



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

VOL. 4 | N. 1 | JANEIRO/ABRIL 2017 | ISSN 2359-5639







REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 4 | n. 1 | janeiro/abril 2017 | 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: Rafael Ferreira
(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).

Revista classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES – Área de Direito na avaliação realizada em 2016.





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-Carías (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. Josep Ramón Fuentes i Gasó (Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha)

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

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

Profª Drª Mônica 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 (University 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

Bárbara Marianna de Mendonça Araújo Bertotti

Luzardo Faria

Taís Vella





Sumário

Contents

Editorial: Quais os limites à intervenção estatal legítima?

Editorial: What are the limits to legitimate state intervention?

DOI: 10.5380/rinc.v4i1.50653

Daniel Wunder Hachem6

Abortion Once Again: a response to Feser, Goodwin, Mosquito, Sadowsky, Vance and Watkins

Novamente o aborto: uma resposta a Feser, Goodwin, Mosquito, Sadowsky Vance e Watkins

DOI: 10.5380/rinc.v4i1.50328

Walter E. Block11

Reproductive Healthcare Services and the U.S. Supreme Court: Beyond Roe v. Wade and "Abortion Clinics"

Serviços de saúde reprodutiva e a Suprema Corte dos EUA: para além de Roe v. Wade e de "Clínicas de Aborto"

DOI: 10.5380/rinc.v4i1.47660

Karla A. Vergara Pérez43

The prohibition of wearing veil in public schools in Egypt: an analysis of the Egyptian Supreme Constitutional Court jurisprudence

A proibição da utilização de véus em escolas públicas no Egito: uma análise da jurisprudência da Suprema Corte Constitucionais egípcia

DOI: 10.5380/rinc.v4i1.50341

Mohamed A. 'Arafa69

Los mecanismos de control constitucional: un análisis desde y para Cuba con especial referencia a la inconstitucionalidad por omisión

The mechanisms of constitutional control: an analysis from and to Cuba with special reference to the unconstitutionality by omission

DOI: 10.5380/rinc.v4i1.49303

Raudiel F. Peña Barrios87





O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax

The conventionality control and Brazilian Judiciary: their application by the Superior Labor Court in order to protect the dignity of human labor (ban on outsourcing of core business) in case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste and Contax

DOI: 10.5380/rinc.v4i1.48212

Mônia Clarissa Hennig Leal.....109

Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa)

Five models of Administrative Adjudication

DOI: 10.5380/rinc.v4i1.50154

Michael Asimow.....129

Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina

Contemporary challenges in Latin American administrative justice

DOI: 10.5380/rinc.v4i1.50155

Ricardo Perlingeiro.....167

Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI

State transformations and Public Administration in the 21st Century

DOI: 10.5380/rinc.v4i1.49773

Eurico Bitencourt Neto207

Novo Regime Fiscal, autonomia financeira e separação de poderes: uma leitura em favor de sua constitucionalidade

New Fiscal Regime, financial autonomy and separation of powers: a reading in favor of its constitutionality

DOI:10.5380/rinc.v4i1.50340

Vanice Regina Lírio do Valle.....227

Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre

Constitutional Amendment 95/2016 and the public spending ceiling: Brazil back to the state of economic exception and disaster capitalism

DOI:10.5380/rinc.v4i1.50289

Cynara Monteiro Mariano259

Instruções para autores

Instructions for authors

.....283





Editorial

Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI:10.5380/rinc.v4i1.50653



Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons

Quais os limites à intervenção estatal legítima?

What are the limits to legitimate state intervention?

Um dos assuntos mais recorrentes no âmbito do Direito Público consiste na identificação, dentro de cada contexto social e estatal específico, dos limites à intervenção legítima do Poder Público na vida privada, na autonomia dos indivíduos e na definição de uma concepção de vida boa para toda a sociedade. Até que ponto o Estado deve assumir para si tarefas que dizem respeito à vida dos cidadãos? Quando poderá realizar escolhas morais e, por meio da criação de leis, estabelecê-las como um padrão a ser seguido por toda a cidadania? Pode o Estado proibir o aborto – ou, como preferem alguns, a interrupção da gestão – e com isso interferir diretamente no corpo da mulher, em nome da proteção da vida do nascituro? Está o Poder Público autorizado a vedar o uso de véu, tradicional em algumas religiões, em escolas públicas? Esses são temas enfrentados nos três primeiros estudos desta edição, a partir das perspectivas estadunidense e egípcia.

De outro lado, qual é o papel do Poder Judiciário e dos outros órgãos de fiscalização no que diz respeito ao controle de conformidade das leis e atos normativos com a Constituição e com os tratados internacionais? Até que ponto essas instâncias, compostas por mecanismos estatais institucionais, estão legitimadas a interferir na autonomia pública do povo e rever decisões tomadas em espaços de deliberação democrática, em nome da tutela da supremacia constitucional ou convencional? São as reflexões

Como citar este editorial | How to cite this editorial: HACHEM, Daniel Wunder. Editorial: Quais os limites à intervenção estatal legítima? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 6-9, jan./abr. 2017. DOI:10.5380/rinc.v4i1.50653





apresentadas no quarto e quinto artigos deste número, sob os pontos de vista cubano e brasileiro.

E além dos limites à intervenção do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, qual seria o papel da Administração Pública e da justiça administrativa nos dias atuais? Diante das mudanças relativas aos modelos de Estado, quais foram as transformações experimentadas pela Administração Pública? E quais são os desafios da jurisdição administrativa no controle dos atos e omissões administrativas nos ordenamentos jurídicos contemporâneos? Tais temáticas são objeto de análise do sexto, sétimo e oitavo artigos do presente fascículo, sob o prisma dos sistemas latino-americano, estadunidense, britânico, australiano, chinês, argentino e japonês.

Finalmente, até que ponto pode o órgão legitimado para modificar a Constituição – e exercer o chamado “poder de reforma” – engessar os gastos públicos pelo prazo de 20 anos, afetando com isso investimentos em políticas públicas e serviços públicos relevantíssimos para o desenvolvimento humano, tais como saúde e educação? Quais os aspectos relativos à autonomia financeira e orçamentária, bem como à separação dos poderes, exigem maior reflexão, num cenário em que uma emenda constitucional dessa natureza foi promulgada e teve a sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal? Esse assunto é estudado às minúcias, sob vieses distintos, pelos dois artigos que encerram esta edição.

Neste número da **Revista de Investigações Constitucionais** que inaugura o volume de 2017, publicamos artigos em 3 idiomas (inglês, espanhol e português), de autores vinculados a 10 instituições de ensino superior de 4 países diferentes (Estados Unidos da América, Egito, Cuba e diferentes Estados-membros da República Federativa do Brasil – Minas Gerais, Rio de Janeiro, Ceará e Rio Grande do Sul). Dos trabalhos publicados, 80% são de Professores Doutores, 40% redigidos em língua estrangeira, 50% dos artigos são de autores estrangeiros e 100% dos autores são exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- Abortion Once Again: a response to Feser, Goodwin, Mosquito, Sadowsky, Vance and Watkins

Walter E. Block

Harold E. Wirth Eminent Scholar Endowed Chair in Economics at Loyola University College of Business (Chicago, United States of America)

- Reproductive Healthcare Services and the U.S. Supreme Court: Beyond Roe v. Wade and “Abortion Clinics”

Karla A. Vergara Pérez

Juris Doctor - J.D. Candidate (2017) at Boston College Law School (Boston, United States of America)





- The prohibition of wearing veil in public schools in Egypt: an analysis of the Egyptian Supreme Constitutional Court jurisprudence

Mohamed A. 'Arafa

Adjunct Professor of Islamic Law at Indiana University Robert H. McKinney School of Law (Indianapolis, United States of America)

- Los mecanismos de control constitucional: un análisis desde y para Cuba con especial referencia a la inconstitucionalidad por omisión

Raudiel F. Peña Barrios

Profesor de Derecho Constitucional en el Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (La Habana, Cuba)

- O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax

Mônia Clarissa Hennig Leal

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

Felipe Dalenogare Alves

Professor Adjunto na graduação em Direito da Faculdade Antonio Meneghetti (Restinga Sêca-RS, Brasil)

- Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa)

Michael Asimow

Visiting Professor of Law na Stanford Law School (Stanford, Estados Unidos da América)

- Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina

Ricardo Perlingeiro

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

- Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI

Eurico Bitencourt Neto

Professor Adjunto de Direito Administrativo e Direito Constitucional da UFMG (Belo Horizonte-MG, Brasil)





- Novo Regime Fiscal, autonomia financeira e separação de poderes: uma leitura em favor de sua constitucionalidade

Vanice Regina Lirio do Valle

Professora Permanente do PPGD da Universidade Estácio de Sá – UNESA (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

- Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gatos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre

Cynara Monteiro Mariano

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza-CE, Brasil)

As ideias lançadas a debate pelas excelentes pesquisas condensadas nesta edição contribuirão para o aperfeiçoamento do Direito Público contemporâneo, especialmente em razão da apresentação de posicionamentos plurais e muitas vezes divergentes, em uma contraposição de argumentos certamente fundamental para o aprimoramento científico.

Curitiba, janeiro de 2017.

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: 10.5380/rinc.v4i1.50328

Abortion Once Again: a response to Feser, Goodwin, Mosquito, Sadowsky, Vance and Watkins

Novamente o aborto: uma resposta a Feser, Goodwin, Mosquito, Sadowsky Vance e Watkins

WALTER E. BLOCK*

Loyola University (United States of America)

wblock@loyno.edu

Recebido/Received: 25.01.2017 / January 25th, 2017

Aprovado/Approved: 06.02.2017 / February 6th, 2017

Abstract

Only a libertarian would think to base an analysis of the abortion controversy on private property rights. The present paper does just that. On that basis, it concludes that evictionism is the only policy compatible with libertarianism. This essay then uses this analysis to criticize the views on this subject of five scholars associated with this political philosophy: Feser, Goodwin, Mosquito, Sadowsky, Vance and Watkins.

Keywords: pro-life; pro-choice; evictionism; libertarianism; abortion.

Resumo

Apenas um libertário pensaria em basear uma análise sobre a controvérsia do aborto em direitos de propriedade. O presente artigo faz justamente isso. Seguindo essa linha, conclui-se que o eviccionismo é a única política compatível com o libertarianismo. Esse trabalho, pois, utiliza essa ferramenta de análise para criticar as opiniões sobre aborto de cinco professores alinhados a essa corrente filosófica: Feser, Goodwin, Mosquito, Sadowsky, Vance e Watkins.

Palavras-chave: pró-vida; pró-escolha; eviccionismo; libertarianismo; aborto.

Como citar esse artigo/How to cite this article: BLOCK, Walter E. Abortion Once Again: a response to Feser, Goodwin, Mosquito, Sadowsky, Vance and Watkins. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 11-41, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.50328.

* Harold E. Wirth Eminent Scholar Endowed Chair in Economics at Loyola University College of Business (Chicago, United States of America). Ph.D. in Economics at Columbia University (New York, USA). B.A. in Philosophy, Brooklyn College (New York, USA). E-mail: wblock@loyno.edu.





CONTENTS

1. Introduction; 2. Feser; 3. Goodwin; 3.1. Abortion is killing, but is it murder?; 3.2. When does life begin?; 3.3. Abortion and failure to come to the aid; 3.4. The unborn child is trespassing; 3.5. There is no contract; 3.6. The mother can change her mind; 3.7. Evictionism; 3.8. Rights of the unborn child; 3.9. Causation; 3.10. Reasonable reliance (on promises); 3.11. A unilateral contract; 3.12. Lease; 3.13. Covenant of quiet enjoyment; 4. Mosquito; 5. Sadowsky; 6. Vance; 7. Watkins; 8. Conclusion; 9. References.

1. INTRODUCTION

Libertarianism is predicated upon the sanctity of private property rights and the non-aggression principle (NAP).

There has been an exhaustive and fierce debate amongst non-libertarians regarding the pro-choice versus pro-life philosophies. However, since none of them start off with libertarian principles, let alone adhere, rigidly, to them throughout, the conclusions they reach are almost necessarily guaranteed to diverge, widely, from those reached by members of the libertarian school of thought. The present paper considers several contributions to this debate authored by libertarians. If no one else can be expected to observe the NAP based on private property rights, then, at least, they can be expected to do so. Hence, we suspect, there might be a consensus, at least in this small arena of scholarship, on this issue. If so, we will be sadly disappointed. It would appear that this issue is fraught with so many complexities, and subtleties that even those who, presumably, start out on the basis of shared principles, all too often diverge from one another.

In the following sections of this paper we criticize the views on abortion on the part of several scholars associated with the libertarian political philosophy. They are in section II, Feser; III, Goodwin; IV, Mosquito; V, Sadowsky; V, Vance; VI, Watkins. Section VII is our conclusion. I have chosen these authors and their views on abortion because, while all are associated with libertarianism, none have supported the evictionist view I maintain is a direct deduction from libertarian principles, non-aggression, and private property rights based upon homesteading virgin territory. That is to say, it is my contention that libertarians who do not embrace evictionism fail to carry out, fully, the logic of their own basic premises. If I cannot even convince libertarians that evictionism is the only just answer to the pro-life, pro-choice controversy, then I have little hope to do so with the population at large. The present paper, then, is dedicated to trying to grab up low hanging intellectual fruit who do not accept evictionism as the only valid answer to the abortion debate.





2. FESER

Feser's connection with libertarianism is tenuous at best.¹ For one thing, he is concerned with "moral" issues, in contrast to libertarians who focus on a narrow subset of ethics, namely, what comprises just law.² For another, he embraces positive obligations, anathema for the libertarian.³ He posits that "Adam" is the legitimate owner of an entire small island, and, yet, is obligated to stand by and allow "Zelda" to trespass on his property, given that she needs to do so in order to remain alive. On this ground, whenever anyone is starving anywhere on the planet, Feser's analysis would imply that other people are obligated to come to their rescue. Whatever else it may be, this doctrine is hardly a libertarian one.⁴

However, Feser⁵ quite properly takes Thomson⁶ to task as favoring the pro-abortion side of the debate, and, also, convincingly undermines her position. The latter author, it will be remembered, analogizes pregnancy along the lines of a famous violinist being hooked up to your kidney, without your permission. States Feser of Thomson's position: "...it isn't clear how it would justify any abortion other than in the case of pregnancy resulting from rape, with which the kidnapping by the violinist's admirers is analogous. Surely a pregnancy resulting from consensual intercourse — which, as everyone knows, has a chance of resulting in pregnancy even when contraception is used — is not analogous to Thomson's example." This is a telling point of Feser's, in that both the target of the violinist, and the woman who is pregnant as the result of rape, are placed in the position of host against their will. They are victims according to libertarian law, and the remedy, at the very least, ought to include saving them from their

¹ FESER, Edward. Self-ownership, abortion, and the rights of children: toward a more conservative libertarianism. . **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 18, n. 3, p. 91-114, june/sept. 2004.

² For example, Feser focuses on "a moral difference with regard to the rape victim's obligations;" discusses how a woman "may morally extricate herself" from a predicament; and asks "Would it be morally permissible to destroy the protoplasm..."

³ The main connection between him and this essay of his on the one hand and libertarianism on the other is that it appeared in the *Journal of Libertarian Studies*, the flagship of this philosophy. Another linkage is that this author once considered himself a libertarian, but no longer does. See on that Feser (FESER, Edward. Self-ownership, abortion, and the rights of children: toward a more conservative libertarianism. . **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 18, n. 3, p. 91-114, june/sept. 2004); also BLOCK, Walter E. Response to Feser on libertarianism. **Journal Etica e Politica/Ethics & Politics**, Trieste. Forthcoming.

⁴ This author also indicates his support for positive obligations when he asserts: "Children, unlike the progeny of non-human animals, are entirely helpless at birth. It follows that, on libertarian principles, anyone who brings a child into the world has a duty to do what is necessary to provide for that child, since not to do so would be a clear violation of that child's self-ownership — a putting of that child in a position in which its capacities are completely nullified. Child neglect and endangerment, even when it is non-invasive, is an obvious violation of the SOP." (Self-Ownership Proviso.)

⁵ FESER, Edward. Self-ownership, abortion, and the rights of children: toward a more conservative libertarianism. . **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 18, n. 3, p. 91-114, june/sept. 2004.

⁶ THOMSON, Judith Jarvis. A Defense of Abortion. **Philosophy & Public Affairs**, New Jersey, vol. 1, n. 1, p. 69-80, sept./dec. 1971.





present plight. This means that the host of the violinist may cut him loose, and that the pregnant woman ought to be allowed to evict her unwanted fetus.⁷

But this analysis is marred by Feser's insistence that even in the case of rape the victim is precluded from separating herself from the fetus. He states:

If one accepts the SOP,⁸ then it is difficult to see how one can fail to condemn abortion, even in the case of rape, and certainly in the case of pregnancy resulting from consensual intercourse. A woman — and the man she sleeps with — are in the latter case like Adam, should he decide to fire cannonballs at passing ships and then complain that people keep washing up on his island whom he now has to allow ashore.⁹

The obvious *reductio ad absurdum* to this position, *vis a vis* Thomson, is that the violinist would then have a right to the use of your kidney for however long he needs it to maintain himself. For any lesser scholar than Feser, this would be enough to blow his theory out of the water. But this writer does not run away from this untenable implication of this theory. Rather, brazenly, he embraces it: "Accordingly, it would seem also to follow that you must remain attached to the violinist in Thomson's example...." It is difficult to deal with a philosopher who claims that the innocent person beset upon by the violinist must not cast him off. Is there such a thing as a super *reductio ad absurdum*, or, perhaps, the *reductio ad absurdum* squared, or, maybe, even, cubed? If followed to its logical conclusion, any criminal may do anything he wishes to any victim – up to and including rape, murder, enslavement – provided only that the perpetrator requires this action in order to maintain his well-being. Here we have a veritable clash of rights, something else that is anathema to the libertarian philosophy. For one person's well-being is set against that of another, and we are as at sea without a compass; we have no way of determining just who is in the right. It will not suffice, against Feser, to claim that the mother owns her womb, and that therefore the baby, no matter how innocent, is a trespasser, and that she is entitled to remove him from her premises. For if even the person victimized by the violinist may not separate from him, then no victim, no slave, no target of rape, may resist her attacker, so long as the latter is in great need of the physical body of the victim.

Feser also misconstrues Thomson's example of the "people seeds." She very properly uses this a defense against the charge that if a woman agrees to have intercourse,

⁷ We go along with both Feser and Thomson in positing, *arguendo*, that the fetus, at any stage of its development, is a rights-bearing human being.

⁸ Feser borrows this SOP from Mack (MACK, Eric. *The Self-Ownership Proviso: A New and Improved Lockean Proviso*. **Social Philosophy and Policy**, Cambridge, vol. 12, n. 1, jan./mar. 1995.). It is equivalent the common libertarian claim that we are all self-owners, and that therefore the initiation of violence against us would be illicit.

⁹ FESER, Edward. 2004. Self-ownership, abortion, and the rights of children: toward a more conservative libertarianism. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 18, n. 3, p. 91-114, june/sept. 2004. p. 104.





knowing that a possible result would be pregnancy, she still has not agreed, explicitly through contract, nor, even, implicitly, to house the baby for nine months. Her point was that if there were “people seeds” that could enter a home and create adult persons, and, if a woman opened her door or window and they got in and grew, she still would not be responsible to maintain them. Feser attempts to undermine this brilliant point of hers as follows: “Surely, though, the disanalogy here is obvious: sperm is hardly as difficult to avoid as Thomson’s people seeds are, and unlike the latter, one has positively to do something to get it, something one is fully capable of refraining from. It is not as if we are, as with the people seeds, constantly bombarded with it.” But this will not do. First of all, the different likelihoods of creating a baby in the ordinary way, or an adult in this science fiction-ish manner, should be irrelevant. We are talking principles here, not probabilities. Secondly, in *both* cases is it true that the woman must “do something to get it”: agree to sexual relations, or, open a door or window.

What of evictionism? That entire idea nowhere enters into Feser’s ken. And with “good” reason: if even the victim of rape must be compelled by law to keep her baby full term, then, for this author, no woman, for any reason, can be allowed to escape this fate. All that can be said about this analysis of Feser’s is that it is difficult to reconcile with libertarianism. Does not the woman own her own womb? Not at all, for Feser.

3. GOODWIN

This author offers no fewer than thirteen arguments against evictionism. I intend to refute each and every one of them, despite the fact that this will call for some repetitiveness.¹⁰ Why? His libertarian credentials are impeccable.¹¹ If even staunch libertarians such as this scholar cannot see their way clear to an understanding that evictionism is the only correct libertarian solution to the abortion debate, there is little hope than advocates of other philosophies will come to see it either. Therefore, it is imperative to pulverize his perspective.

3.1. Abortion is killing, but is it murder?

Well, I lied. In this section Goodwin merely summarizes Block and Whitehead¹² and Rothbard¹³; he does not yet launch into his critique. However, even in this introduc-

¹⁰ Several of his objections overlap one another.

¹¹ Ordinarily, an author who writes a sentence of this sort would be expected to document it. I cannot do so, since “Goodwin” is a nom de plume. However, I am personally acquainted with this philosopher, and can vouch for his libertarian credentials.

¹² BLOCK, Walter E.; WHITEHEAD, Roy. Compromising the Uncompromisable: A Private Property Rights Approach to Resolving the Abortion Controversy. *Appalachian Journal of Law, Grundy*, vol. 4, n. 1, 2005.

¹³ ROTHBARD, Murray N. *The Ethics of Liberty*. Atlantic Highlands: Humanities Press, 199/8.





tion of his, he writes: "Both have written in favor of abortion (Block via his concept of 'evictionism')..." The problem here is that this conflates eviction and abortion, two very, very different concepts. The first means, merely, that the woman can expel, detached from, separate herself from, the fetus, and leaves it as an entirely open question as to what will happen to her baby afterward. At present technology, the baby¹⁴ first becomes viable when treated in this manner in the third trimester. Abortion, in very sharp distinction, is entirely a separate matter. It combines two different acts: the first, eviction, and the second, outright murder. When a landlord evicts a tenant from his rental unit for non-payment, he does not execute him. If he does, this becomes an entirely different matter. Think of partial birth abortion in the last trimester as one of the most heinous activities humans have ever perpetrated on members of their own species.¹⁵ The baby is perfectly capable of living outside of the womb. Yet, its brains are sucked out of it, and it is launched, dead, out into the open air. If that is not outright despicable murder, murder most foul, then nothing is.¹⁶

3.2. When does life begin?

Behold, another lie on my part. Goodwin and I are entirely in accord on this matter; we both maintain that human life begins with the fertilized egg, he on the basis of a mere assumption,¹⁷ me out of strong belief.¹⁸ No one doubts the baby is a human at birth. But, a few moments before, while still in the womb? There does not seem to be too much of a difference between the two. And, if not, the step back toward the fertilized egg state is but a gradual one, with no obvious demarcation between human life and its absence. Of course, something similar may be said for the colors of the rainbow, ROYGBIV. They, too, shade into one another, and, yet, surely, we can demarcate, separately, each of these seven colors. I contend there is a disanalogy here. None of the colors "grow" into one another. They are separate entities. Not so for human development.

¹⁴ In an attempt not to set up a straw man argument, and, also, because this happens to be my view, I posit that human life begins with the fertilized egg. Neither the sperm alone, nor the egg alone, will in the ordinary course of things become a rights bearing human being; but, together, they will.

¹⁵ I abstract from cases where this procedure, and only this procedure, not eviction, is necessary to save the woman's life or for her health.

¹⁶ In saying this, I reveal where my own heart is at: strongly with the pro-life side of this debate. However, this perspective is incorrect, since it would not allow eviction in the first two semesters, when the fetus cannot live outside of the womb, and this is justified under evictionism.

¹⁷ He states: "... my examination proceeds assuming that human life begins at conception."

¹⁸ In the Jewish tradition, life begins when the fetus graduates from medical school. Well, when it has a heart-beat. But this seems arbitrary. Why not when it attains brain waves? Or a (semi) human shape? Or toes for that matter.





3.3. Abortion and failure to come to the aid

Goodwin quotes me¹⁹ accurately, as follows: “The woman who refuses to carry her fetus to term is in exactly the same position as a person who refuses to rescue a drowning swimmer. Abortion is not, in and of itself, an act invasive of other people or their property rights, even when fetuses are considered persons.” However, I²⁰ misspoke. I should not have used the word “abortion” there. Rather, the word I should have used, and now do, is “eviction.” So the sentences should read in this way: The woman who refuses to carry her fetus to term is in exactly the same position as a person who refuses to rescue a drowning swimmer. Eviction Abortion is not, in and of itself, an act invasive of other people or their property rights, even when fetuses are considered persons.”

Goodwin claims a disanalogy here: “In the case of the drowning swimmer, the potential rescuer (presumably) did nothing to cause the swimmer to drown – the person did not throw someone unable to swim into the middle of the ocean after inviting the novice to go for a boat ride. However, the woman did take an action in the situation the act of becoming pregnant. Aborting the unborn child is like deliberately throwing a non-swimmer into the middle of the Pacific Ocean after providing a formal invitation to a nine-month cruise – a cruise with no scheduled stops. The invitation conveys an obligation; the act of throwing the person overboard is an aggressive act, in violation of the non-aggression principle.”

I must of course agree with this gifted libertarian theorist when he points to the NAP as crucial to the analysis. However, I fear he errs in several places. First, he focuses on the fact that the woman “did take an action” to involve herself in this situation, while the boat owner was in no manner, way or shape responsible for the plight of the swimmer. Fair enough. However, merely “taking an action” does not logically imply responsibility for the results of that action. If a woman wears a mini skirt in some locales in Egypt, and more recently Cologne, Germany, she is likely to be molested, even raped. Is she responsible for that attack? Of course not. This would be entirely the fault of the person(s) committing the assault, not her. Just because the woman became pregnant obligates her to nothing whatsoever. Thomson furnishes us with yet another example.²¹ A woman opens her window. This makes it easier for a marauder to enter her property. Is she legally, ethically, responsible for the evil that ensues? Again, of course not, Goodwin to the contrary notwithstanding. Second what about rape? Here, the woman

¹⁹ BLOCK, Walter E.; WHITEHEAD, Roy. Compromising the Uncompromisable: A Private Property Rights Approach to Resolving the Abortion Controversy. *Appalachian Journal of Law*, Grundy, vol. 4, n. 1, 2005.

²⁰ This sentence came from the section of that paper to which I contributed. Therefore the fault, the error, is mine.

²¹ THOMSON, Judith Jarvis. A Defense of Abortion. *Philosophy & Public Affairs*, New Jersey, vol. 1, n. 1, p. 69-80, sept./dec. 1971.





also “takes an action.” She does not hire a bodyguard, and goes out for a walk, perhaps in a dangerous neighborhood. Is she therefore “responsible” for this crime? To ask this is to answer it. But I will answer it anyway: of course not.

3.4. The unborn child is trespassing

In this section our author objects to the by now famous Thomson violinist scenario as an analogy to pregnancy. He does so on the ground that the “mother took an action that could result (no matter the precaution taken) in pregnancy.” Therefore, she is responsible to keep the baby with her for nine months. One problem is with the case of rape. The baby who results from that heinous act is as innocent as any other. Yet, it would appear that all babies have equal rights; certainly, Goodwin says nothing to the contrary. But if this is so, then it cannot be said that the woman victimized by rape “took any action” at all. Rather, she *was acted upon*. Again, also, going out on the street, or, even, entirely innocently sitting at home behind locked doors, “no matter the precaution taken” might result in a rape. This point of Goodwin’s carries far less weight than he thinks it does. If staying at home or going out of one’s home carries this risk, and the woman has therefore “acted,” then, according to this author, she is “responsible.” Reductio ad absurdum, anyone?

3.5. There is no contract

Goodwin maintains that it is indeed possible to have a contract with a baby, or a fetus. He quotes a legal authority to the effect that: “For most contracts, the general rule is that while it’s not illegal to enter into a contract with a minor, the contract is voidable at the discretion of the minor. Voidable contracts are usually valid contracts and are binding unless the child cancels it.” But this seems to stretch the meaning of a “contract” so far as to rend it asunder. A “minor” of, oh, eight or twelve years old is one thing. A fetus, is quite another.

3.6. The mother can change her mind

I can readily go along with Goodwin on this, if there is an iron clad contract between two parties, and one of them has already paid the other. This is the example offered by Rothbard regarding Smith and Jones; the former lends to the latter, and/or delivers a good to be paid for later.²² Then, there is a clear case of theft when the second party reneges. But the relation between mother and baby is so far removed from that type of situation as to make reliance on it completely invalid. Even if there were an

²² See below under topic ten.





invitation from the mother to the unborn baby, which there is not, people are allowed, at least under libertarian law, to change their minds regarding them. Of course, you may not invite someone for a sea cruise, and then, 500 miles from shore, change your mind about the invitation and ask the guest to leave. Here, there is an implicit contract that the host will leave the guest in no worse position, vis a vis his life expectancy, than before the invitation was made. But, again, it is a herculean stretch to equate that with the relation of mother and fetus. In any case, the fetus is not created until some time after sexual intercourse is completed. There is no small human being inside the womb until the sperm enters the egg several minutes afterward. Thus, at the time of the congress between man and woman, there is no fetus yet in existence who can possibly be "invited."

3.7. Evictionism

The underlying idea behind evictionism is that the unwanted zygote is a trespasser, no matter how he ended up in the womb, and the mother, the owner of her body, has a right to evict, but not murder, this young interloper.

Goodwin disagrees: "I find no trespass. How is one trespassing when one was invited? When the party host extended the invitation, she knew it would be for a nine-month visit with no possible way for the guest to depart in the meantime. The unborn child was invited by the action of the woman for just such a term." There are problems here. First, there was no invitation. Certainly, not in the case of rape. Second, even if there was an invitation, which there most certainly was not, it need not be for a "nine-month visit." Contrary to Goodwin, the baby is viable outside the womb at the seventh month. Why not an invitation for a week or so, or a month at most? Where is it written that all pregnant women offer invitations for three quarters of a year?²³

It is at this point that Goodwin commits a philosophical howler. He starts off by quoting from: "The position put forth here, in contrast, is one of eviction not of killing. However, if the only way to evict is by killing the fetus, then the woman's right to her property - that is, her womb - must be held above the valuable life of the fetus."²⁴

He then continues: "There is significant fault with this assertion. Even if one grants Block's position, Rothbard suggests that property rights can be legitimately defended only proportionately: 'The victim, then, has the right to exact punishment up to the proportional amount as determined by the extent of the crime...'"

²³ I pick up a hitch-hiker in New Orleans. He wants to go to Los Angeles. I agree to take him there. But then when we get to Houston, I change my mind and ask him to leave. Have I committed a crime? Not any that would be recognized by a libertarian court.

²⁴ BLOCK, Walter E.; WHITEHEAD, Roy. Compromising the Uncompromisable: A Private Property Rights Approach to Resolving the Abortion Controversy. *Appalachian Journal of Law*, Grundy, vol. 4, n. 1, 2005.





The mistake is to equate *defense and punishment*. Not only in libertarian law is the victim able to do much more to protect himself during the commission of the crime than the court may do after the fact, if it supports the libertarian notion of proportional punishment. While the crime is being committed, the victim has no idea as to whether or not deadly force will be used by the perpetrator. The latter may only want to steal a can of beer, but the grocer cannot know that. Thus, he is entitled to kill the intruder. In contrast, it would not be a civilized court that would impose the death penalty for such petty theft.

Whereupon this author offers a very important challenge to libertarian theorists. He asks: "Is a shopkeeper justified in shooting a six-year-old child in the back while the child is escaping with a one-dollar candy bar? It seems Block and Whitehead would say yes. After all, it is the shopkeeper's property rights in question. Does the six-year-olds' aggression justify any and every level of violence by the shopkeeper in defending his one-dollar candy bar?" I speak only for myself when I say that the only time this would be justified is if the only way the shopkeeper could stop the theft is by shooting. For example, he might be a paraplegic with only the trigger finger functioning. For the libertarian, property rights are sacrosanct. We cannot support children stealing candy bars; if we do, utilitarian point coming up, the practice will become widespread. Assuming the child is young enough not to constitute a threat, the mighty presumption is that the able-bodied property owner will be able to stop the theft with far less violence than the proverbial shot in the back; certainly, such a baby constitutes no threat of bodily harm. The reason he may do so to an adult, or, even, an armed child, is that, then, there is a threat of dire consequences, and if property rights are to be upheld, then force, yes, deadly force, is justified.

3.8. Rights of the unborn child

In this short section our author likens the relationship of mother and unborn baby to that between landlord and tenant. This seems like a bit of a stretch, even for Goodwin, since the former never signed a lease, no monthly fees were ever paid, etc.

3.9. Causation

My protagonist here maintains that the woman was a causal agent in her pregnancy, and that people are always responsible for what they cause; in effect they must set things right; be accountable, answerable for what they unleash. He states: "Here I speak to causation not in the abortive act (although this could be used to counter Block's "evictionism" argument), but in conception. The woman's "conduct" during intercourse brought on the "result" of pregnancy. It is difficult to accept that the woman





somehow has no responsibility at all for the pregnancy (and therefore, the unborn child) directly caused by her conduct.”

There is so much wrong here it is hard to know where to begin. Let us start with the fact that the other day I purchased an apple. I’m a relatively big eater of this fruit. This “caused” the price of apples to rise. My “conduct” thus “resulted” in the fact that some other person, a marginal consumer, got priced out of the market and could no longer afford to make a purchase he otherwise would have made. I am thus “responsible” for this “conduct” of mine. The implication would appear to be that I owe this person an apple, or, at the very least, an amount of money equal to the difference between what he would have paid for it in the absence of my “conduct” and with its presence. “Preposterous” would appear the only possible response to any such claim, however. Or, take another case. You don’t ask the ugly girl to dance at the party. As a “result” she commits suicide. You “caused” this, you dirty rat, you. Contrary to fact conditional stipulated: had you asked her for even one dance, she would have been a happy camper, very far removed from doing herself in. My response to all of this? Cause schmause. Causing something may well be necessary for having committed a crime, but it is certainly not sufficient, as Goodwin’s analysis would have it.

3.10. Reasonable reliance (on promises)

Rothbard discusses the “title-transfer” theory of contracts as follows:

Suppose that Smith and Jones make a contract, Smith giving \$1000 to Jones at the present moment, in exchange for an IOU of Jones, agreeing to pay Smith \$1100 one year from now. This is a typical debt contract. What has happened is that Smith has transferred his title to ownership of \$1000 at present in exchange for Jones agreeing now to transfer title to Smith of \$1100 one year from now. Suppose that, when the appointed date arrives one year later, Jones refuses to pay. Why should this payment now be enforceable at libertarian law? Existing law (which will be dealt with in greater detail below) largely contends that Jones must pay \$1100 because he has “promised” to pay, and that this promise set up in Smith’s mind the “expectation” that he would receive the money.

Our contention here is that mere promises are not a transfer of property title; that while it may well be the moral thing to keep one’s promises, that it is not and cannot be the function of law (i.e., legal violence) in a libertarian system to enforce morality (in this case the keeping of promises). Our contention here is that Jones must pay Smith \$1100 because he had already agreed to transfer title, and that nonpayment means that Jones is a thief, that he has stolen the property of Smith. In short, Smith’s original transfer of the \$1000





was not absolute, but conditional, conditional on Jones paying the \$1100 in a year, and that, therefore, the failure to pay is an implicit theft of Smith's rightful property.

Let us examine, on the other hand, the implications of the now prevalent 'promise' or 'expectations' theory of contracts. Suppose that A promises to marry B; B proceeds to make wedding plans, incurring costs of preparing for the wedding. At the last minute, A changes his or her mind, thereby violating this alleged 'contract.' What should be the role of a legal enforcing agency in the libertarian society? Logically, the strict believer in the 'promise' theory of contracts would have to reason as follows: A voluntarily promised B that he or she would marry the other, this set up the expectation of marriage in the other's mind; therefore this contract must be enforced. A must be forced to marry B.

As far as we know, no one has pushed the promise theory this far. Compulsory marriage is such a clear and evident form of involuntary slavery that no theorist, let alone any libertarian, has pushed the logic to this point. Clearly, liberty and compulsory slavery are totally incompatible, indeed are diametric opposites. But why not, if all promises must be enforceable contracts?

A milder form of enforcing such marriage promises has, however, been employed, let alone advocated, in our legal system. The old 'breach of promise' suit forced the violator of his promise to pay damages to the promisee, to pay the expenses undergone because of the expectations incurred. But while this does not go as far as compulsory slavery, it is equally invalid. For there can be no property in someone's promises or expectations; these are only subjective states of mind, which do not involve transfer of title, and therefore do not involve implicit theft. They therefore should not be enforceable, and, in recent years, 'breach of promise' suits, at least, have ceased to be upheld by the courts. The important point is that while enforcement of damages is scarcely as horrendous to the libertarian as compulsory enforcement of the promised service, it stems from the same invalid principle.²⁵

If this does not put paid to Goodwin's promises theory, then nothing will. But this author demurs on the following ground: "What would a reasonable person – one unable to swim – assume if invited on a nine-month ocean cruise? Would he reasonably assume this invitation included the possibility that his hostess would throw him overboard?

²⁵ ROTHBARD, Murray N. For a New Liberty: The Libertarian Manifesto. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 1973. chapter 19.





"After receiving an invitation that inherently involved nine months of complete – life-and-death – dependency, what would be more reasonable for the unborn child to rely upon than he was promised the benefit of the full term in the womb?"

But there is a hole in this analogy large enough to drive through it the proverbial truck. The boat owner explicitly invited the non-swimmer guest on a cruise; the mother made no such invitation to the baby. At the time of intercourse, no fetus yet existed. An invitation requires two parties, and inviter and an invitee. Surely, in the case of rape there could not have been any invitation at all, not even a poetic one of the sort imagined by this author. In the case of the shipping magnate, there was at least an implicit understanding that the guest would not be treated in so cavalier a manner. If he was, his welfare position would have been worsened, and he would not have agreed to embark on the trip in the first place. In the case of the pregnant woman who evicts her baby, whether or not it perishes, the latter's position was improved if we can claim that existence even for a short time is better than no existence at all.²⁶ Nor is there any question of a not yet existing fetus agreeing to anything.

3.11. A unilateral contract

But Goodwin is not finished yet. Far from it. He brilliantly offers the following scenario to overcome the fact that at the time of sexual intercourse, there is no fetus (yet) in existence:

Offering a reward is a typical example of such a contract – a reward is made known to the general public. The counterparty need not be known at the time the contract is offered, yet it is enforceable by the counterparty if properly claimed. Technically, the counterparty need not even be born or conceived when the offer was made (imagine in 1963 a fifteen-year-old boy finding Hitler on skis in Bariloche). Subsequently, someone comes to claim the reward: the person who chose to act. Although he was not the individually identified counterparty (at the time of contract there was no specific counter-party), he has a contractual right to the reward.

It cannot be denied that this author is ingenious. But, try as he might, he will not be able to overcome the case in favor of evictionism. For offering a reward is making a *promise* to pay. There is no contract involved. And, Rothbard's dismissal of contracts as legally²⁷ binding is definitive. Remember, in a contract, where consideration has

²⁶ Further, "where there is life there is hope." Which position would you rather occupy, gentle reader? Never to have been conceived at all, or, to have been created, with a chance at life if the mother carries through, or not, if she evicts before viability? For those who chose existence, the answer is obvious.

²⁷ Not morally.





changed hands, reneging amounts to downright theft. No such situation occurs with a broken promise.

But will this not end the practice of offering rewards? That is, promising to pay any (now unknown person) money or valuable consideration if he fulfills the requirement? Not at all. The promisor need only post a bond with a third person, perhaps a bank, or a court, to the effect that the person who complies with the mandate of the reward shall be paid. Then it is out of the hands of the person who made the promise.²⁸ Suppose Rothbardianism in this regard were to become the law of the land. Bonds of this sort would tend to assure subsequent payment of the reward.

Not only is Goodwin a brilliant libertarian theoretician, he is a poet of no little note. Consider the following:

The woman made an offer; she placed herself in a position of being obligated to a counter-party that might take her up on her offer. The unborn child took her up on the offer, and can therefore enforce the contract – contracts with minors are enforceable by the minor, if the minor chooses to do so; contracts with a minor can only be voided by the minor. I suspect the unborn child would choose to enforce the contract.

Yes, these words are beautiful. But they avail his side of the argument nothing when the rubber hits the road. No, the woman never made her (not yet existing) fetus an offer.²⁹ This claim is poetic only. In real terms, preposterous. No, the unborn child most certainly did *not* “take her up on her offer.” Only in sublime poetry can non-existent entities “take any one up” on anything. There was no “contract” between them, except poetically. Unborn children are not yet capable of “choosing” anything, except in fairy tales. The soon to be mother offered a “reward” to her soon to be created baby? This is but the product of a very fertile imagination.

3.12. Lease

If any plain old ordinary contract is nonsense, then a real estate lease is nonsense on stilts. And, yet, Goodwin sees “The mother as landlord and the unborn child as tenant have entered into a lease – a fixed-term tenancy, with the term tied to a specific event: birth. Such a lease term was recognized in common law.” When, ever, did the “tenant” pay rent to the “landlord”? Never, that is when.

²⁸ But are we not, merely, placing the problem at one remove, attempting, as it were, to sweep it under the carpet? No. For this third party would be *contractually obligated* insofar as the reward giver is concerned, to make the money available to anyone complying with the stipulations of the reward. If this third party reneged, he would in effect be stealing money from the person who offered the reward, in much the same way, in Rothbard’s example, as Jones stole from Smith.

²⁹ This holds in spades for the woman who is pregnant as a result of rape, who’s fetus has every right enjoyed by any other not yet born infant.





Our author asks: “Can the landlord evict the tenant without cause? I have reviewed several typical real estate lease contracts, and find nothing to suggest this is so.” If there is a signed lease by both parties, then, of course, neither can abrogate it without the other’s permission. But this business of “without cause” stems from the realm of rent control. There, the landlord would like nothing better than to evict the tenant who is paying below market rent.³⁰ But the law will not allow the property owner to do any such thing, lest this totally undermine the rent control system at the outset.

3.13. Covenant of quiet enjoyment

Borrowing heavily, again, from real estate law, Goodwin requires of “the landlord (the mother)” that she provide her tenant, the baby, with quiet enjoyment of the premises she has rented out to him. Certainly, he avers, this would feature the exclusion of “an abortion doctor from the premises” as this be the very opposite of “peace and quiet” for the tenant. But it would include much more. Under this “agreement,” presumably, the mother would not be allowed to drink alcohol, smoke cigarettes, engage in strenuous sporting events, fail to get plenty of rest, etc. There is no objection to the fact that ethically speaking, these are all required. But Goodwin would make this a matter of law, libertarian law. One wonders how many mothers would be willing to sign a “real estate” “contract” of this sort.

4. MOSQUITO

Mr. Mosquito³¹ “agrees with the vast majority of Walter Block’s positions on the application of the non-aggression principle to the various concerns of the humans that inhabit this planet.” I am pleased and proud to acknowledge the inverse. I regard this scholar as one of the most gifted libertarian theoreticians now active on a whole host of issues related to the NAP. Moreover, I am impressed that he should use specific performance contracts, something on which we both agree, against my views on evictionism.

What are specific performance contracts? These are agreements when the employee must carry through on the performance mentioned in the contract. For example, A hires B to sing at his wedding. B changes his mind. A is legally entitled to compel B to engage in that act. The most extreme case of this would be the voluntary slave contract. B sells himself to A as a slave. A now has the legal right to whip B for any reason. If B calls the police and accuses A of assault and battery and given that this specific performance contract is legal, then the police will not and may not come to the aid of B.

³⁰ Either he can rent it to another tenant at a higher rate, if allowed by law, or, convert it to a more remunerative purpose, typically sell it as a condominium.

³¹ Another gifted libertarian who writes under a pseudonym whose identity I decline to reveal.





If B attempts to run away from A, the police will properly bring B back into the custody of A.³²

Mosquito, who agrees with me on the validity of such contracts, brilliantly attempts to employ them against my evictionist position. He argues that the fetus has a

³² Virtually all libertarians oppose specific performance contracts, and, certainly slave contracts as mentioned above. Here is but the tip of the iceberg in this regard: BARNETT, Randy E. Contract Remedies and Inalienable Rights. **Social Philosophy & Policy**, Cambridge, vol. 4, issue 1, p. 179-202, sept./dec. 1986; BARNETT, Randy E. **The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law**, Oxford: Clarendon Press, 1988; CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 85, n. 6, p. 1089-1128, apr. 1972.; EPSTEIN, Richard. Why Restrain Alienation. **Columbia Law Review**, New York, vol. 85, p. 971-990, 1985; EVERS, Williamson. Toward a Reformulation of the Law of Contracts. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 1, p. 3-13, jan./mar. 1977; GORDON, David. Private Property's Philosopher. **The Mises Review**, Auburn, vol. 5, n. 1, p. 1-7, mar./june 1999; KINSELLA, N. Stephan. Inalienability and Punishment: A Reply to George Smith. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 14, n. 1, p. 79-93, dec./mar. 1998-99; KINSELLA, N. Stephan. A Libertarian Theory of Contract: Title Transfer, Binding Promises, and Inalienability. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 17, n. 2, p. 11-37, mar./june 2003; KRONMAN, Anthony. Paternalism and the Law of Contracts. **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 92, 1983; KUFLIK, Arthur. The Inalienability of Autonomy. **Philosophy and Public Affairs**, New Jersey, vol. 13, n. 4, p. 271-298, mar./june 1984; KUFLIK, Arthur. The Utilitarian Logic of Inalienable Rights. **Ethics**, [s.l.], vol. 97, p. 75-87, oct. 1986; MCCONNELL, Terrance. The Nature and Basis of Inalienable Rights. **Law and Philosophy**, [s.l.], vol. 3, n. 1, p. 25-59, 1984; MCCONNELL, Terrance. The Inalienable Right of Conscience: A Madisonian Argument. **Social Theory & Practice**, [s.l.], vol. 22, issue 3, p. 397-416, mar./june 1996; RADIN, Margaret Jane. Time, Possession and Alienation. **Washington University Law Quarterly**, Washington, vol. 64, n. 3, p. 739-758, 1986; RADIN, Margaret Jane. 1987. Market-Inalienability. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 100, n. 8, p. 1849-1937, june 1987; REISMAN, George. **Capitalism**. Ottawa: Jameson Books, 1996. p. 455, 634-636; RICHMAN, Sheldon. Slaves contracts and the inalienable will. **The Libertarian Forum**, Auburn, p. 4-5, jul./aug., 1978. Available at: <http://mises.org/journals/lff/1978/1978_07-08.pdf>; ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**. Atlantic Highlands: Humanities Press, 1998; SMITH, George. A Killer's Right to Life. **Liberty**, [s.l.], vol. 10, n. 2, p. 46-54, nov. 1996; SMITH, George. Inalienable Rights? **Liberty**, [s.l.], vol. 10, n. 6, p. 51-?, jul. 1997.

However, there are a few counter examples: ANDERSSON, Anna-Karin. An alleged contradiction in Nozick's entitlement theory. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 21, n. 3, p. 43-63, mar./june 2007; BLOCK, Walter E.. Voluntary Slavery. **The Libertarian Connection**, [s.l.], vol. 1, n. 3, p. 9-11, apr. 1969; BLOCK, Walter E. Book review of Nancy C. Baker, *Baby Selling: the Scandal of Black Market Adoptions*, New York: The Vanguard Press, 1978. **Libertarian Review**, San Francisco, vol. 7, n. 12, p. 44-45, jan. 1979; BLOCK, Walter E. Market Inalienability Once Again: Reply to Radin. **Thomas Jefferson Law Journal**, San Diego, vol. 22, n. 1, p. 37-88, mar./june 1999; BLOCK, Walter E. Alienability, Inalienability, Paternalism and the Law: Reply to Kronman. **American Journal of Criminal Law**, Austi, vol. 28, n. 3, p. 351-371, june/sept. 2001; BLOCK, Walter E. Toward a Libertarian Theory of Inalienability: A Critique of Rothbard, Barnett, Gordon, Smith, Kinsella and Epstein. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 17, n. 2, p. 39-85, mar./june 2003; BLOCK, Walter E. Ayn Rand and Austrian Economics: Two Peas in a Pod. **The Journal of Ayn Rand Studies**, University Park (PA), vol. 6, n. 2, p. 259-269, mar./june 2005; BLOCK, Walter E. Epstein on alienation: a rejoinder. **International Journal of Social Economics**, [s.l.], vol. 33, n. 3-4, p. 241-260, 2006; BLOCK, Walter E. Alienability: Reply to Kuflik. **Humanomics**, [s.l.], vol. 23, n. 3, p. 117-136, 2007; BLOCK, Walter E. Yes, Sell Rivers! And Make Legal Some Slave Contracts. **The Tyee**, Victoria, Opinion, July 25 2009. Available at: <http://thetyee.ca/Opinion/2009/07/24/SellRivers/>; BLOCK, Walter E. Privatizing Rivers and Voluntary Slave Contracts. **Lew Rock Well**, [s.l.], July 27 2009, Available at: <<http://www.lewrockwell.com/block/block134.html>>; FREDERICK, Danny. Voluntary Slavery. **Las Torres de Lucca**, Madrid, vol. 3, n. 4, p. 115-137, ene./jun. 2014; KERSHNAR, Stephen. A Liberal Argument for Slavery. **Journal of Social Philosophy**, [s.l.], vol. 34, n. 4, p. 510-536, 2003; LESTER, Jan Clifford. **Escape from Leviathan**. New York: St. Martin's Press, 2000; MOSQUITO, Bionic. **Walter Block, Specific Performance Contracts, and Abortion**. July 12 2015. Available at: <<http://bionicosmosquito.blogspot.com/2015/07/walter-block-specific-performance.html>>; MOSQUITO, Bionic. The Sanctity of Contract. April 19 2014. Available at: <<http://bionicosmosquito.blogspot.com/2014/04/the-sanc-tity-of-contract.html>>; NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia**. New York: Basic Books, 1974. p. 58; 283; 331; STEINER, Hillel. **An Essay on Rights**. Oxford: Blackwell Publishers, 1994. p. 232; THOMSON, Judith Jarvis. **The Realm of Rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1990 p. 283-284.





right to insist that the mother engage in the specific performance she had contractually obligated to undertake, that is, “house” him safely for the usual nine month duration. Specifically he maintains: “I suggest that the unborn child has the right to the use of the womb for the term of the pregnancy. The mother owns the womb (obviously), but the child is a tenant, if you will; a tenant who in no way breached the lease agreement...” Mosquito refers to “Block’s ... (view) ... regarding specific performance contracts – outlining the right of the counter-party to demand specific performance if the first party has a change of heart.... he disagrees with those in the libertarian community who suggest that such contracts are invalid within the framework of the NAP. He believes that enforcement of the terms of a specific performance contract is perfectly legitimate within libertarian theory... What does this have to do with abortion? One of the types of contracts upon which I make my case regarding the unborn child’s rights to occupy the womb for the term of the pregnancy – and against the possibility of eviction – is a specific performance contract.”

This attempt to hoist me by my own petard is insightful. However, I contend, it fails. It is predicated upon there being a specific performance or any other contract in existence between mother and baby. In my response to Goodwin, *supra*, I outline my reasons for doubting the existence of any such contract between these two “parties.”

Mosquito concludes his short essay on this note: “If the mother changes her mind – as Rothbard suggests she has every right to do – it will cause irreparable harm to the unborn child. Money damages will most certainly not be sufficient for the benefit of the now-dead unborn child. The counter-party (the unborn child) would be entitled to equitable relief, including specific performance, and such relief shall not be opposed. What specific performance would the unborn child demand? It is not difficult to imagine the answer.

Similar language is included in many contracts today, and one would expect in this most one-sided contract between mother and unborn child – where the party that set the terms of the contract could then break the contract and realize a gain while the counter-party suffers death – it seems reasonable that the expectation would be not less than what is standard in every-day commercial agreements – for exchanges much less significant than life and death.

However, again, this entire line of reasoning, brilliant as it is, founders on the fact that there is no contract, there can be no contract, of any kind, between mother and the sperm and the egg, which are the only entities that exist at the time of voluntary sexual intercourse. Even if we posit that there can be a contract between the mother and the pre-born infant, an entirely heroic assumption this is not sufficient to support the Mosquito’s contention.





5. SADOWSKY

Sadowsky³³ is a response to Block³⁴. Although both were published several decades ago, each is an integral part of the libertarian literature on abortion, and thus part and parcel of the present treatment.

This author objects to the evictionist thesis on the ground that most abortions do not fit this model: "What is wanted in most cases is precisely the death of the child. Most of those seeking abortions would be horrified at the thought that the child might survive his expulsion." Here, Sadowsky does not realize it, but he and I have no disagreement at all. Remember, abortion is the combination of two very different acts: separation, which may or may not be compatible with the viability of the fetus outside of the womb, it all depends upon which month this occurs; and, something altogether dissimilar: the actual killing (murder!) of the baby. It is precisely the essence of evictionism that while the first aspect of this double edged act is justified, the second part most certainly is not. The point is that in the first two trimesters, evictionism and pro-choice have the same effect, albeit for different underlying reasons: the fetus dies. In the third trimester, evictionism and the pro-life philosophy overlap in terms of practical results, if not philosophical underpinnings: the baby lives. And, as medical technology marches ever onward, evictionism comes more and more to resemble the pro-life position, at least in terms of whether the fetus survives or not. That is, for every ten or twenty years of new medical technology that passes, the fetus will be viable outside of the womb a few days earlier. Perhaps in 50 years from now, the fetus may be able to live outside the womb as early as its sixth month of existence; maybe in 100 years, in the fifth month. Does anyone doubt that in a century or two, or a millennium or so for the pessimists, the womb will no longer be needed to support the fertilized egg at all?

Sadowsky then asks:

Does the mere fact that a man is a stowaway justify our throwing him out of the aircraft? Ought we not in the absence of overriding reasons to wait until the aircraft lands? Both traditional natural law theory and the common law have it that our response to aggression should be proportionate to our need to resist and the nature of the attack. Suppose that the inflicting of a lethal wound is the only way to recover a stolen nickel. Is that enough to justify such an act?

Consider the stowaway first. He is a danger to the airplane owner. Who knows of what malicious acts he is capable. But, let us place this case in the best light possible.

³³ SADOWSKY, James. Abortion and Rights of the Child. **The Libertarian Forum**, Auburn. p. 2-3, jul./aug. 1978. Available at: <http://mises.org/journals/Lf/1978/1978_07-08.pdf>.

³⁴ BLOCK, Walter E. Toward a Libertarian Theory of Abortion. **The Libertarian Forum**, Auburn, vol. 10, n. 9, p. 6-8, sept. 1977.





He is unconscious.³⁵ Better yet, and more analogous, he is a totally innocent stowaway, who has been drugged and placed in your airplane by an evil gang. Then, does he not have a right to be expelled only after the landing of the plane? Whether or not this is true, the analogy with the baby, the purpose to which Sadowsky is employing this example, does not hold. For there is all the world of difference between trespassing into an airplane, and into the body of a person. Rothbard says this very dramatically: "... just as an assault on someone's body is a more heinous crime than the theft of his property, so the trespassing on or within a person's body is a far more heinous trespass than merely strolling on his land or stowing away on an aircraft."³⁶

Then, too, Sadowsky is guilty of the error of equating what may be done to the perpetrator when he is in the act of committing his dastardly crime, on the one hand, with how he may be properly punished afterward, when in the clutches of the law. Proportionality may well apply in the latter case, but certainly not in the former. Then, all bets are off. The victim may use deadly force to protect himself, and, I would add, his property, down to and including nickels stolen from him, forsooth.³⁷ Sadowsky, as a libertarian, accepts the centrality to this philosophy of the NAP. But, what good does this concept do if an owner may not use force to protect his five cent coin? Either we have the NAP or we do not. If we do, we may not only own property, but defend it too.

Again, Sadowsky confuses abortion and eviction when he writes: "... the foetus does not die as the result of the mother's failure to extend the means of life – it dies of the attack itself." True, always, for abortion, but this holds, for eviction, only in the first six months of the pregnancy. In the last three months, the fetus need not perish. Indeed, it can survive outside of the womb in this stage of development.

We cannot ignore two more of Rothbard's salient critiques of Sadowsky. Says the first:

... even if the foetus is considered to be human, no human has the right to reside unwanted within the body of another." And, with regard to Thomson's victim of the violinist: "I say that you would have the right, not merely to unplug yourself from his kidneys, but to be damned 'brutal' about it if necessary to get your body out of its enslavement, even if it kills the pianist in the process."³⁸

However, I must demur from Rothbard when he avers:

³⁵ The unconscious stowaway can wake up at any time, and create havoc, even more dangerous in the air. We can then stipulate that this worthy is placed in handcuffs, and thus can perpetrate no harm.

³⁶ ROTHBARD, Murray N. The editor replies. **The Libertarian Forum**, Auburn, p. 3, jul./aug. 1978. Available at: <http://mises.org/journals/lf/1978/1978_07-08.pdf>.

³⁷ Although see the discussion of the paraplegic mentioned supra, in the discussion of Goodwin's point 7.

³⁸ ROTHBARD, Murray N. The editor replies. **The Libertarian Forum**, Auburn, p. 3, jul./aug. 1978. Available at: <http://mises.org/journals/lf/1978/1978_07-08.pdf>.





*It seems to me that the problem with the Block-Sadowsky thesis of asserting the foetus to be human is that that act of birth, which I had always naively assumed to be an event of considerable importance in everyone's life, now takes on hardly more stature than the onset of adolescence or of one's 'mid-life crisis.' Does birth really confer no rights?" My response is, No, birth really confers no rights; none, in any case, not owned by the fetus five minutes before birth. Further, this event is of far less importance than "the onset of adolescence or of one's 'mid-life crisis.'"*³⁹

Rather, it is akin to a mere change of address, for that is all that happens in the few seconds before and after birth: a change of address, slight in the geographical sense, momentous insofar as dependency on the mother is concerned.

6. VANCE

In this section I respond to Vance⁴⁰; I consider them in reverse order. Vance's 2012 article is entitled "Libertarianism and Abortion." He and I both favor the former and oppose the latter. One wonders, then, why I would include his fascinating and very important contributions to this vexing issue since we seem to be in full agreement, if it is not my goal to merely to underscore everything he writes about it. However, our agreement is more apparent than real. About libertarianism, itself, nothing more need be said. We are fully congruent on that issue; I am an enthusiastic supporter of his views on that issue.

But he and I oppose abortion for very different reasons. In his case, it is because he is pro-life. In mine, it is because I make a sharp distinction between abortion, which combines eviction with outright and downright murder, and eviction alone. I oppose abortion not due to the first aspect (eviction) of this complex act, but rather the second (murder). Vance's stance on eviction, as distinct from abortion, is ambiguous. He states: "... how far along the pregnancy has to be ..." so as to justify for eviction a criminal penalty "... are things that would have to be determined that I don't profess to have precise answers to. But this is precisely the point of contention between evictionists and pro-lifers. Thus this author therein declares himself in effect an agnostic on evictionism, not an opponent of this philosophy. Nevertheless, a careful study of his essential deliberations on this subject will pay great dividends.

³⁹ ROTHBARD, Murray N. The editor replies. **The Libertarian Forum**, Auburn, p. 3, jul./aug. 1978. Available at: <http://mises.org/journals/lf/1978/1978_07-08.pdf>.

⁴⁰ VANCE, Laurence. Is Ron Paul Wrong on Abortion? **Lew Rock Well**, [s.l.], January 29 2008. Available at: <http://archive.lewrockwell.com/vance/vance133.html>; VANCE, Laurence. Libertarianism and Abortion. **Lew Rock Well**, [s.l.], July 17 2012. Available at: <<http://archive.lewrockwell.com/vance/vance297.html>>.





Vance starts out on a high note for a libertarian, centering this philosophy on the NAP⁴¹: "I have argued that because the non-aggression axiom is central to libertarianism, and because force is justified only in self-defense, and because it is wrong to threaten or initiate violence against a person or his property, and because killing is the ultimate form of aggression that, to be consistent, libertarians should be opposed to abortion."⁴² Yes, indeed, "libertarians should be opposed to *abortion*" but not to mere *eviction*, even though, unfortunately, if done too early in the pregnancy, the very human baby will perish.

Next, consider this statement of Vance's:

*Because a child in the womb is helpless, not initiating violence, not committing aggression, and not there of its own accord, I believe that, to be consistent, libertarians should not only be opposed to abortion, but in favor of making it a criminal act just like murder, rape, kidnapping, theft, assault, and robbery would be in any libertarian society based on the non-aggression principle.*⁴³

Helpless? Yes. Initiating violence? No, of course not. Not there of its own accord? Again, I agree. But the unwanted fetus is still committing aggression, in that he is occupying someone else's property, against her will. In the case of rape this is all too clear. It cannot be denied that such an infant is indeed a trespasser, albeit, of course, one lacking mens rea. Yet, all babies, however they were conceived, have *equal* rights. If this fetus may be ejected, then that applies to all of them. Yes, *abortion* should be a criminal act, but not *eviction*. In addition to not knowing how to deal with "... how far along the pregnancy has to be ..." Vance is not sure of the libertarian analysis of rape. But this seems very clear to me. It is unimaginable that such a baby should not be considered an interloper by the libertarian, no matter how undeniably innocent he is in terms of culpability. Thomson's violinist is equally innocent, and at one and the same time, an interloper.

Vance continues his analysis:

... although a fetus is a parasite in the sense that it lives inside, is dependent upon, and obtains nutriments from a host, I hasten to point out that a newborn baby is totally dependent upon someone to feed and take care of it as well. Even a six-month-old baby left to itself will soon die. Is it okay to just throw parasitical children in the trash with aborted

⁴¹ Quite properly, Vance quotes Mr. Libertarian on this matter, Murray Rothbard, and is even kind enough to include my own forays into this issue. He characterizes me as "Rothbard's disciple" and no truer words were ever said.

⁴² VANCE, Laurence. Libertarianism and Abortion. **Lew Rock Well**, [s.l.], July 17 2012. Available at: <<http://archive.lewrockwell.com/vance/vance297.html>>.

⁴³ VANCE, Laurence. Libertarianism and Abortion. **Lew Rock Well**, [s.l.], July 17 2012. Available at: <<http://archive.lewrockwell.com/vance/vance297.html>>.





*babies? A child in the womb a week before birth is just as much a parasite as a child in the womb six months before birth. Are libertarians who advocate abortion on demand ready to allow the procedure at any time before birth in the name of consistency?*⁴⁴

Dependency is an entirely different matter than parasitism. We can readily acknowledge that the newborn and the preborn baby are equally dependent upon adult care. And the same applies to the fetus in all stages of its development. But it is not true that the post birth baby is at all a parasite, as is the (unwanted) one in the womb. As a libertarian, I do not at all advocate "abortion on demand" but I do maintain that *eviction* "on demand" is compatible with this philosophy. Nothing stated by Vance so far is necessarily at variance with such a conclusion, although he certainly does not explicitly support such a stance.

But all this changes with his perspective, which is now incompatible with evictionism: "When a woman engages in an activity the natural consequence of which is pregnancy, she is obligating herself to bring to term a completely separate individual with uniquely different DNA that didn't choose to 'invade' her body or 'aggress' against her." Does the woman victimized by rape "engage" in sexual intercourse? This is unclear. If so, then she certainly does not "obligate" herself to anything. As for the female who voluntarily chooses to participate in this act, she no more obligates herself to anything at all, any more than does Thomson's woman who opens a door or window and thus makes it easier for the burglar to attack her. The "natural consequence" of a woman who walks out alone, unescorted by a male relative in some Arab countries, is to be raped, and perhaps impregnated. The "natural consequence" of a female who dresses in revealing clothing is much the same in such nations. And, yet, at least according to libertarian law, she has every right to do so, and is not "obligating" herself to anything at all.⁴⁵

Let us now return to Vance.⁴⁶ He starts off with an interesting choice. Libertarians fall into two groups:

- I support Ron Paul even though he is wrong on abortion.
- I don't support Ron Paul because he is wrong on abortion.

I clearly belong in the first camp. Block is in effect my love letter to this magnificent libertarian who is staunchly, and mistakenly, in the pro-life camp.⁴⁷ It is no exaggeration to say that I revere this man, and, yet, respectfully, part company from him on this issue.

Vance then makes a second important bifurcation:

⁴⁴ VANCE, Laurence. *Libertarianism and Abortion*. **Lew Rock Well**, [s.l.], July 17 2012. Available at: <<http://archive.lewrockwell.com/vance/vance297.html>>.

⁴⁵ With the exception, of course, of she herself acting in accordance with the NAP. That is her *only* obligation.

⁴⁶ VANCE, Laurence. *Is Ron Paul Wrong on Abortion?* **Lew Rock Well**, [s.l.], January 29 2008. Available at: <<http://archive.lewrockwell.com/vance/vance133.html>>.

⁴⁷ BLOCK, Walter E. **Yes to Ron Paul and Liberty**. New York: Ishi Press, 2012.





There are two kinds of “pro-choice” libertarians. The first recognizes that abortion is not a settled issue in the libertarian community and therefore hesitates to castigate fellow libertarians who oppose abortion as anti-libertarian or unlibertarian. They are civil, amiable, and likable — like Walter Block...

The second, and more vocal, group of these libertarians is made up of those who are adamant in their belief that opposition to abortion is anti-libertarian or unlibertarian. When a radical, pro-abortion feminist makes a statement like ‘fetuses are parasites who derive all their nutrients from the bodies of their hosts, and quite often pose to their hosts serious health complications and risks. Any woman carrying a fetus is being generous,’ it doesn’t surprise me in the least. But some ‘pro-choice’ libertarians make statements that are just as outrageous.⁴⁸

I greatly regret this, but, I must repay Vance’s kindness here with a slight criticism. First, although I readily accept and am grateful for the “civil, amiable, and likable”⁴⁹ I am not at all “pro-choice.” I am an evictionist – the compromise position between that and pro-life.” Second, I am very “adamant”⁵⁰ that both the pro-choice and the pro- life positions are incompatible with libertarianism.

Vance list several statements of Ron Paul eloquently espousing and defending the pro-life philosophy, including the statement that the “sanctity of life is crucial for the continuation of a civilized society.” Vance then asks:

Why would a libertarian have a problem with these statements? Why should it be considered libertarian to kill a baby in the womb or unlibertarian to oppose such killing? And even worse, why would a libertarian say that it was unlibertarian to advocate killing foreigners in an aggressive war but not non-libertarian to kill a baby in the womb?⁵¹

Let me attempt to answer this *crie de cour*. It is unlibertarian to kill innocent foreigners, who never came close to, or even had the power to, attack our country. But, an unwanted “baby in the womb” is a *trespasser*, harsh as this may sound. The easy case is the infant who is the product of rape. It is hard to deny he is a parasite, albeit a totally innocent one.

⁴⁸ VANCE, Laurence. Is Ron Paul Wrong on Abortion? **Low Rock Well**, [s.l.], January 29 2008. Available at: <<http://archive.lewrockwell.com/vance/vance133.html>>.

⁴⁹ I regard Vance in exactly the same way

⁵⁰ Hopefully, in a civil, amiable, and likable manner

⁵¹ VANCE, Laurence. Is Ron Paul Wrong on Abortion? **Low Rock Well**, [s.l.], January 29 2008. Available at: <<http://archive.lewrockwell.com/vance/vance133.html>>.





Next, Vance list several comments from libertarians who favor abortion.⁵² The gist, here, is that “a fetus is not really a human being”⁵³ compelling a woman to bear a child against her will amounts to enslaving her⁵⁴ and overriding her right to self-defense. This author invokes the NAP in behalf of forcing the woman to bring the infant to term, even against her will, and emotionally and tellingly cites Murray Rothbard, truly “the twentieth century’s greatest proponent of it.” Vance neglects to mention that Rothbard is a staunch defender of the pro-choice view. Now, it may well be that “Mr. Libertarian” is inconsistent in these two stances of his.⁵⁵ But Vance does not say this.

Let us consider one last point made by Vance. He opines:

*Killing someone is the ultimate form of aggression. Especially a helpless, defenseless fetus that is only guilty of suddenly waking up in a womb. The fetus certainly had no control over being a parasite, aggressing against a woman, invading a woman’s body, or adding unwanted pounds to his host – but its mother certainly did. If an unborn child is not entitled to protection of life, then to be consistent, libertarians should have no problem with the abortion of a fetus from one month old to nine months old. The nine-month old fetus is no more viable than the one-month old one.*⁵⁶

I agree, of course, that “the fetus certainly had no control over being a parasite, aggressing against a woman, invading a woman’s body.” However, it is not true that “its mother certainly did” have this control. Not so, in the case of rape. Nor can I agree that the fetus of one, and nine months, development should be placed in the same category. If both are evicted, not aborted, the former will die, but not the latter. This is a gargantuan difference, one which brings evictionism into sharp focus.

