de datos se genera una mala o tardía prestación del servicio debido, y quienes sufren son los ciudadanos por los mismos motivos. Es por estas semejanzas que asociamos lo ocurrido con las “reformas” paraguayas como un modelo neogerencial.

b. Reencauzamiento de las medidas, presencia del neoweberianismo

Como es lógico suponer, las consecuencias negativas de las reformas antes señaladas, sumado a experiencias vividas en otros países, hicieron que se replantee el tema de la orientación que debe tener una reforma del Estado (o de la burocracia). Ha quedado claro que a un esquema organizativo debe también seguir una serie de medidas que coadyuven a lograr una administración más eficiente; medidas tales como la profesionalización de la función pública, retribución digna e incentivos a los funcionarios, acceso meritario a los cargos, recuperación del espíritu público (muy desvalorizado de un tiempo a esta parte), un refuerzo de las relaciones interorganizacionales y una propensión a dar mayor participación a los actores sociales en el diseño de las políticas públicas. Todo ello, explica Augustin Ferraro,⁵⁹ sostiene y justifica la tendencia actual a darle mayor razón a las premisas de la corriente neoweberiana, la que se basa en los principios antes indicados, a consecuencia del fracaso de las propuestas neogerenciales y la necesidad de una reformulación de weberianismo clásico, destinados a reforzar el espíritu e intervención del servicio público, pero con un cambio de paradigma: los sectores privados afectados deben tener activa participación en la formulación, control y redefinición de las políticas estatales, de modo a complementar la democracia representativa. Sobre todo, se postula una orientación a darle mayor importancia a los resultados que al apego irrestricto a las formalidades, hay que conseguir los mejores resultados y a ello debe apuntalar cada organización pública.

Estas ideas parecen haber calado en el parlamento paraguayo cuando se aprobó la Ley de la Función Pública,⁶⁰ donde se prevé, entre otras cosas:⁶¹ una justa retribución salarial; la implementación del servicio civil de carrera, basado en la profesionalización de la función y el acceso por medio de concursos, de modo a incentivar la preparación de los recursos humanos, con lo cual, a su vez, se genera un orgullo el pertenecer al aparato estatal, pues se revaloriza su cargo y se va creando una identidad pública que

⁵⁹ FERRARO, Agustín. **Reinventando el Estado, por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica**. Madrid: INAP, 2009. p. 123 y ss.

⁶⁰ PARAGUAY, Ley N° 1626/2000 “Ley de la Función Pública”.

⁶¹ BORRÁS MARIMÓN, Francisco **La reforma del Estado: la dinámica de Paraguay**. Disponible En: <http://www.administraciondigital.es/index.php?option=com_content&view=article&id=594:la-reforma-delestado-la-dinamica-de-paraguay&catid=14:opinion>. Acceso: 11 mai. 2016.





enorgullece las tareas; control y redefinición de las políticas públicas gracias al seguimiento proyectado; capacitación permanente de los funcionarios.

Esa ley es muy auspiciosa y sigue las orientaciones neoweberianas (según se ha señalado anteriormente). Con la implementación “efectiva” de tales preceptos, tal y como está previsto, se ganará eficiencia y calidad en la prestación de las funciones públicas, por los siguientes motivos:

- El actual nivel salarial del funcionariado público paraguayo es muy bajo, ello genera un nulo incentivo para la realización de las tareas propias con excelencia y sentido de pertenencia a la institución. A su vez, esto provoca que la atención e interés del funcionario esté en otras cosas y no en el buen desempeño de sus funciones. La idea es crear diferentes niveles salariales, conforme con los diferentes rangos, de modo a incentivar la labor del servidor público y generar en éste mayores fuerzas para lograr una administración más eficiente.
- La consolidación de un servicio civil de carrera garantizará el acceso de los mejores a la función pública y a los puestos directivos y gerenciales. Esto hará que se revalorice la función de los servidores públicos e incentivará la formación constante y permanente para acceder a puestos más elevados y, lo que eso trae aparejado, un mejor nivel salarial y de vida. La obligatoriedad de un concurso para acceder a los cargos públicos tiene una imperiosa necesidad, sobre todo, para evitar el ingreso a esos lugares de gente inexperta, desinteresada y sin ningún mérito. Esto es lo que le quita valor a la función, esto desprestigia la labor de los demás, pues sucede muy a menudo que el funcionario público es analizado o juzgado desde la perspectiva del comportamiento de muy pocas personas (los funcionarios irresponsables o poco aptos).
- Este nuevo incentivo se traduce en una automática capacitación permanente por parte de los empleados públicos, dado que, al momento de cumplir una realización personal con nuevos o más avanzados estudios, se están realizando profesionalmente y encuentran un sentido a ello: saben que serán tenidos en cuenta, ya que el Estado tendrá muy en cuenta la formación para el acceso a los cargos de relevancia. Además, la meritocracia como método de selección refuerza el sentido de pertenencia, otorga mayor respeto a los funcionarios, a la par que genera una mayor calidad, eficiencia y eficacia en la ejecución de las labores administrativas y quien sale ganando es el país.
- Un mayor control y el énfasis en la redefinición de las políticas públicas permite seguir una secuencia lógica de acciones, con el parecer de los sectores afectados e involucrados, a la vez que permite estudios interdisciplinarios e interorganizaciones donde fluye el intercambio de informaciones. Todo esto, a su vez, queda documentado en las instituciones y en los funcionarios de





carrera, lo cual logra generar una memoria histórica y, con ello, se aumenta la posibilidad de no volver a caer en los errores del pasado.

- Unos mayores incentivos salariales, otorgados por resultados favorables, va a favorecer un clima de alta y saludable competencia institucional, un mayor interés por conservar el empleo y por el éxito de las acciones gubernativas. Resulta bien sabido que mayores son las prestaciones (o de mejor calidad, cuando menos) ante la presencia de incentivos por resultados. Ante ello, los funcionarios ponen un esfuerzo extra para alcanzar los objetivos propuestos y se vuelven más meticulosos en el desempeño de sus funciones.

Tales previsiones normativas serán muy provechosas en la medida en que se plasmen en la realidad y dejen de ser letra muerta, ya que depende de la voluntad política para llevarse a cabo. Resulta que la aplicación efectiva se ve obstaculizada por el clientelismo político todavía muy arraigado en la cultura política paraguaya, pero vale destacar los esfuerzos y logros obtenidos en esta etapa de consolidación del servicio civil de carrera.

"Hoy tenemos que el 40% de los ingresos al sector público, desde agosto del 2008 hasta ahora, se produjeron a través de concursos públicos de oposición. Pasamos del 0% al 40%. Esto significa que 31.410 personas se postularon y 11.620 cargos fueron concursados hasta febrero de este año. Falta el 60% porque no tenemos instalados todos los mecanismos que vuelvan esto obligatorio, un sistema de bloqueo a un nombramiento o un contrato que no se realiza mediante el procedimiento adecuado, pero este mecanismo lo (que) estamos construyendo".⁶²

Como vemos, todavía el camino a recorrer requiere de unos pasos decisivos y cruciales para el éxito de las propuestas esbozadas y plasmadas en la ley aludida. Esto nos demuestra que no bastan normas estructurales para alcanzar las metas propuestas, sino, sobre todo, voluntad política y un cambio de concepción en la valoración otorgada a la función pública. En este sentido, resulta dable destacar que se está trabajando en el bloqueo de los nombramientos sin concurso previo, en un portal único del empleo público y en la consolidación de la evaluación permanente e inducción de la conducta que deben observar los funcionarios, de modo a afianzar el espíritu de servicio público y compromiso con el país.⁶³

c. Dificultades con las que se suele y puede encontrar este tipo de medidas

Ahora, el curso normal de implementación de las medidas requeridas se ve obstaculizado por una fuerte resistencia política a la profesionalización de la función pública (o sistema meritocrático). Esa resistencia viene sucediéndose en el tiempo y es

⁶² SOTO, Lilian. Disponible en: <<http://www.sfp.gov.py/sfp/?node=page,1072>>. Acceso en 25 de agosto de 2011.

⁶³ *Idem*.





debida al interés de los políticos por mantener el *status quo*, gracias al cual cuentan con cupos o lugares para mantener trabajando a sus seguidores y principales operadores políticos, de capital importancia para ellos, situación que les permite seguir teniendo cierto peso electoral y aspirar a la reelección u otros cargos electivos.⁶⁴

En el Paraguay constituye una regla no escrita (aunque no por eso menos eficaz) que cada parlamentario tiene a sus *recomendados* trabajando en la justicia electoral (donde cada uno tiene su cupo) o en alguna institución pública donde tiene amistad con el Ministro. Perder este *privilegio* es el mayor temor de los políticos para oponerse a la efectiva implementación de la profesionalización de la función pública y todos (tanto oficialistas como opositores) hacen caso omiso a esta realidad tan arraigada en nuestra cultura política.

Esta constituye una barrera muy fuerte que hay que derribar para llevar a cabo un plan muy auspicioso, pero para ello hay que hacer fuerzas para que prime un criterio patriótico y objetivo en los políticos al momento de implementar políticas públicas eficaces y eficientes, como el respeto y la dignificación de la función pública.

Por otro lado, los políticos pueden conciliar sus intereses electorales con el buen funcionamiento de las instituciones, involucrándose más en las funciones de éstas. Con ello se provocaría una mayor especialidad de los parlamentarios, pues cada uno estaría asignado a un área específico (comisiones parlamentarias), donde adquirirá un gran conocimiento del manejo y principales problemas de esa área, lo cual, a su vez, le otorgará mayores herramientas para colaborar positivamente (en la aprobación de presupuestos y leyes regulativas) en el manejo del negocio público. Si todo esto lo maneja convenientemente, del éxito de esas intervenciones públicas puede quitar rédito político al publicar sus buenos resultados, esto le ocasionaría una alta estima pública, como ocurre en los EE.UU. Asimismo, como el parlamentario-político se vería inmerso en una frecuente interrelación con los funcionarios y directores de las instituciones, es fácil predecir que su influencia o incidencia en ellos crecerá.

Esto último no debe asustarnos, pues de hecho siempre ha existido, existe en la actualidad y es muy difícil que deje de existir. La influencia, el partidismo o clientelismo es muy difícil erradicar, hay que aceptarlo como una realidad y tratar de encontrar medidas para lograr que los efectos de tal ocurrencia sean lo menos perniciosos posible. Y tal menester puede ser alcanzado si se logra que la clase política de verdad se involucre en las políticas públicas y sienta como necesario e imprescindible el éxito

⁶⁴ Para abundar en detalles sobre los problemas con que tropieza la gestión pública para un desarrollo eficaz, véase LÓPEZ CAMPS, Jordi; GADEA CARRERA, Albert. **Una nueva administración pública**. Estrategias y métodos para mejorar la calidad y la eficiencia del e-Gobierno. Oñati: IVAM, 2001. p. 17 y ss.





de las acciones atinentes a su comisión parlamentaria, situación que le obligará a no recomendar a cualquiera para los puestos donde tenga injerencia.⁶⁵

d. Causa de la ineficacia de las medidas proyectadas

La principal falencia o el mayor déficit de las pretensiones normativas constituye el hecho de pretender erradicar toda injerencia política o de políticos en la función gubernativa. Sencillamente porque esto no va a ocurrir. Como se ha dicho, hay que lograr capitalizar hacia una acción objetiva tal realidad e intentar sacarle el máximo beneficio posible, pero para ello hace falta asumir cómo son las cosas. De nada sirve obviar la realidad, es ella quien debe estar presente en toda propuesta normativa para no caer en el olvido y, aún si se quiere moldear esa realidad, primero hay que tenerla presente para luego plantear soluciones viables y “cumplibles”.

Pretender que una ley sea letra muerta, aún antes de que salga a luz, es una actitud nada pragmática y, por ello, está muy alejada de brindar una solución valedera; este suele ser el motivo de los grandes fracasos en la implementación de reformas normativo-estructurales. Solamente pueden solucionarse las cosas si uno se enfrenta a los hechos y propone medidas factibles. De otro modo, los problemas continuarán y el irrespeto grosero a las leyes también continuará, situación nada alentadora y contradictoria de los postulados de un Estado de Derecho. “...el contexto en el que van emergiendo las políticas de reforma se nos presenta como un conjunto de factores parcialmente coincidentes y divergentes, que deben examinarse detenidamente en cada caso”.⁶⁶

Es por tales motivos que la influencia política en el Paraguay (o clientelismo político, como quiera llamársele), una realidad acuciante, no puede ser desconocida ni se puede pretender erradicarla por completo, porque no va a ocurrir. Lo que sí se puede intentar es moldearla, buscando que esa influencia negativa que ahora tiene se viabilice hacia actitudes que propicien un buen y mejor desarrollo de las políticas y función públicas.⁶⁷ Además, ella no siempre es perjudicial o negativa. Piénsese, por ejemplo, en que lo ocurrido antes de esta influencia multisectorial de los políticos en la función administrativa sólo había una persona (o un solo partido político) que tenía “competencia” para ejercer tales influencias. Ahora, en pleno tiempos democráticos, por lo menos pue-

⁶⁵ Un ejemplo de esta situación ocurre en Chile. Al respecto, véase el artículo de FERRARO, Augustin. Friends in High Places: Congressional Influence on the Bureaucracy in Chile. *Latin American Politics and Society*, [s.l.], vol. 50, n. 2, p. 101-129, jun./aug. 2008.

⁶⁶ LONGO, Francisco; ECHEBARRIA, Koldo. La nueva gestión pública en la reforma del núcleo estratégico del gobierno: experiencias latinoamericanas. In: SPINK, Peter; LONGO Francisco; ECHEBARRÍA, Koldo; STARK Carlos (Orgs.). *Nueva gestión pública y regulación en América Latina*. Balances y desafíos. Venezuela: CLAD, 2001. p. 141.

⁶⁷ Bajo un matiz diferente, pero con iguales propósitos, puede verse: OCDE. *La modernización del Estado*. El camino a seguir. Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Trad. Sonia Piedrafitra. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2006. p. 268





de observarse que la recepción de recomendaciones e injerencias provienen de múltiples fracciones, producto quizás de la necesaria negociación entre diversos sectores para obtener “contraprestaciones” o favores, con lo cual no se afirma que sea un estadio ideal, pero sí puede sostenerse que se acerca mucho más a un régimen democrático que el vigente anteriormente, conforme se ha explicado.

e. Propuesta, capitalización de la injerencia política

Un modo de capitalizar la influencia de los políticos en el ámbito burocrático es intentando viabilizar las intervenciones de ellos de una manera que sea provechosa para la Administración, tal y como ocurre en Chile, por ejemplo.⁶⁸

En Chile, pese a haber una prohibición constitucional a la injerencia de los parlamentarios en la Administración, ellos tienen una activa participación en las decisiones de los órganos burocráticos y una fuerte influencia en las designaciones. Aunque de manera informal, esto constituye una realidad institucionalizada por la práctica. Ello, puede considerarse, provoca muchos beneficios en el cumplimiento de las políticas públicas, pues los órganos administrativos cuentan con personas involucradas o interiorizadas de sus actividades y compenetradas con las autoridades de aquéllos, lo que facilita el diálogo para la aprobación de leyes favorable y, cuando menos, son escuchados cuando se presentan propuestas legislativas que inciden en su campo de acción; asimismo, pueden contar con más posibilidades de obtener los recursos (presupuestarios) correspondientes para la ejecución de sus planes, debido a ese mismo contacto con los parlamentarios. De igual manera, éstos mantienen una fluida comunicación (encuentros informales, pedidos de informes y contacto permanente con las personas a quienes recomiendan en los puestos administrativos), lo que les permite tener conocimiento cabal de cuanto ocurre en la unidad administrativa correspondiente.

Todo esto, si bien se mantiene (y a lo mejor aumenta) el grado de recomendaciones e influencias de los parlamentarios (políticos) en la función gubernativa, puede generar, en el Paraguay, no pocos efectos positivos; pues, además de los mencionados en el párrafo anterior, piénsese por ejemplo en que estos mecanismos se plasmen en disposiciones normativas y que toda la sociedad sepa de esta vinculación, con ello también crece la responsabilidad de los políticos pues se cuidarán bastante de recomendar a personas capaces, pues la inoperancia de sus recomendados serán conocidos y pueden ser culpados de los efectos perniciosos que las intervenciones de su apadrinado tuvieron lugar. Así, al tener una consideración negativa por parte de la sociedad, puede perder la opción de reelección frente al electorado, tal como ocurre en los EE.UU., según

⁶⁸ Según lo explica muy bien FERRARO, Augustin. Friends in High Places: Congressional Influence on the Bureaucracy in Chile. **Latin American Politics and Society**, [s.l.], vol. 50, n. 2, p. 101-129, jun./aug. 2008. p. 101-129. Otros ejemplos constituyen Alemania y EE.UU.





hemos comentado anteriormente, donde los políticos fundan el éxito de su carrera política en el éxito de su vinculación con los logros de las agencias (unidades burocráticas de ejecución de políticas públicas).

Así, lo que se propone no es cambio de cultura, sino institucionalizar la cultura para responsabilizar políticamente (y, por qué no, jurídicamente en algún momento, si todo va bien) a los parlamentarios y personas con injerencia en las designaciones y decisiones administrativas, se pretende crear un sentimiento de recelo en los políticos para se sientan interesados y compenetrados con el éxito de la empresa estatal y el buen funcionamiento de sus instituciones vinculadas. Lo que se intenta es sumar "... agentes de cambio capaces de llevar adelante las reformas, al representar una coalición de poder e intereses suficiente para vencer obstáculos y resistencias. Uno de los elementos más interesantes de la nueva gestión pública en los países occidentales ha sido su asociación a un protagonismo político desconocido por la reforma administrativa anterior".⁶⁹

No olvidemos que al involucrarse el legislador de una manera activa, automáticamente adquiere una especialización de las funciones de la entidad con quien mantiene fluida comunicación, lo cual redundará en una mayor calidad de las leyes. Esta especialización será debida al constante intercambio de información, por un lado, y al incentivo político (interés) de la retribución en confianza electoral (o mayor prestigio) con el buen desempeño de sus recomendados y los éxitos alcanzados por las políticas que a su campo de acción incumben.

8. SÍNTESIS

La base del éxito de una legislación radica en el conocimiento y aceptación de la realidad dentro de la cual será operativizada. La influencia política existe y es muy difícil erradicarla (tal como se pretende), la propuesta aquí esbozada radica en hacerla positiva, en involucrar esa influencia por canales que vislumbran mejores horizontes para conseguir una burocracia eficiente y eficaz en la administración de políticas públicas.

Involucrar de manera positiva esa influencia política a través de una herramienta que acepta esa realidad, tal como es, se facilita implicando a los políticos en los programas de gobierno, donde una interacción con la Administración puede redituar beneficios muy valiosos si se logra, tal como puede observarse en la experiencia de otros países.

⁶⁹ LONGO, Francisco; ECHEBARRIA, Koldo. La nueva gestión pública en la reforma del núcleo estratégico del gobierno: experiencias latinoamericanas. In: SPINK, Peter; LONGO Francisco; ECHEBARRÍA, Koldo; STARK Carlos. **Nueva gestión pública y regulación en América Latina**. Balances y desafíos. Venezuela: CLAD, 2001. p. 141.





9. REFERENCIAS

ABC. **"Dimite legislador indonesio sorprendido mirando pornografía"**. Disponible en: <<http://www.abc.com.py/nota/dimite-legislador-indonesio-sorprendido-mirando-pornografia/>>. Acceso: 13 abr. 2011.

BACHRACH, Peter; BARATZ, Morton. **Power and poverty. Theory and practice**. New York: Oxford University Press, 1970.

BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. Barcelona: Plaza y Janés Editores, 1985.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 1993.

BORRÁS MARIMÓN, Francisco. **"La reforma del Estado: la dinámica de Paraguay"**. Disponible en: <http://www.administraciondigital.es/index.php?option=com_content&view=article&id=594%3Ala-reforma-delestadola-dinamica-de-paraguay&catid=14%3Aopinion&Itemid=40>. Acceso: 21/09/2016.

CHASE PLATE, Luis Enrique. La función pública en Paraguay. In: PUON, Rafael Martinez (Org.). **La profesionalización de la Función Pública en Iberoamérica**. Madrid: INAP, 2002.

COHEN, Wilbur J. Deliberation and Democratic Legitimacy. In: HAMLIN, A.; PETTIT, B (Eds.). **The Good Polity: Normative Analysis of the State**. Oxford: Basil Blackwell, 1989.

CRENSON, Mathew. **The un-politics of air pollution: a study of non-decisionmaking in the cities**. Baltimore: The John Hopkins Press, 1971.

DAHL, Robert. **Democracy and its Critics**. New Haven: Yale University Press, 1989.

DAHL, Robert. **Who governs? Democracy and power in an American city**. New Haven: Yale University Press, 1961.

DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**. Principios para un nuevo debate público. Barcelona: Paidós, 2007.

FERRARO, Agustín. **Reinventando el Estado, por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica**. Madrid: INAP, 2009.

FERRARO, Augustin. Friends in High Places: Congressional Influence on the Bureaucracy in Chile. **Latin American Politics and Society**, [s.l.], vol. 50, n. 2, p. 101-129, jun./aug. 2008.

GRAMSCI, Antonio. **Selections from the prison notebooks of Antonio Gramsci**. Trad. Quintin Hoare y Geoffrey Nowell-Smith. London: Sawrence & Wishart, 1971.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. Madrid: Trotta, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2004.





JANIS, Irving; MAHL, George; KAGAN, Jerome; HOLT, Robert. **Personality Dinamics, Development and Assessment**. New York: Harcourt, Brace and World, 1969.

OCDE. **La modernización del Estado**. El camino a seguir. Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Trad. Sonia Piedrafito. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2006.

LÓPEZ CAMPS, Jordi; GADEA CARRERA, Albert. **Una nueva administración pública**. Estrategias y métodos para mejorar la calidad y la eficiencia del e-Gobierno. Oñati: IVAM, 2001.

LONGO, Francisco; ECHEBARRIA, Koldo. La nueva gestión pública en la reforma del núcleo estratégico del gobierno: experiencias latinoamericanas. In: SPINK, Peter; LONGO Francisco; ECHEBARRÍA, Koldo; STARK Carlos (Orgs.). **Nueva gestión pública y regulación en América Latina. Balances y desafíos**. Venezuela: CLAD, 2001.

LUHMANN, Niklas. **El poder**. Barcelona: Anthropos, 1995.

LUKES, Steven. **El poder. Un enfoque radical**. Madrid: Siglo XXI Editores, 1985.

MENÉNDEZ, María Cristina. **“La impronta mediática sobre la teoría política”**. Disponible en: <http://www.saap.org.ar/esp/docs-congresos/congresos-saap/V/docs/smulovitz/maria-cristina-menendez.pdf>. Acceso: 07 mai. 2011.

SALAVERRIA, Juan Igartúa. **Teoría Analítica del Derecho (La interpretación de la Ley)**. Pamplona: Oñati, 1994.

WALZER, Michael. **Pensar políticamente**. Barcelona: Paidós, 2010.







Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48494

Semejanzas y diferencias entre la Constitución Federal de Brasil de 1988 y la mexicana respecto del parlamento*

Similarities and differences between the Brazil's Federal Constitution of 1988 and the Mexican regarding the parliament

ANA CLÁUDIA SANTANO**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil)
ana_claudia1982@hotmail.com

MARINA DEL PILAR OLMEDA GARCÍA***

Universidad Autónoma de Baja California (México)
olmedamp@hotmail.com

Recebido/Received: 15.09.2016 / September 15th, 2016
Aprovado/Approved: 29.09.2016 / September 29th, 2016

Resumen

Los estudios sobre los parlamentos de distintos países son muy aclaradores para una buena comprensión de las decisiones tomadas sobre su reglamento en un sistema en específico. Para tanto, el Derecho Comparado es una muy buena herramienta de análisis, ofertando una metodología que permite no sólo exponer un panorama general sobre un dado objeto – en este caso, el Parlamento –, como también confrontarlo con otros modelos existentes. Dichas diferencias pueden atender a elementos de muchos órdenes, como la historia del país que se analiza.

Abstract

The studies about the Parliaments of different countries are very important to have a wide overview of the decisions made to regulate them in a specific system. In this sense, Comparative Law is a good analysis tool, offering a methodology which allows not only expose a general view about a specific object – in this case, the Parliament –, but also to compare it with other existent models. These differences can be a result of many elements, such as the history of the analyzed country. Considering this, it is proposed a comparative review, using as a method the Comparative

Como citar esse artigo/How to cite this article: SANTANO, Ana Cláudia; GARCÍA, Marina del Pilar Olmeda. Semejanzas y diferencias entre la Constitución Federal de Brasil de 1988 y la mexicana respecto del parlamento. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 105-116, set./dez. 2016. DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48494.

* Ponencia elaborada para el Seminario Internacional Fuentes Históricas de la Constitución de 1917, realizado entre los días 22 y 24 de junio de 2016, en la Ciudad de México, DF, con los auspicios del Parlamento Mexicano.

** Actualmente se encuentra en estancia postdoctoral en Derecho Público Económico en la Pontificia Universidad Católica de Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Doctora y Maestra en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad de Salamanca (España). E-mail: ana_claudia1982@hotmail.com.

*** Profesora-Investigadora de la Universidad Autónoma de Baja California (México). Doctora en Educación, por la Universidad Iberoamericana y Estudios de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla La Mancha. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores SNI-II, del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, de la Red Internacional de Estudios Constitucionales, de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de las Redes Mexicanas e Internacional de Posgrado en Derecho. Es Autora de diversos libros entre ellos: Ética Profesional; Historia de las Instituciones Jurídicas y Evolución de la Constitución de Baja California. E-mail: olmedamp@hotmail.com.





Teniendo en cuenta esto, se propone en este trabajo un comparativo, utilizándose del Derecho Comparado en su vertiente descriptiva, entre los parlamentos de México y Brasil. La elección de estos dos países se dio debido a la realización del Seminario Internacional Fuentes Históricas de la Constitución de 1917, demostrando la importancia y la influencia latinoamericana sobre la modulación de ambos los sistemas.

Palabras clave: Constitución; Parlamento; México; Brasil; Derecho Comparado.

Law in a descriptive aspect, between Mexican and Brazilian Parliament. The election of these two countries was motivated due to an event entitled "Seminario Internacional Fuentes Históricas de la Constitución de 1917", confirming the importance and influence of Latin America above the structure of both systems.

Keywords: Constitution; Parliament; México; Brazil; Comparative Law.

SUMARIO

1. Introducción: el derecho comparado como la base de la exposición; 2. Breves nociones sobre el Poder Legislativo; 3. Las variantes del análisis; 3.1. Las disposiciones constitucionales sobre el Parlamento; 3.2. La formación de la composición de las casas legislativas; 3.3. Fuero parlamentario y/o inmunidad parlamentaria; 3.4. Prohibiciones sobre los Diputados y Senadores; 3.5. Funcionamiento de las reuniones; 4. Observaciones finales; 5. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO COMPARADO COMO LA BASE DE LA EXPOSICIÓN

El tema que se aborda en esta oportunidad es una breve revisión comparativa de las semejanzas y diferencias entre los textos constitucionales de México y Brasil, en lo que se refiere a las disposiciones sobre el Parlamento, que representa el Poder Legislativo de ambos los países.

Sin embargo, traer las consideraciones sobre el objeto en análisis sin un orden lógico y estructurante podría comprometer el resultado que se ha planteado, requiriendo, de esta forma, un método analítico adecuado para la exposición.

Un método que permitirá alcanzar los objetivos pretendidos es, sin lugar a dudas, el de derecho comparado, que más que una disciplina académica autónoma del Derecho, es un método jurídico comparativo,¹ que describe, analiza, que compara soluciones jurídicas e instituciones, terminando por comparar sistemas jurídicos, ordenamientos distintos entre sí.²

El derecho comparado, aunque pueda ser de tipo aplicado o abstracto especulativo, en este estudio se eligió el descriptivo, que se refiere al análisis de las variantes que se pueden encontrar en ambos los sistemas que serán examinados.³ Como no hay un

¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. La modernización de los estudios jurídicos comparativos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, vol. 22, n. 64, p. 63-94, ene./abr. 1989. p. 65.

² ZWEIGERT, Konrad; KÖLN, Hein: **An introduction to Comparative Law**. 2. ed. UK: North-Holland Publishing Company, 1992. p. 2. nota 1.

³ Clasificación de MORINEAU, Marta. El derecho comparado. In: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (Coord.). **Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau**. Tomo I. Ciudad de México, DF: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006. p. xx.





problema en específico a ser aquí abordado, el método descriptivo de elementos constantes en los sistemas brasileño y mexicano permitirá una mejor comprensión entre las semejanzas y diferencias entre las disposiciones constitucionales sobre el Parlamento.

De esta forma, en la primera parte de la exposición se abordará algunas características generales sobre esta institución tan importante como es el Parlamento, a partir de un breve bosquejo sobre sus funciones que forman uno de los poderes de la república, el Legislativo. Luego, en la segunda parte, serán analizados 5 variantes que se ha juzgado muy pertinentes, permitiendo la comparación entre las constituciones: (i) la posición en que las disposiciones sobre el Parlamento se presentan en las Constituciones de Brasil y México; (ii) la formación de la composición de las casas, adentrando un poco en el sistema electoral de cada país; (iii) fuero parlamentario y/o inmunidad parlamentaria; (iv) prohibiciones sobre los Diputados y Senadores; y (v) funcionamiento de las reuniones. Ya la tercera parte de la ponencia serán expuestas algunas observaciones finales. Debido a la limitación de tiempo para esta exposición, las comparaciones se limitarán a lo dispuesto en el texto constitucional.

Como primera observación, desde ya informamos que, en algunos puntos, nos centramos mucho más en el sistema brasileño, no sólo porque los conocimientos técnicos de una de la autoras sobre el Parlamento brasileño son consolidados más que sobre el Parlamento mexicano, sino que nos pareció más interesante presentar un abanico de detalles que no están presentes aquí, pero que pueden despertar reflexiones para los lectores, incluso perfeccionando la propia visión que se tengan sobre su derecho parlamentario nacional.

2. BREVES NOCIONES SOBRE EL PODER LEGISLATIVO

En un contexto de democracias liberales tradicionales, la estructura de las instituciones políticas se fundamenta sobre el principio de la separación de poderes ideado por Locke y Montesquieu. Es decir, los regímenes políticos actuales poseen una división entre los diversos órganos gubernamentales que se guía por la especialización en algunas funciones concretas, que resulta no sólo en una división de trabajo, sino también en la independencia entre estos ramos. La función legislativa conferida al Poder Legislativo, la que consiste en la elaboración de leyes, es ejercida por el Parlamento, que representa una “institución política integrada por una o varias asambleas o cámaras, cada una compuesta de un número elevado de miembros y que en su conjunto puedan decidir cuestiones relativamente importantes.” Este Parlamento es compuesto por comités o comisiones y asambleas consultivas, que nunca gozan de poderes de decisión.⁴

Ante esto, se puede establecer el significado de Poder Legislativo como siendo el órgano colectivo (o el conjunto de órganos colectivos) compuestos de miembros

⁴ FERRER-VIDAL, Pablo de Bufalá. **Derecho Parlamentario Electoral**. Ciudad de México: Porrúa, 2008. p. 3.





elegidos por el pueblo, destinado a ejercer la función de legislar y algunas otras que la doctrina suele atribuirle. Es decir, cuando se habla en funciones del Poder Legislativo, se está pensando en las funciones que se atribuyen a los órganos de este Poder en específico y, debido a esto, se puede decir que sus funciones fundamentales son la de la representación, la de la elaboración de la legislación, la de la legitimación de la acción gubernamental, la del control y la del juicio político y la constituyente.⁵

Las funciones del Parlamento en su concepción moderna pueden ser separadas en tres grandes bloques principales: (i) la legislativa; (ii) la financiera; (iii) la del control del Ejecutivo.⁶ Esto puede variar según el autor que se adopta.

3. LAS VARIANTES DEL ANÁLISIS

Como es sabido, el método comparativo de análisis del derecho requiere que se elijan algunos elementos que permitan dicha comparación. No es posible evaluar un sistema y confrontarlo con otro sin que se identifiquen algunos factores a ser comparados. El resultado del examen, en la ausencia de unos elementos específicos, se vuelve insuficiente.

La elección de estos elementos siguió justamente la estructura de las disposiciones constitucionales de cada país, lo que permite entender la dinámica de cada modelo adoptado tanto por México como por Brasil.

3.1. Las disposiciones constitucionales sobre el Parlamento

Teniendo en mente un concepto estructural de constitución, que sobrepasa las concepciones sociológica de Lassalle;⁷ la jurídica de Kelsen⁸ o la política de Carl Schmitt,⁹ consideraremos la Carta en su aspecto normativo, no solamente como norma pura, sino como norma en su conexión con la realidad social, que se confiere contenido fáctico y sentido axiológico, formando un todo unitario (que une su perfil sociológico con el jurídico y el político).¹⁰

La Constitución de un país comporta también los valores constitucionales de aquella sociedad, como en los casos de principios hermenéuticos, derechos fundamentales, etc., parece ser válido comentar la posición de las disposiciones constitucionales

⁵ SILVA, José Afonso da. Estrutura e funcionamento do poder legislativo. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 47, n. 187, p. 137-154, jul./set. 2010. p. 139.

⁶ SANTAOLALLA, Fernando. **El Parlamento y sus instrumentos de información**: preguntas, interpelaciones y comisiones de investigación. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 1982. p. 3 y ss.

⁷ LASSALLE, Ferdinando. **Que é uma constituição?** São Paulo: Brasil, 1933. p. 62 y ss.

⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1962. p. 5 y ss.

⁹ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 29 y ss.

¹⁰ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 41.





referentes al Poder Legislativo y al Congreso de la Unión (en el caso mexicano) y el Congreso Nacional (en el caso brasileño). Así, el Poder Legislativo está tratado en el título III, capítulo II, arts. 50 a 79 en la Constitución mexicana; y en el título IV, capítulo I, arts. 44 a 75 en la Carta brasileña. En ese sentido, consta una semejanza entre las dos constituciones, ya que la posición de las disposiciones es prácticamente la misma, teniendo casi el mismo número de artículos sobre el mismo objeto.

3.2. La formación de la composición de las casas legislativas

El Congreso de la Unión, o Congreso General,¹¹ nos términos del art. 50 de la Constitución mexicana, ejerce el poder legislativo federal y es formado por dos cámaras, siendo bicameral. La Cámara de Diputados tiene un total de 500 diputados y el Senado es constituido por 128 senadores, en el caso de México su legislatura tiene tres años de duración.

El art. 51 y 52 Constitucional establece que, la Cámara de Diputados tiene 500 miembros, nombrados cada tres años. De éstos, 300 son electos directamente por el sistema de distritos de mayoría relativa, determinados según su población, en los términos del art. 53, aunque ningún estado puede tener menos de dos diputados de mayoría. Los 200 restantes se eligen por medio del sistema de representación proporcional, de acuerdo con un sistema de listas votadas en cinco circunscripciones plurinominales. Este sistema proporcional está descrito en el art. 54, estableciendo las directrices de partidos y las condiciones de elegibilidad de los candidatos ya en el art. 55.

A su vez, el Senado tiene 128 miembros, según el art. 56. Cada estado y el Distrito Federal eligen tres senadores, siendo su periodo de seis años. Su elección atiende a dos órdenes, siendo uno por el sistema de mayoría relativa (no considerando la población), que elegirá a dos senadores; y el otro que será aquel que encabeza la lista de candidatos del partido o coalición política que haya obtenido el segundo lugar en la elección estatal, sistema este llamado de primera minoría. Ya los restantes 32 son designados por medio de un sistema de representación proporcional, de acuerdo con un sistema de una sola lista votada a nivel nacional. Para postularse al Senado, los requisitos de elegibilidad son los mismos que para la Cámara de Diputados, a diferencia de la edad, que debe ser de 25 años cumplidos el día de la elección. Cada senador elige un suplente, en los términos del art. 57.

Se puede verificar la semejanza del caso brasileño con el mexicano en algunos puntos. El Congreso Nacional también es bicameral, compuesto por la Cámara de Diputados y por el Senado Federal, aunque su legislatura tenga cuatro años (art. 44, §

¹¹ BURGOA Ignacio entiende que la expresión "Congreso de la Unión" equivale a las denominaciones "Congreso General", "Congreso Federal", "Congreso de los Estados Unidos Mexicanos" y "Congreso de la Federación", utilizadas en otras partes de la Constitución Mexicana. (Cf. BURGOA, Ignacio. **Derecho Constitucional Mexicano**. 5. ed. Ciudad de México: Porrúa, 1983. p. 640).





único), y no tres como ocurre en México. La Cámara de Diputados, en los términos del art. 45, tiene 513 miembros, todos elegidos por el sistema proporcional en cada estado y el Distrito Federal. Aquí está una diferencia con la Constitución mexicana: mientras que el número de miembros de la Cámara de Diputados conste claramente en el texto mexicano, este no fue el caso de Brasil, que no tiene un número fijo en su disposición constitucional, sino que remite la materia para una Ley Complementaria (LC 78/93), que también fija otros criterios de proporcionalidad de la Cámara, como el número mínimo de ocho diputados federales por estado, y el máximo de setenta (condición que ya consta en la Constitución), además de determinar que el número de diputados por estado deberá ser proporcional según su población, ajustándolo, si necesario, en el año anterior a las elecciones.¹² Esta regla de un número mínimo y máximo de diputados es comúnmente señalada como una fuente de graves distorsiones del sistema de representación proporcional entre los estados, no sólo porque impide la concreción del principio *one man, one vote*, sino que sobrerrepresenta estados muy pequeños, como Acre y Roraima, y subrepresenta los populosos, como es São Paulo.¹³ La doctrina suele denominar esto como *malapportionment*, en castellano sería malaportcionamiento o sobrerrepresentación distrital.¹⁴

Otra diferencia entre los textos constitucionales es que, en el caso brasileño, la descripción sobre este sistema proporcional no consta en esta misma parte del texto constitucional, sino en los arts. 105 hasta el 117 del Código Electoral de 1965, considerado un sistema proporcional puro que se calcula a partir de un cociente electoral y otro partidario. El sistema proporcional brasileño sigue muchos otros modelos utilizados por otros países. Existe la utilización de un cociente electoral como un umbral que determina cuales son los partidos que acceden al reparto de los escaños (también conocido como la cuota Hare), para enseguida calcularse el cociente partidario, responsable de determinar la cantidad de escaños que serán destinados para cada partido, de acuerdo con la cantidad de votos obtenidos por ellos.

Otra distinción entre los textos constitucionales de Brasil y México es que las condiciones de elegibilidad para los candidatos a diputados y senadores tampoco se encuentran en esta parte de la Carta brasileña, sino que vienen antes, en el art. 14, párrafo 3° e incisos (que serían alineas). Como se vinculan a los derechos políticos,

¹² Cabe subrayar que, aunque el Tribunal Superior Electoral deba realizar este cálculo para el ajuste de los escaños por estado, en todos los intentos esto no fue posible debido a la fuerte reacción de los estados que pierden escaños. Así que dicha corrección de la proporcionalidad nunca ha sido concretada.

¹³ Sobre el tema, cf. SANTANO, Ana Claudia; SALGADO, Eneida Desiree. El sistema electoral proporcional brasileño y sus distorsiones en la representación de los ciudadanos. **Perspectivas Internacionales**, Cali, v. 9, n. 2, p. 40-63, jun./dic. 2013.

¹⁴ REYNOSO, Diego. ¿Es tan malo el malapportionment? Sobrerrepresentación distrital, bicameralismo y heterogeneidad. **Republicana Política y Sociedad**, Guadalajara, año 1, n. 1, p. 55-64. nov. 2002.





considerados como fundamentales en el ordenamiento brasileño, componen el título II que versa sobre las garantías y derechos fundamentales.

Así mismo, se refiere al Senado Federal de Brasil, este es formado por tres representantes de cada estado de la federación y del Distrito Federal, elegidos todos por medio del sistema mayoritario con mayoría relativa. Su mandato es de ocho años, renovables a cada cuatro, es decir, primero se eligen dos senadores, y después de cuatro años, el otro restante. Aquí ya es posible señalar otra diferencia entre las Constituciones mexicana y brasileña, una vez que en el caso mexicano, el senador podrá elegir un suplente, en los términos del ya mencionado art. 57, pero en el caso brasileño, cada senador elige a dos suplentes, regla constante en el §3° del art. 46 de la Carta brasileña. Los suplentes en Brasil son una figura muy polémica, justamente por su fuerte presencia en el Senado, al margen del conocimiento popular. Anteriormente, no se hacían públicos los nombres de los suplentes que podrían ser elegidos con los candidatos titulares a senador, y una vez electos, terminaban aceptando la oferta de algún otro cargo en el gobierno, posibilitando que el suplente ocupara su escaño sin ser conocido por la gran mayoría de la población. Se trata de un tema muy problemático que incluso es objeto de diversos proyectos de enmienda constitucional para que los suplentes de senador pasen de dos para uno,¹⁵ habiendo también debates sobre su extinción. Cabe subrayar que, debido a la controversia generada por la figura de los suplentes, la ley electoral (Ley 9.504/97) fue reformada por la Ley 12.034/09, modificando el texto del art. 36, §4° para obligar que la propaganda electoral de candidatos a los cargos mayoritarios contengan el nombre de los suplentes de senadores, en dimensión no inferior a 10% del nombre del titular de la candidatura.

Otro dato interesante es el constante en el art. 59 de la Constitución mexicana, que determina que los senadores podrán ser electos hasta por dos periodos consecutivos y los diputados al Congreso de la Unión hasta por cuatro periodos consecutivos. Esta limitación no existe en la Constitución brasileña, lo que permite afirmar que los diputados y senadores son ilimitadamente reelegibles, dependiendo sólo de su decisión postularse nuevamente al mismo cargo. Aquí se menciona el caso de la "candidatura nata", que significa, en nos términos del art. 8°, §° de la Ley 9.504/97, la facultad atribuida a los ocupantes de mandato de diputados o concejales, y a los que hayan ejercido estos cargos en cualquier de los periodos de la legislatura en curso, de tener asegurado su registro de candidatura para el mismo cargo por el partido a que estén afiliados. Este dispositivo fue contestado por medio de una Acción Directa de Inconstitucionalidad (n° 2.530/DF) ante la Suprema Corte, siendo concedida una medida cautelar de suspensión de su eficacia sin llegar todavía a una decisión final.

¹⁵ Es el caso de la PEC 37/2011, que fue rechazada por el Plenario del Senado Federal, o la PEC 287/2013, con origen en la PEC 11/2013 de iniciativa del Senado, que actualmente se encuentra en la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados desde 2013.





Sin embargo, dicha medida cautelar fue concedida no por oposición a la reelección de los ocupantes de cargos proporcionales, sino porque entiende la Corte que todos los candidatos deberán tener sus nombre aprobados en las primarias de partido. Así que no existe un movimiento o reacción que objetive limitar el número de candidaturas de los ya ocupantes de cargos electos.

3.3. Fuero parlamentario y/o inmunidad parlamentaria

El fuero parlamentario se refiere a los privilegios o normas especiales de carácter constitucional que aplican a una o varias personas en el ámbito del Derecho penal por el hecho de pertenecer a un Parlamento democrático, como representantes de la soberanía popular, es decir, que impide que la formación de causa criminal por un simple delito en contra de diputados y senadores, sin previa declaración de la Corte de Apelación competente.¹⁶ Está previsto en ambas las constituciones, en el art. 61 en la Carta mexicana, y en el art. 53 de la brasileña.

Este instituto abarca otros conceptos que se insertan en la idea de algunas prerrogativas debido a la función ejercida por estos parlamentarios, como la inviolabilidad, la irresponsabilidad y la inmunidad parlamentaria. Debido a los límites de este trabajo, no es posible tratar en detalle sobre el significado de cada una, siendo mencionadas según se aborden los artículos constitucionales correspondientes.

Específicamente, los dos dispositivos constitucionales arriba citados se refieren a la inviolabilidad de diputados y senadores, que se conecta con la prerrogativa personal de éstos parlamentarios, eximiéndolos totalmente de responsabilidad por sus manifestaciones y opiniones, como también sus votos.¹⁷ En el caso brasileño, el texto contempla claramente la exclusión de las responsabilidades civil y penal, mientras que, en el mexicano, no hay una mención expresa.

Por otro lado, la inmunidad parlamentaria no está dispuesta en la misma parte de los textos constitucionales analizados. En la Carta mexicana, son los arts. 111 al 113 que tratan del tema, mientras que en Brasil sigue en el art. 53 y sus párrafos, así como el 55, que trae el procedimiento para que la casa legislativa permita la imputación penal del parlamentario. Aquí la inmunidad parlamentaria es entendida como una garantía

¹⁶ Cf. ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Fuero parlamentario y nuevo código procesal penal. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coords.). **La ciencia del derecho procesal constitucional**. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo VIII, Ciudad de México: UNAM, 2008. p. 732.

¹⁷ MARTÍNEZ ELIPE, León. Prerrogativas parlamentarias. **Teoría y realidad constitucional**, La Rioja, vol. 3, n. 5, p. 43-72, jan./jun. 2000. p. 44.





de las asambleas, para que no sean alteradas en su composición y funcionamiento, asegurando su autonomía e independencia ante cualquier otro poder.¹⁸

Una diferencia que hay entre los dos sistemas es que la imputación penal de un parlamentario en Brasil ocurrirá si autorizada por la casa respectiva de él con la mayoría de votos de sus miembros, es decir, la Cámara de Diputados, en siendo un diputado, y el Senado Federal, en siendo un senador. Ya en México, la casa que decidirá por mayoría absoluta será la Cámara de Diputados, en los términos del art. 111.

3.4. Prohibiciones sobre os Diputados y Senadores

A partir de la toma de posesión en el cargo electo, los parlamentarios de ambos los países son impedidos constitucionalmente de ejercer algunas funciones. El art. 62 de la Carta mexicana dispone que diputados y senadores no podrán desempeñar ninguna otra comisión o empleo de la federación o de las entidades federativas por los cuales se disfrute sueldo, sin licencia previa de la Cámara respectiva; momento en el que cesarán en sus funciones representativas mientras dure la nueva ocupación. La misma regla se aplica a los diputados y senadores suplentes en ejercicio. La sanción es la pérdida del carácter de diputado o senador.

En esta forma, el art. 54 de la Constitución brasileña establece dos tipos de prohibiciones, que se distinguen según el momento de la posesión en el cargo electo. Así, a partir de la expedición del diploma del electo (o la expedición de la constancia de asignación),¹⁹ los diputados y senadores no podrán firmar o mantener contrato con persona jurídica de derecho público, autarquía, empresa pública, sociedad de economía mixta o concesionaria de servicio público, excepto cuando el contrato tenga cláusulas uniformes. Además, ellos tampoco podrán aceptar o ejercer cargo, función o empleo remunerado, incluso los cargos de confianza, en las entidades ya mencionadas. Ya a partir de la toma de posesión, diputados y senadores no pueden ser propietarios, controladores o directores de empresa que sea parte en algún contrato con persona jurídica de derecho público, o en ella ejercer función remunerada; ejercer algún cargo de confianza en dichas entidades o patrocinar alguna causa en la que sea interesada algunos de los entes ya mencionados. Por fin, diputados y senadores no pueden ser titulares de otro cargo o mandato público electivo.

No hay una sanción prevista expresamente en la Carta brasileña para los que no observen dichas prohibiciones.

¹⁸ MARTÍNEZ ELIPE, León. Prerrogativas parlamentarias. **Teoría y realidad constitucional**, La Rioja, vol. 3, n. 5, p. 43-72, jan./jun. 2000. p. 45.

¹⁹ Traducción aproximada, según lo dispuesto en el art. 312 del COFIPE – Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.





3.5. Funcionamiento de las reuniones

Una diferencia entre ambas las constituciones es sobre el calendario de sesiones realizadas por el Congreso. Según el art. 65 y 66 de la Carta mexicana, el Congreso se reunirá a partir del 1° de septiembre de cada año para celebrar un primer periodo de sesiones ordinarias, excepto cuando el Presidente de la República inicie su encargo en la fecha prevista en el artículo 83 (1° de octubre), en cuyo caso se reunirá a partir del 1° de agosto; y a partir del 1° de febrero para celebrar un segundo periodo de sesiones ordinarias. En ambos periodos de sesiones el Congreso se ocupará del estudio, discusión y votación de las iniciativas de ley que se le presenten y de la resolución de los demás asuntos que le correspondan. Ya en el art. 66 se establece que el primer periodo de sesiones no podrá prolongarse sino hasta el 15 de diciembre del mismo año, excepto en el caso del art. 83, en cuyo caso las sesiones podrán extenderse hasta el 31 de diciembre de ese mismo año. El segundo periodo no podrá prolongarse más allá del 30 de abril del mismo año.

Este tema es abordado por el art. 57 de la Constitución brasileña, que dispone la reunión del Congreso Nacional entre el 2 de febrero y el 17 de julio, y entre el 1° de agosto y el 22 de diciembre. No hay excepciones para este calendario, como existe en el caso mexicano, aunque determina que la sesión legislativa no podrá ser interrumpida sin la aprobación del proyecto de ley de directrices presupuestarias.

En lo que se refiere a las sesiones extraordinarias, en el Congreso de la Unión son convocadas durante el receso por la Comisión Permanente por sí o a solicitud del Presidente de la República. Pueden ser del Congreso General o de una sola de sus Cámaras, cuando se trate de asuntos exclusivos de una de ellas. Sólo tratarán sobre los asuntos que la Comisión Permanente acuerde y que se enunciarán en la convocatoria respectiva, en los términos del art. 67. A su vez, la Carta brasileña establece en su art. 57, §6° que la convocatoria para sesiones extraordinarias del Congreso Nacional será por el Presidente del Senado Federal, para casos de declaración de estado de defensa o de intervención federal; de pedido de autorización para la declaración de estado de sitio y para el compromiso y la toma de posesión del Presidente de la República y su vice. Además, hay la posibilidad de convocatoria de sesiones extraordinarias por el Presidente de la República, Presidentes de la Cámara de Diputados y del Senado Federal, o aún bajo solicitud de la mayoría de los miembros de ambas las casas, en casos de urgencia o de interés público relevante, siempre con la aprobación de la mayoría absoluta de cada una de las casas legislativas.

4. OBSERVACIONES FINALES

En este trabajo, quedan puntos de gran relevancia en la comparación de los textos constitucionales de México y Brasil. Temas como las facultades del Congreso de





la Unión y el Nacional, como también de cada una de las casas legislativas; la manera como las constituciones disponen sobre las funciones de control contable, financiero y presupuestario sobre el Poder Ejecutivo; el propio control político ejercido y el proceso legislativo como un todo también merecerían ser aquí examinados, pero, debido a las dimensiones de esta exposición, esto no será posible.

No obstante, en este breve análisis se pueden verificar diversas semejanzas y diferencias entre los países, aunque predominan elementos en común, atendiendo a algunas características políticas que ambos tienen, como ser un sistema presidencialista de perfil latinoamericano y de, al menos, intentar inspirarse en el modelo estadounidense para elegir su forma constitucional.²⁰ Sin embargo, aunque existan muchas similitudes entre México y Brasil en lo que se refiere a su Parlamento y a las disposiciones constitucionales relacionadas a ello, el hecho es que las diferencias parecen estar conectadas a otros factores, como la historia política de cada uno (considerando que la Carta Constitucional de México es de 1917 y la de Brasil es de 1988), así como sus experiencias – y accidentes – políticos.

Sin embargo, no parece haber dudas que, aunque se perciban normas constitucionales próximas, el funcionamiento de los Parlamento no parece ser tan semejante. No obstante, para que se pueda afirmar esto, serán necesarios otros análisis complementarios.

5. REFERENCIAS

BURGOA, Ignacio. **Derecho Constitucional Mexicano**. 5. ed. Ciudad de México: Porrúa, 1983.

FERRER-VIDAL, Pablo de Bufalá. **Derecho Parlamentario Electoral**. Ciudad de México: Porrúa, 2008.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. La modernización de los estudios jurídicos comparativos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, vol. 22, n. 64, p. 63-94, ene./abr. 1989.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1962.

LASSALLE, Ferdinando. **Que é uma constituição?** São Paulo: Brasil, 1933.

MARTÍNEZ ELIPE, León. Prerrogativas parlamentarias. **Teoría y realidad constitucional**, La Rioja, vol. 3, n. 5, p. 43-72, jan./jun. 2000.

MORINEAU, Marta. El derecho comparado. In: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (Coord.). **Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau**. Tomo I. Ciudad de México, DF: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

²⁰ SARTORI, Giovanni. **Ingeniería constitucional comparada**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2003. p. 7-8.





REYNOSO, Diego. ¿Es tan malo el malapportionment? Sobrerepresentación distrital, bicameralismo y heterogeneidad. **Republicana Política y Sociedad**, Guadalajara, año 1, n. 1, p. 55-64. nov. 2002.

SANTANO, Ana Claudia; SALGADO, Eneida Desiree. El sistema electoral proporcional brasileño y sus distorsiones en la representación de los ciudadanos. **Perspectivas Internacionales**, Cali, v. 9, n. 2, p. 40-63, jun./dic. 2013.

SANTAOLALLA, Fernando. **El Parlamento y sus instrumentos de información**: preguntas, interpelaciones y comisiones de investigación. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 1982.

SARTORI, Giovanni. **Ingeniería constitucional comparada**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. Estrutura e funcionamento do poder legislativo. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 47, n. 187, p. 137-154, jul./set. 2010.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Fuero parlamentario y nuevo código procesal penal. In: FERRER MACGREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coords.). **La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho**. Tomo VIII, Ciudad de México: UNAM, 2008.

ZWEIGERT, Konrad; KÖLN, Hein: **An introduction to Comparative Law**. 2. ed. UK: North-Holland Publishing Company, 1992.





Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48534

Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis

Breach of art. 229 of the Constitution and civil liability: two hypotheses of non-economic damages

MARIA CELINA BODIN DE MORAES*

Universidade Estadual do Rio de Janeiro (Brasil)
celina.bodin@gmail.com

ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA**

Centro Universitário UNA (Brasil)
anacarolina@teixeiraemirandaadvogados.com.br

Recebido/Received: 18.09.2016 / September 18th, 2016

Aprovado/Approved: 29.09.2016 / September 29th, 2016

Resumo

Quando se trata das relações parentais, o direito de família não pode mais restar imune aos efeitos da responsabilidade civil. Com base no exposto teor do art. 229 da Constituição Federal e no princípio da solidariedade familiar, a responsabilidade dos genitores se sobrepõe à eventual liberdade de agir dos pais; calcada no livre planejamento familiar e no melhor interesse da criança e do adolescente, o exercício dos deveres da autoridade parental é comando imperativo, cujo descumprimento – gerador potencial de abandono moral e de alienação parental – deve ser compensado por meio de indenização por dano moral.

Abstract

*In the field of parental relations, family law cannot remain immune to the effects of civil liability. Based on the expressed content of article 229 of the Federal Constitution and the principle of family solidarity, parental responsibility overlaps the possible freedom of action of parents; grounded in the free family planning and in the best interest of the child and adolescent, the exercise of the duties of parental authority is imperative command whose failure – if and when generator of “moral abandonment”*** of the child or parental alienation syndrome – may be compensated by means of civil liability for non-economic losses.*

Como citar esse artigo/How to cite this article: BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 117-139, set./dez. 2016. DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48534.

* Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Professora Associada do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutora em Direito Civil pela Università Degli Studi Di Camerino. E-mail: celina.bodin@gmail.com.

** Professora de Direito de Família e Sucessões do Centro Universitário UNA (Belo Horizonte-MG, Brasil). Doutora em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Advogada. E-mail: anacarolina@teixeiraemirandaadvogados.com.br.

*** Sabe-se que tal expressão, em inglês, tem vários significados. Ela aqui é considerada em um dos sentidos propostos por V. Panter-Brick, Catherine. Nobody's Children? A Reconsideration of Child Abandonment. In: C. Panter-Brick and M. T. Smith (Eds.), **Abandoned Children**, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 3: “Accusations of parental abandonment are often levelled at families who eschew their child-rearing responsibilities (...). It refers not only in a physical but also in a moral sense”.





Palavras-chave: relações parentais; abandono moral (ou afetivo); alienação parental; dano moral; responsabilidade civil.

Keywords: parental relations; child abandonment; parental alienation syndrome; pain and suffering damages; civil liability.

SUMÁRIO

1. A responsabilidade civil nas relações familiares: os termos do problema; 2. Família e responsabilidade civil no início do século XXI; 3. O conceito de dano moral como lesão à dignidade humana, fundamento da República; 4. Danos à integridade psicofísica da criança e do adolescente nas hipóteses de abandono moral; 5. Danos à integridade psicofísica nos casos de alienação parental; 6. Considerações finais. 7. Referências.

Una de las trampas de la infancia es que no hace falta comprender algo para sentirlo. Para cuando la razón es capaz de entender lo sucedido, las heridas en el corazón ya son demasiado profundas.

– Carlos Ruiz Zafón

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES: OS TERMOS DO PROBLEMA

Quando se alude à noção de família, tem-se em mente uma relação da qual ninguém desejaria abrir mão; trata-se de uma vivência, de um espaço afetivo que todos – idosos, adultos e crianças – aspiram possuir e manter.¹ Do ponto de vista da historiografia política, ultrapassada a fase radical do socialismo utópico e a da revolta feminista, o fim da família dita burguesa só é propugnado por raras minorias.² Não se fala mais em crise ou em morte da família³, expressões relativamente comuns até a década de 1980.

A ideia de família experimenta um momento de esplendor, por assim dizer, tendo-se tornado aspiração comum de vida, diante do desejo generalizado de integrar formas agregadas de relacionamento, baseadas no afeto recíproco, seja em busca de reconhecimento social, seja, mesmo, em prol de benefícios econômicos ou fiscais previstos em lei. Crise houve, mas não investiu contra a família em si; seu alvo, agora se sabe, era o modelo familiar único, absoluto e totalizante representado pelo casamento indissolúvel.

A relação familiar não é mais unitária. Admitem-se, juridicamente, configurações diferenciadas de família. A Constituição, em rol exemplificativo, reconheceu, no

¹ A família vem sendo hoje reivindicada como “o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições”. ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. p. 198.

² DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**. 3.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001. p. 11.

³ COOPER, David. **A morte da família**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1980.





art. 226, além da família fundada no casamento, a união estável entre homem e mulher e a família monoparental.⁴ Estas são evidências de que no Brasil de hoje, diferentemente de outrora, privilegia-se a espontaneidade do afeto sobre estruturas formais, podendo-se entrever, também aqui, a opção do constituinte em favor da igualdade, da solidariedade, da integridade psicofísica e da liberdade também nas chamadas comunidades intermediárias.

Para além dessas hipóteses, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucionais as uniões entre pessoas do mesmo sexo.⁵ O relator, Min. Ayres Britto, votou no sentido de dar *interpretação conforme* à Constituição “para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar”;⁶ no que foi seguido à unanimidade por seus pares. Argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF “veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual”, pois “o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”. Ressaltou, ainda, que o *caput* do art. 226 dá ênfase constitucional à instituição da família, no seu sentido coloquial de núcleo doméstico, “pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos”.⁷ E continuou: “Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da

⁴ A respeito, veja BODIN DE MORAES, Maria Celina. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, vol. 1, n.1, p. 89-112, jan./mar. 2000.

⁵ Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 o STF reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. As ações haviam sido ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Estado do Rio de Janeiro.

⁶ “Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.

⁷ No mesmo sentido, BODIN DE MORAES, Maria Celina. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, vol. 1, n.1, p. 89-112, jan./mar. 2000.





coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas”.⁸

Pietro Perlingieri observa que “o merecimento de tutela da família diz respeito, sobretudo, às relações afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida”.⁹ De fato, a família, como é entendida atualmente, baseia-se muito mais na força do afeto do que em puros liames biológicos. Assim, “dano moral” e “direito de família” são expressões que, em princípio, se excluíam, e cuja combinação esboça quase um paradoxo: a própria lança contra o próprio escudo, na metáfora do velho provérbio chinês. Comum – ao menos a partir da década de 1960 – era somente a circunstância da ação de indenização por dano moral em relação à perda de um membro da família, de um ente querido, isto é, quando alguém causa danos a uma pessoa e a sua família se torna vítima desses danos.¹⁰ Outra hipótese bem diferente é a situação aqui abordada, em que tanto a vítima quanto o ofensor fazem parte da mesma família. A responsabilidade civil passou a entrar no seio familiar, reconhecendo danos a serem ressarcidos por maridos às esposas,¹¹ por pais aos filhos, e, eventualmente, até por avós aos netos, e vice-versa, pessoas das quais se espera que se queiram bem e se relacionem com afeto.

⁸ Quanto ao obstáculo imposto pela interpretação literal do texto do art. 226, § 3º, CF, assim se manifestou o relator: “A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família”.

⁹ No original: “*la meritevolezza di tutela della famiglia riguarda (...) soprattutto i rapporti affettivi che si traducono in una comunione spirituale e di vita*”. Veja PERLINGIERI, Pietro. Sui rapporti personali nella famiglia. In: PERLINGIERI, Pietro (Org.). **Rapporti personali nella famiglia**. Napoli: ESI, 1982. p. 20.

¹⁰ Ver o *leading case* do STF consignado no RE 59.940, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, julg. em 26.04.1966, publ. no DJ de 30.11.1966, cuja ementa diz: “Responsabilidade civil. A morte de filhos menores, conforme as circunstâncias, comporta indenização. O problema resolve-se na liquidação e por arbitramento”.

¹¹ Em face das relações conjugais, parece oportuno distinguir, desde logo, as duas correntes jurídicas contrapostas. De um lado, aqueles que aceitam a responsabilização ao interno da família, mas apenas e tão somente nos casos em que haja ilícito absoluto (como previsto no art. 186 c/c art. 927 do Código Civil); de outro lado, os que sustentam a indenização tanto em casos gerais (regidos pela cláusula do art. 186) como em casos específicos, isto é, nas hipóteses de violação dos deveres conjugais (previstos, entre outros, pelo art. 1.566 do Código Civil brasileiro. Para um exemplo, considere-se que, de acordo com os defensores da primeira posição, se um marido bate na mulher, evidentemente há dano moral a ser reparado; se, porém, a mulher trai o marido, não haverá, pelo puro fato da traição, dano moral a ser indenizado, na medida em que houve violação do dever de fidelidade. Para a segunda posição, haverá compensação do dano moral nos dois casos: tanto pelo ilícito absoluto como pela violação do dever conjugal. Sobre o tema, v. GISCHKOW PEREIRA, Sergio. Dano moral e direito de família: o perigo de monetizar as relações familiares. In: GISCHKOW PEREIRA, Sergio. **Estudos de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 79; ANDRADE. Fabio Siebeneichler de. A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação de deveres pessoais entre cônjuges. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 802, p. 11-26, ago. 2002. p. 25; e WELTER, Belmiro Pedro. A secularização da culpa no direito de família. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9414-9413-1-PB.pdf>, acesso em 10 ago. 2016, segundo o qual, ainda quando a doutrina e a jurisprudência acreditam





2. FAMÍLIA E RESPONSABILIDADE CIVIL NO INÍCIO DO SÉCULO XXI

O modelo de família que se consolidou no Ocidente desde o início do século XX foi aquele concebido pela sociedade burguesa, fundado no casamento, vivido e propagado pela camada social que conduziu a passagem histórica da sociedade agrária à sociedade industrial. Nos últimos trinta anos, porém, e especialmente a partir da promulgação da Lei do Divórcio em 1977, a concepção de família mudou de forma substancial e em aspectos estruturais.¹² Cabe ressaltar dois aspectos importantes para o tratamento do tema, quais sejam, a autonomia dos membros da família e a mudança de seu eixo central.

A passagem da família como instituição à família-instrumento,¹³ isto é, aquela que propicia um ambiente adequado ao desenvolvimento da personalidade de todos e de cada um de seus membros, suscitou, indiscutivelmente, uma individualização e, em consequência, uma maior autonomia dos seus membros.¹⁴ A autonomia reforça a instabilidade dos casamentos, e é por ela reforçada — instabilidade decorrente da maior possibilidade de liberdade de escolhas, especialmente no que se refere à estrutura familiar mais conveniente, e da consagração da igualdade de direitos entre os cônjuges.

A disseminação do divórcio,¹⁵ na realidade, provocou consequências determinantes para o sistema familiar como um todo, passando o casamento a representar a realização de projetos (meramente) individuais, e não, como antes, um assunto pertencente ao amplo universo dos parentescos de origem. A perda do caráter único da relação mudou a sua qualidade, a sua natureza e o seu significado, “tornando-o menos abrangente e forte nas suas implicações sociológicas”¹⁶.

A filiação assumiu, em lugar da conjugalidade, a centralidade institucional na família. A mudança de eixo possibilitou uma renovada coesão da instituição: centrada na filiação, continuaria a família a atribuir os lugares da parentalidade e da ordem genealógica e a garantir a sucessão de gerações. Do ponto de vista jurídico, esta centralidade

estar concedendo a indenização por violação de dever conjugal, já se tratava, na verdade, de conduta delitosa cujo ressarcimento estaria justificado mesmo fora do âmbito das relações familiares.

¹² A afirmativa parece ser verdadeira em relação a todos os países ocidentais. A propósito, foi dito a respeito da Inglaterra que a vida familiar e o direito de família sofreram nos últimos trinta anos, naquele país, modificação de tal maneira significativa que o direito de família em vigor até os anos 70 parecia mais próximo àquele do início do século XIX do que ao atual: assim, EEKELAAR, John. The End of an Era? *Journal of Family History*, Ottawa, vol. 28, n. 1, p. 108-122, jan./mar. 2003. Evidentemente, idêntico é o caso brasileiro.

¹³ V., por todos, TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 395 e ss.

¹⁴ É o processo conhecido como “pós-nuclearização” da família.

¹⁵ Disseminação bem evidenciada, no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, que tornou desnecessária a separação como etapa intermediária antes do divórcio e franqueou-o, ainda mais, ao fazê-lo independê-lo de prazo mínimo de casamento.

¹⁶ VELHO, Gilberto. Família e parentesco no Brasil contemporâneo. Individualismo e projetos no universo das camadas médias. *Revista de Estudos Interdisciplinares*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul./dez. 2001. p. 48.





encontra-se assentada em princípios constitucionais, no art. 227 da Constituição da República, e em princípios internacionais, como na Declaração dos Direitos da Criança da ONU, de 1989. O princípio do melhor interesse da criança toma tal proporção que Jean Carbonnier observava, há algumas décadas, que ele acabaria por tornar “supérfluos todos os institutos do direito de família”¹⁷.

Por seu turno, a responsabilidade civil também mudou. E o seu giro conceitual, como bem sintetizou entre nós Orlando Gomes, foi de 180 graus, passando da atenção exclusiva para com o ato ilícito para a preocupação com a vítima de dano injusto, ou injustificado¹⁸. Enquanto, no início do século XX, cabia à própria vítima suportar os prejuízos se não se encontrava um culpado, atualmente, com a objetivação da responsabilidade, com a cláusula geral de responsabilidade pelo risco e com as hipóteses de presunção de culpa, muito mais trivialmente o “ofensor não comprovadamente culpado” arcará com o prejuízo, sendo obrigado a ressarcir. Há um século, o princípio geral da matéria era sintetizado pela expressão “nenhuma responsabilidade sem culpa”; na atualidade, vigora o princípio segundo o qual “a vítima não pode ficar irressarcida”. A mudança foi, pois, também estrutural.

Todavia, as numerosas incertezas e heterogeneidades na matéria, tanto por parte da doutrina quanto da jurisprudência, fazem notar que o instituto da responsabilidade civil – ou o direito dos danos, como também é chamado – não foi ainda estabilizado¹⁹, e o seu cenário se torna cada vez mais intrincado. Nos últimos tempos, em movimento que se pode dizer generalizado no país, a responsabilidade civil tem sido considerada uma reação ao dano injusto, não mais dependente do ato ilícito, transformando-se aos poucos em verdadeira fonte de “proteção mínima de direitos fundamentais”²⁰.

Além disso, considerando-se a responsabilidade civil uma reação contra o dano injustificado, ela deixa de ser, como foi no passado, uma forma de punir o “culpado”, e assume o papel principal de realizar a transferência das consequências danosas a um sujeito distinto do que as sofreu – se e quando existir uma razão jurídica que justifique este deslocamento. A este respeito, é preciso não esquecer que a responsabilidade civil tem constituído a disciplina civilista que mais rapidamente realiza a noção de justiça

¹⁷ CARBONNIER, Jean. **Droit civil**: la famille, les incapacités. Paris: PUF, 1969, p. 370.

¹⁸ GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco Di (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 294. O autor baseou-se na doutrina italiana. A então nova perspectiva da responsabilidade civil, na qual o evento danoso e a exigência de o reparar são postos no centro da reconstrução conceitual do instituto e vinculados ao princípio constitucional da solidariedade, afirmou-se na Itália a partir do estudo de Stefano Rodotà. Neste sentido: RODOTÀ, Stefano. **Il problema della responsabilità civile**, Milano: Giuffrè, 1964.

¹⁹ VINEY, Geneviève. Les obligations. La responsabilité: conditions. In: J. GHESTIN. (Dir.). **Traité de droit civil**. Paris: LGDJ, 1982, p. 75.

²⁰ RODOTÀ, Stefano. **Il problema della responsabilità civile**, Milano: Giuffrè, 1964. p. 25 e seguintes.





vigente na sociedade²¹. De fato, suas mudanças, relativamente céleres em virtude do mecanismo flexível de que é dotada, refletem, sempre, as escolhas ético-políticas que estão a se estruturar na sociedade em que incide²².

No atual ambiente, é facilmente compreensível a união dos dois termos antes aludidos: “dano moral” e “direito de família”. A tendência individualista, já referida, potencializa a autonomia privada nas relações conjugais, facilitando que se venha a reavaliar, como consequência dessa autonomia, se uma pessoa mantém ou não os seus compromissos de convivência — o que em muito aumenta, evidentemente, o número de separações, de divórcios, de famílias recompostas ou reconstituídas e de novos modelos familiares. Tal autonomia, porém, por outro lado, reduz os fatores que tradicionalmente serviram para inibir a imposição da responsabilidade civil entre familiares²³.

3. O CONCEITO DE DANO MORAL COMO LESÃO À DIGNIDADE HUMANA²⁴

O mecanismo de identificação do dano moral — reputado quase um procedimento de “dedução lógica” — funciona de maneira pouco clara no Brasil. Sobre o conceito de dano moral, a doutrina e a jurisprudência majoritárias ainda utilizam a noção de René Savatier, o qual, em 1939, afirmou que o “dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”.²⁵ Tal conceito negativo, todavia, não permite que se colha a noção específica, satisfazendo-se a maioria com uma ideia tão ampla a ponto de admitir que o dano moral seria praticamente tudo, isto é, justamente “todo sofrimento humano”. Daí a subsequente especificação do dano moral como gerador dos *sentimentos* de vergonha, constrangimento, tristeza e humilhação.

As dificuldades de conceituação não estão somente na doutrina, mas também na jurisprudência. Observe-se o conceito de dano moral no entendimento do Supremo Tribunal Federal. Em 1996, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 172.720, o STF entendeu que o dano moral se distingue da violação a direitos da personalidade, bem como dos efeitos não patrimoniais da lesão. Na hipótese, discutia-se a reparação de dano moral decorrente do extravio de bagagem em transporte aéreo, em que a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro havia negado a indenização ao

²¹ RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*, Milano: Giuffrè, 1964. p. 25 e seguintes.

²² EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. Lisboa: Vega, 1993. p. 171.

²³ FERRER Y RIBA, Josep. Relaciones familiares y límites del derecho de daños. **InDret**, Barcelona, out. 2001. Disponível em <http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf>. Acesso em 12 ago. 2016.

²⁴ Os problemas bem como as explicações acerca do conceito, da função e da quantificação do dano moral se encontram publicados em Bodin de Moraes para onde se remete o leitor interessado no aprofundamento das questões aqui levantadas. Veja: BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional do dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²⁵ Assim, SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile*, v. II, *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.





argumento de que a “simples sensação de desconforto ou aborrecimento, ocasionada pela perda ou extravio de bagagens, não constitui dano moral, suscetível de ser objeto de reparação civil”.

O STF deu provimento ao recurso para reconhecer a existência de dano moral reparável, que estaria configurado nos sentimentos de “desconforto, constrangimento, aborrecimento e humilhação”, causados pelo extravio de bagagem em viagem ao exterior.²⁶ Na avaliação do Min. Marco Aurélio, “ninguém deveria colocar em dúvida as repercussões negativas do extravio de bagagem, porque são transtornos imensos, acarretando para o viajante os mais diversos sentimentos nefastos”.

Na ocasião, o Min. Francisco Rezek, em seu voto, esclarecendo o conceito de dano moral em conformidade com uma leitura constitucional, uma vez que seu ressarcimento se encontra garantido naquele texto, afirmou: “Penso que o que o constituinte brasileiro qualifica como dano moral é aquele dano que se pode depois neutralizar com uma indenização de índole civil, traduzida em dinheiro, embora a sua própria configuração não seja material. Não é como incendiar-se um objeto ou tomar-se um bem da pessoa. É causar a ela um *mal evidente* (...).²⁷

“Mal evidente”, definiu o ministro. Foi desta forma teve início a atual (e perniciosamente) *personificação* do dano moral pelo juiz. Basta tratar-se de um “mal evidente” para o espírito da pessoa do magistrado, pura e simplesmente. Daí surgiu a (in)determinação conceitual do dano moral no direito brasileiro, que se expressa pela máxima: “dor, tristeza, sofrimento e humilhação”. Mas a dor, o vexame, a tristeza, a humilhação, o sofrimento serão elementos suficientes para a configuração jurídica do dano moral? Que intensidade deve ter a dor? Quanto deve durar? Como podem a “dor” ou os “sentimentos” ser objetivamente verificados? A “dor e a tristeza” serão avaliadas pessoalmente pelo magistrado? Ora, o ressarcimento, ou a compensação, dos danos morais não pode mais operar, como vem acontecendo, no nível do senso comum.

Sua importância no mundo atual exige que se busque alcançar algum grau de tecnicidade, do ponto de vista da ciência do direito, contribuindo-se assim para construir uma categoria teórica que seja elaborada o suficiente para conter as numerosas especificidades do instituto. A ausência de rigor técnico e de objetividade na concepção da categoria tem gerado prejuízos ao adequado desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil, além de perpetrar, quotidianamente, graves injustiças e incertezas aos jurisdicionados.

²⁶ STF, 2ª T., RE 172720, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 06.02.1996, publ. DJ de 21.02.1997.

²⁷ Grifou-se. No voto, o ministro Rezek afirma ainda: “Não é necessária uma agressão à personalidade moral do ser humano para que se configure o dano moral, sobretudo porque a consequência não é nada de tão dramático: ela é, no plano civil, mera e prosaica indenização. Não se há de exigir, no plano ético, que o dano moral seja tão grave e funesto quando a consequência que a ordem jurídica lhe assinala se resume numa indenização compensatória (...)”.





Tamanha se revela a indefinição em que se encontra o conceito de dano moral que seria mesmo possível nele incluir qualquer coisa, isto é, “todo sofrimento humano”, e, ao mesmo tempo, considerar que “pouco ou nada” seria suficiente para oferecer as extremas do conceito, sob o argumento de que não passam de meros aborrecimentos — comuns ou extraordinários — do dia-a-dia. Séria, porém, é a exigência de proteger eficazmente a pessoa humana e os seus direitos fundamentais, tornando-se necessário, por isso mesmo, que o ressarcimento do dano moral seja tratado com maior seriedade metodológica. O caminho do rigor teórico deve ser trilhado porque, de outra forma, os desvios conduzirão, como ocorre com alguma frequência, a resultados bem piores do que os males que se necessita remediar.

Dadas estas grandes controvérsias na matéria, procurou-se elaborar um conceito de dano moral que, redimensionando o conceito em vigor, tomasse distância, embora não a ignorasse completamente, da ideia de sofrimento íntimo da pessoa.²⁸ Assim, em uma leitura civil-constitucional da responsabilidade civil, concluiu-se que o dano moral é a violação à integridade física e psíquica, à liberdade, à igualdade ou à solidariedade de uma pessoa humana²⁹. Estes princípios, porém, podem entrar em colisão entre si. Neste caso, será preciso, através do exame dos interesses em conflito, ponderar tais princípios em relação ao seu fundamento, isto é, a própria dignidade humana. É o que ocorre com o dano nas relações parentais, no qual se cotejam o princípios da liberdade e o princípio da solidariedade familiar, com ampla vantagem para o segundo: com efeito, no direito de família brasileiro, a parentalidade distingue-se pela ampliação, cada vez maior, das intervenções jurídicas nas relações parentais, com vistas à proteção dos menores.

4. DANOS À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NAS HIPÓTESES DE ABANDONO MORAL

A relação entre pais e filhos menores encontra seu fundamento na responsabilidade e, por isso, na solidariedade familiar.³⁰ A relação parental destaca-se pela vulnerabilidade dos filhos menores, bem como pela ampliação, cada vez maior, das intervenções jurídicas nas relações de filiação, com vistas à proteção dos menores. Diante da natureza *sui generis* do vínculo paterno-filial, seu reconhecimento pelo constituinte

²⁸ Sobre a noção de dano moral indenizável como lesão à dignidade da pessoa humana, v. BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 71-120.

²⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: Uma leitura civil-constitucional do dano moral. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 129-140.

³⁰ Trata-se de situação completamente diferente àquela relativa ao cabimento, ou não, de dano moral indenizável entre cônjuges, vez que essa última relação se fundamenta na liberdade e na igualdade, não havendo, presumidamente, parte vulnerável que demande tutela diferenciada. Impera aqui a autonomia da vontade dos indivíduos.





brasileiro contribui para uma tutela mais eficaz da criança e do adolescente nas relações de família. Na relação parental, o vínculo de solidariedade familiar é o mais forte que há, e por isso, sua violação, bem como a da integridade psicofísica das crianças e adolescentes, poderá dar azo ao dano moral quando tiver havido abandono moral por parte de genitor biológico e ausência de figura parental substituta.

A “defesa da ordem social a partir da criança”³¹ diz respeito a uma ideia de parentalidade substancialmente diversa daquela essencialmente burguesa do início do século XX, emoldurada pelo Código Civil de 1916, quando a autoridade parental tinha apenas duas funções: limitar a capacidade negocial do menor no mercado e educá-lo para a convivência em sociedade. Tais funções, como é fácil perceber, eram exercidas tendo-se em vista a lógica patrimonialista então em vigor, limitando-se os cuidados parentais, segundo a previsão legal, à atenção para com os bens dos próprios filhos e à vigilância com relação aos bens de terceiros.

A intervenção marcante do legislador, a partir da Constituição de 1988 e do consequente Estatuto da Criança e do Adolescente, entretanto, transformou este estado de coisas, com reflexos (ainda que muito insuficientes) no Código promulgado em 2002. O poder familiar passou a ser concebido como um poder-dever posto no interesse exclusivo do filho e com a finalidade de satisfazer suas necessidades existenciais, consideradas as mais importantes, conforme prevê a cláusula geral de tutela da dignidade humana (art. 1º, CF). Este também é, não por acaso, o teor do art. 227 da Constituição, ao determinar ser dever da família assegurar, com *absoluta* prioridade, às crianças e aos adolescentes os direitos à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária.

O princípio, conhecido como “doutrina jurídica da proteção integral”, ramifica-se em inúmeros dispositivos legais, constantes das mais diversas leis e regulamentos, todos atribuindo às crianças e aos adolescentes preeminência não apenas na família, mas também no âmbito da sociedade e do Estado. Assim, a guarda dos filhos em caso de divórcio será fixada do modo que atender aos melhores interesses do filho menor – não obstante a preponderância, em tese, da guarda compartilhada –, independentemente de qualquer consideração à imputação de culpa na separação.

A proteção do melhor interesse da criança, sendo princípio, depende sempre da interpretação do juiz (do Estado, portanto), trazendo, pela primeira vez, para a esfera pública a problemática dessas relações. Como os filhos menores não estão em condições de se proteger por si sós, o legislador e o juiz tomam a si o encargo de tutelá-los em face de todos, inclusive dos próprios pais. Trata-se de completa inflexão em relação ao passado. Houve um tempo em que o direito dos pais sobre os filhos era de vida e

³¹ POCAR, Valerio; RONFANI, Paola. **La famiglia e il diritto**. Bari: Laterza, 2008, p. 159.





de morte, passando pelo poder de escravizá-los³² e, até recentemente, de estabelecer sua profissão e, no caso de filha, a escolha de seu cônjuge, em decorrência do temor reverencial dos filhos então costumeiro.

Atualmente, porém, a situação é completamente diversa. A lei cada vez mais garante aos filhos proteção e liberdades, atribuindo aos pais sempre maiores responsabilidades.

Este termo, responsabilidade, é o que melhor define hoje a relação parental do ponto de vista legal. Trata-se, com efeito, de uma relação assimétrica, entre pessoas que estão em posições completamente diferentes, sendo uma delas dotada de particular vulnerabilidade. Além disso, a relação é tendencialmente permanente, sendo custoso e excepcional o seu término: de fato, a perda ou a suspensão do poder familiar só ocorre em casos de risco elevado ou de abuso (Código Civil, arts. 1.637 e 1.638). Assim, como a autoridade parental raramente cessa, a responsabilidade não pode, evidentemente, evanescer-se por simples ato de autonomia.

Em virtude da imprescindibilidade de tutela por parte dos pais e da dependência e vulnerabilidade dos filhos, a solidariedade familiar alcança aqui o seu grau de intensidade máxima. Em caso de abandono moral ou material, são lesados os direitos próprios do *status* de filho e de menor, cujo respeito, por parte dos genitores, é pressuposto para o sadio e equilibrado crescimento da criança, além de condição para a sua adequada inserção na sociedade. Ou seja, os prejuízos causados são de grande monta.