⁵² At: VANCE, Laurence. Is Ron Paul Wrong on Abortion? **Lew Rock Well**, [s.l.], January 29 2008. Available at: <<http://archive.lewrockwell.com/vance/vance133.html>>. (Which I adamantly do not)

⁵³ In my view, the fertilized egg is a rights-bearing person.

⁵⁴ Contrary to the New York Times, I actually oppose slavery. See on this BLOCK, Walter E. Reply to the Scurrilous, Libelous, Venomous, Scandalous New York Times Smear Campaign. **Lew Rock Well**, [s.l.], January 30 2014.

⁵⁵ It is my view that Rothbard is logically consistent in upholding the NAP and taking a pro-choice point of view. I depart from him, only, in thinking that human rights start nine months before birth, not at that time, as does he.

⁵⁶ VANCE, Laurence. Is Ron Paul Wrong on Abortion? **Lew Rock Well**, [s.l.], January 29 2008. Available at: <<http://archive.lewrockwell.com/vance/vance133.html>>.





7. WATKINS

The goal of Watkins⁵⁷ is to clarify and defend Thomson⁵⁸. His main contribution is the claim that the latter, for the most part, is filled not with analogies to abortion, but, rather, with counter-examples. To a degree, then, his essay is somewhat oblique or peripheral to the main concerns of the present paper, which is to view all libertarian discussions of abortion with regard to how they square with evictionism. Watkins' essay does not confront this question explicitly, although he does touch upon it implicitly.

Another difficulty with Watkins from this perspective is that he is focused, as is Thomson, on morality, immorality, decency and other such concepts.⁵⁹ If he would define any of them, he and I could at least have more of a chance of achieving real disagreement⁶⁰. In the event, he does not,⁶¹ which makes this goal less attainable. But, we shall press on in any case.

Its main drawback from the viewpoint of the present paper is that it does not directly confront the evictionist hypothesis. The closest it comes to addressing this point of view is when it mentions "disconnect"⁶². But, it is only the forced kidney donor disconnecting himself from the violinist that is discussed, not the mother from the fetus. Watkins, also, in this regard distinguishes between allowing to die and killing, but denigrates this distinction:

But does anyone think that it would be morally better to surgically remove a nonviable fetus without killing it, knowing that it cannot survive outside the womb? So the

⁵⁷ WATKINS, Michael. Re-reading Thomson: Thomson's unanswered challenge. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 20, n. 4, p. 41–59, sept./dec. 2006.

⁵⁸ THOMSON, Judith Jarvis. A Defense of Abortion. **Philosophy & Public Affairs**, New Jersey, vol. 1, n. 1, p. 69–80, sept./dec. 1971.

⁵⁹ WATKINS, Michael. Re-reading Thomson: Thomson's unanswered challenge. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 20, n. 4, p. 41–59, sept./dec. 2006.

⁶⁰ This author uses the phrase "morally indecent" some half dozen times, without ever once indicating what he means by it; Watkins gives his readers no independent criterion of its definition.

⁶¹ Nor does Thomson. See on this Block, unpublished. Matters are even worse, in the sense that subjectivism of language rears its ugly head. What are we to make of the claim of Watkins "Most of us have the intuition that..." This may well be true, but it hardly constitutes justification for any belief. He continues: "... that it is permissible to kill someone, even an innocent someone, in self-defense, and not merely when our lives are at risk, but also where what is at risk is serious physical or psychological harm." WATKINS, Michael. Re-reading Thomson: Thomson's unanswered challenge. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 20, n. 4, p. 41–59, sept./dec. 2006. p. 45. For a very different perspective on this issue, one not based on "intuition" but rather on logical implications of the NAP, see BLOCK, Walter E. Response to Jakobsson on human body shields. **Libertarian Papers**, 2010. Available at: <<http://libertarianpapers.org/2010/25-block-response-to-jakobsson-on-human-body-shields/>>.

⁶² WATKINS, Michael. Re-reading Thomson: Thomson's unanswered challenge. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 20, n. 4, p. 41–59, sept./dec. 2006. p. 44–45.





*active-passive distinction, whatever moral weight it might have in some cases, would seem to be irrelevant for morally evaluating cases of abortion.*⁶³

Well, yes. This distinction does not amount to too much, given present medical technology, for the first two trimesters. But what about the third trimester? Here, this distinction is absolutely crucial; it spells the difference between abortion and eviction. But this author is too focused on “morality” to even consider this. Partial birth abortion in the seventh through ninth months is out and out murder, given that a “separation” or a “disconnect” between mother and (premature) baby is an alternative. This is an option completely ignored by this author.

Next, consider Watkins treatment of Thomson’s example where “you are stuck in a very small house with a rapidly growing child that will crush you if you don’t kill it.” Watkins continues: “Surely it is not murder to kill the child to save your life.”⁶⁴ Not so fast. At least for the libertarian⁶⁵ it all depends upon who is the owner of the house. If it is the child, then it most certainly is murder “to kill the child to save your life.” It is *his* house, after all. What in bloody blue blazes are you doing in *his* house, ready to murder him, when he has every right to expand as much as he wants. It is *his* house, after all. In actual point of fact, getting back to reality if just for one brief moment, who’s “house” is it that we are talking about when we discuss evictionism? Why, of course, the womb is the *mother’s* house. Therefore, she has a right to remove inhabitants of these premises of hers she does not, or no longer, welcomes. They then become trespassers. The unwilling host of the violinist has a right to separate herself from him; to disconnect from him; to secede from him, dislodge him, if you will. But, being an innocent trespasser, he lacks mens rea, she has no right to slit his throat or shoot him. She is obligated, at least on the basis of libertarian law, to detach herself from him in the gentlest manner possible.

Watkins avers that Thomson’s “point is that it has not been shown that rights are in conflict whenever a woman contemplates whether to have an abortion, even if we assume that the fetus has a right to life.” Before responding substantively to this fallacy, first allow me to translate this into language acceptable to a libertarian: I substitute “right not to be murdered” a negative right, for “right to life” which is a positive one.⁶⁶ Since every right implies an obligation, the former, correct, version of this mandates that no one shall commit murder, while the latter incorrect one translates into

⁶³ WATKINS, Michael. Re-reading Thomson: Thomson’s unanswered challenge. *Journal of Libertarian Studies*, Auburn, vol. 20, n. 4, p. 41–59, sept./dec. 2006. p. 45.

⁶⁴ WATKINS, Michael. Re-reading Thomson: Thomson’s unanswered challenge. *Journal of Libertarian Studies*, Auburn, vol. 20, n. 4, p. 41–59, sept./dec. 2006. p. 46.

⁶⁵ This author also publishes in the *Journal of Libertarian Studies*. Does this give us the “right” to expect that libertarian considerations would play a role in his analysis?

⁶⁶ WATKINS, Michael. Re-reading Thomson: Thomson’s unanswered challenge. *Journal of Libertarian Studies*, Auburn, vol. 20, n. 4, p. 41–59, sept./dec. 2006. p. 48.





the requirement that we must keep such a person alive. We thus arrive at the following: Thomson's "point is that it has not been shown that rights are in conflict whenever a woman contemplates whether to have an abortion, even if we assume that the fetus has a right ... (not to be murdered)." As such, this is false. For there most certainly is a clash in rights when a woman decides to have an abortion. This act involves not one thing, but two: eviction, separation, secession, disconnection, on the one hand, and, on the other, outright murder. Why oh why cannot the woman, and Watkins and Thomson along with her, be satisfied with removing the fetus from her "house," but not actively killing it? There is no more important distinction in this entire controversy, Watkins view that it is "irrelevant" to the contrary notwithstanding.⁶⁷

Next, Watkins maintains "... no sound argument against abortion has yet to be provided even after we grant that a fetus is a person." He continues: "... how hard it is to find a general principle that is both obviously true and that applies to a wide range of abortion cases." I cannot see my way clear to accepting either of these charges. Au contraire, it is easy to find a "general principle ... against abortion" based on the assumption, which I fully and enthusiastically accept, that the fetus is a rights-bearing person, like all other human beings. It is simple. The principle is the NAP, and private property rights. The mother owns the premises under contention. It is *her* womb, no one else's. Therefore she and she alone has the right to determine who or what shall inhabit her property, her "house."⁶⁸ But she only has the right to evict, or depart from or separate from or secede from, any unwanted visitor; not to murder him. Evictionism solves this dispute. Abortion, which is eviction plus murder, most certainly does not.

States Watkins: "No general argument against abortion will prove successful."⁶⁹ Too bad, for him, he never so much as even considered evictionism. He repeats this sentiment: "... no general argument ... will ever successfully show that abortion is immoral in a board range of cases."⁷⁰ I do not know about morality, since he has not vouchsafed us to define this concept, but abortion, in the third trimester, most certainly is an example of murder, and one third of fetuses, at any given time, are in the seventh, eighth or ninth months of their gestation, and is this is not a "broad range of cases" then nothing is.

⁶⁷ WATKINS, Michael. Re-reading Thomson: Thomson's unanswered challenge. *Journal of Libertarian Studies*, Auburn, vol. 20, n. 4, p. 41–59, sept./dec. 2006. p. 45.

⁶⁸ WATKINS, Michael. Re-reading Thomson: Thomson's unanswered challenge. *Journal of Libertarian Studies*, Auburn, vol. 20, n. 4, p. 41–59, sept./dec. 2006. p. 52.

⁶⁹ WATKINS, Michael. Re-reading Thomson: Thomson's unanswered challenge. *Journal of Libertarian Studies*, Auburn, vol. 20, n. 4, p. 41–59, sept./dec. 2006. p. 42.

⁷⁰ WATKINS, Michael. Re-reading Thomson: Thomson's unanswered challenge. *Journal of Libertarian Studies*, Auburn, vol. 20, n. 4, p. 41–59, sept./dec. 2006. p. 57.





8. CONCLUSION

It is one thing that the general populace does not embrace evictionism. Its intellectuals⁷¹ do not start from the same premises as do libertarians: the NAP coupled with private property rights. Thus, we cannot in good conscience expect widespread agreement with this viewpoint. It is entirely a different matter within the libertarian community. Here, we all do accept these basic starting points. So, it is rather more disappointing that its spokesmen do not come to the same conclusion. The present paper is an attempt to rectify the analyses of several prominent libertarians who really should know better. Hopefully, it will convince not only them, but many others. The fate of many, many babies rests in the balance.

9. REFERENCES

ANDERSSON, Anna-Karin. An alleged contradiction in Nozick's entitlement theory. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 21, n. 3, p. 43-63, mar./june 2007.

BARNETT, Randy E. Contract Remedies and Inalienable Rights. **Social Philosophy & Policy**, Cambridge, vol. 4, issue 1, p. 179-202, sept./dec. 1986.

BARNETT, Randy E. **The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law**, Oxford: Clarendon Press, 1988.

BLOCK, Walter. Voluntary Slavery. **The Libertarian Connection**, [s.l.], vol. I, n. 3, p. 9-11, apr. 1969.

BLOCK, Walter E. Toward a Libertarian Theory of Abortion. **The Libertarian Forum**, Auburn, vol. 10, n. 9, p. 6-8, sept. 1977.

BLOCK, Walter E. Book review of Nancy C. Baker, *Baby Selling: the Scandal of Black Market Adoptions*, New York: The Vanguard Press, 1978. **Libertarian Review**, San Francisco, vol. 7, n. 12, p. 44-45, jan. 1979.

BLOCK, Walter E. Market Inalienability Once Again: Reply to Radin. **Thomas Jefferson Law Journal**, San Diego, vol. 22, n. 1, p. 37-88, mar./june 1999.

BLOCK, Walter E. Alienability, Inalienability, Paternalism and the Law: Reply to Kronman. **American Journal of Criminal Law**, Austi, vol. 28, n. 3, p. 351-371, june/sept. 2001.

BLOCK, Walter E. Toward a Libertarian Theory of Inalienability: A Critique of Rothbard, Barnett, Gordon, Smith, Kinsella and Epstein. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 17, n. 2, p. 39-85, mar./june 2003.

⁷¹ Boonin, (BOONIN-VAIL, David. A Defense of 'A Defense of Abortion': On the Responsibility Objection to Thomson's Argument. **Ethics**, [s.l.], vol. 107, n. 2, p. 286-313, jan. 1997; BOONIN-VAIL, David. **A defense of abortion**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002) is a case in point.





BLOCK, Walter E. Ayn Rand and Austrian Economics: Two Peas in a Pod. **The Journal of Ayn Rand Studies**, University Park (PA), vol. 6, n. 2, p. 259-269, mar./june 2005.

BLOCK, Walter E. Epstein on alienation: a rejoinder. **International Journal of Social Economics**, [s.l.], vol. 33, n. 3-4, p. 241-260, 2006.

BLOCK, Walter E. Alienability: Reply to Kuflik. **Humanomics**, [s.l.], vol. 23, n. 3, p. 117-136, 2007.

BLOCK, Walter E. Yes, Sell Rivers! And Make Legal Some Slave Contracts. **The Tyee**, Victoria, Opinion, July 25 2009. Available at: <<http://thetyee.ca/Opinion/2009/07/24/SellRivers/>>.

BLOCK, Walter E. Privatizing Rivers and Voluntary Slave Contracts. **Lew Rock Well**, [s.l.], July 27 2009, Available at: <<http://www.lewrockwell.com/block/block134.html>>.

BLOCK, Walter E. Response to Jakobsson on human body shields. **Libertarian Papers**, 2010. Available at: <<http://libertarianpapers.org/2010/25-block-response-to-jakobsson-on-human-body-shields/>>.

BLOCK, Walter E. **Yes to Ron Paul and Liberty**. New York: Ishi Press, 2012.

BLOCK, Walter E. Reply to the Scurrilous, Libelous, Venomous, Scandalous New York Times Smear Campaign. **Lew Rock Well**, [s.l.], January 30 2014.

BLOCK, Walter E. **Judith Jarvis Thomson on abortion; a libertarian perspective**. Unpublished.

BLOCK, Walter E. Response to Feser on libertarianism. **Journal Etica e Politica/Ethics & Politics**, Trieste. Forthcoming.

BLOCK, Walter E.; WHITEHEAD, Roy. Compromising the Uncompromisable: A Private Property Rights Approach to Resolving the Abortion Controversy. **Appalachian Journal of Law**, Grundy, vol. 4, n. 1, 2005.

BOONIN-VAIL, David. A Defense of 'A Defense of Abortion': On the Responsibility Objection to Thomson's Argument. **Ethics**, [s.l.], vol. 107, n. 2, p. 286-313, jan. 1997.

BOONIN-VAIL, David. **A defense of abortion**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 85, n. 6, p. 1089-1128, apr. 1972.

EPSTEIN, Richard. Why Restrain Alienation. **Columbia Law Review**, New York, vol. 85, p. 971-990, 1985.

EVERS, Williamson. Toward a Reformulation of the Law of Contracts. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 1, p. 3-13, jan./mar. 1977.

FESER, Edward. Self-ownership, abortion, and the rights of children: toward a more conservative libertarianism. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 18, n. 3, p. 91-114, june/sept. 2004.





FREDERICK, Danny. Voluntary Slavery. **Las Torres de Lucca**, Madrid, vol. 3, n. 4, p. 115-137, ene./jun. 2014.

KERSHNAR, Stephen. A Liberal Argument for Slavery. **Journal of Social Philosophy**, [s.l.], vol. 34, n. 4, p. 510-536, 2003.

GORDON, David. Private Property's Philosopher. **The Mises Review**, Auburn, vol. 5, n. 1, p. 1-7, mar./june 1999.

KINSELLA, N. Stephan. Inalienability and Punishment: A Reply to George Smith. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 14, n. 1, p. 79-93, dec./mar. 1998-99.

KINSELLA, N. Stephan. A Libertarian Theory of Contract: Title Transfer, Binding Promises, and Inalienability. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 17, n. 2, p. 11-37, mar./june 2003.

KRONMAN, Anthony. Paternalism and the Law of Contracts. 92 **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 92, 1983.

KUFLIK, Arthur. The Inalienability of Autonomy. **Philosophy and Public Affairs**, New Jersey, vol. 13, n. 4, p. 271-298, mar./june 1984.

KUFLIK, Arthur. The Utilitarian Logic of Inalienable Rights. **Ethics**, [s.l.], vol. 97, p. 75-87, oct. 1986.

LESTER, Jan Clifford. **Escape from Leviathan**. New York: St. Martin's Press, 2000.

MACK, Eric. The Self-Ownership Proviso: A New and Improved Lockean Proviso. **Social Philosophy and Policy**, Cambridge, vol. 12, n. 1, jan./mar. 1995.

MCCONNELL, Terrance. The Nature and Basis of Inalienable Rights. **Law and Philosophy**, [s.l.], vol. 3, n. 1, p. 25-59, 1984.

MCCONNELL, Terrance. The Inalienable Right of Conscience: A Madisonian Argument. **Social Theory & Practice**, [s.l.], vol. 22, issue 3, p. 397-416, mar./june 1996.

MOSQUITO, Bionic. **Walter Block, Specific Performance Contracts, and Abortion**. July 12 2015. Available at: <<http://bionicosquito.blogspot.com/2015/07/walter-block-specific-performance.html>>.

MOSQUITO, Bionic. **The Sanctity of Contract**. April 19 2014. Available at: <<http://bionicosquito.blogspot.com/2014/04/the-sanctity-of-contract.html>>.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia**. New York: Basic Books, 1974.

RADIN, Margaret Jane. Time, Possession and Alienation. **Washington University Law Quarterly**, Washington, vol. 64, n. 3, p.739-758, 1986.

RADIN, Margaret Jane. Market-Inalienability. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 100, n. 8, p. 1849-1937, june 1987.

REISMAN, George. **Capitalism**. Ottawa: Jameson Books, 1996.





RICHMAN, Sheldon. Slaves contracts and the inalienable will. **The Libertarian Forum**, Auburn, p. 4-5, jul./aug., 1978. Available at: <http://mises.org/journals/lf/1978/1978_07-08.pdf>.

ROTHBARD, Murray N. **For a New Liberty**: The Libertarian Manifesto. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 1973.

ROTHBARD, Murray N. The editor replies. **The Libertarian Forum**, Auburn, p. 3, jul./aug. 1978. Available at: <http://mises.org/journals/lf/1978/1978_07-08.pdf>.

ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**. Atlantic Highlands: Humanities Press, 1998.

SADOWSKY, James. 1978. Abortion and Rights of the Child. **The Libertarian Forum**, Auburn. p. 2-3, jul./aug. 1978. Available at: <http://mises.org/journals/lf/1978/1978_07-08.pdf>.

SMITH, George. A Killer's Right to Life. **Liberty**, [s.l.], vol. 10, n. 2, p. 46-54, nov. 1996.

SMITH, George. Inalienable Rights? **Liberty**, [s.l.], vol. 10, n. 6, p. 51-?, jul. 1997.

STEINER, Hillel. **An Essay on Rights**. Oxford: Blackwell Publishers, 1994.

THOMSON, Judith Jarvis. A Defense of Abortion. **Philosophy & Public Affairs**, New Jersey, vol. 1, n. 1, p. 69-80, sept./dec. 1971.

THOMSON, Judith Jarvis. **The Realm of Rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

VANCE, Laurence. Is Ron Paul Wrong on Abortion? **Lew Rock Well**, [s.l.], January 29 2008. Available at: <<http://archive.lewrockwell.com/vance/vance133.html>>.

VANCE, Laurence. Libertarianism and Abortion. **Lew Rock Well**, [s.l.], July 17 2012. Available at: <<http://archive.lewrockwell.com/vance/vance297.html>>.

WATKINS, Michael. Re-reading Thomson: Thomson's unanswered challenge. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 20, n. 4, p. 41-59, sept./dec. 2006.







Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v4i1.47660

Reproductive Healthcare Services and the U.S. Supreme Court: Beyond Roe v. Wade and “Abortion Clinics”*

Serviços de saúde reprodutiva e a Suprema Corte dos EUA: para além de Roe v. Wade e de “Clínicas de Aborto”

KARLA A. VERGARA PÉREZ**

Boston College Law School (United States of America)

vergarak@bc.edu

Recebido/Received: 12.07.2016 / July 12th, 2016

Aprovado/Approved: 25.10.2016 / October 10th, 2016

Abstract

At a time when the United States is sharply divided on women's reproductive rights, the focus has shifted from legality to that of access to reproductive healthcare services. The binary (pro-choice/anti-choice) overlooks women who seek reproductive healthcare services for reasons other than abortion. Self-proclaimed sidewalk counselors approach these women to convince them that there are alternatives to abortion. In this way, the women who choose to ignore oftentimes risk being scolded, yelled at, harassed, and humiliated publicly. Many states have enacted buffer zone legislation to protect women trying to access reproductive healthcare clinics, but an overwhelming amount of these laws have been struck down by the U.S. Supreme Court, based on

Resumo

No momento em que os Estados Unidos estão fortemente divididos sobre os direitos reprodutivos das mulheres, o foco do debate passou da legalidade ao acesso a serviços de saúde. O binário (pró-escolha/anti-escolha) atinge mulheres que procuram os serviços de saúde reprodutiva para fins que não o aborto. Nesse contexto, alguns autoproclamados “conselheiros de calçada” abordam essas mulheres pelas ruas para convencê-las de que existem alternativas ao aborto. No entanto, as mulheres que optam por ignorá-los correm risco de ser repreendidas, perseguidas e humilhadas publicamente. Muitos estados aprovaram leis para proteger as mulheres que frequentam clínicas de saúde reprodutiva, mas uma enorme quantidade dessas leis foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte dos EUA, com base na

Como citar esse artigo/How to cite this article: VERGARA PÉREZ, Karla A., Reproductive Healthcare Services and the U.S. Supreme Court: Beyond Roe v. Wade and “Abortion Clinics”. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 43-68, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.47660.

* My heartfelt thanks go to Professors M. Cathleen Kaveny and Natalya Shnitser for their thoughtful comments and guidance throughout the course of this project; to Caroline Reilly, who has inspired me to challenge the status quo and see women's reproductive rights for what they are: One of the most important civil rights issues of our generation; to Professor Richard Albert for his continued mentorship as I navigate the field of constitutional law; and to Peter Skeffington and David Ferrer because publication of this article would not have been possible without them.

** Juris Doctor - J.D. Candidate (2017) at Boston College Law School (Boston, United States of America). Bachelor of Arts - B.A. 2011, Cornell University. E-mail: vergarak@bc.edu.





the First Amendment rules. This article argues that sidewalk counselors and activists' protesting against abortion outside of these clinics is futile, defending that buffer zones around reproductive healthcare facilities help protect women's privacy and their right to access so they may obtain the reproductive healthcare they are entitled to receive.

Keywords: reproductive healthcare clinics; abortion clinics; first amendment; sidewalk counselors; Roe v. Wade.

Primeira Emenda. Este artigo argumenta que o protesto dos "conselheiros de calçada" é fútil e defende que devem ser elaboradas leis que protejam a privacidade das mulheres e seu direito de acesso ao serviço de saúde reprodutiva, a fim de que possam obter os cuidados médicos que têm direito.

Palavras-chave: clínicas de saúde reprodutiva; clínicas de aborto; Primeira Emenda; conselheiros de calçada; Roe v. Wade.

CONTENTS

1. Introduction; 1.1. A Violent History; 1.2. The Buffer Zone Tug O' Wars; 2. Analysis; 2.1. RHCCs: Much More than "Abortion Clinics"; 2.2. Who is Seeking an Abortion?; 2.3. Who is a "Sidewalk Counselor"?; 2.4. Buffer Zones in Other Contexts; 2.4.1. The (Military) Funeral Context; 2.4.2. The Polling Place Context; 2.4.3. The Buffer Zone Around the Supreme Court. 3. Conclusion; 4. References.

1. INTRODUCTION

In the forty-three years since the decision in *Roe v. Wade*,¹ the abortion debate in the United States has continued to be one of the most fiercely discussed areas in contemporary American politics and society.² Dr. Jane Hodgson, an abortion provider in the 1990s, expressed through her scholarship that she had never seen the intensity of the United States' divisions over reproductive choice despite having travelled to four different continents.³ In 2013, television host Rachel Maddow commemorated *Roe*'s 40th anniversary by highlighting the ongoing friction between demonstrators in favor of and against abortion rights and interviewing the clinical staff caught in the middle of the debate.⁴ During the segment, Ms. Nancy Keenan, then President of NARAL

¹ In *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), the Court held that women have a constitutionally protected, fundamental right under the Fourteenth Amendment to a safe abortion. However, please note that Justice Ruth Bader Ginsburg has challenged this interpretation of the case, arguing that the decision was less about a woman's right to choose to have an abortion than it was about a doctor's autonomy to carry out abortions. HEAGNEY, Meredith. "Justice Ruth Bader Ginsburg Offers Critique of *Roe v. Wade* During Law School Visit", May 15, 2013. Available at: <<http://www.law.uchicago.edu/news/justice-ruth-bader-ginsburg-offers-critique-roev-wade-during-law-school-visit>>. "Roe isn't really about the woman's choice, is it? It's about the doctor's freedom to practice... it wasn't woman-centered, it was physician-centered"

² See *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914, 947 (2000) (O'Connor, J., concurring).

³ HODGSON, Jane E. Violence Versus Reproductive Health Care: In The United States Organised Medicine Averts Its Gaze. *British Medical Journal*, London, vol. 310, n. 6979, mar. 1995. pp. 547-548. Available at: <<http://dx.doi.org/10.1136/bmj.310.6979.547>>.

⁴ "Rachel Maddow Celebrates *Roe v. Wade* On Its 40th Anniversary", Video, Huffington Post: HuffPost Media, Jan. 23, 2013. Available at: <http://www.huffingtonpost.com/2013/01/23/rachel-maddow-roev-wade-anniversary_n_2533025.html>.





Pro-Choice America,⁵ remarked that, contrary to popular belief, the debate around abortion is “no longer about the legality” of it, like it was before *Roe* was decided, but that “it has now become a debate and a fight around *access*.”⁶ Anti-abortion and pro-choice activists have defined the nature of the abortion dispute in binary terms for years, excluding, I suggest, one important group from the conversation: Women who seek low-cost, routine healthcare from reproductive healthcare clinics (“RHCCs” or “RHCs”) that simply happen to offer abortion services.

Subpart 1.1 of this Introduction will briefly discuss the history of violence against RHCCs in the United States. Subpart 1.2 will then discuss buffer zone laws as reactive legal mechanisms to protect access to RHCCs and their mixed results in the court system when challenged. The Analysis section of the article (Section 2 and all its subparts) will challenge the U.S. Supreme Court’s reasons for striking down buffer zone laws on a First Amendment basis by articulating the importance of such laws beyond the previously expressed concerns involving harassment. Finally, the Conclusion (Section 3) aims to provoke additional thought and inquiry into why, as a society, we are willing to uphold buffer zones in certain contexts, but our skepticism is heightened when it comes to women’s reproductive healthcare, particularly when abortion is involved.

1.1. A Violent History

The Arkansas physician who participated in the Rachel Maddow interview — the only abortion provider in the state at that point — asked for his identity to be concealed for security concerns.⁷ In extreme cases, anti-abortion activists have engaged in acts of violence against the RHCCs that offer abortion services and the physicians and staff that carry out the procedure.⁸ To put matters into perspective, a number of

⁵ “NARAL” used to stand for “National Abortion and Reproductive Rights Action League,” but its name was changed to “NARAL Pro-Choice America” in 2003. NARAL Pro-Choice America Foundation and NARAL Pro-Choice America, Inc. are 501(c)(3) and 501(c)(4) non-profit organizations, respectively, dedicated to reproductive advocacy across the United States. See LEE, Jennifer 8. “**Abortion Rights Group Plans a New Focus and a New Name**”, N.Y. Times, Jan. 5, 2003. Available at: <http://www.nytimes.com/2003/01/05/us/abortion-rights-group-plans-a-new-focus-and-a-new-name.html?_r=0>. See also “**About Us, NARAL Pro-Choice America**”. Available at: <<http://www.prochoiceamerica.org/about-us/>>; “**Mission Statements, NARAL Pro-Choice America**”. Available at: <<http://www.prochoiceamerica.org/about-us/mission-statements.html>>.

⁶ Supra note 4 (emphasis supplied). See also FINER, Lawrence B.; FROHWIRTH, Lori F. et al. Reasons U.S. Women Have Abortions: Quantitative and Qualitative Perspectives. **Perspectives on Sexual and Reproductive Health**, [s.l.], vol. 37, n. 3, pp. 110–118, sep. 2005. “Public discussion about abortion in the United States has generally focused on policy: who should be allowed to have abortions, and under what circumstances.”

⁷ See supra note 4.

⁸ See idem. See also FREEDMAN, Lori. Willing and Unable: Doctor’s Constraints in Abortion Care, at p. 17 (Vanderbilt Univ. Press 2010); HORVATH-COSPER, Diane J. “**Being a doctor who performs abortions means you always fear your life is in danger**”, Wash. Post, Oct. 29, 2015. Available at: <<https://www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2015/10/29/being-a-doctor-who-performs-abortion-means-you-always-fear-your-life-is-in-danger/>>; ROHTER, Larry. “**Doctor is Slain During Protest Over Abortions**”, N.Y. Times, Mar. 11, 1993.





anti-abortion activists have committed numerous acts of violence since the 1970s, including eleven murders,⁹ 17 attempted murders, 185 arsons,¹⁰ and 1,495 acts of vandalism.¹¹ For instance, in 1993, anti-abortion protester Michael F. Griffin was arrested and charged for murder in Florida after shooting Dr. David Gunn, a 47-year-old abortion-providing physician who had just opened the Pensacola Women's Medical Services clinic earlier that year.¹² In 1994, John C. Salvi III walked into two RHCCs in Brookline, Massachusetts, killed two receptionists, and injured five clinic workers.¹³ Also in 1994, Paul Hill — a minister — shot and murdered Dr. John Britton, an abortion provider, and his bodyguard outside the Ladies Center clinic in Pensacola, Florida.¹⁴ Hill was executed in 2003 for these murders.¹⁵ In 2009, Dr. George Tiller, whose Kansas clinic had been subjected to years of protest and harassment — including a bombing incident — was murdered in his own church.¹⁶ Recently, on November 27, 2015, as many as twelve people¹⁷ were victims of a shooting directed at a Planned Parenthood facility in Colorado Springs, Colorado.¹⁸ The accused gunman, Robert Lewis Dear, self-identified

⁹ This figure has been updated to include the murders that occurred during the Colorado Springs Planned Parenthood shooting in November of 2015. SHOICHET, Catherine E.; STAPLETON, AnneClaire; BOTELHO, Greg. **"Colorado Planned Parenthood shooting: 3 killed"**, CNN, Nov. 27, 2015. Available at: <<http://www.cnn.com/2015/11/27/us/colorado-shooting-probe/>>.

¹⁰ This number has been updated to reflect the four arsons that occurred in the summer of 2015 after accusatory Planned Parenthood videos were released. MORLIN, Bill. **"Four Arsons in 74 Days at Planned Parenthood Clinics"**, Southern Poverty Law Center, Oct. 2, 2015. Available at: <<https://www.splcenter.org/hatewatch/2015/10/02/four-arsons-74-days-planned-parenthood-clinics>>.

¹¹ FILIPOVIC, Jill. **"Abortion Clinic Protesters: 'Sidewalk Counselors' or 'Sidewalk Terrorists'?"**, Cosmopolitan, Nov. 17, 2014. Available at: <<http://www.cosmopolitan.com/politics/a32624/boston-abortion-planned-parenthood-protests/>>. See also *supra* note 9.

¹² See ROHTER, *supra* note 8.

¹³ See *supra* note 11; CLARKSON, Frederick. **"Remembering John Salvi and the Brookline Clinic Shootings"**, Political Research Associates, Jan. 15, 2014. Available at: <<http://www.politicalresearch.org/2014/01/15/remembering-john-salvi-and-the-brookline-clinic-shootings/#sthash.Q3abL41W.dpbs>>.

¹⁴ CLAIBORNE, William. **"Two Killed at Clinic in Florida"**, Wash. Post: Nation Special Report, Jul. 30, 1994. Available at: <<http://www.washingtonpost.com/wp-srv/national/longterm/abortviolence/stories/florida.htm>>.

¹⁵ GOODNOUGH, Abby. **"Florida Executes Killer of an Abortion Provider"**, N.Y. Times, Sep. 4, 2003. Available at: <<http://www.nytimes.com/2003/09/04/us/florida-executes-killer-of-an-abortion-provider.html>>.

¹⁶ See *supra* note 8.

¹⁷ See *supra* note 10; TSENG, Hsing; AEGERTER, Macradée. **"Planned Parenthood shooting victims remembered by family, friends"**, KDVR, Nov. 29, 2015. Available at: <<http://kdvr.com/2015/11/29/planned-parenthood-shooting-victims-remembered-by-family-friends/>>; **"Death of UCCS police officer in Colorado Springs Planned Parenthood shooting confirmed"**, The Gazette, Dec. 1, 2015. Available at: <<http://gazette.com/death-of-uccs-police-officer-in-colorado-springs-planned-parenthood-shooting-confirmed/article/1564442>>.

¹⁸ See *supra* note 9.





as an anti-abortionist and confessed¹⁹ that he was acting as "a warrior for the babies."²⁰ The President and CEO of Planned Parenthood of the Rocky Mountains, Vicki Cowart, called for an end to these kinds of violent attacks, stating that "[i]t is time to put an end to the dangerous rhetoric that has permeated our political conversations . . . [T]his violence, whether inflicted with words or with weapons, cannot become our normal."²¹ The former president of the American Bar Association and nationally prominent First Amendment advocate Talbot D'Alemberte noted in connection to the hostility surrounding RHCCs: "This is not debate. It's intimidation. If [the anti-abortion activists'] purpose is to communicate a message, they can be heard" without having to resort to harassment.²² At a minimum, women who seek reproductive services from an RHCC, as well as the clinical staff, are subjected to harassment. Horvath-Cosper has stated that being an obstetrician-gynecologist has "made [her] a target for harassment online and in person over the course of [her] career. Unfortunately, [her] experience is not the exception among [her] colleagues" despite performing a legally medical procedure in all fifty states.²³ These acts of violence, though rare, instill fear in women and ultimately deter them from seeking professional reproductive healthcare from these clinics, even if the service they seek is not abortion.²⁴ For the women who do seek an abortion, recent studies and reports have shown that women who do not readily have access to one attempt to either self-induce²⁵ or to have the procedure done under more dangerous conditions that raise additional health risks.²⁶

¹⁹ It should be noted that the court has recently declared that the accused is unfit to stand trial. HEALY, Jack. **"Judge Finds Planned Parenthood Suspect Unfit for Trial"**, N.Y. Times, May 11, 2016. Available at: <http://www.nytimes.com/2016/05/12/us/judge-declares-planned-parenthood-suspect-unfit-for-trial.html?smprod=nytcore-iphone&smid=nytcore-iphone-share&_r=0>.

²⁰ HUGHES, Trevor. **"Accused Planned Parenthood Gunman Says He's Guilty"**, USA Today, Dec. 9, 2015. Available at: <<http://www.usatoday.com/story/news/2015/12/09/accused-planned-parenthood-gunman-could-face-death-penalty-charges-3-deaths/77038542/>>.

²¹ *Idem*.

²² SAVAGE, David G. **"Justices to Enter Abortion Clinic's 'Buffer Zone': Supreme Court:** A case of 'free speech versus free access' at a surgical center is high court's first chance to weigh aggressive protesters' First Amendment rights", L.A. Times, Apr. 24, 1994. Available at: <http://articles.latimes.com/1994-04-24/news/mn-49919_1_supreme-court/2>.

²³ HORVATH-COSPER, *supra* note 8.

²⁴ *See supra* note 8.

²⁵ *See, e.g.*, BEUSMAN, Callie. **"100,000 Women in Texas Have Tried to Self-Induce an Abortion, New Report Says"**, Broadly, Nov. 17, 2015. Available at: <https://broadly.vice.com/en_us/article/100000-women-in-texas-have-tried-to-self-induce-an-abortion>.

²⁶ During the oral arguments for Roe v. Wade on December 13, 1971, Attorney Sarah R. Weddington, arguing on behalf of the Plaintiffs, brought to light the consequences of obstructing access to safe abortions: "In the absence of abortions, or legal medically safe abortions, women often resort [sic] to the illegal abortions, which certainly carry risks of death, all the side effects, such as severe infections, permanent sterility, all the complications that result. And, in fact, if the woman is unable to get [...] a legal abortion [...] she can do a self-abortion, which is [...] by far the most dangerous." Oral Argument at 12:45, Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (No. 70-18), <https://www.oyez.org/cases/1971/70-18>. See KHAZAN, Olga. **"Texas Women Are Inducing Their Own**





Physicians who provide abortion services also often end up fearing for their family members' lives as well as their own.²⁷ The recent Colorado shooting casted light upon an issue advocates for women's reproductive healthcare know all too well: Approaching these so-called abortion clinics is anything but safe.²⁸ On March 30th, 2016, the Peoria County Airport in Illinois had to be shut down after the authorities discovered "suspicious items" in a woman's carry-on luggage.²⁹ After further investigation, the authorities discovered that the woman was an employee of the National Abortion Federation (NAF), whose job required her to travel around the country training RHCC staff members on how to identify bombs so they could protect themselves and patients from attacks; she uses the dynamite-resembling dog toys found in her carry-on luggage as training devices.³⁰

Despite the fact that *Roe* and its progeny are still good law,³¹ women in the U.S. have a hard time accessing reproductive healthcare at RHCFs without feeling like their privacy and safety are threatened by the anti-abortion activists who surround these clinics. These attacks have driven abortion providers to demand legislation that guarantees safe, unobstructed access to RHCCs,³² such as buffer zone laws, which have had an underwhelming rate of success across the country due to First Amendment concerns.

In 1994, then President Clinton signed the Free Access to Clinic Entrances Act ("FACE Act") in an effort to put an end to acts of violence against RHCFs.³³ The FACE Act prohibited anyone from threatening or forcibly interfering with people entering an RHCF or intentionally damaging the clinic.³⁴ Since then, many states have passed protective buffer zone laws that prohibit anti-abortion activists from harassing women

Abortions", The Atlantic, Nov. 17, 2015. Available at: <<http://www.theatlantic.com/health/archive/2015/11/texas-self-abortion/416229/>>.

²⁷ See HORVATH-COSPER, *supra* note 8.

²⁸ See *idem.*; ROHTER, *supra* note 8.

²⁹ MADDOW, Rachel. "**Donald Trump Exposes Truth of Anti-Abortion Politics**", Video, MSNBC News: The Rachel Maddow Show, Apr. 1, 2016. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=wkV7H1NEJk4>>. LA-MANSKY, Katrina. "**Dog toys, and safety training items for abortion clinics, are what shut down Peoria airport**", WQAD, Mar. 31, 2016. Available at: <<http://wqad.com/2016/03/31/photo-shows-what-tsa-agents-saw-inside-peoria-airport-passengers-bag-that-prompted-evacuation/>>.

³⁰ See *supra* note 29.

³¹ The holding in *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), later solidified the central holding of *Roe v. Wade*, namely, that a woman has a constitutionally protected right to seek an abortion until fetal viability.

³² ALBERT, Richard. Protest, Proportionality, and the Politics of Privacy: Mediating the Tension Between the Right of Access to Abortion Clinics and Free Religious Expression in Canada and the United States. **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, Los Angeles, vol. 27, n. 1, p. 1-62, jan./apr. 2005. p. 9.

³³ See FILIPOVIC, *supra* note 11.

³⁴ Codified at 18 U.S.C. § 248.





who approach RHCCs.³⁵ Buffer zones,³⁶ as discussed in this article, are areas surrounding RHCC property lines in order to keep both anti-abortion activists and peaceful counselors away from the clinics' premises, and therefore minimize the possibility of harassment and violence towards the women entering the clinics.³⁷ Courts have recognized that there are two types of buffer zones: Fixed and floating. Fixed buffer zones surround a particular, immovable area (such as a parking lot, a driveway, an entrance, a facility, etc.); floating buffer zones, on the other hand, apply to persons, vehicles, or mobile entities entering or exiting the protected facilities.³⁸ Buffer zones are employed successfully in settings unrelated to RHCs. The question is why.

1.2. The Buffer Zone Tug O' Wars

The jurisprudence around buffer zone laws has not always held that a person's right to free speech outweighs another's right to privacy.³⁹ *Frisby v. Schultz* was one of the first cases to deal with this difficult tension. In that case, two abortion opponents challenged a city ordinance⁴⁰ which banned picketing "before or about" any particular residence because they wanted to protest abortion on a public street outside an abortion-providing physician's home.⁴¹ They had engaged in this activity "on at least six occasions" between April and May of 1985 with a group of eleven to forty people.⁴² Although the picketing was "generally orderly and peaceful," it had generated "substantial

³⁵ See, e.g., Colo. Rev. Stat. § 18-9-122(3) (1999); M.G.L.A. 266 § 120E½ (2001). See FILIPOVIC, *supra* note 11.

³⁶ *Buffer Zone*, Merriam-Webster's Learner's Dictionary, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/buffer%20zone> (last visited Apr. 18, 2016). The term "buffer zone" as "an area that keeps two things separated;" "a neutral area separating conflicting forces;" and "an area designed to separate."

³⁷ EDWARDS, Jamie. *McGuire v. Reilly: The First Amendment and Abortion Clinic Buffer Zones in the Wake of Hill v. Colorado*. **UC Davis Law Review**, Davis, vol. 36, n. 3, p. 787-812, feb. 2003. p. 789. See also BASSETT, Laura. **"Abortion Clinic Buffer Zones Crumble Around the Country"**, Huffington Post, Jul. 9, 2014. Available at: <http://www.huffingtonpost.com/2014/07/09/abortion-clinic-buffer-zo_n_5571516.html>.

³⁸ Rodney A. Smolla, 1 Smolla & Nimmer on Freedom of Speech § 13:38, Chapter 13: Free Speech and Civil Rights Enforcement, at p. 2.

³⁹ See, e.g., the following seminal decisions, which discuss access to abortion: McCullen v. Coakley, 134 S. Ct. 2518 (2014), Hill v. Colorado, 530 U.S. 703 (2000), Schenck v. Pro-Choice Network of Western New York, 519 U.S. 357 (1997), Madsen v. Women's Health Center, Inc., 512 U.S. 753 (1994), Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992), Frisby v. Schultz, 487 U.S. 474 (1988), and Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). For practical purposes, I will only discuss at length the cases that are most relevant to my analysis for this paper.

⁴⁰ The relevant text of the ordinance read as follows: "It is unlawful for any person to engage in picketing before or about the residence or dwelling of any individual in the Town of Brookfield." The ordinance also states the primary purpose of this ban: "the protection and preservation of the home" through assurance "that members of the community enjoy in their homes and dwellings a feeling of well-being, tranquility, and privacy." Frisby, 487 U.S. at p. 477.

⁴¹ *Idem.* at p. 476.

⁴² *Idem.*





controversy and numerous complaints.”⁴³ The Court reasoned that the ordinance left “ample alternative channels of communication” (i.e., it allowed protestors to enter and march through neighborhoods, alone or in groups, distribute literature from door to door, and contact the residents by telephone).⁴⁴ Because there were ample alternative channels of communication, the Court concluded that the city ordinance was narrowly tailored.⁴⁵ The Court, however, also recognized that “protection of the *unwilling listener*” is one of the State’s paramount concerns when it comes to residential privacy.⁴⁶ Since the ordinance was narrowly tailored to ban protesting targeted at a particular residence in order to protect the privacy of the home, which is considered a “substantial and justifiable” state interest, the Court concluded that the ordinance was valid.⁴⁷

In the case of *Hill v. Colorado*,⁴⁸ the U.S. Supreme Court upheld in a 6-3 opinion a Colorado buffer zone statute that makes it unlawful for any person within 100 feet of any healthcare facility entrance to “knowingly approach” within eight feet of another person without their consent “for the purpose of passing a leaflet or handbill to, displaying a sign to, or engaging in oral protest, education, or counseling with such other person...” if the person is *unwilling* to accept and listen to the message.⁴⁹ The Supreme Court upheld the statute, finding that “[t]he State of Colorado ha[d] responded to its substantial and legitimate interest in protecting these persons from unwanted encounters, confrontations, and even assaults by enacting an exceedingly modest restriction on the speakers’ ability to approach.”⁵⁰ Underlying the *Hill* decision, however, was an incredibly important leap forward: The Court’s explicit acknowledgment of the “significant difference between state restrictions on a speaker’s right to address a *willing* audience and those that protect listeners from *unwanted* communication” when addressing the government’s significant interest prong of the strict scrutiny analysis.⁵¹ Furthermore, the Court explicitly recognized that “[p]ersons who are attempting to enter health care facilities – for any purpose – are often in *particularly vulnerable physical and emotional conditions*.”⁵² Hospitals, it reasoned, are facilities “where human ailments

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Idem*. at p. 484.

⁴⁵ *See idem*. at pp. 482, 487-88.

⁴⁶ *Idem*. at p. 484 (citing to *Carey v. Brown*, 447 U.S. 455, 471 (1980): “The State’s interest in protecting the well-being, tranquility, and privacy of the home is certainly of the highest order in a free and civilized society.”

⁴⁷ *See idem*. at p. 488. *See also* COWAN, Kristen G. The Tailoring of Statutory Bubble Zones: Balancing Free Speech and Patients’ Rights. **Journal of Criminal Law & Criminology**, Boston, vol. 91, n. 2, pp. 385-428, dic./mar. 2000/2001. p. 385.

⁴⁸ *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703 (2000).

⁴⁹ *Idem*. at pp. 707-08.

⁵⁰ *Idem*. at p. 729.

⁵¹ *Idem*. at pp. 715-16 (emphasis supplied).

⁵² *Idem*. at p. 729 (emphasis supplied).





are treated, where patients and relatives alike often are under *emotional strain and worry*, where pleasing and comforting patients are principal facets of the day's activity, and *where the patient and [her] family . . . need a restful, uncluttered, relaxing, and helpful atmosphere.*"⁵³

As a result of the recurring violence RHCCs were being subjected to around the state, the Massachusetts legislature first enacted the Massachusetts Reproductive Health Care Facilities Act (hereafter "the Act") in 2000, which is coded at Chapter 266, Section 120E½, of the Massachusetts General Laws.⁵⁴ Modeled after Colorado's buffer zone law,⁵⁵ the Act's subsection (b) prescribed two buffer zones: One fixed and one floating. The statute made it illegal for persons "in the public way or sidewalk area" within an 18-foot radius of an RHCF entrance to "knowingly approach another person . . . within six feet . . . unless such other person . . . consents" for the purpose of passing a leaflet, displaying a sign, engage in oral protest, education, or counseling.⁵⁶ The buffer zone statute allowed for anybody to step into the 18-foot *fixed* buffer zone area, but once within it, every individual was subject to six-foot *floating* buffer zone, which could not be penetrated unless the other person consented.⁵⁷

By 2007, it had become evident to law officials that the floating buffer zone portion of the statute was being routinely violated by protesters who continued to approach patients and clinical staff without due consent; they consequently rendered the statute ineffective and unenforceable.⁵⁸ The Massachusetts legislature introduced the revised statute that same year, which replaced the floating/fixed buffer zone rule with a fixed 35-foot buffer zone.⁵⁹ The revised provision made it illegal to "knowingly enter or remain on a public way or sidewalk adjacent to a reproductive health care facility within a [fixed] radius of 35 feet of any portion of an entrance, exit or driveway . . ." ⁶⁰ of "any place, other than a hospital, where abortions are performed" ⁶¹ during the facility's business hours and only if the radius is "clearly marked and posted." ⁶² The revised statute faced anti-abortionist backlash almost immediately. In January 2008, about two months after the revised statute had gone into effect, the Plaintiffs filed the initial action challenging the constitutionality of the Act.⁶³

⁵³ *Idem.* at pp. 728-29 (quoting *NLRB v. Baptist Hospital, Inc.*, 442 U.S. 773, 783-84 (1979)) (emphases supplied).

⁵⁴ *McCullen*, 134 S. Ct. at p. 2525.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ M.G.L.A. 266 § 120E½(b); 134 S. Ct. at p. 2525.

⁵⁷ 134 S. Ct. at p. 2525.

⁵⁸ *Idem.* at pp. 2525-26.

⁵⁹ *Idem.* at p. 2526.

⁶⁰ M.G.L.A. 266 § 120E½(b), *invalidated by McCullen v. Coakley*, 134 S. Ct. 2518 (2014) (alteration supplied).

⁶¹ M.G.L.A. 266 § 120E½(a); 134 S. Ct. at p. 2526.

⁶² M.G.L.A. 266 § 120E½(c); 134 S. Ct. at p. 2526.

⁶³ Brief for Plaintiff-Appellants, *McCullen v. Coakley*, 708 F.3d 1 (2013) (No. 12-1334), 2012 WL 1899832, at *2.





The First Circuit Court held that the Act was not unconstitutionally vague or an unlawful constriction of free speech based on three main arguments.⁶⁴ First, that the Act was content-neutral because it was “enacted in response to legitimate safety and law enforcement concerns” and “without reference to the content of any speech,” thus serving “a legitimate governmental interest unrelated to expressive content.”⁶⁵ Second, the Court held that the Act successfully remedied “the ineffectiveness of the preexisting law” by being “narrowly tailored to serve important governmental interests in enhancing public safety around RHCF entrances” and “without burdening substantially more speech than necessary.”⁶⁶ And third, the Court held that the Act leaves “open ample alternative channels of communication, because it ‘places no burden at all on the plaintiffs’ activities outside the 35-foot buffer zone.’”⁶⁷ After the lower courts upheld the constitutionality of the Act based on the time, place, and manner doctrine, the Plaintiffs filed a petition for writ of certiorari with the U.S. Supreme Court on March 25, 2013.⁶⁸

Time, place, and manner restrictions provide that the right to free speech granted by the First Amendment is not absolute.⁶⁹ A State’s time, place, and manner regulations are constitutional if they (1) do not regulate speech based on its content or subject matter, (2) are narrowly tailored to serve a significant governmental interest, and (3) leave open ample alternative channels for communication of the information.⁷⁰ The simple yet loaded question before the Supreme Court was whether the statute violated Petitioners’ free speech rights under the First Amendment.⁷¹ During oral arguments, the State of Massachusetts articulated an array of reasons as to why the statute should be allowed to stand under the time, place, and manner doctrine.⁷² Even though the State never explicitly mentioned harassment, they alluded to the violent history clinics have been subjected to.⁷³ To rebut, Petitioners argued that they were simply sidewalk counselors seeking to engage the women and discuss alternatives outside an abortion with them.⁷⁴ The two competing characterizations of the nature of Petitioners’ intentions and actions captured the attention of Justice Roberts and Justice Scalia,

⁶⁴ See Brief for the Defendants-Appellees, *McCullen v. Coakley*, 708 F.3d 1 (2013) (No. 12-1334), 2012 WL 2872265, at *2.

⁶⁵ *Idem.* at *3.

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Idem.* (citing to *McCullen v. Coakley*, 571 F.3d 167, 176-78 (1st Cir. 2009)).

⁶⁸ See Brief for Petitioner, *McCullen v. Coakley*, 134 S. Ct. 2518 (2014) (No. 12-1168), 2013 WL 1247969.

⁶⁹ See *COWAN*, *supra* note 47, at pp. 385-86.

⁷⁰ *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288, 293 (1984); *Regan v. Time, Inc.*, 468 U.S. 641, 648 (1984); *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 782-83 (1989).

⁷¹ 134 S. Ct. at p. 2525.

⁷² Oral Argument at 4:08, *McCullen v. Coakley*, 134 S. Ct. 2518 (2014), <https://www.oyez.org/cases/2013/12-1168>.

⁷³ *Idem.* at 43:29.

⁷⁴ See *idem.* at 37:55.





eventually persuading the bench to arrive at the same conclusion: "Petitioners are *not* protesters."⁷⁵

When the unanimous *McCullen v. Coakley* decision was announced, supporters of the buffer zone statute quickly pointed out the "irony" and "hypocrisy" embedded in the Court's ruling.⁷⁶ For instance, Marty Walz, then CEO of the Planned Parenthood League of Massachusetts, stated: "By striking down the buffer zone law today, the Supreme Court has taken away an essential measure to protect public safety and health care access in our state."⁷⁷ Another piece stated, "It's virtually impossible to square the law enforcement definition of illegal protest with the snugly warm vision of political protest put forth by a unanimous Supreme Court only two months ago in *McCullen v. Coakley*."⁷⁸ The statement made by the *McCullen* decision, however, went beyond simply making it more difficult for women to access reproductive healthcare. I submit that the Court's decision implicitly affirmed that, as a society, we are willing to place a higher value on free speech than on women's right to privacy when it comes to their reproductive healthcare. The question, once again, is why.

2. ANALYSIS

2.1. RHCCs: Much More than "Abortion Clinics"

After *Roe* made access to a safe abortion a constitutional right, the medical profession had to determine how abortion care would be provided.⁷⁹ Lori Freedman — a scholar who explores the intersection between abortion politics and the medical profession — argues that, "given the larger threats to medical autonomy after abortion became legal, abortion services seem to garner support from mainstream medical associations only at moments when medical autonomy was threatened."⁸⁰ Abortion was

⁷⁵ 134 S. Ct. at 2536 (emphasis supplied). See also Brief for Plaintiff-Appellants, *supra* note 63, at *3-4: "Plaintiffs are seven individual Massachusetts residents who engage in peaceful speech outside abortion clinics in the State. . . Accordingly, Plaintiffs seek to offer women love, support, and information about alternatives to abortion, as well as assistance in carrying their babies to term."

⁷⁶ See, e.g., MILLIGAN, Susan. "High Court Hypocrisy", U.S. News: Opinion, Jun. 27, 2014. Available at: <<http://www.usnews.com/opinion/blogs/susan-milligan/2014/06/27/supreme-court-bans-abortion-clinic-buffer-zones-but-keeps-its-own>>. LOGIURATO, Brett. "Here's the Ultimate Irony of the Supreme Court Banning 'Buffer Zones' at Abortion Clinics", Business Insider, Jun. 27, 2014. Available at: <<http://www.businessinsider.com/supreme-court-abortion-buffer-zones-decision-2014-6>>. KILLIAN, Linda. "Supreme Hypocrisy on Buffer Zones?", Wall St. J.: Washington Wire, Jun. 27, 2014. Available at: <<http://blogs.wsj.com/washwire/2014/06/27/supreme-hypocrisy-on-buffer-zones/>>.

⁷⁷ Logiurato, *supra* note 76.

⁷⁸ LITHWICK, Dahlia; WEST, Sonja. "Advice for Ferguson from the Supreme Court". Available at: <http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_pm/190>.

⁷⁹ Freedman, *supra* note 8 at p. 22.

⁸⁰ *Idem.* at p. 21.





never integrated with mainstream medical practice or education and, even today, only a minority of doctors⁸¹ and hospitals offer the service.⁸²

Freedman further argues that the “net effect of the medical profession’s non-committal orientation toward abortion care” has thwarted “efforts by abortion rights advocates within medicine to legitimize abortion as a normal reproductive health need.”⁸³ Although Freedman’s isolation-makes-targeted-violence-easier argument is strong, I submit that it is unclear that this isolation is the result of physicians’ non-committal attitudes towards reproductive rights per se. For instance, Sonia M. Suter criticizes the Supreme Court’s upholding of a partial-birth abortion ban in *Gonzales v. Carhart* because the slim evidence on which the Court relied upon to uphold that ban was “contradicted by a notable group of medical experts.”⁸⁴ She further remarks that this was in “direct contrast to an expansive vision of procreative liberty.”⁸⁵ Finally, Freedman adopts Dr. Hodgson’s argument, which advances that by being deprived of the “protection of anonymity within hospital walls” and forced into isolation as freestanding clinics, RHCCs are “more vulnerable to violence and harassment.”⁸⁶

Today, women across the U.S. choose to go to RHCCs for a wide range of reasons. First, Planned Parenthood affiliates participate in Title X,⁸⁷ the only federal funding program that allows family-planning clinics to supplement or reimburse Medicaid patients for reproductive healthcare services rendered, such as birth control, gynecological care, and other reproductive healthcare services that would otherwise be inaccessible to

⁸¹ See *idem*. (“Since abortion was legalized in 1973, the lack of mainstream institutional and organizational support for it has ultimately resulted in the marginalization of abortion care into freestanding abortion clinics served by *politically motivated physicians*.”) (emphasis supplied). A close friend and medical student of obstetrics and gynecology at the University of Puerto Rico School of Medicine — whose curricula is the same as that offered in medical schools on the mainland — confirmed that instruction on abortion procedure varies from school to school and that medical students who do not wish to participate in the procedure may opt out of it, even if they are doing a family-planning rotation. She made it clear that this opt-out practice is unique to the abortion situation.

⁸² See *idem*. at p. 22 (“Regardless of medicine’s interest in maintaining abortion turf, recent decades witnessed a steady decrease in the number of physicians providing abortion in their private practices and hospitals...”).

⁸³ *Idem*. at p. 21.

⁸⁴ SUTER, Sonia M. The “Repugnance” Lens of *Gonzales v. Carhart* and Other Theories of Reproductive Rights: Evaluating Advanced Reproductive Technologies. The *George Washington Law Review*, Washington, vol. 76, n. 6, pp. 1514-1598, nov./dic. 2008. p. 1587.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ See Freedman, *supra* note 8 at p. 20 (citing to HODGSON, *supra* note 3 at p. 548).

⁸⁷ Title X is part of the United States Public Health Service Act, coded at 42 U.S.C. Ch. 6A, §§ 300 – 300a-8, which is devoted solely to family planning services. Note that the federal funds are prohibited from being used for abortion unless the woman has been a victim of sexual assault or incest. See LOBIANCO, Tom. “**Planned Parenthood president grilled at House hearing**”, CNN, Sep. 30, 2015. Available at: <<http://www.cnn.com/2015/09/29/politics/planned-parenthood-hearing-cecile-richards/>>; MADDOW, Rachel. “**Planned Parenthood president stands up to House GOP grilling**”, at 5:32, Sep. 30, 2015. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=bB-y2DKU6Vs>>.





women who cannot pay full price.⁸⁸ According to the Guttmacher Institute,⁸⁹ Planned Parenthood clinics were 13% of the Title X clinics and served 37% of Title X clients.⁹⁰ Low-income women who cannot, for whatever reason,⁹¹ access hospitals or RHCCs, such as Planned Parenthood, oftentimes end up with "few alternatives for reproductive and preventive health care."⁹² In 2014, a single mother from Washingtonville, Pennsylvania, who lived 74 miles away from the nearest RHCC in Harrisburg, was sentenced to serve a twelve-to-eighteen-months' sentence and pay a fine of \$1,000 after she induced an abortion upon her 16-year-old daughter, who refused to have the child.⁹³ In Texas, 100,000 women have been found to be self-inducing abortions given the lack of RHCFs.⁹⁴ Self-induced abortions are often done in dangerous conditions and involve additional health risks.⁹⁵

Second, many women feel these clinics are the only places where they can request reproductive services in an environment free of judgment, whether it is a simple gynecological checkup, birth control, a preventive screening, or an abortion.⁹⁶ According to Planned Parenthood's 2014-15 annual report, the Planned Parenthood Federa-

⁸⁸ About Our Fees, Planned Parenthood, <https://www.plannedparenthood.org/planned-parenthood-central-western-new-york/patient-resources/paying-your-health-care/about-our-fees>. See also National Abortion Federation, https://www.prochoice.org/pubs_research/publications/downloads/about_abortion/abortion_title_x.pdf ("The majority of Title X clients are low-income, uninsured, and do not qualify for Medicaid.").

⁸⁹ The Guttmacher Institute is a "leading research and policy organization" dedicated to researching and advancing reproductive health and rights in the United States and globally "through [an] interrelated program of research, public education, and policy analysis." Available at: <http://www.guttmacher.org/about>. Last accessed on Oct. 23, 2016.

⁹⁰ NAPILI, Angela. Congressional Research Service, "Title X (Public Health Service Act) Family Planning Program," Sep. 26, 2016, at p. 18.

⁹¹ For example, the Texas Policy Evaluation Project signals the following as four reasons why women self-induce abortions: (1) Not having enough money to travel to a clinic or pay for the procedure; (2) The local clinic was forced to close; (3) A close friend or family member recommended self-inducement; and (4) The woman wanted to avoid the shame of being associated with going to an RHCC. See KHAZAN, *supra* note 26; BEUSMAN, *supra* note 25; WELCH, Ashley. "Study: 100,000 Texas women have tried to self-induce abortion", CBS News, Nov. 19, 2015. Available at: <http://www.cbsnews.com/news/100000-texas-women-have-tried-to-self-induce-abortion/>.

⁹² WINTER, Meaghan. "The Stealth Attack on Abortion Access", N.Y. Times: The Opinion Pages, Nov. 12, 2015. Available at: http://www.nytimes.com/2015/11/12/opinion/the-stealth-attack-on-abortion-access.html?_r=3.

⁹³ DEKOK, David. "Pennsylvania mother who gave daughter abortion pill gets prison", Reuters, Sep. 6, 2014. Available at: <http://www.reuters.com/article/us-usa-crime-pennsylvania-abortion-idUSKBN0H10IR20140906>.

⁹⁴ KHAZAN, *supra* note 26; BEUSMAN, *supra* note 25; WELCH, *supra* note 91.

⁹⁵ See KHAZAN, *supra* note 26; BEUSMAN, *supra* note 25; WELCH, *supra* note 91.

⁹⁶ MILLER, Elizabeth. "An Open Letter to a Protester Outside the Boston Planned Parenthood this Saturday", Huffington Post: Huffpost Women Blog, Sep. 7, 2014: "I started going to Planned Parenthood in 1997, and since then have gotten all my reproductive health care there, because once inside, I feel respected and listened to, and able to access the medical care I need without judgement. Outside, however, it's another story." Available at: http://www.huffingtonpost.com/elizabeth-miller/an-open-letter-to-a-protester-outside-the-boston-planned-parenthood_b_5553701.html.





tion of America (PPFA) provided support to 59 independently incorporated affiliates, which operate the 661 health centers that served 2.5 million patients that year.⁹⁷ These affiliated clinics performed 271,539 pap smears, 363,803 breast examinations, provided 2,945,059 birth control-related services, conducted 651,695 HIV tests, and diagnosed 171,882 sexually transmitted infections (STIs).⁹⁸ The medical services data section in that report reveals that, out of the total services provided by Planned Parenthood affiliates, 45% consisted of STI/STD testing and treatment, 31% was provision of contraception,⁹⁹ 13% was allocated to other women's health services,¹⁰⁰ 7% went to cancer screening and prevention, 3% were abortions, and the remaining 1% consisted of other services.¹⁰¹ In total, Planned Parenthood affiliates provided 9,455,582 services for the 2014-15 year.¹⁰²

Despite the variety of services offered at RHCs besides abortion, RHCs continue to be referred to as "abortion clinics," a phrase U.S. Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg has openly objected to because it attaches prejudice to a facility that, at the end of the day, provides medically necessary services.¹⁰³

2.2. Who is Seeking an Abortion?

The incongruence between abortion opponents' intended and actual audience is a constant source of frustration for women who seek reproductive healthcare at an RHC. A Boston woman narrated her personal experience with abortion opponents: "You could be going there, like in my case, for my yearly exam and I'm getting called 'baby-killer'... you can't believe someone just yelled at you on the way to the doctor."¹⁰⁴ Sarah Cyr-Mutty, a community relations coordinator for a Boston clinic, says that the crowd of people outside the facility makes the atmosphere tenser, more chaotic, and more uncomfortable for the patients. "No one wants to drive up to their doctor's office

⁹⁷ Planned Parenthood 2014-15 Annual Report at p. 5 [hereinafter 2014-15 *Annual Report*]. Available at: < https://www.plannedparenthood.org/files/2114/5089/0863/2014-2015_PPFA_Annual_Report_.pdf >.

⁹⁸ *Idem.* at p. 28.

⁹⁹ *See idem.* at p. 29 for further contraception data breakdown.

¹⁰⁰ Michelle Ye He Lee defines "other women's health services" as pregnancy tests and "prenatal services." LEE, Michelle Ye Hee. "Fact Checker For Planned Parenthood abortion stats: '3 percent' and '94 percent' are both misleading," *The Washington Post*, Aug. 12, 2015. Available at: <<https://www.washingtonpost.com/news/fact-checker/wp/2015/08/12/for-planned-parenthood-abortion-stats-3-percent-and-94-percent-are-both-misleading/>>.

¹⁰¹ 2014-15 *Annual Report*, *supra* note 97 at p. 29.

¹⁰² *Idem.* at p. 30.

¹⁰³ "The Court's hostility to the right Roe and Casey secured is not concealed. Throughout, the opinion refers to obstetrician-gynecologists and surgeons who perform abortions not by the titles of their medical specialties, but by the pejorative label 'abortion doctor.'" *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124, 186-87 (2007).

¹⁰⁴ *See FILIPOVIC*, *supra* note 11 (Pia's testimony in video).





and see over 100 people standing outside."¹⁰⁵ Another patient who was approaching the clinic entrance refused to speak to a woman handing out an anti-abortion pamphlet: "Honestly, I'm having a miscarriage right now, so I really don't feel like talking to you."¹⁰⁶ A demonstrator who observed the exchange dismissed the patient's remarks by claiming, "That's usually what they say . . . The new abortion mentality is no more of the 'choice' word. The thing is to claim that abortion is just a miscarriage."¹⁰⁷

Women who seek reproductive healthcare from RHCCs do so for a myriad of reasons. The reasons for seeking an abortion specifically are just as diverse.¹⁰⁸ In light of the recent *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* case,¹⁰⁹ the Center for Reproductive Rights¹¹⁰ launched a campaign called "Draw the Line,"¹¹¹ which gathered women's diverse abortion stories and showcased them on the project's website. The collection of stories reveals that, while some women seek an abortion to end an unplanned pregnancy, others do so due to medical conditions or reasons beyond their control, such as epilepsy or an ectopic pregnancy.¹¹²

It is impossible for an anti-abortion demonstrator to ascertain that a patient entering an RHCF is doing so to receive an abortion. In order to ascertain that a woman is in fact seeking an abortion, an anti-abortion demonstrator would be forced to ask the patient directly. While the patient may have the option to decline to respond, oftentimes ignoring the demonstrators means enduring uncalled-for insults or yelling. Of course, it is just as impossible for patients to ascertain which demonstrators will desist immediately upon being ignored and which ones will continue prying. A woman who does not want to risk being yelled at, therefore, may feel like she has no choice but to explain herself. Is our position as a society that a political group's First Amendment rights are more important than a population's right to privacy and to obtain the reproductive healthcare they need and are entitled to?

¹⁰⁵ PEARL, Diana. "Free Speech Outside the Abortion Clinic", The Atlantic, Mar. 19, 2015. Available at: <<http://www.theatlantic.com/health/archive/2015/03/free-speech-outside-the-abortion-clinic/388162/>>.

¹⁰⁶ FILIPOVIC, *supra* note 11.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ See CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. "Actresses Share Real Abortion Stories: The Draw the Line Monologues." Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=fwFpF7E>>.

¹⁰⁹ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 790 F.3d 563 (2015), *granting certiorari*. In *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 136 S. Ct. 2292 (2016), the U.S. Supreme Court ultimately struck down the challenged Texas statute, holding that the same imposed an undue burden on women's constitutionally protected right to access abortion.

¹¹⁰ The Center for Reproductive Rights is "the only global legal advocacy organization dedicated to reproductive rights." CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. "About Us". Available at: <<http://www.reproductiverights.org/about-us>>. Last accessed Oct. 23, 2016.

¹¹¹ Draw the Line, <<http://www.drawtheline.org/>>. Last accessed Apr. 19, 2016.

¹¹² See CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS Video, *supra* note 108.





2.3. Who is a “Sidewalk Counselor”?

The *McCullen* Court stated that “sidewalk counseling” involved “offering information about alternatives to abortion and help pursuing those options.”¹¹³ However, it failed to explain what the requirements are to be accurately denominated a “sidewalk counselor.” Throughout the many phases of the litigation, Petitioners in the *McCullen* case described themselves as “sidewalk counselors.”¹¹⁴ The Court adopted this characterization and noted that these individuals “approach and talk to women outside such facilities, attempting to dissuade them from having abortions.”¹¹⁵ Petitioners’ argument worked. The State of Massachusetts conveyed the violent history of harassment against RHCFs, but did not press the Court on the “sidewalk counselor” point.¹¹⁶ Despite this being a crucial distinction in the case, the Court failed to define who counts as a sidewalk counselor and who crosses the line to be fairly characterized as a more dangerous protester. In criticizing the Court’s ruling in the *McCullen* case, Lithwick and West highlight the Court’s ambiguity in this regard, stating:

In the abortion clinic context, counselors are the people who have the goal of providing a message to women entering the clinics that abortion is bad. These people, the court asserts ‘are not protesters.’ We’ll know them when we see them, because they might pass out literature instead of carrying signs. They might also say, ‘Good morning,’ before telling you that abortion is bad. They have a ‘caring demeanor,’ a ‘calm tone of voice,’ and ‘maintain direct eye contact.’ They tend to be gray-haired grandmothers. ‘Counselors’ also have been spotted taking a moment to ‘pray the rosary.’ (Protesters, the court, cautions, do things like carry signs, chant together, or sometimes engage in ‘more aggressive’ tactics like face-to-face confrontation.)¹¹⁷

Lithwick and West have a point: These so-called counselors are self-proclaimed.¹¹⁸ Anti-abortion activists, or self-proclaimed sidewalk counselors, often approach the women entering and exiting RHCCs under the assumption that they are seeking an abortion at the facility in the hopes that they can engage the women and offer

¹¹³ 134 S. Ct. at p. 2527.

¹¹⁴ See *supra* note 61 at *Add. 100a-101a (“Plaintiff Eleanor McCullen engages in sidewalk counseling . . . She frequently works with another sidewalk counselor . . .”).

¹¹⁵ *Idem.* at p. 2525.

¹¹⁶ See, generally, Oral Argument, *supra* note 72.

¹¹⁷ See LITHWICK and WEST, *supra* note 78.

¹¹⁸ See e.g., 134 S. Ct. at p. 2549, where the Court accepted Petitioners’ self-description as “sidewalk counselors” without further inquiry into such designation: “A sidewalk counselor, such as petitioners, enters the buffer zone, approaches the woman and says, ‘If you have doubts about an abortion, let me try to answer any questions you may have. The clinic will not give you good information.’” See also FILIPOVIC, *supra* note 11 (“Ruth and Evelyn call themselves ‘sidewalk counselors,’ not protesters.”) (emphasis supplied).





information about alternatives to abortion.¹¹⁹ For instance, Petitioner Eleanor McCullen — the lead plaintiff in the *McCullen* case — typically initiates a conversation like this: "Good morning, may I give you my literature? Is there anything I can do for you? I'm available if you have any questions."¹²⁰ There are three evident problems with this approach. First, how can Ms. McCullen realistically ascertain that she is approaching someone who is indeed seeking to have an abortion? Second, assuming the woman is in fact seeking an abortion, Ms. McCullen's disposition to answer any questions further assumes that the woman she has approached is not — or chooses not to be — conscious of what she is doing and aware of her options. The *Hill* Court explicitly acknowledged that people trying to access the clinics are in "particularly vulnerable physical and emotional conditions" that warrant the State's protection from "unwanted encounters, confrontations, and even assaults."¹²¹ More often than not, people in particularly vulnerable physical and emotional conditions — such as women who might be seeking an abortion — will have weighed their options mindfully before arriving at a conclusion as to what is the best course of action given their specific circumstances. Third, if the woman is in fact seeking an abortion, how can Ms. McCullen realistically help? Will she cover the medical expenses for any medical complications the woman may experience as a result of the pregnancy? Will Ms. McCullen provide financial support to the woman who carries the pregnancy to term and her child? Absent concrete criteria for someone to be designated a "sidewalk counselor," is it the Court's position that a "Hello, can I give you my literature?" or the outward characteristics and demeanor of a person are enough for them to claim "sidewalk counselor" status? One must wonder why Ms. McCullen, who has been described as "a sweet, cheerful grandmother from Massachusetts,"¹²² was specifically chosen as the lead plaintiff for the litigation.

From the perspective of women who seek reproductive healthcare at an RHCF, anti-abortion activism can range from being a simple nuisance to borderline, if not actual, harassment. In connection to this, Professor Chemerinsky noted that, "...the Court gave insufficient weight to the rights of those who are using or working at clinics and want to be free from verbal and physical assaults."¹²³ He further characterized the Court's opinion as an "open invitation to arbitrary line drawing."¹²⁴

¹¹⁹ 134 S. Ct. at p. 2527.

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ *Hill*, 530 U.S. at p. 729.

¹²² BOWMAN, Matt. "A Quiet Grandmother Wins One for Free Speech at the Supreme Court", *Wash. Times*, Jul. 1, 2014. Available at: <<http://www.washingtontimes.com/news/2014/jul/1/quiet-grandmother-wins-one-free-speech-supreme-cou/>>.

¹²³ CHERMERINSKY, Erwin. *Appearances can be Deceiving*. *Green Bag Online*, Washington, vol. 17, n. 4, p. 389-404, jun./aug. 2014, at p. 397.

¹²⁴ *Idem*.





2.4. Buffer Zones in Other Contexts

The use of buffer zones has not been limited to reproductive health clinics.¹²⁵ Polling places, military funerals, government buildings, and federal courthouses, including the U.S. Supreme Court, are some of the facilities or contexts that reap the benefits of having a protective buffer zone around their premises. The Supreme Court's buffer zone law, for example, makes it "unlawful for protesters to demonstrate on Supreme Court building grounds."¹²⁶

2.4.1. *The (Military) Funeral Context*

In *Snyder v. Phelps*,¹²⁷ Marine Lance Corporal Matthew Snyder had been killed in the line of duty in Iraq.¹²⁸ The details for the fallen soldier's funeral services, which would be held in Maryland, were announced in the local newspapers.¹²⁹ Members of the Westboro Baptist Church of Topeka, Kansas, who were of the view that God punishes the United States for its tolerance of homosexuality in the military by killing American soldiers, decided to travel to Maryland and picket Snyder's funeral procession.¹³⁰ Standing in a land adjacent to a public street, the Westboro picketers sang hymns and displayed signs that stated, "God Hates the USA/Thank God for 9/11," "America is Doomed," "Don't Pray for the USA," "Thank God for IEDs," "Thank God for Dead Soldiers," "Pope in Hell," "Priests Rape Boys," "God Hates Fags," "You're Going to Hell," and "God Hates You."¹³¹ Snyder's father was not able to see what was written on the signs until he saw a news broadcast of the event later that evening.¹³² He then filed a suit in the U.S. District Court for the District of Maryland based on tort law against the Westboro picketers and the Church itself, alleging defamation, publicity given to private life, intentional infliction of emotional distress (IIED), intrusion upon seclusion, and civil conspiracy.¹³³ After the jury awarded Snyder \$2.9 million¹³⁴ in damages at the district court level, the Court of Appeals sided with the Defendants' contention that the First Amendment "fully protected

¹²⁵ See ANNEAR, Steve. "The Supreme Court Technically Has Its Own 252-Foot Buffer Zone", Boston Daily, Jun 26, 2014. Available at: <<http://www.bostonmagazine.com/news/blog/2014/06/26/supreme-court-buffer-zone-regulations/>>.

¹²⁶ ANNEAR, *supra* note 125.

¹²⁷ *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

¹²⁸ *Idem.* at p. 448.

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ See *idem.*

¹³¹ *Idem.*

¹³² *Idem.* at p. 449.

¹³³ *Idem.* at pp. 449-50.

¹³⁴ The District Court later remitted the punitive damages award to \$2.1 million. 562 U.S. at p. 450.





Westboro's speech"¹³⁵ and reversed the judgment.¹³⁶ On certiorari, the question before the U.S. Supreme Court was whether the First Amendment protects church members picketing near a soldier's funeral service from tort liability.¹³⁷ The question would turn on whether the Westboro Church members' speech was a matter of public or private concern.¹³⁸

The Supreme Court noted that the First Amendment grants special protection to speech related to public concerns,¹³⁹ but that the same rigorous protection does not extend to speech related to private matters.¹⁴⁰ In order to decide whether Westboro's speech was related to private or public matters, the Court employed the *Connick* test,¹⁴¹ which requires the examination of the content, form, and context of the speech as revealed by the whole record.¹⁴² The Court ruled that the content of Westboro's message pertained to broader public issues and that the context of the funeral procession did not alter that conclusion.¹⁴³ Recognizing that Westboro's speech was also subject to time, place, and manner restrictions, the Court concluded that Westboro was exempt from tort liability because the picketing was conducted about 1,000 feet away from the church, without disrupting the funeral.¹⁴⁴

*"Speech is powerful. It can stir people to action, move them to tears of both joy and sorrow, and — as it did here — inflict great pain. On the facts before us, we cannot react to that pain by punishing the speaker. As a Nation we have chosen a different course — to protect even hurtful speech on public issues to ensure that we do not stifle public debate."*¹⁴⁵

Both parties in this case benefitted from the buffer zone in place. Even when the funeral procession passed within 200 or 300 feet of the picket site, the distance prevented Mr. Snyder from seeing what was written on the picket signs or hearing the protesting until he watched the news later that evening.¹⁴⁶ Had the picketers disrupt-

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ *Snyder v. Phelps*, 580 F.3d 206, 211 (4th Cir. 2009).

¹³⁷ *See* 562 U.S. at p. 447.

¹³⁸ *Idem* at pp. 444, 451.

¹³⁹ *See idem*. at pp. 451-52 (drawing the distinction between matters of public and private concern).

¹⁴⁰ *See idem*. at p. 452.

¹⁴¹ *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138, 147-48 (1983); *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749, 758-59, 761 (1985).

¹⁴² 562 U.S. at p. 444: "To determine whether speech is of public or private concern, th[e] Court must independently examine the 'content, form, and context,' of the speech 'as revealed by the whole record.'"

¹⁴³ 562 U.S. at pp. 454-56.

¹⁴⁴ *Idem*. at p. 457.

¹⁴⁵ *Idem*. at pp. 460-61.

¹⁴⁶ *Idem*. at pp. 449, 462.





ted the funeral procession, made it so that Mr. Snyder was able to see what the signs were displaying or hear the picketers' message, his IIED claim would have been stronger and Westboro would have probably been found liable. It was the church members' obedience to the authorities' instructions as to how to stage their demonstration that shielded them from liability.¹⁴⁷

At least seventeen states¹⁴⁸ have enacted state statutes that explicitly prohibit protesting or picketing funeral processions in order to protect families' grieving process.¹⁴⁹ Out of those seventeen states, at least Arkansas, Arizona, California, Colorado, Florida, Georgia, Massachusetts, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, New Hampshire, Oklahoma, Pennsylvania, and Wyoming — fifteen states — enforce protective buffer zones around the funeral procession or site, ranging from 100 feet to 1,500 feet.¹⁵⁰ In addition, some states regulate when the demonstration might take place. For instance, Arkansas prohibits picketing the funeral during and within the thirty minutes immediately preceding or following the ceremony.¹⁵¹ Georgia, on the other hand, prohibits demonstrations targeted at a memorial service from occurring "at any time one hour prior to, during, or one hour after the posted time."¹⁵² The classification of the offense also varies by state. For example, Arkansas, Arizona, Florida, South Dakota, and Wyoming are some of the states that classify the offense as some kind of misdemeanor, while California imposes criminal penalties.¹⁵³ If our laws recognize that mourning relatives' vulnerable emotional state merit protection, why is a woman's emotional state and desire for privacy treated differently by the courts?

¹⁴⁷ *Idem.* at pp. 448-49.

¹⁴⁸ Arizona (Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-2930 (2011)), Arkansas (Ark. Code Ann. § 5-71-230 (West 2013)), California (Cal. Penal § 594.37 (West 2013)), Colorado (Colo. Rev. St. Ann. § 13-21-126 (West 2006)), Florida (Fla. Stat. § 871.015 (2014)), Georgia (Ga. Code Ann. § 16-11-34.2 (West 2006)), Kentucky (Ky. Rev. Stat. Ann. § 525.155 (West 2007)), Massachusetts (Mass. Gen. Laws Ann. ch. 272 § 42A, Mississippi (Miss. Code Ann. § 97-35-18 (West 2006)), Missouri (Mo. Ann. Stat. § 574.160 (West 2014)), Montana (Mont. Code Ann. § 45-8-116 (West 2007)), Nebraska (Neb. Rev. St. Ann. § 28-1320.02 (West 2011)), New Hampshire (N.H. Rev. Stat. Ann. § 644:2-b (2007)), Oklahoma (Okla. Stat. Ann. tit. 21 § 1380 (West 2011)), Pennsylvania (tit. 18 Pa. Stat. and Cons. Stat. Ann. § 7517 (West 2006)), South Dakota (S.D. Codified Laws § 22-13-17 (2006)), and Wyoming (Wyo. Stat. Ann. § 6-6-105 (West 2011)).

¹⁴⁹ For example, Colo. Rev. St. Ann. § 13-21-126(1)(b) explicitly recognizes that "[f]uneral picketing disrupts the grieving process" and that it "intentionally inflicts severe emotional distress on the mourners." Subsection (A)(1) (b) of Okla. Stat. Ann. tit. 21 § 1380 and Subsection (a)(2) of tit. 18 Pa. Stat. and Cons. Stat. Ann. § 7517 provide that "the interests of families in privately and peacefully mourning the loss of deceased relatives are violated" when funerals or commemorative services are "targeted for picketing and other public demonstrations..."

¹⁵⁰ See *supra* note 148.

¹⁵¹ Ark. Code Ann. § 5-71-230(b)(3).

¹⁵² Ga. Code Ann. § 16-11-34.2(b)(4).

¹⁵³ Cal. Penal § 594.37(b) provides: "Any violation of subdivision (a) is punishable by a fine not exceeding one thousand dollars (\$1,000), imprisonment in a county jail not exceeding six months, or by both that fine and imprisonment."





2.4.2. The Polling Place Context

Buffer zone laws are also enforced around polling places.¹⁵⁴ For example, in 1992, the Supreme Court considered the constitutionality of a Tennessee election statute, which prohibited "the display of campaign posters, signs or other campaign materials, distribution of campaign materials, and solicitation of votes for or against any person, political party, or position on a question" within 100 feet of entrances to polling places.¹⁵⁵ The statute allowed the authorities to extend the election-day "campaign-free zone"¹⁵⁶ by private action based on the size of the population.¹⁵⁷ The buffer zone statute was challenged on First Amendment grounds¹⁵⁸ because (1) it regulated political speech, (2) the regulation of the political speech was occurring in a public forum, and (3) the regulation was based on the content of the speech.¹⁵⁹ The State of Tennessee articulated two interests served by the buffer zone statute. First, the statute protects the rights of its citizens to vote freely for the candidates of their choice.¹⁶⁰ Second, that the restriction protects the right to vote in an election conducted with integrity and reliability.¹⁶¹ Notwithstanding the Court's finding that the statute was content-based, the Court also recognized the State's interests in "protecting voters from confusion and undue influence" were legitimate and compelling¹⁶² and that the law as written was necessary to serve those interests.¹⁶³ The plurality acknowledged that it is rare for a law to survive the Court's strict scrutiny analysis and upheld the constitutionality of the law.¹⁶⁴ Finally, and most significantly for our purposes, the Court admitted that "[v]oter intimidation and election fraud are successful precisely because they are difficult to detect."¹⁶⁵ If an individual purporting to intimidate voters is hard to discern, how can the authorities, clinic staff, and women be expected to discern a violent anti-abortion protester from a peaceful one in the RHCF context? In fact, an officer who was present on the day John C. Salvi III opened fire on two Brookline clinics and killed two women

¹⁵⁴ HO, Daniel E.; SCHAUER Frederick. Testing the Marketplace of Ideas. **New York University Law Review**, New York, vol. 90, n. 4, pp. 1160-1228, oct. 2015. p. 1178.

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191, 193 (1992).

¹⁵⁷ Tenn. Code Ann. § 2-7-111(d) (West 2003).

¹⁵⁸ 504 U.S. at p. 195.

¹⁵⁹ *Idem*. at p. 196.

¹⁶⁰ *Idem*. at p. 198.

¹⁶¹ *Idem*. at p. 199.

¹⁶² *Idem*.

¹⁶³ *Idem*. at pp. 210-11.

¹⁶⁴ *Idem*. at p. 211.

¹⁶⁵ *Idem*. at p. 208.





stated there was nothing about Salvi's demeanor that suggested that he was about to violently attack one of the clinics.¹⁶⁶

2.4.3. *The Buffer Zone Around the Supreme Court*

In 1949, a federal statute established a buffer zone around the U.S. Supreme Court grounds.¹⁶⁷ Currently, the statute, which is codified at Section 6135 of Title 40, consists of two clauses within one sentence.¹⁶⁸ The first clause, referred to as the Assemblages Clause by the Supreme Court, makes it unlawful "to parade, stand, or move in processions or assemblages in the Supreme Court Building or grounds."¹⁶⁹ The second clause, known as the Display Clause, makes it unlawful to "display in the Building and grounds a flag, banner, or device designed or adopted to bring into public notice a party, organization, or movement."¹⁷⁰ It is worth noting that the statute was written in such a way as to include the plaza in front of the Supreme Court building as part of its "grounds."¹⁷¹

The constitutionality of the statute was challenged by a college student who was arrested for displaying a sign on the Supreme Court's plaza in the *Hodge v. Talkin* case. The student, Harold Hodge, Jr., brought the action on First and Fifth Amendment grounds, alleging that the Assemblages and Display clauses were overbroad and unconstitutionally vague and, thus, unconstitutionally restrictive upon his right to free speech.¹⁷² After the District Court had entered summary judgment for the student, the U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit reversed, holding that the Supreme Court plaza constituted a "nonpublic forum" for purposes of the First Amendment and that the statute was a reasonable limitation on speech.¹⁷³ A petition for certiorari review was filed on January 6, 2016 with the Supreme Court, but the Court denied certiorari on May 16, 2016.¹⁷⁴

The applicable First Amendment analysis was dependent on whether the plaza constituted a public forum or a nonpublic forum. In the *Hodge* opinion, Judge

¹⁶⁶ CHILDRESS, Sarah. "Murder on Abortion Row", Frontline (PBS), Jun. 26, 2014. Available at: <<http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/social-issues/watch-murder-on-abortion-row/>>.

¹⁶⁷ JACOBY, Jeff. "Strike down the Supreme Court's 'buffer zone'", Boston Globe: Opinion, Sep. 6, 2015. Available at: <<https://www.bostonglobe.com/opinion/2015/09/05/free-speech-buffer-zone-supreme-court-plaza-ludicrous/lh3lmBDFgVNAvu7bLHFuRP/story.html>>.

¹⁶⁸ 40 U.S.C. § 6135; *Hodge v. Talkin*, 799 F.3d 1145, 1149 (2015).

¹⁶⁹ 40 U.S.C. § 6135; 799 F.3d at p. 1149.

¹⁷⁰ *Supra* note 169.

¹⁷¹ 799 F.3d at pp. 1149, 1150-51. See 40 U.S.C. § 6101(b)(1) (defining the limits of the Supreme Court grounds, which extend to the curbs of the sidewalks, but exclude the sidewalks themselves).

¹⁷² 799 F.3d at p. 1154.

¹⁷³ *Idem.* at p. 1162.

¹⁷⁴ See *Hodge v. Talkin*, 136 S. Ct. 2009, *denying certiorari*.





Srinivasan cited a statement authored by Justice Breyer to explain why the plaza is considered a nonpublic forum for First Amendment purposes: "Starting at the Court's western plaza, Gilbert's plan leads visitors along a carefully choreographed, climbing path that ultimately ends at the courtroom itself."¹⁷⁵ Because "the government retains substantially greater leeway to limit expressive conduct in such an area..." — namely, a nonpublic area —, "the government can impose reasonable restrictions on speech" as long as no one viewpoint is repressed.¹⁷⁶ The Court reasoned that the statute served the government's "interests in preserving decorum in the area of a courthouse and in assuring the appearance (and actuality) of a judiciary uninfluenced by public opinion and pressure," thus concluding that the law was a constitutional restriction.¹⁷⁷ The opinion considered "the sidewalk area directly in front of the Court's plaza" evidence of the statute's reasonableness.¹⁷⁸

Speech *can be* powerful. As a nation, we have chosen to protect hurtful speech to not stifle public debate. We have, however, also chosen to grant grieving families at a funeral procession with the minimum protection and courtesy of a buffer zone so they may mourn in peace. We have also chosen to uphold campaign-free zones around polling places to protect voters from undue influence and intimidation. Our federal courts have chosen to uphold a buffer zone statute around the U.S. Supreme Court to preserve decorum and an uninfluenced judiciary. We have, somehow, found ways to make these buffer zones coexist with First Amendment rights. What makes reproductive healthcare clinics so different? Why can we not extend the same minimum protection to women? Erwin Chemerinsky, Dean of the UC Irvine School of Law and renowned constitutional law professor, has argued: "Those going into clinics should not have to be yelled at, shown graphic photographs, called names, and made to fear for their safety. Women exercising their constitutional rights should be protected from harassment."¹⁷⁹ No woman who seeks the reproductive healthcare she is entitled to — whatever it may be — should feel forced or compelled to explain her circumstances and why she is seeking medical attention from an RHCF when approached by a stranger on a sidewalk — regardless of whether she is in fact emotionally vulnerable or not.

¹⁷⁵ J. Stephen Breyer, *Statement Concerning the Supreme Court's Front Entrance*, 2009 S. Ct. J. 831, 831 (2010).

¹⁷⁶ 799 F.3d at p. 1150.

¹⁷⁷ *Idem*.

¹⁷⁸ *Idem*.

¹⁷⁹ CHERMERINSKY, *supra* note 123, at pp. 397-98.





3. CONCLUSION

In the *Hill* decision, the Court recognized that healthcare facilities are surrounded by unique concerns and circumstances. The Court reasoned that hospital patients are oftentimes in a vulnerable emotional state, which begs for a comforting and supportive atmosphere. In the *Snyder* decision, the Court recognized that the Westboro church members were free from liability because they abided by the buffer zone laws in place in order to protect the grieving family's frail emotional state during the mourning process. The Supreme Court upheld a Tennessee statute around polling places in order to protect voters from intimidation and undue influence. The U.S. Supreme Court's own buffer zone has been upheld to preserve the Court's decorum and an uninfluenced judiciary. Why are courts hesitant to extend the same minimum protection to the women who seek access to RHCFs? Are these women not entitled to privacy? What makes the reproductive healthcare context so different from other contexts? My research revealed no evidence of a need for protective buffer zones around hospitals. If an abortion may also be performed in a mainstream hospital, why are they not also subject to similar aggressions? What makes RHCFs so different in nature?

If upholding a buffer zone statute may be considered an endorsement of the pro-choice viewpoint over the anti-abortion movement, then striking down said statute can be interpreted as a prioritization of the anti-abortion viewpoint. I suggest this binary is too broad. First, women seek reproductive care from physicians and staff at RHCFs on a daily basis for a wide variety of reasons. Many women recur to these clinics seeking routine pap smears, birth control, breast cancer and STD/STI screenings, and many other services that might be more costly or more time-consuming if received at a hospital. Moreover, sometimes an RHCF is the only available health facility for miles. Second, the women who in fact seek an abortion more often than not do so after having weighed their options heavily, wondered about the looming possibility of regret, concluding that this is the best choice for them and their families. Failing to uphold buffer zone statutes that protect these women's privacy leaves them with two choices: To either ignore anti-abortion demonstrators at the risk of being yelled at or divulge the reasons why they are seeking medical care at these facilities. Judge Karen Schreier, a South Dakota federal judge, wrote in an opinion: "Forcing a woman to divulge to a stranger at a pregnancy help center the fact that she has chosen to undergo an abortion humiliates and degrades her as a human being."¹⁸⁰ The buffer zone debate has long been articulated as a First Amendment issue, but I suggest it is more practically a women's privacy and dignity issue.

¹⁸⁰ *Planned Parenthood Minn., N.D., S.D. v. Daugaard*, 799 F. Supp. 2d 1048, 1060 (2011); "The Courts Step In", N.Y. Times: Opinion, Jul. 13, 2011. Available at: <http://www.nytimes.com/2011/07/14/opinion/14thurs1.html?_r=0>.





The *McCullen* Court unanimously asserted that, "petitioners are not protesters," but failed to provide further guidance as to where to draw the line. Indeed, who counts as a sidewalk counselor? Is it anybody who self-proclaims to be one? Is it an elderly woman handing out a leaflet? Does a 35-year-old man standing silently outside a clinic with a sign displaying an aborted fetus count as one or does he cross the line? Is he deemed a more aggressive protester? Why?

Drawing the line between who is an aggressive abortion opponent and who is not is difficult not just for the Supreme Court, but also for the women who seek reproductive healthcare and for the authorities of the State that are trying to maintain the peace. Similarly, assuming abortion opponents approach these women with the best of intentions, it is nearly impossible for them to ascertain who among the many women approaching an RHCC is seeking an abortion without invading their privacy. As a result, they target every woman who seems to be approaching the nearest clinic, regardless of the reason. What are these women supposed to do? Are they supposed to tell a stranger they are not seeking an abortion to appease them? Are they supposed to ignore them in the hopes that they will desist? If they opt for ignoring them, are these women supposed to endure being yelled at? Are they supposed to tolerate being called "baby-killer" or "gross" for the sake of abortion opponents' First Amendment rights? What about women who *are* seeking an abortion? Do they not have the right to their privacy? Do they not have the right to have a few moments to themselves before making what might be the hardest choice they have ever made? If we consider protecting mourning, emotionally vulnerable families during funeral proceedings from further emotional distress a legitimate state interest, why is a woman's emotional vulnerability not regarded in the same way? If we are willing to enforce buffer zones around polling places to protect voters from voter intimidation and undue influences, so as to preserve the integrity of our democratic system, why are we reluctant to extend the same consideration to women who feel intimidated for seeking the reproductive care they are entitled to and need?

Contrary to the Supreme Court's buffer zone, buffer zones around RHCCs are not meant to preserve decorum or to assure the appearance and actuality of an uninfluenced judiciary. Buffer zones around RHCFs are necessary to protect patients from unsolicited advice, "counsel," and even harassment. They are needed to safeguard women's right to privacy. Regardless of which side of the debate one subscribes to, no American will contend that a fellow citizen has a lesser right to privacy. Restricting the time, place, and manner in which anti-abortion demonstrations happen would only marginally reduce the area where the free speech may take place in exchange for patients' increased sense of respect, privacy, and overall human dignity.





4. REFERENCES

ALBERT, Richard. Protest, Proportionality, and the Politics of Privacy: Mediating the Tension Between the Right of Access to Abortion Clinics and Free Religious Expression in Canada and the United States. **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, Los Angeles, vol. 27, n. 1, p. 1-62, jan./apr. 2005.

CHEMERINSKY, Erwin. Appearances can be Deceiving. **Green Bag Online**, Washington, vol. 17, n. 4, p. 389-404, jun./aug. 2014.

COWAN, Kristen G. The Tailoring of Statutory Bubble Zones: Balancing Free Speech and Patients' Rights. **Journal of Criminal Law & Criminology**, Boston, vol. 91, n. 2, p. 385-428, dic./mar. 2000/2001.

EDWARDS, Jamie. **McGuire v. Reilly**: The First Amendment and Abortion Clinic Buffer Zones in the Wake of Hill v. Colorado. **UC Davis Law Review**, Davis, vol. 36, n. 3, p. 787-812, feb. 2003.

FINER, Lawrence B.; FROHWIRTH Lori F. et al.. Reasons U.S. Women Have Abortions: Quantitative and Qualitative Perspectives. **Perspectives on Sexual and Reproductive Health**, [s.l.], vol. 37, n. 3, p. 110-118, sep. 2005.

HO, Daniel E.; SCHAUER Frederick. Testing the Marketplace of Ideas. **New York University Law Review**, New York, vol. 90, n. 4, p. 1160-1228, oct. 2015.

HODGSON, Jane E. Violence Versus Reproductive Health Care: In The United States Organised Medicine Averts Its Gaze. **British Medical Journal**, London, vol. 310, n. 6979, mar. 1995.

SUTER, Sonia M. The "Repugnance" Lens of Gonzales v. Carhart and Other Theories of Reproductive Rights: Evaluating Advanced Reproductive Technologies. **The George Washington Law Review**, Washington, vol. 76, n. 6, p. 1514-1598, nov./dic. 2008.





Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v4i1.50341

The prohibition of wearing veil in public schools in Egypt: an analysis of the Egyptian Supreme Constitutional Court jurisprudence

A proibição da utilização de véus em escolas públicas no Egito: uma análise da jurisprudência da Suprema Corte Constitucional egípcia

MOHAMED A. 'ARAFA*

Indiana University School of Law (United States of America)
Alexandria University Faculty of Law (Egypt)
marafa@iupui.edu

Recebido/Received: 26.01.2017 / January 26th, 2017

Aprovado/Approved: 06.02.2017 / February 6th, 2017

Abstract

On 18 May 1996, the Supreme Constitutional Court of Egypt upheld Case No. 8, which discussed the constitutionality of an administrative act of the Ministry of Education which, regulating the uniforms that should be used in Egyptian public schools, prohibited the use of a veil. The article exposes the factual content that involved the case, analyzing this decision through the fundamental right to religious freedom and the necessary limits that must be imposed in a liberal interpretation of Islamic Law.

Keywords: Islamic Law; veil; public school; religious freedom; Egypt

Resumo

Em 18 de Maio de 1996, a Suprema Corte Constitucional do Egito julgou o caso nº 8, no qual se discutia a constitucionalidade de um ato administrativo do Ministério da Educação que, ao regular os uniformes que deveriam ser utilizados nas escolas públicas egípcias, proibiu a utilização de véu. O artigo expõe o conteúdo fático que envolveu o caso, analisando essa decisão através do direito fundamental à liberdade religiosa e os limites necessários que devem ser impostos a uma interpretação liberal da Lei Islâmica.

Palavras-chave: Lei Islâmica; véu; escola pública; liberdade religiosa; Egito.

CONTENTS

1. Introduction; 2. The Parties and the Main Facts of Case 8/1996; 3. The SCC's Holding; 4. The Impact and Influence of Case 8/1996 (Assessment); 5. References.

Como citar esse artigo/How to cite this article: 'ARAFA, Mohamed A. The prohibition of wearing veil in public schools in Egypt: an analysis of the Egyptian Supreme Constitutional Court jurisprudence. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 69-85, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.50341.

* Adjunct Professor of Islamic Law at Indiana University Robert H. McKinney School of Law (Indianapolis, United States of America). Doctor of Juridical Science (S.J.D.), 2013, Indiana University Robert H. McKinney School of Law (Indianapolis, USA). Assistant Professor of Criminal Law and Criminal Justice at Alexandria University Faculty of Law (Egypt). Master of Laws (LL.M.) in American Criminal Law and Criminal Justice, 2008, University of Connecticut School of Law (USA). Bachelor of Laws (LL.B.), 2006, Alexandria University, Faculty of Law ("English" Department) (Alexandria, Egypt). E-mail: marafa@iupui.edu.





1. INTRODUCTION

Case No.8 of 1996 is a landmark decision of the Egyptian Supreme Constitutional Court ("SCC") and represents one of the most significant judicial rulings of a structural remedy for the interpretation of Article 2 of Egypt 2014 Constitution. The jurisprudence of the SCC is essential to advance a moderate (liberal), rights-protecting interpretation of *Sharie'a*. In this case, the SCC held that a rule on face-veiling in public schools is compatible not only with Islamic law, but with certain human rights guaranteed by the Constitution; as freedom of expression and freedom of religion. This decision dealt with the SCC's view on Islamic *ijtihad* (legal reasoning), and, gives insight into the Court's views on civil and political rights context. Further, this case offers fascinating prospects for comparative constitutional law experts, and international human rights activists, as laws restricting women's rights, (particularly to cover/veil) have been confronted as unconstitutional in several Arab and European countries (Headscarves in the headlines 2004). Indeed, the SCC judgment facilitated fruitful comparative analysis and debate on the free exercise of religion, freedom of expression, children and women's rights. This case has been featured as a cornerstone in Middle Eastern constitutional theories, as it examined Egypt's constitutional jurisprudence—which has the power to review the constitutionality of laws and decrees, interpretation of Islamic law. It has developed its private adequate "interpretation from within" of spiritual norms—facing a liberal-religious split, as Egypt have observed a substantial growth in the phenomena of extreme Islamism, under Presidents Gamal 'Abdelnasser, Anwar Sādāt, and recently under the exiled President Mohammad Morsi ousted by the popular protests on June 30, and the military on July 3, 2013.¹

This brief article first covers (in Part II) the background of the case and its facts, before turning in (Part III) to the holding itself and its most noticeable feature—the Court's declaration of a liberal interpretation of the *Sharie'a* law. Part IV provides a detailed assessment of that ruling, addressing the impact of the case both within and outside of Egypt, as constitutional courts in Mediterranean countries, as in Egypt, have situated themselves as central secularizing powers in their societies. Also, it proposes that the ever-accelerating confidence on domestic supreme judicial bodies in religious constitutionalism concerning religion and state enquiries offers significant understandings for accepting the political roots of judicial authority and the circumstances under which political aspect to the judiciary is probably to ensue.

¹ 'ARAFA, Mohamed. Whither Egypt? Against Religious Fascism and Legal Authoritarianism: Pure Revolution, Popular Coup, or a Military Coup d'état? **Indiana International and Comparative Law Review**, Indianapolis, vol. 24, n. 4, p. 859-897, 2014. p. 865-871.





2. THE PARTIES AND THE MAIN FACTS OF CASE 8/1996

On May 18, 1996, the SCC under the Presidency (Chief Justice) of Counselor Dr. 'Awad el-Murr, and [with] the membership of other seven chief justices, including the Commissioners Body's President and the secretary general, referred to the Court from the Administrative Court by decision issued in Case No. 21 of judicial year 49 undertaken by Mahmoud Sami Wasil, in his capacity [as a guardian] of his two daughters, Mariam and Hajir against the Education Minister, the director of the Alexandria's Education Board, and the Isis's Manger Girls High School in *al-Siyuf*. Regarding the procedures, the Alexandria Administrative Court ruled that the file should be referred to the SCC to check the constitutionality of the Ministerial Decision No. 113 of 1994 [as expounded by Decision No.208/1994]. Then, the State Litigation Authority—the body that is charge of representing the state in litigation—submitted a memorandum defending the governmental [decree] and requesting case's denial. The Commissioners Apparatus then prepared a report with its opinion.² It should be noted that Egyptian administrative courts have crucial jurisdiction over cases in which the state [government] is a party and this case focuses on the actions of the school's Manger, who is performing in accordance with an official administrative decree issued by the Education Minister. Yet, administrative courts are not allowed to interpret the Constitution, so when challenged with a case that requires a constitutional' interpretation, it must refer it [on *renvoi*] to the SCC, which is permitted, on its competence, to decide non-constitutional matters and to issue a final ruling in the case.³

Briefly in this case, two daughters, filed Case No. 21(49) at Alexandria Administrative Court against the Education Minister in which their [father] required a presiding awkward application of and stopping the negative judgment that had been issued excluding entry of his daughters into their school. The daughters have been expelled from the school—when he had gone with them to the Isis school and was surprised—due to the enactment of a decision by the Education's Minister proscribing female students wearing the *niqab* (veil) from entering, a decree in which the father proclaims that represents a direct transgression of Articles 2 and 53 among others of the Constitution, regarding the Islamic law's understanding and equality in public rights and duties.⁴ The father claimed that Article 2 reads that "*Islam is the religion of the State and Arabic is its official language. The principles of Islamic Sharie'a are the principle source of legislation*"

² ELMORR Awad et al. The Supreme Constitutional Court and Its Role in the Egyptian Judicial System. In: BOYLE, Kevin; SHERIF, Adel (Eds.). **Human Rights and Democracy – The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt**. Hague: Kluwer Law International, 1996. p. 37-53.

³ SHERIF, Adel. Constitutional Law. In: MAUGIRON Nathalie; DUPRET Baudouin (Eds.). **Egypt and its Laws**. London : Kluwer law international, 2002. p. 325-330.

⁴ ELMORR, Awad. The Supreme Constitutional Court of Egypt and the Protection of Human and Political Rights. In: MALLAT, Chibli (Ed.). **Islam and Public Law**. [s.l.]: Springer Netherlands, 1992. p. 229-258.





and Article 53—confirms the conservation of personal freedom [and bans] any violation to it—as it stipulates that “*Citizens are equal before the law, possess equal rights and public duties, and may not be discriminated against on the basis of religion, belief, sex, origin, race, color, language, disability, social class, political or geographical affiliation, or for any other reason. Discrimination . . . are crimes punishable by the law. The State shall take all necessary measures to eliminate all forms of discrimination . . .*”

During its examination of the case and the motion to suspend execution of the defendant’s ministerial decree, the SCC recited that the Administrative Court based its decision on the fact that the [high school’s] decision to dismiss the girls was based on Decree 113/1994 [issued on August 17, 1994 by Educational Minister] which detailed the school uniform in its form, color, and configuration, and clarified by ministerial decree No. 208/1994. The SCC recited that “is within the exclusive competence of the SCC to decide whether these two decisions violate freedom of religion protected in the Constitution . . .”. Legally speaking, the Egyptian legal system creates a hierarchy of legislative enactments as follows: (a) constitution; (b) statute; (c) regulation (bylaw), and (d) decree/decision. In this case, the “decree” being confronted and thus, is a formal administrative act.⁵

3. THE SCC’S HOLDING

The SCC decided against the defendant, concluding that the contested Decision does not contradict the Constitutional provisions in any way. Further, it stated that the dad raised remedies only under constitutional provisions 2 and 53. Through its *ex-officio* jurisdiction, the SCC, though, has found that Article 64 concerns are tacitly involved in the case, which reads “*Freedom of belief is absolute. The freedom of practicing religious rituals and establishing places of worship for the followers of revealed religions is a right organized by law.*” The Court defined the freedom created in this provision as “freedom of ‘*aqida* (creed) rather than freedom of *din* (religion)”.⁶ Also, it said that “it is obvious from the provisions of Decree 113/1994 that male and female students in public and private schools are required to wear a single uniform with the following features:

- a. First, Primary Phase, Boys/Girls: A linen apron in the color selected by the educational board, it is allowed to wear pants in winter . . . [if it is] appropriate according to what the educational directorate has decided. Girls can substitute for the apron a blouse and skirt of appropriate length and for boys . . .

⁵ RUGH, Andrea. **Reveal and Conceal: Dress in Contemporary Egypt**. Syracuse: Syracuse University Publications in Continuing Education, 1987.

⁶ BROWN, Nathan; LOMBARDI, Clark. The Supreme Constitutional Court of Egypt on Islamic Law, Veiling and Civil Rights: An Annotated Translation of Supreme Constitutional Court of Egypt Case No. 8 of Judicial Year 17 (May 18, 1996). **American University International Law Review**, Washington, vol. 21, n. 3, p. 437-460, June 2006. p. 444-445.





b. Second, Elementary Phase:

1. Boy Students: Long pants-shirt in appropriate color, in the winter a sweater . . . may be worn in accordance . . . directorate decides.
 2. Girl Pupils: White blouse-linen apron with suspenders in the color chosen by the educational Board . . . The apron may be replaced with a long blouse of appropriate length . . . Upon written request from the guardian, the student may wear a hair cover in a color selected by the educational Board, if does not obscure the face.
- a. Third, High School Period:
1. Male Students: Long pants-shirt in an appropriate color . . . to educational board decides.
 2. Female Students: White blouse-skirt of appropriate length . . . upon written request from the guardian, the student may wear a hair cover in a color selected . . . , if does not obscure the face.”

Also, the decree states that school uniforms for both male and female students in every school will be posted in a visible place at least two months prior to the beginning of the school and students who violate the decision may not enter their school or be affiliated with it. In order to avoid any sort of ambiguity in this decree, the Minister of Education enacted a second decree clarifying the former one and identifying its content, which reads:

First, regarding female students within elementary and high schools:

- a. “Upon written request from the guardian” means that the guardian [dad] must be cognizant of the student’s will (choice) to wear hair veil, and that the choice comes from her own free will without pressure/coercion from an individual other than the custodian. The student shall not be prohibited from entering her school if she wears a hair scarf and her entry shall take place awaiting upon examination of the guardian’s awareness.
- b. “Hair Cover” means that the cover that the student selects according to her own free will may not cover the face. No examples . . . for hair covering shall be contravene this.

Second, regarding all students in the whole educational phases: The uniform shall be proper in appearance and the style in which it is worn, conserving the uniform within the society’s morals, traditions [teachings]. Each uniform that invades these rules considers a violation of the school uniform; and it is not allowed for the girl student wearing one to get in her school.⁷ This holding has been documented to understand,

⁷ BROWN, Nathan; LOMBARDI, Clark. The Supreme Constitutional Court of Egypt on Islamic Law, Veiling and Civil Rights: An Annotated Translation of Supreme Constitutional Court of Egypt Case No. 8 of Judicial Year 17 (May 18, 1996). *American University International Law Review*, Washington, vol. 21, n. 3, p. 437-460, June 2006. p. 446.





the method in which the SCC applies its recent perspective to improve a secular, rights-protecting elucidation of *Sharie'a*, that secured under the Constitution.

Accordingly, the SCC has been reliable in interpreting what the Constitution instructs in its second article since its amendment in 1980—confirming that the *principles of Islamic Sharie'a are [the] chief source of legislation*. The Court has said that the principles of the Islamic *Sharie'a* bind both the legislative and executive authorities. Among those, are the provisions of the challenged Decree 113/1994 [explicated by Decree 208/1994] that it is not permitted for any statutory text to contradict the *Sharie'a* rulings: *al-ahkam al-shar'iyya alqat'iyya fi elthubut wa aldalalah* (these rulings only not subject to *ijtihad* (analogy), as they indicate the *mabadi'a kulliyya* (universal principles) and its *usuliha al-thabita* (fixed roots), which admit neither interpretation nor replacement that are unequivocally certain regarding their authenticity and meaning, hence, *ijtihad* is forbidden, so it is unconceivable that the explanation of [such values] would amended with a change of time and place, as it is *haram* (forbidden) to breach them or rotate their meaning. Over time, Egypt's SCC outlined an approach to such cases, based on the *modernist* Islamic thought, led by a diverse religious scholars, that focused on the query of how to cognize (interpret) the *Sharie'a* in an appropriate manner for a modern society's needs.

The Court pointed out “that the use of reasoning, where there is no [scriptural] text, develops *qawa'id 'amliyya* (practical guidelines) that are, in their implications, softer for the folks and more concerned with their daily affairs and [that] better defend their *masalihhim al-haqiqiyya* (true interests).⁸ Thus, statutory texts seek to recognize factual welfares in a suitable way for the individuals, confirming that the essence of God's law [*Sharie'a*] is justice, and that closing it (*i.e.* prohibiting re-interpretation) is neither adequate nor necessary, as the Prophet's companions who used *ijtihad*, often created decisions totally motivated by the public interests keeping them from *darar* (harm), and saving them from pain, bearing in mind that these benefits grow in light of the circumstances of the society's needs.” Legally speaking, the legislator bound by the constitutional parameters and cannot exceed, contravene, or decline them.⁹ Then the Court recited “this is the Islamic [*Sharie'a*] in its *usuliha wa manabitiha* (roots and sources), developing by necessity, declining [stringency]. In situations where there is no [obvious] text, *ijtihad* is only constrained by its *dawabituha alkulliyya* (universal controls)

⁸ BROWN, Nathan; LOMBARDI, Clark. The Supreme Constitutional Court of Egypt on Islamic Law, Veiling and Civil Rights: An Annotated Translation of Supreme Constitutional Court of Egypt Case No. 8 of Judicial Year 17 (May 18, 1996). *American University International Law Review*, Washington, vol. 21, n. 3, p. 437-460, June 2006.

⁹ BROWN, Nathan; LOMBARDI, Clark. The Supreme Constitutional Court of Egypt on Islamic Law, Veiling and Civil Rights: An Annotated Translation of Supreme Constitutional Court of Egypt Case No. 8 of Judicial Year 17 (May 18, 1996). *American University International Law Review*, Washington, vol. 21, n. 3, p. 437-460, June 2006.





and Islamic law goals are not congested, it is not permitted to require the *wali al'amr* (follow mere) opinions in issues of the practical Islamic *al-ahkam al-fara'iyya* (legal rulings) that subject to development *per se*." Also, the orthodox Islamic scholars' views on subjects related to *Sharie'a* are not granted any inviolability [sanctity] or placed beyond assessment or verification, as they can be switched by other [Islamic interpretations]. In the same vein, opinions based on *ijtihad* in contested queries do not have any binding force *per se* applying to those who do not claimed them, as it is not acceptable to hold [such opinions] to be stable, established that Islamic law cannot be infringed.

The Court defined in its ruling *ijtihad* and its functions, as it "must track methods of reasoning out the *al-ahkam* (rulings) and *al-qawa'id al-dabita* (mandatory chains) for the *Sharie'a furu'* (branches), preserving the main *maqasid* (objectives)".¹⁰ Thus, the SCC has approved its influential authorization devotedly and has responded with a robust disposition to use its validity and recently enlarged policymaking ability to improve a reasonable liberal interpretation of *Sharie'a* norms, as in most cases, «*ijtihad*» is required.¹¹ Accordingly, the SCC has shifted from the prehistoric traditions of *fiqh* (Islamic jurisprudence) or the collective facts and studying the schools of jurisprudential thought and has established a new framework for deducing and understanding Islamic law as the fallible human effort to apprehend the content of that guidance. Then the Court elaborated: "... there is no duty to legislate following the classical *fiqh* contents, as the new legislation must not be in contrast with the bulk of the law, but only *after* enactment and must achieve the «common good»" (*Ibid.*). It should be noted that the legal interpretation of SCC must be outlined considering the religion's role "at large" in the society, as a cultural factor, even in a strictly legal perspective, and hence, the SCC role is not to establish the religion in the legal system, rather is a symbolic reference of the religion's importance in the Egyptian society. So, the point is not so much whether the SCC is mentioned in the Constitution or not, but rather its legal tie must be accommodated with the liberal commitment to democratize the society.¹²

Further, the SCC highlighted that "it is responsible for the obligation to watch out for any transgression of these Islamic rulings that are absolutely certain and to transpose any [legislative] *qai'da* (rule) that contradicts them. This provision located the *Sharie'a* rulings in a superior place over these [statutory] rules."¹³ One should bear in mind that these [judgments] are [the *Sharie'a*] general structure and initial columns,

¹⁰ LOMBARDI, Clark. **State Law as Islamic Law in Modern Egypt**. Leida: Brill Academic Publishers, 2006.

¹¹ BROWN, Nathan. **The Rule of Law in the Ancient World: Courts in Egypt and the Gulf**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

¹² **Rector of the Azhar Univ. v. President of the Republic, Case No. 20 of Judicial Year No. 1** (Sup. Const. Ct. 1985), translated in 1 Arab L.Q. 100, 104 (Saba Habachy trans., 1986)

¹³ BROWN, Nathan. Islamic Constitutionalism in Theory and Practice. In: COTRAN, Eugene; SHERIF, Adel. (Eds.). **Democracy, the Rule of Law and Islam**. Hague: Kluwer Law International, 1999.





whose stresses enforce themselves enduringly and avert creation of any legal rule that interrupts them.¹⁴ Also, it stated that “this is not to be considered detrimental/negation of what is known by ‘*alim min al-din bi al-darura* (necessity of religion); *al-ahkam al-zanniyya* (presumptive rulings) are not categorically definite on their authenticity, meaning, or both”¹⁵. They fall under *ijtihad* which is limited and beyond which does not cover. They improve by their nature-changing according to time period and place, in order to assure their flexibility and vitality, and to confront different events *per se*.¹⁶ Also, it touched on legislator’s authority [limits] within *huquq* (rights’) regulation, as disregarding or curtailing constitutional public rights outbreaks fields of vivacity and likewise it is prohibited to regulate these rights in a manner that contradicts their meaning; as its regulation must be unbiased and reasonable.

The Court said “It is obvious that the arguments . . . regarding the challenged Decree, along with those made by the plaintiff [students’ Dad] . . . deal basically with the female’ requested uniforms (features and wearing way...) and the covering manner. The questioned instructed that each girl within the educational phases have a prescribed uniform style that protects her general features (proper for her and that does not disclose what must be covered), and wearing style must safeguard her modesty within the society’s ethical traditions.” The Court described the Islamic law stance on shaping the individual personality and said “*jawhar al-ahkam* (ruling’s essence) is the most significant for defending the creed . . . On belief’s, women activities must be most pure of heart and most summoned to piety, as Islam raised the woman’s share and inspired her to maintain her ‘*afetiha* (chastity), ordered her to defend herself from degradation, so she would locate herself above things that could dishonor her, particularly via her dress, sensitivity in speech, walking’s tweak, . . . [The woman] does not have the right to spontaneously select her dress as she wants, select it according to her fancy, or claim that her costume is only her personal demand . . . However, her cloth style is not fixed by *nusus maqtu’ biha fi thubutiha aw dalalatiha* (theological scripts that have been dogged to be definite on its authenticity/meaning). Consequently, women’s attire is a debatable issue in which *ijtihad* never ends, as they remain open within a secure, general framework defined by the *Qur’anic* provisions (*Qur’an* 24:31 & 33:59) and it cannot be concluded that a woman’s cloth cannot be altered as long as they do not contradict an absolutely certain text, and acceptable recurring ‘*urf* (prevailing customs).

¹⁴ LOMBARDI, Clark. Designing Islamic Constitutions: Past Trends and Options for a Democratic Future. *International Journal of Constitutional Law*, Washington, vol. 11, n. 3, p. 615-645, sept. 2013.

¹⁵ *Awad-Allah v. Abd-El-Al*, Decision 28, Judicial Year 1 (May 4, 1985).

¹⁶ ‘ARAFA, Mohamed. Whither Egypt? Against Religious Fascism and Legal Authoritarianism: Pure Revolution, Popular Coup, or a Military Coup d’état? *Indiana International and Comparative Law Review*, Indianapolis, vol. 24, n. 4, p. 859-897, 2014. p. 888-889.





Additionally, the Court recited that classical scholars disagreed among themselves regarding the interpretation of *Qur'anic* provisions and of what has been conveyed from the Prophet within the authentic and weak (non-authentic) *hadiths* and only agreed upon that Islamic law in its essence entails her cloth's regulation.¹⁷ They have been agreeing upon not placing women in uncomfortable circumstances (her whole body were considered *'awra* [sexual private parts]), as she must perform tasks that will involve her mixing with others.¹⁸ Muslim jurists in consensus of that her clothing shall fulfill two elements, necessity and customs/traditions' maintenance. Accordingly, it is not acceptable for her to surpass the moderation' boundaries and should not cover her entire body so as to restrict her. Under the theory of *al-ahkam al-khamsa(h)* (the Scale of Five Qualifications), on the proscription of a thing, it should not related to something *ihtemali* (probable), but to *nass qat'i* (unquestionable certain text) and if not, it will become conceivable based on the *al-ibaha* [*al-asl fi il'ashi'a al-ibaha*] (permissibility norm). And then, there is no *dalil* (indictor) in the *Qur'anic* texts or *Sunnah* legally conforming female's clothing, to be ratified by the *Sharie'a*, [so, must veil totally; [*niqab* or *bourquo*' included] . . . is not an acceptable analysis, nor is it known by necessity of religion . . . Therefore, a complete veiling of a woman is not known by necessity to be *shar'i* (legally certain), and covering her whole beauty is not confirmed by the law, but her appearance must protect her modest mentality, expedite her genuine input in which her [private] life affairs require, [must] defend her from humiliation, and keeping her out of *ithm/fasad* (sin).¹⁹

Thus, after careful provisional reviewing within the challenged decree designates that each student [may] wear a cover that does *not* hide the face and that she has selected based on her free will, provided that her guardian verifies that veiling her head is not a result of coercion (intervening in her affairs) but rises according to her aspiration, [a certification] which may be given after she starts her studies. Also, the decision specifies that [a schoolgirl's] uniform must be proper according to her personal values in a manner that preserve her modesty and consistent with the society's morals and customs. Based on the aforementioned reasons, the Court stipulated that the "challenged Decree does not contradict, the explicit text of Article 2 and in debatable matters, the *wali al'amr* (leader) has the authority (right) to develop his/her own *ijtihad* to assist the individuals' affairs and redirect what is accurate from the surrounding traditions, as long as they do not contradict the *Sharie'a maqasid* (universal spirit)." And the "ministerial

¹⁷ BROWN, Nathan; LOMBARDI, Clark. Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law. *American University International Law Review*, Washington, vol. 21, n. 3, p. 179-435, june 2006.

¹⁸ WEHR, Hans. *A Dictionary of Modern Written Arabic* [s.l.]: Milton Cowan ed., 1974.

¹⁹ BROWN, Nathan; LOMBARDI, Clark. Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law. *American University International Law Review*, Washington, vol. 21, n. 3, p. 179-435, june 2006.





decree just obliges each female student in various educational phases to wear a suitable uniform, which shades her without revealing her and which covers her nakedness . . . and her style wearing must evade this and be appropriate to the religious standards, which attach her by necessity to the societal ethics and based on that decision, [a female student] may cover only her head and not hide her face or palms." On the freedom of religion, the court said that the concept of this freedom does not grant the fortification to someone practicing his/her belief in a way that may harms other faiths. Nor is the state to purport either secretly or publicly conversion to a faith under its protection, forcing others to embrace it and may not interfere by punishing those who practice a creed that it has not validated (agnostics), as mostly in Egypt they only acknowledge the three Abrahamic religions (Judaism, Christianity, and Islam).²⁰ The Court recited:

Nor may the freedom of belief be separated from the freedom to worship/practice its rites and this why the Constitution required when it connected these two liberties, by instructing that freedom of faith and freedom to practice spiritual deeds are guaranteed. The second represents the indicator of the first . . . this makes it promising to say that the first freedom [...] is unlimited. The second freedom [...] may be restricted by ordering it sustaining some of the higher welfares associated with it, what links it with the conservancy of the public order and moral ideals and the resistance of the others' rights and their freedoms

The plaintiff claimed that the decree infringes personal freedom, arguing that this freedom's backbone is the self-independence of each individual in all matters based on life privacy (its conditions, model, characters, etc...). The Court said "In fact, this [argument] is rejected and thus the challenged decree doesn't invade the religious freedom, rescind its basics, or impede the spiritual practice or confront the *din* (religion's essence) in its *al-usul al-kulliyya* (common heritages) that the Islamic law created".²¹ "It articulates the acceptable application of *ijtihad* targeting only to adjust girls' dress in educational institutions. Although, education is a public right assured by the State and its supervision according to the constitution, State should never ever intervene in these very personal matters of the individual's private life (privacy right) based on unjustified grounds of watching over the whole educational process in all its mechanisms and to maintain the connections between education and society's necessities." Finally, the Court recited that the "State's regulation of male and female student's affairs in some

²⁰ BROWN, Nathan; LOMBARDI, Clark. Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law. **American University International Law Review**, Washington, vol. 21, n. 3, p. 179-435, June 2006.

²¹ 'ARAF, Mohamed. Whither Egypt? Against Religious Fascism and Legal Authoritarianism: Pure Revolution, Popular Coup, or a Military Coup d'état? **Indiana International and Comparative Law Review**, Indianapolis, vol. 24, n. 4, p. 859-897, 2014. p. 887.





organizations is acceptable through the logical correlation between its content and its purposes and this is fulfilled in this case in which the questioned Decree established school's uniform style within the various educational phases. This Decree did not release the male and female clothing from all limits, but it regulate it to reach modesty and suitability standards and to conserving their mental and physical health, and not disturbing their religious values and not isolating them."

4. THE IMPACT AND INFLUENCE OF CASE 8/1996 (ASSESSMENT)

This case, touched on several aspects of policy and decision-making, including harmonization with domestic authorities regarding the application of Islamic law or the interpretation of the *Sharie'a* Clause Guarantee ("SCG"), as an *eternity* clause. Although the Court upheld the constitutionality of the governmental decree and ruled that the appropriate *Sharie'a* commands were contestable, lithe, and subject to development, it also ruled that the relevant religious (divine) law was not sacred and could be modified, adjusted/replaced. The Court succeeded in vastly increasing the elaboration in which a woman wore clothes that were modest and didn't show any *'aura*, she was enduring by the *Sharie'a* spirit.²² The SCC's ruling on the *niqab* matter is remarkable. First, the SCC echoed its obligation on a potential implementation of Article 2 to laws endorsed after the 1980's historical amendment.²³ Second, it extended the SCC's jurisdiction to ministerial decrees, so escalating the scope of legislation that falls under Article 2. Third, it underscored the requisite for developing a moderate interpretation of the same article that would be reliable with other constitutional provisions defending public rights.²⁴ Finally, the Court involved in a self-sufficient functional interpretation of both the *Qur'an* and authentic *Sunnah*. All in all, the Court established its specific interpretation of *ij-tihad* irrespective of the opposing attitudes in Islamic jurisprudence, and its classical techniques, and thus, it situated itself as a *de facto* interpreter of divine ideals and legal guard on the *Sharie'a* values to avoid any extreme ideology or radical philosophy. It has advanced a flexible method to interpreting the divine law that differentiates between "*unalterable and universally binding principles, and malleable application of those*

²² LOMBARDI, Clark. Note, Islamic Law as a Source of Constitutional Law in Egypt: The Constitutionalization of the Shari'a in a Modern Arab State. **Columbia Journal of Transnational Law**, New York, vol. 37, 1998. p. 111-112.

²³ LOMBARDI, Clark. Note, Islamic Law as a Source of Constitutional Law in Egypt: The Constitutionalization of the Shari'a in a Modern Arab State. **Columbia Journal of Transnational Law**, New York, vol. 37, 1998. p. 106-113.

²⁴ LOMBARDI, Clark. Note, Islamic Law as a Source of Constitutional Law in Egypt: The Constitutionalization of the Shari'a in a Modern Arab State. **Columbia Journal of Transnational Law**, New York, vol. 37, 1998. p. 107-108.





principles”²⁵ Laws that breach a strict, irreversible principle are acknowledged unconstitutional and invalid (annulled), but in the meanwhile, *ijtihad* (contemplation) is allowable in cases of textual gaps, or where the relevant rules are ambiguous/open ended. Moreover, the government has been given comprehensive legislative will in policy areas where the *Sharie'a* is found to provide uncertain or numerous responses, provided that the statutory product does not violate the *Sharie'a* spirit (purposes) based upon a sensible, impartial secular *ijtihad*.

Based on that ruling, the individual reasoning rules via a *mujtahid* (qualified scholar) regulate the individuals' affairs to defending those interests that are legally appropriate.²⁶ In Islam, a *mujtahid* is eligible if possess the (a) ultimate awareness of legislating *ayaat al'ahkam* (verses) along with the knowledge of *Sunnah* and its narrator's reliability; (b) understanding of *nask'h* (abrogating/abrogated provisions) rules based on the repel theory; (c) knowledge of *ijm'a* (consensus) and the familiarity with '*ilm usul al-fiqh* (*ijtihad's* methodology through a complete understanding of reasoning); (d) mastering the Arabic language along with piety (Islam), and (e) thorough understanding of *makasid al-sharie'a* (*Sharie'a* objectives). Generally, the *mujtahid's* knowledge should be necessary in which it can be absolutely certain and then undisputable. This ruling is significant to determine the concept of the religious clause in a contemporary State constitutions and to track the possibility of a *pluralistic* interpretation the *Sharie'a* reference consistent with the democratic state's governance.²⁷ The crises of Islamic law are due to the conflict with the modern state institutions.²⁸ Likewise, the “eternity clause” in the country's constitution [basic law] is designed to guarantee that the legislation/constitution cannot be altered by amendment, as it recognizes that certain principles are part of the legal system, above and beyond the written constitution, and must be protected.²⁹

In this case, we have to acknowledge that: (a) the *Sharie'a* is mentioned and explained in the constitution's preamble, a place in which the constitutional process is described in its complete “temporary references” [a typical element of constitutions, in which founding values are expressed by universal timeless formulas for society's regulation]; (b) both Congress and the SCC have limits to amend the *Sharie'a* principles, and (c) SCC's former and recent decisions declared the presence of the *Sharie'a* values in a

²⁵ BROWN, Nathan. Islamic Constitutionalism in Theory and Practice. In: COTRAN, Eugene; SHERIF, Adel. (Eds.). Democracy, the Rule of Law and Islam. Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 491-496.

²⁶ HALLAQ, Wael. **A History of Islamic Legal Theories**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

²⁷ 'ARAF, Mohamed. Whither Egypt? Against Religious Fascism and Legal Authoritarianism: Pure Revolution, Popular Coup, or a Military Coup d'état? **Indiana International and Comparative Law Review**, Indianapolis, vol. 24, n. 4, p. 859-897, 2014. p. 882.

²⁸ HALLAQ, Wael. **A History of Islamic Legal Theories**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

²⁹ ABOU EL-FADEL, Khaled. Conceptualizing Shari'ah in the Modern State. **Villanova Law Review**, Villanova, vol. 56, n. 5, p. 803-818, 2012. p. 810-811.





position of superiority over the statutory rules.³⁰ Thus, the *Sharie'a* eteronomy is not in contradiction with the social contract's nature of the constitution, as a derivative-society process.³¹ The Court's interpretation of the Islamic rules launched a moderate, non-fundamentalist interpretation, so modernizing from traditional *fiqh*.³² Moreover, the SCC's commitment in the *Sharie'a* rules analysis has contributed to the liberal formation's energies by entrusting the conservation of Egyptian Islamic law to a principally secular institution—the SCC—while admitting commitment to the *Sharie'a* constitutional principality. Besides, though its decisions often take the attitudes of significant religious leaders (*mufti/al-Azhar Grand Shiekh*) into account, the SCC generally likes a fairly moderate interpretation of the rules into practical strategies for public life, as it yet works as a bumper between this coalition and the strength of radicalism.³³ A distinction between the judicial task (applying the law) and the political role (lawmaking) is imperative in that respect, as judges do not apply the Constitution only, they have to deduce what it means and entails prior to applying it, and even they have discretion to interpret the materials irrespective of how obvious constitutional makers pursue their language to be.³⁴

As a matter of fact, once introduced in the constitutional architecture, even the *Sharie'a* clause desires an interpreter, and it is possible to consider the SCC as a “final” constitutional interpreter (Methodology + Coordination with other “interpretative forces”).³⁵ Regarding the plural *Sharie'a* and the multiplicity of interpreters, not only judges may interpret the constitution. Rather, a major democratization flows from the intrinsic openness of the constitutional interpretation «who lives the norms may interpret the norms» (Brown & Lombardi 2006).³⁶ Citizens, groups, and judicial bodies are in

³⁰ SHERIF, Adel. Constitutional Law. In: MAUGIRON Nathalie; DUPRET Baudouin (Eds.). **Egypt and its Laws**. London : Kluwer law international, 2002. p. 25.

³¹ SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, vol. 47, n. 2, p. 371-455, mar./june 2012. p. 415-416.

³² ELMORR Awad et al. The Supreme Constitutional Court and Its Role in the Egyptian Judicial System. In: BOYLE, Kevin; SHERIF, Adel (Eds.). **Human Rights and Democracy – The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt**. Hague: Kluwer Law International, 1996.

³³ For example, **Decision 37, Judicial Year 9** (May 19, 1990) and **Decision 25, Judicial Year 16** (July 3, 1995).

³⁴ SULTANY, Nimer. Religion and Constitutionalism: Lessons from American and Islamic Constitutionalism. **Emory International Law Review**, Atlanta, vol. 28, n. 1, 345-424, 2014. p. 374-385; KOPPELMAN, Andrew. Phony Originalism and the Establishment Clause. **Northwestern University Law Review**, Evanston, vol. 103, n. 2, p. 1-23, 2003.

³⁵ 'ARAF, Mohamed. Whither Egypt? Against Religious Fascism and Legal Authoritarianism: Pure Revolution, Popular Coup, or a Military Coup d'état? **Indiana International and Comparative Law Review**, Indianapolis, vol. 24, n. 4, p. 859-897, 2014. p. 892-896.

³⁶ BROWN, Nathan; LOMBARDI, Clark. The Supreme Constitutional Court of Egypt on Islamic Law, Veiling and Civil Rights: An Annotated Translation of Supreme Constitutional Court of Egypt Case No. 8 of Judicial Year 17 (May 18, 1996). **American University International Law Review**, Washington, vol. 21, n. 3, p. 437-460, june 2006.





a strict sense “informative forces” of the constitution; parties and experts are dynamic as pre-interpreters of the law, proposing some sort of interpretations, and the SCC represents a particular mediator between the State and the community, and its role may be assumed as a form of democratization of the clauses’ interpretation. Harvard Law School Professor Noah Feldman argues that “secularism of the Western variety is not a necessary condition of democracy” in order to justify the lack of separation between religion and State under an “Islamic democracy”.³⁷ Likewise, Lama Abu-Odeh has stated:

*Islamic law should be approached as one, but only one, of the constitutive elements of law that has not only been decentered by the transplant but also transformed. Not only have its rules been reformed, but also its modes of reasoning, and its jurist class. Its treatises have been turned into codes, and its qadis turned into modern judges. Moreover, its internal conceptual organization, has been transformed by being reduced to a rule structure positivized in a code and dependent on State enforcement. Consequently, its normative hold over people has changed.*³⁸

Judicial authorization through a *Sharie’a* clause is an diverting secular approach; that the obsession with this clause is part of extreme constitutional interest; and that validation of religious issues flings the ball from the political field to the legal scene. So, constitutionalizing the *Sharie’a* hampers the awareness of the main political duty. The acknowledgement of the puzzling presence of Islamic constitutionalism (Islam and democratic norms) should lead to the constant openness of the compromise between the ethical and political arenas (pluralism).³⁹ Thus, when anticipating essential religion and state demands, constitutional courts in religious democracies (members’ philosophical favorites + their own perceptive strategies) are powerfully motivated to rule within the community’s interests and prospects of liberal groups and authority holders.⁴⁰ Supreme Court justices may be observed as tactical artists to the level that they pursue to preserve or enrich the court’s influential position vis-à-vis other foremost domestic decision, law, and policymaking apparatuses. Judges may agree upon playing it safe either by abstaining to decide or issuing equivocal/conventional rulings when the established motivation structure or political circumstances within which they function are not beneficial to judicial modernization (hyperactivism). This judicial shifting emerges a key conundrum: how to guarantee that the courts will release decisions that echo

³⁷ FELDMAN, Noah. **After Jihad: America and the Struggle for Islamic Democracy**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2003. p. 12.

³⁸ ABU-ODEH, Lama. The Politics of (Mis)recognition: Islamic Law Pedagogy in American Academia. **American Journal of Comparative Law**, Washington, vol. 52, p. 789-824, jan. 2004.

³⁹ MOUFFE, Chantal. **The Democratic Paradox**. London: Verso, 2000. p. 13-14; 102-105.

⁴⁰ MOUSTAFA, Tamir. Conflict and Cooperation between the State and Religious Institutions in Contemporary Egypt. **International Journal of Middle East Studies**, Cambridge, vol. 32, n. 1, p. 3-22, jan. 2000. p. 11-16.





the authority's ideological preferences.⁴¹ In constitutional systems, particularly those functioning in civil law practice, the constitution expressly mentions public rights/freedoms but leaves the issue of their meaning and regulation to legislation and this is a latent dodge, as a right can be robbed of much of its significance. In this case, the Court recited that "it is improper that any law can destabilize a freedom under the justification of regulating its practice, as once Muslims have acknowledged—with conclusiveness—a *Sharie'a* universal principle (fixed rule in an undoubtedly authentic text with a definite meaning), they must follow this principle or rule "as is," and may not try to elucidate it away or reason out an alternative legal norm."⁴²

Still, there is some evidence that the "religious clause" or "repugnancy clause" doctrine is becoming influential within the Arab World. There are academic discussions on the topic in books and journals throughout the Middle Eastern and North African ("MENA") region. And the doctrine has migrated to Jordan and most recently to Tunisia. It remains to be seen whether these countries will also adopt other elements of the Egyptian SCC's ambitious model. More broadly, it remains to be seen whether the Egyptian structural approach will become a typical way of enforcing a moderate interpretation of Islamic [*Sharie'a*] law both inside and outside Egypt (MENA area, may be Western societies [Europe and USA]) as a key to the historic under-enforcement of this paradox through much of the region and as a way to reduce religious extremism.

5. REFERENCES

'ARAFA, Mohamed. President Mursi's Egypt Arab Spring: Does Egypt will Continue to be a Civil State or under the Umbrella of Islamic (Sharie'a) Law and Islamism? **US-China Law Review**, New York, vol. 9, n. 6, p. 1-18, dec. 2010.

'ARAFA, Mohamed. Whither Egypt? Against Religious Fascism and Legal Authoritarianism: Pure Revolution, Popular Coup, or a Military Coup d'état? **Indiana International and Comparative Law Review**, Indianapolis, vol. 24, n. 4, p. 859-897, 2014.

ABOU EL-FADEL, Khaled. Conceptualizing Shari'ah in the Modern State. **Villanova Law Review**, Villanova, vol. 56, n. 5, p. 803-818, 2012.

ABU-ODEH, Lama. The Politics of (Mis)recognition: Islamic Law Pedagogy in American Academia. **American Journal of Comparative Law**, Washington, vol. 52, p. 789-824, jan. 2004.

BROWN, Nathan; LOMBARDI, Clark. The Supreme Constitutional Court of Egypt on Islamic Law, Veiling and Civil Rights: An Annotated Translation of Supreme Constitutional Court of Egypt Case

⁴¹ ROY, Olivier. **The Failure of Political Islam**. Cambridge: Harvard University Press, 1994. p. 82-215.