Novamente, buscando o equilíbrio dos interesses contrapostos, ter-se-ia do lado dos genitores o princípio da liberdade, e da parte dos filhos o princípio da solidariedade familiar. Levando-se em conta a peculiar condição de filho menor e a responsabilidade dos pais na sua criação, educação e seu sustento, seria incabível valorizar a liberdade dos primeiros em detrimento da solidariedade familiar e da própria integridade psíquica da prole. Do contrário, seria a desvalorização do planejamento familiar, que integra em seu conteúdo liberdade e responsabilidade: liberdade para decisão de ter ou não filhos; uma vez optando-se por tê-los, responsabilidade para criá-los de modo a preservar seu crescimento biopsíquico saudável. Assim, verificados, pois, os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psíquica são princípios que se superpõem, com a força que lhes dá a tutela constitucional, à autonomia dos genitores em relação a comportamento que ignore os interesses dos filhos. Nesta hipótese, a realização do princípio da dignidade humana dá-se a partir da integralização do princípio da solidariedade familiar, que contém, em si, como característica essencial e definidora, a assistência moral dos pais em relação aos filhos menores.

³² CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1954. p. 52.





A Constituição e a lei obrigam os genitores a cuidar dos filhos menores. Na ausência deste cuidado, que causa prejuízos necessários à integridade de pessoas vulneráveis que podem comprometer sua “vida de relações”, a quem o legislador constitucional atribui expressamente “prioridade absoluta”, *pode* haver dano moral a ser reparado. Em outras palavras, para a configuração de dano moral à integridade psíquica do filho menor, é preciso que tenha havido o abandono moral por parte do pai ou da mãe, somado à ausência de uma figura substituta.

De fato, a importância da figura paterna, especialmente depois das conclusões da psicologia moderna, não precisa de mais comprovações. É notória a sua imprescindibilidade – assim como o é a da figura materna – para a adequada estruturação da personalidade da criança. Quanto aos pais, *tertius non datur*: ou se tem pais ou se tem ausência de pais (isto é, completa ausência de quem exerça tal função). Quando este último caso ocorrer, estará caracterizado um dano moral a ser ressarcido.

Se, porém, alguém assume o papel paternal ou maternal, desempenhando adequadamente suas funções, não haverá dano a ser indenizado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico. Não se admite caráter punitivo à indenização do dano moral.³³ Não se trata, pois, de condenar um pai que abandonou seu filho (sendo este dano, em princípio, meramente hipotético), mas de ressarcir o (concreto) *dano sofrido* pelo filho quando, abandonado pelo genitor biológico, não pôde contar nem com seu pai biológico, nem com qualquer figura substituta. Configura-se, então, aí, o que se alude como uma “ausência” (isto é, ausência de uma figura paterna ou materna), a qual configura, sem dúvida, dano moral indenizável.

Uma das primeiras sentenças favoráveis ao ressarcimento do filho nestes casos foi emanada pela jurisprudência italiana em 2000³⁴ e a nossa jurisprudência também começou, há alguns anos, a decidir neste sentido.³⁵ Cabe referir, ainda, o importante acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, um verdadeiro divisor de águas na matéria, cuja ementa afirma: “(...) a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno,

³³ Em posição contrária ao caráter punitivo do dano moral, tal como tem sido aplicado na jurisprudência nacional, v. BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 45-78.

³⁴ *Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza n. 7713/2000, Relatore M. R. Morelli*. No mesmo sentido, o Tribunal de Veneza, em 2004, entendeu que, se o filho é abandonado pelo pai, sofre a dolorosa privação de um aporte que a Constituição lhe garante. Vem, portanto, lesado um direito fundamental do filho ao sustento também moral e assistencial, que transcende o âmbito estritamente patrimonial, lesão ressarcível e configurável como hipótese do chamado dano “existencial” (*Tribunale di Venezia, sez. III civile, del 30 giugno 2004*).

³⁵ O primeiro caso brasileiro, segundo noticiaram os jornais, em que se deu o reconhecimento do dano moral por falta de assistência moral nestes moldes, ocorreu em 2003, na comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul.





que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana”³⁶

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, num primeiro momento, examinando a questão, entendeu, por maioria, pelo não cabimento de indenização por dano moral. O julgamento foi da Quarta Turma e deu provimento ao REsp 757.411, interposto para modificar a decisão condenatória da mencionada 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais. A Turma deu provimento ao recurso do pai, *considerando que a lei apenas prevê, como punição para a hipótese, a perda do poder familiar*. O Min. Relator Fernando Gonçalves observou que “a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização por dano moral”. Com o relator, entendeu-se que, por maior que seja o sofrimento do filho, o direito de família tem princípios próprios, que não podem ser contaminados por outros, com significações de ordem material, patrimonial. A propósito, assim se manifestou o Min. Jorge Scartezzini: “O que se questiona aqui é a ausência de amor. Na verdade, a ação poderia também ser do pai, constrangido pela acusação de abandono (...). É uma busca de dinheiro indevida”³⁷.

Nessa linha de argumentação, adotada pela maioria, considera-se que, como o ordenamento jurídico já teria previsto uma “sanção” para o caso de descumprimento dos deveres parentais – qual seja, a perda, pelo pai, do poder familiar sobre o filho –, não seria possível admitir qualquer outra – por exemplo, a da compensação do dano moral. Que espécie de sanção, todavia, pode a previsão de perda do poder familiar representar para o pai que abandonou moralmente seu filho? A consequência prevista

³⁶ TAMG, 7ª C.C., Ap. Civ. 408.550, Rel. Juiz Unias Silva, julg. em 01.04.2004, v.u., publicado na RTDC n. 20, 2004, p. 177-179. Em 1ª instância, a ação do filho fora julgada improcedente, sob a alegação de que era “inexistente o nexo causal entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor”. Do aludido acórdão consta o seguinte: “Até os seis anos de idade, [o apelante] manteve contato com seu pai de maneira razoavelmente regular. Após o nascimento de sua irmã, a qual ainda não conhece, fruto de novo relacionamento conjugal de seu pai, este afastou-se definitivamente. Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivadas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura. De acordo com o estudo psicológico realizado nos autos, constata-se que o afastamento entre pai e filho transformou-se em uma questão psíquica de difícil elaboração para Alexandre, interferindo nos fatores psicológicos que compõem sua própria identidade. (...) Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexo causal entre ambos. Desta forma, fixo a indenização por danos morais no valor equivalente a duzentos salários mínimos, ou seja, R\$ 44 mil”.

³⁷ O voto vencido do Min. Barros Monteiro destacou que a destituição do poder familiar não interfere na indenização, sustentando que “ao lado de assistência econômica, o genitor tem o dever de assistir moral e afetivamente o filho”. Segundo Barros Monteiro, o pai somente estaria desobrigado da indenização se comprovasse a ocorrência de motivo maior para o abandono.





na lei, na verdade, produz o efeito reverso (e extremamente perverso): funciona como um prêmio, indo ao encontro do desejo do genitor de se livrar das responsabilidades parentais, agora plenamente legitimado, em relação ao filho indesejado. Não há, pois, na prática, *sanção* alguma. Quanto à segunda argumentação, a de que “a ação poderia também ser do pai, constrangido pela acusação de abandono”, a falácia é de cristalina evidência: da relação de filiação não decorre, ontologicamente, a responsabilidade dos filhos pelos pais, o que já bastaria para afastar, imediatamente, a possibilidade de abandono destes por parte daqueles,³⁸ a não ser quando os pais se tornam idosos e os filhos maiores (art. 229, CF). Neste último caso, a mesma interpretação vigorará.

O Min. Barros Monteiro, único a votar pelo não conhecimento do recurso, restando vencido, destacou que a destituição do poder familiar não interfere na indenização, entendendo que, “ao lado de assistência econômica, o genitor tem o dever de assistir moral e afetivamente o filho”. Segundo o Ministro, em arguta interpretação, o pai somente estaria desobrigado da indenização se comprovasse a ocorrência de força maior para o abandono.

Mais recentemente, porém, os ventos tornaram-se mais favoráveis ao ressarcimento de danos aos filhos por abandono moral do genitor. Assim, por exemplo, o mesmo Superior Tribunal de Justiça, desta vez em acórdão de sua Terceira Turma, reconheceu que “inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no direito de família”.³⁹

³⁸ No mesmo sentido da tese vencedora, vale citar decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cuja contundência revela a dimensão da convicção da 4ª Câmara Cível acerca da não ressarcibilidade do dano moral nesses casos: TJRJ, 4ª C.C., Ap. Civ. 2004.001.13664, Rel. Des. Mário dos Santos Paulo, julg. em 19.07.2004. Eis os principais excertos daquela decisão: “Trazendo como fachada a alegação de ausência de afeto paterno, desencadeou a Autora esta gananciosa pretensão oportunista, com o claro objetivo de lucro fácil, na esteira da chamada indústria do dano moral, agora com uma nova e perigosa ramificação, como sempre protegida pelo deferimento de gratuidade de justiça. (...) Na verdade, o Réu nunca encarou essa paternidade com o prazer e satisfação dos pais que desejam um filho. De sua ótica fica claro que considerava o relacionamento com a mãe da Autora como uma aventura amorosa passageira. Basta ver sua contestação no processo do reconhecimento da paternidade, reproduzida por cópia nestes autos. Nessa linha de pensamento, nunca dela se aproximou, ou permitiu que ela dele se aproximasse, durante os mais de quarenta anos que a mesma tem de idade. Uma das primeiras lições ministradas nos bancos acadêmicos das faculdades de direito é justamente a distinção entre as normas jurídicas e a moral. Como se sabe, ambas são normas de comportamento, regulando atos das pessoas, visando o bem-estar dos indivíduos e da sociedade. Mas o alcance de cada uma é absolutamente restrito. (...) Por óbvio, ninguém está obrigado a conceder amor ou afeto a outrem, mesmo que seja filho (...).”

³⁹ STJ, 3ª T., REsp 1.159.242, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 24.04.2012: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais





O valor indenizatório, mantido pelo STJ, foi de 200 mil reais. Em um terceiro caso, cujo voto condutor foi do Min. Salomão, o Tribunal recusou a indenização, considerando prescrita a pretensão. Tratava-se de um homem de mais de 50 anos que alegava ter sofrido abandono moral em sua infância.⁴⁰

A situação, contudo, do ponto de vista jurisprudencial, ainda parece relativamente indefinida, embora a decisão da Min. Andriighi, pioneira na tradição do STJ, indique o melhor caminho para o tratamento que os tribunais devem conferir ao tema. Na doutrina, há também grandes controvérsias, com uma maioria silenciosa contrária à indenização em todo e qualquer caso, por suposto temor de mercantilização das relações paterno-filiais. De fato, o temor seria justificável diante de uma ótica que ainda associa o dano moral ora a uma suposta função punitiva ou exemplar, ora a prejuízos psicológicos causados à vítima, sempre de difícil aferição objetiva.

As hipóteses de ressarcimento de dano moral causadas por abandono moral (erroneamente chamado de afetivo) devem, por isso mesmo, repousar em águas mais calmas e claras, qual seja a identificação de violação concreta a qualquer um dos substratos que compõem a dignidade dos filhos, identificado objetivamente na violação do dever geral de cuidado, oriundo da autoridade parental, como previsto no art. 229 da Constituição Federal.

Ainda em sede de construção doutrinária, cabe esclarecer que parece ser necessário sustentar que o filho poderá somente pleitear o ressarcimento depois de completar a maioridade. Antes disso, seria necessário que fosse representado, via de regra, pela mãe (ou pelo pai, conforme o caso), o que poderia abrir grande margem para que a indenização por abandono moral do filho se transformasse em instrumento de vingança entre ex-cônjuges, e chegasse às raias da alienação parental. Além disso, e mais relevante, apenas depois de chegar a idade adulta poderá o filho realmente discernir se o afastamento do pai biológico lhe causou dano concreto e efetivo; em outras palavras, o abandono apenas pode ser reconhecido pelo filho, pessoalmente, em fase da vida na qual já pode prescindir da educação e da criação do pai. Esse entendimento em nada prejudica a vítima, vez que a prescrição não corre contra o incapaz e que a

que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

⁴⁰ STJ, 4ª T., REsp 1.298.576. Rel. Min. Felipe Salomão, julg. em 21.02.2012. Eis o cerne da decisão do Ministro, acompanhado pela unanimidade de seus pares: “O autor nasceu no ano de 1957 e, como afirma que desde a infância tinha conhecimento de que o réu era seu pai, à luz do disposto nos artigos 9º, 168, 177 e 392, III, do Código Civil de 1916, o prazo prescricional vintenário, previsto no Código anterior para as ações pessoais, fluiu a partir de quando o autor atingiu a maioridade e extinguiu-se assim o “pátrio poder”. Todavia, tendo a ação sido ajuizada somente em outubro de 2008, impõe-se reconhecer operada a prescrição, o que inviabiliza a apreciação da pretensão quanto a compensação por danos morais”.





indenização em questão não tem natureza alimentar, podendo ser pleiteada em momento posterior.

5. DANOS À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental corresponde, infelizmente, a uma prática cada vez mais comum nas dissoluções das relações conjugais. Em um ambiente de litigiosidade, é frequente que, diante do desejo de vingança de um dos ex-cônjuges pelo fim do casamento e pela reconstituição da vida afetiva do outro, os filhos sejam afastados do outro genitor e usados como instrumento para atingi-lo, principalmente por meio da manipulação da sua psique, fazendo-os crer que viveram situações falsas, com o escopo de dificultar o convívio parental. Enfim, trata-se de condutas que atuam na mente do filho para que esta seja programada a rejeitar o outro genitor.⁴¹

A prática da alienação parental é feita, geralmente, pelo genitor que está com o filho a maior parte do tempo e, por isso, a criança acaba tendo maior (e mais íntima) relação de dependência e fidelização com este. Esse ambiente pode ser terreno fértil para se construir a teia de manipulação que se enreda nos atos cotidianos, fortalecendo-se paulatinamente. Por isso, traduz-se em exercício abusivo ou disfuncional do poder familiar, tendo em vista que o ato ilícito se configura exatamente no excesso das condutas que traduzem criação e educação, com vistas à “fidelização” do filho ao genitor alienador e à implantação de falsas memórias, em prejuízo do direito fundamental à convivência familiar.⁴² O alienador age, portanto, excedendo os limites valorativos impostos pelo ordenamento, e ao prejudicar o exercício do poder familiar pelo alienado, gera “danos aos filhos, que crescem sem a referência biparental, mesmo tendo ambos os pais vivos e dispostos a cumprir os deveres oriundos do poder familiar”⁴³.

⁴¹ A Lei nº 12.318/2010, no parágrafo único do seu art. 2º, enumera 7 ações que podem gerar a alienação. É importante frisar que se trata de enumeração exemplificativa vez que outras condutas podem gerar o mesmo resultado danoso ao filho e ao genitor alienado. Sobre o tema da alienação parental, recomenda-se o documentário “A Morte Inventada” disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=EEedJlopQgE>, acesso em 12 ago. 2016, o qual retrata pessoas que foram vítimas de tais comportamentos alienadores, sendo possível visualizar com clareza os danos que lhes foram causados, bem como os prejuízos para as relações familiares.

⁴² Embora o abuso do direito se amolde indiscutivelmente a situações patrimoniais, também se aplica às existenciais, pois representa o excesso no exercício dos espaços de liberdade em situações jurídicas familiares ligadas à realização da pessoa. Pontes de Miranda já previa tal possibilidade: “Constitui princípio de moral familiar, sem qualquer desrespeito aos direitos paternos, a manutenção de relações de amizade e de um certo intercâmbio espiritual entre uma avó e sua neta menor, sendo odiosa e injusta qualquer oposição paterna, sem estar fundada em motivos sérios e graves; assim, constituir abuso de pátrio poder o impedimento, direto ou indireto, a que o ascendente mantenha estreitas relações de visita com a sua neta, procurando apagar nesta todo vestígio de sentimento pelos componentes da família de sua mãe falecida”. PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. T. IX. Atual. Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2012. p. 176-177.

⁴³ RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. **Civilistica.com.**, Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, 2013. p. 9.





Com vistas a coibir atos alienadores, foi editada a Lei n. 12.318/2010, que conceitua e caracteriza essa terrível prática, prevê medidas de proteção aos filhos alienados e sanções ao genitor alienador. Além disso, esclarece que os sujeitos (ativos) da relação jurídica instaurada pela alienação parental são os pais, avós, ou aqueles “tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância” pois a proximidade cotidiana é o fator que permite a “(re)programação mental” – outrora chamada de “lavagem cerebral” – dos filhos para que eles venham a repudiar o outro genitor, causando prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (art. 2º).⁴⁴ Os sujeitos passivos, que sofrem a alienação, são os filhos e o genitor alienado.⁴⁵

A referida lei traz, também, no art. 6º, um rol exemplificativo de medidas a serem adotadas pelo Poder Judiciário quando verificada a prática alienadora, cujo escopo é a tutela dos menores e a punição ao genitor alienador. Elas deverão ser aplicadas de acordo com a gravidade da alienação, garantindo uma reação proporcional. Para tanto, faz-se imprescindível a realização da perícia psicológica e biopsicossocial (art. 5º), a fim de se apurar a existência de alienação e o grau de comprometimento da integridade psíquica do menor. Essa perícia é de suma relevância no processo onde se apura a existência da alienação, na medida em que vai municiar o juiz para que ele, então, verifique qual a melhor forma de se reverter a situação, a fim de se concretizar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Dentre as reações possíveis contra a alienação parental, a lei prevê expressamente a responsabilidade civil, no art. 6º,⁴⁶ sem prejuízo das demais sanções e medidas de proteção. Por isso, afirmamos (i) a possibilidade de indenização quando ocorre alienação parental e, concomitantemente, (ii) a aplicação dos outros instrumentos previstos no art. 6º da referida lei, dependendo da gravidade da alienação perpetrada.

⁴⁴ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO DE FAMÍLIA. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO AUTURAL. Falsa denúncia de abuso sexual cometido pelo pai contra a filha menor feita por avó materna. Provas da denúncia inverídica feita à CPI da pedofilia do senado federal, à autoridade policial e à direção da escola onde estudava a criança. Responsabilidade civil subjetiva. Propósito de causar prejuízo. Abuso de direito. Estudo de caso conduzido por psicóloga e assistente social que comprova a conduta da ré e a inexistência dos fatos apontados pela apelada. *Dano moral* configurado. Dever de indenizar (art. 186 c/c 927 CC.). Precedentes jurisprudenciais. Sentença que deve ser reformada. Sucumbência em desfavor da apelada. Honorários em valor certo fixados conforme art. 85, § 8º c/c §16º CPC/15. Recurso provido. (TJRJ, Ap. Civ. 0097429-39.2012.8.19.0002, 5ª CC, Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia, julg. 26.4.2016, DJ 2.5.2016)

⁴⁵ Embora a lei de alienação parental, 12.318/2010, se refira especificamente a crianças e adolescentes como “sujeito” que pode ser alienado, parece possível estender essa prática a todas as pessoas em situação de vulnerabilidade, como o maior incapaz, o idoso, dentre outros.

⁴⁶ “Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, *sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil* ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental.” (g. n.).





Tal qual a hipótese de abandono moral, há violação direta ao princípio da solidariedade familiar, embora, aqui, seja causada pelo abuso no exercício do poder familiar, principalmente porque impede o outro genitor de exercer seu poder dever. O genitor alienador acaba por impedir que o filho exerça o direito fundamental à convivência familiar (art. 227 da Constituição da República), na medida em que, com a programação mental da criança, ela rejeita o genitor alienado, por acreditar em fatos que na realidade não existiram, mas que passam a habitar sua *psique* em virtude das falsas memórias que lhe foram implantadas. Por isso, são os filhos os que sofrem, de forma mais evidente, os danos advindos da alienação, pois acabam acreditando em situações inexistentes, o que pode gerar um abalo substancial na sua relação afetiva com o genitor alienado.

De um lado, temos o genitor alienador que, dolosamente ou não, por vingança ou por acreditar em suas “verdades”, pratica alienação parental; de outro lado, essas atitudes do alienador acabam por incutir no filho sentimentos geradores do afastamento do outro genitor. Além do sacrifício à ao direito à convivência familiar da criança com ambos os pais, sua integridade psíquica também fica seriamente abalada por passar a acreditar que foi abandonado, rejeitado ou até vítima de abuso sexual, hipótese mais grave de alienação parental.⁴⁷ A integridade psíquica do menor também é gravemente abalada, como reconhece a própria lei, ao determinar que, uma vez existentes indícios da prática alienadora, “o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias, para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso” (art. 4º). Essa é uma tentativa de minimizar ou, ao menos, evitar que se agrave o dano sofrido pela criança.

Faz-se necessário, contudo, atentar também à condição do genitor alienado, que se vê afastado do seu filho sem uma justificativa razoável – muitas vezes, a real causa desse afastamento foi a iniciativa do divórcio, a constituição de nova família ou simplesmente um novo namoro. Quando se trata de um pai responsável, inicia-se verdadeiro calvário para se restabelecer um regime de convivência mínimo com o seu filho e, principalmente, reconquistar a confiança e o afeto do seu filho, por meio da desconstrução das falsas memórias implantadas. Infelizmente, nem sempre isso é possível e

⁴⁷ Ver, por todos: CALÇADA, Andreia. *Perdas irreparáveis: alienação parental e falsas acusações de abuso sexual*. Rio de Janeiro: PublIt, 2014. A jurisprudência também tem reconhecido esse grave problema: v., por todos, a seguinte decisão: AGRADO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR - AFASTAMENTO DO GENITOR - ARTIGO 22, III, A, DA LEI MARIA DA PENHA - Liminar deferida - Requisitos não demonstrados - Indícios de abuso sexual - Ausência - Alienação Parental - Recurso provido. 1. Para o deferimento da liminar mister se faz que, além das condições gerais e comuns a todas as ações, sejam evidenciados os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, de modo a se caracterizar a plausibilidade aparente da pretensão aviada e o perigo fundado de dano, antes do julgamento da ação principal. 2. Não se aferindo qualquer indício de abuso sexual por parte do genitor, mas, ao contrário, o exercício de atos de alienação parental por parte da genitora da menor, deve ser reformada a decisão que deferiu em parte a liminar para determinar o afastamento, com fulcro no artigo 22, III, a, da Lei nº 11.340/2006. (TJMG, 8ª C.C., AI nº 1.0686.13.005617-5/001, Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, julg. 28.11.2013, DJe 09.12.2013).





essa relação parental é perdida, afetando gravemente sua integridade psicofísica. Claro está, portanto, que o ato antijurídico aqui deriva de grave disfunção no exercício da autoridade parental, o qual gera enorme dano aos demais envolvidos.⁴⁸

Evidentemente não há necessidade da prova do dano – bastando a prova da alienação –, já que, em situações como a presente, o dano é *in re ipsa*. Basta, portanto, para a devida compensação ao filho, a conduta alienante de um dos pais e as concretas consequências sofridas pelo filho. Todavia, por meio da perícia prevista pela Lei 12.318, será possível evidenciar os danos existentes, com vistas ao seu enfrentamento em tratamento psicoterápico: o § 1º do art. 5º prevê a realização de avaliação psicológica e biopsicossocial.⁴⁹

Por fim, não se tem dúvidas de que os bons costumes da responsabilidade familiar repudiam os atos alienadores, pois, conquanto eles tenham por escopo atingir o outro genitor, são os filhos os que sofrem os maiores danos, situação inaceitável pelo ordenamento jurídico, violando frontalmente os direitos fundamentais da população infanto-juvenil, conforme previsão do art. 227 da Constituição Federal. Em virtude disso, será imprescindível articular instrumentos de prevenção e combate da alienação parental, a fim de preservar os “filhos do divórcio” desse destino.⁵⁰

⁴⁸ “Indenização por danos morais. Partes têm filha comum. Apelante alegara que o apelado praticara atos libidinosos em relação à infante, porém, nada comprovou, inclusive no âmbito criminal. Afronta à dignidade da pessoa humana do genitor e exposição à situação vexatória caracterizadas. Apelado que sofrera enorme angústia e profundo desgosto, além de ampliação da aflição psicológica com o cerceamento do exercício do direito de visitas. Danos morais configurados. Beligerância entre as partes se faz presente, desconsiderando o necessário para o bem-estar da menor. Verba reparatória, fixada em R\$31.520,00, compatível com as peculiaridades da ação. (...)” (TJSP, Ap. Civ. 0.002.705-05.2014.8.26.0220, 4ª Câmara, Dir. Privado, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, julg. 21.6.2016).

⁴⁹ “Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial”; “§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor”.

⁵⁰ É tal a relevância de tais situações que o TJRJ já determinou ser a Vara de Família a competente para julgar demandas que envolvem pedidos de dano moral em caso de alienação parental, pois é o juiz de família o que está mais apto para decidir conflitos dessa natureza: “AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIREITO DE FAMÍLIA. ALIENAÇÃO PARENTAL. Sentença de procedência proferida pelo Juízo Cível determinando que a ré pague R\$ 50.000,00 ao autor a título de indenização por danos morais. Inconformismo da ré. Pedido indenizatório fundamentado na prática de *alienação parental* pela genitora da menor Y. C. A. Sentença proferida pelo Juízo da 27ª Vara Cível da Comarca da Capital. (...) Artigos 91 e 113 do CODJERJ. Súmula 274 do TJRJ editada mais de um ano antes da prolação da sentença atacada em dezembro de 2013. Artigo 85, I, do CODJERJ. O juiz de família é competente para processar não só as causas relativas ao estado de filiação, mas também as demais ações fundadas em direitos e deveres dos pais para com os filhos. Sentença anulada, de ofício que merece manutenção. Artigo 557, §1º-A. Recurso desprovido. (TJRJ, Ap. Civ. 0021826-94.2011.8.19.0001, 16ª CC., Rel. Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo, julg. 3.3.2015, DJ 6.3.2015)





6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

“As palavras com que envenenamos o coração de um filho, por mesquinha ou por ignorância, ficam guardadas na memória e mais cedo ou mais tarde lhe queimam a alma”⁵¹. Assim, o escritor espanhol Carlos Ruiz Zafón resume a dor que os filhos sentem quando os pais não usam extrema delicadeza ao falarem um do outro à criança. Nesse tipo de ambiente, em que se desenvolve o desencantamento, acaba por fenecer o amor filial, tanto em face do genitor que falou demais, ou falou errado, ou excessivamente cedo, como daquele de quem se falou, se o que foi dito era verdadeiro. Restam a mágoa e a raiva de um filho que acaba, eventualmente, por perder ambos os pais.

Nos últimos anos, o legislador ordinário jurídico, com base na Constituição, passou, enfim, a enfrentar os problemas patológicos nas famílias. A primeira importante posição foi tomada com a promulgação da lei contra a violência doméstica. Outra atitude, no mesmo sentido, foi a regra da guarda compartilhada. Além disso, teve início a possibilidade da fixação de danos morais nas relações parentais, quando se verifica comportamento decisiva e francamente contrário ao crescimento saudável dos filhos. O papel do Direito, de fato, passou a ser o de buscar minorar, a partir de sua atuação promocional, que os pais se tornem “tóxicos” aos filhos.⁵²

Se, no caso do abandono afetivo, o dano moral pode ocorrer em razão do descumprimento dos deveres oriundos da autoridade parental, na hipótese da alienação parental a indenização fundamenta-se no exercício disfuncional do poder familiar, que acaba por impedir que o outro genitor exerça os deveres que lhe cabem como pai/mãe e, em última instância, termina por impedir o direito fundamental à convivência familiar. Tal direito visa proteger de forma muito mais contundente o filho, pois é no convívio com os pais que os valores familiares são transmitidos e que se constrói o afeto.

Em ambos os casos, todavia, a solidariedade familiar – isto é, a responsabilidade imaterial com os filhos que se exterioriza através da criação e da educação – é negligenciada: no caso do abandono moral, pelo próprio genitor omissivo; na alienação parental, pelo alienador que, intencionalmente ou não – a apuração da vontade consciente de prejudicar, nessa sede, não é relevante – dificulta a convivência e programa o filho para quebrar o vínculo afetivo com o outro genitor.

Insista-se que não se trata aqui de valorar o afeto ou o amor, conceitos abstratos que correspondem a uma determinação subjetiva do humano – insubordinada e

⁵¹ RUIZ ZAFÓN, Carlos. **À sombra do vento**. Rio de Janeiro: Suma de Letras, 2007. p. 136.

⁵² “Pais tóxicos: será que não estamos nos referindo aqui aos modos como muitos pais há muito tempo têm-se comportado em relação aos seus filhos, sobretudo se temos em mente as formas menos extremas e invasivas de abuso? Em uma parte substancial deles, creio ser o caso. O período em que o tamanho da família decresceu, e os filhos passaram a ser mais valorizados pelos pais, foi a época em se consolidou a ideia de que as crianças deveriam obedecer aos seus superiores”. GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**: sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1993. p. 121.





situada, portanto, fora do campo jurídico. Existem, porém, deveres jurídicos de conteúdo moral entre os membros da família, e é para eles que o julgador deve voltar sua atenção. No caso da relação parental, é a própria Constituição que, no art. 229, primeira parte, estabelece que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”.

Em caso de descumprimento dos deveres previstos na Constituição poderá surgir o dever de indenizar, desde que não exista (ou tenha existido) figura parental substituta. Há, nesses casos, uma responsabilização dos pais específica do direito de família, ou, seria mais adequado dizer, responsabilidade civil decorrente de violações do dever de assistência moral, por força do vínculo de parentalidade, passível de ser objetivamente verificada em ações concretas. Quanto à alienação parental, trata-se de abuso no exercício do poder familiar, violando o constitucional poder-dever do outro genitor de cuidar e educar o filho.

O interesse da criança, na qualidade de pessoa em desenvolvimento, protegido com prioridade pela Constituição e pelas leis do País, deve ser interpretado como o aspecto fundamental das relações familiares em sua configuração hodierna. Na síntese de um autor norte-americano, nos ordenamentos jurídicos ocidentais contemporâneos “o casamento não é mais a questão importante; os filhos são”.⁵³

7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação de deveres pessoais entre cônjuges. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 802, p. 11-26, ago. 2002.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, vol. 1, n.1, p. 89-112, jan./mar. 2000.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: Uma leitura civil-constitucional do dano moral. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CALÇADA, Andreia. **Perdas irreparáveis**: alienação parental e falsas acusações de abuso sexual. Rio de Janeiro: PublIt, 2014.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil**: la famille, les incapacités. Paris: PUF, 1969.

COOPER, David. **A morte da família**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1980.

⁵³ KRAUSE, H. Marriage for the New Millennium: Heterosexual, Same Sex – or Not at All? **Family Law Quarterly**, [s.l.], n. 34, p. 271-300, 2000. p. 271. No original: “*Marriage isn’t really the important issue, children are.*”





DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**. 3.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

EEKELAAR, John. The End of an Era? *Journal of Family History*, Ottawa, vol. 28, n. 1, p. 108-122, jan./mar. 2003.

EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. Lisboa: Vega, 1993.

FERRER Y RIBA, Josep. Relaciones familiares y límites del derecho de daños. **InDret**, Barcelona, out. 2001. Disponível em <http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf>. Acesso em 12 ago. 2016.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**: sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1993.

GISCHKOW PEREIRA, Sergio. Dano moral e direito de família: o perigo de monetizar as relações familiares. In: GISCHKOW PEREIRA, Sergio. **Estudos de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco Di (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989.

KRAUSE, H. Marriage for the New Millennium: Heterosexual, Same Sex – or Not at All? **Family Law Quarterly**, [s.l.], n. 34, p. 271-300, 2000.

PANTER-BRICK, C.; SMITH M. T. (Eds.). **Abandoned Children**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. Sui rapporti personali nella famiglia. In: PERLINGIERI, Pietro (Org.). **Rapporti personali nella famiglia**. Napoli: ESI, 1982.

POCAR, Valerio; RONFANI, Paola. **La famiglia e il diritto**. Bari: Laterza, 2008.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. T. IX. Atual. Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2012.

RODOTÀ, Stefano. **Il problema della responsabilità civile**, Milano: Giuffrè, 1964.

RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. **Civilistica.com.**, Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, 2013.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

RUIZ ZAFÓN, Carlos. **À sombra do vento**. Rio de Janeiro: Suma de Letras, 2007.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A separação e o divórcio no Novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile*, v. II, *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.





TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. t. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VELHO, Gilberto. Família e parentesco no Brasil contemporâneo. Individualismo e projetos no universo das camadas médias. **Revista de Estudos Interdisciplinares**, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul./dez. 2001.

VINEY, Geneviève. Les obligations. La responsabilité: conditions. In: J. GHESTIN. (Dir.). **Traité de droit civil**. Paris: LGDJ, 1982.







Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48066

Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional

Transnational Constitutionalism: for a pluriversalist understanding of the Constitutional State

ANDERSON VICHINKESKI TEIXEIRA*

Universidade do Vale do Rio Sinos (Brasil)
andersonvteixeira@hotmail.com

Recebido/Received: 11.08.2016 / August 11th, 2016

Aprovado/Approved: 29.09.2016 / September 29th, 2016

Resumo

O presente artigo busca analisar os elementos basilares que caracterizam a formação do chamado constitucionalismo transnacional. Mais do que um processo de globalização, verifica-se na atualidade o desenvolvimento de uma nova fase do movimento constitucional. Uma vez que aponta para a consolidação das ideias de tutela universal dos direitos humanos e de defesa da paz, a integração jurídica internacional apresenta-se como fenômeno muito mais complexo do que um simples processo de elaboração de normas internacionalistas bilaterais ou multilaterais. Nesse sentido, iniciaremos com uma breve análise histórica das origens do Estado constitucional. Em seguida, tentaremos encontrar elementos em condições de fornecer parâmetros para a compreensão do constitucionalismo transnacional. Por fim, algumas considerações serão ainda desenvolvidas quanto à relação entre o Estado constitucional e o fenômeno constitucional em perspectiva transnacional. A pesquisa orienta-se pelo método analítico-descritivo em sua primeira parte,

Abstract

This article aims to analyze the core elements that characterize the formation of the so-called transnational constitutionalism. More than a process of globalization, nowadays it seems to be the development of a new phase of the constitutional movement. Once that it points to the consolidation of the ideas of universal protection of human rights and the search for peace, this international legal integration presents itself as a much more complex phenomenon than a simple process of developing bilateral or multilateral international agreements. In this sense, we will begin with a brief historical analysis of the origins of the constitutional State. Then we will try to find out elements able to provide parameters for understanding the transnational constitutionalism. Finally, some considerations will be further developed on the relationship between the constitutional State and the constitutional phenomenon in transnational perspective. The research is guided by the analytical-descriptive method in the first part, while is based on a critical methodology in its final part.

Como citar esse artigo/How to cite this article: TEIXEIRA, Anderson Vichikesnki. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 141-166, set./dez. 2016. DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48066.

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo-RS, Brasil). Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze* (Itália), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne* (França). Estágio pós-doutoral junto à *Università degli Studi di Firenze*. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Advogado e consultor jurídico. E-mail: andersonvteixeira@hotmail.com.





enquanto que se baseia em uma metodologia notadamente crítica em sua parte final.

Palavras-chave: Constitucionalismo transnacional; Estado Constitucional; pluriversalismo; globalização; direitos transindividuais.

Keywords: *Transnational Constitutionalism; Constitutional State; pluriversalism; globalization; transindividual rights.*

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A consolidação do Estado constitucional como supremacia/soberania da Constituição; 3. Compreendendo e contextualizando historicamente o constitucionalismo transnacional; 3.1. Matriz funcional liberal; 3.2. Teleologia social na defesa de direitos difusos, homogêneos e transindividuais; 3.3. Redimensionamento das tradicionais funções do constitucionalismo; 4. Considerações finais: perspectivas para o Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Desde a segunda metade do século passado verifica-se a ocorrência de uma sucessão de modificações sociais, econômicas e políticas que paulatinamente estão produzindo um quadro normativo dentro do qual a definição de conceitos substantivos de direitos ocorre além das fronteiras do Estado nacional. Não apenas a ideia do que é direito (do ponto de vista subjetivo), mas o próprio contexto do direito (do ponto de vista objetivo) sofreu significativas e incontáveis redefinições conceituais nas últimas décadas. O sucesso sem precedentes da consolidação da doutrina dos direitos humanos em comparação a qualquer outra doutrina jurídica abrangente já criada, possuindo pretensão de validade universal, manteve-se substancialmente ligado às possibilidades de comunicação apresentadas pelos diversos processos de globalização. Além disso, o surgimento de jurisdições internacionais e órgãos normativos que tratam de matérias específicas, tais como a Organização Mundial do Comércio, a Organização Internacional do Trabalho, e os diversos tribunais internacionais, produziu uma sorte de normatividade transversal em condições de limitar a soberania dos Estados e concentrar na esfera internacional o poder de definir a noção substantiva de muitos dos direitos presentes tanto nas ordens nacionais quanto na ordem internacional.

Diante disso, torna-se imperioso repensar a função do Estado constitucional dentro dessa complexa rede transnacional que não conta mais com o Estado como referencial funcional, mas baseia-se em diversos níveis de normatividade que estão se desenvolvendo ou se fortalecendo, em relação aos já existentes, no âmbito internacional, tornando possível falar, primeiramente, de um processo de transnacionalização do direito enquanto fenômeno regulador de diferentes sistemas sociais e, em segundo lugar, de um nascente constitucionalismo transnacional. De um modelo de Estado axiologicamente centrado em si, vemos se consolidar um modelo de Estado axiologicamente centrado na tutela do humano em suas mais variadas dimensões de realização.





Assim, a própria função do Estado Constitucional e dos seus expedientes de tutela interna dos direitos fundamentais também termina passando por uma refundamentação filosófico-política e por uma readequação aos novos expedientes de tutela dos direitos fundamentais que progressivamente vão se consolidando.

No presente artigo pretendemos discutir como o Estado constitucional, entendido enquanto produto da soberania da Constituição, pode se constituir em instrumento de realização de um modelo de constitucionalismo transnacional que esteja norteado pela promoção da paz na ordem internacional e pela proteção dos direitos humanos.

Para tanto, iniciaremos com uma breve análise histórica das origens do Estado constitucional. Em seguida, tentaremos encontrar elementos em condições de fornecer parâmetros para a compreensão do constitucionalismo transnacional. Por fim, algumas considerações serão desenvolvidas quanto à relação entre o Estado constitucional e o fenômeno constitucional em perspectiva transnacional.

2. A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL COMO SUPREMACIA/SOBERANIA DA CONSTITUIÇÃO

Passemos, inicialmente, a uma breve reconstrução da história do Estado constitucional.

As origens da palavra “Estado”, compreendida no moderno sentido político-jurídico, remontam às contribuições do pensamento político dos séculos XV e XVI, em especial a Maquiavel (1469-1527), responsável por romper com a concepção meramente física e circunstancial do referido conceito.¹ Mais do que uma mudança – ou inovação – etimológica, esta nova forma de pensar a organização política afastava da compreensão do poder político qualquer possibilidade de legitimação metafísica e irracional como aquelas até então vistas no continente europeu, sobretudo quando na Idade Média a última instância de legitimação política restava atribuída à Igreja Católica, uma vez que esta detinha a *autoritas spiritualis* sobre o mundo terreno. Falava-se em soberano, na Idade Média, somente para referir uma relação concreta estabelecida entre partes que se encontravam hierarquicamente dispostas, i.e., para definir a superioridade existente entre senhor e servo, pai e filho, por exemplo.² Formou-se ao longo da Idade Média aquilo que Bertrand de Jouvenel veio a chamar de “tradição internacionalista”, pois todo o mundo físico, todo o mundo pensado e todo o além da vida pertenciam à Igreja Católica, constituindo uma ordem superior aos interesses temporais e capaz de

¹ “Na linguagem de Maquiavel, que começa a usar, sobretudo no *Príncipe* (1513), este termo no seu significado moderno, ele conserva ainda mais significados antigos, como a extensão territorial ou a população ou ambos, como objeto do domínio.” MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato moderno**: lessico e percorsi. 2. ed. Bologna: il Mulino, 1997. p. 25.

² Cf. JOUVENEL, Bertrand de. **La Sovranità**. Milano: Giuffrè, 1971. p. 213.





se impor em praticamente todos os domínios da vida.³ A partir dessa leitura dos fatos históricos, o Estado moderno somente pode vir a ser entendido quando a defesa dos interesses particulares e a independência das potências locais frente aos demais poderes tornou-se a pauta central do pensamento político, i.e., quando os primeiros esboços de um nacionalismo foram sentidos na obra de um autor como Maquiavel. Ainda segundo Jouvenel, o mestre florentino teria sido o primeiro pensador nacionalista, uma vez que sua obra está focada na independência do local/particular frente ao externo, em outras palavras, na defesa do particularismo contra o universalismo.⁴

Embora não fosse filósofo, mas cientista político, Maquiavel foi provavelmente o primeiro a compreender o Estado não como uma situação – ou condição – física, mas como o ente responsável por dar unicidade, estabilidade, continuidade e transcendência ao poder político.⁵ As considerações do autor do *Il Principe* sobre o Estado não representavam um modelo de organização política impessoal e voltada para a defesa da instituição, como ocorre com o Estado moderno: ele pensava o *Estado* como domínio, posse e propriedade sobre um território específico.⁶

Na França, ainda no século XVI, encontraremos em Jean Bodin (1530-1596) contribuições teóricas decisivas para a consolidação e configuração das noções de Estado moderno e, por consequência, de Estado soberano. Ele não dissociava a função e o caráter da função, nem mesmo o poder e a qualidade do poder, permitindo que sua compreensão de soberania se assemelhe formalmente à descrição político-jurídica do Príncipe. O sucesso da sua doutrina também se deve ao fato de que o Absolutismo Monárquico encontrava-se no apogeu, sendo o Rei da França um dos mais apropriados destinatários para a doutrina de Bodin – isto se não tiver sido, até mesmo, aquele a inspiração para este. Todavia, a flagrante preferência de Bodin pela monarquia não o impediu de formular um conceito de soberania que até hoje se constitui em referência obrigatória nesta seara: “soberania é o poder absoluto e perpétuo investido em uma

³ Cf. JOUVENEL, Bertrand de. **As origens do Estado moderno**: uma história das ideias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 311-312.

⁴ Cf. JOUVENEL, Bertrand de. **As origens do Estado moderno**: uma história das ideias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 312.

⁵ A denominação Estado (do latim *status* = “estar firme”), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em *Il Principe*, de Maquiavel, escrito em 1513, passando a ser usada pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, *stato di Firenze*. Durante os séculos XVI e XVII a expressão foi sendo admitida em escritos franceses, ingleses e alemães. Na Espanha, até o século XVIII, aplicava-se também a denominação de *estados* a grandes propriedades rurais de domínio particular, cujos proprietários tinham poder jurisdicional. De qualquer forma, é certo que o nome *Estado*, indicando uma sociedade política, só aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores que não admitem a existência do Estado antes do século XVII. Nesse sentido, ver DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 51.

⁶ Cf. MÉNESSIER, Thierry. *Principauté et souveraineté chez Machiavel*. In: CAZZANIGA, Gian Mario; ZARKA, Yves-Charles (Org.). **Penser la souveraineté**. Paris: Vrin, 2001. p. 29.





República”⁷. Esta definição se tornaria clássica no Estado moderno e, como bem recordou Carl Schmitt, “[N]o título da obra *Six Livres de la République*, a palavra *respublica* já deve ser traduzida com ‘Estado.’”⁸ Maurizio Fioravanti ressalta que poder perpétuo significa, em um sentido originário, algo que não deriva de lugar algum, enquanto que poder absoluto significa algo que não está submetido a controles, compartilhamentos, divisões ou qualquer sorte de ingerência por parte de poderes externos.⁹

No entanto, se as origens do Estado moderno possuem pontos minimamente seguros de partida, o mesmo não ocorre com o conceito de “Estado de direito”. Ao modelo existente em parte da Europa continental durante a Idade Média, sobretudo nos territórios germânicos, chamado de “Estado estamental” (*Ständestaat*), não é possível atribuir uma juridicidade ou sequer uma pretensão de controle social por meio do direito, pois tratava-se de um modelo de organização político-social baseada na relação política entre os estamentos e o rei, restando, assim, muito distante da ideia de Estado de direito. Com isso, no Estado estamental os direitos das pessoas restavam altamente fragmentados e estratificados.¹⁰ Já ao modelo de “Estado de polícia” (*Polizeistaat*), encontrado no séc. XVIII nos Despotismos Esclarecidos igualmente não convém atribuir a predominância da juridicidade no exercício do poder, pois este se tornava efetivo mediante a força, ainda que sob o argumento de que estava agindo para o bem dos súditos. Mais distante ainda de qualquer ideia de juridicidade na organização política está o modelo de “Estado de força” (*Machtsstaat*) anterior aos Despotismos Esclarecidos e presente mormente no séc. XVII, em especial na Prússia e na França, uma vez que, como destaca Gustavo Zagrebelsky, a sua direção “é a inversão da relação entre poder e direito que constituía a quintessência do *Machtsstaat* e do *Polizeistaat*: não mais *rex facit legem*, mas *lex facit regem*”.¹¹

Chegamos então ao ponto central para a ideia de Estado de direito: a submissão da política ao direito, ou seja, o governo por meio do direito.¹² Conforme dizia Jellinek, o poder estatal é, em última instância, um poder jurídico.¹³

⁷ BODIN, Jean. **Les six livres de la République**. Genebra, 1629, Livro I, Cap. VIII.

⁸ SCHMITT, Carl. **Il nomos della terra nel diritto internazionale del Jus Publicum Europaeum**. Milano: Adelphi, 2003. p. 143.

⁹ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto**. 7. ed. Roma-Bari: Laterza, 2007. p. 24.

¹⁰ Cf. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 27-28.

¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi, 1992. p. 20.

¹² Tal submissão pode ser bem compreendida nas palavras do publicista belga Jean Dabin: “L’État est soumis au droit non seulement sur le plan international, dans ses rapports avec des autres États, qui sont ses égaux, mais sur le plan interne, dans ses rapports avec ses sujets, individuellement ou en bloc, à l’égard desquels seuls il possède la souveraineté.” DABIN, Jean. **Doctrina Générale de l’État: éléments de philosophie politique**. Bruxelles: Bruylant, 1939. p. 128.

¹³ Cf. JELLINEK, Georg. **La Dottrina Generale del Diritto dello Stato**. Milano: Giuffrè, 1949, p. 41-42.





O real sentido dessa “submissão” pode ser visto na importante distinção conceitual bem sublinhada por Jean Dabin: bem comum e bem público. Aquele seria um bem a ser buscado por qualquer sociedade, independentemente da sua organização política, cabendo ser chamado de “bem comum particular”, uma vez que pode estar vinculado apenas aos interesses de uma sociedade demograficamente pequena ou até mesmo aos interesses da parte dessa sociedade que exerce o poder ou é a maioria. Já o conceito de bem público, não no sentido físico, mas sim imaterial, pode ser ampliado, segundo Dabin, para “bem comum público”, uma vez que este é desprovido de interesses particulares ou egoístas, estando vinculado somente ao altruísta e desinteressado interesse público.¹⁴ Dessa forma, a submissão do Estado ao direito seria no sentido de tutela do “bem comum público”, ou melhor dizendo, do interesse público.

Em meio a uma multidão de possíveis concepções de Estado de direito, verificamos que as duas grandes tradições jurídicas ocidentais, i.e., o *common law* e o *civil law*, foram responsáveis por legar duas ideias fundamentais para aquela expressão: *rule of law* e *Rechtsstaat*, respectivamente.

O Estado de direito enquanto *rule of law* remonta, inevitavelmente, à Revolução Gloriosa, de 1688, e ao advento do Parlamento como instituição fundamental no processo político britânico. Zagrebelsky destaca que “Rule of law, not of men” não evoca somente em geral o *topos* aristotélico do governo das leis no lugar do governo dos homens, mas também o contraste histórico-concreto que o parlamento inglês havia sustentado e vencido contra o absolutismo real.”¹⁵ Todavia, a concentração dos poderes normativos no Parlamento produziu um significado prático muito mais político do que jurídico, pois a supremacia do direito, i.e., o *rule of law*, realiza-se mediante experiências sociais concretas, as quais, muitas vezes, podem ser resolvidas somente na dialética do processo judicial, o que torna o *common law* um direito preponderantemente judiciário, em vez de legislado.¹⁶ De outra sorte, por exemplo, o franceses *État legal* e o *État de droit* vinham baseados em uma perspectiva fortemente legislativa quanto às origens do fenômeno jurídico e quanto ao seu modo de realização prática.¹⁷

Ainda sobre o *rule of law* e suas origens britânicas, Albert Venn Dicey em seu clássico *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* buscou condicionar todos os poderes do Estado ao *common law*, pois entendia que, por um lado, mesmo sendo este uma estrutura constitucional desprovida de constituição escrita, era dotada de uma vasta gama de *immemorial principles*, *immemorial customs* e alguns *bill of rights* que

¹⁴ Cf. DABIN, Jean. **Doctrine Générale de l'État**: éléments de philosophie politique. Bruxelles: Bruylant, 1939. p. 35-42.

¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi, 1992. p. 26.

¹⁶ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **La legge e la sua giustizia**. Bologna: Il mulino, 2008. p. 119-120.

¹⁷ Sobre a história do Estado de direito na França, ver CHEVALLIER, Jacques. **L'État de droit**. Paris: Montchrestien, 2003.





terminavam por atribuir integralidade e dinâmica funcional ao sistema, enquanto que, por outro lado, o condicionamento dos atos do poder público à estrutura jurisprudencial de produção de normatividade jurídica colaboraria no sentido de evitar arbitrariedades por parte do Parlamento e do Executivo, restando os direitos individuais do cidadão sob a tutela, em última instância, do Judiciário.¹⁸ Dicey não questionava a legitimidade da soberania do Parlamento, mas, conforme recorda Emilio Santoro, de acordo com o *rule of law*, o simples fato de o Parlamento ter criado uma lei não significava que ela automaticamente entraria no *common law*: “ela se tornará ‘direito’ somente se e quando as Cortes a fizerem parte integrante do *common law*, substituindo as regras pré-existentes.”¹⁹

Já a versão germânica do Estado de direito (*Rechtsstaat*) veio a se desenvolver mais tardiamente, ganhando maior solidez conceitual somente no séc. XIX, quando se torna possível encontrar três elementos fundamentais para a sua definição: (1) supremacia da lei sobre a Administração Pública, (2) subordinação dos cidadãos somente à lei, e (3) a presença de juízes independentes e competentes para aplicar a lei às controvérsias entre cidadãos, bem como entre cidadãos e o Estado.²⁰ O Estado de direito entendido como um Estado legislativo que se afirma mediante o princípio de legalidade surgia então como a síntese da ideia que fundamenta o chamado Estado liberal de direito.

Não obstante a análise do Estado liberal de direito e do Estado social de direito estar melhor desenvolvida no item a seguir, quando trataremos da história evolutiva do fenômeno constitucional até o atual constitucionalismo transnacional, convém agora tecer algumas breves considerações introdutórias e de ordem conceitual.

Considerando que a figura do Estado moderno já se fazia presente na realidade política não apenas europeia, mas ocidental, desde o final do séc. XVII e durante todo o séc. XVIII, vemos que o passo seguinte fora o processo de transformação desse Estado, originalmente ilimitado e eminentemente político, em um Estado limitado pelo direito e, por consequência, constituído com base no direito. Ou seja, os ideais liberais presentes nas duas grandes revoluções europeias desse período (Inglaterra, em 1688; França, em 1789) e na Independência dos EUA, corroboraram para a construção de um modelo de Estado de direito notadamente liberal. Fioravanti pontuou três princípios que sintetizam os nortes daquela que veio a ser chamada de *constituição liberal*, i.e., a constituição de um Estado liberal de direito: (1) princípio da presunção de liberdade, segundo o qual os indivíduos são livres até que a lei determine o contrário, i.e., aquilo

¹⁸ DICEY, Albert Venn. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*. Bologna: il Mulino, 2003. p. 33-4 e p. 51-4.

¹⁹ SANTORO, Emilio. Rule of law e ‘libertà degli inglesi’. L’interpretazione di Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *Lo stato di diritto*: Teoria, storia, critica. Milano: Feltrinelli, 2002. p. 200. Sobre o tema, veja-se também SANTORO, Emilio. *Common law e costituzione nell’Inghilterra moderna*. Torino: Giappichelli, 1999.

²⁰ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992. p. 23.





que não é proibido, é permitido; (2) princípio da reserva legal, que se constitui em princípio segundo o qual somente a lei pode limitar ou disciplinar o exercício de direitos individuais; e (3) princípio da constituição como ato que garante os direitos individuais e separa os poderes, estando tal princípio na base estrutural de todas as constituições que se seguiram ao – e se inspiraram no – período de revoluções liberais.²¹

Nesse sentido, Karl Loewenstein recorda que todas as primeiras constituições modernas ocidentais eram de ideologia liberal porque “o *telos* do constitucionalismo da primeira época foi a limitação do poder absoluto e a proteção dos destinatários do poder contra a arbitrariedade e falta de medida dos detentores do poder”.²² Já Fioravanti destaca que, com o advento do Estado liberal de direito, criou-se o seguinte quadro normativo: “*soberania do Estado* removida das pretensões contratualistas dos indivíduos e das forças sociais, por um lado; e *autonomia da sociedade civil* afastada das pretensões digiristas dos poderes públicos, por outro lado”.²³ Consequência lógica seria o seguinte raciocínio: “se todas as liberdades se fundam somente e exclusivamente nas leis do Estado, deve-se admitir que existe então *um único direito fundamental, o de ser tratado conforme as leis do Estado*.”²⁴

O esgotamento do modelo liberal em solo europeu ocasionou uma transição, ocorrida no início do séc. XX, para o Estado social de direito. Independentemente da questão histórica que trataremos logo no próximo item, verifica-se que a *supremacia da lei* na resolução dos conflitos sociais e como meio de tutela dos direitos ainda se mantém presente. A lei é dotada de tão grande significância porque “é o caminho indispensável para as liberdades. O indivíduo é livre na medida em que age dentro dos limites da lei, e esta, por sua vez, é o único instrumento capaz de protegê-lo do arbítrio.”²⁵

De derradeiramente significativo, do ponto de vista teórico-constitucional, ocorre a ampliação da ideia de liberdade, deixando de ser pensada apenas como um “não fazer” por parte do Estado (sentido negativo) e passando a ser havida como um “fazer”, i.e., um dever prestacional por parte do Estado (sentido positivo). Ernst Fortshoff chegou a sustentar que, paralelamente ao Estado de direito, estava surgindo uma outra ordem de valor em termos de regulação político-social: o Estado social.²⁶

²¹ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto**. 7. ed. Roma-Bari: Laterza, 2007. p. 26-27.

²² LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Barcelona: Ariel, 1976. p. 213.

²³ FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali**. Torino: Giappichelli, 1995. p. 118.

²⁴ FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali**. Torino: Giappichelli, 1995. p. 125.

²⁵ COSTA, Pietro. Lo stato di diritto: un'introduzione storica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **Lo stato di diritto: teoria, storia, critica**. Milano: Feltrinelli, 2002. p. 94.

²⁶ FORTSHOFF, Ernst. **Stato di diritto in trasformazione**. Milano: Giuffrè, 1973. p. 31-33.





Todavia, a maior contribuição para a Teoria Constitucional do séc. XX feita pelo próprio Estado social de direito parece ser a redefinição da função da constituição dentro de um Estado de direito: de documento mais político do que propriamente jurídico, passa a ser então, em especial com as constituições do pós-Segunda Guerra Mundial, documento jurídico dotado de normatividade como qualquer outra lei, mas com a prerrogativa de ser a lei maior de um sistema jurídico. Com isso, supera-se a supremacia da lei e chegamos à *soberania da constituição*.²⁷

3. COMPREENDENDO E CONTEXTUALIZANDO HISTORICAMENTE O CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL

Em termos gerais, o constitucionalismo costuma ser definido como “um movimento do pensamento voltado, desde suas origens, a perseguir as finalidades políticas concretas, essencialmente consistentes na limitação dos poderes públicos e na afirmação de esferas de autonomia normativamente garantidas.”²⁸ Nicola Matteucci, por sua vez, acentua o caráter finalístico do fenômeno: “[C]om o termo ‘constitucionalismo’ geralmente se indica a reflexão acerca de alguns princípios jurídicos que permitem a uma constituição assegurar nas diversas situações históricas a melhor ordem política.”²⁹ Em suma, seja lá qual for a espécie a qual estamos nos referindo, veremos o fenômeno constitucional exercendo a *limitação do poder político* e a *tutela de direitos fundamentais*.

Especificamente quanto ao nosso objeto de estudo na presente pesquisa, importa ressaltar que qualquer tentativa de definição conceitual do constitucionalismo transnacional depende da sua devida contextualização histórica. Isso por um motivo simples: diversamente do que se poderia pressupor, o constitucionalismo transnacional não nasce como uma ruptura com as demais fases do constitucionalismo ocidental, mas como o novo estágio de um processo evolutivo. Vejamos três razões fundamentais para isso.

3.1. Matriz funcional liberal

Uma das heranças mais expressivas da primeira fase do constitucionalismo, ou seja, da fase liberal, iniciada mormente com as constituições dos EUA (1787), da França (em especial, a Jacobina de 1791) e de outros países que buscaram inspiração sobretudo nos ideais da Revolução Francesa, como o Brasil (1824) e Portugal (1822), parece ser

²⁷ Nesse sentido, Matteucci afirma que “El ideal de Estado de derecho nace del derecho administrativo, el constitucional del derecho público.” MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 26.

²⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo**: percorsi della storia e tendenze attuali. Roma-Bari: Laterza, 2009. p. 5.

²⁹ MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato moderno**: lessico e percorsi. 2. ed. Bologna: il Mulino, 1997. p. 127.





a afirmação da condição humana como centro axiológico do sistema político. Se com Descartes (1596-1650) e Spinoza (1632-1677) vimos a razão ser exortada em detrimento da fé, vimos com Hobbes (1588-1679) e Locke (1632-1704) – embora ambos fossem, respectivamente, partidários da monarquia³⁰ e da oligarquia³¹ – a autonomia do indivíduo e a sua liberdade serem defendidas como pontos de partida para a organização do Estado instituído.

Fioravanti destaca que a evolução do constitucionalismo da era liberal, notadamente já no séc. XIX e início do séc. XX, mais precisamente até os anos 20, “busca o limite e a garantia, mas também a segurança e a estabilidade”³². Nesse sentido, relembra o italiano que ao longo do séc. XIX existia na Europa uma cultura constitucional comum que, mesmo com as diversas experiências nacionais, tentava mediante várias formas “fazer coexistir a garantia dos direitos e o princípio de soberania política, buscando neste sentido um ponto de equilíbrio suficientemente estável, ou uma garantia dos direitos que não colocasse em discussão o princípio de soberania, e vice-versa.”³³

Por consequência, hoje o Estado constitucional termina revelando de modo claro as influências do liberalismo naquilo que podemos chamar de espaços de liberdade: o mercado e a opinião pública.³⁴ A sociedade, entendida como o produto de uma série de trocas entre os indivíduos, concentra no mercado as trocas de natureza econômica, enquanto que os desdobramentos éticos e morais das relações interpessoais serão objeto da opinião pública. Em síntese, mercado e opinião pública, dois grandes

³⁰ Para um maior estudo sobre a filosofia hobbesiana, ver TEIXEIRA, Anderson V. **Estado de nações**: Hobbes e as relações internacionais no séc. XXI. Porto Alegre: SAFe, 2007.

³¹ Oligárquica no sentido de que somente quem detinha propriedade deveria participar do órgão máximo de decisão política: o Parlamento. Crawford B. MacPherson lembra que, se o Estado nasceu, para Locke, com o fim maior de proteger a propriedade, pressuposta como bem supremo do ser humano, não apenas o Parlamento está justificado como órgão elitista: “Ele também justifica, como natural, uma classe diferencial em direitos e em racionalidade, e agindo assim provê a base moral positiva para a sociedade capitalista.” MACPHERSON, Crawford B. **The Political Theory of Possessive Individualism**: Hobbes to Locke. Oxford: Clarendon Press, 1964. p. 221. Fioravanti recorda que: “Aos homens faltava, porém, aquela que o próprio Locke chamava de uma *standing rule*, uma regra fixa e consolidada, capaz de preservar no tempo a *property* já adquirida no estado de natureza. Por isso, os homens decidiam sair do estado de natureza e instituir a sociedade política. Aqueles homens viam esta essencialmente como um instrumento de aperfeiçoamento da condição já existente, que consentia em colocar a serviço da mesma *property*, dos seus direitos, algumas instituições políticas que como tais nunca teriam podido se estabelecer no estado de natureza: um legislador e uma lei capaz de representar a ‘medida comum’ na determinação do erro e da razão nas controvérsias entre os indivíduos, um juiz ‘certo e imparcial’ sobre o qual se possa sempre contar para a aplicação da lei, e um poder ulterior, o Executivo, que tenha em si, de modo incontestável, a força necessária para fazer cumprir as sentenças.” FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione**. Bologna: il Mulino, 2007. p. 90-91.

³² FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo**: percorsi della storia e tendenze attuali. Roma-Bari: Laterza, 2009. p. 8.

³³ FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo**: percorsi della storia e tendenze attuali. Roma-Bari: Laterza, 2009. p. 8.

³⁴ Cf. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 260.





protagonistas do constitucionalismo transnacional, decorrem diretamente do movimento constitucional liberal.

Uma característica que é, ao mesmo tempo, um defeito e uma vantagem do liberalismo está na sua capacidade de construir categorias conceituais abstratas, amorfas e presumidamente universais. Trata-se de um defeito porque em muitos momentos, como na definição dos direitos humanos, representa a defesa de uma ideia abstrata de ser humano que não leva em consideração aquilo que ocorre dentro das realidades factuais às quais os indivíduos pertencem.³⁵ Com isso, a consequente ideologização³⁶ acaba inevitavelmente contaminando a argumentação daqueles que sustentam propostas universalistas, bem como lhes retira o mínimo de rigidez metodológica que o discurso científico requer. De outra sorte, se tal propensão à homogeneização, sob uma perspectiva de definição substancial de direitos humanos, pode ser entendida como ofensiva à diversidade humana e ao multiculturalismo, verifica-se o inverso do ponto de vista formal: a abertura sistêmica, promovendo a inclusão daqueles que aceitam regras procedimentais comuns a todos, como o princípio de tolerância, mostra-se corolário direto da ideia de igualdade formal que fundamenta o liberalismo. Em suma, trata-se de uma real vantagem que esta herança liberal apresenta. O problema fundamental da existência humana reside em torno da liberdade e o constitucionalismo é, desde as suas origens, norteado pela busca da liberdade. Na sua versão liberal, o constitucionalismo concebe a liberdade como ausência de restrições (legais ou reais), i.e., liberdade negativa. Concebe-se o ser como livre para desenvolver a si próprio, desde que não existam limitações ao pleno desenvolvimento da sua personalidade. Entretanto, perspectivas formais para liberdade e igualdade serão decisivas, como veremos logo a seguir, para a sustentabilidade teórica do constitucionalismo transnacional.

3.2. Teleologia social na defesa de direitos difusos, homogêneos e transindividuais

Se a primeira fase do constitucionalismo fora uma ode à liberdade individual, sobretudo porque positivava a primeira geração dos direitos humanos, o esgotamento desse modelo individualista prestou-se a mostrar, já no início do séc. XX, a necessidade de uma ação efetiva por parte do Estado na proteção dos direitos não somente individuais, mas também da coletividade. A Revolução Russa, em 1917, legou fundamental

³⁵ Para uma ampla crítica ao universalismo da doutrina dos direitos humanos, ver TEIXEIRA, Anderson V. **Teoria Pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Parte II.

³⁶ Para um conceito de ideologia, reportamo-nos ao caráter absolutizante, de “verdade suprema” (*vérité suprême*), ressaltado com precisão por ARON, Raymond. **Les désillusions du progrès: Essai sur la dialectique de la modernité**. Paris: Gallimard, 1996. p. 201: “Nós chamamos ideologia uma interpretação mais ou menos sistemática da sociedade e da história, considerada pelos militantes como a verdade suprema.”





categoria jurídica para a história do constitucionalismo: direitos sociais.³⁷ Embora já estivessem em pleno desenvolvimento na segunda metade do séc. XIX, como no caso dos direitos trabalhistas oponíveis à ânsia desenfreada e desenvolvimentista da sociedade industrial, o significado político da Revolução Vermelha foi de singular valor, pois a partir de então eclodiu uma sequência de constituições, não apenas europeias, mas também nas Américas, que incorporavam tanto a proteção aos direitos sociais como a própria concepção do fenômeno constitucional como um movimento destinado a tutelar direitos individuais e coletivos. Apenas para lembrar, entre as principais constituições do constitucionalismo social encontramos as do: México (1917), Alemanha (Weimar, 1919), Rússia (1919), Áustria (1920), Brasil (1934) e URSS (1936).

Diferentemente da fase anterior do constitucionalismo, na versão social – que, por sua vez, positivou em nível constitucional a segunda geração dos direitos humanos – a condição do indivíduo era tomada sempre dentro de uma perspectiva político-social em que a participação do Estado era essencial à realização prática dos direitos sociais, dos direitos trabalhistas e de direitos cujos titulares não eram necessariamente definidos aprioristicamente, como no caso do direito à saúde, à educação, à cultura, ao trabalho, a um mercado econômico regrado pelo Estado, entre outros. Isto fez com que fosse sustentada a necessidade de uma *liberdade positiva*: uma participação instrumental do Estado como agente hábil a prover direitos os quais sem a atuação concreta deste dificilmente seriam implementados, sobretudo devido à falta de uma estrutura político-jurídica que permitisse a efetivação de tais direitos.³⁸

No entanto, o constitucionalismo transnacional estará diretamente vinculado à terceira geração dos direitos humanos, esta que tem como característica principal a defesa de direitos transindividuais, chamados também de direitos de solidariedade e fraternidade, ou ainda direitos dos povos. As duas grandes referências legislativas que podemos encontrar vinculadas a presente geração são: a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada em 1948 pela Organização das Nações Unidas, e a Declaração Universal de Direitos dos Povos, de 1976, também proclamada pela ONU.

³⁷ Para uma análise da influência da referida Revolução e do pensamento de Marx na origem dos direitos sociais, ver KAUFMANN, Matthias. **Diritti umani**. Napoli: Guida Editore, 2009. p. 42-49.

³⁸ Nesse sentido, convém lembrar a seguinte reflexão de Bobbio: “Finalmente, descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade. Mas sabemos todos, igualmente, que a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado, particularmente no interior de um Estado de direito.” BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 2004. p. 80.





A dimensão social dos direitos desta geração se realiza através da tutela de direitos coletivos e difusos³⁹, como a proteção à criança e ao adolescente, a proteção ao meio-ambiente, e a tutela dos direitos do consumidor. Os direitos de terceira geração têm como regra geral a não-vinculação restrita a uma determinada situação fática, de modo que princípios como a solidariedade, a busca pela kantiana *Zum ewigen Frieden*⁴⁰ e o princípio da auto-determinação dos povos são exemplos de direitos cujos titulares se encontram difusos em um universo fenomenológico que tem nas instituições públicas – seja em nível nacional ou internacional – o ponto base para a defesa daqueles direitos.

A individualista⁴¹ *età dei diritti* em que vivemos – assim denominada por Norberto Bobbio – fez com que a exploração, o aviltamento, a miséria e a violência que a Segunda Guerra Mundial apresentou fossem tidos por qualquer sistema jurídico, ou político, que se pressupusesse “humanamente” axio-orientado como exemplos a serem evitados a todo o custo. As constituições europeias que foram elaboradas logo após ao Holocausto deram prevalência aos direitos humanos sobre quaisquer outros direitos. Na Alemanha, por exemplo, a Lei Fundamental de Bonn (1949), em seu art. 25, declarava que as normas de direito internacional deveriam prevalecer sobre as de direito interno, no que dissesse respeito aos direitos humanos.⁴² Já a Constituição portuguesa de 1976 seguiu a mesma orientação ao mandar incluir no rol de direitos humanos quaisquer outros direitos constantes de leis e de regras aplicáveis do direito internacional, determinando, ainda, em seu art. 16, que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁴³

Alguns tratados e convenções que também tratam da presente questão merecem ser citados: a Carta das Nações Unidas; a Declaração Universal dos Direitos do

³⁹ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 131.

⁴⁰ Para maiores informações sobre o tema, recomendamos o próprio KANT, Immanuel. **Per la pace perpetua**. Milano: Feltrinelli, 2005; e TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Estado de nações**: Hobbes e as relações internacionais no séc. XXI. Porto Alegre: SAFe, 2007. p. 139-146.

⁴¹ “Concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado; ou melhor, para citar o famoso artigo 2 da *Declaração* de 1789, a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem “é o objetivo de toda associação política”. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 2004. p. 76.

⁴² Tal previsão legislativa serviu de inspiração para o princípio da primazia (*primauté*) do direito comunitário sobre o direito local que atualmente caracteriza a União Europeia. Sobre o tema, ver CARBONE, Sergio. **Principio di effettività e diritto comunitario**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2009; e CASSESE, Antonio. **L'apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2009.

⁴³ Cfr. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. I. Porto Alegre: Fabris Editor, 2003. p. 508-509.





Homem, de 1948; a Convenção para a Prevenção e a Repreensão do Crime de Genocídio, de 1948; as Convenções de Genebra sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Bélicos, de 1949; a Convenção Européia dos Direitos Humanos, de 1950; os Pactos Internacionais de Direitos Humanos, de 1966; a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969; a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio, Cultural e Natural, de 1972; a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, de 1981; a Convenção sobre o Direito do Mar, de 1982; a Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 1992; o Estatuto do Tribunal Penal Internacional de Haya, de 1998.

A referida teleologia social do constitucionalismo transnacional reside, então, na busca da proteção de direitos não apenas individuais, sobretudo porque tais direitos costumam ser melhor tutelados diretamente pelos seus titulares dentro dos Estados nacionais, mas mormente de direitos difusos, homogêneos e transindividuais que muitas vezes encontram suas definições materiais fora dos confins dos Estados. Veja-se que a tutela e definição material dos direitos atinentes ao meio ambiente, por exemplo, passa pela atuação direta de agentes não-estatais e notadamente universais. Como aprofundaremos no item seguinte, o Estado nacional encontra-se acometido por um processo progressivo de perda de prerrogativas do princípio de soberania, as quais são transferidas para atores que figuram na esfera transnacional e terminam ocupando posição central no âmbito normativo, especializando a jurisdição ou âmbito normativo de acordo com a natureza da matéria envolvida. Ou seja, o constitucionalismo transnacional *não é compatível com uma versão centralizada de poder*, uma vez que o poder encontra-se disperso em diversas esferas transversais e em atores com diferentes e variadas competências normativas/jurisdicionais.

3.3. Redimensionamento das tradicionais funções do constitucionalismo

Originalmente, convencionou-se que as três funções do constitucionalismo são: (1) limitar o poder público; (2) expressar os interesses e bens da comunidade política; e (3) integrar a população nos processos deliberativos do Estado.⁴⁴

Tais funções se prestavam a determinar o papel da constituição e, de um modo mais abrangente e histórico, do fenômeno constitucional *dentro* dos limites territoriais do Estado moderno. Fioravanti ilustra isso afirmando que o constitucionalismo possui dois lados, onde o *primeiro lado* representaria a oposição ao modelo medieval de organização política, concentrando o poder de *imperium* (de exigir tributos, de aplicar a justiça etc.) no Estado até suas fronteiras, enquanto que o *segundo lado* seria o de limitar o exercício do poder do Estado e de definir direitos e garantias individuais, inclusive

⁴⁴ Cf. MADURO, Miguel Poaires. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Principia, 2006. p. 336-337.





o direito do indivíduo participar no processo político com a progressiva construção de assembleias representativas.⁴⁵ Entretanto, o constitucionalismo transnacional implica em um redimensionamento e uma readaptação dessas três tradicionais funções do constitucionalismo.

No que concerne à limitação do poder público (*função 1*), se originalmente a Constituição havia por finalidade limitar internamente o poder estatal, a versão transnacional/global/supranacional do constitucionalismo tem como um dos seus objetivos principais limitar interna e externamente as competências do Estado. Jurisdições internacionais, agências regulamentadoras, organismos internacionais especializados e as próprias comunidades internacionais fazem parte de um amplo e abrangente fenómeno constitucional de natureza transnacional que se propõe a transferir para a esfera internacional as prerrogativas que envolvem as funções tidas como essenciais para a comunidade internacional. Autores como David Held sustentam que uma tal sorte de soberania internacional liberal não representa o enfraquecimento, ou a extinção, do Estado nacional.⁴⁶ A partir desta nova concepção de soberania, caberia ao Estado nacional “uma função importante na proteção e na manutenção da segurança e do bem estar dos seus cidadãos.”⁴⁷ O que Held não menciona é que a suposta função “importante” que caberia ao Estado não seria nada além de tratar de questões triviais de municipalidade, i.e., enfrentar problemas mundanos e, sobretudo, instrumentalizar a aplicação das políticas públicas decididas pelos demais estratos, dimensões e atores responsáveis pela *global governance*, os quais tratam dos assuntos verdadeiramente “vitais” e que não competem mais ao Estado abordar.⁴⁸ Vemos, então, que o modo como se dará a limitação ao poder público na esfera internacional parece ser um aspecto nevrálgico para qualquer concepção de constitucionalismo transnacional.

No que concerne à proteção dos interesses e bens da comunidade política (*função 2*), quando projetado ao âmbito da ordem internacional, trata-se, certamente, de argumento filosófico central no processo de justificação racional de todas as propostas de universalismo jurídico ou de integração internacional apresentadas ao longo do séc. XX. Desde Kelsen até Habermas, a ideia de bem e o seu modo de proteção têm sido objeto de diferentes interpretações e construções teóricas com pretensões universalizantes. Jean Dabin, que fora um civilista antes mesmo de desenvolver pesquisas no âmbito da filosofia política e da teoria do direito, em meio ao pleno desenvolvimento

⁴⁵ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo**: percorsi della storia e tendenze attuali. Roma-Bari: Laterza, 2009. p. 149.

⁴⁶ Cf. HELD, David. **Governare la globalizzazione**: una alternativa democratica al mondo unipolare. Bologna: il Mulino, 2005. p. 169-70.

⁴⁷ HELD, David. **Governare la globalizzazione**: una alternativa democratica al mondo unipolare. Bologna: il Mulino, 2005. p. 170.

⁴⁸ Cf. HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. **Globalization in question**. Cambridge: Polity Press, 1999. p. 263.





dos processos de integração política global que estavam sendo esboçados no início do séc. XX, sobretudo como forma de futuramente se evitar regimes totalitários semelhantes aos que assolavam a Europa, já falava em um “bem público internacional” a ser perseguido por todos os povos.⁴⁹ Ou seja, um bem comum da humanidade que não poderia ficar somente sob a tutela interna de alguns Estados. A contribuição de Dabin é de extrema relevância porque tratava de bem público como reflexo do interesse público, mas que, nesse caso, seria um “interesse público internacional”. Encontramos aqui a dimensão programática que inevitavelmente o constitucionalismo, seja baseado em constituição escrita ou não, acaba quase sempre assumindo. Constituir é, ao mesmo tempo, projetar e normatizar o porvir. O estabelecimento de interesses em comum e de uma agenda global em condições de promover a tutela de tais bens é processo político internacional que se encontra em curso, inquestionavelmente, desde os idos da Liga das Nações (1919-1946), figurando inclusive como pano de fundo político para a terceira e quarta gerações de direitos humanos. Tutela do meio ambiente, combate ao terrorismo e à violência, bioética, e regulação de novas tecnologias, são bens cujos efeitos superam os confins dos Estados e atualmente são reconhecidos como bens capazes de formar uma ideia de interesse público verdadeiramente transnacional. Das três funções do constitucionalismo, esta possui implicações mais concentradas no plano filosófico, pois questões que envolvam poder e modo de gestão de tais interesses, bem como possíveis meios de democratização da participação nos processos decisórios, são atribuições das demais funções.

No que concerne a integrar a população nos processos deliberativos (*função 3*), trata-se, ao nosso sentir, da mais delicada função que o constitucionalismo transnacional pode se propor. Em perspectiva nacional, os quase três séculos de constitucionalismo já provaram ser tarefa árdua democratizar as relações políticas e os processos deliberativos, sobretudo quando estamos tratando de grandes contingentes populacionais e de largas extensões de terras. Basta recordar que mesmo o constitucionalismo liberal estava assentado em critérios restritivos, como o voto censitário e a proibição de votar para as mulheres. Com isso, torna-se de difícil definição o próprio sentido da palavra democracia.

As sociedades democráticas, tanto nos modelos da Antiguidade grega quanto nos modelos representativos pós-Rousseau ou deliberativos pós-Mill, são notadamente marcadas por amplos processos de decisão e consulta pública mediante os quais o povo toma conhecimento das razões que fundamentam as decisões políticas e delas participam, direta ou indiretamente.⁵⁰ Na democracia liberal essa característica é refor-

⁴⁹ Cf. DABIN, Jean. **Doctrine Générale de l'État**: éléments de philosophie politique. Bruxelles: Bruylant, 1939. p. 466-467.

⁵⁰ Cf. DUNCAN, Graeme; LUKES, Steven. The New Democracy. **Political Studies**, London, v. XI, n. 2, p. 156-177, jun. 1963. p. 158.





çada pela necessidade de tratamento igualitário dos indivíduos e grupos sociais, bem como pela existência de uma organização estatal onde o exercício do poder ocorra alternada e eletivamente. A democracia se encontra tão vinculada ao paradigma estatal que podemos ver Robert Dahl afirmar que “instituições democráticas estão menos propensas a se desenvolver em um país sujeito a intervenções por outro país hostil ao governo democrático naquele país.”⁵¹ O referido autor estadunidense coloca esta – a ausência de controle externo hostil à democracia – como uma das três *condições essenciais* para a democracia.⁵²

A centralidade exercida pelo Estado na promoção – ou não – da democracia já ilustra a complexidade dessa questão quando pensada em termos globais. Participação e interesse costumavam ser vistos como requisitos do sistema democrático que deveriam naturalmente partir do cidadão, mas Bernard Berelson ressaltava, em meados do século passado, que algumas teorias e estudos “sugerem que um grande grupo de cidadãos menos interessados é desejável como uma ‘almofada’ (*cushion*) para absorver a intensa ação dos altamente motivados partidários. Isso devido ao fato de que os altamente interessados são na maioria os partidários e também os menos modificáveis.”⁵³ Se todos estivessem continua e altamente interessados, as possibilidades de uma solução gradual dos problemas políticos poderia restar comprometida pela excessiva vinculação às motivações políticas do grupo ao qual cada cidadão pertence.⁵⁴

Por consequência, o desenvolvimento de um constitucionalismo transnacional passa, impreterivelmente, por alguma sorte de democracia transnacional⁵⁵, uma vez que esta, além de seguir o padrão discursivo-procedimental da democracia liberal que está na base do Estado moderno, oferece diversas esferas de interação política pelas quais os indivíduos podem manifestar os seus interesses altamente especializados e participar com maior ou menor intensidade das decisões que mais lhes interessarem. Assim, o controle do poder (função 1 do constitucionalismo) ocorre de forma descentralizada e setORIZADA, afastando os perigos que a verticalização em estruturas supranacionais pode acarretar. John Dryzek é preciso ao afirmar que “controle descentralizado somente é democrático na medida que envolve em ação comunicativa indivíduos críticos e competentes, agindo como cidadãos e não como consumidores, inimigos ou au-

⁵¹ DAHL, Robert A. **On Democracy**. New Haven-London: Yale University Press, 1998. p. 147.

⁵² As outras duas são: “(1) control of military and police by elected officials; (2) democratic beliefs and political culture.” DAHL, Robert A. **On Democracy**. New Haven-London: Yale University Press, 1998. p. 147.

⁵³ BERELSON, Bernard. Democratic Theory and Public Opinion. **The Public Opinion Quarterly**, Oxford, v. 16, n. 3, p. 313-330, sep./dic. 1952. p. 317.

⁵⁴ Cf. BERELSON, Bernard. Democratic Theory and Public Opinion. **The Public Opinion Quarterly**, Oxford, v. 16, n. 3, p. 313-330, sep./dic. 1952. p. 317.

⁵⁵ Para uma análise mais específica acerca da democracia transnacional, ver Democracia transnacional: as novas esferas transversais de decisão política. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FREITAS, Juarez (Org.). **Direito à democracia: ensaios transdisciplinares**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 123-137.





tómatos. Democracia transnacional desta sorte não significa uma democracia eleitoral, e ela não está institucionalizada formalmente em organizações.”⁵⁶

Uma refutação poderia ser feita nesse momento: uma descentralização decisional como essa não levaria à anarquia ou à burocratização das instâncias decisórias? Em primeiro lugar, o alto grau de complexização das relações sociais demanda pela primazia da *especialidade* no trato com as diversas matérias envolvidas. A verticalização decisional tem se mostrado, historicamente, a mais propensa à burocratização – basta recordar que os absolutismos monárquicos se tornaram famosos ao levar esse problema a todas pequenas práticas do cotidiano. Em segundo lugar, a primazia da especialidade nada tem em comum com anarquia ou algo do gênero, mas sim com a necessidade de responsabilização dos agentes políticos e técnicos envolvidos na administração e gestão das diversas matérias de interesse público. A responsabilidade aumenta na medida que o conhecimento técnico sobre a matéria em questão também aumenta. Em segundo lugar, todos os fautores dos modelos que propõem uma democracia transnacional verticalizada e centralizada nas mãos de organismos internacionais de pretensões universais parecem olvidar que a “ordem internacional sempre foi uma ordem estabelecida para e pelos Estados mais poderosos” (grifo nosso).⁵⁷ Ressalte-se também que a mesma advertência feita por Dahl quanto à democracia em âmbito nacional pode ser aplicada para a transnacional: “durante severas e prolongadas crises as chances aumentam que a democracia seja derrubada por líderes autoritários que prometem o fim da crise por meio de vigorosos métodos ditatoriais. Os seus métodos, naturalmente, requerem que instituições e procedimentos democráticos básicos sejam postos de lado.”⁵⁸

Em suma, dois requisitos surgem como essenciais para a democracia transnacional em contínua construção: (1) primazia do princípio da especialidade em relação às matérias envolvidas; e (2) decisões políticas centradas, primordialmente, nas esferas regionais. Essas estruturas regionais servem como instrumento para a promoção do debate político acerca de matérias que tocam a todos ou a grande parte dos países envolvidos, como ocorre, por exemplo, com a União Europeia – não obstante todos os seus problemas, talvez seja o melhor exemplo de regionalização atualmente existente. Quanto às estruturas de governança especializadas, é crescente o número dessas estruturas, bem como a participação de agentes não-estatais nos seus processos decisórios. Veja-se o caso da Organização Internacional do Trabalho: participam de muitos dos seus processos internos não apenas Estados, mas também organismos que representam as empresas e os trabalhadores.