⁴² BOYLE, Kevin; SHERIF, Adel (Eds.). **Human Rights and Democracy – The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt**. Hague: Kluwer Law International, 1996. p. 43-53.





No. 8 of Judicial Year 17 (May 18, 1996). **American University International Law Review**, Washington, vol. 21, n. 3, p. 437-460, June 2006.

BROWN, Nathan. Islamic Constitutionalism in Theory and Practice. In: COTRAN, Eugene; SHERIF, Adel. (Eds.). **Democracy, the Rule of Law and Islam**. Hague: Kluwer Law International, 1999.

BROWN, Nathan; LOMBARDI, Clark. Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law. **American University International Law Review**, Washington, vol. 21, n. 3, p. 179-435, June 2006.

BROWN, Nathan. **The Rule of Law in the Ancient World: Courts in Egypt and the Gulf**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

ELMORR Awad et al. The Supreme Constitutional Court and Its Role in the Egyptian Judicial System. In: BOYLE, Kevin; SHERIF, Adel (Eds.). **Human Rights and Democracy – The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt**. Hague: Kluwer Law International, 1996.

ELMORR, Awad. The Supreme Constitutional Court of Egypt and the Protection of Human and Political Rights. In: MALLAT, Chibli (Ed.). **Islam and Public Law**. [s.l.]: Springer Netherlands, 1992.

FELDMAN, Noah. **After Jihad: America and the Struggle for Islamic Democracy**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2003.

HALLAQ, Wael. **A History of Islamic Legal Theories**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

KOPPELMAN, Andrew. Phony Originalism and the Establishment Clause. **Northwestern University Law Review**, Evanston, vol. 103, n. 2, p. 1-23, 2003.

LOMBARDI, Clark. Designing Islamic Constitutions: Past Trends and Options for a Democratic Future. **International Journal of Constitutional Law**, Washington, vol. 11, n. 3, p. 615-645, Sept. 2013.

LOMBARDI, Clark. Note, Islamic Law as a Source of Constitutional Law in Egypt: The Constitutionalization of the Shari'a in a Modern Arab State. **Columbia Journal of Transnational Law**, New York, vol. 37, 1998.

LOMBARDI, Clark. **State Law as Islamic Law in Modern Egypt**. Leida: Brill Academic Publishers, 2006.

MOUFFE, Chantal. **The Democratic Paradox**. London: Verso, 2000.

MOUSTAFA, Tamir. Conflict and Cooperation between the State and Religious Institutions in Contemporary Egypt. **International Journal of Middle East Studies**, Cambridge, vol. 32, n. 1, p. 3-22, Jan. 2000.

SHERIF, Adel. The Rule of Law in Egypt from a Judicial Perspective: A Digest of the Landmark Decisions of the Supreme Constitutional Court. In: COTRAN Eugene; YAMANI, Mai (Eds.). **The Rule of**





Law in the Middle East and the Islamic World: Human Rights and the Judicial Process. London: I.B.Tauris, 2000.

ROY, Olivier. **The Failure of Political Islam.** Cambridge: Harvard University Press, 1994.

RUGH, Andrea. **Reveal and Conceal: Dress in Contemporary Egypt.** Syracuse: Syracuse University Publications in Continuing Education, 1987.

SHERIF, Adel. Constitutional Law. In: MAUGIRON Nathalie; DUPRET Baudouin (Eds.). **Egypt and its Laws.** London : Kluwer law international, 2002.

SULTANY, Nimer. Religion and Constitutionalism: Lessons from American and Islamic Constitutionalism. **Emory International Law Review**, Atlanta, vol. 28, n. 1, 345-424, 2014.

SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, vol. 47, n. 2, p. 371-455, mar./june 2012.

VOGEL, Frank. Conformity with Islamic Shari'a and Constitutionality under Article 2: Some Issues of Theory, Practice, and Comparison. In: COTRAN, Eugene; SHERIF, Adel. (Eds.). **Democracy, the Rule of Law and Islam.** Hague: Kluwer Law International, 1999.

WEHR, Hans. **A Dictionary of Modern Written Arabic** [s.l.]: Milton Cowan ed., 1974.







Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v4i1.49303

Los mecanismos de control constitucional: un análisis desde y para Cuba con especial referencia a la inconstitucionalidad por omisión

The mechanisms of constitutional control: an analysis from and to Cuba with special reference to the unconstitutionality by omission

RAUDIEL F. PEÑA BARRIOS*

Universidad de La Habana (Cuba)

rpbarrios88@gmail.com

Recebido/Received: 18.11.2016 / November 18th, 2016

Aprovado/Approved: 12.02.2017 / February 12th, 2017

Resumen

Este artículo pretende ofrecer algunas consideraciones sobre los instrumentos para el control de constitucionalidad. La temática, sin lugar a dudas de extraordinaria actualidad, sigue generando profundos análisis desde la óptica de varias Ciencias Sociales. En la experiencia cubana, caso de estudios sobre el cual recaerá el peso fundamental de este trabajo, cobra especial necesidad que se debata respecto a cómo perfeccionar los controles constitucionales existentes; considerando las características de nuestro sistema político y ordenamiento jurídico. Aún y cuando este tema ha sido abordado con amplitud por la doctrina nacional, un aspecto que se ha tratado muy poco es cómo controlar la constitucionalidad ante omisiones del legislador. Por tanto, y luego de exponer

Abstract

This article aims to offer some considerations on the instruments for judicial review. The subject, undoubtedly extraordinary today, continues to generate depth analysis from the perspective of several Social Sciences. In the Cuban experience, case studies on which will rest the fundamental importance of this labor is especially need to be discussed on how to improve existing constitutional controls; considering the characteristics of our political system and juristic law. Even if this issue has been addressed extensively by the national doctrine, an aspect that has been addressed is how little control the constitutionality before omissions of the legislature. Therefore, and after explaining some overall questions of constitutional control models and their characteristics and other relevant aspects, theoretically we will address

Como citar esse artigo/How to cite this article: BARRIOS, Raudiel F. Peña. Los mecanismos de control de constitucional: un análisis desde y para Cuba con especial referencia a la inconstitucionalidad por omisión. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 87-108, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.49303.

* Profesor de Derecho Constitucional en el Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (La Habana, Cuba). Maestrante en Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad de La Habana. Licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana. Asesor jurídico empresarial. E-mail: rpbarrios88@gmail.com.





algunas cuestiones general sobre los modelos de control constitucional, así como sus características y otros aspectos relevantes, abordaremos teóricamente la inconstitucionalidad por omisión. Finalmente, valoraremos la efectividad de los controles constitucionales en Cuba ante la inactividad del órgano legislativo en el cumplimiento del deber de legislar, por remisiones a leyes de desarrollo que hace el texto constitucional.

the unconstitutionality by omission. Finally, we assess the effectiveness of constitutional controls in Cuba, to the inactivity of the legislature in the line of duty to legislate for referrals to developmental laws making constitutional text.

Palabras-claves: Constitución; control de constitucionalidad; inconstitucionalidad; omisión; Cuba.

Keywords: Constitution; judicial review; unconstitutionality; omission; Cuba.

SUMARIO

1. A modo de presentación. Breves apuntes sobre la noción de control y su vínculo con la Constitución. 2. Modelos de Control. Características, condiciones estructurales, principios. Puntos a favor y en contra. 3. La inconstitucionalidad por omisión. Sucinta aproximación teórico-doctrinal. 4. Control constitucional en Cuba. Valoraciones sobre su eficacia y propuestas al respecto. Observación especial sobre la inconstitucionalidad por omisión. 4.1. ¿Qué ha pasado con las omisiones de legislador? 5. A modo de conclusiones. 6. Referencias.

A todo principio de Derecho acompaña la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo, lo cual es una garantía para los sometidos al Derecho.

Jellinek

1. A MODO DE PRESENTACIÓN. BREVES APUNTES SOBRE LA NOCIÓN DE CONTROL Y SU VÍNCULO CON LA CONSTITUCIÓN

Dentro de los debates actuales que se desarrollan en el área del Derecho Constitucional y la Teoría Política en general, el control de constitucionalidad sigue teniendo un peso importante. Por qué resultan necesarios los mecanismos de control; para qué sirven; qué modelo resulta más eficaz; en dónde descansa la legitimidad de las instituciones que intervienen en cada modelo; siguen siendo interrogantes que hoy suscitan amplios análisis teóricos en muchos estudiosos de estas cuestiones.

Un primer acercamiento a esta temática nos obliga a tomar postura respecto a qué debe entenderse por control. En este sentido, asumimos que se trata de un mecanismo de defensa de la Constitución, y por tanto propenderá a la verificación de que las actuaciones de los órganos estatales y sus funcionarios no vulneren la supremacía constitucional, ni los derechos reconocidos por la misma. Aquel no puede ser visto como una restricción o anulación de los derechos individuales o colectivos ni de las





facultades de determinados órganos¹. En todo caso debe ser entendido como parte necesaria del funcionamiento de los aparatos de poder del Estado, lo cuales deben cumplir siempre en su actuar con los postulados constitucionales.

De lo que se trata es de establecer las vías y procedimientos mediante los cuales se verifique y, de ser el caso, se anule cualquier disposición normativa, acto de la administración o derivados del accionar político, emitidos sobre la base de la extralimitación en las competencias de los órganos estatales. Así se tributa a la eficacia y validez de las disposiciones normativas; y más importante aún a la legitimidad del sistema político. Por otra parte, se contribuye con la base axiológica del ordenamiento jurídico, pues se establecen reglas del juego encaminadas a acatar los Principios de Supremacía Constitucional y Jerarquía Normativa. Todo ello mientras se vigilan la armonía, coherencia y plenitud del propio ordenamiento.

En la actualidad existe una franca tendencia mundial que conlleva la constitucionalización del ordenamiento jurídico, a partir de aplicar de forma directa la Constitución por parte de los tribunales. La defensa de los derechos recogidos en aquella opera como una garantía material, pues se le otorga significado a determinados preceptos constitucionales que cobran especial valor en el orden jurídico, como pueden ser los conceptos de justicia y seguridad ciudadana.

Ahora bien, sobre la determinación de qué modelo de control constitucional adoptar inciden diversas variables sobre todo de índole política, filosófica e ideológica. La más importante de ellas es la concepción que se tenga respecto al poder.

Luego de las revoluciones burguesas de mediados del siglo XVIII y con el auge de la Tripartición de Poderes, la cual mantiene una impronta trascendente en el constitucionalismo moderno, quedó fijada una concepción que establecía la necesidad de controles entre cada uno de los poderes constituidos. Esta es en nuestra opinión el principal legado de tal teoría: lo imperioso de controlar el ejercicio del poder como fundamento de la democracia.²

Más allá de que se pueda estar de acuerdo o no con sus postulados, y aun considerando las características de cualquier sistema político contemporáneo; no cabe dudas que el control sobre la actuación estatal resulta de extrema importancia. Bien se acepte la idea de que el poder del Estado es divisible y se distribuye entre cada uno de los órganos constituidos para el ejercicio del mismo; o bien se deseche aquella al considerarlo como indivisible y solo aceptar la diferenciación de funciones entre dichos

¹ PRIETO, Marta. **El control como instrumento de aseguramiento de derechos y de la continuidad del diseño**. Conferencia magistral en VIII Encuentro de la Sociedad de Derecho Constitucional y Administrativo. La Habana: abril 2 de 2008.

² Sobre varios elementos de la teoría del control constitucional, en particular la importancia de los controles de constitucionalidad en un Estado democrático, ARAGÓN, Manuel. **Constitución, democracia y control**. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2002. p. 81-208.





órganos; no cabe duda que en ambos casos resultan imprescindibles los mecanismos de control.

2. MODELOS DE CONTROL. CARACTERÍSTICAS, CONDICIONES ESTRUCTURALES, PRINCIPIOS. PUNTOS A FAVOR Y EN CONTRA

La propia evolución del constitucionalismo como fenómeno político-jurídico y del Derecho Constitucional como ciencia, han llevado a implementar múltiples formas y diferentes momentos para el ejercicio del control. En esencia existen dos modelos que podríamos denominar clásicos de control de constitucionalidad. El primero de ellos es el modelo *difuso*, también denominado *americano*, y el otro es el *concentrado*.

Ante de continuar nuestro análisis sobre esta temática, vale recordar que de acuerdo con Fix-Zamudio pudiera hablarse de un tercer modelo de justicia constitucional denominado *socialista*, teniendo en cuenta la experiencia desarrollada en la URSS y Cuba, donde se coloca en manos del órgano legislativo la tutela de la supremacía constitucional³. Acerca de este tema solo decir que es un juicio que no comparto. El hecho de que se encargue a tales órganos la tarea del control constitucional, tanto con respecto a las disposiciones normativas emitidas por ellos (leyes) como otras de inferior jerarquía, no es más que una adaptación del control político, y además previo, a las características del sistema político de esos dos países. Recuérdese que se trata, tanto en el modelo soviético mientras existió como en el cubano actual, de sistemas monopartidistas y donde el órgano legislativo es conformado sobre la base de principios diferentes a los de sistemas electorales competitivos.

Volviendo sobre los modelos clásicos, podemos afirmar que el control *difuso* surge con la célebre sentencia de 24 de febrero de 1803, dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en el caso *Marbury versus Madison*.

Se trata de un modelo que tiene diferentes repercusiones en dependencia del sistema jurídico que se trate, sobre todo de la jerarquía de las fuentes del Derecho. Partiendo de que el cuestionamiento sobre la constitucionalidad de la disposición normativa es con respecto a un caso en concreto, la sentencia sólo posee efectos respecto a este. Por tanto, se deja de aplicar dicha normativa pero nunca podrá el órgano judicial declarar la derogación o nulidad de la misma. De esta forma en un Estado del sistema de derecho romano-germano-francés, no se declara la inconstitucionalidad de la disposición en sí misma, sino que esta se deja de aplicar. En el caso del *Common Law*, y teniendo en cuenta el papel como fuente de Derecho del precedente judicial, una vez que se dicta una sentencia esta se convierte en precedente de obligatorio

³ SIMÓN, Liana. El control de constitucionalidad de las leyes en Cuba: el reto de su judicialización. En: MATILLA, Andry; FERRER Eduardo (Coords.). **Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional**. La Habana: Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2012. p. 268. Nota al pie n. 2.





cumplimiento para todos los tribunales inferiores. Además, tanto en un sistema como en otro la sentencia tiene efectos retroactivos y fuerza de cosa juzgada.

No obstante todo lo anteriormente dicho, quiero destacar que aunque los tribunales solo dejen de aplicar la disposición normativa a una situación específica, en la medida que esa inaplicación vaya reiterándose en el tiempo existe un *mensaje* del aparato judicial al órgano legislativo. Ese mensaje es muy preciso: dentro del ordenamiento jurídico hay una ley (u otra disposición de cualquier rango) que no es aplicable pues viola derechos constitucionalmente reconocidos, y debe ser extraída de aquel. La recepción de dicho mensaje por parte del aparato legislativo dependerá de las relaciones de poder entre los diferentes órganos estatales.

Este modelo es fuertemente criticado debido a la concentración de poder que se produce en la estructura judicial, alegándose que los jueces pueden sobreponerse al poder legislativo distorsionando, más que interpretando, la Constitución de acuerdo a sus posiciones políticas⁴. Nos parece atinado señalar que esta postura, si bien tiene una sólida base, puede ser aplicado a otros modelos de control, incluso aquellos de tipo mixto.

Por otra parte, el sistema *concentrado* de constitucionalidad ubica el control en un órgano especial, de carácter político, que tiene la facultad de dejar sin efecto la normativa inconstitucional. Dado a conocer con la Constitución de Austria de 1919 y fruto de la obra teórica de Hans Kelsen, esta vez se trata de un órgano judicial cuya declaración de inconstitucionalidad sí tiene efectos inmediatos sobre la permanencia de determinada normativa en el ordenamiento jurídico. La existencia de un Tribunal Constitucional implica que todo conflicto surgido en el marco de la Constitución, bien entre órganos de poder o de ciudadanos contra dichos órganos, debe resolverlo un tercero independiente e imparcial al conflicto⁵.

Se le conoce como concentrado porque un solo órgano ejerce el control de constitucionalidad (en muchos casos en forma exclusiva y excluyente respecto de otros órganos del Estado). Además, se le cataloga como abstracto porque analiza la disposición normativa cuestionada en su relación con la Constitución, no sobre la base de un caso concreto, sino teniendo en cuenta razones de estricto Derecho que vician de inconstitucionalidad a la norma de menor jerarquía. También tiene efectos derogatorios pues aquella dejará de tener vigencia.⁶

⁴ FERNÁNDEZ, Julio. Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy. En: PÉREZ, Lissette; PRIETO, Marta (Comps.). **Temas de derecho constitucional cubano**. La Habana: Ed. Félix Varela, 2004. p. 355.

⁵ KELSEN, Hans. **Teoría pura del Derecho**. Madrid: Ed. Tecnos, 1995. p. 52.

⁶ BLUME, E. La reforma del Tribunal Constitucional peruano. In: VEGA GÓMEZ, Juan; CORZO SOSA, Egar (Coords.). **Tribunales y Justicia Constitucional**: Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002. p. 39.





La crítica fundamental que se le hace es que va contra la sacrosanta Tripartición de Poderes, pues el tribunal político de control de constitucionalidad se convierte *en un cuarto poder*, que se va por encima e impone decisiones al legislativo y al gobierno. También se le cuestiona por su potencial subordinación fáctica al poder ejecutivo en el re juego de intereses que se puede presentar en un sistema político determinado⁷. Quizás el ejemplo más actual y elocuente de esta situación sea la dinámica en la que ha recaído la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) de Venezuela. Este órgano judicial ha adoptado determinadas fallos contra la Asamblea Nacional, controlada por fuerzas políticas opuestas al ejecutivo, realizando cuestionables interpretaciones de la carta magna de ese país⁸. Empleando un lenguaje figurado pudiera afirmarse que se está librando una batalla política (ejecutivo v/s parlamento) con armas propiamente jurídicas, pero que en ningún caso pueden descargarse de su contenido político.

Además de las críticas anteriores hoy lo que más se cuestiona es la legitimidad democrática de estos tribunales. Este tema parte de la llevada y traída polémica respecto al hecho de que el órgano legislativo está integrado por representantes populares, que han sido refrendados como tales por sufragio directo; y por tanto un grupo de jueces no electos de esta forma pueden invalidar una ley emanada de aquel órgano⁹.

Sobre este particular considero que debemos dejar establecidas algunas premisas elementales. En primer lugar, la única fuente de legitimidad en cualquier sistema político no es la elección popular, por lo que puede decirse que la de los tribunales constitucionales descansa en el aspecto técnico. Esto último considerando el riguroso procedimiento que debe caracterizar la preparación, selección y nombramiento de los miembros de esos órganos. No obstante, nada es impedimento para establecer un mecanismo de elección popular de esos magistrados. Sirva de ejemplo la elección por sufragio universal de los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, de acuerdo a lo establecido por el artículo 198 de la Constitución boliviana de 2009¹⁰. Con este proceder se democratiza la conformación del órgano centralizado y especializado de justicia constitucional.

⁷ VALDÉS, E.; PARDO, O. Los sistemas de control constitucional frente a los derechos fundamentales en Colombia, Cuba y España. **Revista UIS-Humanidades**, Bucaramanga vol. 28, n. 1, ene./jun. 1999. p. 94.

⁸ BREWER, Allan. La elección popular indirecta de altos funcionarios del Estado en Venezuela y su violación por el Estado autoritario: el golpe de Estado de diciembre de 2014 dado con las inconstitucionales designaciones de los titulares de las ramas del Poder Público. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 63-92, maio/ago. 2015.

⁹ FIX, Héctor. Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales. In: VEGA GÓMEZ, Juan; CORZO SOSA, Egar (Coords.). **Tribunales y Justicia Constitucional**: Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002. p. 218.

¹⁰ VICIANO, Roberto; MARTÍNEZ, Rubén. Fundamentos teóricos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En: VICIANO, Roberto (Edit.). **Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2012. p. 42.





Como lógico proceso de desarrollo de estos dos modelos, así como de la evolución propia de las experiencias nacionales, han surgido el llamado sistema *mixto* y el *múltiple*. En los países en los cuales existe un sistema *mixto* o *integral* de control de la constitucionalidad, dado el funcionamiento paralelo del método de control difuso con el control concentrado de las leyes, este último siempre tiene carácter principal pues sobre él conoce un órgano especializado en materia constitucional, cuando se ejerce una acción de inconstitucionalidad ante el mismo¹¹. Mientras, en el modelo *múltiple* cada tribunal de justicia se encuentra obligado a aplicar la Constitución ante cualquier norma o acto que la transgreda, sin derogar la disposición vulneradora. Para esto último se crea una jurisdicción constitucional (encarnada en un Tribunal de Constitucionalidad), que sí tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad para todos los casos mediante la derogación de la disposición normativa o acto que se trate.¹²

La diferencia fundamental entre estos dos modelos radica en que el sistema *mixto* combina a la vez y en paralelo el control difuso y el concentrado. El control de constitucionalidad descansa en un ente ubicado dentro del poder judicial, que es por regla general el órgano supremo del mismo, o una sala especializada de su seno¹³. En este caso la declaración de inconstitucionalidad es a instancia de parte, en un caso concreto, pero alcanza la nulidad o derogación total del acto o norma impugnada. Por otro lado, en el *múltiple* coexisten de forma yuxtapuesta el concentrado y el difuso, de acuerdo a las características expuestas *supra*, pero siempre determinado en su esencia por el establecimiento de una jurisdicción constitucional fuera de la estructura judicial común¹⁴.

Todos estos modelos representan sistemas jurisdiccionales de control, pues hay un órgano o varios órganos del aparato judicial controlando. Al respecto vale la pena hacer algunas reflexiones, en aras de profundizar sobre la trascendencia del control de constitucionalidad efectuado por los tribunales.

En los sistemas políticos contemporáneos pueden darse situaciones donde se aprueben disposiciones normativas que entren en contraposición por motivos políticos, por la existencia de diversos actores (ejecutivo y legislativo) generando Derecho.

¹¹ FERRER, Eduardo et al. (Coords.). **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional. Tomos I y II**. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014. p. 233.

¹² Sobre esta clasificación vid. RODRÍGUEZ, Yumil. Algunas consideraciones sobre la supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad como medio de hacerla efectiva. MATILLA, Andry; FERRER Eduardo (Coords.). **Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional**. La Habana: Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2012. p. 280 y 281.

¹³ Por ejemplo, en el caso de Brasil esta atribución recae en el Tribunal Supremo mientras que en México y Venezuela se ubica en una Sala Constitucional dentro del máximo órgano judicial. Vid. FERRER. Op. cit., p. 232.

¹⁴ Este sistema es propio de países como Chile, Ecuador, Guatemala, Perú, Bolivia y Colombia. Vid. FERNÁNDEZ, Julio. Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy. En: PÉREZ, Lissette; PRIETO, Marta (Comps.). **Temas de derecho constitucional cubano**. La Habana: Ed. Félix Varela, 2004. p. 353 y 354; y ARMENGOL, Carlos. El Derecho Constitucional del Siglo XXI en Latinoamérica: Un cambio de paradigma. En: VICIANO, Roberto (Edit.). **Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2012. p. 58.





Por tanto, se produce la necesidad de armonizar el contenido de las mismas, y en esta situación el aparato judicial cobra especial relevancia como mecanismo de control ante los reclamos de la ciudadanía por la observancia de sus derechos. Puede afirmarse que la intervención de los tribunales contribuye a favorecer la defensa del Principio de Seguridad Jurídica, desde su imparcialidad con respecto al objeto del proceso.

Además, otro aspecto favorable de los controles jurisdiccionales es que los mismos deben vertebrarse, al menos teóricamente, en virtud del debido proceso. Este no es más que el proceso lógicamente concebido en estricto apego a los principios ínsitos al ordenamiento jurídico, establecidos desde el propio texto constitucional¹⁵. El rasgo más evidente en este sentido es la oposición de la justicia constitucional a la cosa juzgada material, pues se revisa la constitucionalidad de una decisión judicial. Lo anterior está en consonancia con la tutela judicial efectiva, que hoy es asumida como un derecho subjetivo público¹⁶ que consiste en obtener una resolución judicial motivada y congruente, que se pronuncie sobre el fondo de las pretensiones deducidas, siempre que concurren los presupuestos procesales necesarios para ello. De acuerdo con su contenido permite asegurar el debate y la contradicción sobre la base acceder a tribunales independientes e imparciales; con el fin de plantear una pretensión o defenderse de ella; a través de un proceso justo y razonable en el que se respeten los derechos que corresponden a las partes, entre otros aspectos.

Pero la práctica también ha colocado la actividad de controlar en el marco de lo político. De esta manera los mismos órganos que dictan las leyes, serán quienes establezcan si estas contradicen o no a la Constitución. El señalamiento elemental a este sistema es que el órgano legislativo actúa como juez y parte, pues elabora las leyes y realiza el control de su constitucionalidad.

Según el momento en que se controla este puede ser *previo*: cuando implica que las normas ordinarias sean sometidas a un proceso de revisión con anterioridad a su promulgación. En realidad lo que se revisa son *proyectos de ley*, por parte de un órgano político o judicial. Así se busca lograr que la ley, como colofón de un acto normativo, nazca con un voto de constitucionalidad. Sirvan como ejemplos de este control previo el realizado en Francia por el Consejo Constitucional¹⁷ o los dictámenes de constitucionalidad de los tribunales supremos en otros países. También puede realizarse un control *posterior*, que es el que se ejerce sobre las normas ya vigentes, a instancia de parte ante un órgano judicial (bien ordinario o especial), e incluso de oficio.

¹⁵ Sobre esta categoría vid. Ferrer et al. (Coords.). Op. cit., p. 297-299; y ALVARADO, Adolfo. El debido proceso. En: UNAM. **Justicia y Sociedad**. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994. p. 561.

¹⁶ Acerca del reconocimiento actual de esta categoría como derecho subjetivo público vid. FERRER et al. (Coords.). Op. cit., Tomo II, p. 809.

¹⁷ PERAZA, José. **Derecho Constitucional General y Comparado**. La Habana: Ed. Félix Varela, 2002. p. 92.





3. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN. SUCINTA APROXIMACIÓN TEÓRICO-DOCTRINAL

Sin pretender ahondar en el debate, por demás a nuestro criterio ya superado, sobre la existencia o no de la inconstitucionalidad por omisión¹⁸, e incluso sobre si esta puede abarcar solo al legislativo¹⁹ y no al ejecutivo; expondremos algunas ideas al respecto. Una sencilla definición acerca de la inconstitucionalidad de este tipo es la falta de desarrollo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto impulso, de forma tal que se impide su eficaz aplicación. Se verifica en los casos en que no se han practicado los actos legislativos o ejecutivos requeridos, para volver plenamente aplicables normas constitucionales²⁰.

Se trata del incumplimiento por parte de los poderes constituidos de un mandato constitucional positivo que les obliga a crear una norma legal para desarrollar determinados preceptos²¹. Somos de la opinión de que tanto el órgano legislativo como ejecutivo puede incurrir en inconstitucionalidad por omisión, siempre que exista el incumplimiento de una obligación que le viene impuesta por mandato expreso de una norma constitucional²². Claro está que la práctica política-constitucional por lo general ha colocado en manos del legislativo el desarrollo de las normas superiores. Sin embargo, nada obsta para que estas remisiones recaigan en el ejecutivo, y que este instrumente disposiciones constitucionales mediante el uso, por ejemplo, de decretos presidenciales, decretos-ley, decretos de necesidad y urgencia, etcétera.

La consideración de la carta magna como disposición normativa superior del ordenamiento jurídico, y no como una mera exposición de principios programáticos, es el presupuesto sobre el cual se vertebra este instituto. En consonancia, resulta de estricta

¹⁸ Aunque progresivamente se ha ido imponiendo la opinión de que existe la inconstitucionalidad por omisión, cabe resaltar que a inicios de siglo aún era negada por algunos autores. Al respecto y solo a modo de ejemplo vid. RUIZ, Ricardo. Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, Ciudad de México, n. 2, jul./dic. 2004; y PÉREZ, Javier. **Inconstitucionalidad por Omisión. Temas Básicos de Derecho Constitucional**. Vol. 3. Madrid: Ed. Civitas, 2001. p. 66-68.

¹⁹ LEAL, Salvador. Inconstitucionalidad por omisión. **Revista Cuestiones Políticas**, Maracaibo, vol. 18, n. 18, p. 53-67, jun. 2002. p. 63; y ROJAS, Sandra. Inconstitucionalidad por omisión en Colombia. **Revista Estudios de Derecho**, Bogotá, año LXII, vol. LIX, n.133-134, jul./dic. 2000. p. 99 y ss.; entre otros. Estos autores defienden la idea de que solo el legislativo puede incurrir en omisiones vulneradoras de la Constitución.

²⁰ SILVA, Alfonso da. **Aplicabilidad de las normas constitucionales**. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003. p. 153. Este tratadista sostiene el criterio de que el ejecutivo también puede incurrir en inconstitucionalidad por omisión.

²¹ NOGUERA, Albert. **Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas**. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010. p. 84.

²² Sobre nuestra posición vid. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Vol. II. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993. p. 338; BIDART, Germán J. La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión. **Anuario Jurídico UNAM**, México D.F., v. 6, p. 9-18, 1979. p. 9 y ss; y RODRIGUES, Márcia. Inconstitucionalidade por omissão. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, vol. 18, n. 30, jul./dez. 1988. p. 42.





observancia el tratamiento de aquellos contenidos que remitan a las correspondientes leyes especiales.

El llamado *reconocimiento del carácter normativo de la Constitución* deriva en la aplicabilidad directa de los preceptos superiores, de ahí que de toda norma constitucional pueda derivarse un contenido de eficacia directa. La Constitución no es referencia normativa, ni mera norma de acompañamiento. Como norma jurídica al fin es autoaplicable, sobre todo si faltan leyes que la desarrollen.

Puede afirmarse que existe un derecho subjetivo público de los ciudadanos a la actividad legislativa, imprescindible para la plena eficacia en el ejercicio y protección de sus derechos. Además, el Principio de Supremacía Constitucional, sustento del constitucionalismo contemporáneo, supone necesariamente el control y la sanción consecuente de las infracciones a la Constitución, las que pueden originarse tanto en acciones positivas que violen la ley fundamental como en omisiones que contraríen un precepto legal²³. El ordenamiento jurídico no puede prescindir de mecanismos de sanción ante las infracciones de la norma suprema, pues esto pondría en tela de juicio la preeminencia que sobre las restantes normas e instituciones ostenta la misma.

Varios autores colocan a Wessel como precursor de este concepto²⁴, quien planteó la posibilidad de que podían vulnerarse derechos individuales a causa de un *no hacer* del legislador. De este propio autor procede la clasificación²⁵ que distingue entre omisiones absolutas y relativas. Se refiere a las *absolutas* (también llamadas totales o materiales) como la carencia de cualquier disposición de desarrollo legislativo del precepto constitucional. Las *relativas* (conocidas igualmente por parciales o formales) ocurren debido a que de la actividad del legislador ha emanado una ley que disciplina sólo algunas relaciones y no otras aun tratándose de supuestos análogos, con la consiguiente lesión del Principio de Igualdad. En general se habla de omisiones relativas para referirse a los casos en que la regulación dada por el legislador es incompleta, defectuosa o no idónea para cubrir los hipotéticos supuestos que abarca la norma. La trascendencia de esta clasificación estriba en los efectos derivados del control jurisdiccional: la omisión absoluta provoca la imposibilidad de cualquier intervención correctiva del órgano judicial, no sucediendo así en los supuestos de omisión relativa en donde se abren espacios para la actuación del intérprete de la norma incompleta o defectuosa.

²³ GARZÓN, Edgard F. La inconstitucionalidad por omisión: una revisión jurídica. **Revista Dixi** 20, Bogotá, vol. 16, n. 20, p. 29-36, dic. 2014, p. 30.

²⁴ AHUMADA, María. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 8, p. 169-194, ene./abr. 1991. p. 172; y FERNÁNDEZ, Julio A. Aproximación a la constitucionalidad por omisión. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). **En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión**. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003. p. 58.

²⁵ Sobre otros criterios de clasificación vid. FERNÁNDEZ, Julio A. Aproximación a la constitucionalidad por omisión. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). **En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión**. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003. p. 57-64.





Otro autor de obligada referencia al abordar cuestiones constitucionales como Kelsen, concibió la posibilidad que la carta magna fuera quebrantada por un *no hacer* del legislador. Aquel planteó que vulnerar la Constitución significa la ocurrencia de un hecho que la contradice, sea por acción u omisión. Esto último se da solo cuando se trata del incumplimiento de una obligación, y no por una falta de reconocimiento de un derecho concedido por un órgano de la Constitución. En tal sentido, defiende la idea de que los postulados de la norma suprema que establecen órdenes de legislar, es decir la obligatoriedad de dotar de validez jurídica los preceptos constitucionales, deben ser desarrollados de forma expedita. Así y mediante la difusión de normas inferiores que desarrollen las superiores, el ordenamiento jurídico se integra y se reproduce a partir de la concatenación piramidal desde una norma general a una particular.²⁶

Por su parte, Karl Loewenstein sostuvo la idea de que la inercia de órganos constituidos en el complemento de la Constitución, representa uno de los más graves aspectos de lo que llamó *patología constitucional*. En su opinión tal escenario refleja un inaceptable desprecio a la autoridad suprema de la *Ley Fundamental del Estado*.²⁷

Para que exista inconstitucionalidad por omisión deben reunirse dos requisitos, a saber: que la Constitución establezca un deber concreto de actuar del legislativo o ejecutivo; y que el tiempo transcurrido para el cumplimiento de aquel no sea *razonable*. Ninguna omisión puede describirse en abstracto y para concretizarla es necesario examinar en el caso puntual, el tiempo en el cual debió ser expedida la ley y la necesidad de producción de la misma para mantener el orden constitucional²⁸. Sobre este último elemento solo añadir que la razonabilidad o no del tiempo de demora es un criterio eminentemente subjetivo, pero que pudiera verificarse a partir de las prioridades en materia legislativa y ejecutiva, cuando las mismas no toman en cuenta lo necesario de complementar la Constitución. Otro elemento a considerar es la ausencia de consenso político para aprobar la norma complementaria, lo cual también incide en el criterio de temporalidad acerca de su no adopción.

Ante la pasividad del legislador la única herramienta es accionar en sede judicial con el objetivo de compulsar al cumplimiento de la obligación impuesta por la *lex superior*. Los remedios pueden ser variados en dependencia del contexto, aunque por excelencia se ha empleado la llamada acción de inconstitucionalidad, y resulta obvio que sus características y efectos estarán vinculados al modelo de control jurisdiccional que se aplique en cada país²⁹. Con tal intervención se pretende que los tribunales presionen

²⁶ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho**. Madrid: Ed. Tecnos, 1995. p. 3.

²⁷ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ed. Ariel, 1982. p. 222.

²⁸ ARENAS, Marcela. Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Contexto colombiano. **Revista Diálogos de Derecho y Política**, Bogotá, año 6, n. 13, p. 5-24, ene./abr. 2014. p. 11 y ss.

²⁹ Acerca de algunos instrumentos empleados por los tribunales en el contexto latinoamericano para enfrentar la inconstitucionalidad por omisión vid. SAGÜES, Néstor. Problemas constitucionales en la solución de la





para lograr la concreción legislativa sobre las disposiciones constitucionales, pues esta omisión daña contenidos esenciales del sistema político. No puede negarse el ejercicio de derechos asegurados constitucionalmente, pues tal quehacer es equivalente a la negación de la existencia del derecho mismo³⁰.

4. CONTROL CONSTITUCIONAL EN CUBA. VALORACIONES SOBRE SU EFICACIA Y PROPUESTAS AL RESPECTO. OBSERVACIÓN ESPECIAL SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Con la adopción del texto constitucional cubano de 1976, reformado en 1978, 1992, y 2002, se establecieron como principios de ordenación y funcionamiento del sistema político la Unidad de Poder y el Centralismo Democrático³¹. Bajo la influencia de la teoría y los regímenes políticos de Europa del Este, en especial el soviético, se vertebró una estructura estatal cuya base axiológica condicionó, no lo dude nadie, la noción sobre el control de constitucionalidad. Esto hizo que nuestro modelo no pueda ser encuadrado en ninguno de los vistos con anterioridad.

La tarea de controlar la constitucionalidad de nuestras leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones ha quedado en manos de la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP), más allá del realizado por la Fiscalía General de la República vinculado con el aseguramiento de la legalidad. Asimismo, se realiza por la ANPP un control *político y previo* sobre las leyes emitidas por sí misma³²; y uno *político y posterior*³³ sobre las demás disposiciones antes señaladas. Esto supone que no hay fundamentación para que existan disposiciones que contravengan los postulados constitucionales, lo cual no es impedimento *per se* para que puedan existir incoherencias.

En el diseño cubano actual ha quedado excluido el aparato judicial del control de la supremacía constitucional, y se ha hecho depender el aseguramiento de los derechos constitucionales de procesos ordinarios; no de un proceso específico. Durante mucho tiempo se ha sostenido como fundamento de tal postura el reconocimiento de la Unidad de Poder como principio del sistema político. Sin embargo, como parte

inconstitucionalidad por omisión. **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, Rosario, n. 58-59, p. 253-264, 2007.

³⁰ NOGUEIRA, Humberto. Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur. **Revista Ius et Praxis**, Santiago de Chile, vol. 10, n. 1, p. 113-158, 2004. p. 154 y 155.

³¹ Sobre estos principios y su reconocimiento constitucional *vid.* DELGADO, Yanelys; DEL RÍO, Mirta A. La democracia socialista en la Constitución de 1976. En: MATILLA, Andry (Coord.). **La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia**. La Habana: Ed. UNIJURIS, 2016. p. 53-66.

³² SIMÓN. *Op. cit.*, p. 275.

³³ PÉREZ, Lissette; PRIETO, Marta. El control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos. Sus formas en Estados Unidos y Cuba. En: PÉREZ, Lissette; PRIETO, Marta (Comps.). **Temas de derecho constitucional cubano**. La Habana: Ed. Félix Varela, 2004. p. 369 y ss.





del propio diseño se estableció una diferenciación de funciones entre cada órgano del poder estatal.

Fue de esta manera que se reconoció constitucionalmente solo a la ANPP la potestad constituyente y legislativa. Al Consejo de Estado, órgano que representa a aquella entre cada uno de sus período de sesiones, se le facultó para dictar decretos-leyes. Además, se invistió al Consejo de Ministros, máximo órgano ejecutivo y administrativo y gobierno de la república, de la facultad de dictar decretos y otras disposiciones en cumplimiento de las leyes y para controlar su ejecución³⁴. Por último cabe mencionar a los ministerios e institutos de subordinación nacional, los cuales emiten resoluciones y demás disposiciones en el marco de su competencia.

Mención aparte merece el hecho que desde el año 2010 el Presidente del Consejo de Estado, quien por mandato constitucional es Presidente del Consejo de Ministros³⁵ emite, en virtud de presidir este último órgano, decretos presidenciales. Este instrumento es típico de la forma de gobierno presidencialista, la que no se corresponde con la estructura de los órganos de poder cubanos³⁶. Cabe resaltar que dichos decretos se publican, en principio, en la Gaceta Oficial de la República si así se establece en la propia norma legal. No obstante, se reconoce que cuando no sea el caso bastará con su notificación a las partes concernidas. Además, el Presidente del Consejo de Ministros puede adoptar decisiones sobre los asuntos ejecutivos, administrativos y de gobierno, cuando lo apremiante de la situación o el tema a solucionar lo exijan, sometiéndolas posteriormente a la consideración del Consejo de Ministros si así procediera.

A lo anteriormente expuesto hay que añadir que en Cuba no está reconocida por la Constitución la llamada *Reserva de Ley*, en el sentido de límites e impedimentos para el ejecutivo, por lo que no existen materias de exclusiva competencia de la ANPP. Esto ha significado el abandono de la reserva legal como garantía en sí, arguyéndose por algunos autores que la concepción unitaria sobre el poder destruye tal idea³⁷. Las remisiones a leyes de desarrollo son previsiones para el legislativo en esferas que requieren tutela legal más allá de la constitucional. Los derechos constitucionales, por su significado y trascendencia para el individuo, deben ser desarrollados en una ley, y no

³⁴ Acerca de los órganos superiores del poder estatal en Cuba, su composición, funciones, y demás aspectos vid. los artículos del 69 al 101 de la Constitución cubana. En: PÉREZ y PRIETO (Comps.). **Selección legislativa de Derecho Constitucional Cubano**. La Habana: Ed. Félix Varela, 2002. p. 33-42.

³⁵ Artículo 74 en relación con el artículo 96 de la Constitución cubana. En: PÉREZ y PRIETO (Comps.). Op. cit. p. 33 y 40.

³⁶ VILLABELLA, Carlos. **Las formas de gobierno en el mundo**. Un estudio desde el derecho constitucional comparado de Europa, América Latina y el Caribe. Puebla: Instituto de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Puebla, 2008. p. 73-82.

³⁷ PRIETO, Marta Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución. In: PÉREZ; PRIETO (Comps.). **Temas de derecho constitucional cubano**. La Habana: Ed. Félix Varela, 2004. p. 31.





a través de normas de menor jerarquía, que resulten de órganos con una legitimidad indirecta o de segundo grado, como lo es el Consejo de Estado.

En la práctica tal coyuntura ha supuesto que solo la aprobación del presupuesto estatal ha quedado supeditada a una ley que cada año sanciona la ANPP, en virtud de lo establecido por el inciso e) del artículo 75 constitucional. Fuera de ese caso tanto el Consejo de Estado como el Consejo de Ministros han adoptado disposiciones sobre las más diversas cuestiones, incluidas muchas que inciden directa o indirectamente en los derechos de la ciudadanía. Considérese que el primero de aquellos órganos mediante la emisión de decretos-ley ha modificado infinidad de veces leyes, e incluso en innumerables ocasiones las ha derogado³⁸.

Todo esto ha redundado en que coexistan varios entes interventores en la producción legislativa³⁹ sin que se haya definido un catálogo de asuntos de exclusiva competencia de la ANPP. Por tanto, en este contexto pueden ocurrir situaciones de contradicción entre disposiciones de diferente jerarquía y de estas con respecto a la Constitución. De ahí que sostenga el criterio de que la Unidad de Poder no debe ser fundamento para excluir al sistema judicial de la defensa de la Constitución; ya sea de su supremacía o de los derechos reconocidos en ella⁴⁰. Además, como un necesario refuerzo podría sumarse la conformación de una Sala Constitucional dentro del Tribunal Supremo Popular; espacio jurisdiccional donde acudirían los ciudadanos ante la vulneración de un derecho. Su establecimiento permitiría armonía normativa a través de juicios de validez precisos y un camino hacia la seguridad jurídica, tan necesaria en tiempos de perfeccionamiento de nuestra institucionalidad. También aseguraría la colocación en su justo lugar y grado del texto constitucional, a partir de convertirlo en norma de aplicación directa en las reclamaciones de derechos constitucionales, y garantía específica de estos últimos.

³⁸ Sobre la jerarquía, efectos y demás cuestiones relacionada con los decretos-ley en el sistema de fuentes formales del Derecho en Cuba, *vid.* MATILLA, Andry. Comentarios sobre las fuentes del Derecho administrativo cubano (excepto el reglamento). In: **Temas de Derecho Administrativo Cubano**. La Habana: Ed. Félix Varela, 2006. p. 66-71.

³⁹ Solo con la intención de mostrar lo complejo de este tema presentamos la siguiente estadística: Hasta finales de 2015 en Cuba se habían aprobado 326 decretos-leyes, 329 decretos, y desde 1987, fecha en la que las gacetas oficiales comenzaron a estar disponibles en formato digital, se han aprobado más de 20 000 resoluciones. *Vid.* PROYECTO CUBA POSIBLE. **Dossier: La Justicia en Cuba**: pasado, presente y futuro. p. 20.

⁴⁰ Desde el punto de vista histórico y comparativo cabe mencionar la experiencia de la extinta Yugoslavia, donde la Constitución de 1963 definía a la Asamblea Federal (máxima instancia legislativa) como el *órgano supremo del poder*. Sin embargo, la doctrina de la Unidad de Poder no fue obstáculo para el establecimiento de un órgano independiente cuya misión era el control de la constitucionalidad de la actividad jurídica desplegada por las otras autoridades. Se asignó a un Tribunal de Garantías Constitucionales el conocimiento del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, y la sustanciación de cuestiones de incompatibilidad entre las leyes federales y las de cada república. *Vid.* FERNÁNDEZ, Serafín S. Cuba y el Control Constitucional en el Estado Socialista de Derecho: Reflexiones para su perfeccionamiento. En: MATILLA, Andry (Comp.). **Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)**. México D.F.: Ed. Porrúa, 2009. p. 391.





Con este proceder se crearía un sistema *mixto*, donde por una parte los tribunales ordinarios emitirían constantes mensajes sobre la inconstitucionalidad de una ley u otra disposición, y su no aplicación a un caso concreto ante la obligación que les compete de aplicar directamente la Constitución. Esta labor que podríamos llamar de *coordinación* entre el aparato judicial y la ANPP recaería en el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo de Justicia (CGTSP), al cual le compete ejercer el control y la supervisión de la actividad jurisdiccional del sistema de tribunales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19.1 inciso f) de la Ley No82, *Ley de los Tribunales Populares*⁴¹. En paralelo existiría un órgano encargado de, si así fuera invocado, declarar la inconstitucionalidad de cualquier disposición y por ende su derogación con efecto *erga omnes*.

En adición, y más allá de tratar de exponer todos los criterios de clasificación sobre el control en Cuba, por demás tema ampliamente tratado donde muchos autores no se han puesto de acuerdo⁴², me detendré a dar algunas consideraciones respecto a cómo perfeccionar la labor de la ANPP. Resulta ilógico pensar que un órgano que en la práctica se reúne dos o como máximo tres veces al año, puede realizar un eficaz control de constitucionalidad sobre las disposiciones de otros órganos (Consejo de Estado, Consejo de Ministros, etcétera). Además, resulta cuestionable que sea el propio órgano creador de las leyes, el que controle la constitucionalidad de su decir y de la forma en que lo hace. Aquel se erige en juez de lo que es parte, y aun cuando esta situación se sustenta en la observancia del Principio de Unidad de Poder estimamos que es poco viable.

Por consiguiente se requerirá como parte del fortalecimiento de la ANPP y con vistas a su reestructuración futura, de un órgano legislativo más pequeño en número y de carácter permanente. Así podrá revisar con oportunidad, profundidad y objetividad esas disposiciones inferiores a la ley y su relación con la Constitución. La experiencia nacional ha demostrado que resulta necesaria la permanente operatividad de nuestro máximo órgano de poder, para lograr, de conjunto con otros factores, su plena eficacia dentro del sistema político.

4.1. ¿Qué ha pasado con las omisiones de legislador?

La respuesta a la pregunta con la que iniciamos este epígrafe viene a exponer con más claridad lo ineficaz del actual sistema de control de constitucionalidad cubano. Como vimos anteriormente la inconstitucionalidad por omisión ocurre porque no se

⁴¹ PÉREZ; PRIETO (Comps.). *Op. cit.* p. 174-175.

⁴² Respecto a otros criterios de clasificación sobre el control constitucional en Cuba pueden consultarse varios trabajos de los profesores Julio Fernández Bulté, Marta Prieto Valdés y Lissette Pérez Hernández, referenciados en varios de los trabajos recogidos en MATILLA, Andry y FERRER Eduardo (Coords.). **Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional**. La Habana: Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2012.





legisla, cuando existe un mandato constitucional que dispone se dicte una disposición para determinada cuestión. Básicamente se trata del incumplimiento de un deber estatal, ya sea por el legislativo o el ejecutivo.

Dadas las características del sistema político cubano y ante el no acatamiento de las disposiciones constitucionales por parte del órgano legislativo, específicamente, se ha producido, en algunos casos, la intervención del Partido Comunista de Cuba (PCC). Tal coyuntura genera un fuerte reto para la defensa de los derechos ciudadanos, pues una de las muchas patologías relacionadas con aquellos consiste en la ausencia de leyes de desarrollo.

Cuestiones tan importantes como la regulación de las libertades de palabra y prensa; la relación del Estado con las instituciones religiosas; o los límites que tendrán los derechos durante las situaciones excepcionales, entre otras, han quedado abandonadas en el orden legislativo.

En este sentido, destaca el artículo 53 constitucional donde se recogen las citadas libertades de expresión y de prensa, dejándose a una ley especial la regulación de los mismos sin que esta haya sido aún adoptada⁴³. Al final la temática ha quedado supeditada a la práctica político-partidista, dirigida por el Departamento Ideológico del Comité Central del PCC, y no se ha efectuado el correspondiente control sobre esta inactividad del legislador, generándose un supuesto de inconstitucionalidad por omisión.

Obvio es que esta pasividad del órgano creador de las leyes en Cuba no es controlable. Sencillamente en un contexto donde el control es político y no hay intervención judicial alguna, la ANPP no se cuestionará a sí misma por qué no ha legislado. Al ser juez y parte siempre será de su exclusiva consideración la necesidad y oportunidad de desarrollar en ley los contenidos constitucionales.

Este asunto no es ni por asomo exclusivo del ejemplo comentado con anterioridad, pues se trata más bien de un fenómeno generalizado en el entorno nacional luego de la reforma constitucional de 1992. La Constitución cubana remite a una ley que pauté el ejercicio de la libertad de credo y las relaciones entre la iglesia y el Estado, disposición normativa que tampoco se ha adoptado. Ante esta situación, los vínculos entre las organizaciones religiosas y el gobierno cubano han sido conducidos por la Oficina de Asuntos Religiosos del Comité Central del PCC. Una vez más la postura partidista se ha puesto en función de controlar el ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente.

⁴³ La necesidad de una ley de prensa como instrumento para definir espacios de poder y modos de actuación en virtud de lo establecido por la Constitución cubana, ha sido un reclamo perenne de los principales estudiosos de la Teoría de la Comunicación nacional. Al respecto GARCÍA, Julio. **Revolución, socialismo, periodismo**. La Habana: Ed. Pablo de la Torriente, 2013. p. 200 y 201.





Para el caso de la regulación diferenciada de los límites a los derechos durante la ocurrencia de situaciones excepcionales, tampoco se ha legislado en virtud de lo dispuesto por el artículo 67 de la Constitución. En esta materia no se ha producido, al menos directamente, la intervención del PCC, pero resalta el hecho de que la Ley No75, *Ley de la Defensa Nacional*, no haya pautado nada al respecto; considerando que entre las cuestiones que abarca está la declaración de las situaciones excepcionales, sus efectos y su terminación⁴⁴.

Esta disposición solo se limita a enunciar un catálogo de derechos cuyo ejercicio se afectará mientras dure cualquiera de las mencionadas situaciones, pero no establece nada sobre cuán diferente será dicho ejercicio⁴⁵. Solo acotar que a nuestro juicio la futura regulación respecto a los límites de los mismos debe ser en base a una ley adoptada por la ANPP y no mediante la intervención del Consejo de Estado, considerando lo que planteamos con anterioridad respecto a los grados de legitimidad de ambos.

Con lo expuesto hasta aquí resulta claro que la ausencia de leyes que instrumenten los derechos antes mencionados, así como sus garantías, se muestra como una de las causas de ineficacia de tales previsiones constitucionales. Por ende, se hace necesaria la intervención legislativa para asegurar la exigibilidad y justiciabilidad de aquellos, frente a cualquier violación de los mismos. Estos aspectos resultan claves para el actual proceso de perfeccionamiento de la institucionalidad nacional, algo que se ha tornado en constante llamado de las principales autoridades políticas del país⁴⁶.

5. A MODO DE CONCLUSIONES

La necesidad de fiscalizar a los órganos de poder en correspondencia con la Constitución y los derechos en ella reconocidos, resulta clave en la construcción de sociedades y sistemas políticos democráticos. Ante las complejidades del mundo contemporáneo este control no debe solo abarcar las actividades del Estado, sino también la inactividad de aquellos órganos que no han cumplido con un deber. Su *no hacer* también debe ser controlado, extremo en el que solo cabe la intervención de los tribunales. No puede dejarse en manos de quien tiene una obligación *de hacer*, el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de aquella.

En el caso cubano no es posible controlar la inconstitucionalidad por omisión, considerando que el modelo articulado es de tipo político, o sea, está en manos de la ANPP. Resulta fácilmente comprensible que el órgano legislativo no se cuestionará a sí

⁴⁴ Artículo 1 de la Ley No75, Ley de la Defensa Nacional. En: PÉREZ; PRIETO (Comps.). *Op. cit.* p. 127.

⁴⁵ Artículo 10 de la Ley No75, Ley de la Defensa Nacional. En: PÉREZ; PRIETO (Comps.). *Op. cit.* p. 133.

⁴⁶ Baste con señalar las múltiples intervenciones públicas de Raúl Castro Ruz, Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros de la República de Cuba, ante la ANPP y otros órganos sobre este tema. Pueden consultarse, por ejemplo, sus discursos ante las sesiones plenarias de la ANPP en los años 2014, 2015 y 2016, divulgadas por la prensa cubana y extranjera.





mismo ante la inactividad en el acatamiento de un mandato constitucional, máxime cuando sus miembros no son electos dentro de un sistema electoral competitivo. Esto último implica que no hay pugna entre diversas fuerzas políticas, lo cual podría operar como causa motivadora de la producción legislativa. La misma en Cuba depende de prioridades establecidas por los órganos superiores del Estado (ANPP, Consejo de Estado y Consejo de Ministros) en coordinación con el Ministerio de Justicia (MINJUS) y otros organismos de la administración estatal. Lo conflictivo de este mecanismo es que entre las prioridades no ha estado desarrollar contenidos de nuestra máxima ley que reconocen derechos constitucionales. Soy de los que piensa que en política nada es casual, y sostengo la opinión de que no estamos en presencia de meros olvidos legislativos.

Aunque resulta cierto que el PCC no funciona como sujeto electoral, la inobservancia del deber de legislar por parte de la ANPP ha dejado en manos de aquel el establecimiento de ciertas *reglas del juego*, respecto al ejercicio de al menos dos derechos constitucionales. El fundamento de la intromisión partidista ha recaído en sucesivas interpretaciones, a nuestro juicio erróneas, del artículo 5 de la Constitución que reconoce al PCC como (...) *fuerza dirigente superior de la sociedad y el Estado* (...)⁴⁷.

Tal reconocimiento no puede bajo ningún principio anteponerse al deber estatal de regular las cuestiones vinculadas con el adecuado ejercicio de los derechos que la carta magna reconoce a los ciudadanos cubanos. Que la institución partidista actúe de esta forma supone la imposición de directrices, a menudo desconocidas en su contenido y alcance, cuyos efectos abarcan más allá de su militancia política.

A todo lo dicho debe sumarse que tampoco existen mecanismos que permitan a la ciudadanía accionar ante la no actividad legislativa. Por mandato expreso del artículo 657 apartado 4 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), las materias constitucionales están excluidas de la jurisdicción administrativa⁴⁸; y ya sabemos que no se dispone de un proceso constitucional.

Todo el entorno que hemos descrito hasta aquí refleja la escasa aplicabilidad directa de la Constitución cubana. Su eficacia como norma suprema del ordenamiento jurídico se ha visto limitada, entre otros factores, por el no desarrollo de los preceptos que ella contiene. Sin embargo, esta ha sido la práctica política durante más de veinticuatro años contados luego de 1992, sin que se avizore al menos en el futuro cercano un cambio al respecto. Aunque no solo ha ocurrido este fenómeno en materia de derechos constitucionales, la impronta en este aspecto cobra especial relevancia dada la *praxis* política que se ha seguido. La exclusión de los tribunales como defensores los

⁴⁷ Artículo 5 de la Constitución de la República de Cuba. En: PÉREZ; PRIETO (Comps.). **Selección legislativa de Derecho Constitucional Cubano**. La Habana: Ed. Félix Varela, 2002. p. 14.

⁴⁸ ORGANIZACIÓN NACIONAL DE BUFETES COLECTIVOS (ONBC). **Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico**, Ley número 7, de 19 de agosto de 1977 (Edición revisada y actualizada). La Habana: Ediciones ONBC, 2012. p. 136.





contenidos de la carta magna nacional; la no instrumentación oportuna de los postulados de la misma; una ANPP de escasa operatividad como órgano de control; y una organización política interventora en el ejercicio de los derechos ciudadanos; ha generado un marco institucional necesario de superar para la democratización del sistema político.

Parafraseando a la profesora cubana Prieto Valdés, si la tutela constitucional es la primera garantía jurídica de los derechos esenciales para el hombre en cada sociedad, el control efectivo de la preservación de esta supremacía constituye la garantía de la garantía⁴⁹. Aceptando esta postura podemos entonces afirmar que el desarrollo en disposiciones especiales de los preceptos constitucionales reconocedores de derechos, cuando estos remitan a aquellas, constituye un factor crucial para tutelar y garantizar lo enunciado por la norma suprema de todo ordenamiento jurídico.

6. REFERENCIAS

AHUMADA, María. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 8, p. 169-194, ene./abr. 1991.

ALVARADO, Adolfo. El debido proceso. En: UNAM. **Justicia y Sociedad**. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994.

ARAGÓN, Manuel. **Constitución, democracia y control**. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2002.

ARENAS, Marcela. Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Contexto colombiano. **Revista Diálogos de Derecho y Política**, Bogotá, año 6, n. 13, p. 5-24, ene./abr. 2014.

ARMENGOL, Carlos. El Derecho Constitucional del Siglo XXI en Latinoamérica: Un cambio de paradigma. En: VICIANO, Roberto (Edit.). **Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2012.

BIDART, Germán J. La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión. **Anuario Jurídico UNAM**, México D.F., v. 6, p. 9-18, 1979.

BLUME, E. La reforma del Tribunal Constitucional peruano. In: VEGA GÓMEZ, Juan; CORZO SOSA, Egar (Coords.). **Tribunales y Justicia Constitucional: Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.

BREWER, Allan. La elección popular indirecta de altos funcionarios del Estado en Venezuela y su violación por el Estado autoritario: el golpe de Estado de diciembre de 2014 dado con las

⁴⁹ PRIETO, Marta. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y la Constitución cubana de 1976. En: MATILLA, Andry (Coord.). **La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia**. La Habana: Ed. UNIJURIS, 2016. p. 176.





inconstitucionales designaciones de los titulares de las ramas del Poder Público. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 63-92, maio/ago. 2015.

CARBONELL, Miguel (Coord.). **En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión**. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

COLECTIVO de Autores. **Temas de Derecho Administrativo Cubano**. La Habana: Ed. Félix Varela, 2006.

DELGADO, Yanelys; DEL RÍO, Mirta A. La democracia socialista en la Constitución de 1976. En: MATILLA, Andry (Coord.). **La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia**. La Habana: Ed. UNIJURIS, 2016.

FERNÁNDEZ, Julio . Aproximación a la constitucionalidad por omisión. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). **En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión**. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

FERNÁNDEZ, Julio. Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy. En: PÉREZ, Lisette; PRIETO, Marta (Comps.). **Temas de derecho constitucional cubano**. La Habana: Ed. Félix Varela, 2004.

FERNÁNDEZ, Serafín S. Cuba y el Control Constitucional en el Estado Socialista de Derecho: Reflexiones para su perfeccionamiento. En: MATILLA, Andry (Comp.). **Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)**. México D.F.: Ed. Porrúa, 2009.

FERRER, Eduardo et al. (Coords.). **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional. Tomos I y II**. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014.

FIX, Héctor. Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales. In: VEGA GÓMEZ, Juan; CORZO SOSA, Egar (Coords.). **Tribunales y Justicia Constitucional: Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.

GARCÍA, Julio. **Revolución, socialismo, periodismo**. La Habana: Ed. Pablo de la Torriente, 2013.

GARZÓN, Edgard F. La inconstitucionalidad por omisión: una revisión jurídica. **Revista Dixi** 20, Bogotá, vol. 16, n. 20, p. 29-36, dic. 2014.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del Derecho**. Madrid: Ed. Tecnos, 1995.

LEAL, Salvador. Inconstitucionalidad por omisión. **Revista Cuestiones Políticas**, Maracaibo, vol. 18, n. 18, p. 53-67, jun. 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ed. Ariel, 1982.

LOEWENSTEIN, Karl. **La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional**. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.





MATILLA, Andry; FERRER Eduardo (Coords.). **Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional**. La Habana: Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2012.

MATILLA, Andry. Comentarios sobre las fuentes del Derecho administrativo cubano (excepto el reglamento). In: **Temas de Derecho Administrativo Cubano**. La Habana: Ed. Félix Varela, 2006.

MATILLA, Andry (Comp.). **Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)**. México D.F.: Ed. Porrúa, 2009.

MATILLA, Andry (Coord.). **La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia**. La Habana: Ed. UNIJURIS, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Vol. II. Coímbra: Ed. Coímbra, 1993.

NOGUEIRA, Humberto. Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur. **Revista Ius et Praxis**, Santiago de Chile, vol. 10, n. 1, p. 113-158, 2004.

NOGUERA, Albert. **Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas**. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010.

PERAZA, José. **Derecho Constitucional General y Comparado**. La Habana: Ed. Félix Varela, 2002.

PÉREZ, Lissette; PRIETO, Marta. El control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos. Sus formas en Estados Unidos y Cuba. En: PÉREZ, Lissette; PRIETO, Marta (Comps.). **Temas de derecho constitucional cubano**. La Habana: Ed. Félix Varela, 2004.

PÉREZ, Lissette; PRIETO, Marta (Comps.). **Temas de derecho constitucional cubano**. La Habana: Ed. Félix Varela, 2004.

PÉREZ, Lissette; PRIETO, Marta (Comps.). **Selección legislativa de Derecho Constitucional Cubano**. La Habana: Ed. Félix Varela, 2002.

PÉREZ, Javier. **Inconstitucionalidad por Omisión. Temas Básicos de Derecho Constitucional**. Vol. 3. Madrid: Ed. Civitas, 2001.

PRIETO, Marta. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y la Constitución cubana de 1976. En: MATILLA, Andry (Coord.). **La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia**. La Habana: Ed. UNIJURIS, 2016.

PRIETO, Marta. Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución. In: PÉREZ; PRIETO (Comps.). **Temas de derecho constitucional cubano**. La Habana: Ed. Félix Varela, 2004.

RODRIGUES, Márcia. Inconstitucionalidade por omissão. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, vol. 18, n. 30, jul./dez. 1988.

RODRÍGUEZ, Yumil. Algunas consideraciones sobre la supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad como medio de hacerla efectiva. MATILLA, Andry; FERRER Eduardo





(Coords.). **Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional**. La Habana: Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2012.

ROJAS, Sandra. Inconstitucionalidad por omisión en Colombia. **Revista Estudios de Derecho**, Bogotá, año LXII, vol. LIX, n.133-134, jul./dic. 2000.

RUIZ, Ricardo. Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, Ciudad de México, n. 2, jul./dic. 2004.

SAGÜÉS, Néstor. Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión. **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, Rosario, n. 58-59, p. 253-264, 2007.

SILVA, Alfonso da. **Aplicabilidad de las normas constitucionales**. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

SIMÓN, Liana. El control de constitucionalidad de las leyes en Cuba: el reto de su judicialización. En: MATILLA, Andry; FERRER Eduardo (Coords.). **Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional**. La Habana: Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2012.

UNAM. **Justicia y Sociedad**. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994.

VALDÉS, E.; PARDO, O. Los sistemas de control constitucional frente a los derechos fundamentales en Colombia, Cuba y España. **Revista UIS-Humanidades**, Bucaramanga vol. 28, n. 1, ene./jun. 1999.

VICIANO, Roberto; MARTÍNEZ, Rubén. Fundamentos teóricos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En: VICIANO, Roberto (Edit.). **Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2012.

VILLABELLA, Carlos. **Las formas de gobierno en el mundo**. Un estudio desde el derecho constitucional comparado de Europa, América Latina y el Caribe. Puebla: Instituto de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Puebla, 2008.





Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v4i1.48212

O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax*

***The conventionality control and Brazilian Judiciary: their
application by the Superior Labor Court in order to protect the
dignity of human labor (ban on outsourcing of core business)
in case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste and Contax***

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL**

Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)
moniah@unisc.br

FELIPE DALENOGARE ALVES***

Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)
felipe@estudosdedireito.com.br

Recebido/Received: 23.08.2016 / August 23th, 2016

Aprovado/Approved: 12.02.2017 / February 12th, 2017

Como citar esse artigo/How to cite this article: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.48212.

* Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa "Dever de proteção (Schutzpflicht) e proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de Políticas Públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos", financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), nos quais os autores atuam na condição de coordenadora e de participante, respectivamente. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta" (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. O estudo se inseriu, também, no âmbito das atividades realizadas em parceria com a Universidade de Talca, no Chile, que contou com recursos da FAPERGS.

** Professora e Coordenadora Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS – Brasil). Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com estágio pós-doutoral pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional Aberta", vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado





Resumo

Este trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre a temática do controle de convencionalidade, tendo por objetivo principal analisar a aplicação deste controle pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), a fim de proteger a dignidade da mão-de-obra humana. Para tanto, realizou-se um estudo dos principais aspectos referentes ao tema, objetivando-se, ao final, demonstrar que o controle da convencionalidade dos atos do Poder Público deve ser realizado pelo Judiciário brasileiro e, no caso da Justiça do Trabalho, as convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) demonstram-se relevante instrumento de efetivação dos direitos humanos, o que ficou transparente no caso *Carneiro Távora versus Telemar Norte Leste e Contax*. No decorrer do trabalho, buscou-se o esclarecimento de questões importantes ao tema, como o seguinte problema: como pode ser operacionalizado o controle de convencionalidade e como se deu sua aplicação pelo TST como forma de proteção à dignidade da mão de obra humana frente à possibilidade de terceirização de atividade-fim? Por derradeiro, dentre os resultados, conclui-se que o controle de convencionalidade ainda é uma prática pouco utilizada, sendo até desconhecida por muitos, necessitando de operacionalização, mas que, no case em análise, o TST, com o objetivo de proteção ao trabalhador, aplicou o controle em reverência ao compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro por ocasião da ratificação da Constituição da OIT, dando interpretação convencional ao dispositivo legal interno, no sentido de que não se pode abstrair qualquer sentido que venha a permitir a terceirização de atividade-fim.

Palavras-chaves: Caso *Carneiro Távora versus Telemar Norte Leste e Contax*; controle de convencionalidade; convenções e recomendações da OIT; inconventionalidade da terceirização de atividade-fim; Tribunal Superior do Trabalho.

Abstract

*This paper presents the results of a bibliographical investigation, using the deductive method, having as main objective to analyze the application of conventionality control by the Superior Labor Court (TST) in order to protect the dignity of human labor. Therefore, was developed a study about the main aspects related to the topic, aiming to, at the end, demonstrate that conventionality control of state acts must be held by the Brazilian judiciary and, in the case of the Labor Court, the conventions and recommendations of the International Labour Organisation (ILO) have demonstrated to be a relevant instrument for realization of human rights, which was clear in the case *Carneiro Távora versus Telemar Norte Leste and Contax*. The article aims to clarify important issues about the theme, particularly the role of conventionality control and its application by the Brazilian Superior Labor Court in ways to protect the dignity of human labor. At the end, it is concluded that the conventionality control requires more operation, but, in the particular case under review, the Court, with the aim of protecting the worker, applied control in reverence to the international commitment made by the Brazilian state on the occasion of the ratification of the ILO Constitution, by giving conventional interpretation to the internal legal provision in the sense that one can not extract any interpretation that allows the outsourcing of core business.*

Keywords: *Case Carneiro Távora versus Telemar Norte Leste and Contax; conventionality control; ILO conventions and recommendations; unconventionality of the outsourcing of core business; Superior Labor Court.*

ao PPGD da UNISC. Coordenadora do "Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana" (financiado pelo FINEP). Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Membro do Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul – FAPERGS. E-mail: moniah@unisc.br.

*** Professor Adjunto na graduação em Direito da Faculdade Antonio Meneghetti (Restinga Sêca-RS, Brasil). Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Capex 5). Membro do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional Aberta", coordenado pela Profª Pós-Dra Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da UNISC. Membro docente do Instituto Brasileiro de Direito – IbiJus e da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano, presidida pelo Prof. Dr. Carlos Emílio Gaviria Diaz. Bolsista CAPES/PROSUP (Tipo II). E-mail: felipe@estudosdedireito.com.br.





SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Breves apontamentos sobre o controle de convencionalidade no sistema brasileiro e suas possibilidades de operacionalização; 3. A Organização Internacional do Trabalho: suas convenções e recomendações como instrumento de efetivação dos direitos humanos – o case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax; 4. Conclusão; 5. Referências;

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre a temática da aplicação do controle de convencionalidade pelo Judiciário brasileiro, tendo por objetivo principal analisar, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo, como ocorreu sua utilização pelo Tribunal Superior do Trabalho, que manteve a decisão do juízo *a quo*, a fim de reconhecer a ilicitude da terceirização de atividade-fim (serviço de *Call Center*), no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011, neste trabalho denominado *case* Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax.

O controle de convencionalidade nasce da necessidade de observância dos instrumentos internacionais de que o Estado é parte, calcado em princípios do direito internacional, como *liberum voluntatis arbitrium*, *pacta sunt servanda* e *bonam fidem*, compatibilizando o ordenamento jurídico interno não só à Constituição, mas também aos acordos, tratados e convenções de que o Brasil seja signatário¹.

Como se verá adiante, há um controle de convencionalidade externo, realizado de forma concentrada nos Tribunais encarregados da observância e interpretação da norma internacional, e um controle interno, que, aplicado ao Brasil, poderá ocorrer de modo difuso, pelos juízes e tribunais da justiça ordinária, e concentrado, no Supremo Tribunal Federal.

Dentre os Tribunais Superiores pátrios, o TST vem se destacando nessa atuação, seja na aplicação própria do controle de convencionalidade, seja em deferência às decisões dos Tribunais *a quo* que o aplicam, principalmente frente às Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Assim, constantemente o referido tribunal tem dado interpretação convencional, em respeito aos instrumentos internacionais, como ocorreu no caso em análise, frente à Declaração da Filadélfia de 1944, parte integrante da Constituição da OIT.

Assim, muito embora o Art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, que dispõe, dentre outros fins, sobre os serviços de telecomunicações, permita que a concessionária

¹ Além disso, fator preponderante à instituição do controle de convencionalidade constitui-se a própria construção dos Tribunais Internacionais, os quais, paulatinamente, foram assentando o entendimento de vinculação dos Estados-partes às suas decisões, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Almonacid Arellano versus Chile* (que será objeto de nota no decorrer do trabalho).





contrate com terceiros inclusive o desenvolvimento de atividades a ela inerentes, a interpretação não poderá ocorrer de forma simplesmente gramatical, senão em conformidade com a Constituição e com as Convenções internacionais.

Formado o contexto, a pesquisa justifica-se pela necessidade de desenvolvimento de um estudo que esclareça pontos importantes acerca desta temática, como o seguinte problema: como pode ser operacionalizado o controle de convencionalidade e como se deu sua aplicação pelo TST como forma de proteção à dignidade da mão de obra humana frente à possibilidade de terceirização de atividade-fim?

Para isso, são abordados os principais aspectos referentes ao tema, como o controle de convencionalidade, sua aplicação no sistema brasileiro e as convenções e recomendações da OIT como instrumento de efetivação dos direitos humanos, com a análise de sua aplicação pelo TST no *case*, corroborando a decisão proferida pelo TRT/3, objetivando-se, ao final, demonstrar que o sistema jurídico interno não mais deve compatibilizar-se só à Constituição, mas também aos instrumentos internacionais, o que impediu que o trabalho humano fosse tratado como mercadoria, sinalizando o entendimento jurisprudencial brasileiro, principalmente frente à possibilidade de aprovação do polêmico Projeto de Lei nº 4.330/2004, que permite que as empresas possam terceirizar a atividade-fim.

2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO E SUAS POSSIBILIDADES DE OPERACIONALIZAÇÃO

O controle de convencionalidade ainda é um instrumento relativamente pouco conhecido da doutrina brasileira e dos operadores do direito de um modo geral.² Ainda pouco estudado nos bancos escolares no cenário brasileiro e seu desuso nada mais demonstra do que a dificuldade de compreensão de um direito como sistema, advinda de uma cultura de fragmentação³.

Ele nasce da necessidade de observância das normas internacionais (pactos, tratados, convenções, acordos, dentre outros) de que o Estado seja parte (*pacta sunt servanda*), constituindo-se como um meio de dar-lhes efetividade diante da manifestação de vontade (*liberum consensus*) e seu natural comprimento (*bonam fidem*) por parte do

² Na perspectiva do Direito Argentino, ver: SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>. e ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

³ Este é o cerne do debate que alimentou (e até certo ponto ainda fomenta) o debate entre monistas e dualistas no Brasil, até o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o §3º no Art. 5º, da Constituição, no tocante à incorporação dos tratados sobre direitos humanos. O embate subsiste quanto aos demais.





signatário. Estes princípios, universalmente reconhecidos, são as bases preambulares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁴.

Frente a isso, entendemos que o Estado está diante de um novo paradigma vertical de conformação de suas normas. Significa dizer que, além da conformidade à norma constitucional, os atos legislativos, administrativos e judiciais devem conformar-se também às normas convencionais, as quais, tratando-se de direitos e garantias, ou possuem status de normas materialmente constitucionais⁵ (Art. 5º, § 2º, da Constituição) ou formalmente equivalentes às emendas constitucionais (Art. 5º, § 3º, da Constituição).

Concordando-se com Mazzuoli, embora fosse possível defender a desnecessidade de um controle específico de convencionalidade, pois se estaria falando, em última análise, de controle de constitucionalidade, uma vez que as normas internacionais sobre direitos humanos teriam status (materialmente ou formalmente) constitucional, dizemos que é necessária a sua sistematização. Isso porque, mesmo que ele também deva ser aplicado pela jurisdição constitucional, a referência à expressão “controle de constitucionalidade” deve ocorrer quando se tratar de norma propriamente constitucional (diga-se: do texto constitucional em sentido estrito)⁶.

Muito embora se reconheça a dificuldade de um controle preventivo de convencionalidade, especialmente no sistema federativo adotado pela República brasileira, com competências legislativas exclusivas, privativas, concorrentes, comuns e suplementares, entre todos os entes federativos⁷, os instrumentos internacionais que versem sobre direitos humanos devem ser objeto paradigmático por ocasião da produção legislativa.

Da mesma forma, os atos administrativos, que até pouco tempo eram dotados de mera legalidade e que, a muito custo, passaram a ser objeto de análise (administrativa e jurisdicional) de constitucionalidade (em virtude do recente fenômeno da constitucionalização do direito administrativo), devem ser compatibilizados às normas convencionais, que estão abrangidas pelo conteúdo do princípio da juridicidade.

Não se pode desconsiderar que o Estado brasileiro, ao estabelecer em sua Constituição (Art. 5º, § 2º), que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros

⁴ A Convenção, ratificada pelo Congresso em 17 de julho de 2009, foi promulgada por intermédio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

⁵ Mais à frente, se falará no status formal supralegal conferido pelo STF aos tratados sobre direitos humanos não aprovados pelo coro especial previsto no Art. 5º, § 3º, da Constituição).

⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73-74.

⁷ Apenas para se ter a noção da dificuldade de observância de competências e observância hierárquica normativa no Estado brasileiro, pode-se destacar a Lei Municipal nº 45, de 18 de outubro de 2011, do Município de Aporá, no Estado da Bahia, que alterou os Artigos 29 e 29-A da Constituição Federal de 1988. Assim, a Câmara de Vereadores aprovou e o Prefeito Municipal sancionou e promulgou emenda ao texto Constitucional Federal. A íntegra da lei original pode ser acessada em: <<http://blog.cers.com.br/integra-da-lei-municipal-que-emendou-a-constituicao-federal>>. Acesso em: 21 abr. 2015.





decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, comprometeu-se a observar e cumprir os dispositivos internacionais de que é signatário, no sentido da máxima efetivação dos direitos e garantias ali previstos.

O parágrafo 3º, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, operacionalizou a incorporação dos instrumentos que versem sobre direitos humanos⁸, estabelecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”⁹.

A presença de normas de reconhecimento e aceitação do direito internacional nestas Constituições reforçam a força normativa dos direitos previstos e assegurados nos instrumentos de que os respectivos Estados são partes, os quais são assegurados não apenas pela jurisdição interna, mas também por tribunais internacionais – incluindo-se os de atuação regional¹⁰.

Assim é que, como se pode falar em um *controle interno preventivo*¹¹ de convencionalidade dos atos normativos (realizado pelo *Poder Legislativo* – por ocasião do recebimento da propositura do projeto; análise pela CCJ; análise pelo plenário – e pelo *Poder Executivo* – por ocasião da possibilidade de veto), pode-se inferir também um *controle interno repressivo* concentrado e difuso de convencionalidade, como se passará a expor.

O *controle interno difuso* de convencionalidade é aquele aplicado internamente pelos juízes e tribunais nacionais, dentro de sua respectiva competência e em

⁸ Há dispositivos que guardam certa semelhança na Constituição Chilena (Art. 5º, inciso II), reformada em 1989; na Constituição Colombiana (Art. 93, incisos I e II) de 1991; na Constituição Guatemalteca (Art. 46), reformada em 1993; na Constituição Argentina (Art. 75, nº 22), com a reforma constitucional de 1994; na Constituição Venezuelana (Art. 23) de 1999; na Constituição Nicaraguense (Art. 46), reformada em 2005; na Constituição Equatoriana (Art. 417) de 2008; na Constituição Boliviana (Art. 410, inciso II) de 2009; na Constituição Dominicana (Art. 74, nº II e III) de 2010 e na Constituição Mexicana (Art. 1º), reformada em 2011. ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 39. n. 1, p. 149-187, abr. 2012. p. 150-152.

⁹ Atualmente apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram aprovados com o coro especial, promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

¹⁰ ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 39. n. 1, p. 149-187, abr. 2012. p. 152.

¹¹ Nesta fase, torna-se indispensável o diálogo institucional entre os Poderes da República, justamente com o propósito de observar a posição adotada pelo Poder Judiciário no tocante às Convenções Internacionais, no sentido do que Gargarella denomina de “Constitucionalismo Dialógico”. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica**. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. [epub]. O controle preventivo de convencionalidade poderia, por exemplo, diante da decisão objeto de análise deste trabalho, ter sido aplicado pela Câmara dos Deputados por ocasião da aprovação do Projeto de Lei nº 4.330/2004 (que visa permitir a terceirização de atividade fim).





conformidade com os procedimentos previstos na ordem jurídica, confrontando-se a norma pátria às convenções internacionais de que o Estado seja parte¹². Isso porque a inobservância às normas convencionais ou à interpretação dada a estas pelos Tribunais Internacionais responsáveis pelo zelo de sua efetividade e cumprimento (a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos), acarretará a responsabilização estatal¹³.

No Brasil, todo e qualquer juiz ou tribunal, mesmo em sede de jurisdição ordinária, tem o dever (*ex officio*) de analisar a convencionalidade da norma interna¹⁴. Salientamos, porém, que, no caso brasileiro, a não arguição da inconvenção da norma por parte do advogado pode ferir, em tese, princípio imperativo à sua conduta, qual seja, o de “empenhar-se na defesa das causas confiadas ao seu patrocínio, dando ao constituinte o amparo do Direito e proporcionando-lhe a realização prática de seus legítimos interesses”¹⁵.

Reconhecemos que o direito convencional causa impactos em um contexto não familiarizado. O primeiro (objetivo) é de ordem normativa, que impõe o desafio de sua aplicação/aceitação no ordenamento interno (a exemplo da hierarquia dos tratados). O segundo (subjetivo) é a imposição de que os operadores do direito, os juizes, por exemplo, devem se preparar e conhecer, para poder operar o *corpus iuris* convencional. Estes dois marcos conduzirão a outros dois impulsos, que constituem-se na aplicação de ofício do direito convencional por parte do juiz e o afastamento da aplicação de normas nacionais julgadas inconvenientes¹⁶.

O controle difuso vem, todavia, sendo aplicado, ainda que timidamente e de forma corajosa¹⁷, pelos juizes e tribunais. Dentre os Tribunais Superiores, o destaque se dá

¹² A Corte Interamericana tem enfatizado, cada vez mais, a exemplo do Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (parágrafo 124), a necessidade da realização do controle de convencionalidade por parte dos juizes e dos tribunais internos.

¹³ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, v. 45. n. 135, 2012. p. 1170.

¹⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 151.

¹⁵ A questão da não arguição da inconvenção cresce de vulto, caso comprovada a violação de infração ao dever do advogado de “empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional”, conforme previsto no Art. 2º, parágrafo único, inciso IV, do Código de Ética e Disciplina da OAB, uma vez que, conforme o Art 28, a observância da boa técnica jurídica constitui-se imperativo a uma correta atuação profissional.

¹⁶ LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. **Tópicos de convencionalidade**: Las nuevas repuestas del derecho - derecho procesal convencional de derechos humanos - big bang de los derechos humanos. Tuxtla Gutiérrez: Primera Instancia, 2015, [epub].

¹⁷ Diz-se “corajosa”, pela estranheza que a prática ainda causa no cenário jurídico brasileiro. Como exemplo, pode-se destacar a notícia do Portal Empório do Direito, que, como um ato de bravura, raríssimo senão inédito, estampa: “Desacato não é crime, diz juiz em controle de convencionalidade”. Tratava-se de decisão proferida pelo juiz Alexandre Moraes da Rosa, em 17 de março de 2015, em ação penal (0067370-64.2012.8.24.0023), na comarca de Florianópolis, no Estado brasileiro de Santa Catarina. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade>>. Acesso em: 21 abr. 2015.





ao Tribunal Superior do Trabalho, o qual tem apreciado a convencionalidade das normas pátrias, frente às convenções da Organização Internacional do Trabalho, a exemplo da decisão objeto de análise do presente artigo.

Já o *controle interno concentrado* de convencionalidade, por sua vez, deve ser realizado pela jurisdição constitucional brasileira, de forma *complementar* ou *principal*. A primeira deve ser realizada por ocasião da apreciação das ações de controle concentrado de constitucionalidade, como a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI ou ADO) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Neste caso, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão constitucional, não poderá deixar de, conjuntamente, mesmo que de forma complementar, apreciar também a convencionalidade da norma atacada, por força do § 2º, do Art. 5º, da Constituição Federal.

Não nos parece haver possibilidade de propositura de ADI ou ADC com propósito específico de apreciar a (in)convencionalidade, por si só, de norma pátria, frente aos tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados conforme o procedimento especial previsto no § 3º, do Art. 5º, da Constituição Federal, diferentemente do que ocorre com aquelas aprovadas na forma mencionada, uma vez que passarão a ter equivalência às emendas constitucionais¹⁸.

Isso porque, concordando-se com Mazzuoli, o Art. 102 da Constituição, após a inserção do referido parágrafo no art. 5º, deve ser interpretado de forma extensiva, a fim de contemplar a “guarda da constituição” e, logicamente, as normas a ela equivalentes¹⁹. Assim, restaria possível a propositura das ações de controle concentrado tendo

¹⁸ Este posicionamento parte do pressuposto de que os tratados internacionais aprovados com o procedimento especial possuem status de emenda constitucional, ou seja, possuem equivalência hierárquica, mas não se constituem em emendas constitucionais propriamente ditas. Dizemos isso porque, ao menos no plano formal, enquanto as Emendas Constitucionais são *promulgadas* pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal – *competência exclusiva* (Art. 60, § 3º, da CF/88), as convenções internacionais são *promulgadas* por Decreto do Presidente da República – *competência privativa* (Art. 84, inciso IV, da CF/88), após serem *aprovadas* pelo Congresso Nacional (Art. 5º, § 3º, da CF/88), como ocorreu com o único instrumento aprovado nessas condições (Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo). Ademais, há de se expressar que as Emendas Constitucionais se prestam a alterar (suprimir, modificar ou acrescentar) dispositivo do texto constitucional *stricto sensu*, localizando-se estas convenções, no plano do “Bloco de Constitucionalidade”, explicado mais à frente. Mazzuoli, em entendimento diferente, afirma que os tratados aprovados com o quórum especial não teriam apenas status de norma constitucional, como passariam, por equivalência, a contar com todos os meios que a norma constitucional (ou emenda) possuem para se protegerem “contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Coluna de 24 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controle-convencionalidade-singularidades>>. Acesso em: 4 out. 2015. Esta questão é de grande relevância, eis que, ao se admitir que os tratados não teriam apenas status normativo, mas passariam a constituir emendas constitucionais propriamente ditas, eles *não apenas seriam parâmetro de controle, mas objeto de controle*, tais quais as emendas. Não obstante essa distinção formal, ao se admitir que os tratados incorporados pelo quórum especial passam a se constituir texto constitucional próprio, passariam a ser parâmetro para o *controle de constitucionalidade*, o que esvaziaria, em certa medida, a noção do *controle de convencionalidade*.

¹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Coluna de 24 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controle-convencionalidade-singularidades>>. Acesso em: 4 out. 2015.





como parâmetro a norma internacional, equivalente à constitucional (atualmente, só a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, eis que o coro especial foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004)²⁰.

Já a aferição da convencionalidade da norma infraconstitucional frente aos tratados internacionais anteriores à inserção do Art. 5º, § 3º (antes, portanto, à supra referida emenda), a nosso ver, pode se dar por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), ou seja, pode ser arguida de forma concentrada, junto ao Supremo Tribunal Federal, como objeto principal da ação, por força do § 2º do Art. 5º da Constituição Federal²¹. Isto porque, em razão da natureza da ADPF, podem ser levados à apreciação do STF tanto os atos normativos federais, quanto estaduais e municipais²².

Em outras palavras, significa dizer que, por intermédio da ADPF, se poderia realizar um controle de convencionalidade concentrado interno no Supremo Tribunal Federal, no sentido de apreciar a convencionalidade de ato do Poder Público, proposta especificamente com esse fim, tendo como base não apenas a violação de preceito fundamental constante em tratado incorporado pelo Art. 5º, parágrafo 3º (com equivalência às normas constitucionais e, portanto, merecedoras da mesma proteção), mas também aos relativos aos direitos e garantias previstos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte, por força do § 2º, do Art. 5º, tudo da Constituição Federal de 1988.

Defendemos que, por intermédio da ADPF, utilizando-se do preceito fundamental contido nessa cláusula de abertura constitucional (Art 5º, § 2º) – que serve como uma “porta” ao “bloco de constitucionalidade”²³, se aferiria a compatibilização da norma

²⁰ Situação diferente ocorreria, entretanto, no caso de apreciação de ação concentrada nos Tribunais de Justiça dos Estados, em face de lei estadual ou municipal incompatível com a Constituição Estadual. Neste caso, por ter o Tratado hierarquia superior à Constituição dos Estados, o Tribunal de Justiça não poderá aferir a (in)convencionalidade, cingindo-se à Constituição Estadual. O controle de convencionalidade, nesses casos, poderia ser aplicado de forma incidental, pelo STF, por ocasião da apreciação de eventual recurso extraordinário contra a decisão do órgão especial do Tribunal de Justiça, quando cabível.

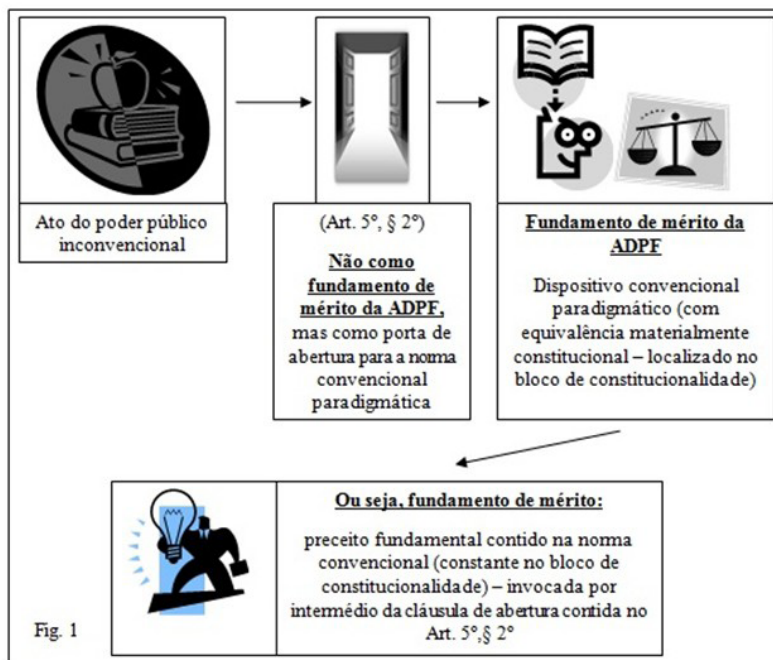
²¹ Mazzuoli entende não ser possível. O autor, ao referir-se à ADPF nº 320/DF (que objetiva o cumprimento integral da sentença proferida pela CIDH no caso Gomes Lund e outros v. Brasil), expõe que “não fosse a alegação de descumprimento dos citados dispositivos constitucionais, não poderia o PSOL (infelizmente) propor, perante o STF, a citada ADPF tendo como paradigma exclusivamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pelo motivo de que, para que se possa propor quaisquer ações do controle abstrato de normas, necessário se faz “equivaler” o tratado de direitos humanos em causa às normas constitucionais em vigor, tal como prevê o artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Coluna de 24 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controle-convencionalidade-singularidades>>. Acesso em: 4 out. 2015.

²² Nesse sentido, poderia ser destaque a ADPF nº 289, que objetiva seja dada interpretação conforme ao Art. 9º, I e III, do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, para o reconhecimento da incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz. Esta é a interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mormente no Caso Palamara Iribarne vs. Chile, que poderia ter sido melhor explorada pela Procuradoria-Geral da República, por ocasião da Arguição.

²³ O “Bloco de Constitucionalidade” é a expressão utilizada, principalmente, por Llórente (LLÓRENTE, Francisco Rubio. El Bloque de Constitucionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. 9. n. 27, p.



pátria ao dispositivo convencional paradigmático, o qual integra o referido bloco. Dito de outro modo, não se estaria a confrontar a norma infraconstitucional ao § 2º, mas à norma internacional constante no bloco, utilizando-se como fundamento não a violação do § 2º, mas a norma material constante no tratado, conforme exposto na figura exposta na figura abaixo:



De outro lado, o *controle externo concentrado* de convencionalidade é aplicado pelas Cortes Internacionais, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos – no caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁴, que o realiza tan-

9-37, sept./dic. 1989) e por Bidart Campos (BIDART CAMPOS, Germán J. **Manual de la Constitución reformada**. t. 1. Buenos Aires: Ediar, 1998), podendo ser definido como “un conjunto normativo que parte de la constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución escrita. Suele situarse en ese bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etcétera”. BIDART CAMPOS, Germán J. **Manual de la Constitución reformada**. t. 1. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 276.

²⁴ No caso do Controle concentrado de convencionalidade exercido sobre as Convenções internacionais da OIT, a sua Constituição, no Art. 37, § 1º, prevê que “quaisquer questões ou dificuldades relativas à interpretação da presente Constituição a das convenções ulteriores concluídas pelos Estados-membros, em virtude da mesma, serão submetidas à apreciação da Corte Internacional de Justiça”. O § 2º do mesmo artigo, por sua vez, estabelece a possibilidade de criação de um Tribunal Especial, criado pelo organismo, “para resolver com presteza qualquer questão ou dificuldade relativa à interpretação de uma convenção que a ele seja levada pelo Conselho de Administração, ou, segundo o prescrito na referida convenção”. BRASIL. **Decreto nº 25.696, de 20 de outubro de 1948**. Promulga a Constituição da OIT (versão atualizada), mandando executar os Atos



to em sede consultiva quanto contenciosa, a fim de determinar a compatibilidade ou não do direito interno (ou atos gerais dos agentes pertencentes aos Estados-partes) às disposições convencionais, determinando, por sentença, que o Estado-parte, como obrigação de resultado, modifique, suprima ou derogue suas normas ou atos julgados inconvencionais²⁵.

Afirmamos, por conseguinte, como tem sido construído pela CIDH, que o controle de convencionalidade implica a necessidade de uma hermenêutica de integração entre a norma internacional e o ordenamento jurídico interno, a fim de reconhecer e efetivar os direitos e compromissos assumidos pelo Estado-parte²⁶, no momento da sua ratificação²⁷. Nesse sentido, o Art. 2º do Pacto de San José da Costa Rica prevê expressamente o dever de adotar disposições de direito interno (legislativas ou de outras naturezas) para que os Estados-partes tomem as medidas necessárias para efetivar os direitos e liberdades pactuados²⁸.

Como se disse na nota explicativa anterior, mesmo que os instrumentos internacionais tragam cláusula específica sobre a compatibilização do ordenamento interno, como norma geral, o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de que o Brasil é signatário, já impõe este dever. Assim ocorre com as convenções da Organização Internacional do Trabalho, as quais têm sido, cada vez mais, utilizadas como fundamento de decisões pelo Tribunal Superior do Trabalho, as quais serão objeto de estudo na seção a seguir.

firmados em Montreal, a 09 de outubro de 1946, por ocasião da 29.ª Sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho.

²⁵ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, v. 45. n. 135, 2012. p. 1168.

²⁶ A sujeição às normas internacionais está interligada à noção de soberania e à necessidade de conformação de um direito comunitário, construído por uma “comunidade de Estados”, pautado por uma concepção de “direito restitutivo”, com o “respeito à diferença e à autonomia de cada um de seus sujeitos, que se obrigam por meio de contratos – neste caso, os Tratados – em que restam garantidas as prerrogativas de autodeterminação das partes”. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdicción constitucional: judicialización e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1. n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>. p. 131.

²⁷ É necessário dizer que a ideia que defendemos não se pauta em uma superposição hierárquica das normas internacionais, fundamental à compreensão do controle de convencionalidade, mas em uma atividade hermenêutica de integração.

²⁸ Não se pode desconsiderar, ainda, o Art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, o qual prevê que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.





3. A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: SUAS CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS – O CASE CARNEIRO TÁVORA V. TELEMAR NORTE LESTE E CONTAX

O Brasil é membro fundador da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual é resultante do Tratado de Versalhes, assinado em 28 de julho de 1919 e promulgado pelo Decreto nº 13.990, de 12 de janeiro de 1920. Desde então, o Estado brasileiro ratificou 96 convenções internacionais da OIT, tratados internacionais abertos à ratificação dos Estados-membros, elaborados nas Conferências Internacionais do Trabalho, conforme o exposto da Constituição da OIT, aprovada na 29ª Conferência Internacional do Trabalho em 1946, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 25.696, de 20 de outubro de 1948²⁹.

Mazzuoli destaca que a Conferência Internacional do Trabalho poderá adotar, além das Convenções, as Recomendações e Resoluções (anexas àquelas)³⁰. O diferencial entre as Convenções e as Resoluções é que, enquanto as primeiras constituem-se em tratados internacionais sujeitos à ratificação, para surtirem efeitos normativos internos, as segundas são sugestões aos Estados-membros, para que procedam às devidas alterações legislativas, no sentido de compatibilizar a ordem interna aos preceitos da OIT.

Há de se dizer que “as convenções ratificadas (e em vigor internacional) constituem fonte formal de Direito, gerando para os cidadãos direitos subjetivos, que podem ser imediatamente aplicáveis”³¹, seja perante os seus respectivos órgãos de aplicação, seja por qualquer tribunal ou juízo.

Reconhece-se, todavia, que “a aplicação imediata das convenções ratificadas tem maior possibilidade jurídica de concretização nos países cujas Constituições adotam o monismo jurídico na regência das relações entre o Direito interno e o Direito Internacional (como é o caso do Brasil)”³².

²⁹ A íntegra da versão atual da Constituição da OIT, em português, pode ser obtida em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2015.

³⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 43, *pro homine* 2013. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1488681/Rev.43_Art.4/94b0e824-e2ae-4456-90bb-3922c1aeef35>. Acesso em: 30 abr. 2015. p. 73.

³¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 43, *pro homine* 2013. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1488681/Rev.43_Art.4/94b0e824-e2ae-4456-90bb-3922c1aeef35>. Acesso em: 30 abr. 2015. p. 73.

³² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 43, *pro homine* 2013. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1488681/Rev.43_Art.4/94b0e824-e2ae-4456-90bb-3922c1aeef35>. Acesso em: 30 abr. 2015. p. 73.





Sem adentrar na discussão acerca de se todos os direitos trabalhistas (fundamentais) são direitos humanos³³, resta patente que as convenções internacionais da OIT são tratados sobre direitos humanos, possuindo papel essencial na sua internacionalização³⁴.

No Brasil, a posição hierárquica dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, que antes dividia monistas e dualistas³⁵ foi assentada pela Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 45/2004). Mesmo assim, o debate continuou, referente aos tratados ratificados pelo Estado brasileiro em momento anterior à vigência da referida Emenda, sem o quórum especial, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

O Supremo Tribunal Federal atribuiu, por sua vez, a estes instrumentos, após intensos debates, o status de supralegalidade. Tratou-se do julgamento, pelo Plenário, do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, ocorrido em 3 de dezembro de 2008, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. A controvérsia centrava-se no status assumido pelo Pacto de San Jose da Costa Rica no ordenamento jurídico pátrio, pois havia sido incorporado antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Para o Ministro Gilmar Mendes, o primeiro a enfrentar e introduzir o debate acerca do tema, a introdução do §3º no Art. 5º da Constituição não deixa outra interpretação senão “uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”³⁶.

³³ A respeito, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. Pena de morte na Indonésia e FGTS no Brasil — a distinção necessária. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Coluna de 15 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/direitos-fundamentais-pena-morte-indonesia-fgts-brasil-distincao-necessaria>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 113.

³⁵ A controvérsia entre monistas e dualistas remonta à década de 1920. O monismo, cujo idealizador foi Kelsen, defende a ideia de que o Direito integra um único sistema, composto pelo direito interno e pelo direito internacional, passíveis de antinomias, o que impõe a necessidade de regras que possibilitem a solução, sem, contudo, a necessidade de dispositivos que domesticuem o direito internacional, havendo a possibilidade de uma norma de incorporação quando houver previsão constitucional, da mesma forma que o autor afirma ser possível o direito interno estabelecer a hierarquia entre as normas internacionais e internas. Kelsen, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. Trad. Marcelo D. Varella (Coord). **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 4, p. 10-90, 2013. Disponível em: <[http://www.brazilianjournal.org/Past_issues_files/RDI%20-%20As_relacoes_de_sistema%20\(6\).pdf](http://www.brazilianjournal.org/Past_issues_files/RDI%20-%20As_relacoes_de_sistema%20(6).pdf)>. Acesso em: 11 set. 2015. Por outro lado, para o dualismo, está-se a falar de dois sistemas distintos, o que, por consequência, não gera conflitos entre as duas ordens, uma vez que são contíguas e não se interceptam. Com isso, para essa corrente, torna-se necessária a domesticação (transposição) do direito internacional, por intermédio de uma deliberação legislativa, único ato que lhe daria eficácia intraestatal. BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 180-195, 2000.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 3 dez. 2008.





Assim, Gilmar Mendes desenvolveu sua tese no sentido de que “parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos” aprovados sem o coro especial, sendo este o status atribuído ao Pacto de San José da Costa Rica³⁷. O Ministro alerta, entretanto, que o legislador constitucional não fica impedido de submetê-lo, “além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no Art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes *status* de emenda constitucional”³⁸.

Assentou-se, com esse julgamento, que, em silenciando a Constituição acerca da posição normativa dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional nº 45, devido a sua importância, seu caráter é de *supralegalidade*³⁹. Tornou-se visível, a partir dos votos dos Ministros, que a principal questão do julgamento assentou-se no estabelecimento de uma posição hierárquica entre os dispositivos internacionais e a Constituição, predominando, inclusive, sobre a construção de uma solução para o caso concreto *sub judice* (no caso, a prisão civil do depositário infiel).

Já o caso em análise no presente trabalho retrata o acórdão proferido pela 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011, julgado em 30 de abril de 2014, de relatoria da Ministra Dora Maria da Costa, apresentado pelas empresas Telemar Norte Leste S.A. e Contax S.A., questionando a decisão proferida pelo tribunal *a quo* (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região), que inadmitiu Recurso de Revista contra acórdão proferido em favor do trabalhador Maurício Carneiro Távora, que reconhecia como ilícita a terceirização do serviço denominado *call center*, por entender que este se relaciona à atividade-fim das concessionárias dos serviços de telecomunicações.

³⁷ De acordo com o ministro, “essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 3 dez. 2008.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 3 dez. 2008.

³⁹ Importante ressaltar a posição do Min. Celso de Mello, que, embora vencido em seu voto vista, atribuiu “natureza constitucional” aos Tratados Internacionais sobre direitos humanos, basicamente pela “verdadeira cláusula geral de recepção”, contida no §2º, do Art. 5º, da Constituição Federal, o que faz com que mesmo os tratados aprovados antes da inserção do §3º tenham hierarquia constitucional. O ministro reconheceu, todavia, “a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive aqueles que versarem sobre o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) importem em supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 3 dez. 2008.





As empresas agravantes fundamentaram seu recurso basicamente no argumento de que a terceirização em atividade-fim não pode ser considerada ilícita, eis que encontra autorização no Art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97 (que dispõe, dentre outros fins, sobre os serviços de telecomunicações). O dispositivo prevê que, no cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”⁴⁰.

A Ministra relatora foi deferente à decisão do TRT/3, que desconstituiu a argumentação legalista das recorrentes, explanando que “a análise da licitude de qualquer conduta não se esgota com a singela leitura de leis ordinárias, é mister que o aplicador do direito se debruce sobre a Constituição e, também, sobre as normas internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁴¹. Com isso, estabeleceu-se que, além do crivo de constitucionalidade, as leis devem passar pelo crivo de convencionalidade, estabelecendo-se, assim, uma dupla aferição de compatibilidade vertical.

No julgado, destacou-se que, muito embora a Lei 9.472/97 autorize a terceirização de atividades inerentes, a interpretação destas atividades não pode ser meramente retirada de dicionários, mas sim do objeto social da empresa, sendo que, caso venha a encontrar-se a atividade terceirizada nesse cerne, a contratação será ilícita⁴².

Significa que a compatibilização da lei ordinária encontra parâmetros constitucionais e convencionais. Muito embora se compreenda que o fundamento do TRT/3 baseou-se, sobretudo, na hierarquia Constitucional, ao destacar que “no ápice da pirâmide de Kelsen, encontramos a Constituição”⁴³, o tribunal invocou como paradigmas constitucionais os fundamentos republicanos da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, os quais foram mantidos pelo TST⁴⁴.

A fundamentação do acórdão atacado baseou-se principalmente na dignidade do trabalhador, a qual o faz “merecedor de respeito pela ordem jurídica e pelos demais sujeitos de direito, ou ainda, a não instrumentalização do ser humano, isto é, sua não utilização como simples meio de aquisição de riqueza”⁴⁵.

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e dá outras providências.

⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.

⁴² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.

⁴³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.





O Tribunal *a quo* assentou o entendimento de que a terceirização em atividade-fim fere o valor social do trabalho, “pois o empreendimento econômico transmite para um terceiro os fins que se propôs a executar, utilizando a mão de obra alheia em seus próprios misteres, o que acarreta extremada instrumentalização dos trabalhadores”⁴⁶, argumentação mantida pela Relatora do Agravo de Instrumento no TST.

Além disso, entendeu-se que a terceirização de atividade-fim, utilizando-se a mão de obra humana como mercadoria, conforme o julgado, além de afrontar a Constituição, deve ser analisada pelo crivo da convencionalidade, frente à Constituição da OIT, aprovada, como já referido neste trabalho, na 29ª Conferência Internacional do Trabalho⁴⁷.

Assim, o TST manteve inalterada a decisão do TRT/3, a qual reforçou que, seguindo-se os precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 87.585/TO e RE 466.343/SP), os tratados e convenções sobre direitos humanos de que o Brasil seja parte possuem, no mínimo, posição supralegal⁴⁸, fazendo com que as normas ordinárias que os afrontem não sejam aplicáveis⁴⁹.

Nesse sentido, surge, além da Constituição, a norma paradigmática convencional, prevista na primeira parte da Declaração da Filadélfia de 1944, parte integrante da Constituição da OIT, a qual torna-se ponto impeditivo para que o trabalho humano seja tratado como mercadoria⁵⁰.

Dessa forma, os Ministros da 8ª Turma do TST mantiveram a decisão *a quo* que reconheceu a ilicitude do contrato entre as empresas, uma vez que fundado em norma ordinária visivelmente inconstitucional e inconvenção, conhecendo do agravo interposto pelas empresas Telemar Norte Leste S.A (tomadora de serviços) e Contax S.A

⁴⁶ Observa-se que o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho não foi levado em consideração na Câmara dos Deputados, ao aprovar o polêmico Projeto de Lei nº 4.330/2004, que permite que as empresas possam terceirizar a atividade fim. O projeto encontra-se em tramitação no Senado e, se aprovado, tornando-se lei, possivelmente será objeto de apreciação de constitucionalidade e convencionalidade pelo Judiciário. Projeto disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em: 29 abr 15.

⁴⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011**. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.

⁴⁸ Percebe-se que o principal argumento para a manutenção da decisão atacada foi a norma convencional prevista no Art. 1º da Declaração da Filadélfia, anexa à Constituição da OIT, a qual estabelece que “o trabalho humano não será tratado como mercadoria”. É possível verificar que, não obstante se possa entender pela inconstitucionalidade da terceirização manobrada no caso em julgamento, utilizando-se de uma construção argumentativa calcada em princípios constitucionais, sobretudo nos fundamentos da República, no texto constitucional, não há, expressamente, nada semelhante (que vede a utilização do trabalho como mercadoria, tal qual a norma convencional).

⁴⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011**. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011**. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.





(prestadora de serviços), mas não lhe dando provimento, mantendo a decisão favorável ao trabalhador Maurício Carneiro Távora.

Percebeu-se, por fim, que, além dos fundamentos republicanos da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, previstos na Constituição, o TRT/3 buscou a vedação contida na norma internacional, que não encontra dispositivo semelhante na Constituição da República, sendo ponto fundamental para reconhecer a incompatibilidade e aplicar efeito paralisante à norma ordinária, realizando, assim, um controle interno difuso de convencionalidade no caso concreto.

4. CONCLUSÃO

Como visto, o controle de convencionalidade é um instrumento que, muito embora timidamente, vem sendo desenvolvido por parte da doutrina e aplicado (em algumas decisões, como é o caso analisado no presente trabalho) por juízes e tribunais brasileiros. Ele decorre da necessidade de observância dos instrumentos internacionais de que o Brasil seja parte, uma vez que estes são incorporados ao direito pátrio, seja como normas com status materialmente ou formalmente constitucional.

A operacionalização desta espécie de controle ainda carece de estudos que elucidem aos operadores do direito a forma de sua aplicação, mormente em um sistema complexo como o brasileiro, que admite, além do controle concentrado de constitucionalidade – exercido pelo Supremo Tribunal Federal, em nível federal, e pelos Tribunais de Justiça dos Estados, em nível estadual – o controle difuso, aplicado pelos juízes e tribunais ordinários.

Nesse sentido, impera dizermos que a norma internacional, tenha ela status constitucional ou supralegal, deve ser levada em consideração, quando da apreciação da compatibilidade da legislação ordinária. Significa expressar que, além de seu controle frente à Constituição, deve ocorrer seu controle frente às convenções internacionais de que o Estado brasileiro seja parte (controle de convencionalidade).

Dentre os Tribunais Superiores brasileiros, o Tribunal Superior do Trabalho vem se destacando na aplicação do controle de convencionalidade, principalmente ao se utilizar das Convenções Internacionais da OIT como fundamento para suas decisões. Foi assim ao reconhecer a possibilidade de percepção simultânea dos adicionais de insalubridade e periculosidade e, no caso analisado neste trabalho, ao julgar inconveniente norma ordinária que, em tese, permitia a terceirização de atividade fim.

Conforme apontado, a Declaração da Filadélfia, parte integrante da Constituição da OIT, veda terminantemente que o trabalho humano seja tratado como mercadoria. Se fosse permitida a terceirização de atividade fim, entendeu o TST, corroborando com o TRT/3, que se estaria dando este tratamento à mão de obra humana. Isso revela outro ponto visível no cenário brasileiro: a falta de interlocução entre os Poderes.





Dizemos isso porque, ao apreciar o polêmico projeto de lei nº 4.330/04, que versa sobre a possibilidade de terceirização de atividade-fim, este posicionamento do Tribunal não foi levado em conta pela Câmara dos Deputados.

Por derradeiro, verificamos que no *case* Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax, o Tribunal Superior do Trabalho brasileiro, corroborando com a decisão proferida pelo TRT/3, manteve a decisão que, com o objetivo de proteção ao trabalhador, aplicou o controle de convencionalidade em reverência ao compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro por ocasião da ratificação da Constituição da OIT, dando interpretação convencional ao dispositivo legal (inciso II, do artigo 94, da Lei nº 9.472/94), no sentido de que não se pode abstrair qualquer sentido que venha a permitir a terceirização de atividade-fim.

5. REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 39, n. 1, p. 149-187, abr. 2012.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, v. 45, n. 135, 2012.

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Manual de la Constitución reformada**. t. 1. Buenos Aires: Ediar, 1998.

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 180-195, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 3. ed. Brasília: STF, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 3 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=595444>>. Acesso em: 9 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011**. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProclnt=2014&numProclnt=66108&dtaPublicacaoStr=05/05/2014%2007:00:00&nia=6064615>>. Acesso em: 30 abr. 2015.





O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no caso Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 13.990, de 12 de janeiro de 1920**. Promulga o Tratado de Paz entre os países aliados, associados e o Brasil de um lado e de outro a Alemanha, assinado em Versailles em 28 de junho de 1919. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D13990.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 25.696, de 20 de outubro de 1948**. Promulga a Constituição da OIT (versão atualizada), mandando executar os Atos firmados em Montreal, a 09 de outubro de 1946, por ocasião da 29.ª Sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-25696-20-outubro-1948-454771-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Resolução nº 02/2015**. Código de ética e disciplina da OAB. Brasília: OAB, 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Julgamento em 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**. Julgamento em 22 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Relatoria/showDocument.asp?DocumentID=155>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

EMPÓRIO DO DIREITO. **Desacato não é crime, diz juiz em controle de convencionalidade**. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica**. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. [epub].

KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. Trad. Marcelo D. Varella (Coord). **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 4, p. 10-90, 2013. Disponível em: <[http://www.brazilianjournal.org/Past_issues_files/RDI%20-%20As_relacoes_de_sistema%20\(6\).pdf](http://www.brazilianjournal.org/Past_issues_files/RDI%20-%20As_relacoes_de_sistema%20(6).pdf)>. Acesso em: 11 set. 2015.

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. **Tópicos de convencionalidade**: Las nuevas repuestas del derecho - derecho procesal convencional de derechos humanos - big bang de los derechos humanos. Tuxtla Gutiérrez: Primera Instancia, 2015. [epub].





LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1. n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>.

LLÓRENTE, Francisco Rubio. El Bloque de Constitucionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. 9. n. 27, p. 9-37, sept./dic. 1989.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 43, pro homine 2013. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1488681/Rev.43_Art.4/94b0e824-e2ae-4456-90bb-3922c1aeef35>. Acesso em: 30 abr. 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Coluna de 24 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-control-e-convencionalidade-singularidades>>. Acesso em: 4 out. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>.

SARLET, Ingo Wolfgang. Pena de morte na Indonésia e FGTS no Brasil — a distinção necessária. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Coluna de 15 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/direitos-fundamentais-pena-morte-indonesia-fgts-brasil-distincao-necessaria>>. Acesso em: 30 abr. 2015.





Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v4i1.50154

Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa)*

Five models of Administrative Adjudication

MICHAEL ASIMOW**

Stanford Law School (United States of America)

asimow@law.stanford.edu

Recebido/Received: 12.01.2017 / January 12th, 2017

Aprovado/Approved: 11.02.2017 / February 11th, 2017

Resumo

Regimes regulatórios e de distribuição de benefícios ocasionam um grande número de disputas individuais entre agências governamentais e particulares. Cada país precisa de um sistema de adjudicação administrativa para solucionar essas disputas corretamente, com justiça e eficiência. Esses sistemas geralmente compreendem três fases – decisão inicial, reconsideração administrativa e revisão judicial. Entretanto, os detalhes dos vários sistemas empregados ao redor do mundo são impressionantemente diferentes, e muitos países tendem a investir a

Abstract

Regulatory and benefit-distribution schemes give rise to large numbers of individualized disputes between government agencies and private parties. Every country needs a system of administrative adjudication to resolve such disputes accurately, fairly, and efficiently. Such systems generally provide for three phases — initial decision, administrative reconsideration, and judicial review. However, the details of the various systems employed around the world are bewilderingly diverse and different countries tend to invest most of their adjudicatory resources in only one

Como citar esse artigo/How to cite this article: ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 129-165, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.50154.

* Versão em inglês disponível em: <http://dx.doi.org/10.5131/AJCL.2015.0001>. Traduzido por Ricardo Perlingeiro (Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, e Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF)) e Renato Pessanha (Juiz Federal no Rio de Janeiro e Mestrando do Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa da UFF). Os tradutores agradecem a colaboração de Carmen Sílvia Arruda, Juíza Federal no Rio de Janeiro e Doutoranda do Programa de Sociologia e Direito da UFF, e de Flávia Martins Affonso, Advogada da União no Rio de Janeiro e Doutoranda do Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa da UFF.

** Visiting Professor of Law na Stanford Law School (Stanford, Estados Unidos da América). Professor Emérito de Direito, UCLA School of Law. Juris Doctor – JD (University of California, Berkeley). E-mail: asimow@law.stanford.edu.

Eu agradeço a generosa ajuda de José M. Baño Fos, Yoav Dotan e Robert Rabin. Mais adiante neste artigo eu reconhecerei a ajuda de colegas que me auxiliaram a melhor compreender os sistemas de adjudicação de países específicos. Versões preliminares deste artigo foram apresentadas a pesquisadores docentes da Stanford Law School; Faculdade de Direito de Guanghua (Guanghua Law School), Universidade de Zhejiang (Hangzhou) (Zhejiang University (Hangzhou)); Faculdade de Direito da Universidade Hebreia e Faculdade de Direito de Bar Ilan (Israel) (Hebrew University Law School and Bar Ilan Law School (Israel)); Faculdade de Direito Torcuato di Tella e Faculdade de Direito de San Andres (Buenos Aires) (Torcuato di Tella School of Law and San Andres School of Law (Buenos Aires)); e Faculdade de Direito de Chulalongkorn (Bangkok) (Chulalongkorn Faculty of Law (Bangkok)). Ele foi também apresentado na conferência anual da Law ; Society Association em São Francisco e em uma conferência de professores de direito administrativo na Universidade de Luxemburgo (University of Luxembourg). Reconheço com gratidão as contribuições de todos aqueles que fizeram comentários nessas apresentações.





maior parte dos recursos adjudicatórios em apenas uma dessas três fases (e os particulares que têm uma disputa com o governo tendem a confiar mais em uma das fases do que nas outras duas). Este artigo propõe uma metodologia para a classificação desses sistemas. Ele identifica quatro variáveis importantes: agências com funções combinadas ou tribunais separados; procedimento inquisitório ou adversarial; revisão judicial que pode ser aberta à introdução de novas provas ou fechada a elas; e revisão judicial feita por cortes de competência comum ou especializada. O artigo identifica cinco modelos mais usados ao redor do mundo, que envolvem diferentes combinações dessas variáveis. Os Estados Unidos, por exemplo, utilizam agências com funções combinadas, procedimento adversarial e revisão judicial fechada procedida por cortes de competência comum. Por outro lado, o Reino Unido utiliza um tribunal independente para reconsiderar decisões iniciais das agências. A França utiliza o sistema de revisão judicial aberta efetuada por uma corte especializada. Cada um desses modelos pode oferecer decisões corretas e eficientes, preservando a justiça. Finalmente, o artigo discute transplantes de um sistema de adjudicação administrativa para outro. Existem vários exemplos de transplantes bem sucedidos. O artigo sugere que os Estados Unidos deveriam considerar a adoção de um tribunal para a seguridade social (à semelhança dos tribunais do Reino Unido e da Austrália) para substituir o atual sistema de adjudicação nos litígios envolvendo a seguridade social.

Palavras-chave: justiça administrativa; jurisdição administrativa; revisão judicial; processo administrativo; Direito comparado.

of the three phases (and private parties who have dispute with government tend to have more confidence in one of the phases than in the other two). This article proposes a methodology for classifying such systems. It identifies four key variables: combined function agencies or separate tribunals, adversarial or inquisitorial procedure, judicial review that is open to introduction of new evidence or closed to new evidence, and judicial review by generalized or specialized courts. The article identifies five models in common use around the world that involve different combinations of these variables. The United States, for example, uses combined function agencies, adversarial procedure, and closed judicial review in generalist courts. On the other hand, the United Kingdom employs an independent tribunal to reconsider initial agency decisions. And France employs open judicial review in a specialized court. Each of these models can deliver accurate and efficient decisions while preserving fairness. Finally, the article discusses transplants from one administrative adjudicatory system to another. There are numerous examples of successful transplants. The article suggests that the United States should consider adopting a Social Security tribunal (similar to the tribunals in the United Kingdom and Australia) to replace the present system of adjudication of Social Security disputes.

Keywords: administrative justice; administrative jurisdiction; judicial review, administrative proceedings; Comparative Law.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Três Fases, Quatro Variáveis e Cinco Modelos; **3.** Descrição Detalhada dos Modelos; **3.1.** Modelo 1: Funções combinadas / Audiência adversarial / Revisão judicial fechada em cortes de competência comum – Os Estados Unidos; **3.2.** Modelo 2: Decisão inicial e reconsideração inquisitórias – União Europeia; **3.3.** Modelo 3: Tribunais – Reino Unido, Austrália; **3.4.** Modelo 4: Revisão Judicial Aberta – China, Argentina e Japão; **3.5.** Modelo 5: Revisão judicial em cortes especializadas – França e Alemanha; **4.** Avaliando e transplantando sistemas de adjudicação; **5.** Conclusão; **6.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os sistemas de regulação governamental e de distribuição de benefícios geram disputas entre o governo e os particulares. Essas disputas podem envolver a negativa de um pedido de concessão de benefícios governamentais, uma decisão sancionatória, como a imposição de uma multa civil ou a revogação de uma licença, ou uma ação regulatória que obrigue um particular a fazer ou deixar de fazer algo. O direito





administrativo deve prescrever um sistema de adjudicação que resolva essas disputas de um modo correto, justo e eficiente.¹

Pela expressão “adjudicação administrativa” refiro-me a todo sistema de solução de conflitos individuais entre particulares e agências administrativas governamentais (*government administrative agencies*),² começando com a investigação administrativa e a decisão preliminar da agência (*agency's preliminary or “front-line” decision*), prosseguindo com o processo pelo qual o particular desafia essa decisão preliminar e concluindo com a revisão judicial.⁴

Uma lista dos tipos de adjudicação administrativa poderia ser quase infinita. Apenas para mencionar alguns: estaria realmente incapacitado o requerente de um benefício? Estaria em perigo um não cidadão caso viesse a ser deportado para o seu país de origem? Teria um professor assediado sexualmente um estudante? Teria o titular de uma licença infringido a legislação ambiental? Teria um corretor de ações cometido fraude contra os consumidores? Se uma agência nega um benefício ou impõe uma sanção ou outra limitação administrativa, o que fazer? Se alguma infração é identificada, quais são as consequências? Deveria um professor ser demitido? Deveria uma licença ser revogada? Poderia a agência exigir uma multa? A maioria desses casos exige uma solução de disputas versando sobre fatos adjudicáveis,⁵ a aplicação das leis aos fatos, ou o exercício da discricionariedade administrativa,⁶ ao invés de questões de direito ou de política pública.

Os sistemas estabelecidos pelos países para resolução desses conflitos variam muito e são de difícil comparação. Este artigo destaca cinco modelos utilizados por diversos países que podem facilitar o exercício dessa comparação.

A adjudicação administrativa é um tema importante e que merece uma maior atenção acadêmica do que efetivamente recebe. De fato, a adjudicação não é a área

¹ Na maioria dos países funcionários da Administração solucionam disputas entre particulares (e também as disputas entre particulares e o governo). As cortes são sensíveis ao risco que a atribuição da tarefa de decidir os conflitos envolvendo particulares e agências pode representar ameaça aos poderes judiciais. Este artigo não discute a forma como os diferentes países enfrentam essa tensão. Do mesmo modo, o artigo não discute ações administrativas de caráter geral, como a elaboração de normas. Ele também não trata das disputas que são direcionadas às cortes, e não às agências administrativas, para a decisão inicial, como as demandas propostas contra o governo envolvendo responsabilidade civil ou contratual.

² Uso o termo “agência (*agency*)” na acepção em que ele é usado no direito dos EUA, significando uma unidade governamental (diferente de uma corte ou de um órgão legislativo) com poder delegado para afetar direitos e obrigações através da elaboração de normas, adjudicação ou funções similares. O termo inclui unidades governamentais de várias espécies usadas pelo mundo, incluindo ministérios e departamentos.

³ Ver nota 8.

⁴ Em muitos países as decisões administrativas de adjudicação proferidas pelas agências governamentais são referidas como “atos administrativos”, “decisões” ou “atos unilaterais”.

⁵ Uso o termo “*adjudicative facts*” para me referir àqueles que têm relação específica com as partes envolvidas na controvérsia, em oposição a “*legislative facts*” que são aqueles de aplicação geral.

⁶ Uso o termo “*discretion*” para me referir à prerrogativa de uma agência de fazer escolhas entre alternativas na aplicação de uma norma, como, por exemplo, na decisão sobre a intensidade de uma sanção.





mais glamorosa do direito administrativo contemporâneo. Os trabalhos de ponta na atualidade se concentram na elaboração de políticas públicas, análise de custo-benefício, responsabilização e dever de prestação de contas (*accountability*), parceria público-privada, redes de trabalho, separação de poderes e outros temas importantes da atualidade.⁷ Adjudicação administrativa corresponde ao direito administrativo aplicado ao nível do varejo, e não por atacado. Agências raramente se utilizam dela para estabelecer políticas ou criar precedentes (embora, obviamente, por vezes o façam).

Adjudicação traz à lembrança a imagem de demorados procedimentos, com autos volumosos (na esfera regulatória) ou corredores cheios de requerentes insatisfeitos esperando por uma audiência apressada perante um funcionário impaciente (na área de benefícios governamentais e imigração). O resultado da maioria das disputas administrativas não é muito importante para o governo, mas é de importância vital para os particulares que desafiam o governo. Em muitos países o volume de adjudicações administrativas excede largamente a quantidade de casos submetidos ao Judiciário. Por essas razões, a adjudicação administrativa está a merecer maior atenção acadêmica. O direito comparado auxilia os acadêmicos, e aqueles que elaboram as políticas, a melhor compreenderem seus próprios sistemas de adjudicação administrativa e os abastecem com ideias extraídas de outros sistemas que são capazes de aperfeiçoá-los.

A Parte I deste artigo descreve sua metodologia. A Parte II apresenta uma descrição detalhada dos cinco modelos da forma como são empregados em vários países e a Parte III explora a possibilidade de transplante para outros sistemas.

2. TRÊS FASES, QUATRO VARIÁVEIS E CINCO MODELOS

A maioria dos sistemas de adjudicação administrativa tem três fases:⁸

1. **Decisão inicial.** Por decisão inicial refiro-me ao primeiro procedimento da agência que permite ao particular uma oportunidade formal para oferecer suas alegações e contestar o primeiro ato administrativo (*"front-line"*

⁷ Ver BIGNAMI, F. From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law. *American Journal of Comparative Law*, Washington, v. 59, n. 4, p. 859-908, 2011.

⁸ De fato, a adjudicação tem normalmente quatro fases ao invés de três. As três mencionadas no texto são geralmente precedidas de uma investigação preliminar e uma *"front-line" decision* dos funcionários da agência. Na fase de investigação preliminar o pessoal da agência investiga se um requerente teria o direito de receber um benefício ou se um particular poderia ser alvo de uma sanção ou de alguma outra imposição regulatória e produzem uma *"front-line decision"* segundo as conclusões dessa investigação. Essa sequência de investigação e *"front-line decision"* poderia ser denominada *"fase zero"*. Este artigo terá pouco a dizer sobre a fase zero, dado que é difícil de investigar, na maioria das vezes sem uma previsão legal e específica para o regime administrativo particular ao qual ela se aplica. Quando o artigo faz referência às *"três fases"* da adjudicação administrativa está, por conseguinte, excluindo a *"fase zero"*.





determination) dos agentes da Administração.⁹ A decisão inicial torna-se compulsória, salvo se vier a ser impugnada em nível hierárquico mais elevado.

2. **Reconsideração administrativa.** A maioria dos sistemas administrativos inclui uma disposição pela qual a decisão inicial pode ser reconsiderada administrativamente, seja por um agente de nível hierárquico superior, dentro da mesma agência, seja por outra agência.
3. **Revisão judicial.** A maioria dos sistemas administrativos inclui uma oportunidade conferida aos particulares para pleitearem a revisão da decisão inicial, ou daquela proferida em reconsideração, perante uma corte.¹⁰

Existem quatro variáveis importantes. Cada uma requer uma escolha. As duas primeiras variáveis dizem respeito às fases de decisão inicial e de reconsideração. As duas últimas estão relacionadas à revisão judicial.

Variável 1: Trata-se de um corpo de adjudicadores de uma agência com funções combinadas ou de um *tribunal* separado? Uma agência com funções combinadas acumula atribuições de investigação, persecução, decisão inicial e reconsideração. Um *tribunal* separado atua na fase de reconsideração, mas não se encarrega das etapas de investigação ou de persecução.

Variável 2: É o processo inquisitório ou adversarial? Processos adversariais se parecem com o modelo de julgamento de causas criminais adotado nos Estados Unidos e no Reino Unido – significando um processo conduzido por advogado perante um juiz relativamente passivo e independente. O julgamento é nitidamente separado da fase de investigação do caso. Procedimentos inquisitórios se parecem com os processos criminais europeus ou latino-americanos, o que significa que um investigador prepara um dossiê e chega a uma conclusão sobre culpa ou inocência. Nos sistemas inquisitórios, a fase da decisão inicial é conduzida mais pelos investigadores do que pelos advogados. A decisão inicial oferece ao particular uma oportunidade de apresentar alegações orais ou escritas no intuito de influenciar o convencimento dos investigadores. Do mesmo modo, um procedimento de reconsideração de natureza inquisitória é pouco formal e conduzido pelos agentes incumbidos da análise do pedido de reconsideração. Obviamente, nenhum sistema pode ser qualificado de puramente “adversarial” ou puramente “inquisitório”. Todavia, processos podem ser agrupados segundo esse eixo e tenderão a se aproximar do polo “adversarial” ou do polo “inquisitório”.

⁹ Ver nota 8 sobre a discussão da *front-line decision*.

¹⁰ Para os objetivos deste artigo, o termo “*judicial review*” inclui recurso. Muitos países distinguem os dois, tratando o recurso como um remédio originário da norma legal escrita e “*judicial review*” como um direito não positivado.





Variável 3: O sistema de revisão judicial é aberto ou fechado? Em um sistema aberto, tanto as partes podem apresentar novas provas em uma corte (em complemento àquelas apresentadas nas fases anteriores) como a corte pode determinar-lhes a produção de novas provas. Qualquer das partes pode oferecer novos argumentos que não tenham sido apresentados nos estágios precedentes e o governo pode apresentar novas justificativas para seus atos que não tenham sido anteriormente declinadas. Em outras palavras, em um sistema aberto, os elementos de convicção a serem analisados não se estabilizam até o estágio da revisão judicial. Em um sistema fechado, as partes não podem introduzir novas provas, novas razões ou novos argumentos. O processo já está completo, seja no estágio da decisão inicial ou no de reconsideração.

Variável 4: Tem a corte de revisão judicial uma competência comum ou se trata de uma corte especializada administrativa?

Este artigo identifica *cinco modelos* de adjudicação administrativa. Os modelos descrevem diferentes maneiras que países usam para combinar essas quatro variáveis ao estruturar as fases de decisão inicial, reconsideração e revisão judicial. Cada um dos cinco modelos envolve uma alteração de uma única variável em relação aos modelos anteriormente descritos. Os métodos de adjudicação administrativa dos países ou entidades supranacionais cujos sistemas são tratados neste artigo (Estados Unidos, União Europeia, Reino Unido, Austrália, China, Argentina, Japão, França e Alemanha) podem ser descritos tomando por referência um desses cinco modelos.

Cada país tende a confiar primordialmente em uma dessas três fases (que é, decisão inicial, reconsideração ou revisão judicial) para atingir um resultado justo e correto. Preocupações com eficiência impõem aos países essa escolha. Os países não podem suportar o investimento de recursos similares em duas, muito menos em três dessas fases. A fase que cada país escolhe como destinatária da maior parte dos recursos será provavelmente aquela em que os particulares identificarão as melhores chances de vencerem o caso.

Nesse ponto, introduzo algumas ressalvas metodológicas. Primeiramente, a abordagem deste artigo para definir os modelos de adjudicação administrativa adotados por diversos países simplifica demasiadamente os detalhes dos mecanismos de decisão por eles adotados. A simplificação é uma falha inevitável na construção de modelos nas ciências sociais. É necessário resumir sistemas altamente complexos a fim de compará-los e contrastá-los com exemplos extraídos de outros países. Espero que minha descrição desses vários sistemas de adjudicação não distorça sua essência. Em segundo lugar, por razões políticas e históricas, os sistemas de adjudicação administrativa de cada um dos países citados não podem ser identificados com as características de um único modelo. Como será examinado abaixo, os Estados Unidos, por exemplo, têm um modelo predominante, mas cada um dos quatro outros modelos pode ser





encontrado em algum lugar no direito administrativo norte americano.¹¹ Acredito que o modelo que selecionei para descrever o sistema praticado em cada país em particular é o caminho paradigmático que esse país escolheu para organizar sua adjudicação administrativa. É o modelo que os elaboradores das políticas governamentais desse país irão escolher, a menos que haja fortes razões para a adoção de outro. Eu agora sintetizo os cinco modelos e na Parte II os discutirei em maiores detalhes.

Modelo	Descrição	Países
1	<ul style="list-style-type: none">• Funções combinadas• Adversarial• Revisão fechada• Cortes de competência comum	Estados Unidos
2	<ul style="list-style-type: none">• Funções combinadas• Inquisitório• Revisão fechada• Cortes de competência comum	União Europeia
3	<ul style="list-style-type: none">• Tribunal• Adversarial• Revisão fechada• Cortes de competência comum	Reino Unido Austrália
4	<ul style="list-style-type: none">• Funções combinadas• Inquisitório• Revisão aberta• Cortes de competência comum	China Argentina Japão
5	<ul style="list-style-type: none">• Funções combinadas• Inquisitório• Revisão aberta• Cortes especializadas	França Alemanha

Modelo 1 – Audiência (*hearing*) adversarial / Funções combinadas / Revisão judicial limitada

De acordo com o primeiro modelo, a agência que profere a decisão inicial e a de reconsideração é uma agência com funções combinadas. Ela promove uma audiência adversarial formal, típica de um julgamento, presidida por um oficial denominado *Hearing Officer* – HO.¹² O HO trabalha na agência em questão, mas não toma parte da

¹¹ Ver o texto das notas 26–27.

¹² Na praxe dos EUA o HO é frequentemente citado como um juiz administrativo ou como um juiz de direito administrativo (ALJ), ou ainda por algum outro título (como, por exemplo, Juiz de Imigração). Trato dessa





investigação ou da persecução do caso que ele decide (isso refere-se a “separação de funções”). A fase de reconsideração se dá em um nível mais elevado da mesma agência que proferiu a decisão inicial. Cortes de competência comum procedem à revisão judicial quanto à legalidade e razoabilidade da decisão da agência. A revisão judicial é fechada (significando que não há possibilidade de apresentação de novas provas, novos argumentos ou novas razões) e a corte não substitui a decisão da agência no que diz respeito a questões de direito, de fato ou discricionariedade. Esse modelo é normalmente empregado nas agências federais e estaduais dos Estados Unidos.

Modelo 2 – Audiência (*hearing*) inquisitória / Funções combinadas / Revisão judicial limitada

O Modelo 2 é similar ao Modelo 1, exceto que a decisão inicial e a fase de reconsideração são inquisitórias ao invés de assegurarem o modelo adversarial. Não há separação de funções, o que significa dizer que a mesma pessoa ou pessoas exercem as funções de investigação, de persecução e de adjudicação. Procedimentos em nível de decisão inicial são considerados parte integrante da investigação. O responsável pela decisão é ativo, ao invés de passivo, e auxilia as partes sem representação. A revisão judicial é fechada. Ela é feita perante cortes de competência comum. Esse modelo é empregado em casos decididos ao nível da União Europeia (UE), mas não nos casos decididos pelos Estados membros da UE.

Modelo 3 – Sistema de *tribunals*¹³

O Modelo 3 é parecido com o Modelo 1, exceto que a decisão em reconsideração é proferida por um tribunal administrativo que é separado do órgão de investigação e persecução. Esse modelo de *tribunal* é aplicado na Austrália e no Reino Unido, e em numerosos países cujos sistemas legais derivam do Reino Unido.

Modelo 4 – Revisão judicial aberta

As fases de decisão inicial e de reconsideração do Modelo 4 são semelhantes àquelas do Modelo 2. Entretanto, a revisão judicial é aberta, significando que a corte pode apreciar novas provas, razões e argumentos, e que a corte tem a prerrogativa de substituir a decisão da Administração pela sua, no que diz respeito a questões de fato e que envolvam o exercício do poder discricionário, assim como naquelas que envolvam legalidade. Esse modelo é empregado na China, Argentina e Japão.

Modelo 5 – Cortes especializadas

No modelo 5, as fases de decisão inicial e de reconsideração são parecidas com o Modelo 2, porém a corte que conduz a revisão judicial é destacada do sistema

questão de nomenclatura abaixo, no texto das notas 20–21. Na maioria dos países, todavia, um HO administrativo não poderia ser citado como um “juiz”, haja vista que apenas os julgadores integrantes do sistema judicial podem receber esse título.

¹³ Em alguns países a palavra “*tribunal*” é usada como referência a cortes. Uso esse termo para fazer referência a uma estrutura decisória administrativa que é independente da agência que produziu a decisão inicial, mas que não é uma corte.





judiciário de competência comum e decide apenas questões de direito administrativo. Esse modelo é empregado na França, Alemanha, e muitos outros países na Europa, Ásia e América Latina.

Obviamente, as quatro variáveis poderiam ser manipuladas a fim de produzir muito mais do que cinco modelos. Contudo, esses cinco descrevem os sistemas de adjudicação administrativa que encontrei, incluindo-se aqueles adotados por muitos países não mencionados neste artigo.

Talvez um exemplo concreto venha esclarecer como os cinco modelos podem funcionar na solução de um simples conflito envolvendo a Administração. Imagine que o Ministério dos Transportes (MT) no país C licencie a exploração de um serviço de balsas. A autorização contém uma série de disposições relativas à segurança e proteção do meio ambiente. Uma das disposições proíbe a eliminação de resíduos produzidos nas balsas jogando-os na água. Cap opera um serviço de balsas sob essa licença. MT recebe uma denúncia feita por Ed (antigo empregado de Cap), investiga o caso e acusa Cap de eliminação indevida de resíduos na água. Essa é a decisão preliminar (*front-line decision*) do MT.¹⁴

Durante o processo de decisão inicial, Ed presta declaração (oralmente ou por escrito) afirmando que viu Cap eliminando resíduos dentro da água. Cap presta declaração afirmando que demitiu Ed por incompetência no ano anterior e que Ed tem um ressentimento contra ele. Cap nega que tenha atirado resíduos na água e testemunha afirmando que essa eliminação é sempre feita da maneira apropriada. Vários outros empregados de Cap testemunham que jamais viram a eliminação indevida de resíduos e que a política da companhia proíbe essa prática. O oficial do MT responsável pela decisão inicial decide que Cap eliminou os resíduos em descumprimento aos termos da licença que dispunha e recomenda que ela seja revogada (ao invés de impor uma multa pecuniária contra ele). MT ou um *tribunal* aprecia o pedido de reconsideração dessa decisão e confirma a penalidade. Cap busca a revisão judicial. Na revisão não há controvérsias de direito ou de procedimento. A única controvérsia é saber quem está falando a verdade – Cap ou Ed – e, se a perseguição de eliminação indevida de resíduos for mantida, se a licença de Cap deve ser revogada.

Modelo 1: MT é uma agência com funções combinadas, significando que é o responsável pela perseguição, investigação, adjudicação e reconsideração. Ele promove uma formal, típica de julgamento, audiência adversarial presidida por um oficial denominado *Hearing Officer* – HO que não tenha participado da investigação e da perseguição do caso de Cap. A decisão do HO revoga a licença de Cap. A autoridade superior no MT aprecia o pedido de reconsideração da decisão do HO, e a mantém. A decisão do MT é submetida a revisão perante uma corte de competência comum em um processo

¹⁴ Ver nota 8.





fechado. A corte deve confirmar a decisão do MT (tanto no que diz respeito às conclusões de fato como em relação ao exercício da discricionariedade na imposição da penalidade administrativa) se ela for razoável.

Modelo 2: Modelo 2 é igual ao Modelo 1, excetuando que as fases de decisão inicial e reconsideração são inquisitórias ao invés de adversariais. A audiência é tratada como parte da investigação levada a efeito pela agência. Ela é conduzida por investigadores e acusadores (*prosecutors*) do MT ao invés de um HO.