⁵⁶ DRYZEK, John S. Transnational Democracy in an Insecure World. **International Political Science Review**, Montreal, v. 27, n. 2, p. 101-119, apr./jun. 2006. p. 103.

⁵⁷ MCGREW, Anthony. Models of Transnational Democracy. In MCGREW, Anthony; HELD, David. **The Global Transformations Reader**. 2ª edição. Cambridge: Polity Press, 2003. p. 507.

⁵⁸ DAHL, Robert A. **On Democracy**. New Haven-London: Yale University Press, 1998. p. 157.





Por fim, depois de feitas as considerações acima quanto a um possível redimensionamento das tradicionais funções do constitucionalismo, a própria compreensão do objeto e do conceito de constitucionalismo transnacional já se encontra pressuposta. Todavia, quanto ao objeto, podemos destacar que são, em primeiro lugar, os direitos de dimensão global a demandar uma nova fase do constitucionalismo, enquanto que, em segundo lugar, as estruturas de poder e a forma de integração econômica, política, social e cultural que terminam corroborando esse processo e, consequentemente, constituem-se no seu objeto. Quanto ao conceito, embora tenha assumido diversas definições nos últimos anos (constitucionalismo global⁵⁹, interconstitucionalidade⁶⁰, transconstitucionalismo⁶¹, apenas para citar algumas variações), o constitucionalismo transnacional pode ser concebido, em termos gerais, como um processo global de afirmação da ubiquidade da existência humana como um bem em si, independentemente de concessões de direitos ou atribuições de sentido/significado estatais, que demanda reconhecimento de direitos não mais vinculados apenas a um Estado nacional específico e que termina redefinindo os objetivos finalísticos do próprio Estado, pois pressiona rumo a integração política internacional e promove, por um lado, diversas esferas transversais de normatividade, enquanto que, por outro, reforça o papel do Estado na proteção interna dos direitos individuais, na afirmação dos direitos culturais e na instrumentalização das políticas globais.

Ainda em termos conceituais há uma questão que necessita ser referida no que concerne a qual modalidade de constituição seria compatível com um possível constitucionalismo transnacional. A resposta para essa eventual dúvida parece já ter sido dada pela fracassada tentativa de internalização, em 2004, do Tratado de Lisboa em todos os países da União Europeia, criando aquilo que seria a “Constituição europeia”. Os insucessos na França e na Bélgica suscitaram uma série de debates em toda a Europa sobre a viabilidade de uma unificação em termos constitucionais clássicos.

Se no âmbito regional pode ser relevante a existência de uma constituição escrita, entendemos que isso não ocorre em nível global/supranacional. A existência de documentos jurídicos historicamente garantidos e legitimados pelos atores da ordem internacional permite falar da existência, no que concerne à forma, de uma *constituição histórica*, ao passo que, no que toca ao conteúdo, de uma *constituição material*. Nesse sentido, é oportuno recordar a singular contribuição teórica de Costantino Mortati. Ele

⁵⁹ Em especial, ver FALK, Richard. **Human rights and State Sovereignty**. New York: Holmes&Meier, 1981; FALK, Richard. **On Human Governance: towards a New Global Politics**. Cambridge: Polity Press, 1995.; FALK, Richard. **Predatory Globalization**. Cambridge: Polity Press, 1999; para uma crítica, ver TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria Pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 181-195.

⁶⁰ Em especial, ver RANGEL, Paulo Castro. Uma teoria da interconstitucionalidade: pluralismo e constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires. **Revista Themis**, Fortaleza, ano 1, n. 2, p. 127-151, jul./dez. 2000; e CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **‘Brançosos’ e interconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

⁶¹ Em especial, ver NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.





afirmava que “um conceito material de constituição somente poderia ser dado fazendo referência a um momento determinado do desenvolvimento histórico.”⁶² Ou seja, a historicidade será sempre um aspecto a se destacar em uma constituição, independentemente de qual forma assuma. A dimensão unificadora da constituição material é reforçada por ele quando afirmava que o critério material “pode se mostrar apto a unificar as várias fontes de produção, enquanto pré-exista a estas, i.e., enquanto tenha em face destas a sua autonomia.”⁶³ Embora Mortati tenha pensado a constituição material a partir da perspectiva do Estado moderno, a função de conservação da forma de organização do poder e do próprio regime merece também ser sublinhada, pois aquela terá por função “garantir, acima das modificações dos institutos ou de finalidades específicas, a manutenção do fim essencial que serve para identificar um tipo de Estado frente a outros.”⁶⁴ Uma comparação com a constituição material de Mortati deve servir, no momento, apenas para ilustrar que mesmo categorias próprias do constitucionalismo de matriz estatal também são se aplicam a um constitucionalismo de matriz transnacional – e, mais do que isso, terminam por atribuir maior consistência teórica a este.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: PERSPECTIVAS PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL EM UM CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL

Tendo analisado o processo de afirmação do Estado moderno, a consolidação do Estado constitucional como supremacia da Constituição e os principais caracteres do fenômeno constitucional transnacional, surge ainda a inevitável questão de determinar como o Estado constitucional pode se tornar compatível com um constitucionalismo transnacional.

Poder-se-ia até mesmo entender o constitucionalismo transnacional como um verdadeiro oxímoro, pois une dois objetos historicamente excludentes: o constitucionalismo, que é fortemente marcado pela sua vocação constitutiva de um Estado, sobretudo na sua vertente social que via neste a fonte dos chamados direitos prestacionais; e o transnacionalismo, que tem como nota distintiva a transposição de processos decisórios para instâncias externas aos Estados, nas quais muitas vezes estes não chamados a participar continuamente, como ocorre com a economia internacional – onde os Estados são chamados a participar, ou melhor, intervir, em situações de graves crises e instabilidades. No entanto, tal incompatibilidade aparente pode ser resolvida com um modelo de sistema político-jurídico internacional que seja multi-nível, multi-ator, dotado de espaços públicos de cooperação institucionalmente internalizados pelos Estados, e que seja, antes de tudo, um sistema onde os agentes estejam vinculados

⁶² MORTATI, Costantino. *La costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 07.

⁶³ MORTATI, Costantino. *La costituzione in senso materiale*, Milano: Giuffrè, 1998. 136.

⁶⁴ MORTATI, Costantino. *La costituzione in senso materiale*, Milano: Giuffrè, 1998. p. 182-183.





regionalmente, em especial, por elementos antropológicos, culturais e, até mesmo, étnicos, pois são elementos como estes, consolidados historicamente, que aproximam povos e Estados de modo a aprofundar a identidade cultural e o reconhecimento mútuo já previamente existentes entre eles.

Em *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional* foi desenvolvida com maior precisão essa ideia de um globalismo pluriversalista, ou seja, uma tentativa de superar o conflito entre os diversos processos de globalização e o princípio de soberania nacional, propondo, ao final, o fortalecimento de espaços regionais de integração política e regulação jurídica. Com isso, três esferas permanentes de normatividade passariam a existir concomitantemente: nacional, regional e supranacional. Sustentamos que a competência funcional e normativa do direito supranacional somente pode ser entendida como uma competência residual: uma competência para tratar das matérias que não são restritas ao âmbito dos Estados nacionais ou dos espaços regionais, como, *ex hypothesi*, conflitos entre países que pertencem a dois ou mais espaços regionais, e também situações que requeririam uma cooperação em nível planetário, em particular na tutela ambiental e na luta contra o crime internacional.

O Estado nacional é uma forma de organização política que ainda não conhece um concorrente em condições de substituí-lo nos diversos setores em que está presente. É o Estado quem se encontra mais próximo do cidadão e da grande parte dos problemas sociais que ocorrem no interior do seu território. Mas quando problemas se tornam crises internacionais, sustentamos que o reconhecimento recíproco ("reconhecimento-identidade")⁶⁵ entre os Estados é a forma mais eficiente para possibilitar que

⁶⁵ Recordemos que a ideia de reconhecimento possui quatro concepções tradicionais distintas amplamente reconhecidas pela doutrina: (1) Reconhecimento-identificação (*reconnaissance-identification*): começa pelo ato de identificar, o que importa em reconhecer uma coisa como ela mesma. É mais do que a identificação de uma coisa: é a identificação de si mesmo. Em momentos ulteriores a identificação passa para o nível cultural e político, mas mantendo sempre o mesmo processo. (2) Reconhecimento-atestação (*reconnaissance-attestation*): é um ato formal e positivo, i.e., mediante prova incontestada reconhecida por todos, como um título universitário ou o direito subjetivo de alguém, por exemplo. É o reconhecimento social (muitas vezes institucional) da capacidade individual, mas não concerne propriamente à capacidade do indivíduo para consigo mesmo: no reconhecimento-atestação a capacidade social é o determinante daquilo que o indivíduo pode oferecer à sociedade. (3) Reconhecimento-responsabilidade (*reconnaissance-responsabilité*): é uma forma de reconhecimento que possui duplice sentido: moral e jurídico. Vincula-se diretamente ao reconhecimento-identificação, pois o indivíduo é responsável somente pelos atos aos quais tenha, de forma consciente, dado causa e que lhe seja possível reconhecer como seus, ou seja, como consequência da sua identidade individual, originada a partir de uma ação passível de ser situada no percurso da vida do indivíduo. Do ponto de vista jurídico, restringe a dimensão da questão da responsabilidade somente à responsabilidade subjetiva. (4) Reconhecimento-reconciliação (*reconnaissance-reconciliation*): é o reconhecimento que se passa após o conflito. É um reconhecimento terminal que superou um equívoco no conhecimento (*méconnaissance*) entre as partes, de modo que o resultado final será a superação das diferenças em uma nova realidade cognitiva em que cada indivíduo envolvido no conflito anterior passa a pensar sua identidade individual como correspondente à identidade individual do outro. Para maiores estudos sobre o tema do reconhecimento, ver: RICOUER, Paul. **Parcours de la reconnaissance**. Paris: Gallimar, 2003; RICOUER, Paul. **Soi-même comme un autre**. Paris: Seuil, 1990; ZARKA, Yves-Charles. **Difficile tolérance**. Paris: PUF, 2007; ZARKA, Yves-Charles. **L'autre voie de la subjectivité**. Paris: Beauchesne, 2000; ZARKA, Yves-Charles; LESSAY, Franck; ROGERS, John. **Les fondements philosophiques**





a paz, após um eventual conflito, não seja alcançada mediante um mero armistício⁶⁶, que uma cooperação (política, econômica, cultural etc.) entre os Estados não seja destinada a durar somente na prosperidade e possa superar também outros momentos de crise entre os Estados, e que, enfim, as relações internacionais sejam baseadas em uma tradição histórico-cultural comum, deixando de se fundar unicamente na vontade dos chefes de Estado. Esta competência residual é o que Danilo Zolo denominou *subsidiariedade normativa*⁶⁷ em relação às competências dos ordenamentos estatais – e, segundo a nossa proposta, em relação também às competências dos espaços regionais. Ilustrativamente, a divisão de competências poderia ser representada pela figura de uma pirâmide, onde, na base maior, estaria o Estado nacional com suas amplas atribuições e competências, no plano intermediário estariam os espaços regionais, restando no cume o direito supranacional e as instituições verdadeiramente universais.

O constitucionalismo transnacional corre o risco de assumir também aqueles dois lados que refere Fioravanti. O grande problema está no primeiro lado: se o constitucionalismo liberal se voltava ao *Ancién Régime* e defendia a concentração do poder em um novo agente, i.e., no Estado moderno, vemos que o constitucionalismo transnacional, quando pensado em termos universalistas, termina exercendo o mesmo papel da sua versão liberal, mas tomando agora o Estado como o *Ancién Régime* e tentando promover a concentração de poder em instituições supranacionais. Tal leitura míope do fenômeno em objeto não considera que o significado do Estado é central para a própria afirmação do fenômeno constitucional em perspectiva transnacional.

Tomando como base a leitura pluriversalista das relações internacionais que retomamos anteriormente, compete ao Estado constitucional no incipiente constitucionalismo transnacional em desenvolvimento três funções primordiais:

- (1) promover a tutela dos direitos individuais e sociais dos seus cidadãos, seja mediante políticas públicas ou mediante a atuação do Judiciário;
- (2) participar do desenvolvimento regional conjuntamente com os demais Estados que possuam interesses semelhantes na ordem internacional;

de la tolérance. 3 Vols. Paris: PUF, 2002; TODOROV, Tzvetan. **Nous et les autres:** la réflexion française sur la diversité humaine. Paris: Seuil, 1989; HONNETH, Axel. **La lutte pour la reconnaissance.** Paris: Cerf, 2000; HONNETH, Axel. **La reification:** petit traité de Théorie critique. Paris: Gallimard, 2007; HONNETH, Axel. **La société du mépris:** vers une nouvelle Théorie critique. Édition établie par Olivier Voirol. Paris: Éditions La Découverte, 2006; FERRY, Jean-Marc. **Les puissances de l'expérience:** essai sur l'identité contemporaine. Paris: Cerf, 1991; FERRY, Jean-Marc. **De la civilisation.** Paris: Cerf, 2001; BENOIST, Alain de. **Identità e comunità.** Napoli: Guida Editore, 2005; e HALL, Edward T. **Au-delà de la culture.** Paris: Seuil, 1979.

⁶⁶ Um armistício "implica meramente a cessação dos conflitos por um período limitado ou indefinido, com manutenção aproximada das condições existentes de relativa força." WRIGHT, Quincy. The Armistices. *The American Political Science Review*, Cambridge, v. 13, n. 1, p. 128-132, feb. 1919. p. 129.

⁶⁷ Cf. ZOLO, Danilo. **I signori della Pace.** Roma: Carocci, 1998, p. 146, também em ZOLO, Danilo. Por um direito supranacional mínimo. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (Org.). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico.** São Paulo: Manole, 2010. p. 426.





(3) instrumentalizar a aplicação e efetivação de políticas públicas internacionais, decididas tanto regional como supranacionalmente, uma vez que, por uma obviedade prática, não seria possível a qualquer instituição internacional de amplitude global garantir a aplicação das suas normas e a efetivação das suas políticas em todas as regiões do globo terrestre.

Estando desprovidas de quaisquer pretensões definitivas no que concerne ao tema, as presentes reflexões possuem o intuito de colaborar para o debate acerca do surgimento do constitucionalismo transnacional e também do papel a ser desempenhado pelo Estado constitucional em um mundo cada vez mais globalizado e integrado nas suas diversas esferas.

5. REFERÊNCIAS

ARON, Raymond. **Les désillusions du progrès**: Essai sur la dialectique de la modernité. Paris: Gallimard, 1996.

BENOIST, Alain de. **Identità e comunità**. Napoli: Guida Editore, 2005.

BERELSON, Bernard. Democratic Theory and Public Opinion. **The Public Opinion Quarterly**, Oxford, v. 16, n. 3, p. 313-330, sep./dic. 1952.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

BODIN, Jean. **Les six livres de la République**. Genebra, 1629.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **'Brançosos' e interconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

CARBONE, Sergio. **Principio di effettività e diritto comunitario**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2009.

CASSESE, Antonio. **L'apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2009.

CHEVALLIER, Jacques. **L'État de droit**. Paris: Montchrestien, 2003.

COSTA, Pietro. Lo stato di diritto: un'introduzione storica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **Lo stato di diritto**: teoria, storia, critica. Milano: Feltrinelli, 2002.

DABIN, Jean. **Doctrine Générale de l'État**: éléments de philosophie politique. Bruxelles: Bruylant, 1939.

DAHL, Robert A. **On Democracy**. New Haven-London: Yale University Press, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.





DICEY, Albert Venn. **Introduzione allo studio del diritto costituzionale**. Bologna: il Mulino, 2003.

DRYZEK, John S. Transnational Democracy in an Insecure World. **International Political Science Review**, Montreal, v. 27, n. 2, p. 101-119, apr./jun. 2006.

DUNCAN, Graeme; LUKES, Steven. The New Democracy. **Political Studies**, London, v. XI, n. 2, p. 156-177, jun. 1963.

FALK, Richard. **Human rights and State Sovereignty**. New York: Holmes&Meier, 1981.

FALK, Richard. **On Human Governance: towards a New Global Politics**. Cambridge: Polity Press, 1995.

FALK, Richard. **Predatory Globalization**. Cambridge: Polity Press, 1999.

FERRY, Jean-Marc. **Les puissances de l'expérience**: essai sur l'identité contemporaine. Paris: Cerf, 1991.

FERRY, Jean-Marc. **De la civilization**. Paris: Cerf, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne**: le libertà fondamentali. Torino: Giappichelli, 1995.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo**: percorsi della storia e tendenze attuali. Roma-Bari: Laterza, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione**. Bologna: il Mulino, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **Lo Stato moderno in Europa**: istituzioni e diritto. 7. ed. Roma-Bari: Laterza, 2007.

FORSTHOFF, Ernst. **Stato di diritto in trasformazione**. Milano: Giuffrè, 1973.

HALL, Edward T. **Au-delà de la culture**. Paris: Seuil, 1979.

HELD, David. **Governare la globalizzazione**: una alternativa democratica al mondo unipolare. Bologna: il Mulino, 2005.

HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. **Globalization in question**. Cambridge: Polity Press, 1999.

HONNETH, Axel. **La lutte pour la reconnaissance**. Paris: Cerf, 2000.

HONNETH, Axel. **La reification**: petit traité de Théorie critique. Paris: Gallimard, 2007.

HONNETH, Axel. **La société du mépris**: vers une nouvelle Théorie critique. Édition établie par Olivier Voirol. Paris: Éditions La Découverte, 2006.

JELLINEK, Georg. **La Dottrina Generale del Diritto dello Stato**. Milano: Giuffrè, 1949.

JOUVENEL, Bertrand de. **As origens do Estado moderno**: uma história das ideias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.





JOUVENEL, Bertrand de. **La Sovranità**. Milano: Giuffrè, 1971.

KANT, Immanuel. **Per la pace perpetua**. Milano: Feltrinelli, 2005.

KAUFMANN, Matthias. **Diritti umani**. Napoli: Guida Editore, 2009.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1976.

MACPHERSON, Crawford B. **The Political Theory of Possessive Individualism**: Hobbes to Locke. Oxford: Clarendon Press, 1964.

MADURO, Miguel Poaires. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Principia, 2006.

MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato moderno**: lessico e percorsi. 2. ed. Bologna: il Mulino, 1997.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.

MCGREW, Anthony. Models of Transnational Democracy. In: MCGREW, Anthony; HELD, David (Org.). **The Global Transformations Reader**. 2. ed. Cambridge: Polity Press, 2003.

MÉNESSIER, Thierry. Principauté et souveraineté chez Machiavel. In: CAZZANIGA, Gian Mario et ZARKA, Yves-Charles (Org.). **Penser la souveraineté**. Paris: Vrin, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORTATI, Costantino. **La costituzione in senso materiale**. Milano: Giuffrè, 1998.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

RANGEL, Paulo Castro. Uma teoria da interconstitucionalidade: pluralismo e constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires. **Revista Themis**, Fortaleza, ano 1, n. 2, p. 127-151, jul./dez. 2000.

RICOUER, Paul. **Parcours de la reconnaissance**. Paris: Gallimar, 2003.

RICOUER, Paul. **Soi-même comme un autre**. Paris: Seuil, 1990.

SANTORO, Emilio. **Common law e costituzione nell'Inghilterra moderna**. Torino: Giappichelli, 1999.

SANTORO, Emilio. Rule of law e 'libertà degli inglesi'. L'interpretazione di Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **Lo stato di diritto**: Teoria, storia, critica. Milano: Feltrinelli, 2002.

SCHMITT, Carl. **Il nomos della terra nel diritto internazionale del Jus Publicum Europaeum**. Milano: Adelphi, 2003.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Estado de nações**: Hobbes e as relações internacionais no séc. XXI. Porto Alegre: SAFe, 2007.





TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FREITAS, Juarez (Org.). **Direito à democracia**: ensaios transdisciplinares. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria Pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

TODOROV, Tzvetan. **Nous et les autres**: la réflexion française sur la diversité humaine. Paris: Seuil, 1989.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. I. Porto Alegre: Fabris Editor, 2003.

WRIGHT, Quincy. The Armistices. **The American Political Science Review**, Cambridge, v. 13, n. 1, p. 128-132, feb. 1919.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La legge e la sua giustizia**. Bologna: Il mulino, 2008.

ZARKA, Yves-Charles. **Difficile tolérance**. Paris: PUF, 2007.

ZARKA, Yves-Charles. **L'autre voie de la subjectivité**. Paris: Beauchesne, 2000.

ZARKA, Yves-Charles; LESSAY, Franck; ROGERS, John. **Les fondements philosophiques de la tolérance**. 3 Vols. Paris: PUF, 2002.

ZOLO, Danilo. **I signori della Pace**. Roma: Carocci, 1998.

ZOLO, Danilo. Por um direito supranacional mínimo. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (Org.). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. São Paulo: Manole, 2010.





Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48536

Razões (e práticas) de Estado: os mal-estares entre a liberdade e a segurança jurídica

Reasons (and practices) of the State: the discomforts between freedom and legal certainty

LUIS MANUEL FONSECA PIRES*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
luismpires4@gmail.com

Recebido/Received: 18.09.2016 / September 18th, 2016

Aprovado/Approved: 29.09.2016 / September 29th, 2016

Resumo

Trata-se das práticas contemporâneas do Estado brasileiro, especificamente sobre o conflito entre a liberdade e a segurança jurídica, e de qual modo esta tensão fez-se presente nas orientações político-jurídicas de formação e desenvolvimento do Estado de Polícia, posteriormente, do Estado de Direito, e a repercussão atual junto ao Direito Administrativo, notadamente ao serem atribuídos os papeis entre o Estado e a livre-iniciativa.

Palavras-chave: razões (e práticas) de Estado; liberdade; segurança jurídica; Estado de Polícia; Estado de Direito.

Abstract

This article is about contemporary actions performed by the Brazilian State, focusing specifically on the conflict between freedom and legal certainty, and how this tension shows itself in the political and legal guidelines for the formation and development of the Law Enforcement State, later State of Law, and the current repercussions on Administrative Law, particularly when there are roles assigned amongst state and free enterprise.

Keywords: reasons (and practices) of the State. freedom. legal certainty; Police State; Rule of Law.

Como citar esse artigo/How to cite this article: PIRES, Luis Manuel Fonseca. Razões (e práticas) de Estado: os mal-estares entre a liberdade e a segurança jurídica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 167-189, set./dez. 2016. DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48536.

* Professor de Direito Administrativo na graduação e na pós-graduação *lato sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Autor, dentre outras, das obras *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas, 2ª ed., editora Fórum (finalista do Prêmio Jabuti 2009 pela editora Campus-Elsevier), e *Moradia e Propriedade*. Um breve ensaio sobre conflitos humanos, editora Fórum, e *O Estado Social e Democrático e o Serviço Público*. Um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade, 2ª ed., editora Fórum, e *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, e *Regime Jurídico das Licenças*, e *Loteamentos Urbanos*, editora Quartier Latin, e um dos autores de *Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deôntica*, editora Fórum. E-mail: luismpires4@gmail.com.





SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Razões de Estado; 3. Práticas de Estado e mal-estares; 4. Consciências e rumos; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Pretendo neste artigo refletir sobre as práticas contemporâneas do Estado brasileiro, mais especificamente sobre o conflito, presente desde a formação do próprio Estado Moderno, entre a *liberdade* e a *segurança jurídica*. Sem dúvida, múltiplas poderiam ser as abordagens possíveis a respeito da liberdade, e igualmente acerca da segurança jurídica, mas o caminho que me proponho trilhar segue com este recorte em particular, a perceber o conflito entre dois valores, liberdade e segurança, e de qual modo esta tensão faz-se presente nas orientações político-jurídicas de formação e desenvolvimento do Estado de Polícia, posteriormente, do Estado de Direito, e a repercussão junto ao Direito Administrativo, notadamente ao serem atribuídos os papéis entre o Estado e a livre-iniciativa.

Mas adianto, para que os objetivos aos quais me proponho fiquem claros desde o início, o meu escopo não é relacionar o que é (ou deve ser) serviço público, o que pode – e como pode – contar com a colaboração de particulares em sua execução, e o que necessariamente deve ser reservado à sociedade civil. Antes, preocupa-me – é o enfoque deste artigo – refletir sobre o que precede à tomada de decisões públicas sobre estas definições, isto é, as colisões entre a liberdade e a segurança jurídica na formação e realização da identidade do Estado.

Contextualizado o propósito que me move – o conflito entre liberdade e segurança jurídica na formação e desenvolvimento do Estado de Direito contemporâneo e as missões atribuídas à organização estatal e as atividades dispostas à autonomia privada –, adianto ainda que o escopo em particular não pode ser a vã pretensão de assinalar soluções prontas e definitivas, mas sim tentar algo contribuir ao entendimento das angústias por quais vivemos quando pensamos as nossas práticas de governo, os antagonismos e conflitos – às vezes quase esquizofrênicos – que perpassam as decisões dos governos em todas as suas esferas (federal, estaduais e municipais), pois talvez tenhamos condições, ao nos *conscientizarmos* das tensões que nos impulsionam – liberdade e segurança jurídica –, de redefinirmos algumas metas e percursos, e cientes de que não é pela interdição ao diálogo – digo, a negação deste conflito – que se pode melhorar o nosso país.

As escolhas e as práticas do Estado brasileiro acerca do que deve competir ao Estado realizar, o que deve contar com a participação de particulares, ou mesmo o que deve ser atribuído à livre-iniciativa não são singelas, mas representam um conflito arquetípico, a tensão entre a *liberdade* e a *segurança jurídica*, disputas que compõem a





estrutura de nossas mentalidades desde o aparecimento do Estado Moderno, recebem tratamentos diferenciados no curso da história; por isto, não podemos negar, castrar, mas reconhecer estas potências, pulsões em parte conscientes, outro tanto inconscientes, uma força motriz que nos faz caminhar.

2. RAZÕES DE ESTADO

Em geral, considera-se que o Estado Moderno forma-se durante a Idade Média. Os feudos – organizados para a proteção aos moradores da região contra o ataque de povos guerreiros, os “bárbaros” – ordenam-se, agrupam-se, sob a tutela de alguém que detinha maior extensão de posse sobre as terras na região, e ao se elaborar a noção de *soberania* da qual se reconhece a formação de reinos independentes, e ainda ao se desenvolver a mentalidade de uma representação divina, por herança de Adão, a um líder determinado, advêm os núcleos políticos conhecidos por Estados de Polícia.

Traço marcante a influenciar a formação desta nova fase do estado civil é o medo, individual e coletivo, de risco à vida. Aspira-se por *proteção*, deseja-se *segurança*, ainda que por esta sensação de estabilidade – de uma rotina que não se encontre diuturnamente ameaçada por um ataque brutal e invencível de violência – haja a necessidade de comprometer-se a *liberdade*. Os moradores dos feudos, os que pedem a proteção – a quem de algum modo se organizou um pouco melhor, apropriou-se de parcelas maiores de terra, antes subjugou alguns aos seus interesses, pessoas que lhe servem –, abrem mão de sua liberdade, querem proteção. Núcleos rurais formam-se marcados por relações de domínio, não apenas sobre as terras, mas entre as pessoas, domínio e servidão. Aliena-se a liberdade em troca de segurança.

Uma pulsão de busca por sobrevivência, encontro de alguma paz que reside na estabilidade – o que se pode esperar – da rotina que faz parte da vida. Quer-se viver numa sociedade onde o alto preço da servidão justifica-se pela sensação de proteção.

A violência e as guerras são recorrentes na origem e na formação política dos povos. Para Francis Fukuyama a relação entre a violência e a organização das primeiras sociedades, e mesmo depois junto ao Estado moderno, revela uma constatação histórica. Diz ele

As fraquezas e falhas em todas as explicações de foco primordialmente econômico apontam para a violência como fonte óbvia da formação de Estados. Isto é, a transição de tribo para Estado envolve perdas enormes de liberdade e igualdade. É difícil imaginar uma sociedade abrindo mão de tudo isso em troca dos ganhos potencialmente grandes da irrigação. Deve haver muito mais em jogo e isto pode ser mais facilmente explicado pela ameaça à vida representada pela violência organizada¹

¹ FUKUYAMA, Francis. **As Origens da Ordem Política**: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2013. p. 105.





De fato, na Idade Média – momento referencial do qual partimos nesta análise – o temor pela vida conduz à estruturação de um modelo de organização política, o Estado de Polícia, primeira expressão do Estado Moderno, na condição de recurso à segurança, mas ao preço da liberdade de quem a ele submete-se.

A respeito, Dalmo de Abreu Dallari esclarece:

O que acontece a partir do século X foi que cessaram as incursões de grupos armados que a história registra como invasões bárbaras, um período em que povos do Norte da Europa, entre eles os hunos chefiados por Átila, invadiram a Europa, chegaram até Roma, praticando muitas violências, destruindo, saqueando, violentando mulheres e matando pessoas indefesas, gerando medo e sentimento de insegurança. Isso acabou favorecendo a instituição do feudalismo, porque as populações que se sentiam inseguras e ameaçadas procuravam a proteção de um senhor mais forte, um senhor poderoso que dominava uma vasta extensão de terras, o seu feudo, e tinha homens armados a seu serviço. Esse era o senhor feudal, que governava os seus domínios sem qualquer limitação com poder absoluto².

O Estado Moderno forma-se e desenvolve-se, portanto, sob as referências da *vassalidade* (elemento pessoal) e do *benefício* (elemento real). O *colonato* era a divisão da terra em duas partes, uma ao senhor (proprietário), outra em lotes atribuídos aos camponeses que eram obrigados a entregar ao senhor uma parcela de sua produção. O ato de submissão ao patronato chamava-se *commendatio* (recomendação): pedia-se a proteção à vida em troca da vitaliciedade do serviço a ser prestado com absoluta fidelidade ao protetor. O *comitatus* (ou *companheirismo*), um momento subsequente, foi a tradição de jovens disporem-se sob a tutela de reis, duques e outros nobres para serem instruídos no serviço de guerra em permuta a honras e riquezas; prestava-se, em ato solene, o juramento de lealdade; uma vez mais, fidelidade. O caráter servil da *commendatio* é substituído pela honra e a lealdade do *comitatus*.

Ainda sobre o *companheirismo* anota Florivaldo Dutra de Araújo:

Outra raiz da vassalidade foi o instituto germânico do ‘companheirismo’, ou ‘Gefolgschaft’ (em alemão), ou ‘comitatus’ (em latim) O ‘companheirismo’ nasce com a antiga tradição dos povos germânicos, de colocar jovens sob tutela de reis, duques e outros nobres, para que fossem instruídos no serviço de guerra e, assim, adquirissem honras e riquezas³.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado, Federalismo e Gestão Democrática. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Orgs.). **Direito e Administração Pública**. Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013. p. 58.

³ ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **Negociação Coletiva dos Servidores Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 50.





Desenvolve-se a vassalagem clássica na qual, em palavras do historiador Marc Bloch, “(...) *mais do que nunca o homem procura um chefe, os chefes procuram homens*”⁴. Duas formas, portanto, de submissão: a “servidão” dos recomendados, hereditária, e a “vassalagem clássica” restrita à vida dos envolvidos, por isto digna e propícia ao serviço – honroso – de guarda.

A *segurança* desejada gradualmente se elabora, não mais apenas em relação à preservação da vida, mas ainda à estima social, à tradição de prestígio que se edifica junto à família e a ideia de pertencimento a determinado grupo social, à memória dos antepassados, expectativa das novas gerações, mas se prossegue ao custo da *liberdade* que se cede junto ao compromisso de servir a certo senhor e a determinado rei.

Os *benefícios*, acrescenta Florivaldo Dutra de Araújo, decorrem do *companheirismo*⁵. Com o tempo passou-se a admitir a possibilidade de algumas transferências destes benefícios, a transmissão por herança, além de terras, templos, mosteiros, rendas, direitos alfandegários, moedas, e *ofícios (cargos) públicos* (bispados, marquesados e condados). Enfim, a liberdade consolidou-se como moeda de troca pela estabilidade e o prestígio que eram encontrados na relação de vassalagem.

Jacob Burckhardt, renomado historiador, ao cuidar da análise dos diversos Estados da península italiana no século XIV, realça que a receita mais importante à manutenção das pequenas organizações político-sociais que se erigiam era a venda de cargos públicos com a renovação atual – costume particularmente desenvolvido na região –, e dentre as alternativas à venda encontravam-se os cargos de coletores alfandegários, administradores de territórios, notários, juízes e governadores ducais de cidades de província⁶.

O desejo de *segurança* inicialmente quase restrito à manutenção da vida contra a violência nos campos gradualmente se estendeu à condição econômica. Formou-se, por conseguinte, uma classe privilegiada junto ao monarca, o condutor principal da política e do governo no Estado de Polícia. Surge a nobreza. A liberdade deste grupo em particular foi então suavemente recuperada, equacionada em sua submissão à vontade real – à fidelidade de servir em guerras e de proteger o reino – em câmbio de uma vida econômica estável, razoavelmente segura.

Mas os súditos (camponeses, comerciantes, artesãos) prosseguiram com a liberdade cada vez mais sufocada; a servil condição, progressivamente mais submissa e sujeita aos caprichos do rei e dos nobres, era a única estabilidade ofertada. Restava a certeza (segurança?) de que a vida com proteção em relação aos ataques e à dilapidação de outros povos condicionava-se à renúncia quase absoluta da liberdade.

⁴ BLOCH, Marc. **A Sociedade Feudal**. Trad. Liz Silva. Lisboa, 2009. p. 194.

⁵ ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **Negociação Coletiva dos Servidores Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 52.

⁶ BURCKHARDT, Jacob. **O Estado como Obra de Arte**. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012. p. 49.





Tempos de falsas ilusões sobre liberdade e segurança. Eram suficientes algumas representações, tal como anota Johan Huizinga:

O homem medieval pensa no cotidiano usando os mesmos moldes de sua teologia. O fundamento, tanto aqui como lá, é a arquitetura do idealismo que a escolástica chamava de realismo: a necessidade de isolar cada noção e dar-lhe uma forma de entidade, para então organizá-las em vínculos hierárquicos, e com elas sempre voltar a erigir templos e catedrais, como uma criança que brinca com seus blocos de montar⁷.

Retrato da época, pois a forma de viver em sociedade reflete-se nas tradições culturais e na formação do pensamento religioso dos povos, no modo de reproduzir e entender as relações pessoais e as convicções íntimas, o pensador Erasmo de Rotterdam (1466-1536) polemiza com Martinho Lutero (1483-1546) o que se deveria entender por *liberdade*. Pondera Erasmo de Rotterdam que se o homem pode pecar então deve ser reconhecido que é moralmente livre, detém livre-arbítrio, mas Martinho Lutero, preconizador da reforma protestante, diz que há no homem uma congênita disposição ao pecado, e por isto a capacidade de fazer o bem não decorre do livre-arbítrio, mas da ajuda de Deus, e só a ele pertence o livre-arbítrio, e o que restaria ao ser humano, pois, é o servo-arbítrio, a sujeição à vontade divina. A liberdade de Erasmo de Rotterdam representava à época um estado de incerteza – o que fazer com o livre-arbítrio, como assumir a responsabilidade pelas escolhas feitas –, a segurança de Martinho Lutero – seria Deus a salvar independentemente das decisões feitas – sufocava o livre agir. Ilustração do que se vivia na sociedade política, o conflito entre liberdade e segurança em suas plurais dimensões.

O movimento racionalista que se desenvolve a partir do século XVII permitirá mais adiante o combate à ignorância do regime vigente, do totalitarismo e dos desmandos do poder político sob o arremedo de justificativa no mandato divino do rei, permitirá ainda a luta contra os privilégios, abusos e ostentações de toda ordem da nobreza; um recurso em tentativa à superação do sofrimento do povo a quem foi suprimida a liberdade e desconhece-se o que seja a justiça social.

Entre os seus protagonistas, Thomas Hobbes (1588-1679) não acredita que o homem seja um *animal político*, como se apregoa na filosofia política de Aristóteles, mas entende que se vive em sociedade em razão do pacto de poder que é firmado, isto porque – justifica o iluminista – no estado de natureza prevalece a “guerra de todos contra todos”, o “homem é o lobo do homem”, e apenas o contrato social pode preservar a própria vida. No discurso deste pensador:

⁷ HUIZINGA, Johan. **O outono da idade média**. Trad. Francis Petra Janssen. São Paulo: Cosac Naify, 2010. p. 375.





*Portanto, tudo aquilo que se infere de um tempo de guerra, em que todo homem é inimigo de todo homem, infere-se também do tempo durante o qual os homens vivem sem outra segurança senão a que lhes pode ser oferecida pela sua própria força e pela sua própria invenção*⁸.

Propugna-se que a realização da paz e a manutenção da vida num ambiente hostil e de ascendente embate podem ser alcançadas por meio do contrato social que marca a passagem do estado de natureza ao estado civil. O pacto político seria o instrumento a promover a *segurança jurídica* – do mundo em que se pode viver, dos direitos naturais que devem ser reconhecidos –, ainda que à custa, supostamente mínima, da *liberdade*. Mas o governante, na leitura de Hobbes, mantém-se à margem do vínculo, não se subordina aos limites traçados, o que significa dizer que mantém o Estado – mantido o *personalismo do poder* – a autoridade que sufoca.

Com John Locke (1632-1704) combate-se o absolutismo. O seu contrato social estende-se: inclui a liderança do governo. Ele critica a tese então vigente de uma suposta linhagem de poder absoluto originada com Adão; tal como Hobbes, também Locke recusa o instinto político (aristotélico), mas discorda que no estado de natureza os homens vivam necessariamente em situação crescente de guerra entre si. Pode haver a guerra, mas se trata de uma possibilidade que também pode existir no estado civil. De todo modo, a preservação dos direitos naturais igualmente passa a depender do contrato civil, pois por este se alcança a *segurança* na preservação dos direitos inerentes à condição humana. Justifica-se que se renuncie a parcela da liberdade – de uma suposta liberdade absoluta no estado de natureza – para atingir-se a certeza da liberdade remanescente. Afirma ele então que “(...) o ‘governo civil’ é o remédio adequado para as inconveniências do estado de natureza (...)”⁹; e adiante:

*Evitar esse estado de guerra (no qual não há apelo senão aos céus, e para o qual pode conduzir a menor das diferenças, se não houver juiz para decidir entre os litigantes) é a grande ‘razão pela qual os homens se unem em sociedade’ e abandonam o estado de natureza*¹⁰.

Uma das expressões do direito natural à liberdade devem ser os frutos da força de trabalho empreendida, o que o levará a qualificar, por consequência, a *propriedade* como um direito natural. Diz John Locke:

⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 109.

⁹ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo Civil**. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 391.

¹⁰ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo Civil**. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 400.





O 'trabalho' de seu corpo e a 'obra' de suas mãos, pode-se dizer, são propriamente dele. Qualquer coisa que ele então retire do estado com que a natureza a proveu e deixou, mistura-a ele com o seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua 'propriedade'.

(...)

O 'trabalho' que tive em retirar essas coisas do estado comum em que estavam 'fixou' a minha 'propriedade' sobre elas¹¹.

A influência direta de John Locke décadas adiante na Revolução Francesa (1789) e na materialização do advento do Estado de Direito é incontestável: na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, editada pela Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária, em agosto de 1789, anunciam-se os *direitos universais* que decorrem dos *direitos naturais* do homem. Em seu art. 2º prescreve-se: “O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. Quatro *direitos naturais*, supostamente inerentes à condição humana, elementos então que precedem o Direito posto e não podem por este ser olvidados: liberdade, segurança, resistência à opressão, e a *propriedade*. O último artigo ainda entroniza a propriedade; art. 17: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente comprovada, o exigir evidentemente, e sob condição de justa e prévia indenização”.

A relação causal defendida por John Locke alcançará a concretização na fundação do Estado de Direito: a *liberdade* é o pressuposto da *força de trabalho* cujo resultado, em homenagem a esta mesma condição humana (liberdade), implica atribuir a mesma importância ontológica à *propriedade*. Um tributo – pensava-se – que a segurança do contrato social prestava à liberdade.

Sem dúvida, em precisa análise de Alysson Leandro Mascaro, “A finalidade precípua do contrato social é, para o pensamento de Locke, a garantia da propriedade privada”¹².

Em Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) a percepção deste conflito – liberdade e segurança – é bem diversa. A *segurança* prometida pelo contrato social não se revela um meio de salvação a um estado originalmente indesejável, mas antes um instrumento necessário diante de uma progressiva corrupção da condição humana ao se deixar de ser, em razão da convivência em sociedade, um “bom selvagem”. Pois a fonte da desigualdade entre os homens deveria ser procurada junto aos próprios homens. Em *Ensaio sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* o filósofo recorda

¹¹ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo Civil**. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 409 e 410.