Modelo 3: Modelo 3 é igual ao Modelo 1, exceto que a reconsideração é promovida por um *tribunal* que é independente do MT.

Modelo 4: Modelo 4 é igual ao Modelo 2, excetuando que a revisão é aberta ao invés de fechada. Isso significa que as cortes têm a prerrogativa de receber novas provas e novos argumentos de ambas as partes e o MT pode introduzir novas razões para justificar a adoção de sua decisão discricionária. A corte tem o poder de substituir o julgamento do MT tanto no que diz respeito a questões de fato, quanto de discricionariedade.

Modelo 5: Modelo 5 é igual ao Modelo 4, excetuando que a revisão é efetuada por uma corte especializada em questões administrativas, ao invés de ser procedida por uma corte de competência comum.

3. DESCRIÇÃO DETALHADA DOS MODELOS

Esta parte do texto fornece uma descrição mais detalhada dos cinco modelos da forma como eles são aplicados em vários países.

3.1. Modelo 1: Funções combinadas / Audiência (*hearing*) adversarial / Revisão judicial fechada em cortes de competência comum – Os Estados Unidos

O modelo de funções combinadas adotado nos Estados Unidos é proveniente do esforço para regular as ferrovias durante as eras populista e progressiva (*The Populist and Progressive Eras*) no fim dos anos 1800 e início dos anos 1900.¹⁵ Várias falhas de mercado tornaram imperativa alguma forma de regulação. Todos os lados do conflito – incluindo ferrovias e transportadores – pressionaram por uma regulação federal, que resultou na criação, em 1887, da Comissão de Comércio Interestadual (*Interstate Commerce Commission - ICC*).

¹⁵ Ver RABIN, R. Federal Regulation in Historical Perspective. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 38, n. 5, p. 1189-1326, 1986. p. 1318. O ICC foi extinto em 1995 e algumas de suas funções foram assumidas por outras agências.





Embora a versão original da ICC fosse em grande medida enfraquecida (e mesmo os poderes reduzidos que ela possuía foram logo retirados pelas cortes), até 1920 a ICC havia surgido como o protótipo de uma agência de regulação econômica com funções combinadas. Ela tinha ampla autoridade para regular as ferrovias, incluindo o poder de expedir regulamentos, fixar e controlar as tarifas nas ferrovias e rejeitar fusões. A ICC decidia casos envolvendo ferrovias acusadas de terem violado normas da regulação, assim como disputas entre transportadores e ferrovias a respeito da razoabilidade das tarifas.

A ICC era uma clássica agência de funções combinadas, significando que ela expedia normas, investigava, procedia à persecução e conduzia as fases de decisão inicial e de reconsideração. O Congresso dos Estados Unidos seguiu esse modelo quando criou, em 1914, a Comissão Federal do Comércio (*Federal Trade Commission - FTC*). A FTC era uma agência de monitoramento com poder para investigar, acusar e decidir sobre reclamações contra práticas anticompetitivas. Legislaturas adaptaram o modelo de funções combinadas para inúmeras agências regulatórias e de distribuição de benefícios, em nível federal e estadual, ao longo do século vinte e mesmo no século vinte e um.

Entre 1906 e 1920, a ICC começou a utilizar *Hearing Officers – HO* para conduzir a fase de decisão inicial nas questões envolvendo as tarifas das ferrovias. Esses processos referentes à decisão inicial eram adversariais e assemelhavam-se a um julgamento civil com a participação dominante de advogados. Os HOs redigiam detalhadas decisões iniciais que se tornavam definitivas e vinculantes, a menos que fossem reconsideradas pelos diretores da agência. O Congresso reproduziu essa abordagem ao utilizar um *Hearing Officer (HO)* de funções combinadas nas legislações subsequentes, como, por exemplo, na Lei da Comissão Federal do Comércio (*Federal Trade Commission Act*).¹⁶

A Lei de Processo Administrativo (*Administrative Procedure Act – APA*) de 1946¹⁷ preservou as agências de funções combinadas, embora os oponentes do *New Deal* tenham tentado separar as funções de decisão inicial e de reconsideração das funções de investigação e de persecução. As disposições relativas à adjudicação administrativa constantes do APA contemplam audiências adversariais conduzidas por HOs que trabalham para a agência que faz a persecução, porém, dentro de uma estrutura em separado dos investigadores e acusadores (*prosecutors*).¹⁸ Em 1978, os HOs sujeitos ao estatuto da APA receberam um novo e apreciado título – *Administrative Law Judges (ALJs)*.

¹⁶ Lei da Comissão Federal do Comércio dos Estados Unidos (15 U.S.Code §§ 41-58 de 2012). Ver GIFFORD, D. J. *Federal Administrative Law Judges: The Relevance of Past Choices to Future Directions*. **Administrative Law Review**, Washington, v. 49, n. 1, p. 4-5, 1997.

¹⁷ Lei de Processo Administrativo dos Estados Unidos [Administrative Procedure Act – APA / Public Law nº 79-404, 60 Stat. 237].

¹⁸ Ver 5 U.S.Code. §§ 554, 556-67 de 2012.





A mais importante inovação introduzida pelo APA nas normas relativas a adjudicação foi o conjunto de garantias objetivando assegurar a independência do HO.¹⁹ No entanto, é importante observar que a maioria dos HO empregados pelas agências federais não são ALJs, uma vez que as audiências que eles conduzem não são reguladas pelo APA.²⁰ Por essa razão, este artigo faz referência a “*hearing officers - HO*” ao invés de utilizar-se da denominação mais usual “*administrative law judges (ALJ)*”.

A distribuição de competência para a tomada de decisão nas agências com funções combinadas é relativamente uniforme, independentemente de esse processo estar submetido ao APA ou não. Como demonstrado no hipotético caso da exploração do sistema de balsas,²¹ um HO profere a decisão inicial após a condução de um processo adversarial quase judicial. O HO não está pessoalmente envolvido na investigação ou persecução do caso (em outras palavras, existe uma separação interna de funções). O HO redige uma decisão inicial que contém descrição detalhada das conclusões e dos fundamentos. Essa decisão se torna definitiva a menos que um dos lados requeira reconsideração.

O diretor da agência exerce a função de reconsideração, que também é adversarial. Acusadores (*prosecutors*) e investigadores não têm contato pessoal com o diretor da agência sem a presença da outra parte. O diretor da agência tem o poder de proferir nova decisão em substituição à decisão inicial.²² A função de reconsideração é exercida com base nas provas produzidas durante a audiência inicial; as partes apresentam seus argumentos oralmente e por escrito, mas normalmente não se admite a introdução de novas provas. A cláusula do devido processo na Constituição dos Estados Unidos,²³ assim como as disposições contidas nos APAs estaduais e federais garantem um processo

¹⁹ Ver 5 U.S.Code. §§ 3105, 5372, 7521 de 2012. ALJs são contratados por uma agência separada, o *Office of Personnel Management (OPM)* através de um rigoroso processo de testes e entrevistas, não pela agência para a qual eles julgarão os processos. Uma vez contratados, os ALJs gozam de vitaliciedade sem qualquer período probatório, e não podem ser exonerados, exceto por uma justa causa. Processos envolvendo exoneração de ALJs por uma justa causa são julgados por ALJs que trabalham em uma agência separada, o *Merit Systems Protection Board*. ALJs não possuem outra atribuição além do julgamento de processos administrativos e, na medida do possível, devem ser designados para os processos com alternância. Eles não estão submetidos a avaliações de performance. O APA contém um rígido sistema de separação de funções, de maneira que os investigadores e acusadores (*prosecutors*) vinculados à agência (também chamados “*adversaries*”) não podem empreender comunicações *off-the-record* com os julgadores (ou seja, tanto os ALJs quanto os diretores das agências) sobre as questões envolvendo um processo em tramitação.

²⁰ Por exemplo, processos tão importantes quanto os de benefícios destinados aos veteranos de guerra e os de imigração não são submetidos ao APA. Ver ASIMOW, M. The Spreading Umbrella: Extending the APA's Adjudication Provisions to All Evidentiary Hearings Required by Statute. **Administrative Law Review**, Washington, v. 56, p. 1003-1008, 2004.

²¹ Ver *supra* o texto da nota 8.

²² Entretanto, os poderes dos órgãos de reconsideração são limitados na capacidade de modificar as conclusões de fato estabelecidas na decisão inicial, na medida em que essas conclusões foram fundamentadas na apreciação da credibilidade das testemunhas. ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema. **Caso Universal Camera Corp. v. NLRB**, 340 U.S. 474. Washington, 26 de fevereiro de 1951.

²³ Art. V (para agências federais), art. XIV (para agências estaduais e locais) da Constituição dos Estados Unidos.





justo tanto na decisão inicial como na reconsideração, e a imparcialidade do HO e do diretor da agência.

O APA não alterou significativamente a revisão judicial. Cortes federais ou estaduais de competência comum procedem a revisão judicial fechada. Em outras palavras, nenhuma das partes pode apresentar provas ou argumentos que não tenham sido apresentados na esfera administrativa e a agência não pode invocar novos fundamentos para sua decisão. As cortes devem confirmar as conclusões sobre a matéria fática e os atos praticados no exercício do poder discricionário, se ambos tiverem observado parâmetros de razoabilidade. No sistema federal, a corte deve também confirmar uma interpretação legal razoável procedida pela agência a respeito de uma lei ou regulamento ambíguo,²⁴ porém as cortes estaduais normalmente possuem plenos poderes para decidir acerca de questões de direito.

Como acima mencionado, um país tende a confiar mais em apenas uma das três fases da adjudicação para alcançar um resultado correto e justo. No Modelo 1, de países como os Estados Unidos, essa fase é a decisão inicial que frequentemente envolve uma audiência de julgamento adversarial perante um HO relativamente independente. Muito menos recursos são investidos na reconsideração e na revisão judicial, que são destinadas ao controle da decisão inicial destituída de razoabilidade e juridicamente equivocada. Advogados investem a maior parte dos seus esforços na fase da decisão inicial, considerando que é improvável, durante as fases de reconsideração e de revisão judicial, que ela venha a ser modificada com base em erro na interpretação dos fatos ou no exercício da discricionariedade administrativa.

Como também acima destacado, os verdadeiros detalhes dos sistemas de adjudicação administrativa de cada país não podem ser condensados dentro de um único modelo. Existem exceções para toda generalização. O desenho dos sistemas de adjudicação administrativa existentes no espectro do direito administrativo é moldado por circunstâncias históricas e lutas políticas, e não por reprodução mecânica de modelos já existentes. Nos Estados Unidos, por exemplo, é possível encontrar sistemas de adjudicação administrativa nos níveis federal, estadual e local que são melhor descritos pelos Modelos 2 a 5 do que no Modelo 1. Acredito, entretanto, que o Modelo 1 é o paradigma nos Estados Unidos, isto é, o mais característico método de organização da adjudicação administrativa; ele apresenta o padrão a ser seguido a menos que haja boas razões para a utilização de outro. Os parágrafos seguintes, porém, ilustram algumas exceções a essa generalização. O mesmo se aplica aos outros países mencionados neste artigo.

Primeiramente, o procedimento de decisão inicial em muitas das agências que tratam da concessão de benefícios (particularmente os benefícios da seguridade social

²⁴ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Caso Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council**, 467 U.S. 837. Washington, 25 de junho de 1984; ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Caso Auer v. Robbins**, 519 U.S. 452. Washington, 19 de fevereiro de 1997.





e os concedidos aos veteranos de guerra) é inquisitório em certos aspectos. Geralmente o governo não está representado por advogado, então o HO é responsável por representar o interesse de ambas as partes, decidindo em seguida o caso.²⁵ Nesse particular, esses importantes sistemas de adjudicação se parecem mais com o Modelo 2 do que com o Modelo 1.²⁶ Os sistemas de benefícios da seguridade social e dos veteranos de guerra adjudicam mais de um milhão de casos por ano, provavelmente mais do que todos as demais agências federais combinadas.

Em segundo lugar, existem numerosos *tribunals* no sistema dos EUA (o que significa dizer que a decisão inicial é passível de reconsideração por uma agência independente com poderes de adjudicação). Por exemplo, em vários estados, a reconsideração da decisão inicial das agências que tratam da concessão de benefícios (como a compensação por acidentes do trabalho ou seguro desemprego) é realizada por um *tribunal* separado. Existem muitos *tribunals* no nível federal, incluindo a Corte de Tributos (*Tax Court*). Essas cortes se enquadram mais no Modelo 3 do que no Modelo 1.²⁷ No nível da revisão judicial, a revisão aberta é incomum, porém eventualmente ocorre. Da mesma forma, há cortes especializadas que decidem casos originários de agências específicas, como, por exemplo, a Corte de Apelação para Causas de Militares Veteranos (*Court of Appeals for Veterans' Claims*) e a Corte de Apelação de Direitos Aduaneiros e de Marcas e Patentes (*Court of Customs and Patent Appeals*). Apesar dessas exceções, parece justo dizer que o Modelo 1 é o predominante no sistema de adjudicação administrativa dos Estados Unidos.

²⁵ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Caso Richardson v. Perales**, 402 U.S. 389. Washington, 3 de maio de 1971. O julgamento *Perales* manteve os processos envolvendo incapacidade para fins de seguridade social sob a cláusula do devido processo e confirmou as múltiplas atribuições dos ALJs que atuam nessa área. A Corte não discutiu o APA, mas a decisão é compreendida como tendo confirmado o exercício de múltiplas funções pelos ALJs tanto sob o sistema do APA como sob a cláusula do devido processo.

²⁶ Adjudicação a nível local normalmente não se enquadra no modelo mais usual nos EUA. Governos locais decidem uma grande quantidade de processos, envolvendo particularmente licenciamento, utilização do solo e questões ambientais. Frequentemente não há separação de poderes (muito menos separação de funções) a nível local. As audiências são frequentemente inquisitórias, ao invés de adversariais. A reconsideração pode ser exercida por órgãos com representação política (como Conselhos Municipais).

²⁷ Em aproximadamente metade dos Estados surgiu um sistema híbrido, normalmente conhecido como "*central panel*". Em uma estrutura de *central panel* os HOs não trabalham para a agência de investigação e perseguição. Os HOs (geralmente chamados de ALJs ou algum título semelhante) trabalham para uma agência separada (o *central panel*) e cada HO conduz as audiências e profere as decisões iniciais para várias agências. Nesse particular, a audiência inicial de julgamento é similar ao sistema de *tribunal* (discutido no Modelo 3). Todavia, nos sistemas de *central panel* o diretor da agência geralmente detém o poder de reconsideração, o que corresponde ao Modelo 1.





3.2. Modelo 2: Decisão inicial e reconsideração inquisitórias – União Europeia

Estados Membros da União Europeia (UE) fazem a adjudicação na maioria dos casos que dizem respeito aos seus programas de regulação e benefícios. Os sistemas de adjudicação administrativa empregados pela maioria dos países da Europa Continental se enquadram no Modelo 5. Todavia, a UE concentra as decisões de casos envolvendo assuntos específicos no nível da União, ao invés de deixá-los ao nível dos Estados membros. Essas hipóteses incluem concorrência, subsídios governamentais, marcas, segurança alimentar, regulação do comércio exterior e licenciamento de medicamentos. A UE não tem um APA e o procedimento varia entre essas seis estruturas regulatórias.²⁸

Ao nível da UE os processos de adjudicação (tanto a respeito da decisão inicial quanto da reconsideração) são inquisitórios, não adversariais. Por exemplo, em casos de concorrência e fusões,²⁹ membros da equipe do Diretor Geral para Concorrência da Comissão Europeia (*Director-General for Competition of the European Commission* - DG-COMP) (aqui referidos como “encarregados do caso”) conduzem uma investigação e subscrevem uma “declaração de objeções”. Essa é a *front-line decision* (decisão preliminar). Na fase da decisão inicial, DG-COMP proporciona uma audiência para as empresas contra as quais a declaração de objeções é dirigida. O propósito da audiência é o de conferir aos particulares (investigados e demandantes) uma oportunidade para apresentarem seus pontos de vista acerca das questões e das provas que instruem o processo. A audiência é considerada como sendo parte da investigação, não uma fase separada. Os particulares não detêm o controle da audiência e não estão autorizados a formular perguntas às testemunhas da outra parte. A prevalência do modelo inquisitório no processo de elaboração de decisão administrativa de adjudicação não surpreende, dado que o procedimento criminal inquisitório é de uso praticamente universal na Europa. Após a audiência os encarregados do caso preparam uma decisão provisória. Ela é submetida a outros DGs para comentário, ao Departamento Jurídico da Comissão (*Commission's Legal Service*) e a um Comitê Consultivo, e deve ser revisada após o resultado dessas consultas.

A fase de reconsideração é conduzida pelo Colégio de Comissários da Comissão Europeia (*College of Commissioners of the European Commission*). O processo de reconsideração não inclui uma nova audiência, tampouco uma oportunidade para apresentação de novas provas. A UE emprega o sistema fechado de revisão judicial em cortes

²⁸ ASIMOW, M.; DUNLOP, L. The Many Faces of Administrative Adjudication in the European Union. **Administrative Law Review**, Washington, v. 61, p. 131-170, 2009.

²⁹ A UE publicou um interessante manual retratando o procedimento nos processos envolvendo concorrência. EUROPEAN COMMISSION. **Antitrust**: Manual of Procedures. Bruxelas: European Commission Office, 2012.





de competência comum (são eles, o Tribunal Geral e o Tribunal de Justiça da União Europeia).

No decorrer dos últimos trinta anos o procedimento inquisitório de elaboração das decisões iniciais no âmbito da UE experimentou uma interessante evolução.³⁰ As cortes da UE criaram um leque de proteção para os particulares que segue o devido processo dos EUA e o sistema de “justiça natural” britânico, assegurando adequada ciência, uma audiência justa, acesso ao procedimento conduzido pela Comissão e direito de apresentação de suas razões. Essas inovações refletem um processo de evolução jurisprudencial do direito em grande parte sem apoio nos textos legais ou nos tratados. As decisões se parecem mais com o processo tradicional do *common law* dos EUA e do Reino Unido do que com o processo tradicional da *civil law* baseado em textos legais. Essas inovações ocorreram em grande parte por causa das objeções britânicas ao procedimento inquisitório da UE no momento da adesão pelo Reino Unido.³¹ Portanto, essas reformas processuais parecem ser um exemplo de transplante de institutos jurídicos do sistema adversarial do Reino Unido para o sistema inquisitório da UE. O rol de proteções de natureza processual construído pelas cortes da UE foi então incorporado à Carta Europeia de Direitos Fundamentais³² e, por sua vez, ao Tratado da União Europeia.³³ Como resultado da incorporação das normas inerentes ao devido processo legal à sistemática de elaboração da decisão pela UE, as audiências nos casos de concorrência passaram a observar maior formalidade. Tradicionalmente as audiências eram conduzidas pelos *case handlers* (responsáveis do caso). De acordo com as regras atuais, todavia, o HO é um integrante do quadro da Comissão, e não mais o *case handler*. O HO não é contratado pelos acusadores (DG-COMP) e não está envolvido na investigação e persecução do caso. O HO organiza e conduz a audiência e decide questões sobre acesso ao material constante do processo preparado pelo DG-COMP. Em geral, a função do HO é assegurar que o interessado, oponente do DG-COMP, tenha um processo justo.

³⁰ Ver CRAIG, P. **EU Administrative Law**. 2. ed. Nova York: Oxford University Press, 2012. cap. 12, 13; ASIMOW, M.; DUNLOP, L. The Many Faces of Administrative Adjudication in the European Union. **Administrative Law Review**, Washington, v. 61, p. 143-155, 2009.

³¹ Ver BIGNAMI, F. Creating European Rights: National Values and Supranational Interests. **Columbia Journal of European Law**, Nova York, v. 11, p. 241-352, 2005.

³² Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, 2000 O. J. (C364), 18 de Dezembro de 2000, republicada com alteração em 2010 O. J. (C83) 389, 30 de Março de 2010. O Artigo 41 da Carta estabelece o direito a uma boa administração (*right of good administration*) significando que toda pessoa tem o direito de ter seus ou suas pretensões apreciadas com imparcialidade, justiça e dentro de um prazo razoável pelas instituições, funcionários, repartições e agências da União. Isso inclui o direito de ser ouvido, o direito de ter acesso aos autos do procedimento e a proteção da confidencialidade. Essa disposição da Carta sistematiza as decisões das Cortes Europeias que constroem a noção de direito ao devido processo no âmbito da adjudicação administrativa na Europa.

³³ Versão consolidada do Tratado da União Europeia [*Treaty on European Union*], 2012 O. J. C 326/13 p. 391.





Após a audiência, o HO apresenta um “relatório provisório” expressando conclusões no que diz respeito à efetiva observância das garantias processuais.³⁴ O HO pode também apresentar um relatório separado contendo observações no intuito do aprimoramento e da maior imparcialidade do processo,³⁵ e esse relatório pode conter recomendações substanciais a respeito das controvérsias de direito e de fato envolvidas no processo.³⁶ O relatório final do HO é juntado à decisão inicial pelo DG-COMP, que é submetida ao Colégio de Comissários. Entretanto, o HO não profere uma decisão preliminar sobre o mérito do processo. Essa função permanece sendo atribuição dos *case handlers*. Por conseguinte, a introdução de um HO independente acarreta um grau limitado de separação de funções, mas não altera a natureza fundamentalmente inquisitória do processo de elaboração da decisão inicial nos casos relativos a investigação de práticas anticoncorrenciais.

No Modelo 2, se as principais controvérsias envolvidas no caso forem de natureza fática, a mais importante das três fases é a decisão inicial, e não a reconsideração ou a revisão judicial.³⁷ A confiança dos Sindicatos na fase de decisão inicial tornou-se ainda mais evidente a partir da introdução das garantias do devido processo legal durante o processo inicial, particularmente com a utilização de HOs desvinculados da persecução nos processos envolvendo práticas anticompetitivas.

3.3. Modelo 3: *Tribunals* – Reino Unido, Austrália

O Modelo 3 descreve o sistema de adjudicação administrativa no Reino Unido (e em países cujos sistemas legais são derivados do Reino Unido, como Austrália ou Canadá). No Modelo 3 a decisão adjudicatória mais importante é proferida por um *tribunal* independente na fase de reconsideração.

No Reino Unido, agências de regulação ou de concessão de benefícios proferem as decisões iniciais.³⁸ O requerimento inicial e a rejeição provisória de benefícios sociais são feitos *on line*. Aqueles que quiserem contestar essa *front-line determination* (decisão preliminar) podem requerer oralmente ou por escrito com uma exposição de motivos e solicitar que essa decisão seja revista por outro funcionário.³⁹ Assim o processo de deci-

³⁴ Ver WILS, W. The Role of the Hearing Officer in Competition Proceedings Before the European Commission. **World Competition: Law and Economics Review**, [S.l.], v. 35, n. 3, p. 431-456, 2012.

³⁵ WILS, W. *Idem*.

³⁶ WILS, W. *Idem*.

³⁷ Naturalmente, se as questões controvertidas envolvem questões de direito e não de fato, o que não é incomum em processos sobre práticas anticoncorrenciais, o estágio de revisão judicial poderá ser o mais importante dos três.

³⁸ Eu agradeço a ajuda de Robert Thomas e Paul Craig acerca do procedimento no Reino Unido.

³⁹ Ver CRAIG, P. Perspectives on Process: Common Law, Statutory and Political. **Public Law**, Londres, n. 2, p. 275, 287-88, 2010. O Administrative Justice ; Tribunals Council emitiu um relatório analítico sobre a baixa qualidade na elaboração das decisões iniciais nas questões envolvendo seguro social: Right First Time (Junho de 2011).





são inicial nas questões envolvendo a seguridade social é inquisitório, e não adversarial. Nos processos envolvendo regulação, o procedimento de elaboração da decisão inicial depende de leis e regulamentos específicos.⁴⁰ Em geral, as regras de justiça natural dificilmente são aplicadas (ou pelo menos não são aplicadas com rigor) na fase de decisão inicial, desde que o governo propicie um processo pleno sobre o mérito na fase de reconsideração ou perante a corte judicial.⁴¹

No Reino Unido, a reconsideração é praticada por um *tribunal* independente da agência que proferiu a decisão inicial. Tradicionalmente cada agência de regulação ou de concessão de benefício tinha seu *tribunal* correspondente. Por exemplo, um *tribunal* para questões envolvendo benefícios sociais ou imigração procedia à reconsideração das decisões iniciais proferidas segundo as leis da seguridade social ou de imigração. Os *tribunals* no Reino Unido empregam normalmente uma grande quantidade de juízes, muitos deles não sendo advogados. Os processos são apreciados por vários membros do *tribunal* em colegiado. As audiências nesses *tribunals* são essencialmente adversariais.⁴² Lei dos *Tribunals* e Inquéritos (*The Tribunals and Inquiries Act* - 1958) determinou que os *tribunals* apresentassem relatórios escritos e criou um Conselho dos *Tribunals* (*Council on Tribunals*) para realizar pesquisas e relatórios sobre o sistema de *tribunals*.⁴³ As decisões dos *tribunals* estavam sujeitas a recurso previsto em lei, bem como à revisão judicial segundo as regras da *common law*. Ambas as formas de revisão eram basicamente limitadas às questões de direito.⁴⁴

Em 2007, o Reino Unido aprovou a Lei de *Tribunals*, Cortes e Execução (*Tribunals, Courts and Enforcement Act* - TCEA), que promoveu uma ampla reestruturação no

Disponível em: <http://ajtc.justice.gov.uk/docs/AJTC_Right_first_time_web%287%29.pdf>. Ver THOMAS, R. Administrative Justice, Better Decisions, and Organizational Learning. **Public Law**, Londres, p. 111-131, 2015.

⁴⁰ Ver GAROUPA, Nuno; OGUS, A.; SANDERS, Andrew. The Investigation and Prosecution of Regulatory Offenses: Is there an Economic Case for Integration. **Cambridge Law Journal**, Cambridge, v. 70, n. 1, p. 229-259, 2011. p. 238-40 (separação de funções na elaboração da decisão inicial nos processos envolvendo mercado financeiro).

⁴¹ Ver WADE, H.; FORSYTH, C. **Administrative Law**. 10th ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 442-44.

⁴² Ver THOMAS, R. From "Adversarial v. Inquisitorial" to "Active, Enabling, and Investigative": Developments in UK Administrative Tribunals. In: JACOBS, L.; BEGLAY, S. (Ed.). **The Nature of Inquisitorial Processes in Administrative Regimes**. Londres: Routledge, 2013. p. 51-70. Thomas menciona que os procedimentos variam entre os diferentes *tribunals*. Os procedimentos no âmbito da seguridade social tendem a ser mais inquisitórios, tendo em vista que a maioria dos particulares interessados e frequentemente o governo não estão representados por advogados. Procedimentos na área de imigração e de asilo alcançam um equilíbrio entre procedimento adversarial e procedimento inquisitório.

⁴³ REINO UNIDO. **Tribunals and Inquiries Act**, 1958, 6; 7 Eliz. 2, c. 66.

⁴⁴ O sentido da palavra "law" no âmbito da revisão judicial é muito amplo e inclui questões de aplicação do direito ao fato, relevantes erros de fato, pressupostos fáticos (*jurisdictional fact*) e abuso no exercício da discricionariedade. Em circunstâncias excepcionais fatos não apresentados durante a tramitação do procedimento administrativo podem ser levados em consideração pelas cortes. Ver WADE; FORSYTH, nota 41, *Ibid.*, p. 793-800; CRAIG, P. Judicial Review, Appeal and Factual Error. **Public Law**, Londres, p. 788-807, 2004.





sistema de *tribunals*.⁴⁵ TCEA reuniu a maioria dos *tribunals* e estabeleceu autonomia financeira para eles (anteriormente os *tribunals* eram financiados pelas agências cujos processos eles decidiam). O Tribunal de Primeiro Grau (*First Tier Tribunal* - FTT) exerce a reconsideração da maioria das decisões de agências. O FTT é dividido em seis "câmaras" especializadas em julgar processos envolvendo matérias específicas.⁴⁶

O Tribunal Superior (*Upper Tribunal* - UT) possui quatro "câmaras".⁴⁷ O UT é definido em lei como uma corte superior e tem o poder de conceder variadas proteções judiciais. Portanto, o UT pode ser considerado como o responsável pela primeira (e geralmente a única) oportunidade de revisão judicial das decisões do FTT, e não como o responsável por um segundo nível de decisão em reconsideração. A revisão do UT é possível mediante admissibilidade prévia do FTT ou do UT, somente em relação a questões de direito que evoquem um importante princípio ou prática ou alguma outra razão que o justifique. Uma decisão do UT pode, por sua vez, ser objeto de recurso para a Corte de Apelação (*Court of Appeal*), mas apenas sobre uma importante questão de direito e ainda assim mediante admissibilidade prévia do UT ou da Corte de Apelação.⁴⁸ Também é possível a obtenção de revisão judicial fechada na Corte Superior (*High Court*)⁴⁹ contra a decisão da UT que não admitiu a apelação da decisão do FTT, mas, igualmente, só se o caso apresentar uma importante controvérsia jurídica.⁵⁰

O sistema tradicional australiano de adjudicação segue o modelo britânico. No estágio da decisão inicial, as agências australianas normalmente oferecem uma oportunidade de revisão por oficial que não esteve envolvido na investigação. Esse processo de revisão normalmente oferece ao particular uma oportunidade para apresentação de alegações escritas e, por vezes, um contato pessoal ou telefônico entre o particular e o oficial encarregado da revisão.⁵¹

⁴⁵ Ver WADE; FORSYTH. *Op. cit.* p. 776-83.

⁴⁶ REINO UNIDO. Ministry of Justice. **About Tribunals**, Londres, 2012, Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/about/hmcts/tribunals>>. Acesso em: 17 nov.2016. Regulamentos estabelecem os procedimentos a serem seguidos pela FTT. Ver CRAIG, P. Perspectives on Process: Common Law, Statutory and Political. **Public Law**, Londres, n. 2, p. 289-93, 2010.

⁴⁷ REINO UNIDO. *Op cit.*

⁴⁸ Ver ELLIOTT, M. Ombudsmen, Tribunals, Inquiries: Re-Fashioning Accountability Beyond the Courts. **Legal Studies Research Papers Series**, Cambridge, n. 21, 2012.

⁴⁹ Ver WADE, H.; FORSYTH, C. **Administrative Law**. 10th ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. cap. 18. Para obter-se a revisão judicial, é necessário primeiro assegurar-se da permissão para chegar até lá. Os juizes da *High Court* que exercem a revisão judicial dos atos das agências são conhecidos como a Corte Administrativa.

⁵⁰ Ver REINO UNIDO. Suprema Corte. **Caso R. (Cart) v. Upper Tribunal** UKSC 28. Londres, 22 de Junho de 2011; ELLIOTT, Mark; THOMAS, Robert. Tribunal Justice, Cart, and Proportionate Dispute Resolution. **Cambridge Law Journal**, Cambridge, v. 71, n. 2, p. 297-324, 2012. p. 297. A revisão judicial na Corte Administrativa também é possível, obviamente, nas causas entre os particulares e o governo para as quais não haja possibilidade de recurso para um *tribunal*.

⁵¹ ASIMOW, Michael; LUBBERS, Jeffrey S. The Merits of "Merits" Review: A Comparative Look at the Australian Administrative Appeals Tribunal. **Windsor Yearbook of Access to Justice**, Ontário, v. 28, p. 261-284, 2010. p. 263.





Essas decisões iniciais são submetidas à reconsideração por *tribunals*. Tradicionalmente, a Austrália tinha um *tribunal* separado para cada agência. Em 1976 ela fundiu todos eles em um único, conhecido como Tribunal de Apelações Administrativas (*Administrative Appeals Tribunal* - AAT).⁵² O AAT proporciona audiências de reconsideração quase judiciais (também chamadas revisão do mérito) para mais de 400 agências.⁵³ Em alguns casos, incluindo seguridade social, benefícios para veteranos de guerra e imigração, existem *tribunals* especializados; o AAT então oferece um segundo nível de reconsideração para algumas decisões desses tribunais especializados. As decisões do AAT podem ser objeto de recurso para a Corte Federal (*Federal Court*), mas somente versando sobre questão de direito.

O Reino Unido e a Austrália investem a maior parte dos recursos destinados à adjudicação no processo de reconsideração a cargo dos *tribunals*. Esse é o nível no qual os particulares creditam as melhores chances de obtenção de um resultado favorável. Ao nível da decisão inicial da agência, existem algumas condições de procedibilidade; ao nível de revisão judicial, o seu estreito escopo impede as cortes de acolherem recursos jurídicos na maioria dos casos envolvendo controvérsia sobre fatos ou sobre o exercício do poder discricionário. Com efeito, no Reino Unido, o UT aparenta ter substituído quase integralmente a revisão judicial nas cortes de competência comum.

3.4. Modelo 4: Revisão Judicial Aberta – China, Argentina e Japão

No Modelo 4, o processo de elaboração da decisão inicial e de reconsideração é relativamente desestruturado. As agências podem proporcionar uma audiência informal ou, ao menos, um encontro entre o particular interessado e o corpo funcional da agência, bem como oferecer uma oportunidade de reconsideração perante um nível hierárquico superior. No entanto, a decisão importante ocorre em um processo judicial aberto. Quando um país admite revisão judicial aberta, é como se ele tivesse escolhido investir seus recursos mais vultosos na fase da revisão judicial, e não nas fases de decisão inicial e de reconsideração. A presunção subjacente é de que os procedimentos administrativos anteriores à revisão judicial não teriam esgotado as provas dos fatos alegados; e essa atribuição seria de responsabilidade da corte de revisão. China, Argentina e Japão são exemplos de países que empregam variações do Modelo 4.

Na China,⁵⁴ as agências dos governos central, provincial e local proferem um grande número de decisões de adjudicação. A legislação chinesa recente oferece ga-

⁵² Ibid., p. 263-67.

⁵³ O ATT pode até considerar prova de fatos ocorridos após a decisão inicial. Ver ALLARS, Margaret. The Nature of Merits Review: A bold vision realised in the administrative appeals tribunal. **Federal Law Review**, Canberra, v. 41, n. 2, p. 197-226, 2013.

⁵⁴ Manifesto minha estima a Jin Weifeng, Wang Xixin, Zhou Hanhua e He Haibo pela ajuda com o direito administrativo chinês.





rantias processuais em todos os três níveis – decisão inicial, reconsideração e revisão judicial.⁵⁵ Entretanto, na prática, somente um número relativamente pequeno das pessoas que são prejudicadas pelas decisões das agências se valem de algum desses expedientes; a maioria recorre a um informal, porém bem organizado “procedimento de peticionamento” (“*xinfang*”, algumas vezes chamado “cartas e visitas”) perante oficiais que sempre existiram na história chinesa, mas que são ineficazes para a obtenção de reparação pelos indivíduos que tenham sido prejudicados por alguma conduta ilegal do governo.⁵⁶

A Lei de Sanções Administrativas de 1996 (*Administrative Penalty Law* -APL)⁵⁷ é aplicável à fase de decisão inicial. Ela determina que agências central e local respeitem as garantias de um processo justo quando impuserem sanções. Para tal finalidade, as sanções abrangem as advertências disciplinares, multas, confiscos, suspensões ou rescisões de permissões ou licenças e detenções administrativas. O APL dispõe que as pessoas que estão sujeitas à imposição de penalidades devem ser adequadamente cientificadas e devem ter o direito de expor seus casos e também de defenderem-se. A agência deve abster-se de impor uma sanção mais grave pelo simples fato de os interessados terem exercido seu direito de defesa.⁵⁸ Na hipótese de penalidades graves (como, por exemplo, multas elevadas ou revogações de licença), deve haver uma audiência pública presidida por uma pessoa distinta daquela que conduziu a investigação.⁵⁹

⁵⁵ Complementando as leis resumidamente apresentadas neste texto, a China editou um *Administrative Licensing Law* (2004) e um *Administrative Enforcement Law* (2011), os quais visam assegurar garantias adicionais no estágio da decisão inicial.

⁵⁶ Ver MINZNER, C. *Xinfang: Alternative to Formal Chinese Legal Institutions*. **Stanford Journal International Legal**, Stanford, v. 42, p. 103-179, 2006. Existem vários serviços de *Xinfang* na China que recebem reclamações de cidadãos e há minuciosas regulamentações que descrevem como o sistema deveria funcionar. O *Xinfang* possui várias funções além da reivindicação de direitos, como, por exemplo, fornecer informações aos funcionários do governo acerca de corrupção ou outros abusos a nível local. Minzner estima que o sistema *Xinfang* recebe aproximadamente 11,5 milhões de requerimentos por ano, perto de 100 vezes mais do que os 125.000 casos que são apresentados de acordo com o procedimento estabelecido no *Administrative Litigation Law*. Todavia, somente uma minúscula porcentagem dos requerentes alcança resultado favorável através do *Xinfang*. *Ibid.*, p. 105-06 (relatando que apenas 0,2% dos reclamantes conseguem resultado favorável através de suas petições). Alterações agora em estudo na China devem vedar o acesso ao procedimento *Xinfang* para os requerentes cujos casos poderiam ser submetidos sob o regimento do *Administrative Reconsideration Law*, nota 60, ou sob o *Administrative Litigation Law*, nota 63.

⁵⁷ Xingzheng Chufa Fa [Lei da República Popular da China sobre Sanções Administrativas] (promulgada pela Ordem nº 63 do Presidente da República Popular da China, 17 de Março de 1996, vigente em 1º de Outubro de 1996), disponível em inglês em: <<http://www.china.org.cn/english/government/207306.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2016 [doravante *Administrative Penalty Law*].

⁵⁸ Arts. 6, 8, 31-32 da Lei da República Popular da China sobre Sanções Administrativas [*Administrative Penalty Law*].

⁵⁹ *Ibid.*, p. 39, 42. Se as agências dos governos locais realmente obedecem a esses requisitos na prática é outra questão. Muitos professores renomados sustentam que um APA abrangente é necessário em razão de as garantias processuais atualmente reconhecidas não estarem sendo levadas a sério pelas agências governamentais ou mesmo pelas cortes. SONGNIAN, Y.; XIXIN, W. **Between Dreams and Reality: Making of the Administrative Procedure Act in China**, [S.l.], p. 8-9, 2012 (artigo publicado em chinês; versão em Inglês arquivada com o autor).





Segundo a Lei sobre Reconsideração Administrativa de 1999 (*Administrative Reconsideration Law* - ARL),⁶⁰ a parte interessada tem o direito de pleitear a reconsideração de vários tipos de decisões desfavoráveis das agências (não somente penalidades) perante um superior hierárquico da mesma agência que proferiu a decisão inicial.⁶¹ Os responsáveis pela análise do pedido de reconsideração podem determinar a produção de prova e devem examinar os autos do processo. Eles devem ouvir as alegações do demandante, da agência e de terceiros interessados. A agência demandada deve justificar seus atos e o demandante tem o direito de obter uma cópia desse documento de justificativa. A agência incumbida da reconsideração deve reformar a decisão se “os fatos principais não estiverem claros e a prova essencial for inadequada” por causa de um erro de direito (erro jurídico) ou pela violação de procedimentos estabelecidos, ou ainda em razão de “o ato ser manifestamente inapropriado”. A reconsideração é isenta de custas.⁶²

Finalmente, a Lei do Contencioso Administrativo de 1989 (*Administrative Litigation Law* - ALL)⁶³ contempla os interessados com uma proteção judicial para praticamente todos os atos decisórios das agências que lhes sejam desfavoráveis.⁶⁴ Conforme estabelecido no ALL, uma corte de competência comum conduz um julgamento inquisitório e aberto acerca das questões que envolvem o caso. Os juízes não devem estar sujeitos a interferência externa de ninguém. A agência governamental tem o ônus da prova. Normalmente os julgamentos são abertos ao público e neles há um colegiado

⁶⁰ Xingzheng Fuyi Fa [Lei da República Popular da China Sobre Reconsideração Administrativa] (promulgada pela Ordem No. 16 do Presidente da República Popular da China, 29 de Abril de 1999, vigente em 1º de Outubro de 1999), disponível em inglês em: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383562.htm> [doravante *Administrative Reconsideration Law*].

⁶¹ O ARL se aplica a decisões relativas aos recursos naturais e do solo, infrações administrativas no exercício do poder decisório, reclamações contra cobrança ilegal de fundos ou de impostos sobre a propriedade, indeferimento de permissões ou licenças, descumprimento de obrigações legais de proteção a direitos individuais referentes às pessoas, propriedade ou educação e descumprimento da obrigação de conceder uma pensão ou outro benefício social. Ibid., art. 6. Ele também abrange os ataques à legalidade de regras informais da agência que compõem a base do ato impugnado. Ibid., art. 7. Ver WEI CUI. *Foreign Administrative Law and International Taxation: A Case Study of Treaty Implementation in China*. **Administrative Law Review**, Washington, v. 64, p. 191-233, 2012.

⁶² Arts. 3, 22-23, 28, 39 da Lei sobre Reconsideração Administrativa [*Administrative Reconsideration Law of people's Republic of China* de 1999].

⁶³ Xingzheng Susong Fa [Administrative Litigation Law da República Popular da China] (promulgado pela Ordem nº 16 do Presidente da República Popular da China em 4 de Abril de 1989, vigente em 1º de Outubro de 1990), disponível em inglês em: <<http://www.china.org.cn/english/government/207335.htm>> [doravante *Administrative Litigation Law*]. O ALL também é conhecido como *Administrative Procedure Law*.

⁶⁴ Para compreensão da história do ALL ver PALMER, Michael. *Compromising Courts and Harmonizing Ideologies: Mediation in the Administrative Chambers of the People's Republic of China* In: HARDING, A.; NICHOLSON, P. (Ed.). **New Courts in Asia**. Londres & Nova York: Routledge, 2010. p. 251.





de juízes ou de juízes e avaliadores.⁶⁵ A corte tem o poder de alterar as conclusões da agência sobre fatos e determinações discricionárias.⁶⁶

O ALL representa um grande passo rumo ao Estado de Direito na China.⁶⁷ Ele é particularmente notável considerando o histórico de pouca tolerância com desafios à autoridade da China confucionista e maoísta.⁶⁸ O ALL representa um significativo comprometimento dos recursos judiciais. Aproximadamente 125.000 casos por ano são propostos com base no ALL e cerca de dez a vinte por cento resultam em uma decisão favorável ao autor particular.⁶⁹ O governo central começou a financiar cortes locais, o que deve reforçar a independência judicial.

Todavia, o direito descrito nos livros é diferente do direito aplicado na vida real quando se trata da revisão judicial dos atos das agências com fundamento no ALL.⁷⁰ Muitos juízes chineses possuem baixa qualificação, embora a qualidade do Judiciário esteja aumentando regularmente. É difícil para os demandantes obterem representação jurídica nos processos submetidos ao rito do ALL, e as cortes são, por vezes, relutantes em admitir os casos submetidos ao ALL ou mesmo pronunciar-se sobre eles, principalmente se as questões envolvidas forem tidas como politicamente sensíveis. Às vezes os juízes, ao decidirem casos específicos, são sujeitos à influência do governo local ou do Partido Comunista.⁷¹ Julgamentos contrários ao governo são difíceis de

⁶⁵ Arts. 3, 11, 30–32, 45–46 da Lei do Contencioso Administrativo de 1989 [Administrative Litigation Law].

⁶⁶ Ibid., arts. 54(2)(a) e (e) estabelecem que a Corte pode anular uma decisão por insuficiência de prova essencial ou abuso de poder, bem como por inobservância de procedimentos estabelecidos em lei ou regulamentos. Tenho informações de que a insuficiência da prova é a base legal mais frequentemente citada como causa para a invalidação dos atos da Administração. Email de He Haibo. *Publicação eletrônica* [mensagem pessoal]. Mensagem recebida pelo autor em 6 nov. 2012.

⁶⁷ Ver MAHBOUBI, N. Suing the Government in China. In: ZHOU, K.; RIGGER, S.; WHITE III, L. (Ed.). **Democratization in China, Korea, and Southeast Asia**. Londres: Routledge, 2014. p. 141-155. Mahboubi comenta que apesar do seu potencial não realizado, o ALL trouxe importantes consequências, incluindo as leis processuais subsequentes discutidas supra nos textos das notas 57-62 e as inovações processuais nos níveis locais. Ele também argumenta que o contencioso administrativo oferece um espaço para disputas adversariais entre os cidadãos e o governo, chama a atenção para falhas específicas da administração e encoraja a formação de grupos de interesse formados por partes e advogados.

⁶⁸ GINSBURG, Tom. Confucian Constitutionalism? Globalization and Judicial Review in Korea and Taiwan. **Law and Social Inquiry**, [S.l.], v. 27, n. 4, p. 763-799, 2002. p. 763.

⁶⁹ Em aproximadamente 30 a 40 por cento dos processos os autores desistem da ação antes da decisão judicial. Algumas desistências são forçadas, mas em muitos casos as partes desistem por terem negociado um acordo. Ver HE HAIBO. Litigation Without a Ruling: The Predicament of Administrative Law in China, **Tsinghua China Law Review**, Pequim, v. 3, p. 257-280, 2011.

⁷⁰ Ver K KINKEL, Jonathan; HURST, William. Review Essay — Access to Justice in Post-Mao China: Assessing the Politics of Criminal and Administrative Law. **Journal of East Asian Studies**, Cambridge, v. 11, n. 3, p. 467-499, 2011. 479–488; MAHBOUBI, N. Suing the Government in China. In: ZHOU, K.; RIGGER, S.; WHITE III, L. (Ed.). **Democratization in China, Korea, and Southeast Asia**. Londres: Routledge, 2014. p. 141-155.

⁷¹ Ver PEERENBOOM, R. **Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion**. Nova York: Cambridge University Press, 2010. Os ensaios desse livro enfatizam que houve progressos na direção da garantia da independência judicial na China. O grau de independência é variável entre os diferentes tipos de casos. Ver particularmente o ensaio de PEERENBOOM, Randall. Judicial Independence in China: Common





executar. Oficiais do Partido tornaram-se cautelosos no cumprimento de decisões judiciais sobre normas de direito administrativo e têm procurado substituir as decisões de adjudicação pela mediação. Retaliações contra demandantes praticadas por oficiais processados não são incomuns.⁷²

O sistema argentino é basicamente similar ao da China.⁷³ No nível da decisão inicial, a Lei do Procedimento Administrativo argentino⁷⁴ determina que o particular deve ter o direito de vista dos autos do procedimento administrativo, de apresentar alegações escritas e provas e de receber uma decisão fundamentada, mas normalmente não há audiência. O diretor da agência (normalmente um gabinete ministerial) tem a atribuição de exercer a reconsideração mediante requerimento escrito.

A decisão ministerial está sujeita à revisão judicial aberta em uma corte federal ou provincial de competência comum.⁷⁵ A corte decide com independência as questões de direito, de fato e aquelas referentes ao poder discricionário, sem guardar deferência à decisão ministerial. Obviamente, o processo de revisão judicial aberta dos atos administrativos exige um significativo investimento de recursos. Na Argentina, a revisão judicial é o nível mais importante, e não as fases de decisão inicial e de reconsideração, na visão dos advogados públicos e dos advogados privados.

O Japão também segue o Modelo 4.⁷⁶ Entretanto, em virtude da baixa quantidade de processos nos quais se busca a revisão judicial (somente poucos milhares por ano em uma nação de 127 milhões de pessoas) parece duvidoso que os particulares e os advogados identifiquem a revisão judicial como a mais importante das três fases

Myths and Unfounded Assumptions. **La Trobe Law School Legal Studies Research Paper**, Melbourne, nº 11, sept. 2008. Disponível em: < <http://bit.ly/2fLYxZW> >. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁷² Ver MINZNER, C. China's Turn Against Law. **American Journal of Comparative Law**, [S.l.], vol. 59, p. 935-984, 2011.

⁷³ Ver BALBIN, C. F. **Manual de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2011. Eu agradeço a ajuda sobre o direito argentino recebida de Juan Cruz Azzari, Hector Mairal, Laura Monti, Joaquin Villegas e outros professores argentinos.

⁷⁴ Lei do Procedimento Administrativo argentino [Ley de procedimiento administrativo][22] B.O. 411 / Lei nº 19549, 27 de Abril de 1972.

⁷⁵ A Argentina possui *tribunals* especializados que fazem a reconsideração em processos envolvendo tributos e serviço público; quando uma decisão de um *tribunal* especializado é objeto de recurso perante uma corte a revisão é fechada, e não aberta. Na área de Buenos Aires, alguns juízes são especializados em direito administrativo, muito embora eles sejam integrantes de uma corte de competência comum.

⁷⁶ O *Administrative Procedure Law* do Japão (Gyōsei Tetsuzuki-hō, Lei Nº 88 de 1993, disponível em inglês em: <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/APA_2.pdf>) disciplina as audiências administrativas e o *Administrative Appeals Law* (Gyōsei fufuku shinsa-hō?, Lei Nº 160 de 1962) disciplina a reconsideração. Cortes de competência comum fazem uma revisão judicial aberta em relação às questões de fato, porém somente anulam atos discricionários se ficar constatado que houve abuso no exercício do poder discricionário. Ver GINSBURG, Tom. Dismantling the "Developmental State?" Administrative Procedure Reform in Japan and Korea. **The American Journal of Comparative Law**, Chicago, v. 49, n. 4, p. 585-625, 2001. p. 599-606; USHIJIMA, H. Administrative Law and Judicialized Governance in Japan. In: GINSBURG, Tom ; CHEN, Albert H.Y. (Eds.). **Administrative Law And Governance In East Asia**. Londres: Routledge, 2009. p. 81-100; RAMSEYER, M.; NAKAZATO, M. **Japanese Law: An Economic Approach**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. cap. 8. Meus agradecimentos a Tsuyashi Koshikawa, Mark Ramseyer e Joel Rheuban pela ajuda em Direito Administrativo japonês.





da adjudicação.⁷⁷ As reduzidas chances de sucesso, combinadas com os altos custos do processo e uma escassez de advogados e juízes provavelmente explica porque tão poucos possíveis litigantes no Japão se dão ao trabalho de desafiar as decisões burocráticas perante as cortes. Devem também existir fatores culturais em jogo que desencorajam as pessoas de processar o governo no Japão. Todavia, a estimativa atual (em torno de 4.000 processos por ano) representa um substancial aumento em relação aos anos de 1986 a 1995, quando somente poucas centenas de processos eram ajuizados a cada ano.⁷⁸

3.5. Modelo 5: Revisão judicial em cortes especializadas – França e Alemanha

Um número de países admite revisão judicial aberta dos atos de agência perante um sistema especializado de cortes administrativas.⁷⁹ França e Alemanha servem como os principais exemplos de sistemas de cortes administrativas.⁸⁰ Esses sistemas lidam com uma substancial quantidade de processos por ano, o que sugere que eles são considerados pelo público e pelos advogados como o mais importante dos três níveis da adjudicação.⁸¹

⁷⁷ Somente um número em torno de 2.000 a 4.000 processos envolvendo matéria administrativa são julgados anualmente pelas cortes de competência comum que exercem revisão judicial aberta. Apenas cerca de dez por cento dos autores conseguem ter êxito. Ver USHIJIMA. *Op cit.* p. 92. Em 2006 havia 2.093 casos novos e 2.565 foram decididos. Em 2012 os números subiram levemente – 4.783 processos novos, 4.840 decididos. Ver NEMPO, S.T. [Relatório Anual de Estatísticas Judiciais], tbl. 4, [S.l.], 2012.

⁷⁸ Ver RAMSEYER, M.; NAKAZATO, M. **Japanese Law: An Economic Approach**. Chicago: The University of Chicago Press, p. 219, 1999. O aumento poderia ser explicado por uma alteração ocorrida em 2004 no *Administrative Case Litigation Law*, Gyōsei jiken soshō-hō, Lei Nº 139 de 1962 (disponível em inglês em: <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1922;vm=04;re=02>>. Acesso em: 17 nov. 2016), que permite a utilização de uma ação declaratória contra orientações administrativas. O aumento dos casos de envolvendo a matéria administrativa reflete um pequeno aumento na quantidade de processos judiciais de natureza cível no Japão, que pode ser atribuído principalmente a um aumento da quantidade de advogados e juízes e à desaceleração econômica. Ver GINSBURG, T.; HOETKER, G. The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation. **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 35, n. 1, p. 31-59, 2006.

⁷⁹ Existe uma posição intermediária entre realizar a revisão judicial dos atos da administração em cortes de competência comum ou em cortes especializadas na matéria administrativa. Alguns países instituíram cortes especializadas em direito administrativo dentro do sistema judicial comum, no entanto as decisões dessas cortes são revistas por cortes de apelação de competência comum, e não por cortes de apelação especializadas em direito administrativo.

⁸⁰ Para uma análise comparada das cortes administrativas ver BIGNAMI, F. From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law. **American Journal of Comparative Law**, Washington, v. 59, n. 4, p. 891-886, 2011.

⁸¹ Na França, aproximadamente 175.000 processos são levados à corte administrativa a cada ano (com uma taxa de sucesso de vinte e quatro por cento). Na Alemanha, aproximadamente 125.000 processos são levados à corte administrativa a cada ano (com uma taxa de sucesso de vinte e seis por cento). Ver ASSOCIATION OF THE COUNCILS OF STATE AND SUPREME ADMINISTRATIVE JURISDICTIONS OF THE EUROPEAN UNION I.N.P.A., TOUR OF EUROPE.





Em um sistema de cortes administrativas especializadas, as partes têm acesso a um conjunto de juízes que são especialistas na solução de controvérsias envolvendo direito administrativo e sensíveis a potenciais abusos da burocracia. Ao que parece, a existência de um sistema de corte administrativa especializada aplicando revisão aberta induz um maior número de recursos do que haveria se a revisão fosse fechada ou se fosse realizada por cortes de competência comum. Em relação aos custos, a decisão de instituir um sistema de cortes especializadas exige o dispêndio de recursos econômicos (como uma nova infraestrutura) que poderiam ser desnecessários se as cortes de competência comum revisassem os atos das agências. Além disso, havendo um sistema dual de cortes (administrativa e geral) é possível a ocorrência de problemas envolvendo o estabelecimento de qual delas teria competência sobre determinados tipos de casos, necessitando desse modo de algum mecanismo para a solução de conflitos de competência.

Na França, no nível da decisão inicial, as agências são obrigadas a oferecer um processo justo antes da adoção de uma ação “negativa”. Os procedimentos utilizados são de natureza inquisitória e incluem pelo menos uma ciência adequada, o direito de apresentação de defesa escrita e uma decisão fundamentada.⁸² Dependendo da questão envolvida, a decisão inicial pode ser reconsiderada por um oficial de nível hierárquico superior. O sistema de corte administrativa da França é parte integrante do Executivo e não do Judiciário.⁸³ Ele teve origem na Revolução Francesa e reflete a ideia de que o Executivo não deveria ficar submetido ao controle do Judiciário. Existem trinta e oito cortes administrativas. Acima delas existem oito cortes administrativas de apelação e acima dessas está o Conselho de Estado, que é a Corte Suprema da França para as causas de direito administrativo. O modelo de corte administrativa francês foi adotado por vários outros países europeus, africanos e asiáticos.

⁸² Ver AUBY, J.-B. ; CLUZEL-M'ETAYER, L. Administrative Law in France. In: SEERDEN, R. (Ed.). **Administrative Law of The European Union, Its Member States and The United States**. 2. ed. Cambridge: Intersentia, 2007. p. 61 ; 68; SCHWARTZ, B. **French Administrative Law And The Common Law World**. New York: New York University Press, 1954. p. 207–11; CE Sect., 5 de Maio de 1944, Rec. Lebon 133 (a revogação de uma licença para publicação de um jornal em razão de conduta imprópria exige que a Administração providencie a ciência do interessado e uma audiência), traduzido para o inglês como “Widow Trompier-Gravier” em SCHWARTZ. *Op cit.* p. 324–44.

⁸³ Ver MASSOT, J. The Powers and Duties of the French Administrative Law Judge. In: ROSE-ACKERMAN, S.; LINDSETH, P. (Eds.). **Comparative Administrative Law**, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010. p. 415–425; AUBY, J.-B. ; CLUZEL-M'ETAYER, L. Administrative Law in France. In: SEERDEN, R. (Ed.). **Administrative Law of The European Union, Its Member States and The United States**. 2. ed. Cambridge: Intersentia, 2007. p. 61 ; 68. Os juízes administrativos na França exercem atividade consultiva para o governo na elaboração da legislação e regulamentos e publicam seus trabalhos com propostas de melhorias para o processo administrativo. Como as cortes administrativas francesas estão situadas dentro do Poder Executivo, o termo “judicial review” é provavelmente inaplicável, mas eu me mantive preso a ele; as cortes administrativas francesas certamente atuam mais como cortes judiciais do que como julgadores administrativos. Meus agradecimentos a Thomas Perroud e a John Bell pela ajuda com o direito administrativo Francês.





As cortes administrativas francesas têm a prerrogativa de determinar que as partes apresentem provas ou esclarecimentos adicionais, logo a revisão é aberta ao invés de fechada. As cortes administrativas frequentemente reformam decisões administrativas com base em revisão não deferente às interpretações de lei procedidas pelas agências e por erro manifesto acerca dos fatos ou da discricionariedade ou por violação ao princípio da proporcionalidade.⁸⁴ Nos processos envolvendo aplicação de sanções, como no exemplo da exploração do serviço de balsas,⁸⁵ as cortes fazem “revisão judicial plena”, o que significa dizer revisão totalmente aberta e o poder de substituir o julgamento quanto a questões de fato e de discricionariedade.⁸⁶

As cortes administrativas alemãs estão inseridas no Poder Judiciário e não no Executivo.⁸⁷ A versão atual da Lei alemã de Procedimento Administrativo foi promulgada em 1976, mas suas origens datam da época de 1860.⁸⁸ Quanto à fase de decisão inicial, a Lei alemã estabelece um procedimento inquisitório, que inclui uma possibilidade de ter vista dos autos e de apresentação de razões. A agência deve apresentar sua fundamentação.⁸⁹ Antes de requerer a revisão judicial, o particular deve tentar a reconsideração administrativa perante um nível hierárquico superior da agência; as autoridades responsáveis pela reconsideração devem analisar a correção da investigação dos fatos, assim como do exercício da discricionariedade na fase de decisão inicial.⁹⁰

O sistema alemão de cortes administrativas prevê a possibilidade de revisão judicial aberta dos atos administrativos. A corte administrativa conduz uma audiência de

⁸⁴ JORDÃO, E.; ROSE-ACKERMAN, S. Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies Beyond Rights Review. **Administrative Law Review**, Washington, v. 66, n. 1, p. 29-38, 2014 (padrão geral de revisão não deferente pelas cortes administrativas francesas); AUBY, J.-B.; CLUZEL-M'ETAYER, L. Administrative Law in France. In: SEERDEN, R. (Ed.). **Administrative Law of The European Union, Its Member States and The United States**. 2. ed. Cambridge: Intersentia, 2007. p. 78; BROWN, L. N.; BELL, J. S. **French Administrative Law**. Toronto: Oxford University Press, 5. ed., 1998. p. 261-67.

⁸⁵ Ver texto da nota 8.

⁸⁶ Essas sanções são consideradas quase criminais e invocam o direito a um tribunal independente e imparcial consoante o Artigo 6(1) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (que abrange a fixação de direitos civis e obrigações, assim como imputações criminais). Ver CONSEIL D'ÉTAT ASSEMBLÉE, 16 de Fevereiro de 2009, Rec. Lebon, Req. N° 274000 (Société ATOM) (sustentando que a CEDH determinou uma ampla revisão judicial em um caso envolvendo multas fiscais).

⁸⁷ Agradeço a ajuda de Hermann Pünder nos temas de direito administrativo Alemão.

⁸⁸ Ver BIGNAMI, Francesca. From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law. **American Journal of Comparative Law**, Washington, v. 59, n. 4, p. 859-908, 2011. p. 895; SCHRÖDER, M. Administrative Law in Germany. In: SEERDEN, R. (Ed.). **Administrative Law of The European Union, Its Member States, and The United States**. 2. ed. Cambridge: Intersentia, 2007. p. 91-154. AUBY, J.-B.; CLUZEL-M'ETAYER, L. Administrative Law in France. In: SEERDEN, R. (Ed.). **Administrative Law of The European Union, Its Member States and The United States**. 2. ed. Cambridge: Intersentia, 2007. p. 94.

⁸⁹ Ver SCHRÖDER. *Op cit.* p. 123–26; ALEMANHA. Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVfG] [Administrative Procedure Act], 25 de Maio de 1976, BUNDESGESETZBLATT [BGBL.] Disponível em inglês em: <<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VwVfG.htm>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

⁹⁰ SCHRÖDER. *Op cit.* p. 125, 138–139; Verwaltungsgerichtsordnung [VwGO] [Code of Administrative Court Procedure], 19 de Março de 1991, BGBL. Disponível em inglês em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vwgo/englisch_vwgo.html>. Acesso em: 17 nov. 2016.





instrução e deve oferecer uma detalhada decisão sobre o mérito, com os respectivos fundamentos. Ela pode geralmente substituir, com suas decisões, as conclusões das agências (particularmente as conclusões relativas a conceitos jurídicos indeterminados) e podem invalidar os atos administrativos discricionários por abuso no exercício da discricionariedade ou porque os atos não passam no teste de proporcionalidade.⁹¹ Existem três níveis no sistema de cortes administrativas – cortes administrativas, cortes administrativas superiores e a Corte Federal Administrativa. A revisão ao nível da Corte Federal Administrativa ocorre apenas em processos nos quais há dúvida sobre a correção do julgamento ou se a causa apresenta dificuldades incomuns. O modelo alemão tem sido transplantado para vários países europeus e latino-americanos.⁹²

4. AVALIANDO E TRANSPLANTANDO SISTEMAS DE ADJUDICAÇÃO

Este artigo é descritivo, não é normativo. Ele não adota uma posição sobre qual é o modelo ideal. Em minha opinião, cada um dos modelos pode alcançar um equilíbrio apropriado entre três elementos habitualmente usados para avaliar práticas ou instituições de direito administrativo: precisão (significando que os julgadores provavelmente chegarão ao resultado correto), eficiência (significando que o sistema deve minimizar a demora e os custos para os setores público e privado) e justiça (significando que o sistema deve ser aceitável para aqueles que são por ele afetados).⁹³ Todos eles podem atingir os padrões do direito a uma boa administração, conforme estabelecido na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.⁹⁴ Um bom sistema de adjudicação administrativa é acessível a pessoas comuns, mesmo para aquelas sem representação jurídica. O quadro responsável por cada uma das decisões – inicial, reconsideração e judicial – deve ser adequadamente financiado e preenchido por oficiais que sejam capazes e independentes. Um bom sistema proporciona decisões em tempo razoável e a um custo moderado para o governo e para os particulares. Cada um dos cinco modelos pode atender a esses padrões.

⁹¹ ALEMANHA. VwGO [Código de Processo da Corte Administrativa] § 114. Ver HERBERT, G. **Administrative Justice in Europe — Report for Germany** [S.l.: n.d.]; SCHRÖDER, M. Administrative Law in Germany. In: SEERDEN, R. (Ed.). **Administrative Law of The European Union, Its Member States, and The United States**. 2. ed. Cambridge: Intersentia, 2007. p. 128–142, 132; SINGH, M. P. **German Administrative Law in Common Law Perspective**. 2. ed., v. 149. Berlin: Springer, 2001. p. 223–32, 242–43. Conforme relato de Singh, aparentemente as cortes [Administrativas] estão fazendo um bom trabalho e as pessoas parecem estar bastante satisfeitas com a simplicidade, conveniência, adequação e efetividade dos procedimentos perante elas.

⁹² BIGNAMI, Francesca. From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law. **American Journal of Comparative Law**, Washington, v. 59, n. 4, p. 859-908, 2011. p. 896.

⁹³ Ver CRAMTON, Roger. A Comment on Trial-Type Hearings in Nuclear Power Plant Siting. **Virginia Law Review**, Charlottesville, v. 58, n. 4, p. 585-599, 1972. Disponível em: < <http://bit.ly/2eB6BMu> >. Acesso em: 8 nov. 2016. p. 591-593.

⁹⁴ Ver nota 32.





É mais fácil aprimorar os sistemas de adjudicação através de mudanças paulatinas do que transplantando práticas e instituições de outros países.⁹⁵ O transplante de instituições e práticas de direito administrativo de um país para outro é difícil. Cada país levou décadas para construir seu direito administrativo, talvez séculos, através de compromissos legais e políticos. Culturas legais e estruturas constitucionais (como, por exemplo, disposições sobre separação de poderes) variam drasticamente e restringem as possibilidades de mudança. Ao contrário de áreas como o direito comercial, não há uma razão que obrigue um país a adequar seu direito administrativo ao dos países vizinhos ou de seus parceiros comerciais. As elites de cada país, como os advogados, tendem a temer mudanças e resistem à destruição do seu capital humano (isto é, o conhecimento sobre a forma como o sistema existente pode ser utilizado para funcionar para seus clientes). Oficiais do governo compreensivelmente temem mudanças institucionais que podem ameaçar seu poder ou trazer confusão, resistência política ou litígios constitucionais dispendiosos. Certamente, a regra “se não está quebrado, não conserte isso” está em jogo. Uma mudança significativa, mesmo em uma prática administrativa inadequada, poderia introduzir problemas ainda maiores.

Essa resistência a mudanças em práticas governamentais enraizadas é uma espécie de “dependência da trajetória”. Dependência da trajetória significa que a forma como as coisas vêm sendo feitas habitualmente é a forma como elas provavelmente continuarão sendo feitas, ainda que a prática existente seja um não otimizado equilíbrio entre precisão, eficiência e justiça.⁹⁶ Uma ilustração frequente da dependência da trajetória é o “*qwerty*” layout de um teclado em inglês.⁹⁷ *Qwerty* talvez não seja o melhor arranjo, mas é o mais conhecido e os custos da adoção de um novo *layout* provavelmente superariam os benefícios da mudança. Assim, países que utilizam métodos inquisitórios de justiça no direito penal tendem a resistir à importação de modelos adversariais na adjudicação administrativa. Aqueles acostumados à adjudicação dentro de agências com funções de investigação ou de perseguição tendem a resistir à supressão das funções de adjudicação dessas agências. Aqueles acostumados à revisão judicial

⁹⁵ O objeto do transplante em direito comparado é algo controverso. Eu não posso ingressar nesses debates aqui. Regras e instituições copiadas de outros países são sempre transformadas no país de destino, tendo em vista a tendência de que ambos os países possuam tradição jurídica e cultural distintas. Ver, e.g., GOLDBACH, Toby S.; BRAKE, Benjamin; KATZENSTEIN, Peter. The Movement of U.S. Criminal and Administrative Law: Processes of Transplanting and Translating. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 20, n. 1, p. 141-184, 2013. p. 141.. Eu apenas afirmo aqui que há exemplos de transplantes de procedimentos administrativos aparentemente bem sucedidos e que os legisladores deveriam prestar atenção na forma como outros países lidaram com os problemas para os quais eles estão buscando a solução. Ver o texto das notas 95-102.

⁹⁶ Ver, e.g., GINSBURG, Tom; MASUR, Jonathan S.; McADAMS, Richard H. Libertarian Paternalism, Path Dependence, and Temporary Law. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 81, p. 291-359, 2014.

⁹⁷ Ver HATHAWAY, O. A. Path Dependence and the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System. *Iowa Law Review*, Iowa, v. 86, p. 601-611, 2001.





perante cortes de competência comum irão questionar a criação de cortes administrativas especializadas.

Todavia, tem havido vários casos de transplantes bem sucedidos na história do direito administrativo. Somente para mencionar alguns, a UE adotou importantes elementos do sistema adversarial de julgamento administrativo e de justiça natural após a adesão do Reino Unido.⁹⁸ Vários países tomaram por empréstimo os modelos de cortes administrativas da França e da Alemanha. Alguns países editaram leis de procedimento administrativo largamente aplicáveis com base no APA dos EUA. Decisões chinesas para adoção de um direito processual foram fortemente influenciadas pelas práticas ocidentais. A legislação estadunidense sobre acesso à informação se espalhou ao redor do mundo, assim como o modelo escandinavo do *ombudsman*. O Reino Unido adaptou a ideia de um *administrative tribunal* centralizado da Austrália. Organizações transnacionais pegaram emprestado princípios de direito administrativo dos Estados Unidos e de outros países.⁹⁹ Por sua vez, parâmetros de processos justos em organizações como a Organização Mundial do Comércio – OMC passaram a ser aplicados em disputas internas.¹⁰⁰

Portanto, transplantes são possíveis. Um país deveria considerar a introdução de *tribunals* para a reconsideração de decisões iniciais caso ele sentisse que o seu sistema de revisão judicial está sendo mal avaliado pela população, como aparentemente é o caso do Japão, ou muito lento e dispendioso para decidir questões relativamente simples. Ele poderia fazer uma experiência com cortes especializadas na matéria administrativa, para a revisão de alguns tipos particulares de casos que sobrecarregam o sistema de competência comum. Ele poderia tentar modelos adversariais com o intuito de fortalecer o estágio da decisão inicial ou modelos inquisitórios para fazer com que a decisão inicial seja menos dispendiosa e formal. Um emprego meticuloso de transplantes pode permitir a um país otimizar seu próprio sistema de direito público sem uma ruptura muito brusca com as normas de direito processual que lhe são familiares.