¹² MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 175.





a estátua de Glauco que o tempo, o mar e as tempestades a desfiguraram tanto que se assemelhava menos a um deus do que a um animal feroz, e do mesmo modo a alma humana, diz ele, é alterada em sociedade por causas as mais diversas, em mudanças sucessivas e permanentes; portanto, a constituição humana reclama a busca da origem das diferenças entre os homens que no estado de natureza eram tão iguais entre si.

Uma das causas apontadas por este notável pensador são os “laços da servidão” que se formam da “dependência mútua dos homens e das necessidades recíprocas que os unem”. Servidão que apresenta por uma de suas raízes o momento em que alguém, tendo cercado um terreno, disse “*Isto é meu*”, e como afirma Rousseau, encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar que isto fosse possível. Eis o fundador da sociedade civil: a ideia de propriedade enquanto recurso de servidão e desigualdades entre os homens. Prossegue Jean-Jacques Rousseau para considerar que desde o instante em que os homens perceberam que era útil ter provisões para além de suas necessidades a igualdade desapareceu, a propriedade foi introduzida, e “(...) *o trabalho tornou-se necessário e as vastas florestas se transformaram em campos risonhos que foi preciso regar com o suor dos homens, e nos quais, em breve, se viram germinar a escravidão e a miséria, a crescer com as colheitas*”. Desta cultura de terras advém a sua partilha, por conseguinte, a *propriedade*, uma das fontes das desigualdades entre os homens.

Para fugir dos “laços de servidão” é que se justifica o contrato social. Uma promessa de liberdade e de segurança. A tentativa de aproximação simultânea de forças que até então se mostraram antagônicas.

A par da Revolução americana com a independência das colônias (1776) e a promulgação de sua Constituição (1787) – na qual as ideias dos iluministas serviriam de inspiração – o fim do século XVIII ainda se notabilizaria pela Revolução Francesa (1789) que consagrou a superação do Antigo Regime, o Estado de Polícia, primeiro modelo do Estado Moderno, por uma nova era, a do Estado de Direito. Em 1791, o livreiro-editor Antoine Momoro, que havia lutado contra o Antigo Regime, sobretudo por meio da impressão e da venda a preços módicos de textos que apoiavam a revolução, e por isto se tornou conhecido como “o primeiro impressor da liberdade”, cunhou o que seria a divisa da República, *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*.

Mas a *liberdade* foi o grande mote dos revolucionários. O Estado do século que se segue, o XIX, ingressaria para a história como o Estado de Direito Liberal. A burguesia instala-se em substituição à nobreza. Manejam-se instrumentos teóricos, jurídicos, econômicos e políticos, justificadores da mínima intervenção do Estado nas relações particulares. Prevaleceu a ideologia do capital na gênese do Estado de Direito. Não bastaria a inerência do direito de propriedade à condição humana (art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), ainda seria a propriedade, um bem material, engrandecida e imaculada enquanto valor “sagrado” (art. 17).





A *segurança* prometida pela Revolução pretendia conviver harmonicamente com a *liberdade* (Rousseau). Mas foram outras as liberdades que prevaleceram. A liberdade das relações mercantis, impulsionada pelas Revoluções industriais que transformavam o mundo desde o século XVIII, a liberdade de vínculos promíscuos entre o Estado e os detentores dos meios de produção, o que levaria ao Estado gendarme a direcionar a sua força contra o povo e a servir à elite burguesa, a liberdade de uma Administração patrimonialista na qual as políticas públicas são direcionadas ao fomento do capital em benefício exclusivo da classe privilegiada por controlar os recursos financeiros dos quais dependem os Estados, enfim, estas eram as liberdades que atingiriam o zênite de segurança. Certeza, preservação, segurança – proteção física, proteção ao patrimônio – de poucos.

Como afirma Paulo Bonavides:

*Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apapágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe*¹³.

Da Administração patrimonialista que se constrói no século XIX –servidora do capital, preocupada em manter a *segurança* financeira e a ampla *liberdade* da burguesia – lembro os projetos do Imperador Napoleão III, em 1853, de gestão da cidade de Paris para os quais convidou Georges-Eugène Haussmann a quem foi confiado o encargo de cuidar das obras públicas da cidade. Como destaca David Harvey, “*Haussmann entendeu claramente que sua missão era ajudar a resolver o problema do capital e do desemprego por meio da urbanização*”¹⁴. A reconstrução de Paris demandou expressivo volume de recursos financeiros e mão de obra, pois se anexaram subúrbios, bairros foram transformados, as vias principais reconstruídas, e para tanto foi preciso contar com a participação significativa de instituições financeiras e de crédito. Observa David Harvey:

O sistema funcionou muito bem por uns quinze anos, e envolveu não só a transformação da infraestrutura urbana como também a construção de um novo modo de vida e uma nova personalidade urbana. Paris tornou-se a Cidade Luz, o grande centro de consumo, turismo e prazer; os cafés, as lojas de departamentos, a indústria da moda, as grandes exposições – tudo isso modificou a vida urbana de modo que ela pudesse absorver o dinheiro e as mercadorias, por meio do consumismo.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004. p. 42.

¹⁴ HARVEY, David. **O Direito à Cidade**. In: Revista Piauí, n° 82, julho. Rio de Janeiro: Alvinegra, 2013.*passim*.





*Mas foi então que o sistema financeiro especulativo e as instituições de crédito superdimensionadas quebraram, em 1868. Haussmann foi demitido; Napoleão III, em desespero, foi à guerra contra a Alemanha de Bismarck e saiu derrotado*¹⁵.

O Estado de Direito Liberal não havia resolvido, ao menos em favor da sociedade em geral – e não de uma classe privilegiada –, as tensões entre liberdade e segurança. O que deveria competir ao Estado enquanto sua missão em prol do povo e dos menos favorecidos, quais os planos a serem delineados – em benefício de quem – de modo a efetivar a libertação da miséria e a estabilidade das relações sociais e jurídicas, permaneciam anseios sem resolução. No Antigo Regime o desejo por segurança levou à submissão quase absoluta, alguns poucos (a nobreza) mantiveram as suas personalíssimas formas de liberdade, agora com o Estado de Direito Liberal do século XIX, a Administração patrimonialista que se edifica, mudam-se as fórmulas, os discursos, a liberdade reformula a segurança, o contrato social eleva-se a símbolo da consciência das massas de uma função estruturante de liberdade e segurança que não se realiza.

Carlos Amadeu Botelho Byington, fundador da psicologia simbólica junguiana, ampliou o significado de símbolo para “símbolo estruturante” que contém as representações psicológicas de todas as coisas e vivências e seus respectivos significados subjetivos e objetivos, conscientes e inconscientes. Esclarece ele que as funções estruturantes da psique podem ter expressões normais ou defensivas, o que depende do modo como atuam no eixo simbólico da consciência e do inconsciente. As defesas são anormais, portanto, patológicas¹⁶.

O Estado de Direito Liberal tornou-se um símbolo estruturante, a liberdade e a segurança algumas de suas principais funções estruturantes, e o liberalismo no século XIX o único sistema estruturante. Mas a relação de domínio e o controle ególatra dos meios de produção da burguesia deitaram as suas raízes sob a própria estrutura político-organizacional, formou-se a Administração patrimonialista, o Estado gendarme, o que levou a provocar uma função estruturante *defensiva* da liberdade e da segurança. Uma patologia.

A gravidade dos resultados provocados pelo Estado de Direito Liberal encontra-se na permanência dos seus efeitos, o que levou a erigir uma “Sombra Cronificada”, situação que se dá quando “(...) a fixação das defesas permanece e se estrutura na personalidade ou na cultura (...)”¹⁷.

¹⁵ HARVEY, David. O Direito à Cidade. In: **Revista Piauí**, n° 82, julho. Rio de Janeiro: Alvinegra, 2013. *passim*.

¹⁶ BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. **Psicologia simbólica junguiana: a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação**. São Paulo: Linear B, 2008. p. 74.

¹⁷ BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. **Psicologia simbólica junguiana: a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação**. São Paulo: Linear B, 2008. p. 75.





Percebe-se, portanto, que muitas das “razões de Estado” do realismo político de Nicolau Maquiavel (1469-1527), símbolo do início do Estado Moderno sob o modelo absolutista (Estado de Polícia), persistiram no Estado de Direito Liberal, ora maquiadas por artifícios de retórica das luzes da razão, ora declaradamente assumidas sem pudor ou preocupação em relação ao infortúnio do povo que continuava sem efetiva liberdade ou segurança em suas relações de trabalho, sociais, enfim, necessidades (moradia, saúde, educação) incertas, agônicas, distantes.

Maquiavel enaltecia entre as qualidades de um Príncipe que “(...) *seria bom ser considerado liberal*”¹⁸, mas enquanto conviesse à manutenção do poder. A dificuldade desta “liberdade condicionada” do Estado de Direito do século XIX, instável e reservada a poucos, tornou-se uma função estruturante defensiva que causou reações à época imprevisíveis. Faltou perceber o que o próprio Maquiavel, quem sabe inconscientemente, havia alertado: “(...) *os homens ferem ou por medo ou por ódio*”¹⁹.

3. PRÁTICAS DE ESTADO E MAL-ESTARES.

O nome de Maquiavel e as suas ideias persistem no Estado de Direito não por simples lembrança ou reflexão histórica de seu pensamento. Mas pela atualidade do maquiavelismo na vida política dos povos. Como diz Leo Strauss:

*Maquiavel é o único pensador político cujo nome está em uso corrente para designar um tipo de política, que existe e continuará existindo, independentemente de sua influência, uma política guiada com exclusividade por questões de conveniência, que usa todos os meios, legais ou ilegais, ferro ou veneno, para atingir sua meta – sendo esta o engrandecimento de um país ou pátria –, mas também usando a pátria a serviço do autoengrandecimento do político, ou estadista, ou partido de cada um*²⁰.

As “razões de Estado” prosseguem no Estado de Direito Liberal. Se não mais a serviço de um monarca, um “déspota esclarecido”, então de uma classe que se fixa em torno do capital, e por isto traveste seus interesses privados em anseios públicos. A burguesia alia-se à ordem política e juntos, o Estado e o capital, dilaceram os sonhos de outros tempos. O descompasso entre a liberdade anunciada – a que se realizaria sob a segurança do Estado de Direito – e a opressão social agrava-se. O fracasso das aspirações do ideário revolucionário – liberdade, igualdade e fraternidade – foi sentido por todo o século XIX.

¹⁸ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3. ed. Trad. Zélia de Almeida Cardoso. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 75.

¹⁹ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3. ed. Trad. Zélia de Almeida Cardoso. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 34.

²⁰ STRAUSS, Leo. Nicolau Maquiavel. In: STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph (Coords). **História da Filosofia Política**. Rio de Janeiro: Gen, 2013. p. 268.





As Revoluções de 1830 e 1848 na França, país berço das esperanças de uma transformação político-social, ilustram a história. O autoritarismo grassava os países da Europa, a grave crise econômica – em virtude das péssimas colheitas agrícolas, sobretudo a praga da batata e a crise do trigo – fazia sucumbir principalmente as classes menos favorecidas, e a ausência de efetiva representação política do povo agravava a desesperança. No ano de 1848 sucessivos movimentos de revolta contra o Governo francês (e ainda em outros países europeus), a conhecida *Primavera dos Povos*, mobilizados sobretudo por trabalhadores e camponeses contra o capitalismo reinante, foram sufocados pela Guarda Nacional. Na França, o Partido da Ordem, formado por integrantes da burguesia preocupados em proteger a *propriedade*, conduzia a Constituinte e opunha-se às ideias socialistas. Representações populares, como a Comissão de Luxemburgo, e líderes revolucionários a exemplo de Pierre-Joseph Proudhon, anarquista que condenava a propriedade ao qualificá-la como “um roubo”, todos eles seriam duramente combatidos. Se barricadas foram levantadas nas ruas, se a Primavera dos Povos representou, nas palavras de Eric Hobsbawm, a primeira revolução potencialmente global²¹, por outro lado os movimentos da época foram, particularmente na França, emblema de *liberdade*, mas violentamente sufocada por ações armadas lideradas pelo general Louis-Eugène Cavaignac em nome da *segurança* – da ordem pública – que deveria ser mantida pelo Estado de Direito.

Considere-se a Revolução de 1848 na França. Não contava com uma ideologia. Tal como anota J. Hampden Jackson, o que se reclamava era “pão e trabalho”; o desemprego havia subido de 8.000 trabalhadores em março para 50.000 no mês seguinte, e 100.000 em junho; os pobres deslocavam-se de todas as regiões da França a Paris para exigir trabalho²². O empenho da força de trabalho não seria o consectário inevitável da “liberdade natural” segundo John Locke? O que se reclamava era a ausência de atividades de sustento próprio, da manutenção da vida e da família, a incapacidade de subsistência. Enfim, a derrocada do ideal libertário.

Reage-se com vigor contra o capitalismo e a propriedade, símbolos de uma suposta *liberdade* que viria com a *segurança* do contrato social ultimado no Estado de Direito, símbolos então questionados pelos movimentos sociais da época, mas ainda por uma legião de pensadores que voltam a iluminar as razões de Estado.

“*Um espectro ronda a Europa - o espectro do comunismo*”, escreveriam Karl Marx e Friedrich Engels, em fevereiro de 1848, no início do *Manifesto do Partido Comunista*. A história das sociedades, dizem eles, é história das lutas de classes: a burguesia e o proletariado. O preço do trabalho, asseveram, é igual ao custo de sua produção, e a

²¹ HOBBSBAWM, Eric J. **A Era do Capital**. Trad. Luciano Costa Neto. São Paulo: Paz e Terra, 2012. p. 33. Segundo o autor, reflexos deste movimento no Brasil podem ser reconhecidos na insurreição de 1848 em Pernambuco.

²² JACKSON, J. Hampden. **Marx, Proudhon e o Socialismo Europeu**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1963. p. 65.





condição essencial da existência e supremacia da classe burguesa é a acumulação de riquezas em mãos de particulares, a formação do capital que depende, por sua vez, do trabalho assalariado. Se a Revolução Francesa propôs-se abolir a propriedade feudal – o que o fez em simples substituição pela propriedade em favor da burguesia –, o que se quer com o comunismo é a abolição deste segundo estágio, a propriedade burguesa.

Na literatura, Leon Tolstoi retrata a sua crítica à propriedade, um “baixo instinto animal”, em narrativa conduzida por um cavalo na novela *Kholstomer*:

Compreendi muito bem o que dizia a respeito dos açoites e do cristianismo. Mas ficou completamente obscura para mim a palavra seu, pela qual pude deduzir que estabeleciam um vínculo a ligarem-me ao chefe das cavalaria. Então, não pude compreender de modo algum em que consistiria tal vínculo. Só muito depois, quando me separaram dos demais cavalos, é que expliquei a mim mesmo o que aquilo representava. Naquela época, eu não era capaz de entender a significação do fato de ser eu propriedade de um homem. As palavras meu cavalo, referindo-se a mim, um cavalo vivo, pareciam-me tão estranhas como as palavras minha terra, meu ar, minha água.

No entanto, elas exerceram sobre mim enorme influência. Sem cessar pensava nelas e só depois de longo contato com os seres humanos pude explicar-me a significação que, afinal, lhes é atribuída. Querem dizer o seguinte: os homens não dirigem a vida com fatos, mas com palavras. Não os preocupa tanto a possibilidade de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, como a de falar de objetos diferentes mediante palavras convencionais. Essas palavras, que consideram muito importantes, são, sobretudo, meu ou minha, teu ou tua. Aplicam-nas a todas as espécies de coisas e de seres, inclusive à terra, aos seus semelhantes e aos cavalos.

Além disto, convencionaram que uma pessoa só pode dizer meu a respeito de uma coisa determinada. E aquele que puder aplicar a palavra meu a um número maior de coisas, segundo a convenção feita, considera-se a pessoa mais feliz. Não sei por que as coisas são desse modo; mas sei que são assim. Durante muito tempo procurei compreender isso, supondo que daí viria algum tempo proveito direto; mas verifiquei que isso não era exato. Muitas pessoas das que me chamavam seu cavalo nem mesmo me montavam; mas outras o faziam. Não eram elas as que me davam de comer, mas outros estranhos. Também não eram as pessoas que me faziam bem, mas os cocheiros, os veterinários e, em geral, pessoas desconhecidas. Posteriormente, quando ampliei o círculo de minhas observações, convenci-me de que o conceito de meu – e não só em relação a nós, cavalos – não tem qualquer outro fundamento além de um baixo instinto animal, que os homens chamam sentimento ou direito de propriedade. O homem diz minha casa mas nunca vive nela; preocupa-se só em construí-la e mantê-la. O comerciante diz minha loja, ou meus tecidos, por exemplo, mas não faz suas roupas com os melhores tecidos que vende na loja. Há pessoas que chamam sua uma extensão de terra e nunca a viram





nem passaram por ela. Há outras que dizem serem suas certas pessoas que nunca viram nesta vida e a única relação que têm com elas consiste em causar-lhes dano. Há homens que chamam de suas certas mulheres, e estas convivem com outros homens. As pessoas não procuram, em sua vida, fazer o que consideram o bem, e sim a maneira de poder dizer do maior número possível de coisas: é meu. Agora estou persuadido de que nisso reside a diferença essencial entre nós e os homens. Portanto, sem falar de outras prerrogativas nossas, só por este fato podemos dizer, com segurança, que entre os seres vivos, nos encontramos em nível mais alto que o dos homens. A atividade dos homens, pelo menos a dos homens com os quais tenho tratado, se traduz em palavras, ao passo que a nossa se manifesta em fatos.

Uma alternativa à reconciliação da segurança com a liberdade no Estado de Direito, tentativa de revisão das práticas de Estado – tão movidas por razões maquiavélicas –, foram os movimentos nacionalistas a partir de 1860. Esclarece Eric J. Hobsbawm que a palavra “nacionalismo” surge pela primeira vez no fim do século XIX e serve a descrever grupos ideólogos de direita na França e na Itália que reagem contra os estrangeiros, liberais e socialistas, e defendiam a expansão de seus próprios Estados. Posteriormente, a palavra passou a ser utilizada para simbolizar todos os movimentos que defendiam a “causa nacional”, a formação independente de seu Estado, “(...) alguns que se identificavam com a direita, outros com a esquerda, e outros, ainda, indiferentes a ambas”²³.

Mas J. Hampden Jackson pondera que os movimentos nacionalistas da época dividiam-se: para uns o movimento nacionalista representava a libertação do povo dos opressores capitalistas estrangeiros, para outros os trabalhadores perderiam o contato com os seus irmãos estrangeiros, o que significaria a redução da força de resistência, por conseguinte maior facilidade no domínio do poder pela burguesia nacional²⁴.

Definitivamente, o papel do Estado de Direito, no início do século XX, encontrava-se em crise. Qual liberdade? Segurança em favor de quem? Sem trabalho, ausentes quaisquer condições dignas de moradia, saúde, educação, os movimentos anarquistas das últimas décadas expunham à crítica qual a razão de ser do Estado de Direito. Iniciam-se então, nos países ocidentais em geral, diversos movimentos por reformulação do papel do Estado – de Liberal a Social – por meio de novos modelos constitucionais, o que são conhecidas as Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919.

Mas o mal-estar persiste.

²³ HOBBSBAWM, Eric J. **A Era dos Impérios**. Trad. Sieni Maria Campos; Yolanda Steidel de Toledo. São Paulo: Paz e Terra, 2012. p. 228-229.

²⁴ JACKSON, J. Hampden. **Marx, Proudhon e o Socialismo Europeu**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1963. p. 109.





O início do século XX é igualmente marcado por uma nova era de compreensão das razões que animam o ser humano. Razões mais profundas. Sigmund Freud revelaria, no despertar deste novo milênio, um universo completamente desconhecido, o subconsciente: denomina-se *Id*, como afirma Joseph Campbell²⁵, o “eu-quero” que se encontra no inconsciente, onde haveria os instintos de vida (*Eros*) e morte (*Tânatos*), uma orientação pelo *princípio do prazer*; as contenções e restrições formuladas pelo meio em que se vive – família, sociedade – realizam-se pelo *Superego*, o “eu-não-devo”; ao *Ego* compete mediar o *Id* e o *Superego*, um guia segundo o *princípio da realidade*.

Diz Sigmund Freud que o princípio do prazer estabelece a finalidade da vida, por isto domina o desempenho do aparelho psíquico. Mas o seu programa não está em acordo com o mundo; a felicidade vem da satisfação repentina de necessidades que são altamente represadas²⁶. Em suas palavras: “O programa de ser feliz, que nos é imposto pelo princípio do prazer, é irrealizável, mas não nos é permitido – ou melhor, não somos capazes de – abandonar os esforços para de alguma maneira tornar menos distante a sua realização”²⁷.

A leitura, a descoberta, do inconsciente parece de algum modo sinalizar à humanidade as causas de muitos conflitos que a ordem política carrega consigo. O Estado de Direito, primeiro Liberal, e no curso da primeira metade do século XX majoritariamente Social na acolhida deste modelo por diversos países – foi o caso do Brasil, notadamente a partir do primeiro governo de Getúlio Vargas (a partir de 1930) –, expressa a crise permanente entre a *liberdade* que pretende simbolizar o prazer, a felicidade desejada, e a necessidade de sua contenção pela *segurança* para conformar a vida em sociedade.

Neste sentido, para Herbert Marcuse²⁸, se Freud entende a modernidade como a superação do *princípio do prazer*, de parte da felicidade e da *liberdade*, para o predomínio do *princípio de realidade* no qual a causa e o escopo são o prestígio à *segurança* – com as consequentes privações dos nossos “impulsos naturais” que resultam nas doenças da alma –, por outro lado é possível a constituição de uma sociedade não-repressiva. A repressão – marco da modernidade – pode ser abolida.

Os dois planos de Freud – ontogenético: a evolução do indivíduo reprimido; filogenético: a evolução da civilização repressiva – desenvolvem-se sob implicações mútuas, o que leva ao abandono da felicidade e à geração do sentimento de culpa. Mas para Herbert Marcuse o princípio de realidade deve ser compreendido como o *princípio*

²⁵ CAMPBELL, Joseph. **Mito e Transformação**. Trad. Frederico N. Ramos. São Paulo: Ágora, 2008. p. 79.

²⁶ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 30.

²⁷ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 40.

²⁸ MARCUSE, Herbert. **Eros e civilização: Uma interpretação filosófica do pensamento de Freud**. 8 ed. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: LTC, 2010.





de desempenho que se formata pela dominação e a alienação que se encontram na organização social do trabalho, o que é possível reformulá-lo de modo a ser “(...) qualitativamente diferente e não-repressivo”²⁹. A redução quantitativa da energia de trabalho, a superação dos controles repressivos impostos pela civilização (moderna) à sensualidade, são alguns dos caminhos necessários³⁰ em busca de uma “cultura não-repressiva”, pensada por Schiller, conforme anota Herbert Marcuse³¹.

Ainda na primeira metade do século XX a influência do positivismo clássico e do pensamento social em disputa com o liberalismo que havia predominado no século anterior levou Léon Duguit a desenvolver na França a chamada *Escola do Serviço Público*. Alinhada ao modelo do Estado Social o realismo jurídico que orienta esta doutrina firma-se na apuração empírica das necessidades sociais. O serviço público, por esta proposta, é o próprio fundamento e legitimação do Estado — é a fundamentação para uma teoria do Estado. O serviço público é compreendido como uma atividade cujo contorno jurídico deve ter por principal preocupação mais do que o respeito à liberdade dos cidadãos, deve-se trazer a *igualdade*, ou, pelo prisma por qual proponho neste artigo, a *segurança* a todos de mesmo acesso às necessidades que importam à constituição da dignidade humana.

Um mal-estar que insiste.

Pois a equação entre a liberdade e a segurança no Estado de Direito Social continuam a não se harmonizar. Afinal, o que deve competir ao Estado, o que deve ser assumido sob sua titularidade de modo a conferir a *liberdade* efetiva a quem não detém propriedades, não controla o capital? O que se deve deixar à livre-iniciativa? Entre o que o Estado deve definir por sua missão – e de que modo deve fazê-lo – e o que deve deixar ao mercado – mas qual seu papel ao regulá-lo – há conflitos permanentes, oscilações que marcam o curso do século XX entre a Administração burocrática e a Administração gerencial (neoliberal), angústias entre o *prazer* dos gestores do capitalismo e a *realidade* que se impõe de ser premente o amparo aos desfavorecidos, aos que amargam a miséria, aos que sofrem a ausência de acesso mínimo aos direitos sociais.

Para Zygmunt Bauman o mal-estar da modernidade decorria de uma espécie de segurança que tolerava a liberdade pequena em busca da felicidade individual, e o mal-estar da pós-modernidade (o que deve ser considerado o período que se inicia na década de sessenta do século XX) advém de uma liberdade de procura do prazer

²⁹ MARCUSE, Herbert. **Eros e civilização**: Uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: LTC, 2010. p. 123.

³⁰ MARCUSE, Herbert. **Eros e civilização**: Uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: LTC, 2010. p. 169

³¹ MARCUSE, Herbert. **Eros e civilização**: Uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: LTC, 2010. p. 174.





que tolera uma segurança individual muito pequena³². Em certa passagem, diz: “A pós-modernidade, por outro lado, vive num estado de permanente pressão para se despojar de toda interferência coletiva no destino individual, para desregular e privatizar”³³.

É a angústia dos Estados e das sociedades contemporâneos.

Por um lado, o anseio por se desapegar do controle, da intervenção, do domínio público sobre o privado, um desejo por *liberdade*, suposto prazer, impressão equivocada de que a felicidade poderia ser encontrada na satisfação pessoal – caminhadas individuais, a trajetória do herói – em superação aos tradicionais papéis atribuídos ao Estado Social nos quais se sintetizava a promessa de *segurança* à realização dos mínimos valores existenciais.

De outro, o receio do excesso de segurança que sufoca a liberdade. O medo de uma “ordem” segura. Ou, nas palavras de Zygmunt Bauman, de uma ordem contida na “pureza”:

*A pureza é uma visão das coisas em lugares diferentes dos que elas ocupariam, se não fossem levadas a se mudar para outro, impulsionadas, arrastadas ou incitadas; e é uma visão da ordem – isto é, de uma situação em que cada coisa se acha em seu justo lugar e em nenhum outro. Não há nenhum meio de pensar sobre a pureza sem ter uma imagem da “ordem”, sem atribuir às coisas seus lugares “justos” e “convenientes” – que ocorre serem aqueles lugares que elas não preencheriam “naturalmente”, por sua livre vontade. O oposto da “pureza” – o sujo, o imundo, os “agentes poluidores” – são coisas “fora do lugar”. Não são as características intrínsecas das coisas que as transformam em “sujas”, mas tão-somente sua localização na ordem de coisas idealizada pelos que procuram a pureza. As coisas que são “sujas” num contexto podem tornar-se puras exatamente por serem colocadas num outro lugar – e vice-versa. Sapatos magnificamente lustrados e brilhantes tornam-se sujos quando colocados na mesa de refeições. Restituídos ao monte de sapatos, eles recuperam a pristina pureza. Uma omelete, uma obra de arte culinária dá água na boca quando no prato do jantar, torna-se uma mancha nojenta quando derramada sobre o travesseiro*³⁴.

O Estado que não quer nada fora do lugar, que ojeriza a “impureza”, toma para si – diz: porque o escopo é a *segurança* dos seus – o controle sobre a vida dos cidadãos. Quer definir o que pode, quando e de qual modo, diz saber o que é o melhor, pretende a totalidade.

³² BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 10.

³³ BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 26.

³⁴ BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p.14-15.





De todo modo, as reações defensivas – funções estruturantes defensivas (Carlos Byington) – não são nada alvissareiras. Zygmunt Bauman percebe-as: “(...) a tendência a coletivizar e centralizar as atividades de “purificação” destinadas à preservação da pureza, enquanto de modo algum extintas ou exauridas, em nosso tempo tendem a ser cada vez mais substituídas pelas estratégias de desregulamentação e privatização”³⁵.

Os Estados contemporâneos identificam-se, ao menos em sua maioria no ocidente, por regimes democráticos. Muitos ainda se afirmam predominantemente sociais. É o caso do Brasil. A Constituição da República Federativa do Brasil assevera em seu preâmbulo o compromisso com os direitos individuais e sociais, a liberdade e a segurança³⁶.

É preciso, portanto, o enfrentamento dos mal-estares do mundo contemporâneo – a dificuldade não é exclusiva do povo brasileiro. Um autoconhecimento que deve ser assumido. O preâmbulo da Constituição simboliza a inscrição do pórtico do Templo de Apolo em Delfos, singularmente percebida por Sócrates, uma inspiração a ser trilhada: “*Conhece-te a ti mesma, República brasileira*”.

Alternativa – defensiva – ao enfrentamento do (in)consciente republicano é a permanência do mal-estar, talvez por outros matizes, novos mal-estares adaptados a demandas globalizadas, a submissão ao espetáculo do consumismo e das satisfações ególatras, um estado de vivências que se contenta com um Estado envolvido apenas em seguir mais uma recomendação maquiavélica, “(...) *manter o provo entretido com festas e espetáculos* (...)”³⁷.

4. CONSCIÊNCIAS E RUMOS

*Debaixo d'água tudo era mais bonito
mais azul mais colorido
só faltava respirar
Mas tinha que respirar
Debaixo d'água se formando como um feto
sereno confortável amado completo
sem chão sem teto sem contato com o ar
Mas tinha que respirar*

³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 22.

³⁶ Na íntegra: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

³⁷ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3. ed. Trad. Zélia de Almeida Cardoso. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 108-109.





A letra da música *Debaixo d'água* de Arnaldo Antunes elabora com intensidade um símbolo da tensão entre a segurança e a liberdade. Símbolo que retrata o propósito desta análise sobre os papéis do Estado de Direito, o que lhe compete reservar para si – uma promessa de *segurança jurídica* na perspectiva adotada neste artigo, promessa dos direitos individuais e sociais que podem ser a todos concedidos, assegurados –, o que pode (deve) dispor à livre-iniciativa, o quanto deve contar com os particulares em parcerias à realização do interesse público.

Não há como se posicionar imarcescível num dos extremos. É a primeira lição que se pode colher da história do Estado Moderno.

É preciso conscientizar-se, conscientizarmo-nos, de que liberdade e segurança jurídica são dois valores que se conflitam necessariamente. Deve-se buscar o equilíbrio, mas sem se iludir: quanto mais cedo (liberto), tanto mais se é incerto (inseguro) sobre o que se pode alcançar. A liberdade irrestritamente disposta pode levar ao manejo de reações ególatras de ambição e indiferença com os outros, funções estruturantes defensivas (Byington). A segurança irrefletida e sofregamente desejada, apegada, sufoca – outra função defensiva – a necessidade de respirar.

Outra lição que decorre da conscientização deste conflito inerente à condição humana são os múltiplos significados de liberdade e segurança jurídica. Liberdade ora simboliza a limitação do poder, o despojar-se do jugo opressor do Estado, ora dissimula o poder tirânico do capital e a indiferença em relação às misérias sociais. Segurança ora retrata a proteção confiada ao Estado de Direito, o pacto social, ora escamoteia o domínio do poder político sobre a vida privada sob a suposta certeza do que melhor serve a cada qual independentemente de sua vontade.

O que leva então ao terceiro ensinamento que a história oferece: a necessidade do diálogo, a construção dialética da liberdade e da segurança jurídica, o que deve o Estado definir para si, quando e de quais modos deve contar com os particulares, o que deve deixar à livre iniciativa. A interdição ao diálogo – sob rótulos predefinidos dos oponentes – pouco ou nada contribui à conscientização dos conflitos e dos sentidos de liberdade e segurança jurídica.

A afirmação do Estado de Direito não é suficiente à superação das razões de Estado descritas realisticamente por Maquiavel. As práticas continuam, muito embora sob outros invólucros, discursos mais sofisticados, até sensíveis. Por isto, insisto, as nossas práticas devem ser prioritariamente *conscientizadas*; as razões de Estado, subliminares à retórica democrática da Constituição Federal de 1988, precisam ser desveladas.

Anomias, estado(s) de exceção, violência(s) simbólica(s) são elementos incontestáveis de nossas razões e práticas jurídico-políticas contemporâneas, e a crise de representatividade – com tal fragor que se torna um dos principais dínamos dos movimentos sociais deflagrados a partir de junho de 2012 por todo o país – revela a premissa de revisão de nossa ideia de democracia e da definição das políticas públicas.





Se nas últimas décadas, sob o rótulo de uma “abertura democrática”, surgiram ou se aperfeiçoaram instrumentos à interlocução com a sociedade – por eleições, audiências públicas, fim da censura –, igualmente se desenvolveram novos mecanismos de alienação, muito mais sutis do que os recursos linguísticos anteriormente utilizados, refinados ao se encobertarem as reais intenções de apropriação e manutenção, a qualquer custo, do poder e do exponencial aumento de lucros. Apelos à liberdade?

São poucos os discursos de Estado – em comparação às falas politicamente corretas de que se vale – que declaram com todas as letras o preconceito, a indiferença em relação aos menos favorecidos, as intenções (ou obsessões) por trás da realização de específica política pública ou de reforma legislativa, ou que simplesmente reconhecem o compromisso de submissão à força do capital. Mesmo os instrumentos de controle social – a exemplo da mídia, notadamente a televisiva – aliam-se a este pacto de alienação.

A razão instrumental, serva das razões de Estado, aperfeiçoou-se. No âmbito jurídico-político a totalidade, construída por arremedos de diálogo, simulacros de pesquisas, aparentes vivências democráticas, prossegue a representar os interesses particulares de grupos que se devotam a si. O de sempre. Mas por um novo contrato social que se estabelece no regime democrático do século XXI cujos “bons selvagens” salvaguardam seus particulares anseios, e por isto se cercam de discursos voltados à sociedade que em vez de resultarem em ações erigem-se feito muralhas à proteção do que realmente conta e não é revelado. Apelos à segurança jurídica?

Muitos são na atualidade os interlocutores políticos – não apenas os políticos por profissão –, há intelectuais, acadêmicos, pensadores, ícones a pretender a comprovação de que a democracia funciona, mas em realidade protagonizam a perpetuação dos fossos cultural, social e econômico, da crise de cidadania, porque tendo cercado o novo terreno político não são poucos os que afirmam “*Isto (agora) é meu*” e encontram – o que mostra a atualidade de Rousseau – pessoas que acreditam.

A definição de políticas públicas em educação (sistemas de avaliação, ações afirmativas), saúde (delegações do serviço a organizações sociais, contratação temporária de profissionais de outros países), planos urbanísticos (definição de potencial construtivo, zoneamentos, projetos de revitalização em áreas centrais das cidades), obras públicas de infraestrutura e transportes (rodovias, trem de alta velocidade), privatizações e descentralizações do serviço público em geral, segurança pública (maioridade penal, qual o papel da polícia militar) reclama por necessário antes se compreender qual *liberdade* realmente se oferece, qual *segurança jurídica* existe nestas reformulações de pacto(s) social(is). Não se deve perder de vista a presciência de Zygmunt Bauman: “O





mundo pós-moderno está-se preparando para a vida sob uma condição de incerteza que é permanente e irredutível"³⁸.

Para este percurso e os próximos estágios do Estado de Direito o que não se pode ter é o apego, totalizante e irredutível, de exatos discursos conhecidos ou de levianas promessas de completas (e irrealizáveis) transformações, como se não houvesse sempre algo a perder, liberdade ou segurança jurídica.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **Negociação Coletiva dos Servidores Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BLOCH, Marc. **A Sociedade Feudal**. Trad. Liz Silva. Lisboa, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004.

BURCKHARDT, Jacob. **O Estado como Obra de Arte**. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012.

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. **Psicologia simbólica junguiana: a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação**. São Paulo: Linear B, 2008.

CAMPBELL, Joseph. **Mito e Transformação**. Trad. Frederico N. Ramos. São Paulo: Ágora, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado, Federalismo e Gestão Democrática. In: MARQUES NETO, Flórida de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Direito e Administração Pública**. Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

FUKUYAMA, Francis. **As Origens da Ordem Política: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa**. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOBBSAWM, Eric J. **A Era do Capital**. Trad. Luciano Costa Neto. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

³⁸ BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 32.





HOBSBAWM, Eric J. **A Era dos Impérios**. Trad. Sieni Maria Campos; Yolanda Steidel de Toledo. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

HUIZINGA, Johan. **O outono da idade média**. Trad. Francis Petra Janssen. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

JACKSON, J. Hampden. **Marx, Proudhon e o Socialismo Europeu**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1963.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo Civil**. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3. ed. Trad. Zélia de Almeida Cardoso. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARCUSE, Herbert. **Eros e civilização**: Uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: LTC, 2010.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

STRAUSS, Leo. Nicolau Maquiavel. In: STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph (Coords). **História da Filosofia Política**. Rio de Janeiro: Gen, 2013.







Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48535

A jurisprudência do STF sobre Impeachment e sua repercussão aos Prefeitos Municipais em uma perspectiva discursiva*

The jurisprudence of the Supreme Court on Impeachment and its impact on Municipal Mayors in a discursive perspective

JANRIÊ RODRIGUES RECK**

Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)

janriereck@unisc.br

CAROLINE MÜLLER BITENCOURT***

Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)

carolinemb@unisc.br

Recebido/Received: 18.09.2016 / September 18th, 2016

Aprovado/Approved: 29.09.2016 / September 29th, 2016

Resumo

O problema que move este trabalho envolve a especulação sobre como a jurisprudência do STF sobre impeachment de Presidente da República impacta no regime jurídico do impeachment de prefeito. A hipótese é a de que os mesmos argumentos e causas de decidir do impeachment de Presidente se aplicam aos prefeitos, em uma abordagem a partir da Democracia Deliberativa e dos Discursos, contudo, tais perspectivas são altamente criticáveis. Em um primeiro momento será abordada a relação entre Democracia Deliberativa e responsabilização de prefeitos; em um segundo, a para, em

Abstract

This work problem's develops around the speculation of how the Supreme Court jurisprudence on President's impeachment impacts the legal framework for the impeachment of the Mayor. The hypothesis is that the same arguments and reasons to decide the impeachment of President apply to mayors. In an approach from the Deliberative Democracy and Discourses, however, such perspectives are highly objectionable. At first it will be addressed the relationship between Deliberative Democracy and accountability of mayors; in second, demarcate, in a speculative manner, the principles of the responsibility crimes; In a third step

Como citar esse artigo/How to cite this article: RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Muller. A jurisprudência do STF sobre Impeachment e sua repercussão aos Prefeitos Municipais em uma perspectiva discursiva. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 191-214, set./dez. 2016. DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48535.

* Este artigo é fruto de um projeto de pesquisa conjunto dos professores sobre "Controle social e administrativo de políticas públicas" vinculado ao programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. A pesquisa foi desenvolvida no marco do projeto internacional financiado "Prevención y lucha contra la corrupción en la contratación pública: instrumentos administrativos y penales" (Programa CAPES/DGPU de Cooperação entre Brasil e Espanha - Edital nº 40/2014), coordenado pela Universidade da Coruña-Espanha e UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul.

** Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. E-mail: janriereck@unisc.br.

*** Professora do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Advogada. E-mail: carolinemb@unisc.br.





seguida, demarcar, de modo especulativo, os princípios do regime jurídico dos crimes de responsabilidade; em um terceiro momento analisar-se-ão os argumentos que justificam o caráter jurídico-político da decisão de impeachment para, finalmente, criticar-se um certo ativismo judicial que se materializa justamente pela inanição do Poder Judiciário em cuidar das condições do processo democrático.

Palavras-chave: democracia deliberativa; discurso; impeachment; Prefeitos; jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

will analyze the arguments justifying the legal and political nature of the impeachment decision to finally criticize a certain judicial activism that materializes precisely the starvation of the judiciary in taking care of the conditions of the democratic process.

Keywords: deliberative democracy; discourse; impeachment; Mayors; Supreme Court jurisprudence.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A pluralidade de instâncias de responsabilização de Prefeitos no Brasil em uma Democracia Deliberativa; 3. Identificação dos marcos gerais dos discursos de justificação dos crimes de responsabilidade e a construção de seu regime jurídico em um Estado Democrático de Direito; 4. Argumentos de aplicação do caráter jurídico-político da decisão de impeachment; 5. Democracia procedimental e (des)controle judicial: propostas de uma leitura crítica; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O tema deste artigo gira em torno das repercussões da jurisprudência sobre impeachment no campo dos prefeitos municipais. A Lei Federal nº 1.079/50 regula o impeachment de Presidente, Governador e outras autoridades maiores. Esta lei fora lida à luz da Constituição Federal pelo STF – inclusive com relevantes novidades advindas do conflituoso e controverso processo jurídico-político de 2016 ocorrido em nível de presidência da República.¹ Ocorre que o impeachment de Prefeitos é regulado por outra lei, o Decreto-lei 201/67. Assim, a pergunta que se impõe é: quais são as possíveis repercussões políticas, científicas e jurídicas advindas da jurisprudência do STF ao impeachment de prefeitos? O foco temporal será a jurisprudência contemporânea do STF, notadamente a ADPF 378 e suas repercussões.