Como exemplo de potencial transplante, propus que os Estados Unidos considerassem fazer uma experiência com um *tribunal* para a seguridade social.¹⁰¹ O sucesso

⁹⁸ Ver o texto das notas 30-33.

⁹⁹ GOLDBACH, Toby S.; BRAKE, Benjamin; KATZENSTEIN, Peter. The Movement of U.S. Criminal and Administrative Law: Processes of Transplanting and Translating. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 20, n. 1, p. 141-184, 2013. p. 168-177.

¹⁰⁰ Ver BARAK-EZER, Daphne; PEREZ, Oren. Whose Administrative Law Is It Anyway? How Global Norms Reshape the Administrative State. *Cornell International Law Journal*, Nova York, v. 46, n. 3, p. 455-497, 2013. p. 468-72.

¹⁰¹ Ver ASIMOW, Michael; LUBBERS, Jeffrey S. The Merits of "Merits" Review: A Comparative Look at the Australian Administrative Appeals Tribunal. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Ontário, v. 28, p. 261-284, 2010. p. 281-284; ASIMOW, Michael; WOLFE, Jeffrey S. Thinking Outside the APA Box: A New Social Security Tribunal, *Administrative & Regulatory Law News*, Washington, v. 38, n. 2, p. 3-4, 2013. Disponível em: < <http://bit.ly/2ff-gxPL> >. Acesso em: 9 nov. 2016. Um tribunal para a seguridade social poderia ser um primeiro passo na direção





da experiência com *tribunals* para a seguridade social no Reino Unido e Austrália sugere que essa é uma ideia que poderia funcionar nos Estados Unidos. Existem óbvias questões de escala, tendo em vista que o sistema de seguridade social dos EUA lida com aproximadamente 700.000 pedidos de benefício por incapacidade ao ano.¹⁰² No entanto, o *British Social Security and Child Support Tribunal* lida com aproximadamente 400.000 processos ao ano e os decide em um prazo médio de 22 semanas.¹⁰³ *Tribunals* não são desconhecidos nos Estados Unidos. Por exemplo, o *Tax Court* funciona bem como um *tribunal* de tributos federais e os estados rotineiramente utilizam *tribunals* para a tomada de decisões em processos envolvendo benefícios, como, por exemplo, seguro desemprego e indenização por acidente do trabalho.

O sistema utilizado nos Estados Unidos para decisão sobre benefícios da seguridade social por incapacidade é altamente deficiente. Atualmente, as decisões iniciais nos requerimentos de benefícios por incapacidade no âmbito da seguridade social são proferidas por ALJs contratados pela *Social Security Administration* (SSA). A reconsideração das decisões dos ALJs é proferida pelo Conselho de Apelação (*Appeals Council*) da SSA. A revisão judicial tramita na Corte Federal Distrital (*Federal District Court*) (e há um grande volume desses casos). A Seguridade Social é atormentada por um acúmulo quase desanimador de processos ainda não decididos, um problema que deve apenas se agravar conforme as mudanças demográficas forem aumentando o número de requerentes de benefícios por incapacidade. Normalmente leva mais do que dois anos para que esses requerentes doentes e desempregados consigam um julgamento. Além disso, existe uma profunda desconfiança entre os ALJs e a SSA sobre várias medidas que a SSA adotou para aumentar a produtividade e avaliar a qualidade do trabalho dos ALJs. Outro problema é que não há número suficiente de ALJs para reduzir o acervo, mas o sistema de contratação de mais ALJs pelo *Office of Personnel Management* está embaraçoso e insatisfatório em variados aspectos (até porque ele dá preferência a veteranos militares o que importa em discriminação contra as mulheres). A revisão judicial

de um tribunal para benefícios federais. Esse tribunal para benefícios poderia adjudicar processos envolvendo a seguridade social, juntamente com os processos envolvendo benefícios dos veteranos de guerra, que são atualmente decididos pela Veterans Administration e os casos de doenças pulmonares geradas pela inalação do pó de carvão, que são atualmente resolvidos pelo Labor Department.

¹⁰² Informações sobre U.S. SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION. **Social Security's Hearings and Appeals Process**. Disponível em: < <http://www.socialsecurity.gov/appeals/> >. Acesso em: 11 nov. 2016.

¹⁰³ REINO UNIDO. Ministry of Justice, HM Courts; Tribunals Service. **Social Security and Child Support Statistics**: 1 April 2010 to 31 March 2011, at 4 (n.d.). Disponível em: < <http://bit.ly/2g7nfFh> >. Acesso em: 11 nov. 2016. O *tribunal* da seguridade social utiliza majoritariamente métodos inquisitórios ao invés de adversariais. THOMAS, R. From "Adversarial v. Inquisitorial" to "Active, Enabling, and Investigative": Developments in UK Administrative Tribunals. In: JACOBS, L.; BEGLAY, S. (Ed.). **The Nature of Inquisitorial Processes in Administrative Regimes**. Londres: Routledge, 2013. p. 51-70. Thomas declara que o *tribunal* da seguridade social decide 450.000 processos por ano, em um tempo médio de vinte e cinco semanas por processo. THOMAS, Robert. Administrative Justice, Better Decisions, and Organizational Learning. **Public Law**, Londres, p. 111-131, 2015. p. 6. (manuscrito).





de milhares de processos da seguridade social na Corte Federal Distrital sobrecarrega os juízes e pode representar uma subutilização dos recursos judiciais.

Um *tribunal* para a seguridade social poderia retirar os *administrative judges* da SSA. Os atuais ALJs poderiam ser transferidos para o novo *tribunal* e poderiam continuar sendo protegidos contra a demissão injustificada. Todavia, os ALJs não poderiam mais usufruir das disposições elaboradas para assegurar-lhes a independência decisória atualmente proporcionada pelo APA.¹⁰⁴ Consequentemente, o *tribunal* poderia ser livre para contratar seus próprios juízes, admitindo os candidatos mais qualificados sem as restrições do sistema atual e sem a preferência pelos veteranos. Ele poderia instituir um sistema probatório de modo que os novos juízes que ficassem abaixo da expectativa pudessem ser facilmente eliminados. O *tribunal* poderia ser autorizado a valer-se de variadas ferramentas gerenciais que atualmente não são utilizadas, como a avaliação dos juízes e revisão pelos pares. O *tribunal* poderia empregar juízes temporários, aposentados, por meio período ou mesmo leigos, até que o acúmulo de processos fosse reduzido. O ingresso de novos juízes permitiria que o novo *tribunal* realizasse audiências mais rapidamente do que é possível com o limitado quadro atual de juízes da seguridade social e isso permitiria a eles proceder a um julgamento colegiado ao invés de monocrático. Outra reforma que poderia ser introduzida simultaneamente é a criação de um *tribunal* de apelação para a seguridade social (como o *United Kingdom's Upper Tribunal*). Se existisse um *tribunal* de apelação, o Congresso poderia contribuir para a redução do volume de processos envolvendo a seguridade social que atualmente sobrecarrega as Cortes Federais Distritais. Ele poderia, por exemplo, limitar a jurisdição das cortes às questões de direito, excluindo as questões de fato. Subsidiariamente, poderia existir uma corte especializada em benefícios para a revisão de decisões envolvendo a seguridade social (semelhante à *Veterans Court*). Todas essas ideias são essencialmente transplantes de outros sistemas que aparentam estar funcionando bem, ainda que elas não se afastem drasticamente da cultura jurídica dos EUA, uma vez que há estruturas similares funcionando nos EUA.

5. CONCLUSÃO

Todo país deve elaborar um sistema para solução do grande número de conflitos entre particulares e agências governamentais. Esse sistema de vital importância é a

¹⁰⁴ O sistema de ALJ foi criado com a finalidade de assegurar a independência para os adjudicadores (então conhecidos como *hearing officers*) integrantes das agências com funções combinadas. Ver nota 19 (relacionando as garantias que asseguram a independência do ALJ); ASIMOW, Michael. *The Administrative Judiciary: ALJ's in Historical Perspective*. *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*, California, v. 20, n. 1, p. 157-165, 2000; VERKUIL, Paul; GIFFORD, Daniel; KOCH Jr., Charles; PIERCE Jr., Richard; LUBBERS, Jeffrey. *The Federal Administrative Judiciary. Administrative Conference of the U.S.: Recommendations and Reports*. v. 2. Washington, 1992. Esse elevado nível de proteção da independência dos julgadores não seria necessário se eles trabalhassem em um *tribunal* independente ao invés de uma agência com funções combinadas.





face da justiça para milhões de pessoas comuns. Ele deveria ser delineado de maneira a maximizar sua utilidade através da otimização do equilíbrio entre precisão, eficiência e justiça.

Esse artigo descreveu cinco modelos de sistemas de adjudicação administrativa empregados por uma grande variedade de países. Esses modelos diferem entre si na escolha se a decisão inicial, a reconsideração ou a revisão judicial será o principal ponto de controle de eventuais erros governamentais. Eles também se distinguem na forma como cada país associa um conjunto limitado de variáveis: agências com funções combinadas versus *tribunal* separado; processo adversarial versus inquisitório; revisão judicial aberta versus revisão judicial fechada; cortes especializadas versus cortes de competência comum. Essas escolhas estabelecem uma forte dependência da trajetória e refletem a cultura jurídica de cada país, bem como um compromisso político.

Esse texto não expressa uma preferência normativa dentre os cinco modelos. Não há um único modelo claramente superior para o exercício da adjudicação administrativa; melhor dizendo, cada sistema poderia ser aperfeiçoado através de uma cuidadosa remodelação e de um aproveitamento estratégico de procedimentos utilizados em outros países, assim como mediante proteções adicionais para a independência decisória e um adequado nível do quadro de pessoal e de recursos para a execução dessa tarefa.

6. REFERÊNCIAS

ALLARS, Margaret. The Nature of Merits Review: A bold vision realised in the administrative appeals tribunal. **Federal Law Review**, Canberra, v. 41, n. 2, p. 197-226, 2013.

ASIMOW, Michael; DUNLOP, Lisl. The Many Faces of Administrative Adjudication in the European Union. **Administrative Law Review**, Washington, v. 61, p. 131-170, 2009.

ASIMOW, Michael; LUBBERS, Jeffrey S. The Merits of “Merits” Review: A Comparative Look at the Australian Administrative Appeals Tribunal. **Windsor Yearbook of Access to Justice**, Ontário, v. 28, p. 261-284, 2010. Disponível em: < <http://bit.ly/2fC1SeE>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

ASIMOW, Michael; WOLFE, Jeffrey S. Thinking Outside the APA Box: A New Social Security Tribunal, **Administrative & Regulatory Law News**, Washington, v. 38, n. 2, p. 3-4, 2013. Disponível em: < <http://bit.ly/2ffgxPL>>. Acesso em: 9 nov. 2016.

ASIMOW, Michael. The Administrative Judiciary: ALJ's in Historical Perspective. **Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary**, California, v. 20, n. 1, p. 157-165, 2000.

ASIMOW, Michael. The Spreading Umbrella: Extending the APA's Adjudication Provisions to All Evidentiary Hearings Required by Statute. **Administrative Law Review**, Washington, v. 56, p. 1003-1008, 2004.





AUBY, Jean-Bernard; CLUZEL-M'ETAYER, Lucie. Administrative Law in France. In: SEERDEN, René (Ed.). **Administrative Law of The European Union, Its Member States and The United States**. 2. ed. Cambridge: Intersentia, 2007. p. 61-92.

BALBIN, Carlos F. **Manual de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2011.

BARAK-EZER, Daphne; PEREZ, Oren. Whose Administrative Law Is It Anyway? How Global Norms Reshape the Administrative State. **Cornell International Law Journal**, Nova York, v. 46, n. 3, p. 455-497, 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/2fmkv73>>. Acesso em: 9 nov. 2016.

BIGNAMI, Francesca. Creating European Rights: National Values and Supranational Interests. **Columbia Journal of European Law**, Nova York, v. 11, p. 241-352, 2005. Disponível em: <<http://bit.ly/2fbY95h>>. Acesso em 8 nov. 2016.

BIGNAMI, Francesca. From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law. **American Journal of Comparative Law**, Washington, v. 59, n. 4, p. 859-908, 2011. Disponível em : <<http://bit.ly/2fb7khl>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

BROWN, L. Neville; BELL, John S. **French Administrative Law**. Toronto: Oxford University Press, 5. ed., 1998.

CRAIG, Paul. **EU Administrative Law**. 2. ed. Nova York: Oxford University Press, 2012.

CRAIG, Paul. Judicial Review, Appeal and Factual Error. **Public Law**, Londres, p. 788-807, 2004.

CRAIG, Paul. Perspectives on Process: Common Law, Statutory and Political. **Public Law**, Londres, n. 2, p. 275-296, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2fBEduX>>. Acesso em 8 nov 2016.

CRAMTON, Roger. A Comment on Trial-Type Hearings in Nuclear Power Plant Siting. **Virginia Law Review**, Charlottesville, v. 58, n. 4, p. 585-599, 1972. Disponível em: <<http://bit.ly/2eB6BMu>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

ELLIOTT, Mark; THOMAS, Robert. Tribunal Justice, Cart, and Proportionate Dispute Resolution. **Cambridge Law Journal**, Cambridge, v. 71, n. 2, p. 297-324, 2012.

ELLIOTT, Mark. Ombudsmen, Tribunals, Inquiries: Re-Fashioning Accountability Beyond the Courts. **Legal Studies Research Papers Series**, Cambridge, n. 21, 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/2fkVPMc>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

EUROPEAN COMMISSION. **Antitrust: Manual of Procedures**. Bruxelas: European Comission Office, 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/2fAzc7p>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

GAROUPA, Nuno; OGUS, A.; SANDERS, Andrew. The Investigation and Prosecution of Regulatory Offenses: Is there an Economic Case for Integration. **Cambridge Law Journal**, Cambridge, v. 70, n. 1, p. 229-259, 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2fkYqG0>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

GIFFORD, Daniel J. Federal Administrative Law Judges: The Relevance of Past Choices to Future Directions. **Administrative Law Review**, Washington, v. 49, n. 1, p. 4-5, 1997.





GINSBURG, Tom; HOETKER, Glenn. The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation. **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 35, n. 1, p. 31-59, 2006.

GINSBURG, Tom; MASUR, Jonathan S.; McADAMS, Richard H. Libertarian Paternalism, Path Dependence, and Temporary Law. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 81, p. 291-359, 2014. Disponível em: < <http://bit.ly/2eDpcrp> >. Acesso em: 9 nov. 2016.

GINSBURG, Tom. Confucian Constitutionalism? Globalization and Judicial Review in Korea and Taiwan. **Law and Social Inquiry**, [S.l.], v. 27, n. 4, p. 763-799, 2002.

GINSBURG, Tom. Dismantling the "Developmental State?" Administrative Procedure Reform in Japan and Korea. **The American Journal of Comparative Law**, Chicago, v. 49, n. 4, p. 585-625, 2001.

GOLDBACH, Toby S.; BRAKE, Benjamin; KATZENSTEIN, Peter. The Movement of U.S. Criminal and Administrative Law: Processes of Transplanting and Translating. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Bloomington, v. 20, n. 1, p. 141-184, 2013.

HATHAWAY, Oona A. Path Dependence and the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System. **Iowa Law Review**, Iowa, v. 86, p. 601-611, 2001. Disponível em: < <http://bit.ly/2fCQpgl> >. Acesso em: 9 nov. 2016.

HE HAIBO. Litigation Without a Ruling: The Predicament of Administrative Law in China, **Tsinghua China Law Review**, Pequim, v. 3, p. 257-280, 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2fBasKB>> . Acesso em: 8 nov. 2016.

HERBERT, Georg. **Administrative Justice in Europe — Report for Germany** [S.l.: n.d.]. Disponível em: < <http://bit.ly/2gliROb> >. Acesso em: 9 nov. 2016.

JORDÃO, Eduardo; ROSE-ACKERMAN, Susan. Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies Beyond Rights Review. **Administrative Law Review**, Washington, v. 66, n. 1, p. 1-72, 2014.

KINKEL, Jonathan; HURST, William. Review Essay — Access to Justice in Post-Mao China: Assessing the Politics of Criminal and Administrative Law. **Journal of East Asian Studies**, Cambridge, v. 11, n. 3, p. 467-499, 2011.

MAHBOUBI, Neysun. Suing the Government in China. In: ZHOU, K.; RIGGER, S.; WHITE III, L. (Ed.). **Democratization in China, Korea, and Southeast Asia**. Londres: Routledge, 2014. p. 141-155.

MASSOT, Jean. The Powers and Duties of the French Administrative Law Judge. In: ROSE-ACKERMAN, Susan ; LINDSETH, Peter (Eds.). **Comparative Administrative Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010. p. 415-425.

MINZNER, Carl F. China's Turn Against Law. **American Journal of Comparative Law**, [S.l.], vol. 59, p. 935-984, 2011. Disponível em: < <http://bit.ly/2fAsG0s> > . Acesso em: 8 nov. 2016.





MINZNER, Carl F. Xinfang: Alternative to Formal Chinese Legal Institutions. **Stanford Journal International Legal**, Stanford, v. 42, p. 103-179, 2006.

NEMPO, Shiho Tokei. [Relatório Anual de Estatísticas Judiciais], tbl.4, [S.I.] 2012. Disponível em Japonês em: <<http://www.courts.go.jp/sihotokei/nenpo/pdf/B24DMIN4.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

PALMER, Michael. Compromising Courts and Harmonizing Ideologies: Mediation in the Administrative Chambers of the People's Republic of China In: HARDING, A.; NICHOLSON, P. (Ed.). **New Courts in Asia**. Londres & Nova York: Routledge, 2010.

PEERENBOOM, Randall. Judicial Independence in China: Common Myths and Unfounded Assumptions. **La Trobe Law School Legal Studies Research Paper**, Melbourne, nº 11, sept. 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2fLYxZW>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

PEERENBOOM, Randall. **Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion**. Nova York: Cambridge University Press, 2010.

RABIN, Robert. Federal Regulation in Historical Perspective. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 38, n. 5, p. 1189-1326, 1986.

RAMSEYER, Mark; NAKAZATO, Minoru. **Japanese Law: An Economic Approach**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

SCHRÖDER, Meinhard. Administrative Law in Germany. In: SEERDEN, Réne (Ed.). **Administrative Law of The European Union, Its Member States, and The United States**. 2. ed. Cambridge: Intersentia, 2007. p. 91-154.

SCHWARTZ, Bernard. **French Administrative Law And The Common Law World**. New York: New York University Press, 1954.

SINGH, Mahendra P. **German Administrative Law in Common Law Perspective**. 2. ed., v. 149. Berlin: Springer, 2001.

THOMAS, Robert. Administrative Justice, Better Decisions, and Organizational Learning. **Public Law**, Londres, p. 111-131, 2015.

THOMAS, Robert. From "Adversarial v. Inquisitorial" to "Active, Enabling, and Investigative": Developments in UK Administrative Tribunals. In: JACOBS, Laverne; BEGLAY, Sasha (Ed.). **The Nature of Inquisitorial Processes in Administrative Regimes**. Londres: Routledge, 2013. p. 51-70. Disponível em: <<http://bit.ly/2fBVHaj>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

USHIJIMA, Hitoshi. Administrative Law and Judicialized Governance in Japan. In: GINSBURG, Tom; CHEN, Albert H.Y. (Eds.). **Administrative Law And Governance In East Asia**. Londres: Routledge, 2009. p. 81-100.





VERKUIL, Paul; GIFFORD, Daniel; KOCH Jr., Charles; PIERCE Jr., Richard; LUBBERS, Jeffrey. The Federal Administrative Judiciary. **Administrative Conference of the U.S.:** Recommendations and Reports. v. 2. Washington, 1992.

WADE, H. W. R.; FORSYTH, C. F. **Administrative Law.** 10th ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

WEI CUI. Foreign Administrative Law and International Taxation: A Case Study of Treaty Implementation in China. **Administrative Law Review**, Washington, v. 64, p. 191-233, 2012.

WILS, Wouter P. J. The Role of the Hearing Officer in Competition Proceedings Before the European Commission. **World Competition: Law and Economics Review**, [S.l.], v. 35, n. 3, p. 431-456, 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/2fY9c8F>> . Acesso em: 8 nov. 2016.







Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v4i1.50155

Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina*

Contemporary challenges in Latin American administrative justice

RICARDO PERLINGEIRO**

Universidade Federal Fluminense (Brasil)

ricardoperlingeiro@id.uff.br

Recebido/Received: 12.01.2017 / January 12th, 2017

Aprovado/Approved: 06.02.2017 / February 6th, 2017

Resumo

O presente estudo consiste em uma análise crítica comparada dos sistemas de jurisdição administrativa nos 18 países latino-americanos de origem ibérica, sujeitos à Convenção Americana de Direitos Humanos (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela). Como fator de estrangulamento da efetividade da jurisdição administrativa, o excesso de litígios nos tribunais latino-americanos é associado a uma indevida adaptação do sistema judiciário único, típico do direito administrativo de países vinculados ao common law,

Abstract

his study consists of a critical comparative analysis of the administrative justice systems in eighteen Latin-American signatory countries of the American Convention on Human Rights (Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, the Dominican Republic, Uruguay and Venezuela). According to this article, the excessive litigation in Latin-American courts that has seriously hampered the effectiveness of the administrative justice systems may be explained as follows: as former Iberian colonies, the aforementioned countries have a Continental European legal culture (civil law) but nevertheless have

Como citar esse artigo/How to cite this article: PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.50155.

* Texto-base da conferência Reform of Administrative Justice in Latin America, ministrada no Seminário internacional Administrative justice: comparative and Russian contexts, em Tyumen, República Federativa da Rússia, nos dias 29 e 30 de setembro de 2016, no âmbito do II Fórum Jurídico Siberiano destinado ao Direito Processual Administrativo Russo. As teses apresentadas neste artigo decorrem de estudos iniciados quando da conferência ministrada no Seminário Perspectivas comparativas de la Justicia Administrativa, organizado pelo Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), na Cidade do México, em 7 de fevereiro de 2014, e cujo conteúdo levou às seguintes publicações: O devido processo administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar?, na Revista de Processo, São Paulo, v. 239, p. 293-331, jan. 2015, e Justiça administrativa no Brasil: uma jurisdição administrativa judicial, extrajudicial ou híbrida?, na Revista CEJ, Brasília, Ano XVIII, n. 62, p. 71-78, jan./abril 2014. Agradecimentos a Alexandre Arruda, Bernard Reis, Carmen Silvia Arruda e Flavia Martins Affonso, doutorandos em direito na Universidade Federal Fluminense (UFF), e Graziela De Caro e Anna Gabriela Costa, graduandas em direito na mesma universidade, e Juliana Perlingeiro, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

** Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (Rio de Janeiro – Rio de Janeiro, Brasil). Pesquisador convidado do Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer – FÖV (Speyer, Alemanha) (2006-2007). Coordenador brasileiro do Projeto DAAD Justiça Administrativa e fortalecimento do Estado de Direito na América Latina (2009-2012). Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro, Brasil). E-mail: ricardoperlingeiro@id.uff.br.





em uma cultura jurídica europeia-continental com origem no civil law. Tal cenário, segundo o autor, pode ser revertido mediante o fortalecimento do papel das autoridades administrativas quanto a funções jurisdicionais e a funções meramente executivas, dotando-lhes de prerrogativas que assegurem uma atuação (independente e imparcial) orientada pela supremacia dos direitos fundamentais, e com lastro na doutrina do controle difuso de convencionalidade consagrada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

improperly integrated certain aspects of the unified judicial system (generalized courts) typical of administrative law in common law countries. This situation, according to the author, could be rectified through strengthening the public administrative authorities with respect to their dispute-resolution and purely executive functions by endowing them with prerogatives to act independently and impartially, oriented by the principle of legality understood in the sense of supremacy of fundamental rights, in light of the doctrine of diffuse conventionality control adopted by the Inter-American Court of Human Rights.

Palavras-chave: justiça administrativa; devido processo legal; processo administrativo; jurisdição; América Latina.

Keywords: administrative justice; due process; administrative process; adjudication; Latin America.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Direito à tutela judicial efetiva; 2.1. Intensidade; 2.1.1. Controle sobre o conteúdo das decisões administrativas; 2.1.2. Controle jurisdicional de atos de governo; 2.2. Pretensões admissíveis; 2.3. Medidas cautelares; 2.4. Judicialização exacerbada; 3. Desafios referentes ao sistema judiciário; 3.1. Razões históricas da crise de identidade do sistema judicial; 3.2. Os extremos: deferência administrativa e controle judicial intenso; 3.3. Credibilidade a partir da especialização dos tribunais; 3.4. Individuais as demandas repetitivas?; 4. Desafios referentes às autoridades administrativas; 4.1. Funções administrativas primárias; 4.2. Funções administrativas secundárias; 5. Controle difuso de convencionalidade pelas autoridades administrativas; 6. Certas perspectivas organizacionais para a jurisdição administrativa; 7. Considerações finais; 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O excesso de demandas judiciais na América Latina é extraordinário e poderia deixar um visitante perplexo com a alta produtividade dos seus tribunais judiciais. A título de exemplo, no Brasil, somente em 2014, cada juiz proferiu em média 1500 sentenças.¹

Contudo, em matéria de direito administrativo, na realidade, os juízes vêm sendo induzidos a decidir questões análogas, repetidas, o que os têm aproximado da figura de um gestor de acervos processuais e de uma autoridade meramente executiva,² e

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**: ano base 2013. Brasília: CNJ, 2014. p. 39. Ver também: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**: ano base 2014. Brasília: CNJ, 2015. Sobre o excesso de demandas judiciais no contencioso administrativo chileno, ver: CORTE SUPREMA DO CHILE. **Acta 176**, de 24 de outubro de 2014.

² Ver: REIS, Wanderlei José dos. Juiz-Gestor: um novo paradigma. **Revista On Line do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário** – IBRAJUS, [S.l.] 2011. Disponível em: < <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=215>>; SILVEIRA NETO, Antônio. Conflitos de massa e gestão dos processos judiciais. In: MORAES, Vânia Cardoso A. de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**. Brasília: Enfam, 2016; e GUBERT, Jerson Moacir; BORDASCH, Rosane Wanner Silva. **Processamento e Gestão das Ações**





com o sacrifício da sua vocação jurisdicional para decidir conflitos e proteger direitos.³ Isso porque, a maioria dos litígios é artificial, ou seja, não decorre de uma pretensão cujo atendimento esteja ao alcance das autoridades, mas resulta de uma realidade em que tais autoridades não cumprem seus deveres por falta de infraestrutura suficiente para harmonizar o princípio da legalidade (associado à supremacia dos direitos fundamentais) com o princípio administrativo da subordinação hierárquica.⁴ Ademais, em muitos casos, são as autoridades que buscam o Judiciário com pretensões executórias contra particulares, externando o consenso (entre cidadãos, autoridades, Judiciário e legislador) de que autoridades administrativas não são confiáveis para promover a execução das suas próprias decisões, em flagrante contradição com o poder de autoexecutoriedade dos atos administrativos.⁵

Com efeito, observa-se um formidável avanço dos princípios processuais inerentes à tutela judicial efetiva na legislação e jurisprudência latino-americanas. No entanto, por diversas razões, que vão desde a ausência de especialização do Judiciário e de leis processuais sensíveis à natureza de direito público dos conflitos até a ausência de independência e de capacidade técnica das autoridades administrativas para exercerem o seu papel institucional, o fato é que não se consegue estancar a proliferação de demandas repetitivas ora rotuladas de “demandas artificiais”.⁶ Segundo Falcão, “A bolha judicial cresce, e a confiança na Justiça diminui”.⁷

Nesse contexto, em busca de soluções para o aperfeiçoamento da jurisdição administrativa na América Latina, aborda-se o atual estágio de evolução do direito à proteção judicial sobre as causas de direito administrativo, em paralelo com a organização judiciária correspondente, sem perder de vista as funções executivas e também jurisdicionais a cargo das autoridades administrativas. Para tanto, realizou-se uma análise crítica e comparada dos sistemas de justiça administrativa dos países latino-americanos de origem ibérica e sujeitos à Convenção Americana de Direitos Humanos: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala,

de Massa. In: MORAES, Vânia Cardoso A. de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**. Brasília: Enfam, 2016.

³ Ver STRECK, Lenio Luiz. Juiz não é gestor nem gerente. Ele deve julgar. E bem! **Consultor Jurídico**, São Paulo, ago. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-ago-08/senso-incomum-juiz-nao-gestor-nem-gerente-juiz-julgar-bem>>. Acesso em: 31 jan 2017.

⁴ Ver o tópico 3 deste artigo em diante.

⁵ Ver PERLINGEIRO, Ricardo. A execução forçada de pretensões pecuniárias e a coerção administrativa de fazer, suportar ou omitir-se. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 21, ano 3, p. 133-141. 2015.

⁶ Demandas repetitivas é uma expressão adotada pelo Conselho Nacional de Justiça brasileiro, no projeto Pesquisa sobre Demandas Repetitivas, e no art. 976 do Código de Processo Civil brasileiro, com o *Incidente de Deandas Repetitivas*.

⁷ FALCÃO, Joaquim. A bolha judicial. **Revista Conjuntura Econômica**, Rio de Janeiro, v. 60, n. 4, p. 45, abr. 2006.





Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

Como fonte de pesquisa, o estudo incluiu a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte I.D.H.) e de tribunais nacionais; a legislação processual nacional (Judicial e Extrajudicial); o Código Modelo de Processos (Judicial e Extrajudicial) para Ibero-América, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual;⁸ o Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa, da Universidade Federal Fluminense e da Universidade de Speyer;⁹ e ainda o Código de Processo Administrativo da Federação Russa, em razão do texto ter sido elaborado em função do *II Siberian Legal Forum devoted to the development of administrative legal proceedings in Russia*.¹⁰

Faz-se igualmente necessário assinalar o alcance e o contexto de algumas expressões utilizadas no presente estudo: *contencioso administrativo* relaciona-se às reclamações ou impugnações de um interessado contra comportamentos de uma autoridade administrativa; *jurisdição administrativa* serve para designar a prestação estatal para solução (coertiva e definitiva) de um contencioso administrativo; *justiça administrativa* se refere aos órgãos do Estado responsáveis por essa atuação jurisdicional;¹¹ *processo administrativo judicial* descreve o processo sobre causas de direito administrativo que corre perante órgãos judiciais; *processo administrativo extrajudicial* refere-se ao processo sobre causas de direito administrativo perante autoridades administrativas; *procedimento administrativo* designa um processo administrativo extrajudicial sem aptidão para gerar jurisdição (pela ausência de independência das autoridades); *funções administrativas primárias* recobrem atribuições executivas típicas da Administração Pública; e finalmente as “*funções administrativas secundárias* relacionam-se a atribuições destinadas à solução de contenciosos administrativos, também denominadas *funções administrativas jurisdicionais*”.¹²

⁸ Ver GRINOVER, Ada Pellegrini; PERLINGEIRO, Ricardo et al. Código Modelo de Processos Administrativos - Judicial e Extrajudicial - para Iberoamérica. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. X, p.360-383. 2012.

⁹ Ver PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction**: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions. Niterói: Editora da UFF, 2014.

¹⁰ SIBERIAN LEGAL FORUM, 2, 2016, Tyumen. **Administrative justice**: comparative and Russian contexts. Rússia, 2016.

¹¹ NÚCLEO DE CIÊNCIAS DO PODER JUDICIÁRIO DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (NUPEJ). Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa (PPGJA/UFF), Niterói, 2008.

¹² Ver PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.





2. DIREITO À TUTELA JUDICIAL EFETIVA

O direito à tutela judicial efetiva é ponto de cristalização do Estado de Direito na América Latina, reconhecido pelos arts. 8.1 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos como um direito a um tribunal competente, independente e imparcial, o qual respeite as garantias do devido processo legal procedimental para determinação dos direitos individuais, inclusive os de caráter administrativo, nos termos seguintes:

Art. 8.1 Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias, dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Art. 25.1 Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Art. 25.2 Os Estados Partes comprometem-se: (a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; (b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; (c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Em harmonia com o sistema interamericano de direitos humanos, está assentado nas leis e jurisprudência de grande parte dos países latino-americanos que o direito à tutela judicial efetiva nas causas de direito administrativo compreende três dimensões.¹³

¹³ As três dimensões do direito à tutela judicial efetiva na justiça administrativa foram formuladas por Karl-Peter Sommermann e Ricardo Perlingeiro quando da conclusão do projeto de pesquisa *Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa*. Em uma perspectiva comparada, também se extrai tais dimensões da cláusula da tutela judicial efetiva tal como consagrado no art. 4.1 do Código de Justiça Administrativa da Federação Russa (Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации).





2.1. Intensidade

2.1.1. Controle sobre o conteúdo das decisões administrativas

A proteção judicial deve ser plena. A revisão da legalidade formal e material deve incluir, quando apropriado, a verificação do respeito aos limites dos poderes discricionários foram respeitados pela autoridade pública.

A propósito do controle do conteúdo fático e jurídico das decisões administrativas, a Corte I.D.H. afirmou que

Este Tribunal aproxima-se da Corte Europeia, em termos gerais, ao entender que existe uma revisão judicial suficiente quando o órgão judicial examina todas as alegações e argumentos submetidos a seu conhecimento sobre a decisão do órgão administrativo, sem declinar sua competência ao resolvê-los ou a determinar os fatos. Ao contrário, esta Corte considera que não há uma revisão judicial se o órgão judicial está impedido de determinar o objeto principal da controvérsia, como, por exemplo, ocorre em casos em que se considera limitado pelas determinações fáticas ou jurídicas realizadas pelo órgão administrativo que tiverem sido decisivas na resolução do caso.¹⁴ (tradução nossa)

Acerca da revisão judicial do conteúdo das decisões, bem como dos poderes administrativos discricionários, dispõe o Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa:¹⁵

Art. 3 (Alcance do controle da legalidade da atuação administrativa)

(1) O tribunal controla a legalidade das ações ou omissões da autoridade administrativa. O controle de legalidade engloba tanto vícios de competência, de procedimento e de forma (legalidade formal ou externa), quanto os conteúdos (legalidade material ou interna). O controle de conteúdo se refere ao exame da fundamentação jurídica do ato individual e do regulamento, bem como dos seus pressupostos fáticos e da qualificação jurídica dos fatos. O tribunal verificará, ainda, se a autoridade administrativa incorreu em desvio de poder.

(2) Cabe ao tribunal, inclusive, examinar a correta aplicação e interpretação de conceitos jurídicos indeterminados por parte da autoridade administrativa.

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay**, São José, 13 de outubro de 2011, § 204.

¹⁵ PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction**: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions. Niterói: Editora da UFF, 2014. p. 7-8. Também ver art. 25 do Código Modelo de Processos (Judicial e Extrajudicial) para Ibero-América (GRINOVER, Ada Pellegrini; PERLINGEIRO, Ricardo et al. Código Modelo de Processos Administrativos - Judicial e Extrajudicial - para Iberoamérica. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. X, p.360-383. 2012).





Art. 4 (Controle dos poderes discricionários)

(1) Quando a autoridade administrativa tiver exercido poderes discricionários, o tribunal examinará especialmente.

a) se a ação ou omissão administrativa excedeu os limites do poder discricionários;

b) se atuou conforme a finalidade estabelecida na norma que autoriza o poder em questão;

c) se tornou vulneráveis direitos fundamentais ou princípios, como o da igualdade, proporcionalidade, proibição da arbitrariedade, boa fé e proteção da confiança legítima.

(2) Também se controlará a falta de exercício de um poder discricionário.

Art. 5 (Controle de planificação)

[...] o tribunal deve controlar se o ato ou o regulamento se ajusta às leis e, sobretudo, se está motivado. O tribunal também verifica se a autoridade administrativa não incorreu em vícios de ponderação quanto aos bens jurídicos, direitos e interesses que estão em jogo. São vícios de ponderação a falta de exercício ou deficiência administrativa, a não inclusão de bens e interesses relevantes, a atribuição de uma importância inadequada a determinados bens ou interesses (avaliação deficiente de bens e interesses) e a falta de proporcionalidade na ponderação global.

Nessa direção, a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica decidiu que:

A função administrativa, de acordo com o parâmetro constitucional (artigos 33 e 409 da Constituição Política), deve ser objeto de um controle de legalidade plenário e universal, sem brechas ou redutos isentos, sobretudo, se são criados e postos em funcionamento para servir ou atender as necessidades dos cidadãos ou administrados - organizações de prestação de serviço.¹⁶ (grifo do autor e tradução nossa)

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal brasileiro entende que “não viola o princípio da separação dos poderes o controle judicial de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade, o qual envolva a verificação da ocorrência dos

¹⁶ COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica. Exp: 04-011636-0007-CO, Res. 03669-2006, São José, 15 de março de 2006. Ver JINESTA, Ernesto. Principio general de la justiciabilidad plenaria y universal de la conducta administrativa. In: BREWER-CARÍAS, Alan et al. (Coord.). **La protección de los derechos frente al poder de la administración**. Bogotá: Editoriales Temis, tirant lo Blanch y jurídica venezolana, 2014. p. 607-634. A propósito, de acordo com o art. 15 da Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (Lei nº 6.227, de 28 de abril de 1978), o juiz “exercerá controle de legalidade sobre os aspectos reguladores do ato discricionário e sobre a observância de seus limites”. Sobre um controle do conteúdo das decisões administrativas, ver o art. 51 da Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo do México, de 4 de outubro de 2005.





pressupostos de fato e de direito, podendo os tribunais judiciais enfrentarem, inclusive, as questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade¹⁷ e que “tais tribunais não apenas examinam a proporcionalidade que marca a relação entre meios e fins da decisão administrativa, mas também aquela que se manifesta na relação entre a decisão administrativa e os seus motivos (declarados na motivação da decisão)”¹⁸.

Portanto, do ponto de vista dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade, a margem de atuação das autoridades (poder discricionário e margem de apreciação)¹⁹ não escapa do controle judicial²⁰ e, com tal perspectiva, na realidade, a afirmação de que “o juiz não deve interferir na margem de decisão das autoridades”²¹ deve aplicar-se a situações bem específicas, como as de controle sobre decisões administrativas com conteúdo técnico estranho ao direito, em que o juiz não tem habilitação ou não tem maior habilitação (em relação às autoridades) para controlar o conteúdo (de discricionariedade e de apreciação) daquelas decisões.²²

2.1.2. Controle jurisdicional de atos de governo

Em princípio, atos de governo também se sujeitam a um controle jurisdicional, porém tal questão é ainda controvertida.

Otto Mayer, em sua obra nos fins do século XIX, jamais aceitou a categoria de atos governativos (*acte du gouvernement*). Segundo ele, a atuação estatal pode ser legislativa, judiciária ou administrativa, nunca governativa, que serviria somente para justificar uma imunidade.²³

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 800.892 Agr/BA. Brasília, 12 de março de 2013.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança 24.699/DF. Brasília, 30 de novembro de 2004.

¹⁹ Sobre a diferença entre poderes discricionários, margem de apreciação e conceitos jurídicos indeterminados, ver MAURER, Hartmut. **Derecho administrativo alemán**. Mexico: UNAM, 2012. p. 21-52.

²⁰ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo**. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 21.

²¹ O art. 6 (a) da Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa do Equador (Lei nº 35, de 18 de março de 1968) exclui o poder administrativo discricionário da apreciação jurisdicional.

²² Sobre a jurisprudência do Tribunal Federal Administrativo alemão, ver BLANKE, Hermann-Josef. La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. Margenes de discrecionalidad y de apreciación. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Ed.). **Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa**. Buenos Aires: Universidad Buenos Aires, 2012. p. 41. Fábio de Souza Silva adota o critério da *confiabilidade* da decisão administrativa para medir o grau de interferência judicial na margem de atuação das autoridades administrativas (ver SILVA, Fábio de Souza. **Discrecionalidade técnica e direito à saúde**: confiança como limite para o controle judicial. Niterói, 2014. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense). Sobre a deferência judicial em favor da Administração, do ponto de vista de discricionariedade técnica, ver JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016.

²³ MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 3-5. Sobre as controvérsias acerca do conflito entre atribuições governativas (*acte du gouvernement*) e as atividades administrativas contenciosas à época, ver FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramon. La pugna entre la Administración y los tribunales





Segundo Ernesto Jinesta,

A regra deve ser a de que os atos que emanem dos órgãos do governo, mesmo os de máxima hierarquia e relevância, e que se encontrem submetidos a um regime legal devem ser controlados pela justiça administrativa, uma vez que compete a ela exercer o controle de legalidade, não se admitindo, em nenhum caso, uma zona de imunidade jurisdiccional.²⁴ (tradução nossa)

No entanto, diversas leis latino-americanas encontram-se em sentido oposto: art. 6 (c) da Lei da Jurisdição Contencioso-Administrativa do Equador reconhece a categoria de *atos políticos do governo* e os exclui do controle judicial;²⁵ art. 3 II (a) da Lei de Procedimento Administrativo da Bolívia dispõe que *os atos de governo referentes às faculdades de livre nomeação e remoção de autoridades* não se sujeitam às regras daquela Lei;²⁶ art. 4 (b) da Lei da Jurisdição do Contencioso Administrativo de Honduras exclui da apreciação jurisdiccional “os atos de relação entre os Poderes do Estado ou ligados a relações internacionais, defesa do território nacional e comando e organização militar”;²⁷ art. 4 (a) da Lei da Jurisdição Contencioso-Administrativa de El Salvador;²⁸ o art. 21.1 e 21.2 da Lei do Contencioso-Administrativo da Guatemala;²⁹ art. 17.1 da Lei de Regulação da Jurisdição do Contencioso Administrativo da Nicarágua.³⁰

2.2. Pretensões admissíveis

O direito processual deve garantir que os indivíduos sejam capazes de agir em juízo não só contra as decisões administrativas adversas ou outras medidas com efeito prejudicial a eles, mas também quando a autoridade administrativa não atender a um requerimento ou deixar de fornecer um benefício que o indivíduo considere seu direito. Portanto, o tribunal deve estar investido em poderes para se pronunciar sobre

ordinarios como rasgo sobresaliente del primer constitucionalismo español. In: FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramon. **Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa**:1845-1998. Madrid: Iustel, 2007.

²⁴ JINESTA, Ernesto. Principio general de la justiciabilidad plenaria y universal de la conducta administrativa. In: BREWER-CARÍAS, Alan et al. (Coord.). **La protección de los derechos frente al poder de la administración**. Libro en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Bogotá: Editoriales Temis, tirant lo Blanch y jurídica venezolana, 2014. p. 607-634.

²⁵ Lei de Jurisdição Contencioso Administrativo do Equador (Lei nº 35, de 18 de março de 1968).

²⁶ Lei de Procedimento Administrativo da Bolívia (Lei nº 2341, de 23 abril de 2002).

²⁷ Lei da Jurisdição do Contencioso Administrativo de Honduras (Decreto nº 189, de 31 de dezembro de 1987).

²⁸ Lei da Jurisdição Contencioso-Administrativa de El Salvador (Decreto nº 81, de 14 de novembro de 1978).

²⁹ Lei do Contencioso-Administrativo da Guatemala (Decreto nº 119, de 17 de dezembro de 1996).

³⁰ Lei de Regulação da Jurisdição do Contencioso Administrativo da Nicarágua (Lei nº 350, de 18 de maio de 2000).





os deveres correspondentes da autoridade administrativa, e um processo de execução adequado deve estar disponível a fim de tornar tais obrigações efetivas.³¹

Sobre a necessidade de o legislador processual consagrar medidas judiciais condenatórias de fazer e de não fazer, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirma que:

Por outro lado, como assinalou anteriormente o Tribunal, ao avaliar a efetividade dos recursos interpostos no âmbito da jurisdição contencioso-administrativa nacional, a Corte deve observar se as decisões tomadas contribuíram efetivamente para pôr fim a uma situação violadora de direitos, para assegurar a não recorrência dos atos danosos e para garantir o livre e pleno exercício dos direitos protegidos pela Convenção.³² (tradução nossa e grifo nosso)

Também, segundo a Corte I.D.H., “para que o recurso de nulidade fosse efetivo, teria que implicar tanto a anulação do ato, como a consequente determinação ou, conforme o caso, o reconhecimento dos direitos estabelecidos”.³³ (tradução nossa e grifo nosso)

No que concerne às medidas executórias, sistematiza o Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa:³⁴

Art. 58 (Medidas)

A fim de obter a completa execução da sentença ou decisão, o tribunal poderá, a qualquer momento, mediante requerimento da parte, adotar as medidas executivas pertinentes, fixando, quando necessário, um prazo. Pode especialmente:

a) estabelecer uma multa coercitiva;³⁵

³¹ Sobre a necessidade de assegurar meios executivos de sentenças contra as autoridades, ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala**, São José, 3 de maio de 2016, § 109.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay**, São José, 13 de outubro de 2011, § 201. Na mesma linha: arts. 4 e 5 da Lei que regula o Proceso Contencioso Administrativo do Peru (Lei nº 27.584, de 22 de novembro de 2001); art. 9 da Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa da Venezuela (Lei nº 39.447, de 16 de junho de 2010); art. 14 da Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo da Nicarágua (Lei nº 350, de 18 maio de 2000).

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay**, São José, 13 de outubro de 2011, § 211.

³⁴ PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction**: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions. Niterói: Editora da UFF, 2014. p. 23-24.

³⁵ Sobre as astreintes, ver arts. 88.2 e 122.3 do Código de Justiça Administrativa da Federação Russa.





- b) penhorar bens da autoridade administrativa que não sejam indispensáveis ao cumprimento de tarefas públicas ou cuja alienação não comprometa um interesse público;³⁶*
c) ordenar a execução subsidiária a cargo da autoridade administrativa condenada.

Com efeito, a expropriação judicial do patrimônio público, tal como no Código Modelo Euro-Americano vem sendo reconhecido na América Latina com a mesma ressalva de que não deve resultar da execução forçada comprometimento do interesse público.³⁷

Nesse ponto, entretanto, a legislação nacional latino-americana não tem sido capaz de estabelecer uma distinção entre interesse público e interesse das autoridades administrativas, tampouco de identificar a sutil diferença entre os efeitos do reconhecimento do interesse público em uma decisão judicial cautelar (provisória) e os efeitos do seu reconhecimento em uma execução de sentença (definitiva), como explica-se na parte final do tópico 2.3 deste texto.

2.3. Medidas cautelares

A terceira dimensão da proteção jurisdicional efetiva diz respeito à atualidade da proteção. Proteção judicial tardia é pouco útil. Portanto, o direito processual deve fornecer um sistema de medidas provisórias que possa ser concedido de forma célere e fácil em caso de urgência, abrangendo tanto requerimentos para prevenir o demandante de atos de interferência da Administração, quanto requerimentos para solicitar um benefício ou uma declaração jurídica que sejam necessárias e urgentes. O tribunal deve ser capaz de ordenar que a autoridade administrativa atue ou se abstenha. Se a interferência administrativa a direitos individuais puder levar a consequências irreparáveis, uma medida preventiva também deve ser admitida.

O Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa está assim disposto:³⁸

³⁶ Ver art. 63 do Código Modelo de Processos (Judicial e Extrajudicial) para Ibero-América (GRINOVER, Ada Pellegrini; PERLINGEIRO, Ricardo et al. Código Modelo de Processos Administrativos - Judicial e Extrajudicial - para Iberoamérica. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. X, p. 360-383. 2012).

³⁷ Ver art. 170 do Código Processual Contencioso-Administrativo da Costa Rica (Lei nº 8.508, de 28 de abril de 2006). Sobre o interesse público (serviço essencial à comunidade) como causa de suspensão da execução de uma sentença, ver art. 41(a) da Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de El Salvador (Decreto nº 81, de 14 de novembro de 1978). Ver também art. 110.2 da Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa da Venezuela (Lei nº 39.447, de 16 de junho de 2010).

³⁸ PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction**: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions. Niterói: Editora da UFF, 2014. p. 19. Ver também os arts. 58-60 do Código Modelo de Processos [Judicial e Extrajudicial] para Ibero-América (GRINOVER, Ada Pellegrini; PERLINGEIRO, Ricardo et al. Código Modelo de Processos Administrativos - Judicial e Extrajudicial - para Iberoamérica. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. X, p. 360-383. 2012).





Art. 45 (tutela de urgência)

(1) O tribunal pode conceder uma tutela de urgência. O tribunal deve adotar todas as medidas provisórias de natureza conservatória ou satisfativa e qualquer outra necessária para garantir a efetividade da tutela judicial.

(2) As medidas cautelares se concedem de modo preferencial e sumário, quando haja uma dúvida séria quanto à legalidade da atuação (*fumus boni iuris*), e a tutela seja urgente (*periculum in mora*), ponderando os interesses públicos e privados.

A técnica das medidas cautelares atípicas,³⁹ ou seja, a ausência de um procedimento específico pré-determinado a cada espécie de pretensão cautelar, propiciando maior poder discricionário aos juízes, vem sendo adotada em alguns países como Argentina⁴⁰, Brasil⁴¹, Colômbia⁴², México⁴³, Guatemala⁴⁴ e Venezuela⁴⁵. A propósito, nessa seara, as regras legais que interferem no poder geral de cautela do juiz, seja para restringir seja para impor a concessão da medida cautelar, devem ser vistas *teleologicamente* pelo aplicador do direito (juiz e autoridade) como mero indicativo porque, a todo momento, as medidas cautelares sujeitam-se à ponderação entre princípios processuais, tais como o do acesso à justiça e o do direito de defesa.⁴⁶ A *necessidade* como requisito da medida cautelar implica não somente *periculum in mora*, mas também uma *proporcionalidade* entre o pedido e a natureza conservativa ou antecipativa da pretensão principal.⁴⁷

³⁹ Ver CHITI, Mario Pilade. La tutela cautelare. In: CASSESE, Sabino (Ed.). **Corso di diritto amministrativo**. n. 7. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2013. p. 170-174.

⁴⁰ Art. 232 do Código Procesal Civil y Comercial de La Nación Argentina (Lei nº 17.454, de 18 de agosto de 1981).

⁴¹ Arts. 300-310 do Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105, de 16 março de 2015).

⁴² Art. 230 do Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo da Colômbia (Lei nº 1437, de 18 de janeiro de 2011).

⁴³ Art. 24 da Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo do México, de 1º de dezembro de 2005.

⁴⁴ Art. 18 da Ley de lo Contencioso Administrativo da Guatemala (Decreto nº 119, de 17 de dezembro 1996).

⁴⁵ Arts. 69 e 103-106 da Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa da Venezuela (Lei nº 39.447, de 16 de junho de 2010).

⁴⁶ Sobre a inconstitucionalidade de leis proibindo medidas judiciais cautelares contra autoridades administrativas, ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 84.

⁴⁷ A despeito de o art. 85.2 do Código de Justiça Administrativa da Federação Russa descrever medidas meramente conservativas ("O tribunal pode suspender os efeitos da decisão impugnada no todo ou em parte, proibir a realização de determinados atos, adotar medidas liminares contra decisões do procedimento administrativo nos casos previstos no nº 1 do presente artigo, salvo nas hipóteses em que o presente código assim proíbe quando de categorias previamente determinadas de assuntos administrativos"), e de o art. 85.4 indicar a necessidade de correlação entre o pedido principal e a medida cautelar ("As medidas liminares proferidas contra decisões dos procedimentos administrativos devem ser pertinentes e proporcionais às demandas ajuizadas"), o referido art. 85.2 deve ser interpretado como uma porta para as medidas cautelares também antecipatórias (regulatórias do direito postulado).





Uma peculiaridade das medidas cautelares na jurisdição administrativa é que não basta a demonstração do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Para que a pretensão cautelar prospere, é fundamental que haja uma ponderação entre os interesses em colisão, ainda que tais interesses sejam reflexos (referentes a serviços essenciais afetados indiretamente pela decisão cautelar). Dessa ponderação, à luz da proporcionalidade *stricto sensu*, deve resultar um interesse público preponderante em favor do demandante, isto é, deve-se demonstrar que o resultado da negação da medida cautelar seria mais prejudicial para o interesse público do que a sua concessão, tal como consta literalmente do art. 231.3 do Código de Procedimiento Administrativo e do Contencioso Administrativo da Colômbia.⁴⁸

Caso, por exemplo, uma medida cautelar que condene autoridades administrativas a entregarem produtos farmacêuticos de alto custo cause sério comprometimento ao orçamento de outros serviços públicos essenciais, talvez fosse mais indicado sacrificar, momentaneamente, o direito fundamental à saúde do demandante e o seu direito à tutela judicial, em favor dos direitos fundamentais de uma coletividade em continuar se beneficiando de outros serviços igualmente essenciais.

Entretanto, não bastaria a alegação de ofensa à saúde pública, à educação ou a outro serviço essencial à sociedade para que a medida cautelar fosse negada. Seria necessário que, no caso concreto, houvesse aferição de qual interesse público mereceria prevalecer: o interesse público na concessão da cautelar ou o interesse público em resguardar outros valores fundamentais a cargo das autoridades?

Portanto, novamente afirma-se que se deve interpretar com ressalvas as leis que proíbem genericamente medidas cautelares⁴⁹ e também aquelas leis restritivas que tenham fundamento no interesse público (ou outra denominação que se confira, como ordem social, saúde pública etc.)⁵⁰. Finalmente, merece registro que, se o interesse público predominante for contrário à pretensão do demandante, a improcedência da medida cautelar não implica automaticamente improcedência do pedido principal, isso porque, caso persista manifestando-se o tal interesse público quando da execu-

⁴⁸ Art. 231.3 do Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo da Colômbia (Lei nº 1437, de 18 de janeiro de 2011), impõe seguinte requisito para medidas cautelares, dentre outros: “que o demandante tenha apresentado os documentos, informações, argumentos e justificativas que permitam concluir, mediante um juízo de ponderação de interesses, que resultaria em maior prejuízo para o interesse público negar do que conceder a medida cautelar”. Ainda sobre a ponderação entre o interesse público e o privado nas medidas cautelares, ver o art. 104 da Lei Orgânica da Jurisdição Contencioso-Administrativa da Venezuela (Lei nº 39.447, de 16 de junho de 2010).

⁴⁹ Ver o art. 7 da Lei sobre o Mandado de Segurança individual e coletivo (Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009).

⁵⁰ No direito brasileiro, consta do art 15 da Lei sobre o Mandado de individual e coletivo que o interesse individual cede a uma grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. No mesmo sentido, o art. 22 do Código de Processo Contencioso-Administrativo da Costa Rica (Lei nº 8.508, de 28 de abril de 2006) que indica a necessidade da medida cautelar ser compatível com as previsões orçamentárias das autoridades administrativas.





ção da sentença, o demandante deve ser compensado economicamente pelo sacrifício pessoal em favor da coletividade⁵¹. Essa compensação financeira, em sede de medida cautelar provisória não seria justificável.

2.4. Judicialização exacerbada

No entanto, a despeito de tamanha evolução do direito a uma tutela judicial efetiva, a realidade dos tribunais latino-americanos demonstra um panorama de adversidades: uma judicialização exacerbada, com milhares de processos em andamento, ora por iniciativa de particulares, ora por iniciativa de autoridades contra particulares, como evidente consequência de uma crescente perda de credibilidade generalizada dos cidadãos na Administração Pública, sem que haja uma resposta jurisdicional e proporcional a cargo dos tribunais.

No Brasil, o volume de processos continua aumentando, apesar da melhoria de produtividade dos juízes, que atingiu uma média de 1.564 sentenças por juiz em 2013.⁵² No último relatório de 2014, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, os tribunais atingiram 100 milhões de causas em tramitação, quando o estoque é de 70,8 milhões de processos, acrescido de 28,9 milhões de casos novos.⁵³ Conforme pesquisa do CNJ a respeito dos 100 maiores litigantes no país, a Administração Pública federal lidera, com um total de 38,5%, seguida da Administração Pública estadual, com 7,8%, e da municipal, com 5,2%, o que perfaz um total de 51,5% entre todos os entes da Administração Pública.

Isso significa dizer que a Administração Pública alcança um número de demandas maior do que o dos demais 80 maiores litigantes do país, incluídos todo o setor bancário e o de telefonia.⁵⁴ Na referida listagem dos 100 Maiores Litigantes do País, constatou-se a liderança do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com participação de 22,33% no total dos processos do acervo.⁵⁵

⁵¹ Sobre a compensação financeira, pelo sacrifício individual de sentença não cumprida, ver COLOMBIA. Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentença T-554/92. Santa Fé de Bogotá, 9 de outubro de 1992. Também ver o acima citado art. 110.2 da Lei Orgânica da Jurisdição Contencioso-Administrativa da Venezuela.

⁵² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**: ano base 2013. Brasília: CNJ, 2014. p. 39.

⁵³ Ver CARDOSO, Maurício. Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça. **Consultor Jurídico**, São Paulo, set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>. Acesso em: 31 jan 2017. Ver também CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**: ano base 2014. Brasília: CNJ, 2015. p. 25-58.

⁵⁴ Ver CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011.

⁵⁵ Ver CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011.





Nos tribunais costa-riquenhos, desde o advento do Código de Processo Contencioso-Administrativo da Costa Rica,⁵⁶ ocorreu um imenso incremento do número de causas do contencioso administrativo: de 1.195 causas em tramitação em 2008, chegou-se ao número de 14.182 em 2015.⁵⁷ No México, junto aos tribunais colegiados de circuito, tribunais unitários de circuito e juizados de distrito, em matéria de direito administrativo, ingressaram 283.843 novas ações judiciais em 2013, e 302.500 em 2014.⁵⁸ Na Argentina, em 2006, ingressaram 60.307 novas ações, encontrando-se pendentes 118.018 causas, e, em 2014, foram registradas 44.220 novas ações, com 220.174 em tramitação.⁵⁹ No Paraguai, em 2012, o Tribunal de Contas recebeu 585 causas, e, em 2015, surgiram 853 novas demandas de contencioso administrativo.⁶⁰

Em El Salvador, em 2015, na Corte Suprema de Justiça, 2.291 casos de contencioso administrativo, enquanto, em 2011, encontravam-se 1.692 processos pendentes.⁶¹ No Panamá, em 1990, na Suprema Corte Judicial, ingressaram 383 demandas de contencioso administrativo, e, em 2010, a distribuição de novas causas alcançou o número de 963.⁶² Em 2006, na Nicarágua, constavam como interpostas 14 demandas perante a Sala do Contencioso Administrativo da Corte Suprema de Justiça; em 2014; esse número chegou a 213 e, em 2015, havia 161 novas causas.⁶³

Em um cenário mais favorável, com estatísticas que indicam estabilidade, estão Uruguai, Honduras e Bolívia.

No Uruguai, a estatística do Tribunal do Contencioso Administrativo aponta uma constância de número de processos desde 1991, quando havia 985 causas em curso, e, no ano 2015, 791 processos.⁶⁴ Em Honduras, em 2006, foram 221 novos casos junto às Cortes de Apelações, 840 nos Juizados de Letras Contencioso Administrativo, e 27 nos Juizados de Letras Fiscal Administrativo, e em 2015 foi registrado o ingresso

⁵⁶ Código de Processo Contencioso-Administrativo da Costa Rica (Decreto Legislativo nº 8.548, de 28 de abril de 2006, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2008).

⁵⁷ Ver PODER JUDICIAL DA REPÚBLICA DE COSTA RICA 2016.

⁵⁸ DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICAS JUDICIAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. **Estadística Nacional - Anual 2014**. México, 2014.

⁵⁹ JUNTA FEDERAL DE CORTES Y SUPERIORES TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LAS PROVINCIAS ARGENTINAS Y CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. **Indicadores 2006**, Buenos Aires, 2006. JUNTA FEDERAL DE CORTES Y SUPERIORES TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LAS PROVINCIAS ARGENTINAS Y CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. **Indicadores 2014**, Buenos Aires, 2014.

⁶⁰ Ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PARAGUAY. **Dirección de Estadísticas Judicial**, Asunción, 2016.

⁶¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. **Estadística Institucionales**, San Salvador, 2016.

⁶² ÓRGANO JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. **Estadísticas Judiciales**, Ancón, 2011.

⁶³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA. Sala de lo Contencioso Administrativo. **Estadística 2015**, Managua, 2015.

⁶⁴ TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA REPUBLICA DE URUGUAY. **Estadísticas**, [S.I.], 2016.





de 380, 449 e 37 causas junto aos citados tribunais, respectivamente.⁶⁵ Na Bolívia, em 2012, tramitavam 4.619 ações perante o Tribunal Supremo de Justiça, 3.972 nos Tribunais Departamentais de Justiça, 176 no Tribunal Agroambiental, e 9.004 nos Juizados Administrativos Coercitivos Fiscais e Tributários. Em 2014, eram 1.151 causas no Tribunal Supremo de Justiça, 5.446 nos Tribunais Departamentais de Justiça, 434 no Tribunal Agroambiental, e 9.929 causas nos Juizados Administrativo Coercitivo Fiscal e Tributário.⁶⁶

3. DESAFIOS REFERENTES AO SISTEMA JUDICIÁRIO

3.1. Razões históricas da crise de identidade do sistema judicial

Na verdade, a judicialização exacerbada relaciona-se à forma de organização da jurisdição administrativa em uma América Latina fiel à tradição do direito europeu-continental, decorrente de suas raízes históricas na Península Ibérica, em choque com a influência do constitucionalismo norte-americano, que fora exemplar para os processos de independência que varreram as colônias ibéricas do território americano a partir do início do séc. XIX.⁶⁷

Em geral, nos países vinculados ao *common law* (especialmente nos EUA, Reino Unido e Austrália) as *courts* são generalistas (sem especialização) e, com o seu *closed judicial review*, tendem não adentrar nos fundamentos de *fato* das decisões administrativas.⁶⁸ Tal estrutura é compensada com a existência de agências administrativas (*administrative tribunals*, *administrative judges*), dotadas de independência, quase-judiciais, e que se situam dentro da estrutura de uma Administração Pública com aptidão para propiciar aos cidadãos um devido processo legal.⁶⁹

Na maioria dos sistemas jurídicos da Europa continental (com origem no *civil law*), ao contrário, os tribunais são especializados em direito administrativo e tendem a amplos poderes de revisão do conteúdo fático das decisões administrativas, o que,

⁶⁵ CENTRO ELECTRÓNICO DE DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN JUDICIAL DE HONDURAS. **Unidad de Estadística**. Honduras, 2015.

⁶⁶ CONSEJO DE MAGISTRATURA DE BOLIVIA. **Anuário Estadístico Judicial 2012**. Bolívia: Editorial Judicial, 2012; e CONSEJO DE MAGISTRATURA DE BOLIVIA. **Anuário Estadístico Judicial 2014**. Bolívia: Editorial Judicial, 2014.

⁶⁷ Ver PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

⁶⁸ Ver ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication. **American Journal of Comparative Law**, Michigan, v. 63, n. 4, p. 3-32, setp./dec. 2015.

⁶⁹ Ver CANE, Peter. **Administrative law**. 5 ed. New York: Oxford University Press, 2011. p. 96. Ver também STRAUSS, Peter. **An introduction to administrative justice in United States**. Durham: Carolina Academic Press, 1989.





entretanto, compensa uma Administração Pública tradicionalmente sem vocação jurisdiccional.⁷⁰

Nesse contexto, os sistemas de jurisdição administrativa latino-americanos enfrentam uma crise de identidade, porque leis processuais e suas interpretações tentam conciliar, sem êxito, as características do modelo europeu com as do modelo norte-americano.

Em grande parte dos países da América Latina, adota-se um Judiciário generalista (não especializado em matéria administrativa). Dos 18 países estudados, 13 mantêm o sistema de jurisdição única e, quase sempre, com uma estrutura judiciária dotada de especializações ocasionais: Argentina⁷¹, Bolívia⁷², Brasil⁷³, Costa Rica⁷⁴, Chile⁷⁵, El Salvador⁷⁶, Equador⁷⁷, Honduras⁷⁸, Nicarágua⁷⁹, Panamá⁸⁰, Paraguai⁸¹, Peru⁸² e Venezuela⁸³. São exemplos de jurisdição dualista, isto é, de uma jurisdição administrativa especializada e autônoma em três níveis (1o e 2o graus, além de uma corte suprema), apenas a

⁷⁰ Sobre os modelos de jurisdição administrativa na Europa, ver FROMONT, Michel. **Droit administratif des États européens**. Paris: PUF, 2006. p. 120 et seq. Ver também ZILLER, Jacques. **Administrations comparées: les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze**. Paris: Montchrestien, 1993. A Federação Russa adota um sistema judicial monista, como se depreende dos arts. 1.1 e 17 do Código de Justiça Administrativa da Federação Russa.

⁷¹ Ver MAIRAL, Héctor A. **Control judicial de la Administración Pública**. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 124-126.

⁷² Art. 179 da Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia de 2008.

⁷³ Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

⁷⁴ Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949.

⁷⁵ Ver VERGARA BLANCO, Alejandro. Panorama general del derecho administrativo chileno. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (Coord.). **El derecho administrativo iberoamericano**. Granada: INAP, 2005. p. 159-161.

⁷⁶ Art. 131.3 da Constitución de la República de El Salvador de 1983.

⁷⁷ Arts. 188.3 e 173 da Constitución Política del Ecuador de 2008.

⁷⁸ Constitución del Estado de Honduras de 1982.

⁷⁹ Art. 163 da Constitución Política de la República de Nicaragua de 1987. Ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE REPÚBLICA DE NICARAGUA. Sala de lo Contencioso Administrativo. **Antecedentes y Creación de la Sala de lo Contencioso Administrativo**, 2016.

⁸⁰ Art. 206 da Constitución Política de la República de Panamá de 1972 (com redação da Emenda Constitucional de 2004).

⁸¹ Art. 248 da Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992. Sobre o sistema judicialista paraguaio em que o Judiciário exerce jurisdição sobre o contencioso administrativo, ver Luis Enrique. La justicia constitucional y la justicia administrativa. In: In: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor (Coord.). **Derecho administrativo iberoamericano**. Tomo 2. Caracas: Ediciones Paredes, 2007. p. 1212.

⁸² HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto. **Tratado del proceso contencioso administrativo**. Lima: Jurista Editores, 2006. p. 335.

⁸³ Ver BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. **Instituciones políticas y constitucionales. Tomo VII: La justicia contencioso administrativo**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1997. p. 21 et seq.





Colômbia⁸⁴, a Guatemala⁸⁵ e a República Dominicana⁸⁶. O único caso de tribunal administrativo extrajudicial é o do Uruguai⁸⁷.

O México é um exemplo à parte, porque a sua Constituição adota o sistema judicial monista, mas também prevê que a lei crie tribunais administrativos, alheios à estrutura judiciária,⁸⁸ de cujas decisões caiba somente o recurso de amparo judicial, referente a questões constitucionais.⁸⁹ Dessa forma, os tribunais administrativos mexicanos se assemelham ao Tribunal do Contencioso Administrativo do Uruguai.⁹⁰

O devido processo legal perante autoridades administrativas, como condição *prévia* ao início dos efeitos de uma decisão administrativa restritiva de direitos individuais, a exemplo dos regimes jurídicos associados ao *common law*,⁹¹ aparece nas

⁸⁴ Art. 231 Constitución Política de Colombia de 1991.

⁸⁵ Constituições da Guatemala de 1945 (art. 164), de 1956 (arts. 193 e 194), de 1965 (art. 255) e de 1985 (art. 221).

⁸⁶ Arts. 164 e 165 da Constitución Política de la República Dominicana de 2010.

⁸⁷ Arts. 307 a 321 da Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967.

⁸⁸ Arts. 73 XXIX, 94, 116 V e 122 Base Quinta da Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Sobre a natureza do Tribunal Federal Fiscal Administrativo, ver MARGÁIN MANAUTOU, Emilio. **De lo contencioso administrativo**: de anulación o de ilegitimidade. México: Porrúa, 2009. p. 2 et seq.

⁸⁹ Art. 107 IV e V (b) da Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Sobre o controle judicial da Administração em geral, ver FERNÁNDEZ RUIZ, J. Panorama general del derecho administrativo mexicano. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (Coord.). **El derecho administrativo iberoamericano**. Granada: INAP, 2005. p. 462-463.

⁹⁰ Sobre a natureza de tribunal autônomo dos tribunais administrativos no México e do Uruguai, ver PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

⁹¹ Emendas Constitucionais V e XIV. Sobre a origem do due process of law na Magna Carta, ver MCKECHNIE, William Sharp. **Magna Carta**: A Commentary on the Great Charter of King John, with an Historical Introduction. Glasgow: Maclehose, 1914. p. 377. Sobre a aplicação do due process of law no direito administrativo dos Estados Unidos, ver ESTADOS UNIDOS. U.S. SUPREME COURT. **Case Murray's Lesver v. Hoboken Land & Improvement Co.** 59 U.S. 272, 19 de fevereiro de 1856; ESTADOS UNIDOS. U.S. SUPREME COURT. **Case Goldberg v. Kelly**, 397 U.S. 254, 23 de março de 1970, e ver também Administrative Procedure Act (5 U.S.C. Subchapter II) de 11 de junho de 1946.