Cientificamente, o trabalho transitará pela Democracia Deliberativa e pela Teoria do Discurso. Ocorre que como o tema envolve os fundamentos das concepções de democracia – já que se está a discutir a responsabilidade e a possível substituição de um representante máximo de uma entidade federativa dotada de autonomia por outra figura não necessariamente eleita – daí a razão pela qual é necessário retornar aos fundamentos da Democracia. Por outro lado, é necessário adentrar e analisar os argumentos fundantes tanto dos crimes de responsabilidade como os de aplicação da referida ADPF, para fins de avaliação crítica.

¹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de impeachment do Presidente da República. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 189-213, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44517>.





O caminho deste artigo segue 4 momentos, os quais correspondem aos objetivos específicos.

Em um primeiro momento, contrastar-se-ão as considerações da Democracia Deliberativa acerca do papel do cidadão, do processo político, do Direito e da Política com a multiplicidade de instâncias de responsabilização de prefeitos. Este trabalho é o pano de fundo que vai ilustrar e servir de ponte para o ponto seguinte.

O segundo objetivo é a identificação do regime jurídico dos crimes de responsabilidade a partir dos discursos de justificação. Os discursos de justificação são os discursos que fundamentam o acordo relativo à produção de determinadas normas. Geralmente estas normas são uma amálgama de argumentos morais, éticos e de auto interesse ou pragmáticos. Os crimes de responsabilidade, portanto, ao mesmo tempo que vedam *especificadamente* muitas condutas, possuem, contudo, um núcleo condutor princípio comum, ligado com aqueles argumentos anteriormente descritos, estando conectados com o direito fundamental ao bom governo.

O terceiro objeto visa investigar, também em uma perspectiva discursiva, como o a jurisprudência tratou a decisão legislativa acerca da instalação e condenação/absolvição de uma autoridade em impeachment, identificando seus argumentos de base.

Finalmente, propõe-se, como derradeiro objetivo, partir de uma crítica procedimentalista e deliberativa para se avaliar se a Suprema Corte, ao estabelecer tais marcos decisórios, contribuiu para a formação de esferas públicas e procedimentos democráticos garantidos pela busca do melhor argumento.

2. A PLURALIDADE DE INSTÂNCIAS DE RESPONSABILIZAÇÃO DE PREFEITOS NO BRASIL EM UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Habermas estabelece os marcos fundamentais da Teoria da Democracia Deliberativa ao contrastá-la com as Democracia de estilo liberal e comunitarista/republicano. Ao estabelecer uma concepção normativa, isto é, acerca dos modelos idealizados de como a Democracia deve ser, ele estabelece diferenças de como estas diferentes perspectivas de Democracia enfrentam conceitos centrais de uma deliberação pública, tais como o conceito de cidadão, de deliberação pública, de Administração Pública e quais os argumentos levantados em uma deliberação pública².

O papel da deliberação pública, na concepção liberal, é a de programação da Administração Pública. Administração Pública e sociedade civil são vistas como separados e a primeira é um serviçal da segunda – a qual é vista como uma virtuosa situação de troca de mercadorias. Na concepção republicana, há uma assimilação entre sociedade civil e Administração Pública, sendo que, através do processo democrática, constitui-se

² HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.





a sociedade. Não há uma sociedade virtuosa preexistente ao processo democrático. A concepção deliberativa percebe a sociedade civil como separada da Administração Pública mas conectada aquela por processos que transcendem à mera programação e legitimação, de modo que o processo político é também um mecanismo de formação de valores individuais e sociais.

Acerca da concepção de *cidadão* envolvido, em uma concepção liberal o cidadão é alguém que, buscando preservar seus projetos individuais de vida, tem possibilidades de programar a Administração Pública para a preservação da perseguição destes ideais pessoais de vida boa. Em uma concepção republicana, existem valores coletivos ou éticos que compõem um ideal de vida boa. O sujeito só se socializa e é feliz a medida que também são realizados os valores da comunidade. Além disto, espera-se do cidadão que seja virtuoso, ou seja, que proceda a um mínimo de renúncia às suas vantagens individuais em favor do todo. Em uma concepção deliberativa, a despeito do reconhecimento de que a socialização e individuação só é possível em comunidade, percebe-se, por outro lado, que os projetos individuais de felicidade são irrenunciáveis.

Sobre a *formação* do Direito, na concepção liberal vê-se que o Direito é uma construção posterior aos direitos humanos e eles subordinados. Já na concepção republicana os direitos fundamentais são construções do Direito objetivo. No caso da concepção deliberativa, há uma relação de co-originariedade entre Direito Fundamentais e ordenamento: cada um existe precisamente como pressuposição do outro³.

A *política*, na concepção liberal, é uma luta das elites. Pelo voto, a população escolhe os melhores quadros para a programação da Administração Pública. Na concepção republicana, os quadros da Administração Pública são fâmulos da vontade popular. Esta é o elemento supremo – e a política é, então, a formação da vontade comunitária. Não há dúvidas que a concepção republicana é radicalmente democrática. Na concepção deliberativa, o elemento central da política são os procedimentos de formação da opinião, os quais devem possibilitar a formação de juízos capazes de levar em conta os diferentes interesses e ao mesmo tempo possibilitar a socialização dos participantes⁴.

Com relação aos *argumentos* levantados durante o processo de deliberação democrática nota-se que na concepção liberal só estão autorizados a entrar, além de direitos universalistas de defesa ante os demais e à Administração Pública, argumentos de interesse individual. No caso da coempção republicana, o argumento padrão para a deliberação democrática é o argumento ético, ou seja, aquele relacionado aos valores da comunidade. A concepção deliberativa observa que o processo político, a despeito de aberto aos valores éticos da comunidade, não pode deixar de também levar em conta os argumentos relativos ao auto interesse dos cidadãos envolvidos, os quais devem

³ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

⁴ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.





ter a chance de realizar seus interesses e seus projetos pessoais de felicidade, mesmo que egoisticamente motivados. Mais do que isto, em uma concepção deliberativa de Democracia o processo político está aberto a argumentos morais, ou seja, argumentos de cunho universalista e que portanto são capazes de realizar uma leitura crítica dos valores comunitários⁵.

Reconectando o que fora dito com o problema deste trabalho. O Brasil adota o sistema presidencialista, com uma figura no topo e que se responsabiliza pelo governo. Este presidente, além de entabular as negociações políticas com os demais poderes, também toma decisões legislativas e administrativas, com o auxílio de seus ministros. No Brasil é adotado princípio da simetria. Enquanto federação quatripartide (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) o Brasil possui uma Constituição que detalha as atribuições e peculiaridades do Presidente da República, sem o fazê-lo, contudo, para governadores e prefeitos. Entretanto, pelo princípio da simetria é possível estender o regime jurídico do Presidente às demais autoridades mencionadas.

Tal, contudo, não é verdadeiro no que toca às responsabilidades. Devido a maior quantidade e menor repercussão dos decisões, os prefeitos estão submetidos a um regime jurídico mais complexo de responsabilização. De fato, no Brasil os prefeitos sofrerão uma fiscalização administrativo-financeira tanto dos tribunais de contas estaduais como do federal; poderá cometer crimes comuns próprios, a serem processados na justiça comum de segundo grau; poderá ser parte passiva de mandados de segurança, de ações populares; poderá ter de representar o Município em ações civis públicas movidas pelo ministério pública, defensoria pública, outras esferas de governo e associações particulares, será punido por atos de improbidade administrativa e poderá, finalmente, ter de responder a crimes de responsabilidade também perante o Poder Judiciário e perante a Câmara de Vereadores. Esta pluralidade de possibilidade de punição (7 possibilidades pelo menos) não está em um regime de exclusividade, onde para cada conduta teremos uma esfera diferente de responsabilidade, mas sim em um regime de cumulação, onde de um mesmo fato ou conjunto de fatos poderá emergir diferentes condenações, com diferentes repercussões tanto para o agente público prefeito como para o Município – sendo, inclusive, possível que um mesmo tipo de punição seja aplicado em duplicação.

Partindo-se de um modelo deliberativo, mas ainda tendo as concepções republicana e liberal como panos de fundo possíveis, que leituras são possíveis de serem feitas a partir deste caldo de responsabilizações possíveis? É evidente que não existe e nunca existiu um plano em direção à pluralidade. Os regimes foram se acumulando de forma caótica em uma mistura de atecnia, populismo punitivista e tentativa de

⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.





rompimento com o conhecido passado patrimonialista e corrupto do Brasil. Trata-se de um processo de evolução no sentido luhmmaniano, ou seja, oscilação, seleção e estabilização, e não necessariamente um direcionamento a maior racionalidade. Entretanto, deste caos histórico é possível reconstruir algum sentido.

De fato, retomando a concepção de cidadão em uma Democracia Deliberativa vem a calha dizer que, em um ordenamento que tenta proteger a moralidade administrativa como o brasileiro, não é possível observar que o cidadão é um sujeito passivo que somente se movimenta para programar a Administração. Se é verdade que uma boa programação da Administração Pública só é possível com agentes públicos previsíveis, por outro lado espera-se mais dos agentes públicos que simplesmente sejam uma melhor elite. Fala-se isto porque há nos diferentes regimes jurídicos de responsabilização não só a penalização de condutas que seriam sancionáveis a partir de uma perspectiva burocrática, mas também são reprimidas com sanções e mecanismos de controle também ações e omissões que ofendem os valores e princípios de uma dada comunidade, como no caso dos políticos que não perseguem os objetivos constitucionais e por isso podem aparecer como representando o ente público réu em ações civis públicas ou mesmo quando a lei da improbidade administrativa pune o desrespeito a princípio da Administração Pública. Além disto, há um reconhecimento de um cidadão que age ativamente, enquanto parte autora de ações, tanto solitariamente como associado a seus conterrâneos, como no caso da ação população ou no caso da ação civil pública movida por associação. E ainda na hipótese em que o cidadão não pode ser parte no processo ele sempre poderá no mínimo deflagrá-lo através de notícias ao Ministério Público, Câmara de Vereadores e Tribunal de Contas.

O sentido de Direito envolve a relação entre direitos fundamentais e ordenamento jurídico. É evidente que em uma concepção pós-metafísica não é mais possível fundamentar que há direitos preexistentes ao ordenamento⁶. Daí a razão pela qual a existência que, ao tentar afastar agentes ímprobos, acabam por proteger o próprio processo de produção do Direito.

A existência de processos múltiplos de responsabilização indicam um valor deliberativo que leva à proteção da moralidade como um processo de socialização. De fato, mais do que proteger a programação da Administração Pública, a existência de múltiplas formas de responsabilização é também uma forma de constituir tanto os valores da comunidade brasileira como também de socializar o próprio cidadão, através dos exemplos de punições e das aberturas à participação.

A concepção de processo democrático para a compreensão da multiplicidade de responsabilizações é a Deliberativa sem dúvidas. De fato, quando se entende o

⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.





processo democrático como um processo onde as partes se entendem para preservar ao mesmo tempo projetos pessoais e coletivos de felicidade, com abertura e disponibilidade ao diálogo, tem-se um pano de fundo mais rico para se perceber que não está simplesmente punindo ou coagindo um eventual corrupto, mas sim preservando os projetos pessoais e coletivos de felicidade, os quais abrangem um valor comunitário de enaltecimento da honestidade.

Em uma perspectiva de *quais argumentos contam* em uma democracia, se se pensar em uma perspectiva liberal é necessário que o Administrador seja eficiente para que o mercado seja preservado. Entretanto, o sentido de Democracia Deliberativa faz com que se vá muito mais além. De fato, a responsabilização está conectada com uma necessidade e um objetivo histórico da comunidade, constituindo-se em um valor moral e ao mesmo tempo comunitário, mormente em se levando em conta a história do Brasil.

Enfim, retomando-se e finalizando-se a argumentação. Seria possível fazer uma leitura liberal da pluralidade de instâncias de responsabilização dos agentes políticos no Brasil. Esta pluralidade, em uma perspectiva liberal, existiria para proteger o mercado e para que as melhores elites sejam escolhidas. Entretanto, uma leitura a partir da Democracia Deliberativa percebe-se que esta é uma maneira muito pobre de se ver a pluralidade de responsabilizações. De fato, a Constituição fomenta um cidadão ativo, o qual poderá influenciar em um processo político que se percebe como racional e aberto tanto à moralidade como aos valores de uma comunidade que se entende como portadora de uma história de corrupção que precisa urgentemente ser rompida em direção à satisfação dos direitos fundamentais.

3. IDENTIFICAÇÃO DOS MARCOS GERAIS DOS DISCURSOS DE JUSTIFICAÇÃO DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE E A CONSTRUÇÃO DE SEU REGIME JURÍDICO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Habermas acredita na resposta correta em política. De fato, Habermas imagina o processo político em uma Democracia deliberativa como uma situação em que o poder comunicativo flui da esfera pública e é criticado e racionalizado em procedimentos públicos, tornando-se Direito e assim programando-se a Administração Pública⁷.

A política é racional, na visão de Habermas, por que os argumentos políticos que se incorporarão na norma, e, no final das contas, a própria norma jurídica, são capazes de consenso. A norma, enquanto resultado final de um processo político, pode ser objeto de um consenso entre os participantes da comunidade. A medida que este

⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.





consenso se efetua, a norma se torna legítima e com isto é capaz de coordenar ações – justamente a função social do Direito, para Habermas⁸.

Uma norma ou ato de fala só é capaz de gerar consenso na medida em que é defensável. No caso do Direito, em proposições não-assertóricas, isto é, proposições que estão no campo da racionalidade prática ou relacionadas com quais programas de ação os indivíduos e uma comunidade podem dar a si mesmos⁹.

Estas proposições fundamentam, deste modo, uma oferta de ato de fala. Pode-se pensar a norma, assim, como uma espécie de ato de fala. A institucionalidade oferece ao ouvinte uma proposta de consenso via ato de fala, ao qual é defendida proposicionalmente e estruturada em forma de discursos. Este ato de fala, é importante lembrar, foi gerado comunicativamente em um processo democrático.¹⁰

Conforme observado anteriormente, o discurso que fundamenta uma norma pode ter como conteúdo, na visão de Habermas, perspectivas morais, ou seja, condutas que valeriam para todos em todos os lugares; perspectivas éticas, ou seja, conectadas com as preferências históricas da comunidade, e perspectivas pragmáticas, ou seja, conectadas com as preferências individuais e egoísticas dos participantes¹¹.

O discurso de fundamentação, com base nestes argumentos, é regido pelo princípio do discurso e pelo princípio da universalização. Por princípio do discurso entende-se a pretensão de validade defendida pela institucionalidade defensora da norma de que fora elaborada conforme procedimentos democráticos de abertura argumentativa, participação e possibilidade de influência de todos os cidadãos. O princípio da universalização tem por conteúdo a ideia de que as normas devem ser o igual interesse reflexivo dos cidadãos, tendo em vista suas perspectivas de projetos tanto individuais pessoais como coletivos¹².

[...] o conceito de discurso racional conserva o status de uma forma de comunicação privilegiada, que exorta os participantes a uma contínua descentração de suas perspectivas cognitivas. Os pressupostos de comunicação normativamente exigentes e incontornáveis da práxis argumentativa têm sempre o sentido de uma obrigação estrutural que nos leva a formar um juízo imparcial. Pois a argumentação permanece como o único meio disponível para se certificar da verdade, porque não há outra maneira de examinar as pretensões de verdade tornadas problemáticas. Não existe um acesso direto, não filtrado pelo discurso, às condições de verdade de convicções empíricas. Com efeito, só

⁸ HABERMAS, Jürgen. **La necesidad de Revisión de la Izquierda**. Madrid: Tecnos, 1996.

⁹ HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

¹² GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004





*se tematiza a verdade de opiniões abaladas – de opiniões desentocadas da inquestionabilidade das certezas de ações que funcionam*¹³.

Assim, a questão é tentar reconstruir que interesses e que argumentos pragmáticos, morais e éticos envolvem a responsabilização de prefeitos, notadamente o Decreto-Lei 201¹⁴.

De fato, isolando-se o Decreto-Lei 201 das demais normas que tutelam a figura do prefeito, nota-se o famoso misto e diferenciado dos crimes de responsabilidade. Enquanto que os crimes de responsabilidade de governadores e presidente serão julgados exclusivamente pelo órgão legislativo, sendo que as punições envolverão a perda de direitos políticos, no caso dos crimes de responsabilidade de prefeitos estabelecidos no Decreto-lei 201 há um segmento de crimes julgados pelo Poder Judiciário e outro segmento julgado pelo Poder Legislativo, sendo que no primeiro caso as penas envolverão a privação da liberdade e no segundo caso terão caráter político.

Os crimes de responsabilidade que serão julgados pelo Poder Judiciário são mais precisos e estão conectados com a probidade da Administração e com boa gestão orçamentária. Tais crimes não diferem muitos dos que estão previstos no Código Penal. Assim, em ambos casos os bens jurídicos protegidos serão a probidade da Administração e a boa gestão orçamentária.

Interessa a este trabalho especificamente a problemática dos crimes de responsabilidade julgados pela Câmara de Vereadores. Analisando-se os tipos do Decreto-Lei, verifica-se que eles se encontram uma forma mais aberta. Eles não estão conectados apenas com uma probidade em sentido estrito, como não apropriação de verbas públicas ou de gestão formal do orçamento, mas sim com a ideia de respeito às liberdades dos demais poderes e com o preenchimento das competências constitucionais. De fato, dois sintagmas chama a atenção: “Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática” e “Proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo”, ambos incisos do art. 4º do Decreto-Lei 201.

Estes tipos evidentemente possuem um conteúdo mínimo de enlace para a ação. Fundamentam-se, em uma perspectiva deliberativa, novamente na proteção não da figura do agente probo e honesto, mas também na proteção ao procedimento democrático e na supremacia do Direito. Ocorre que a sua abertura para a ação revelam um otimismo democrático que talvez entre em contraste com os demais princípios de Direito Penal. De fato, enquanto crimes que são, as condutas tipificadas no Decreto-Lei 201 devem ser lidas como crimes que são.

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004. p.49.

¹⁴ BRASIL, **Decreto-Lei 201 de 1967**. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm.





Os crimes, dado o avanço civilizatório presente na Constituição de 1988, possuem um regime jurídico peculiar, qual seja: - função do direito penal dizer o que é errado; a materialidade do fato, o fato deve existir; a responsabilização pessoal, o agente que cometeu o fato deve responder; responsabilização subjetiva, isto é, deve existir a consciência da prática do ato ilícito no agente; - tipicidade, com o tipo sendo descrito de modo preciso e, a ofensividade

4. ARGUMENTOS DE APLICAÇÃO DO CARÁTER JURÍDICO-POLÍTICO DA DECISÃO DE IMPEACHMENT

Nesse momento pretende-se compreender a discussão acerca da natureza jurídico-política, com ênfase a afirmação do relator Ministro Fachin de que a determinação do rito para o afastamento de um Presidente que fora eleito através da democracia de um país depende da *análise da natureza jurídica do instituto do impeachment (grifos nosso)*, com intuito de se extraídos princípios que norteiam a interpretação constitucional do instituto¹⁵; ou seja, debater em que consiste a referida natureza jurídica do instituto sob a perspectiva do discurso de aplicação.

Entenda-se por natureza jurídica, aqui, a modalização da decisão. Se a decisão estiver modalizada pelo enlace com o sistema jurídico, então se trata de uma decisão jurídica. Se, contudo, o critério for o estabelecimento de decisões vinculantes para a toda a sociedade, inovando-se no campo dos marcos jurídicos, então se trata de um processo político.

Em se entendendo a dogmático como um campo do saber especializado nas condições de decibilidade para ação, estabelecer-se-á uma reconstrução (esta mesma uma decisão) dos discursos de aplicação relacionados ao impeachment, notadamente a ADPF nº 378 e o MS 21.564.

Klaus Stern resume dizendo que: “Todo ato de interpretação é um trânsito do abstrato para o concreto. Nesse sentido a interpretação é sempre concreção de normas através dos métodos de interpretação”, da mesma forma que a interpretação pode ser tida como: “[...] é um “discurso” ou “processo” complexo que incide sobre um enunciado lingüístico¹⁶. Tem como objeto uma disposição, sendo seu resultado uma norma.” Ou seja, a norma como ato de produção do intérprete sobre o texto carrega várias possibilidades interpretativas e toda decisão não deixa de ser uma opção por parte do intérprete, entre tantas outras possíveis que, segundo Hesse, nada mais é do que “o de achar o resultado constitucionalmente ‘correto’ por meio de um procedimento racional e

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito constitucional. Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Cabimento da ação e concessão de medidas cautelares. **ADPF 378**. Relator: Luis Edson Fachin. 20 de maio de 2016.

¹⁶ STERN, Klaus. **Derecho Del Estado da República Federal da Alemanha**. Madrid: Madrid, 1987. p. 278.





controlável; o fundamentar esse resultado de modo igualmente racional e controlável, criando, desse modo, certeza e previsibilidade jurídicas, e não, ao acaso, o da simples decisão pela decisão¹⁷.” Ainda, diga-se que a observação dos discursos não poderá ser feita senão considerando o princípio democrático, motivo pelo qual, obrigatoriamente, é necessário vislumbrar, ainda que brevemente, o que é a democracia no conceito da teoria pragmática e como ela opera, para então discorrer sobre os discursos de fundamentação e aplicação. Para Habermas, o princípio democrático está inserido no princípio do discurso e vem ao encontro da necessidade da integração social a partir do entendimento mútuo e não mais mediante a autoridade de fundamentos metafísicos.

Para Habermas, como exposto anteriormente, a racionalidade é expressada em atos comunicativos capazes de gerar consenso em razões. Estas razões podem ser aceitas implicitamente ou necessitarem de uma defesa estruturada e explícita – defesa esta que Habermas liga aos discursos. Os discursos, entretanto, para satisfazerem exigências de racionalidade, na visão de Habermas devem ser proferidos em contextos impregnados de uma certa normatividade voltada à produção de uma resposta correta, que Habermas chama de princípio do discurso, e que tem por conteúdo a proteção do procedimento argumentativo de produção de respostas, estabelecendo aberturas às contribuições e liberdade aos participantes. O princípio do discurso rege a produção de verdades com relação a fatos e de normas corretas morais e jurídicas¹⁸: “O princípio do discurso só pode assumir a figura de um princípio da democracia, se estiver interligado com o médium do direito, formando um sistema de direitos que coloca a autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca”¹⁹. Na explicação de Habermas:

Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao Direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da inter-relação existente entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como a gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equiparar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode

¹⁷ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1983

¹⁸ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma Crítica à prática judicial brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 28-29.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. vol.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 156.





aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-origenário²⁰ (grifos do autor).

O princípio democrático²¹ atende às necessidades de fixar procedimentos para a produção da validade das normas jurídicas, garantindo-se que na produção do direito todos estarão submetidos em condições que possam se expressar na formação da opinião pública e vontade política. Feito isso, o processo de validação das normas fica atrelado a uma racionalidade comunicativa institucionalizada, sem a necessidade de recorrer a argumentos fora da história para justificar a formação do direito, motivo pelo qual, pensar em analisar os discursos de fundamentação e aplicação pressupõe que estas condições do princípio democrático estejam postas. Dito de outro modo: não poderia se pensar em uma distinção entre discursos de aplicação e fundamentação se não em um paradigma procedimental do direito, sendo que uma das grandes contribuições dessa concepção é justamente poder tornar criticável as decisões, haja vista que poderá ser resgatada a partir da sua fundamentação.

Sob tal perspectiva discursiva é que se pretende a análise da ADPF 378, e do Mandado de segurança 21.564, especialmente no que se refere a temática da possibilidade da intervenção judicial apenas no que toca aos aspectos formais, inexistindo, portanto, justa análise da causa do impeachment; sobre a inexistência de suspeição aos membros; e, o fato de que os mesmos responsáveis pelo julgamento poderão produzir provas no processo.

Na ADPF 378, tratou-se da definição da legitimidade constitucional no rito de impeachment da Lei 1.079/50 e sua compatibilidade com o ordenamento Constitucional, especialmente no que se refere ao ponto do *decisum* em que o Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da natureza do instituto, definida como um “processo de índole dúplice”, ou seja, de natureza jurídico-política. Retomou-se no debate a discussão acerca da competência do Supremo no processo de julgamento de impeachment, haja vista que alguns dos regramentos para o processamento estariam previstos no regimento interno das casas, onde em “tese” não permitiriam a interferência judicial nas questões *interna corporis*. Reforçou-se que nessas questões a discricionariedade das casas legislativas está limitada ao cumprimento dos preceitos constitucionais do devido processo legal. Vale relembra as afirmações extraídas do julgado do Mandado de segurança do

²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 158.

²¹ O princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para tais normas de ação que surtem na forma de direito e que podem ser justificadas com auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais - e não apenas com o auxílio de argumentos morais. Ver: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 143.





então Presidente Collor ao se questionar o número de sessões para sua defesa, a forma de escrutínio, entre outros:

A primeira questão, que diz com o direito de defesa, é de competência incontestável do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal, já que se trata de garantia fundamental do indivíduo, consagrada na Constituição, de que a Corte foi erigida suprema guardiã (art. 102 da CF/88). Nenhuma outra questão se eleva, como essa, na pertinência que tem com a função jurisdicional. Negar essa realidade é negar todo direito e, conseqüentemente, a razão de ser dos próprios tribunais. (...) Se o controle judicial é inafastável, em hipótese tais, mais indeclinável anda exsurge, nas demais, em que o modelo de votação é regulado pela Constituição, pela Lei, ou pelo Regimento, porque quando tal acontece, o procedimento estabelecido é de ser observado, sem margem à discricionariedade. Resulta, portanto, de exposto, que se está diante de duas questões que não podem ser excluídas da apreciação do Supremo Tribunal Federal²².

Entendeu o Supremo Tribunal que nos aspectos políticos, deveria o mesmo exercer uma autocotensão na medida em que tais aspectos deveriam estar imunes a intervenção judicial. De certa forma, não deixa de remontar a jurisprudência do *polical question*, espaço que em que o Poder Judiciário não adentraria nas matérias de cunho político de competência do parlamento.

Nada de novo até o presente momento em se tratando de jurisprudência do Supremo²³ que compreendia que no mérito do processo de impeachment não caberia intervenção judicial senão para garantir a estrita legalidade do procedimento do impeachment, a fim de que tudo se desenvolva dentro do devido processo legal²⁴, reforçado

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Impeachment. Processo e julgamento: Senado Federal. Acusação: Admissibilidade: Câmara dos Deputados. Defesa. Provas: Instância onde devem ser requeridas. Voto secreto e voto em aberto. Recepção pela CF/88 da norma inscrita no art. 23 da Lei nº 1.079/50. Revogação de crimes de responsabilidade pela EC 4/61. Repristinação expressa pela EC nº 6/63. CF, art. 5º, LV; art. 51, I; art. 52, I; art. 86, caput, § 1º, II, § 2º; Emenda Constitucional nº 4, de 1961; Emenda Constitucional nº 6, de 1963. Lei nº 1.079/50, art. 14, art. 23. **Mandado de Segurança 21.564**. Relator: Ministro Carlos Velloso Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/MS21564.pdf> >.

²³ Vide precedentes STF (MS 21.689, in DJU 07.04.1995, p. 8.871 e RTJ 167/792) CONSTITUCIONAL. "IMPEACHMENT". CONTROLE JUDICIAL. "IMPEACHMENT" DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PENA DE INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. C.F., art. 52, parágrafo único. Lei n. 27, de 07.01.1892; Lei n. 30, de 08.01.1892. Lei n. 1.079, de 1950. I. - Controle judicial do "impeachment": possibilidade, desde que se alegue lesão ou ameaça a direito. C.F., art. 5., XXXV. Precedentes do S.T.F.: MS n. 20.941-DF (RTJ 142/88); MS n. 21.564-DF e MS n. 21.623-DF.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito constitucional. Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Cabimento da ação e concessão de medidas cautelares. **ADPF 378**. Relator: Luís Edson Fachin. 20 de maio de 2016.





pela doutrina²⁵ que dividia entre aspectos materiais (de natureza política) e aspectos formais (de natureza jurídica):

Em primeiro lugar..., impõe-se o exame do fundamento do impeachment. A consulta à Constituição de 1988, art. 85, revela ser ele uma conduta contrária à Constituição. A lei, todavia (n. 1079, de 10-4-1950), define as figuras que dão ensejo ao impeachment. Sem dúvida, a maior parte dessas figuras retrata comportamentos politicamente indesejáveis e não condutas anti-sociais. Essa figuras, pois, não são crimes, no sentido que a ciência penal dá a esse termo. Todavia, a ocorrência de fatos que se enquadram exatamente na descrição da figura da Lei n. 1079 [isto é: a tipicidade], é indispensável para que possa desencadear-se o impeachment. Assim, o fundamento deste em sua substância é político, mas em sua forma é um crime (em sentido formal).²⁶

Cretella Junior ao se manifestar acerca do instituto compreende que tem o impeachment, atualmente, características predominantemente políticas, pois “objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e é também, julgado segundo critérios políticos, embora adstrito a procedimento jurídico, no qual o acusado tem a mais ampla defesa, com base no contraditório”²⁷.

Ocorre que tal definição na prática não possui contornos assim tão rígidos, e no julgado da ADPF 378, retomou-se antigo debate iniciado pelo então ex Ministro Paulo Brossard²⁸ sobre a competência do Supremo Tribunal no que toca a análise da configuração do crime de responsabilidade propriamente dito, que nas palavras do relator Ministro Fachin (...) *é preciso que o Supremo Tribunal Federal zele para que, as regras de delimitação do exercício de controle do Poder Executivo não acabem por impedi-lo de realizar sua missão constitucional*²⁹. Ou seja, poder-se-ia a partir de tal fala compreender que se a competência do Supremo Tribunal é a Guarda da Constituição e, se é de

²⁵ Para Lenz: “em conclusão, o Poder Judiciário, em se tratando de *impeachment*, poderá, quando provocado, apreciar qualquer lesão a direito individual (art. 5º, XXXV), com fundamento na inobservância do texto constitucional, ou de violação de procedimento estabelecido na lei especial que disciplina o processo por crimes de responsabilidade, sem, contudo, deliberar sobre a ponderação dos fatos, a valoração das provas, ou seja, sobre o mérito do processo de impeachment, que são questões *interna corporis* do Poder Legislativo”. LENZ, Carlos Eduardo Thompson. A intervenção do judiciário no processo de impeachment. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 82, n. 695, p. 262–264, set. 1993. p. 264.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.143.

²⁷ CRETELLA, José Júnior. **Do Impeachment no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 106.

²⁸ “A posição do e. Ministro, sintetiza o argumento central já expendido em sua tese sobre o *impeachment*: “o *impeachment* tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado segundo critérios políticos – julgamento que não exclui, antes supõe, é óbvio, a adoção de critérios jurídicos” (BROSSARD, Paulo. *O Impeachment*. “Extraído da ADPF 378, p.44

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito constitucional. Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Cabimento da ação e concessão de medidas cautelares. **ADPF 378**. Relator: Luis Edson Fachin. 20 de maio de 2016.





competência do Poder Executivo não infringir os regramentos que impõem às atribuições do Presidente da República em um regime Republicano, a configuração do que é ou não “crime de responsabilidade” ultrapassa uma mera configuração ou decisão de ordem eminentemente política, ou seja, necessário seria a adequação da norma ao fato, o que pede, inclusive, a consideração da justa causa do processo enquanto variável argumentativa. Contudo, ao que parece não foi essa a conclusão do relator:

Em síntese, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até aqui delineada sob uma perspectiva sistemático-conceitual assentou que a natureza do processo de impeachment é jurídico-política, passível de controle judicial apenas e tão somente para amparar as garantias judiciais do contraditório e do devido processo legal. Além disso, o instituto é compatível com a Constituição e concretiza o princípio republicano, exigindo dos agentes políticos responsabilidade civil e política pelos atos que praticam no exercício de poder³⁰.

Para compreender os “saltos” discursivos contidos no posicionamento do Supremo Tribunal Federal é necessário compreender o que significa um discurso de aplicação, afinal dizer que o STF tem competência apenas de intervir quando se tratar de configuração formal (ou seja, seguir as regras impostas pelo direito, no caso, devido processo legal), não cabendo-lhe a avaliação de cunho material, é dizer que os crimes de responsabilidade não possuem uma configuração previamente definida pelo ordenamento jurídico? Dito de outra forma: se a decisão política emanada pelo Senado Federal concluir, (obviamente em seu mérito) que é crime de responsabilidade uma conduta que propriamente não estaria nos enquadramentos da Lei 1.079/50 (ou que ao menos paira dúvidas quanto à sua configuração ou não como crime), não caberia discussão acerca do tema no Supremo Tribunal Federal, por não se tratar de procedimentos formais no tocante ao devido processo legal? Se os crimes de responsabilidade são infrações de ordem funcional e, portanto, referentes a poderes-deveres do administrador público, uma possível configuração de crime de responsabilidade não seria um argumento de natureza jurídica que, de certa forma vincularia a decisão de ordem política? Nesse sentido, o que levaria a impossibilidade de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal?

Nos discursos de aplicação, como uma das espécies de discursos jurídicos, é preciso examinar se pode encontrar sua aplicação em uma situação concreta, que ainda não foi prevista no processo de fundamentação. Outrossim, se uma norma é válida *prima facie* (o que significa dizer que ela foi fundamentada de modo imparcial) para que a decisão seja válida em um caso concreto é necessária a aplicação imparcial, pois

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito constitucional. Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Cabimento da ação e concessão de medidas cautelares. **ADPF 378**. Relator: Luís Edson Fachin. 20 de maio de 2016.





é a adequação que garante a atenção a singularidade da norma, fazendo o papel de examinar quais situações ou descrição do estado de coisas são significativas para a interpretação da situação de um caso singular controverso e qual das normas válidas aplicável *prima facie* adequada à situação, onde se busca aprender e descrever todas as possíveis características significantes. Logo, no entendimento de Habermas acerca do pensamento de Günther, o processo hermenêutico de aplicação de normas pode ser descrito como um cruzamento entre a descrição da situação (o que ocorre na aplicação) e a concretização da norma geral (formulada nos discursos de fundamentação). Dito de outra forma: “a equivalência de significados decide entre a descrição do estado das coisas que é um elemento da interpretação da situação, e a descrição do estado das coisas que fixa os componentes descritivos, portanto, as condições de aplicação da norma”³¹. Assim, a interpretação que conduz o discurso de aplicação que busca levantar e descrever a situação de fato para o juízo de adequação da norma não pode desconsiderar as condições de aplicação dessa norma, que foi considerada dentro de um paradigma de fundo na formulação dos discursos, de fundamentação que atribuíram validade aquela norma geral.

*Por intermédio da confrontação com novas experiências em situações de aplicação, aprendemos a reconhecer normas até então consideradas adequadas na inadequação relativa, e a mudá-las em vista de sinais característicos recém-descobertos ou interpretados de modo diferente. Como, certamente, nunca conseguiremos descobrir todos os sinais característicos, uma “lacuna” permanecerá, mesmo quanto reconhecermos, na situação, uma norma como adequada e representante de um interesse comum. Porém, a dramaticidade dessa indefinição estrutural, a qual acabamos de apontar acima, reduz-se se diminuirmos a sua extensão e incorporarmos a possibilidade de tal lacuna nas nossas reflexões práticas, mediante uma combinação de fundamentações racionais e de aplicações feitas com sensibilidade*³².

O que caracteriza então os discursos de aplicação é a tentativa de, aqui sim, considerar todas as características de uma situação em relação a todas as normas que poderiam remeter a elas. Como o que se busca é a imparcialidade da aplicação, coerentemente busca-se realizar a adequação entre todas as características do fato e todas as normas envolvidas no caso. Por derradeiro é que se diz que o que determina se uma norma é ou não adequada ao caso é a aplicação e, para que se determine se algo é ou

³¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 271.

³² GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004. p. 73.





não adequado é necessário a concreção³³. Dessa forma, não estaria incorreto afirmar que para ética do discurso as razões não contêm apenas uma dimensão de validade, mas também uma dimensão de aplicação enquanto razões de concreção da norma.

A perspicácia nos discursos de aplicação deve estar relacionada a selecionar os fatos, pois os fatos selecionados que servirão da base para concretização da norma na situação exigida. Ao dizer que a argumentação para o processo de impedimento deve ser de natureza jurídica, remontamos a figura do crime de responsabilidade como um discurso de aplicação em que o poder judiciário é especialização para fazer a adequação da norma ao caso concreto, ou seja, impossível não pensar na competência do STF sobre a apreciação de mérito, por mais que em tese esta estaria reservada ao julgamento político. Note-se que pelo princípio da Universalização se o juízo de adequação de uma norma não se refere a todas as circunstâncias de aplicação, mas exclusivamente a uma, a utilização mais forte de “U” fica restringida a uma única situação, a exigência de que na análise dos fatos se observe todas as características, ou dito de outro modo, é a exigência de que em uma única situação se examine todas as características a ela relacionadas. Logo, a versão mais forte de “U” aparece na apreciação dos fatos para o juízo de adequação em relação a qual norma aplicar entre as tantas válidas e possíveis no sistema. Daí a competência e a necessidade do Poder Judiciário na definição do que configura ou não crimes de responsabilidade, que o fará através de uma argumentação jurídica e não política.

Daí se esconde uma complexidade frequentemente ocultada pela doutrina e jurisprudência brasileira ao tratar da natureza jurídico-política do processo de impeachment.

O Supremo Tribunal Federal, em ambos os julgamentos ressaltou a natureza jurídico – política do processo de impeachment. Pois bem, ao tratar dessa natureza, o Supremo faz uma seleção dos argumentos que caracterizam tanto a sua natureza jurídica, quanto política. Por exemplo: ao defender a natureza política, ressaltam que o juízo de discricionariedade da admissão ou mesmo de mérito do processo tem sua natureza política em face do critério de competência do órgão, no caso Câmara dos Deputados e Senado, respectivamente; no que toca a natureza jurídica, destacam que nenhum processo está imune as regras constitucionais do devido processo legal, devendo-se a todo custo proteger a ampla defesa e contraditório do denunciado, remetendo-se a competência do Supremo como Guardião da Constituição e, portanto, das garantias constitucionais, motivo pelo qual, entendem inquestionável a competência do Supremo nessas questões de ordem formal.

³³ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004. p. 73.





De certa forma, o não enfrentamento da natureza do crime de responsabilidade permite a ocultação de uma série de questões relevantes, a exemplo da própria apreciação da justa causa no processo penal, ou seja, não terá o Supremo a competência para apreciar se a denúncia atende às exigências de existência de provas ou indícios que ao menos sugiram a materialidade e autoria do delito. Aliás, como realizar tal apreciação sem que se enfrente o mérito da existência ou não do crime de responsabilidade? Mais, ao recepcionar a Lei 1079/50 quando fora apreciado o já referido Mandado de Segurança no caso Collor, definiu-se que o conteúdo constitucional do art. 85 exige que haja especificidade na tipificação do ato, em conformidade com a descrição dos crimes previstos na Lei especial. Como dizer então que ali incide a natureza eminentemente política dada a natureza da competência do órgão? Ao negarem elevar a discussão para o patamar jurídico, ou seja, para a natureza jurídica da adequação do crime de responsabilidade, acaba ferindo o princípio democrático e da universalização, pressupostos existenciais para uma prática em conformidade com a teoria do discurso, na medida em que não levantam todas as hipóteses possíveis de incidência da norma e, portanto, de aplicação. Ou seja: a competência do Supremo Tribunal Federal e da própria legitimidade da jurisdição é reduzida praticamente a proteger a força política da decisão, ainda que para isso não permita uma adequada aplicação.

Não bastasse tal seleção de argumentos, ao dizer que o processo formal deve respeitar a natureza jurídica para ampla defesa e processamento justo do acusado, na discussão sobre a suspeição, o STF limitou-se apenas a afirmar que tal regra não se aplica em face da natureza do órgão. Ora, então não são todas as regras de processamento que se submetem a característica da natureza jurídica, mas apenas aquelas selecionadas em face de suas próprias características? Vale o mesmo raciocínio quando se pensa no possível conflito em relação a imparcialidade, haja vista que a produção de prova e o julgamento da prova é feita pelo mesmo órgão. Novamente, a competência é o critério de universalidade para compreensão da natureza do processo de impeachment, porque a competência do Supremo estaria excluída na apreciação da justa causa, vez que ele é o guardião da Constituição e o última *ratio* em matéria de proteção das garantias individuais? Lembrando que a própria Lei especial prevê subsidiariamente a aplicação das regras do Código de Processo Penal. Ao que parece não houve a versão mais forte de “U” na apreciação dos fatos para o juízo de adequação em relação a qual norma aplicar entre as tantas válidas e possíveis no sistema. Veja-se a superficialidade do argumento no enfrentamento de tal questão na ADPF 378:

Embora o art. 38 da Lei nº 1.079/1950 preveja a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, o art. 36 dessa Lei já cuida da matéria, conferindo tratamento especial, ainda que de maneira distinta do CPP. Portanto, não há lacuna legal acerca das hipóteses de





*impedimento e suspeição dos julgadores, que pudesse justificar a incidência subsidiária do Código. A diferença de disciplina se justifica, de todo modo, pela distinção entre magistrados, dos quais se deve exigir plena imparcialidade, e parlamentares, que podem exercer suas funções, inclusive de fiscalização e julgamento, com base em suas convicções político-partidárias, devendo buscar realizar a vontade dos representados*³⁴.

Sendo assim, o critério para definir a conduta do julgador nesse caso, é baseado na sua competência, qual seja, política e, não, na relação de imparcialidade a se esperar de um julgamento que resguarde as garantias do acusado nos termos constitucionais.

O fato é que a seleção do que cumpre a natureza jurídica e o que deve cumprir a natureza política no processo de impeachment na argumentação dos Ministros do Supremo não levantou todas as hipóteses possíveis de aplicação da norma, incidindo então nos já referidos “saltos” argumentativos quando do discurso de aplicação.

5. DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL E (DES)CONTROLE JUDICIAL: PROPOSTAS DE UMA LEITURA CRÍTICA

A despeito de um certo esgotamento do debate entre substancialistas e procedimentalistas, é possível ainda extrair algumas considerações interessantes no que toca ao impeachment no Brasil.

Enquanto que os substancialistas, em uma perspectiva aqui normativa e exagerada para facilitar o entendimento, acreditam que a Constituição é uma ordem material de valores, e que cabe à jurisdição constitucional a proteção destes valores, inclusive com a moralização *direta* dos discursos de aplicação, os procedimentalistas, em uma perspectiva também normativa e algo exagerada, focam o papel da jurisdição na proteção do processo democrático³⁵.

Poder-se-ia classificar Habermas como um procedimentalista moderado. Isso por que o papel da jurisdição constitucional, para Habermas, não é o de simples garante formal do procedimento democrático.

De fato, para Habermas, a racionalidade das decisões judiciais abrange três aspectos: os discursos de aplicação, já trabalhados; o procedimento inclusivo e aberto de abertura aos argumentos e a vinculação ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Logo estes aspectos retornarão à discussão.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito constitucional. Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Cabimento da ação e concessão de medidas cautelares. **ADPF 378**. Relator: Luis Edson Fachin. 20 de maio de 2016.

³⁵ COHEN. Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denílson Luis e MELO, Rubio Soares. **Democracia Deliberativa**. São Paulo: Singular, 2007.





O ponto nodal do procedimentalismo moderado não se encontra no funcionamento da jurisdição constitucional para Habermas – e aí reside muitas das incompreensões com este autor – mas sim nos objetivos da jurisdição. De fato, o objetivo não é impor uma ordem concreta de valores ético-comunitários, mas sim preservar a Democracia – e para tanto é evidente que tudo o que orbita o processo democrático, incluindo os direitos fundamentais, recebem especial destaque. Isto não significa que o que já fora decidido e posto na Constituição, via discursos de fundamentação, não deve ser aplicado pela jurisdição constitucional, uma vez que o *conteúdo*, e não objetivos, da jurisdição não estão dados, mas sim abertos, na concepção habermasiana³⁶.

Postas estas premissas, a ADPF 378, ao estatuir que o processo de impeachment terá um controle jurisprudencial apenas no que toca ao aspecto procedimental, vinculou-se a qual concepção de jurisdição constitucional?

Quando Habermas trabalha a racionalidade da jurisdição, além dos discursos de aplicação e justificação Habermas também estabelece como parâmetros de controle das decisões o próprio processo de decisão e a vinculação a um determinado paradigma³⁷.

Na visão de Habermas, o processo judicial, especialmente o de jurisdição constitucional, seria racional se estivesse regido por um princípio de procedimento aberto. As partes, jogando estrategicamente, trazem contribuições ao processo na forma de argumentos e apreciações acerca de fatos. Além disto, a depender da envergadura, ele tem a possibilidade de intervenção ainda de terceiros, na forma de interventores ou *amici curiae*, finalmente, ainda, há a pressão e contribuição tanto da esfera pública *científica* como da esfera pública *política*. Os julgadores serão mais ou menos permeáveis aos argumentos deste processo, devendo levar em conta as contribuições das partes e, com isto, Habermas crê, que a decisão final será em nível comunicativo, ou seja, capaz de se enlaçar via consenso com o ouvinte através de argumentos defensáveis via discursos de aplicação.

Outra via da racionalidade das decisões seria justamente a vinculação a paradigmas. Habermas escreve isto como forma de interlocução com a hermenêutica. De fato, é sabido o conceito de paradigma epocal como algo que conduziria à verdade de um fenômeno tal como uma interpretação, dentro da hermenêutica. Habermas assimila o paradigma epocal a paradigma jurídico dominante. Neste caso, ele mesmo aponta que seria o Estado Democrático de Direito ou, como Habermas mesmo diz, a pressuposição recíproca de Direito e Democracia. Direito só existe enquanto elaborado democraticamente, mas a Democracia pressupõe direitos e procedimentos jurídicos. Isto é assim, na visão de Habermas, por que nenhuma democracia é possível sem que a linguagem

³⁶ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.





jurídica (isto é, algo posto por decisão, modalizado deonticamente e com apoio da coerção), sem procedimentos preestabelecidos e sem direitos que garantam este mesmo procedimento. Por outro lado, como Habermas não acredita em um Direito imanente, a única forma de existir Direito é enquanto fruto da autonomia, e esta só é possível, precisamente, se existir Democracia. Assim, repetindo-se, uma pressuposição de sua Democracia é precisamente a existência de uma disponibilidade da linguagem jurídica e, precisamente, da sua *supremacia*. Em Habermas, apesar da pressuposição recíproca entre Direito e Democracia, está *presente a supremacia do Direito*.

Quando o STF se limitou aos aspectos formais do impeachment, sem dúvidas não só o STF deixou de observar a tipicidade, e, com isso, abriu a possibilidade de que a saída de um prefeito esteja desconectada do Direito – e com isto violada a sua supremacia, mas também se vinculou a uma concepção substancialista de Democracia. De fato, o STF colocou um pretenso valor ético comunitário de supremacia da avaliação *ocasional* de um momento político por sobre o procedimento democrático como um todo. De fato, ao liberar total e completamente o impeachment de prefeitos de amarras, deixando-o ao sabor de maiorias eventuais, o que existiu foi uma sobrevalorização do valor ético de uma expressão de momento político – e isto ocorreu em detrimento do processo democrático. O processo político precisa ser observado no todo, com a existência de garantias às partes que o façam estável e que permitam que os melhores argumentos sejam levantados. Assim, em conclusão, pode-se dizer que o STF afastou-se do procedimentalismo habermasiano de duas formas: a) quando o Direito é renunciado em favor de maiorias eventuais, quebram-se as garantias do princípio do discurso no sentido de que uma das partes se torna *subordinada* à outra. Neste caso, o prefeito acaba sendo subordinado à Câmara de Vereadores e, com isto, não há abertura ao processo e simetria no processo de produção do Direito. De outra banda, a posição do STF violou b) o paradigma procedimentalista-deliberativo ao permitir que decisões sejam tomadas exclusivamente em critérios políticos. Com isto, a linguagem jurídica foi afastada da fundamentação e restou violado o próprio paradigma do Estado Democrático de Direito. A renúncia em se discutir em nível jurídico atinge profundamente o paradigma deliberativo e procedimental, pois o Direito deixa de ser produto e regulador do processo e passa a ser um mero legitimador formal da decisão. Pode-se dizer, portanto que, a despeito de em uma primeira leitura ter existido uma proteção ao procedimento democrático, o que existiu foi uma sobrevalorização da opinião momentânea e do poder de determinados atores políticos, em detrimento do procedimento político a longo prazo e da supremacia do Estado Democrático de Direito.





6. CONCLUSÃO

Este trabalho visava fazer uma apreciação crítica da jurisprudência do STF acerca do impeachment de Presidente em suas repercussões ao impeachment de Prefeito Municipal. Para fazer uma apreciação crítica, recorreu-se ao conceito de Democracia Deliberativa, concepção procedimentalista de jurisdição constitucional e análise discursiva das decisões.

Verificou-se que uma concepção deliberativa de Democracia é adequada para fazer uma leitura compreensiva da multiplicidade de responsabilizações possíveis do Prefeito. Não se trata apenas de uma seleção de elites, mas sim do estímulo à preservação do processo democrático para que não só argumentos de autointeresse das partes sejam levados em conta mas também a eticidade da comunidade e os valores morais universais. Além disto, uma concepção deliberativa homenageia a ideia que subjaz ao ordenamento da responsabilização de prefeitos que é a possibilidade de o cidadão, por iniciativa própria, deflagrar os processos de responsabilização.

Especificamente no que toca aos crimes de responsabilidade que podem ser julgados pela Câmara de Vereadores, é possível notar, de pronto, uma certa vagueza linguística. Os discursos de fundamentação das normas dos crimes de responsabilidade contêm, contudo, um valor universalista de bom governo e preservação do processo democrático. A eticidade da comunidade não está presente tanto nas condutas proibidas mas sim na tentativa de rompimento com o passado. É possível também discursivamente tentar fazer uma abordagem compreensiva do regime jurídico do crime de responsabilidade. Uma vez que se trata da punição de uma conduta indevida, mesmo que a cominação do crime de responsabilidade não seja a prisão, a gravidade das sanções, além da literalidade da Constituição, impõe a extensão de princípios civilizatórios de Direito Criminal aos crimes de responsabilidade, como o princípio da responsabilidade objetiva.

Ato contínuo, analisou-se como seria um possível discurso de aplicação de uma Câmara de Vereadores ao impor a sanção de impeachment. Tal análise partiu da jurisprudência do STF. Esta esclareceu que o conteúdo da decisão de impeachment é uma decisão ao mesmo tempo política e jurídica. O STF, contudo, adotou a tese que ao Judiciário cabe uma postura de *self-restraint*, ou seja, o Poder Judiciário vai apenas preservar a lisura do processo, mas não o conteúdo da decisão final.

Finalmente, como conclusão crítica, verifica-se um ativismo do STF às avessas. Trabalhou-se a diferença entre procedimentalismo e garantismo do procedimento democrático em contraste com um ativismo com relação a valores da comunidade. De fato, sob pretexto de o STF agir de modo a proteger o processo democrático de impeachment, ele gerou uma jurisprudência que ao mesmo tempo afasta a garantia fundamental da legalidade, mas também colocou em risco o processo democrático como um





todo. Ao colocar agentes políticos do Executivo em uma posição extremamente frágil e desequilibrada, o STF acabou por colocar em risco todo o processo democrático, fragilizando os direitos fundamentais do chefe do Executivo, e do cidadão a um processo democrático justo e aberto a ao bom governo.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Impeachment. Processo e julgamento: Senado Federal. Acusação: Admissibilidade: Câmara dos Deputados. Defesa. Provas: Instância onde devem ser requeridas. Voto secreto e voto em aberto. Recepção pela CF/88 da norma inscrita no art. 23 da Lei nº 1.079/50. Revogação de crimes de responsabilidade pela EC 4/61. Repristinação expressa pela EC nº 6/63. CF, art. 5º, LV; art. 51, I; art. 52, I; art. 86, caput, § 1º, II, § 2º; Emenda Constitucional nº 4, de 1961; Emenda Constitucional nº 6, de 1963. Lei nº 1.079/50, art. 14, art. 23. **Mandado de Segurança 21.564**. Relator: Ministro Carlos Velloso Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/MS21564.pdf> >.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito constitucional. Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Cabimento da ação e concessão de medidas cautelares. **ADPF 378**. Relator: Luis Edson Fachin. 20 de maio de 2016.

COHEN. Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denilson Luis e MELO, Rubio Soares. **Democracia Deliberativa**. São Paulo: Singular, 2007.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade**: uma Crítica à prática judicial brasileira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

CRETILLA, José Júnior. **Do Impeachment no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.143.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.





HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **La necesidad de Revisión de la Izquierda**. Madrid: Tecnos, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson. A intervenção do judiciário no processo de impeachment. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 82, n. 695, p. 262–264, set. 1993.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de impeachment do Presidente da República. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 189–213, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44517>.

STERN, Klaus. **Derecho Del Estado da República Federal da Alemanha**. Madrid: Madrid, 1987.





Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48159

Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação

Regulating uncertainty: the construction of decision-making models and the risks of the determinacy paradox

FERNANDO LEAL*

FGV Direito Rio (Brasil)

fernando.leal@fgv.br

Recebido/Received: 17.08.2016 / August 17th, 2016

Aprovado/Approved: 29.09.2016 / September 29th, 2016

Resumo

O objetivo deste trabalho é apresentar e explorar os problemas decorrentes da desconsideração de diagnósticos sobre o funcionamento da realidade em teorias normativas – sobretudo teorias sobre a tomada de decisão judicial. Esses não são problemas de natureza conceitual ou empírica, mas de natureza metodológica. Levá-los a sério é importante para que os diálogos entre teorias jurídicas normativas e as explicações fornecidas por outras ciências sobre o comportamento de determinados atores (como juízes) sejam metodologicamente rigorosos e, assim, possam produzir resultados efetivamente relevantes no domínio do direito.

Palavras-chave: incerteza; regulação; metodologia de construção de teorias; modelos decisórios; paradoxo da determinação.

Abstract

The scope of this paper is to introduce and explore the problems concerning the neglect of a diagnosis about how the world really works in the formulation of normative theories – mainly normative theories of judicial decision-making. These are not conceptual or empirical problems, but rather methodological issues. Taking them seriously is crucial for the methodological accuracy of the dialogues between normative legal theories and the explanations provided by other sciences about the behavior of specific agents (like judges). This is a decisive step for the effective relevance of prescriptions based on normative theories in the legal domain.

Keywords: uncertainty; regulation; methodology of theory construction; method of decision; determinacy paradox.

Como citar esse artigo/How to cite this article: LEAL, Fernando. Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 215-226, set./dez. 2016. DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48159.

* Professor do Programa de Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Alemanha). Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: fernando.leal@fgv.br.

Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 215-226, set./dez. 2016.





SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Localização do Problema: Precisão Descritiva *versus* Ambição Normativa; 3. Um Problema Metodológico; 4. Dois Exemplos; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Entre os problemas centrais da filosofia do direito, três são permanentes. Eles estão relacionados à identificação do que possa ser chamado de *direito*, à definição da *justiça* e à *justificação de decisões* jurídicas. A maneira mais simples de expressar a permanência desses problemas é mostrar que eles não encontram respostas definitivas. Se tomarmos como exemplo o debate que separa tradicionalmente positivistas de não positivistas sobre a natureza do direito – um debate que diz respeito, portanto, ao primeiro problema indicado – encontraríamos em Kelsen uma certa resignação realista sobre as possibilidades de soterramento definitivo das disputas entre os dois lados. Para o autor, “[o] que o positivismo jurídico é não está superado e nunca será superado. Muito menos o direito natural. Este nunca será superado. Essa oposição é *eterna*. Os espíritos da época mostram apenas que logo um ponto de vista, logo o outro, estará em evidência”.¹ Mas uma outra maneira de se referir à permanência daqueles problemas está relacionada à pluralidade de questões que cada um daqueles temas levanta e pode vir a levantar. A permanência, ao contrário do aspecto anterior, não decorre da precariedade das *respostas*, mas das dificuldades de se delimitar as próprias *perguntas* relevantes vinculadas a cada um daqueles grandes temas. “O que é o direito?”, “o que é a justiça?” e “como uma decisão jurídica pode ser considerada justificada?” são, portanto, apenas algumas perguntas que captam o que está por trás de cada um dos três problemas apresentados.

Embora o tema da incerteza normativa – um problema permanente para a teoria do direito – possa estar relacionado a cada um daqueles três pontos, ele é tradicionalmente encarado como a razão para a perenidade do terceiro problema. Se a justificação de decisões jurídicas é um problema permanentemente aberto na filosofia do direito é porque nem sempre é claro se ou como o direito atua sobre o comportamento individual em determinadas situações – ou porque, ainda que este não seja o caso, a aplicação da resposta jurídica para certo tipo de questão claramente regulada pelo direito mostra-se, em circunstâncias especiais, indesejável.² Assim, o problema da justificação de decisões jurídicas existe porque o direito pode ser considerado em algu-

¹ KELSEN, Hans. Diskussion zum Vortrag von Erich Kaufmann. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer** 3 (1927), p. 53. Tradução livre. Grifo acrescido.

² Sobre a derrotabilidade de regras jurídicas incidentes v. HART, H.L.A. The ascription of responsibility and rights. **Proceedings of the Aristotelian Society** 49, p. 171-194, 1949 e HAGE, Jaap. Law and Defeasibility. In: _____. **Studies in Legal Logic**. Dordrecht: Springer, 2005, p. 7-32.





ma medida estruturalmente indeterminado.³ E, para a tomada de decisão jurídica, essa indeterminação é a principal fonte de *incertezas* sobre o resultado jurídico de determinadas questões. Conhecer a fonte dessas incertezas, os tipos de problemas normativos por trás delas, os limites da linguagem para a enunciação de padrões de comportamento completamente determinados e apresentar mecanismos voltados a reduzi-las ou mantê-las sob controle são exemplos de subtemas da questão mais geral a respeito da justificação de decisões jurídicas que não se seguem diretamente do material jurídico preexistente ao momento da tomada de decisão.

No caso específico das propostas teóricas que erguem a pretensão de conduzir processos de justificação de decisões em casos difíceis, os debates permanentes costumam girar em torno dos méritos e deméritos da incorporação por autoridades oficiais do direito das diferentes alternativas para limitar as possíveis escolhas arbitrárias daqueles que tem por função atribuir uma resposta *jurídica* para determinada questão. E assim caminham as disputas constantes entre partidários de diferentes visões sobre como juízes, advogados e outros participantes do discurso jurídico *deveriam* desenvolver as suas cadeias de argumentos para mostrar por que as soluções que propõem para casos controversos não são o produto de simples escolhas pessoais. Parafraseando Kelsen, seria possível dizer que as divergências entre coerentistas, pragmatistas, textualistas e tantos outros nunca será superada. Ora uns, ora outros parecerão ser aqueles que sugerem a resposta mais adequada, à sua maneira, para determinado problema jurídico. Não raro, essas diferentes teorias podem ser até *ortogonais* relativamente aos resultados de disputas jurídicas pontuais, já que podem sustentar, ainda que por caminhos diferentes, a mesma resposta jurídica.⁴ No entanto, mesmo assim, ainda haverá algo por que divergir.

Para além dessas disputas de primeira ordem, contudo, é possível identificar pontos de desacordo relacionados à própria *construção* dessas teorias normativas. Meta-problemas, portanto, que podem trazer questões importantes para reflexões filosóficas sobre o problema da justificação de decisões jurídicas. Para voltar mais uma vez às discussões sobre a natureza do direito, as disputas entre descritivas, normativistas e naturalistas são expressões de como disputas sobre a metodologia mais adequada para o desenvolvimento de um projeto filosófico de investigação da natureza do direito pode estar no centro do que, no fundo, pode separar positivistas de não positivistas.⁵

³ Assim FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; WERNECK, Diego. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 243, p. 79-112, 2006. p. 91 e s.

⁴ BIX, Brian. Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory. **Rechtstheorie**, vol. 37, 2006. p. 144.

⁵ V. a respeito COLEMAN, Jules. Methodology. In: COLEMAN, Jules e SHAPIRO, Scott J. (eds.) **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 311-351. DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Oxford: Hart Publishing, 2001. ALEXY, Robert. The nature of arguments about the nature of law. In: MEYER, Lukas, PAULSON, Stanley L. & POGGE, Thomas Winfried Menko





Da mesma forma, questões relacionadas ao *método* de construção de teorias podem ser cruciais para a avaliação do potencial efetivo de certas teorias normativas da decisão jurídica para inspirar *práticas* jurídicas – especialmente *judiciais*. Apresentar um problema de natureza metodológica capaz de afetar a qualidade de teorias dessa natureza é o objetivo central deste trabalho.

2. LOCALIZAÇÃO DO PROBLEMA: PRECISÃO DESCRITIVA VERSUS AMBIÇÃO NORMATIVA

Teorias e métodos de decisão costumam ser desenhados para lidar com aquele que poderia ser chamado de “o problema fundamental da metodologia jurídica”. Para Alexy, este problema poderia ser enunciado da seguinte maneira: como controlar racionalmente as valorações de tomadores de decisão que precisam resolver problemas jurídicos cujas respostas não se extraem diretamente da conjugação de proposições normativas e proposições factuais?⁶

O propósito da maior parte das teorias normativas de justificação e dos métodos de decisão que pretendem enfrentar essa pergunta é limitar – ou ao menos manter sob controle crítico – as margens de valoração de tomadores de decisão chamados a enfrentar casos difíceis no direito. Um dos pressupostos que justifica a importância desse tipo de empreendimento é o de que tomadores de decisão que não se sentem limitados pelo direito podem impor as suas próprias preferências ao decidirem casos concretos. O conhecimento de uma certa predisposição de tomadores de decisão – notadamente juízes – para atuar de maneira não vinculada ao direito é, nessa linha, um dos aspectos da realidade que informa teorias e métodos de decisão jurídica que almejam, no fundo, combatê-la.

Se essa leitura pode ser considerada plausível, existe uma dimensão pretensamente *descritiva* – ainda que não empiricamente justificada – que orienta a construção de diversas teorias normativas da decisão jurídica e de métodos de fundamentação de decisões. São teorias e métodos que pretendem partir de como o mundo é para recomendar como ele deve ser. Nesse sentido, o investimento em teorias e métodos de decisão no domínio do direito pressupõe o conhecimento de determinadas *atitudes patológicas* que tomadores de decisão (i) teriam, caso não pudessem ser, de alguma maneira, limitados por metodologias de decisão, ou (ii) que já revelam ter ao decidir, mesmo quando recorrem a métodos e teorias amplamente reconhecidos na prática judicial. Neste último caso, o apelo a métodos e teorias decisórias seria apenas uma

(Eds.). **Rights, Culture, and the Law: Themes From the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz**. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 3-16. LEITER, Brian; LANGLINAI, Alex. The Methodology of legal philosophy. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper**, Chicago, n. 407, 2012. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/398/. Acesso em 29/12/2015.

⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**, op. cit., p. 18.





maneira de camuflar a ampla liberdade de escolha já exercida em processos decisórios reais.⁷ Para essas propostas, as atitudes de tomadores de decisão são, em suma, um *dado* para o qual alternativas de solução são estruturadas.

Esse aspecto descritivo é crucial para que se possa explorar a possibilidade de propostas teóricas e metodológicas desenvolvidas para conduzir processos de tomada de decisão jurídica não produzirem, uma vez incorporadas na prática judicial, qualquer resultado prático relevante ou até mesmo o efeito *oposto* ao por elas visado. Nesse sentido, é possível argumentar que teorias e métodos complexos de decisão, em vez de reduzir os níveis de incerteza subjacentes a processos de solução de casos difíceis no direito, podem *aumentá-los* descontroladamente. Para tanto, basta que as propostas normativas de esforços teóricos não internalizem em suas prescrições as atitudes dos tomadores de decisão diagnosticadas como sintomas que pretendem ser combatidos. Este é comumente o caso quando, a despeito das explicações pretensamente realistas sobre as motivações de tomadores de decisão usadas para inspirar a construção de modelos decisórios, *idealizações* são tomadas como referenciais para a orientação da prática decisória. Haveria, nesse cenário, uma combinação incoerente entre apelos teóricos ideais e não ideais, na medida em que, enquanto motivações *não ideais* seriam usadas com o propósito de diagnosticar problemas, motivações *ideais* seriam as bases para prescrições.⁸ O pessimismo da percepção da prática é substituído por algum tipo de otimismo – às vezes, ingênuo – na construção de mecanismos para lidar com esses problemas. Com isso, em vez de teorias e métodos – especialmente os mais sofisticados – significarem mais barreiras, por exemplo, ao exercício da discricionariedade judicial (o que normalmente teorias normativas da decisão jurídica almejam realizar), eles podem se tornar, na verdade, mais munição para que juízes decidam como queiram simplesmente porque “esquecem” em suas prescrições como tomadores reais de decisão tendem, de fato, a agir. Casos como esse revelam um evidente paradoxo. Um *paradoxo da determinação*.⁹

Maiores esforços de determinação não necessariamente levam a maior limitação da discricionariedade. Ao contrário, como afirmado, podem apenas tornar o processo decisório mais incerto. Tome-se, como exemplo, a pluralidade de métodos disponíveis para orientar a interpretação constitucional no país e a dificuldade cada vez maior de

⁷ Para Schauer, esse é o principal desafio do realismo jurídico para se pensar na existência de um raciocínio tipicamente jurídico. V. SCHAUER, Frereick, **Thinking like a Lawyer**, Cambridge: Harvard University Press, 2009. cap. 7.

⁸ POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Inside or outside the system?. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 80, n. 4, p. 1743-1797, sep/dic. 2013.p. 1744.

⁹ Posner e Vermeule se referem a esse paradoxo como uma falácia do dentro/fora. A referência sobre o paradoxo da determinação tem origem na economia. V. a respeito BHAGWATI, Jagdish, BRECHER, Richard A. SRINIVASAN, T. N. DUP Activities and Economic Theory. **European Economic Review**, [s.l.], vol. 24, n. 3, p. 291-307, apr. 1984.





antecipação de resultados e dos caminhos da fundamentação de decisões no Supremo Tribunal Federal. A tentativa de “controlar” a interpretação constitucional por meio de métodos e teorias decisórias que apelam para elementos contrafactuais ou prescrições vagas, em vez de aumentar a previsibilidade dos resultados, permite, na verdade, que fundamentos teóricos muito diferentes possam ser livremente selecionados para justificar qualquer decisão. O ministro que hoje se serve da concepção de direito como integridade de Dworkin é, amanhã, o que usará a interpretação teleológica, a ponderação de princípios ou a teoria da justiça de John Rawls para justificar suas decisões. Ou várias dessas teorias ao mesmo tempo. É certo que esse uso estratégico de teorias decisórias não é necessariamente um problema das próprias teorias. A compreensão ou a recepção inadequada dos pressupostos de grandes edifícios teóricos é um motivo comum para justificar o seu mau uso. Nada obstante, para o caso específico de teorias que se apresentam como institucional e/ou constitucionalmente adequadas para um determinado contexto, o paradoxo da determinação se torna um problema a ser levado a sério para se apreciar a qualidade de teorias normativas sobre a decisão jurídica.

3. UM PROBLEMA METODOLÓGICO

O problema por trás do paradoxo da determinação não é de natureza conceitual ou empírica. Não há necessariamente uma tensão entre sugerir teorias decisórias inspiradas em alguns ideais e recorrer a dados sobre o funcionamento do mundo para construí-las. Tampouco está o problema nas prescrições em si ou no desenvolvimento de modelos comportamentais que não possuem implicações normativas ou não aspiram servir de base para a formulação de políticas públicas. O problema é *metodológico*; mais especificamente, de *consistência* – “consistência de assunções e perspectivas”.¹⁰ A inconsistência que gera o paradoxo da determinação se localiza precisamente na *divergência* entre o tipo de motivação pressuposto para que o modelo de solução desenhado para lidar com certo problema do mundo funcione e o tipo de motivação diagnosticado como a base a partir da qual decisões são tomadas na realidade. É preciso, por isso, que aquilo que é endogenamente identificado como comportamento padrão de certos atores seja incorporado nos esforços prescritivos destinados a, por meio de métodos de tomada de decisão ou incentivos específicos, reorientá-los para a realização de um estado de coisas considerado desejável. Sem essa incorporação, diagnósticos sobre o funcionamento do mundo tornam-se úteis apenas para anunciar o insucesso de remédios prescritos para lidar com certos problemas, e não para inspirar a prescrição dos remédios adequados. Quando isso acontece, as teorias normativas da decisão jurídica perdem a força do apelo vinculado à proposição de soluções para problemas reais

¹⁰ POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Inside or outside the system?. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 80, n. 4, p. 1743-1797, sep/dic. 2013. p. 1745.





e passam a contar, no limite, apenas com a virtude de atores institucionais que podem se deixar inspirar por prescrições não empiricamente informadas.

O risco de inconsistência teórica por trás do paradoxo da determinação pode ser notado no direito não só quando as intuições de formuladores de propostas normativas destinadas a lidar com ou neutralizar certas disposições reais de tomadores de decisão são simplesmente deixadas de lado quando as suas sugestões sobre a tomada de decisão jurídica adequada – a preocupação central deste texto – são desenvolvidas. Ele se torna especialmente relevante quando estudos empiricamente informados sobre o comportamento judicial proliferam, mas terminam por ser amplamente mencionados por teóricos mais para dar uma roupagem de sofisticação às suas propostas normativas do que para, por meio de efetiva incorporação, inspirá-las. Neste contexto, o diálogo que juristas podem tentar estabelecer, por exemplo, com a ciência política ou a economia comportamental pode, antes de levar a teorias mais consistentes sobre a compreensão ou a orientação da tomada de decisão judicial, “produzir um tipo de esquizofrenia metodológica”.¹¹ Mais dados e mais informações sobre o mundo não significam, como já alertado, teorias normativas necessariamente mais robustas para aumentar a qualidade das decisões de juizes reais. Voltando mais uma vez ao tema da interpretação constitucional, a aproximação recente da teoria constitucional brasileira com a ciência política e o aumento da produção de dados sobre o funcionamento real das instituições brasileiras não levarão necessariamente, se o argumento de Posner e Vermeule faz sentido, a prescrições mais adequadas para resolver problemas reais se, do ponto de vista *exclusivo* dos potenciais da própria teoria de propor melhores soluções, os diagnósticos mais precisos sobre o mundo forem desconsiderados na formulação dos critérios de orientação da prática jurisdicional. Ao contrário, o risco é o de proliferação de certo tipo de padrão de produção de trabalhos acadêmicos. Neles, “the diagnostic sections of a paper draw upon the political science literature to offer deeply pessimistic accounts of the ambitious, partisan, or self-interested motives of relevant actors in the legal system, while the prescriptive sections of the paper then turn around and issue an optimistic proposal for public-spirited solutions”.¹²

O risco de ocorrência de um paradoxo da determinação pode ser notado em dois exemplos. No primeiro, discute-se a real utilidade da incorporação na prática judicial de métodos sofisticados de justificação de decisões – como a fórmula do peso de Robert Alexy – quando se parte de um diagnóstico sobre determinadas atitudes de tomadores de decisão – ministros do STF, por exemplo – para manipular a máxima da proporcionalidade com o intuito de fazer prevalecer os seus próprios interesses. Este caso ilustra como problemas teóricos podem surgir quando se tenta aproximar estudos

¹¹ Id.

¹² POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Inside or outside the system?. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 80, n. 4, p. 1743-1797, sep/dic. 2013. p. 1745.





sobre o comportamento real de tomadores de decisão com teorias normativas da decisão judicial disponíveis que podem ser consideradas *puramente* ideais, *i.e.* sem qualquer apelo empírico relevante para a elaboração de suas recomendações. O paradoxo da determinação é, com outras palavras, o produto potencial da tentativa de embasar empiricamente teorias que não partem de diagnósticos sobre como agem efetivamente tomadores de decisão. No segundo exemplo, questiona-se uma teoria que recomenda a tribunais superiores o uso apropriado de precedentes ou a construção de suas decisões de maneira tal que facilite o seu potencial para funcionar como precedente para a solução de casos futuros, mas que parte, ao mesmo tempo, da visão de que os seus membros agem de maneira autointeressada e tendem a usar estrategicamente as decisões da própria corte para fundamentar as suas visões sobre problemas concretos. Neste caso, o paradoxo decorre da inconsistência entre diagnóstico (pessimista) e prescrição (otimista, na medida em que depende de comportamento virtuoso) na própria teoria desenvolvida para lidar com atitudes que podem ser consideradas patológicas.

4. DOIS EXEMPLOS

A possibilidade de o paradoxo da determinação se aplicar à teoria dos princípios está relacionada especificamente a um problema de recepção, e não a alguma inconsistência interna da própria teoria. De fato, não me parece simples identificar uma divergência entre diagnósticos reais e pretensões normativas quando o tema é a utilidade de ferramentas metodológicas como a fórmula do peso ou a lei de sopesamento para orientar processos de tomada de decisão jurídica em que princípios jurídicos estão em colisão. Isso porque Alexy não levanta nenhuma pretensão de investigar em abstrato as disposições reais de tomadores de decisão para, a partir delas, justificar a estrutura da ponderação e recomendar métodos decisórios como fomentadores de racionalidade. A construção do edifício teórico, ao contrário, é feita a partir de passos que pretendem harmonizar conceitual e normativamente o instrumental metodológico fornecido pela teoria dos princípios em um grande sistema, que inclui desde uma concepção sobre a natureza do direito e uma teoria procedimental da correção prática até uma concepção sobre o constitucionalismo democrático.¹³ Assim, a teoria não parece ser afetada por não incorporar análises exógenas sobre o comportamento dos atores que ela mesma pretende influenciar – juízes, por exemplo – simplesmente porque não há apelos sobre como esses atores, de fato, comportam-se em ambientes de tomada de decisão jurídica. Há, na verdade, apelos à realidade tal qual ela se apresenta quando, por exemplo, a fórmula do peso ergue a pretensão de ser uma reconstrução racional do processo

¹³ Sobre esses passos do projeto teórico alexyano, v. ALEXY, Robert. *Hauptelemente einer Theorie der Doppel- Natur des Rechts*. ARSP, [s.l.], vol. 95, n. 2, p. 151-166, abr. 2009. p. 159 e ss.





decisório do tribunal constitucional federal alemão. Mas, mesmo neste caso, nada é dito sobre as reais motivações dos julgadores quando são chamados a decidir.

Problemas de recepção, porém, podem ocorrer quando dados ou certas intuições sobre motivações comportamentais de tomadores de decisão são usados para apresentar um cenário problemático e, logo após, o arsenal metodológico fornecido por Alexy é prescrito como antídoto. Neste caso, o paradoxo da determinação poderia aparecer ao se tentar, de um lado, recorrer a visões tipicamente realistas sobre o comportamento judicial, e, de outro, receitar como soluções para esse problema métodos decisórios incapazes de eliminar completamente a discricionariedade judicial. Se se parte, por exemplo, da visão de que o material jurídico autoritativo não determina o resultado de processos judiciais, mas, ao contrário, que decisões judiciais podem ser mais adequadamente explicadas a partir de influências de fatores não propriamente jurídicos, pressupõe-se que o direito não é necessariamente o motor da tomada de decisão. Uma roupagem jurídica para certo resultado torna-se, nesse quadro, no máximo uma tentativa de racionalização *ex post* de escolhas. Dado, porém, que a teoria dos princípios não incorpora essa predisposição real de tomadores de decisão em seus referenciais de justificação de decisões, a inconsistência teórica surge quando são sugeridos mecanismos de racionalidade que se sabe, desde o início, que tenderão a ser manipulados.¹⁴

O mesmo tipo de problema pode ser percebido quando se tenta construir teorias normativas sobre o trabalho com precedentes que, apesar de partirem de certos diagnósticos sobre certas disposições concretas de tomadores de decisão, resumem-se apenas a exortações à adoção de comportamentos virtuosos inspirados em ideais como os de Estado de Direito ou de democracia.¹⁵ Se a descrição do funcionamento real de um tribunal como o Supremo mostra uma predisposição para o uso completamente estratégico e desparametrizado de decisões anteriores da corte¹⁶ e sugere que os seus ministros buscam maximizar o seu poder, existe um problema de consistência facilmente constatável quando teorias normativas sobre o comportamento judicial sugerem mecanismos de vinculação horizontal a precedentes, deferência a decisões do Legislativo e do Executivo e posturas minimalistas. O problema neste ponto está, mais uma vez, na prescrição de algo que já se sabe, de antemão, que o tribunal não fará – salvo quando juízes tiverem motivações estratégicas para adotar qualquer um daqueles comportamentos. O uso do mesmo habeas corpus (HC 95.290/SP) para sustentar

¹⁴ LEAL, Fernando. Irracional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo, **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014. p. 187.

¹⁵ V. para problemas da realidade norte-americana, POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Inside or outside the system?. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 80, n. 4, p. 1743-1797, sep/dic. 2013. p. 1780-1783.

¹⁶ V., por exemplo, o retrato feito em LEAL, Fernando. **Uma Jurisprudência que serve para tudo**. Disponível em: <http://jota.info/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>. Acesso em 20/12/2015.





votos em sentido opostos no HC 127.186/PR, relacionado ao caso “lava jato”, a liminar concedida pelo ministro Fux no MS 31.816/DF, que obrigava o Congresso Nacional a apreciar vetos presidenciais na ordem cronológica em que eram apresentados¹⁷, e o julgamento da constitucionalidade da criação do instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade (ADI 4029/DF)¹⁸ são, respectivamente, exemplos de como a realidade se afasta das prescrições da suposta teoria sobre o comportamento judicial acima exposta. E um dos motivos simples para justificar a irrelevância da teoria reside no fato de que a descrição sobre o funcionamento da realidade revela que aquilo que efetivamente impulsiona as decisões dos ministros é incompatível com o endosso das sugestões normativas da teoria, ancoradas em idealizações e conceitualismos.¹⁹

5. CONCLUSÃO

O paradoxo da determinação é um problema metodológico que afeta a qualidade de teorias normativas que almejam lidar com a incerteza normativa por meio de fixação de regras de decisão ou roteiros de argumentação supostamente adequados a certa realidade. O problema, de fato, surge quando as descrições sobre o mundo não informam as recomendações dirigidas a atores institucionais como juízes e legisladores. Cria-se, assim, um espaço vazio entre os diagnósticos pretensamente realistas sobre atitudes ou crenças de certos atores institucionais e as idealizações, que *não* partem daqueles diagnósticos, por trás das sugestões sobre como tomadores de decisão devem agir em casos para os quais o direito não fornece resposta precisa. Em um contexto acadêmico em que cada vez mais dados sobre o funcionamento real das instituições são produzidos e em que as lentes de outras disciplinas são usadas para a melhor compreensão do mundo, o paradoxo da determinação não deve ser encarado

¹⁷ A liminar foi revertida em plenário, por maioria apertada. V. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232098>. Acesso em 14/01/2015.

¹⁸ No caso, discutia-se essencialmente a necessidade de a conversão de medidas provisórias em lei observar rigorosamente a exigência de exame e parecer prévio por uma comissão mista de deputados e senadores, tal qual determina o artigo 62, § 9º, da Constituição Federal, ou se uma Resolução do Congresso poderia criar temperamentos no comando constitucional (no caso, a Resolução 1/2002 dispunha que, decorridos 14 dias sem deliberação pela comissão mista de deputados e senadores exigida pelo referido dispositivo constitucional, o parecer poderia ser apresentado individualmente pelo relator perante o plenário). O STF, por maioria, entendeu que o artigo 62, § 9º, CF, deveria ser sempre observado – e isso poderia ser razão suficiente para a declaração de inconstitucionalidade da lei que criou o instituto Chico Mendes. Nada obstante, alguns ministros apresentaram fundamentos mais amplos para a decisão de inconstitucionalidade, especialmente juízos sobre a urgência e relevância da MP que criou o referido instituto, que, no caso, levaram o STF a declarar a lei inconstitucional também porque era o produto de uma medida provisória que não observava os requisitos constitucionais para a sua edição.

¹⁹ Entende-se conceitualismo como a tentativa de extrair parâmetros de interpretação diretamente de compromissos conceituais abstratos, como democracia, Estado de Direito, constitucionalismo ou separação de poderes. Assim VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**, Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 2.





como argumento para a rejeição de aproximações entre o direito e outras áreas.²⁰ Ao contrário, ele deve ser compreendido como um alerta importante para que os diálogos entre teorias jurídicas normativas e as explicações fornecidas por outras ciências sobre o comportamento de determinados atores sejam metodologicamente rigorosos e, assim, possam produzir resultados efetivamente relevantes.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. **ARSP**, [s.l.], vol. 95, n. 2, p. 151-166, abr. 2009.

ALEXY, Robert. The nature of arguments about the nature of law. In: MEYER, Lukas, PAULSON, Stanley L. & POGGE, Thomas Winfried Menko (Eds.). **Rights, Culture, and the Law: Themes From the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. 2. ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991.

BHAGWATI, Jagdish, BRECHER, Richard A. SRINIVASAN, T. N. DUP Activities and Economic Theory. **European Economic Review**, [s.l.], vol. 24, n. 3, p. 291-307, apr. 1984.

BIX, Brian. Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory. **Rechtstheorie**, Vol. 37, p. 139-149, 2006.

COLEMAN, Jules. Methodology. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. (Eds.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Oxford: Hart Publishing, 2001.

FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; WERNECK, Diego. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 243, p. 79-112, 2006.

HAGE, Jaap. Law and Defeasibility. In: _____. **Studies in Legal Logic**. Dordrecht: Springer, 2005, p. 7-32.

HART, H.L.A. The ascription of responsibility and rights. **Proceedings of the Aristotelian Society** 49, p. 171-194, 1949.

KELSEN, Hans: Diskussion zum Vortrag von Erich Kaufmann, in: **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer** 3, 1927.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014.

²⁰ POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Inside or outside the system?. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 80, n. 4, p. 1743-1797, sep/dic. 2013. p. 1797.





Fernando Leal

LEITER, Brian; LANGLINAIS, Alex. The Methodology of legal philosophy. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper**, Chicago, n. 407, 2012. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/398/. Acesso em 29/12/2015.

POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Inside or outside the system?. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 80, n. 4, p. 1743-1797, sep/dic. 2013.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.





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 arrazoado 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.