Constituições do Brasil⁹², Colômbia⁹³, Equador⁹⁴, Nicarágua⁹⁵, República Dominicana⁹⁶ e Venezuela⁹⁷, e nas leis da Argentina⁹⁸, Bolívia⁹⁹, Peru¹⁰⁰ e Uruguai¹⁰¹.

Segundo a Corte Suprema da Argentina,

*as garantias constitucionais do devido processo e da defesa em juízo são de observância indispensável em todo tipo de atuação, inclusive em procedimentos administrativos de natureza disciplinar – sejam ou não sumários – de modo que o imputado possa ter a oportunidade de ser ouvido e provar, de algum modo, os fatos que acredita conduzir à sua absolvição.*¹⁰² (tradução nossa)

Contudo, tal garantia processual (extrajudicial) não está efetivamente implementada, uma vez que a realidade cultural europeia-continental das Administrações Públicas latino-americanas não é condizente com uma perspectiva de autoridades especializadas, independentes ou quase-independentes, típicas do direito administrativo nos países de *common law*.¹⁰³ Em geral, as leis latino-americanas de procedimento administrativo preveem somente as causas de impedimento e de suspeição dos funcionários públicos que exercem funções decisórias em *processos administrativos* (extrajudicial), de modo a garantir a imparcialidade.¹⁰⁴

⁹² Art. 5 LIV e LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁹³ Art. 29 da Constitución Política de Colombia de 1991.

⁹⁴ Arts. 23.27 e 76 da Constituição do Equador.

⁹⁵ Art. 34 da Constituição da Nicarágua.

⁹⁶ Art. 69 da Constituição da República Dominicana.

⁹⁷ Art. 49 da Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

⁹⁸ Art. 1 (f) da Ley de Procedimiento Administrativo da Argentina (Lei nº 19.549, de 3 de abril de 1972).

⁹⁹ Art. 4 (c) da Ley Procedimiento Administrativo de Bolivia de Procedimiento Administrativo (Lei nº 2341, de 23 abril de 2002).

¹⁰⁰ Art. IV 1.2 da Ley del Procedimiento Administrativo General do Peru (Lei nº 27.444, de 21 de março de 2001).

¹⁰¹ Art. 5 das Normas generales de actuación administrativa y regulación del procedimiento en la Administración Central do Uruguai (Decreto nº 500, de 27 de setembro de 1991).

¹⁰² ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. **Jueces Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal s/ avocación**. S. 1492.95, Buenos Aires, 02 de julho de 1996, p. 1160.

¹⁰³ Sobre a Assembleia Constituinte brasileira, em 1987, contrária à criação de agências com funções jurisdicionais, ver GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sequiscentenário modelo norte-americano? In: _____. (Coord.). **Teoria do Estado regulador**. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 89-92.

¹⁰⁴ Art. 6 da Ley Argentina de Procedimiento Administrativo (Lei nº 19.549, de 3 de abril de 1972); arts. 3.3 e 11 do Código colombiano Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Lei nº 1437, de 18 de janeiro de 2011); arts. 4 e 11 da Ley de los Procedimientos Administrativos do Chile (Lei nº 19.880, de 29 de maio de 2003); Arts. 4(f) e 10 da Ley de Procedimiento Administrativo da Bolívia (Lei nº 2341, de 23 abril de 2002); art. 2(a) e 3 das Normas generales de actuación administrativa y regulación del procedimiento en la Administración Central do Uruguai (Decreto nº 500, de setembro de 1991); art. IV 1.5 e art. 88 da Lei peruana de Procedimiento Administrativo Geral (Lei nº 27.444, de 21 de março de 2001); art. 10 da Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo do México; arts. 18-21 da Lei de Proceso Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).





O título do art. 3.11 da Lei do Procedimento Administrativo da República Dominicana se refere expressamente à *independência*:

11. Principio da imparcialidade e independência. O pessoal a serviço da Administração Pública deverá abster-se de toda atuação arbitrária ou que ocasione tratamento preferencial por qualquer motivo e atuar em função do serviço objetivo ao interesse geral, proibindo-se a participação do referido pessoal em qualquer assunto em que ele mesmo, familiares ou pessoas próximas tenham qualquer tipo de interesse ou em que possa existir conflito de interesses.¹⁰⁵ (tradução nossa e grifo nosso)

Entretanto, como se observa, há um erro conceitual acerca de *independência*; na verdade, o citado artigo de lei se refere apenas à *imparcialidade*.

Os poucos exemplos latino-americanos de *quasi judicial bodies* situam-se na área do direito de acesso à informação oficial, mediante respaldo da Lei Modelo Interamericana de Acesso à Informação Pública,¹⁰⁶ como no Chile, com o Conselho de Transparência;¹⁰⁷ em El Salvador, com o Instituto de Acesso à Informação Pública;¹⁰⁸ em Honduras, com o Instituto de Comissários;¹⁰⁹ e no México, com o *Instituto* e os *Organismos Garantes*.¹¹⁰

Portanto, a jurisdição administrativa latino-americana tende a concentrar-se em tribunais judiciais que não integram uma estrutura especializada.

3.2. Os extremos: deferência administrativa e controle judicial intenso

Um Judiciário generalista pode se sentir tentado a agir como as *courts* americanas, abstando-se de controlar as questões fáticas das decisões administrativas, e limitando-se a uma revisão de legalidade e (principalmente) formal das decisões impugnadas.¹¹¹ No entanto, diante de uma Administração Pública desprovida de prerrogativas para exercer suas atribuições com independência, uma tal deferência judicial em prol

¹⁰⁵ Art. 3.11 da Ley del Procedimiento Administrativo da República Dominicana (Lei nº 107-13, de 3 de abril de 2013).

¹⁰⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Lei Modelo Interamericana de Acesso à Informação Pública**. AG/RES. 2607 (XL-0/10), 2010.

¹⁰⁷ Arts. 31-44 da Ley sobre Acceso a la Información Pública (Lei nº 20.285, de 20 agosto de 2008).

¹⁰⁸ Arts. 51-60 da Ley de Acceso a la Información Pública (Decreto nº 534, de 2 de dezembro de 2010).

¹⁰⁹ Arts. 8-11 da Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Decreto Legislativo nº 170, de 30 de dezembro de 2006).

¹¹⁰ Arts. 8. III e IV, 30 e 37-42 da Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública do México.

¹¹¹ ESTADOS UNIDOS. U.S. SUPREME COURT. **Case Chevron U.S.A., INC, v. Natural Resources Defense Council, Inc.** 467 U.S. 837, 25 de junho de 1984. Sobre a deferência, em diversos sistemas jurídicos, ver JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.





de autoridades geraria uma sensação de fragilidade do cidadão e de imunidade do Estado.

Em outro extremo, a adoção de um amplo poder de controle sobre as decisões administrativas pelos tribunais judiciais, tal como os tribunais especializados nos países europeus, paradoxalmente, tem levado à inefetividade da proteção judicial. Como o Judiciário latino-americano é generalista, sem especialização, é uma realidade juízes com poderes intensos tratarem os conflitos de direito público como se fossem de direito privado fossem, e sem olhos para o interesse público, isto é, tendendo a aplicar princípios de direito privado e de direito processual civil a causas de direito administrativo,¹¹² fracionando em demandas individuais causas que, com fundamento em interesse geral, são essencialmente coletivas e, assim, propensas à multiplicação.¹¹³ Isso ocorre especialmente no Brasil, em que, até a presente data, não há uma lei geral de processo administrativo judicial.

É exemplo de decisão judicial, com amplos poderes sobre as autoridades e um viés de direito privado em relações jurídicas tipicamente de direito público, aquela que, em execução forçada de sentenças, implica expropriação do patrimônio público sem considerar os casos de risco de ofensa ao interesse público.¹¹⁴ Outro exemplo é

¹¹² O ordenamento jurídico anglo-americano não está assentado na distinção entre o direito público e o direito privado (ver WOLF, Hans J. et al. **Direito Administrativo**. v. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 267; e CANE, Peter. **Administrative law**. 5 ed. New York: Oxford University Press, 2011. p. 4). Atualmente, o que Dicey sustentava – “a possibilidade de processar funcionários do governo em tribunais ordinários de acordo com princípios de direito privado é um primado do Estado de Direito” – é amenizado no direito inglês com um *fair hearing* na fase administrativa, o que, entretanto, na prática, inexistiu até o momento na América Latina. CANE, Peter. **Administrative law**. 5 ed. New York: Oxford University Press, 2011. p. 44.

¹¹³ Sobre a inadequação de princípios de direito processual civil aplicáveis a conflitos de direito administrativo, e sua relação com o aumento de demandas repetitivas, ver CLEMENTINO, Marco Bruno M. As demandas repetitivas de direito público e o princípio da procedimentalização da isonomia. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**. Brasília: Enfam, 2016. p. 23-52. Ver também ALVES, Clara da Mota S. Pimenta. Sistema brasileiro de precedentes: uma promessa não cumprida de redução da litigiosidade? In: MORAES, Vânia Cardoso André de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**. Brasília: Enfam, 2016. A propósito, a Corte Suprema do Chile recomendou ao Ministério da Justiça que considerasse em projeto de lei a especialização dos tribunais em matéria de contencioso administrativo, e ainda a elaboração de norma processual única e especializada, como alternativas à insegurança jurídica e à litigiosidade excessiva (Corte Suprema), *Acta 176*, de 24 de outubro de 2014).

¹¹⁴ Ver SOUZA, Giselle. Justiça determina novo arresto nas contas do governo do Rio de Janeiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, mai. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-mai-09/justica-determina-arresto-contas-governo-rj>>. Acesso em: 31 jan 2017; Ver também EL NACIONAL WEB. Fapuv denunció incumplimiento del gobierno al no responder exigencias universitarias en 48 horas, Caracas, 2016. Na Itália, a execução forçada da Administração é cabível nas causas de direito privado e perante o juiz ordinário (civil). No âmbito da jurisdição administrativa, a execução de decisões judiciais (inclusive se disser respeito a pagamento de valores) dá-se mediante o giudizio di ottemperanza. A execução de sentenças contra a Administração proferidas por juízes civis excepcionalmente se dá via giudizio di ottemperanza, quando houver questões de direito público na fase executiva (ver CLARICH, Marcello. L'esecuzione. In: SANDULLI, Aldo (Ed.). **Corso de Diritto Amministrativo: Diritto Processuale Amministrativo**. n. 7. Milano: Giuffrè, 2013. p. 302-303).





a decisão judicial que decreta a nulidade de um certame público apenas em favor do demandante, sem considerar os demais candidatos ou interessados.¹¹⁵

Entre os dois extremos ocasionados pela falta de especialização em direito administrativo do Poder Judiciário e da legislação processual, vale citar os acordos judiciais. Ora os juízes e as leis processuais podem ser refratários a qualquer modalidade de solução consensual de conflitos (arbitragem, mediação, transação) e, valendo-se de uma interpretação estendida de *direitos indisponíveis*, confundirem interesse público com interesse das autoridades, em contraste com a realidade de diversos setores da Administração que já são capazes de promover tais acordos na esfera administrativa extrajudicial. Ora os juízes e as leis processuais podem sentir-se propensos a admitir acordos, mas nem sempre atentos aos princípios de direito administrativo, tais como o da legalidade e o da isonomia, tornando-se vulneráveis a distorções e desvios de conduta que comprometem a própria noção de tutela judicial efetiva.

3.3. Credibilidade a partir da especialização dos tribunais

Em um sistema jurídico em que os tribunais judiciais detêm amplo poder de controle das autoridades, a ausência de especialização da jurisdição administrativa pode levar também à ausência de credibilidade da Administração Pública em relação às sentenças judiciais e, portanto, a uma resistência ainda maior que ela propicie, por sua própria conta, efeito geral (*erga omnes*) a uma sentença que tenha reconhecido, *incidenter tantum*, uma questão de interesse geral em um caso individual.

Em geral, autoridades administrativas são recalcitrantes a medidas jurisdicionais que consideram fruto de desconhecimento técnico dos juízes.¹¹⁶

A desconfiança da Administração em relação ao Judiciário é também notada pela subsistência de leis processuais que excepcionam o princípio da paridade de armas, como as que atribuem prazos processuais mais benéficos em favor das autoridades e limitam a eficácia das sentenças dos juízes de primeiro grau à confirmação pelos tribunais de apelação.¹¹⁷

¹¹⁵ CERS Curso OnLine. Candidato consegue na Justiça anulação dos quesitos de duas questões da prova de concurso para advogado da União, Recife, jan. 2016. Disponível em: < <http://blog.cers.com.br/candidato-consegue-na-justica-anulacao-dos-quesitos-de-duas-questoes-da-prova-do-concurso-para-advogado-da-uniao/>>. Acesso em: 31 jan 2017.

¹¹⁶ Ver CATANHO, Lucas. Gasto com ações judiciais na Saúde cresce 400% em 5 anos: Despesa saltou de R\$ 3,7 mi, em 2010, para R\$ 18,7 mi em 2015, na região de Ribeirão Preto; Estado acusa custo 'desnecessário'. **A Cidade de On Ribeirão Preto**, Ribeirão Preto, maio. 2016. Disponível em: < <https://www.acidadeon.com/ribeiraopreto/cotidiano/cidades/NOT,2,2,1169336,Gasto+com+acoes+judiciais+na+Saude+cresce+400+em+5+anos.aspx>>. Acesso em: 31 jan. 2017; e G1Rio. Governo do RJ descumpre ordem de pagar salários a aposentados. **O Globo**, Rio de Janeiro, abr. 2016. Disponível em: < <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/justica-manda-conferir-se-rj-pagou-aposentados-e-pensionistas.html>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

¹¹⁷ ROQUE, André Vasconcelos et al. O novo CPC e a desconfiança nos juízes. **Jota**, São Paulo, jun. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/o-novo-cpc-e-a-desconfianca-nos-juizes-15062015>>. Acesso em: 31 jan





3.4. Individuais as demandas repetitivas?

O Código de Processo Administrativo da Federação Russa criou um avançado e específico sistema de ações coletivas para a jurisdição administrativa, estabelecendo uma regra de competência processual que considera a natureza e alcance da decisão administrativa impugnada (arts. 17, 19, 20 e 21); ações coletivas de iniciativa do Ministério Público e de entidades públicas e associativas para proteção de interesse difuso, em que os beneficiários possam ser indeterminados (arts. 39 e 40);¹¹⁸ e ações coletivas, de iniciativa dos próprios interessados, para proteção de interesses individuais homogêneos de um grupo determinado de pessoas (art. 42). Nesse caso, o legislador se preocupou com a necessidade de igualdade de tratamento a todos os membros do grupo (art. 42.1(4)),¹¹⁹ na medida em que a questão de fundo envolve um comportamento administrativo de alcance geral (art. 42.1(3)).¹²⁰

Tais preocupações têm movido alguns legisladores latino-americanos para a mesma direção, com procedimentos que buscam a igualdade de tratamento a demandas individuais repetitivas na jurisdição administrativa, como na Costa Rica, com o *Proceso Unificado*,¹²¹ na Nicarágua, com a concentração de competência para decidir demandas individuais fundadas em questões de interesse geral e com o efeito *erga omnes* de sentenças que reconhecem a nulidade de ato administrativo com efeito geral,¹²² e no Brasil, com o *Incidente de Demandas Repetitivas*.¹²³ No mesmo sentido, encontram-se o art. 44 do Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa¹²⁴ e

2017. O Código de Processo Civil brasileiro prevê prerrogativas (privilégios) processuais em favor das autoridades administrativas, tais como o prazo processual diferenciado (art. 183), e a eficácia da sentença (condenatória da autoridade) condicionada à confirmação pelo tribunal de apelação (art. 496).

¹¹⁸ Art. 39. [...] O Ministério Público é legitimado para ajuizar demandas nos tribunais em defesa dos direitos, liberdades e interesses legítimos dos cidadãos, de um grupo indeterminado de pessoas ou de interesses da Federação Russa, entidades constituintes da Federação Russa, órgãos municipais e em outros casos previstos por lei federal. Art. 40.1 [...] Nos casos previstos pela Constituição, pelo presente Código e por outras leis federais, órgãos governamentais, autoridades administrativas, o Comissário para os Direitos Humanos da Federação Russa e o Comissário para os Direitos Humanos de uma entidade constituinte da Federação Russa podem recorrer aos tribunais em defesa dos direitos, liberdades e interesses jurídicos de um conjunto indeterminado de pessoas e de interesses públicos.

¹¹⁹ Art. 42.1(4) Todos os membros do grupo devem utilizar os mesmos meios de defesa para os seus direitos.

¹²⁰ Art. 42.1(3) Art. 42.1(3) disponibilidade de uma defesa administrativa comum (administrative co-defendants).

¹²¹ Art. 48 do Código Procesal do Contencioso-Administrativo da Costa Rica (Lei nº 8.508, de 28 de abril de 2006).

¹²² Art. 36 e art. 95 §1º da Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo da Nicarágua (Lei nº 350, de 18 de maio de 2000).

¹²³ Arts. 976-987 do Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

¹²⁴ PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction**: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions. Niterói: Editora da UFF, 2014. p. 19.





o art. 57 do Código Modelo de Processos Administrativos (judicial e extrajudicial) para Ibero-América¹²⁵.

De fato, demandas individuais com base em comportamentos administrativos de alcance geral, levam a uma das principais causas de demandas de igual teor (demandas repetitivas) na jurisdição administrativa: a exceção ao princípio da igualdade a que está sujeita a Administração Pública.¹²⁶ Na medida em que uma decisão que envolva questão de interesse geral somente beneficiar o demandante individual, os demais cidadãos que se encontrarem na mesma situação fática sentir-se-ão, naturalmente, encorajados a ingressar com idêntica demanda judicial.

Contudo, em matéria de direito administrativo, não atende à noção de proporcionalidade permitir que a isonomia administrativa seja excepcionada pelas mãos dos tribunais judiciais¹²⁷ sob os fundamentos de que *juízes* têm liberdade para decidir diferentemente e de que partes litigantes têm o direito de buscar a melhor via procedimental para sustentar suas teses e pretensões. Tratando-se de uma questão de interesse geral, como fundamento de uma pretensão individual, sendo decidida por um juiz constitucionalmente legitimado, não seria compatível com o princípio do juiz natural que outro tribunal, posterior ou simultaneamente, decidisse a mesma questão, ainda que referente a partes litigantes distintas.

A propósito, o controle difuso de constitucionalidade ou de legalidade (em contraponto a um controle concentrado) não significa que a ordem jurídica deva tolerar decisões judiciais contraditórias. De fato, o controle difuso atribui jurisdição a todos os juízes, mas, uma vez que um deles seja escolhido (aleatoriamente) para decidir, deveria ser ele o juiz natural para aquele mesmo conflito, ainda que tal conflito voltasse a manifestar-se por outras vias procedimentais.

Nesse sentido,

[...] As normas processuais devem evitar que órgãos judiciais distintos tenham competência para conhecer de uma mesma causa, salvo quando as regras de litispendência forem capazes de impedir decisões conflitantes. A competência territorial e funcional dos órgãos judiciais deve considerar a natureza geral e individual dos atos impugnados,

¹²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; PERLINGEIRO, Ricardo et al. Código Modelo de Processos Administrativos - Judicial e Extrajudicial - para Iberoamérica. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. X, p. 360-383. 2012.

¹²⁶ Ver MORAES, Vânia Cardoso André de. **A igualdade – formal e material – das demandas repetitivas sobre direitos sociais**. Niterói, 2016. Tese (Doutorado)- Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade Federal Fluminense; e MORAES, Vânia Cardoso André de. Demandas repetitivas sobre direitos sociais e a proposta do Código Modelo Euro-Americano para a realização da igualdade. In: MORAES, Vânia Cardoso André (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**. Brasília: Enfam, 2016. p. 53-70.

¹²⁷ PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte** – RPGMBH, Belo Horizonte, v. 5, n. 10, p. 217-227. 2012.





bem como a extensão dos seus efeitos. [...] Constatada a existência de causas idênticas que contenham as mesmas partes, objeto e causa de pedir, transfere-se para o órgão judicial prevento a competência para o julgamento do processo iniciado posteriormente. Aplicam-se as regras anteriores, ainda que diante de demandantes distintos, às impugnações, por via direta, de um mesmo ato administrativo geral – abstrato e concreto – e às pretensões condenatórias, também por via direta, fundadas no mesmo interesse difuso ou coletivo. [...] Diante da possibilidade da decisão sobre a legalidade ou ilegalidade de ato administrativo geral, ou de sua interpretação, ou, ainda, de qualquer outro comportamento da administração, alcançar um número elevado de litígios, o órgão judicial deve suscitar uma questão correspondente perante aquele que decidiria por via direta a impugnação de ato administrativo geral, instaurando-se necessariamente um procedimento incidental, com suspensão do originário por prazo razoável ou até o advento de uma solução definitiva e erga omnes daquele incidente. [...]»¹²⁸ (grifo nosso)

Ademais, não se deveria confiar demasiadamente nas ações coletivas como alternativa às demandas individuais repetitivas na jurisdição administrativa. As ações coletivas, tipicamente de direito privado e com origem no *common law*,¹²⁹ carecem de sensibilidade para questões de direito administrativo, especialmente quando dotadas do *opt-in* e *opt-out*. Por exemplo, a regra coisa julgada *secundum eventum litis*, do art. 33 do Código Modelo de Processo Coletivo para Ibero-América,¹³⁰ não considera a frequente tensão entre interesses – nem sempre visível – nas causas de jurisdição administrativa cuja solução há de perseguir o interesse público predominante à luz do princípio da proporcionalidade.

Na verdade, as ações coletivas sequer seriam necessárias na jurisdição administrativa. Isso porque demandas individuais com base em comportamentos administrativos de alcance geral, na essência, são demandas que, se procedentes, trazem para a própria autoridade administrativa o dever – especialmente moral – de estender os efeitos favoráveis da sentença a todos os que se encontrarem na mesma situação fática.¹³¹ Entretanto, enquanto houver falhas nas regras de competência processual que

¹²⁸ PERLINGEIRO, Ricardo et al. Princípios fundamentais e regras gerais da jurisdição administrativa Brasil-França-Espanha. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 163, p. 253-263. 2008. Sobre o “reenvio prejudicial de legalidade”, ver o art. 20.1 do Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa (PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction**: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions. Niterói: Editora da UFF, 2014. p. 12).

¹²⁹ Ver REDISH, Martin H. Class Actions and the Democratic Difficulty: Rethinking the Intersection of Private Litigation and Public Goals. **University Of Chicago Legal Forum**. Chicago: University of Chicago, v. 2003, n. 1, Artigo 4, p. 71-139. 2003.

¹³⁰ GRINOVER et al. **Código Modelo de Processos coletivos para Ibero-América**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2004. p. 7, 20.

¹³¹ Ver PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte** – RPGMBH, Belo Horizonte, v. 5, n. 10, p. 217-227. 2012.





permitam que mais de um juiz possa decidir a questão (de fundo), é compreensível que as autoridades administrativas resistam a tal *dever* de irradiar a terceiros interessados os efeitos de uma sentença, porque tais autoridades sentir-se-ão alimentadas com a esperança de obter, em outro processo, uma decisão judicial com tese contrária e a elas mais conveniente.

4. DESAFIOS REFERENTES ÀS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

4.1. Funções administrativas primárias

Na América Latina, o princípio da legalidade administrativa continua sendo confundido com a legalidade estrita, isto é, a despeito da legislação vigente,¹³² na prática, as autoridades administrativas não exercem um autocontrole da juridicidade constitucional e convencional de suas atuações, e não são capazes de proteger direitos fundamentais que desafiem a interpretação gramatical de leis. Isso ocorre basicamente por duas razões.

A uma, porque persiste na cultura jurídica latino-americana uma relação de subordinação entre Administração Pública e Governo, a qual acarreta o desprezo pelo requisito da capacidade técnica, em favor das indicações meramente políticas na escolha de funcionários públicos para ocuparem cargos-chave nas tomadas de decisão. A duas, porque prevalece na mentalidade dos funcionários públicos o dogma de que devem maior compromisso à subordinação hierárquica do que à legalidade, e muitos temem que, desafiando interpretações literais da lei, em favor de direitos fundamentais, possam ser acusados por *desvio de conduta funcional*.

Em consequência, as demandas relacionadas a certos deveres de prestação das autoridades que dependam da aplicação ou da interpretação de direitos fundamentais, escapam da margem de decisão das autoridades e, para terem alguma chance, precisam ser submetidas ao Judiciário. São demandas artificiais, porque sequer se encontram na esfera da discricionariedade das autoridades.

De fato, o requerimento administrativo prévio, como condição obrigatória para o ingresso com uma demanda judicial,¹³³ envolve direitos que, para serem postulados, dependem de fatos que estão em poder dos interessados e, enquanto tais fatos não são levados às autoridades, estas não têm o dever de prestação. Tal requerimento pré-

¹³² Art. 9 (a) da Ley Argentina de Procedimiento Administrativo prevê o princípio da legalidade administrativa a partir de uma perspectiva da juridicidade. Da mesma forma, as leis da Costa Rica (art. 6 da Ley General de la Administración Pública de Costa Rica); do Peru (art. V 2.1 e 2.2 da Lei peruana de Procedimiento Administrativo Geral); e da República Dominicana (art. 3.1 da Ley de Procedimiento Administrativo da República Dominicana).

¹³³ Sobre o requerimento obrigatório prévio à demanda judicial, ver art. 30 da Ley Argentina de Procedimiento Administrativo. Sobre a distinção entre requerimento administrativo prévio e processo administrativo prévio, ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 631.240/MG. Brasília, 3 de setembro de 2014.





vio, porém, será dispensado nos casos de medidas cautelares¹³⁴ e também substituído pelo ingresso direto de uma ação judicial, nos casos em que se sabe, desde logo, que a Administração negará o direito, como em uma pretensão contrária à interpretação ou na aplicação de lei consagrada por autoridade hierarquicamente superior a que estiver sendo instada a decidir.

A independência das autoridades administrativas para tomada de decisões necessita implicar prerrogativas para uma atuação livre que, dentro dos limites da competência administrativa, não se sujeite ao princípio da subordinação hierárquica. Tal princípio diz respeito apenas a poderes de disciplina, de estruturação da carreira (promoções e vantagens) e de organização do ingresso de novos funcionários.

Segundo a Corte I.D.H., ser independente, significa ser

*autônomo em todas as ordens de seu desempenho jurisdicional, dotado das faculdades para resolver, sem ingerência de outros órgãos do Estado ou de qualquer outra instância, as lides que lhe sejam submetidas. Essa autonomia deve existir tanto na norma que governa o desempenho judicial formal (Constituição e lei secundária), como na realidade na qual atua o julgador.*¹³⁵ (grifo nosso e tradução nossa)

Portanto, um funcionário público com atribuições decisórias não deve, no exercício de suas atividades, orientar-se por alguma motivação que não seja unicamente a decorrente da sua convicção técnica, o que, de fato, não impede que o campo da sua atuação decisória seja delimitado por regras claras de competência administrativa de modo a evitar a quebra da unidade da função administrativa.

4.2. Funções administrativas secundárias

A independência é igualmente necessária nas funções administrativas secundárias (funções de solução de conflitos pela própria Administração Pública) e, sendo pressuposto da imparcialidade, sua ausência implica sério comprometimento da imparcialidade objetiva, e descrédito generalizado do processo administrativo extrajudicial perante a sociedade. Em geral, é esse o quadro latino-americano.

Com isso, de um lado, estimulam-se os interessados que tenham direitos negados pela Administração a buscarem a sorte no Judiciário sempre que estiverem diante de uma resposta administrativa negativa em cujo acerto não confiem. De outro lado, justifica-se que leis processuais entreguem ao Judiciário o papel de *longa manus* da

¹³⁴ Art. 33 do Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa (PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMER-MANN, Karl-Peter. **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction**: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions. Niterói: Editora da UFF, 2014. p. 15).

¹³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**, São José, 22 de novembro de 2005. Voto em separado do Juiz Sergio García Ramírez na referida sentença; §9 (c).





Administração para promover a execução judicial de decisões administrativas restritivas de direitos, como nas execuções de decisões tributárias, em flagrante contradição com o poder administrativo de autoexecutoriedade.¹³⁶

A propósito, no Brasil, sempre houve resistência à proposta de que as autoridades promovessem a execução das suas próprias decisões, autorizando-as, por exemplo, a atos expropriatórios do patrimônio do devedor, sob o argumento de que as autoridades não estariam devidamente estruturadas para tanto.¹³⁷ Na Argentina, a Corte Suprema de Justiça da Nação declarou inconstitucional, por ofensa ao princípio da separação de poderes, o art. 92 e seguintes da Lei de Procedimento Tributário de 1978 que permitia “ao agente fiscal penhorar fundos e valores do executado em contas bancárias”.¹³⁸

Lembre-se, também, das ações interpostas pelas autoridades para anular seus próprios atos administrativos que tenham gerado efeitos favoráveis aos particulares, como ocorre na Bolívia¹³⁹, Costa Rica¹⁴⁰, El Salvador¹⁴¹, Honduras¹⁴² e Paraguai¹⁴³, o que é incompatível com o poder administrativo de autotutela, e ainda as ações de “improbidade administrativa” no Brasil, buscando junto ao Judiciário uma punição disciplinar e civil de funcionários públicos ímprobos, o que atesta a incapacidade das próprias autoridades exercerem o seu poder administrativo disciplinar.

¹³⁶ Normas prevendo a execução fiscal em sede judicial: art. 653 do Código Orgánico Tributario da Venezuela (Decreto nº 1.434, de 17 de novembro de 2014); Lei brasileira de Execução Fiscal (Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980). Contrariamente, admitindo a execução tributária pelas próprias autoridades, ver: arts. 98-101 Código colombiano Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; art. 3 da Lei chilena de los Procedimientos Administrativos; art. 149 da Ley General de la Administración Pública de Costa Rica; art. 145 (1) do Código Federal Fiscal do México; art. 69 (1) do Código Tributário de la República Dominicana (Lei nº 11, de 16 de maio de 1992).

¹³⁷ Ver DUARTE, Fernanda. A execução é uma questão de justiça? **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 13, p. 45-58, mar. 2005; ERDELYI, Maria Fernanda. Proposta de execução fiscal da Fazenda é alvo de críticas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, nov. 2007. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2007-nov-27/proposta_execucao_fazenda_alvo_criticas>. Acesso em: 31 jan. 2017; VASCONCELLOS, Marcos de. Ministros do STJ são contra execução fiscal sem juiz. **Consultor Jurídico**, São Paulo, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-08/ministros-stj-execucao-fiscal-administrativa-naufagar>>. Acesso em: 31 jan. 2017; e BRANCO, José Denilson. Execução fiscal: possíveis soluções dentro da legislação vigente. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**. Brasília: Enfam, 2016. p. 71-96.

¹³⁸ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. **Case of Administracion federal de ingresos publicos c/ intercorp S.A. s/ ejecucion fiscal**, Buenos Aires, 15 de junho de 2010.

¹³⁹ O Tribunal Constitucional da Bolívia decidiu que “os atos administrativos que reconhecem direitos não podem ser suspensos em sede administrativa, a fim de assegurar sua estabilidade” (BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia. Sentencia Constitucional Plurinacional 0584/2013. Exp: 02569-2013-06-AAC, Santa Cruz, 21 de maio de 2013).

¹⁴⁰ Art. 10.5 do Código Procesal do Contencioso-Administrativo da Costa Rica.

¹⁴¹ Arts. 7(b) e 8 da Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de El Salvador.

¹⁴² Art. 15 da Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de Honduras.

¹⁴³ O Tribunal de Contas do Paraguai (Sentencia 280. Asunción, 18 de abril de 2002) afirmou a necessidade da ação judicial de nulidade sob o fundamento de que a controvérsia acerca do desfazimento de um ato administrativo favorável precisa ser decidida por um terceiro imparcial.





Outra demonstração de que o *processo* administrativo extrajudicial não cumpre com o seu papel de solução de conflitos, e de que “não passa de uma tentativa de tirar água de um poço seco”,¹⁴⁴ é o fato de que as legislações de muitos países preveem o recurso administrativo como uma faculdade do interessado e não uma obrigatoriedade prévia ao ingresso de uma demanda nos tribunais.¹⁴⁵ Nas raras leis em que o recurso administrativo é uma condição prévia para o acesso aos tribunais,¹⁴⁶ tal recurso, ainda assim, deve ser considerado uma faculdade do interessado sempre que houver risco de dano, admitindo-se que o interessado ingresse com uma medida (judicial) cautelar, mesmo que o processo administrativo (extrajudicial) não esteja concluído.¹⁴⁷

Finalmente, deve-se ressaltar que a permissão para os tribunais judiciais exercerem uma jurisdição intensa sobre o conteúdo das decisões proferidas em processos administrativos extrajudiciais, na realidade, parte de uma premissa lógica de que a utilização de tais processos é mera faculdade a cargo dos cidadãos e das próprias autoridades, o que as torna, portanto, plenamente dispensáveis e substituíveis pela ação judiciária.

5. CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE PELAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

A incorporação pelos Estados latino-americanos da doutrina do *controlle difuso de convencionalidade* estabelecida por la Corte I.D.H. é atualmente a peça chave para a concretização do dever das autoridades administrativas de proteger direitos fundamentais, ainda que, para tanto, seja necessário superar leis (inconstitucionais).

¹⁴⁴ Cassagne destaca a decisão-paradigma da Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica, no caso “Fonseca Ledesma”, em que o recurso administrativo prévio é equiparado a uma pretensão de “sacar água de um poço seco”, na medida em que os órgãos superiores dificilmente alteram as decisões inferiores (CASSAGNE, Juan Carlos. El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Ed.). **Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa**. Buenos Aires: Universidad Buenos Aires, 2012. p. 75).

¹⁴⁵ Súmula 89 do Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Ver também art. 32 do Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa (PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction**: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions. Niterói: Editora da UFF, 2014. p. 15).

¹⁴⁶ Há exemplos de requerimento administrativo prévio como condição ao ingresso de uma ação judicial: de acordo com o art. 70 da Lei boliviana de procedimento administrativo, a tentativa prévia de solução de qualquer conflito administrativo é um pré-requisito para interposição da ação judicial. Também vale citar o art. 4.3 do Código de Justiça Administrativa da Federação Russa prevê a possibilidade do legislador, em certos casos, condicionar o acesso ao tribunal à conclusão do processo administrativo extrajudicial: “Quando em certas questões administrativas a lei federal impuser um prévio procedimento administrativo para a resolução de litígios administrativos ou outros conflitos de interesses públicos, o acesso aos tribunais será possível somente após o cumprimento de tais procedimentos”.

¹⁴⁷ Art. 23 (a) e 9 da Ley Argentina de Procedimiento Administrativo. Ver também o art. 32.3 do Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa (PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction**: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions. Niterói: Editora da UFF, 2014. p. 15).





Segundo Mac-Gregor,

A expressão controle de convencionalidade foi utilizada pela primeira vez pelo juiz García Ramírez em suas opiniões em separado em casos como Myrna Mack Chang v. Guatemala (que seguiu o precedente Barrios Altos). Ramírez entendeu que, em nível internacional, não é possível dividir o Estado, de modo a vincular a Corte I.D.H. apenas a um ou alguns dos seus órgãos, a conceder-lhes representação do Estado no processo, sem que essa representação afete todo o Estado e exclua outros órgãos do regime de responsabilidade dos tratados, deixando suas ações fora do controle de convencionalidade que envolve a jurisdição do tribunal internacional. A ideia foi desenvolvida no precedente Tibi v. Equador: ‘se os tribunais constitucionais supervisionam a constitucionalidade, o tribunal internacional de direitos humanos decide sobre a convencionalidade desses atos; e, finalmente, no precedente Vargas Areco v. Paraguai, que destacou que o controle de cumprimento ‘[é] a partir do confronto dos factos em causa e as disposições da Convenção Americana’. Mais tarde, o juiz Cançado Trindade também se referiu ao controle de convencionalidade como um mecanismo para a aplicação do direito internacional dos direitos humanos em nível nacional. ¹⁴⁸ (grifo nosso)

A referida doutrina tinha inicialmente como destinatários todos os juízes nacionais,¹⁴⁹ porém mais tarde ficou assentado que, no âmbito de sua competência, “todas as autoridades e órgãos de um Estado Parte da Convenção têm a obrigação de exercer um controle de convencionalidade”.¹⁵⁰

Segundo a Corte I.D.H.,

*As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos os poderes e órgãos do Estado, o que significa que todos os poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário ou outras esferas do poder público) e outras autoridades públicas ou estatais, de qualquer nível, incluindo seus mais altos tribunais de justiça, têm o dever de cumprir, de boa-fé, o direito internacional.*¹⁵¹ (tradução nossa)

O dever de convencionalidade proposto pela Corte I.D.H. apresenta de quatro características: a) é exercido de ofício; b) sujeita-se a um *bloco de convencionalidade*,

¹⁴⁸ Ver MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. The Constitutionalization of International Law in Latin American Conventionality Control: The New Doctrine of The Corte Interamericana de Derechos Humanos. **American Society of International Law - AJIL Unbound**, Washington, v. 109, p. 93-99. 2015. Available at: <<https://www.asil.org/sites/default/files/Ferrer%20Mac-Gregor%2C%20Conventionality%20Controlv3.pdf>>.

¹⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. Mexico**, voto de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juiz ad hoc. São José, 26 de novembro de 2010, § 33.

¹⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana**, São José, 28 de agosto de 2014, § 497.

¹⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **La sentencia de supervisión del cumplimiento en el caso Gelman vs. Uruguay**, São José, 20 de março de 2013, § 59.





ou seja, trata-se de um controle limitado à *interpretação* das normas convencionais tal como formulado pela Corte I.D.H.;¹⁵² c) está a cargo de autoridades que devem exercer o referido *controle* com independência de sua hierarquia, grau, valor ou matéria de competência que a norma interna lhes outorgue; d) também está a cargo de autoridades administrativas e juízes, ainda que não tenham competência para o controle de constitucionalidade, o que não significa a opção pela norma ou jurisprudência convencional e a não aplicação da nacional. Trata-se apenas, e em primeiro lugar, tratar de harmonizar a norma interna com a convencional, através de uma *interpretação convencional* da norma nacional.¹⁵³

Nesse ponto, explica a Corte I.D.H. que

*em contrapartida, o grau de intensidade do controle difuso de convencionalidade irá reduzir-se naqueles sistemas onde não se permite o controle difuso de constitucionalidade e, por conseguinte, nem todos os juízes têm a faculdade de deixar de aplicar uma lei ao caso concreto. Nesses casos, é evidente que os juízes que carecem de tal competência exercerão o controle difuso de convencionalidade com menor intensidade, sem que isso signifique que não possam realizá-lo na medida de suas respectivas competências. Isso implica o fato de que não poderão deixar de aplicar a norma (ao não ter esse poder), devendo, em todo caso, realizar uma interpretação convencional da norma, ou seja, efetuar uma interpretação conforme **não só à Constituição, como também à Convenção Americana e à jurisprudência convencional. Essa interpretação requer uma atividade criativa para se alcançar a compatibilidade da norma nacional conforme o parâmetro convencional e assim obter-se a efetividade do direito ou da liberdade de que se trate, com os maiores alcances possíveis em termos de princípio pro homine.***¹⁵⁴ (tradução nossa)

Contudo, no caso de absoluta incompatibilidade,

onde não exista interpretação convencional possível, se o juiz carece de faculdades para deixar de aplicar a norma, irá se limitar a assinalar a anti-convencionalidade da mesma ou, nesse caso, a semear a dúvida da inconveniência diante de outros órgãos jurisdicionais competentes dentro do mesmo sistema jurídico nacional que podem exercer

¹⁵² Um bloco de convencionalidade, nos moldes da Corte I.D.H., não seria compatível com a jurisprudência constitucional de alguns países europeus. Acerca da supremacia constitucional em face das normas convencionais de direitos humanos, ver RÚSSIA. Tribunal Constitucional da Federação Russa (Конституционного Суда Российской Федерации), r. N 21-П, 14 de julho de 2015 (com referência aos precedentes dos tribunais constitucionais da Alemanha, Itália e Áustria).

¹⁵³ Ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. Mexico, voto em separado do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, São José, 26 de novembro de 2010, § 33-35, 37, 42, 44, 59.

¹⁵⁴ Ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. Mexico, voto em separado do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, São José, 26 de novembro de 2010, § 37.





o controle de convencionalidade com maior intensidade. Assim, os órgãos jurisdicionais de revisão terão que exercer dito controle e deixar de aplicar a norma ou declarar a sua invalidade por ser anti-convencional.¹⁵⁵ (grifo nosso e tradução nossa)

No que concerne a um novo paradigma para o direito administrativo contemporâneo, anota Ernesto Jinesta que

[...] o controle de convencionalidade exercido pela jurisdição contencioso-administrativa amplia, ostensivamente, o parâmetro de legitimidade ao qual as condutas administrativas devem, substancialmente, adequar-se, o que provoca uma reorganização das fontes do direito administrativo, ao incorporar o bloco de convencionalidade como fator de contraste, e permite também vislumbrar um direito administrativo comum.¹⁵⁶ (grifo nosso e tradução nossa)

No México, a doutrina do controle difuso de convencionalidade é considerada a inspiração da modificação da Constituição, em 2011, cujo art. 1º passou a dispor que *todas as autoridades*, no âmbito de suas competências, devem cumprir uma série de obrigações em matéria de direitos humanos.¹⁵⁷

Ademais, em harmonia com a jurisprudência da Corte I.D.H., a Suprema Corte de Justiça da Nação do México decidiu que

as autoridades administrativas não estão habilitadas a realizar nenhum tipo de controle constitucional, concentrado ou difuso, ou seja, não podem declarar a invalidade de determinado preceito e deixar e aplicá-lo, nem sequer sob o argumento de uma reparação de direitos humanos, já que isso implicaria, para interpor um meio de defesa, desatender os requisitos de procedência assinalados pelas leis, os quais devem ser cumpridos de maneira prévia a uma análise do mérito do assunto. Em todo caso, as disposições jurídicas, em sentido mais favorável às pessoas, devem ser interpretadas, sem que as autoridades administrativas descuidem das faculdades e funções que devem desempenhar em atenção ao âmbito de suas competências. Aceitar o contrário geraria incerteza jurídica em franca contravenção a outros direitos humanos como os de legalidade, devido processo e segurança jurídica, previstos nos artigos constitucionais 14 e 16.¹⁵⁸ (tradução nossa)

¹⁵⁵ Ver CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. Mexico, voto em separado do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, São José, 26 de novembro de 2010, § 39.

¹⁵⁶ JINESTA, Ernesto. Control de convencionalidad difuso ejercido por la jurisdicción constitucional. **Revista Peruana de Derecho Público**, Lima, ano 16, n. 31, p. 47-57. 2015.

¹⁵⁷ Art. 1 da Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁵⁸ MÉXICO. SUPREMA Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo directo en revisión 1640/2014, 13 de agosto de 2014.





Também vale registrar que o Instituto Ibero-americano de Direito Processual, no Código Modelo de Processos Administrativos (Judicial e Extrajudicial) para Ibero-América, adotou a *doutrina do controle difuso de convencionalidade* ao prescrever que as autoridades administrativas, sempre que diante de leis inconstitucionais ou anti-convencionais, têm o dever de suscitar o incidente correspondente perante o tribunal judicial ou a autoridade administrativa competente.¹⁵⁹

6. CERTAS PERSPECTIVAS ORGANIZACIONAIS PARA A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

Na busca de um modelo de organização de jurisdição administrativa que considere as peculiaridades do sistema judiciário vigente na América Latina, duas questões merecem reflexões: a) garantias institucionais para as autoridades administrativas, nos limites das suas competências e no exercício de funções primárias executivas, que sejam orientadas pelo princípio da supremacia da lei, isto é, pela supremacia dos direitos fundamentais; b) uma jurisdição administrativa que, como função, seja independente não apenas no Judiciário, mas também que esteja a cargo da Administração.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que a cláusula da tutela judicial efetiva aplica-se aos tribunais e também às autoridades administrativas, e em dois níveis diferenciados: tratando-se de função materialmente jurisdicional exercida pelas próprias autoridades, ou seja, tratando-se de solução de conflito administrativo em caráter definitivo, e não sujeita à posterior revisão judicial, as autoridades públicas devem ser competentes, independentes, imparciais, previamente estabelecidas e atentas às garantias processuais¹⁶⁰. Tratando-se, porém, de uma função meramente executiva da Administração Pública ou de uma atuação equiparável à função executiva, como a solução de conflitos que possa ser revista plenamente por um órgão judicial, as autoridades devem observar o art. 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos *apenas o suficiente* para evitar uma decisão administrativa arbitrária¹⁶¹.

¹⁵⁹ Art. 2, parágrafo único, do Código Modelo de Processos (Judicial e Extrajudicial) para Ibero-América (GRINOVER, Ada Pellegrini; PERLINGEIRO, Ricardo et al. Código Modelo de Processos Administrativos - Judicial e Extrajudicial - para Iberoamérica. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. X, p. 360-383. 2012.

¹⁶⁰ De acordo com a Corte I.D.H., "[...] a legislação deve assegurar que o funcionário autorizado pela lei para exercer funções jurisdicionais contemple as características de imparcialidade e independência que devem reger todo órgão responsável por determinar os direitos e as obrigações das pessoas [...]" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vélez Loor vs. Panama**, São José, 23 de novembro de 2010, § 108, tradução nossa). Ademais, no caso Barbaní Duarte y otros vs. Uruguay, a Corte I.D.H. trata o Tribunal do Contencioso Administrativo uruguaio como um tribunal materialmente jurisdicional, apesar de ser uma autoridade administrativa de resolução de litígios externa ao Poder Judiciário uruguaio.

¹⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Claude-Reyes y otros vs. Chile**, São José, 19 de setembro de 2006, § 118 e 119. No mesmo caso Claude-Reyes y otros vs. Chile, segundo a Corte I.D.H, decisão sem fundamentação é exemplo de uma decisão arbitrária (§ 120).





Isso significa que, do ponto de vista dos direitos humanos, é discricionária de política do legislador atribuir funções materialmente jurisdicionais às autoridades administrativas e sujeitá-las às mesmas exigências aplicáveis a tribunais judiciais, que, por consequência, teriam o seu campo de atuação proporcionalmente reduzido. Além disso, pode-se extrair da jurisprudência da Corte I.D.H. que as funções administrativas meramente executivas devem ser exercidas por autoridades que sejam - o quanto necessário - independentes e tecnicamente qualificadas para uma atuação administrativa que se subordine a fundamentais e não apenas à lei em sentido estrito.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma América Latina que convive há mais de 200 anos com tribunais judiciais generalistas, discutir especialização de tribunais não parece a melhor opção a essa altura. Na verdade, o futuro da jurisdição administrativa latino-americana está na efetivação do devido processo legal na esfera administrativa (extrajudicial), tal como importado dos EUA nas últimas décadas, de modo a compensar o déficit de especialização em direito administrativo dos tribunais judiciais latino-americanos.

Ademais, a jurisprudência da Corte I.D.H., acerca do controle difuso de convencionalidade pelas autoridades administrativas nacionais, vai ao encontro da instituição de uma estrutura administrativa que, assemelhando-se à dos *quasi judicial bodies* or *administrative tribunals* de países vinculados ao *common law*, necessita de independência, imparcialidade e capacidade técnica para decidirem sob influência de normas constitucionais e normas convencionais de direitos humanos.

Em tal contexto, decisões administrativas devem sujeitar-se aos limites de regras de competência administrativa que

(1) considerem a distinção entre (1.1) interpretação conforme a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos e (1.2) declaração de inconstitucionalidade e de anti-convencionalidade por ação e omissão, e que

(2) também considerem o alcance do comportamento administrativo impugnado, para evitar insegurança com decisões contraditórias e facilitar a compreensão de que, enquanto vigente uma decisão administrativa favorável, seus efeitos devem irradiar-se para todos os que estiverem na mesma situação fática, ainda que não tenham sido demandantes.

Com efeito, o nível de especialização do Judiciário deve ser proporcional às habilidades das autoridades para cumprirem adequadamente o seu papel: quanto mais efetiva a atuação administrativa na proteção dos direitos fundamentais, maior a confiança





dos cidadãos nas autoridades, maior a deferência judicial em favor das autoridades, e menor a necessidade do Judiciário e da sua especialização em direito administrativo.

De toda sorte, é fundamental que ocorram ajustes nas regras de competência processual judicial, de modo que não se sucedam decisões judiciais contraditórias sobre o mesmo comportamento administrativo, ainda que as partes litigantes sejam distintas.

Portanto, é mais do que oportuno tirar o foco do sistema judiciário e das leis processuais judiciais como únicos vilões da litigiosidade excessiva e na inefetividade da jurisdição administrativa. Ao contrário, a América Latina precisa assumir o seu sistema judiciário de jurisdição única, e reduzir progressivamente a competência dos tribunais judiciais em favor de uma reforma administrativa que, à luz da doutrina de controle difuso de convencionalidade consagrada pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assegure atuações administrativas - executivas e jurisdicionais - sob a primazia dos direitos fundamentais.

Em outros termos, deve-se proceder a uma reforma que leve a Administração Pública a portar-se como um instrumento de manifestação do interesse público, e não mais com um ente para proteção de interesse político e financeiro próprios e ocasionais, com um fim sem si mesmo.

8. REFERÊNCIAS

ALVES, Clara da Mota S. Pimenta. Sistema brasileiro de precedentes: uma promessa não cumprida de redução da litigiosidade? In: MORAES, Vânia Cardoso André de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**. Brasília: Enfam, 2016.

ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication. **American Journal of Comparative Law**, Michigan, v. 63, n. 4, p. 3-32, setp./dec. 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998.

BLANKE, Hermann-Josef. La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. Margenes de discrecionalidad y de apreciación. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Ed.). **Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa**. Buenos Aires: Universidad Buenos Aires, 2012.

BRANCO, José Denilson. Execução fiscal: possíveis soluções dentro da legislação vigente. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**. Brasília: Enfam, 2016.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. **Instituciones políticas y constitucionales. Tomo VII**: La justicia contencioso administrativo. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1997.





CANE, Peter. **Administrative law**. 5 ed. New York: Oxford University Press, 2011.

CARDOSO, Maurício. Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça. **Consultor Jurídico**, São Paulo, set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>. Acesso em: 31 jan 2017.

CASSAGNE, Juan Carlos. El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Ed.). **Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa**. Buenos Aires: Universidad Buenos Aires, 2012.

CATANHO, Lucas. Gasto com ações judiciais na Saúde cresce 400% em 5 anos: Despesa saltou de R\$ 3,7 mi, em 2010, para R\$ 18,7 mi em 2015, na região de Ribeirão Preto; Estado acusa custo 'desnecessário'. **A Cidade On Ribeirão Preto**, Ribeirão Preto, maio. 2016. Disponível em: <<https://www.acidadeon.com/ribeiraopreto/cotidiano/cidades/NOT,2,2,1169336,Gasto+com+acoes+judiciais+na+Saude+cresce+400+em+5+anos.aspx>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

CENTRO ELECTRÓNICO DE DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN JUDICIAL DE HONDURAS. **Unidad de Estadística**. Honduras, 2015.

CLARICH, Marcello. L'esecuzione. In: SANDULLI, Aldo (Ed.). **Corso de Diritto Amministrativo: Diritto Processuale Amministrativo**. n. 7. Milano: Giuffrè, 2013.

CLEMENTINO, Marco Bruno M. As demandas repetitivas de direito público e o princípio da proceduralização da isonomia. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**. Brasília: Enfam, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**: ano base 2013. Brasília: CNJ, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**: ano base 2014. Brasília: CNJ, 2015.

CHASE PLATE, Luis Enrique. La justicia constitucional y la justicia administrativa. In: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor (Coord.). **Derecho administrativo iberoamericano**. Tomo 2. Caracas: Ediciones Paredes, 2007.

CHITI, Mario Pilade. La tutela cautelare. In: CASSESE, Sabino (Ed.). **Corso di diritto amministrativo**. n. 7. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2013.

DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICAS JUDICIAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. **Estadística Nacional - Anual 2014**. México, 2014.

DUARTE, Fernanda. A execução é uma questão de justiça? **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 13, p. 45-58, mar. 2005.

ERDELYI, Maria Fernanda. Proposta de execução fiscal da Fazenda é alvo de críticas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, nov. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-nov-27/proposta_execucao_fazenda_alvo_criticas>. Acesso em: 31 jan. 2017.





FALCÃO, Joaquim. A bolha judicial. **Revista Conjuntura Econômica**, Rio de Janeiro, v. 60, n. 4, p. 45, abr. 2006.

FERNÁNDEZ RUIZ, J. Panorama general del derecho administrativo mexicano. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (Coord.). **El derecho administrativo iberoamericano**. Granada: INAP, 2005.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramon. La pugna entre la Administración y los tribunales ordinarios como rasgo sobresaliente del primer constitucionalismo español. In: FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramon. **Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa: 1845-1998**. Madrid: Iustel, 2007.

FROMONT, Michel. **Droit administratif des États européens**. Paris: PUF, 2006.

GRINOVER et al. **Código Modelo de Processos coletivos para Ibero-América**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2004.

GRINOVER, Ada Pelegrini; PERLINGEIRO, Ricardo et al. Código Modelo de Processos Administrativos - Judicial e Extrajudicial - para Iberoamérica. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. X, p. 360-383. 2012.

GUBERT, Jerson Moacir; BORDASCH, Rosane Wanner Silva. Processamento e Gestão das Ações de Massa. In: MORAES, Vânia Cardoso A. de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**. Brasília: Enfam, 2016.

GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sequiscentenário modelo norte-americano? In: _____. (Coord.). **Teoria do Estado regulador**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto. **Tratado del proceso contencioso administrativo**. Lima: Jurista Editores, 2006.

JINESTA, Ernesto. Control de convencionalidad difuso ejercido por la jurisdicción constitucional. **Revista Peruana de Derecho Público**, Lima, ano 16, n. 31, p. 47-57. 2015.

JINESTA, Ernesto. Principio general de la justiciabilidad plenaria y universal de la conducta administrativa. In: BREWER-CARÍAS, Alan et al. (Coord.). **La protección de los derechos frente al poder de la administración**. Bogotá: Editoriales Temis, tirant lo Blanch y jurídica venezolana, 2014.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. The Constitutionalization of International Law in Latin American Conventionality Control: The New Doctrine of The Corte Interamericana de Derechos Humanos. **American Society of International Law - AJIL Unbound**, Washington, v. 109, p. 93-99. 2015. Available at: <<https://www.asil.org/sites/default/files/Ferrer%20Mac-Gregor%2C%20Conventionality%20Controlv3.pdf>>.





MAIRAL, Héctor A. **Control judicial de la Administración Pública**. Buenos Aires: Depalma, 1984.

MARGÁIN MANAUTOU, Emilio. **De lo contencioso administrativo**: de anulación o de ilegitimidade. México: Porrúa, 2009.

MAURER, Hartmut. **Derecho administrativo alemán**. Mexico: UNAM, 2012.

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

MCKECHNIE, William Sharp. **Magna Carta**: A Commentary on the Great Charter of King John, with an Historical Introduction. Glasgow: Maclehose, 1914.

MORAES, Vânia Cardoso André de. **A igualdade – formal e material – das demandas repetitivas sobre direitos sociais**. Niterói, 2016. Tese (Doutorado)- Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade Federal Fluminense.

MORAES, Vânia Cardoso André de. Demandas repetitivas sobre direitos sociais e a proposta do Código Modelo Euro-Americano para a realização da igualdade. In: MORAES, Vânia Cardoso André (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**. Brasília: Enfam, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo**. Salvador: Jus Podium, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Lei Modelo Interamericana de Acesso à Informação Pública**. AG/RES. 2607 (XL-0/10), 2010.

ÓRGANO JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. **Estadísticas Judiciales**, Ancón, 2011.

PERLINGEIRO, Ricardo et al. Princípios fundamentais e regras gerais da jurisdição administrativa Brasil-França-Espanha. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 163, p. 253-263. 2008.

PERLINGEIRO, Ricardo. A execução forçada de pretensões pecuniárias e a coerção administrativa de fazer, suportar ou omitir-se. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 21, ano 3, p. 133-141. 2015.

PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte** – RPGMBH, Belo Horizonte, v. 5, n. 10, p. 217-227. 2012.

PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction**: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions. Niterói: Editora da UFF, 2014.





REDISH, Martin H. Class Actions and the Democratic Difficulty: Rethinking the Intersection of Private Litigation and Public Goals. **University Of Chicago Legal Forum**. Chicago: University of Chicago, v. 2003, n. 1, Artigo 4, p. 71-139. 2003.

REIS, Wanderlei José dos. Juiz-Gestor: um novo paradigma. **Revista On Line do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário** – IBRAJUS, [S.l.] 2011.

ROQUE, André Vasconcelos et al. O novo CPC e a desconfiança nos juízes. **Jota**, São Paulo, jun. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/o-novo-cpc-e-a-desconfianca-nos-juizes-15062015>>. Acesso em: 31 jan 2017.

SIBERIAN LEGAL FORUM, 2, 2016, Tyumen. **Administrative justice**: comparative and Russian contexts. Rússia, 2016.

SILVA, Fábio de Souza. **Discrecionalidade técnica e direito à saúde**: confiança como limite para o controle judicial. Niterói, 2014. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense).

SILVEIRA NETO, Antônio. Conflitos de massa e gestão dos processos judiciais. In: MORAES, Vânia Cardoso A. de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**. Brasília: Enfam, 2016.

SOUZA, Giselle. Justiça determina novo arresto nas contas do governo do Rio de Janeiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, mai. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-mai-09/justica-determina-arresto-contas-governo-rj>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

STRAUSS, Peter. **An introduction to administrative justice in United States**. Durham: Carolina Academic Press, 1989.

STRECK, Lenio Luiz. Juiz não é gestor nem gerente. Ele deve julgar. E bem! **Consultor Jurídico**, São Paulo, ago. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-ago-08/senso-incomum-juiz-nao-gestor-nem-gerente-juiz-julgar-bem>>. Acesso em: 31 jan 2017.

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA REPUBLICA DE URUGUAY. **Estadísticas**, [S.l.], 2016.

VASCONCELLOS, Marcos de. Ministros do STJ são contra execução fiscal sem juiz. **Consultor Jurídico**, São Paulo, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-08/ministros-stj-execucao-fiscal-administrativa-naufragar>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Panorama general del derecho administrativo chileno. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (Coord.). **El derecho administrativo iberoamericano**. Granada: INAP, 2005.

WOLF, Hans J. et al. **Direito Administrativo**. v. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

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







Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v4i1.49773

Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI

State transformations and Public Administration in the 21st Century

EURICO BITENCOURT NETO*

Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)

eurico.bn@uol.com.br

Recebido/Received: 15.12.2016 / December 15th, 2016

Aprovado/Approved: 11.02.2017 / February 11th, 2017

Resumo

O Estado moderno tem passado por marcantes transformações, decorrentes da fragmentação do poder e de um processo de desnacionalização. Tais mudanças provocam a alteração de boa parte dos traços característicos da Administração Pública, revelando uma nova face da Administração no século XXI, que são condensadas neste artigo. O texto busca a identificação dos traços gerais da Administração Pública neste início de século e os desafios que tal realidade traz para o Direito Público e, em especial, o Direito Administrativo.

Palavras-chave: *Administração Pública; Direito Administrativo; procedimento administrativo; Administração concertada; eficiência administrativa.*

Abstract

The modern state has undergone remarkable transformations, resulting from the fragmentation of power and a process of denationalization. These changes cause a change in many of the characteristics of Public Administration, revealing a new face of Administration in the 21st century, which are condensed in this article. The text seeks to identify the general features of Public Administration at the beginning of this century and the challenges that this reality brings to Public Law, especially Administrative Law.

Keywords: *Public administration; Administrative law; administrative procedure; concerted administration; administrative efficiency.*

Como citar esse artigo/How to cite this article: BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.49773.

* Professor Adjunto de Direito Administrativo e Direito Constitucional da UFMG (Belo Horizonte-MG, Brasil). Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (Lisboa, Portugal), com apoio do Programa Alþan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para a América Latina e da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo. Membro do Conselho Deliberativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. E-mail: eurico.bn@uol.com.br.





SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Administração infraestrutural; 3. Administração procedimentalizada; 4. Administração multipolar; 5. Administração em rede; 6. Administração concertada; 7. Administração eficiente; 8. Conclusão; 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Estado moderno, que se apresenta, especialmente a partir de meados do século XX, em boa parte do mundo ocidental, como Estado de Direito democrático e social, tem passado, neste início de século XXI, por profundas transformações, não propriamente em seu substrato constitucional axiológico, mas nas bases estruturais sobre as quais se edificou, ao longo do tempo, desde o século XVII. Assim é que a institucionalização do poder, a partir do monopólio da força territorialmente definido e de um princípio fundamental de unidade, que marcaram o Estado na modernidade, são características em transformação, a partir de uma “dinâmica de desnacionalização”¹, seja na perspectiva externa, com o reconhecimento de poderes públicos globais desvinculados de um Estado², seja em âmbito interno, no que se tem chamado Estado pós-moderno³.

O Estado transformado implica, necessariamente, em transformações na Administração Pública⁴, até porque em boa medida as razões das mudanças são encontradas no plano administrativo⁵. A diluição de alguns dos dogmas do Estado moderno produz importantes transformações na Administração Pública do Estado de Direito democrático e social, sob ponto de vista orgânico e sob o aspecto funcional. Assim é que o perfil de Administração prestadora ou constitutiva, que se consolidou em meados do século XX, em especial na Europa continental, perdeu força nas últimas décadas daquele século e vem sendo substituída, ou ao menos passa a conviver cada vez mais, também entre nós, por uma Administração reguladora ou de garantia⁶.

¹ MEDEIROS, Rui. **A constituição portuguesa num contexto global**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 20 e seg.

² CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Roma: Laterza, 2006.

³ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**, Coimbra, v. 7, n. 11, 2001. p. 705-721.

⁵ GAUDEMET, Yves. Cinquant’anni di diritto amministrativo francese. In: D’ALBERTI, Marco (Org.). **Le nuove mete del diritto amministrativo**. Bolonha: Il Mulino, 2011 (e-book).

⁶ É certo que tais modelos constituem uma generalização, sempre redutora da realidade. Ainda subsistem manifestações de Administração agressiva, típica do século XIX, e de Administração prestadora, que marcou a primeira fase do Estado de Direito democrático e social. Não obstante, tal generalização é necessária para destacar novos perfis da Administração Pública contemporânea, que impactam capítulos fundamentais do Direito Administrativo neste início de século XXI.





É acertado dizer que tais transformações têm ocorrido na esteira de um processo de liberalização e de retração do aparato prestador do Estado, transferindo a execução de boa parte das tarefas públicas aos particulares. A Administração deixa a função central de execução e passa a assumir a regulação de tais atividades, para conformá-las a obrigações típicas de Direito Administrativo. Não obstante, não se pode, no atual quadro das vigentes Constituições que consagram o modelo de Estado de Direito democrático e social, como é o caso da brasileira de 1988, concluir pela adoção de uma Administração neoliberal.

É preciso reafirmar que, nos quadros normativos da Constituição de 1988, assim como das diversas Constituições europeias de mesma matriz axiológica, “a socialidade é, ainda hoje, uma dimensão intrínseca da estatalidade”⁷. Afirmada a permanência do Estado social, é preciso reconhecer que novos desafios de nosso tempo impõem uma reconfiguração da Administração Pública para concretizar os seus objetivos. Tais mudanças têm transformado o perfil da Administração neste início de século, impondo um repensar de velhos dogmas do Direito Administrativo, como, por exemplo, uma concepção radical da unidade e da hierarquia, ou uma visão redutora do exercício do poder administrativo à via unilateral⁸.

O objetivo deste artigo é indicar, nesta oportunidade em apertada síntese, os principais traços da Administração Pública do século XXI⁹. Nos próximos tópicos, algumas linhas gerais são indicadas sobre o que se considera serem as características gerais da Administração deste início de século: Administração infraestrutural; Administração procedimentalizada; Administração multipolar; Administração em rede; Administração concertada; Administração eficiente. A identificação dos modos de manifestação da Administração contemporânea é indispensável para uma compreensão constitucionalmente adequada do Direito Administrativo de nosso tempo.

2. ADMINISTRAÇÃO INFRAESTRUTURAL

O reconhecimento de limites, conjunturais ou estruturais, de manutenção e de expansão de um modelo de Administração prestadora ganhou impulso com a liberalização da economia e uma forte retração do aparato administrativo prestador. Não obstante, tais transformações não se resumem a uma pauta liberalizante. Para além de uma

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**, Coimbra, v. 7, n. 11, 2001. p. 705-721.

⁸ GAUDEMET, Yves. Cinquant’anni di diritto amministrativo francese. In: D’ALBERTI, Marco (Org.). **Le nuove mete del diritto amministrativo**. Bolonha: Il Mulino, 2011 (e-book).

⁹ Esta matéria foi desenvolvida, de modo analítico, em BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017. Sobre o tema, ver: CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.





pretensão de se afirmar um novo liberalismo, que, se levado a cabo em todos os seus efeitos, como já referido, seria incompatível com a Constituição de 1988, cabe admitir que ao menos parte das transformações da Administração prestadora devem ser enquadradas em uma necessária adaptação dos modos de agir da função administrativa do Estado à nova realidade econômica e social, a fim de continuar a buscar a satisfação dos objetivos do princípio da socialidade.

As transformações operadas nas estruturas do Estado moderno implicam em novos desafios à Administração Pública, como a necessidade de atuar, cada vez mais, como conformadora geral da ordem econômica e social, para além de uma atuação tópica e individualizada. Torna-se necessária uma atuação transversal e prospectiva¹⁰, que não se satisfaz com meros comandos unilaterais. Daí que é indispensável cogitar desse novo modo de atuar administrativo, não como uma imposição de um arcabouço liberalizante, mas como um meio de se buscar, em vista de novos desafios desta quadra histórica, alcançar de modo efetivo os objetivos centrais do Estado de Direito democrático e social.

Esse novo perfil da Administração Pública se expressa pela função coordenadora, fundada na “concordância prática entre necessidades, interesses, bens e objetivos”¹¹. Trata-se de atuação administrativa que se desenvolve para além das situações individuais, estabelecendo parâmetros e condições da ação econômica e social, como verdadeira Administração infraestrutural¹², assecuratória de instalações e meios para a prestação de serviços básicos, sem vincular-se necessariamente à tarefa de execução direta¹³.

Tal modo de manifestação tem ganhado largos espaços na Administração Pública contemporânea que, se mantém as clássicas relações bilaterais de restrição ou de prestação que a caracterizavam, passa a se afirmar, cada vez mais, como uma Administração complexa. Daí que ganha relevo sua face como Administração de direção, com atividades de regulação, de fomento ou de informação¹⁴.

¹⁰ GAMBINO, Silvio. Amministrazione e contrato: l'esperienza francese fra tecnocrazia e consenso. In: AMIRANTE, Carlo (Coord.). **La contrattualizzazione dell'azione amministrativa**. Turim: Giappichelli, 1993. 144.

¹¹ PAREJO ALFONSO, Luciano. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la administración pública. **Documentación Administrativa**, Madrid, v. 32, n. 218-219, p. 15-65, abr./sept. 1989. p. 42.

¹² Segundo expressão de Heiko Faber (Verwaltungsrecht. Tübingen, J. C. B. Mohr), conforme assinalam, entre outros, PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de derecho administrativo**. 2. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2008. p. 127, nota 4.

¹³ ¹³WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito administrativo**. Tradução: António F. de Sousa. v. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 58; SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. In: BARNES VÁZQUEZ, Javier (Coord.). **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2006. p. 57.

¹⁴ WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito administrativo**. Tradução: António F. de Sousa. v. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 58; SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. In: BARNES VÁZQUEZ, Javier (Coord.). **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2006. p. 41.



Se a Administração liberal se caracterizava por uma atuação unilateral de agressão a interesses do particular e, por outro lado, a Administração prestadora se caracterizou, em um primeiro momento, com uma atuação provedora de bens ou serviços aos cidadãos, a Administração infraestrutural desenvolve tarefas de planejamento, ordenação, configuração social de modo geral, sem destinatário determinado¹⁵. Trata-se de uma função de direção, de *indirizzo*¹⁶, de configuração ou de prospecção do desenvolvimento econômico e social, atuando ao serviço de um “Estado estrategista”¹⁷.

Essa nova Administração ainda está lastreada na responsabilidade geral do Estado pela consecução do bem-estar social, que se pode manifestar por prestações diretas ou por garantias de prestação¹⁸, aumentando o relevo da função reguladora¹⁹. Tal função garantidora ou reguladora, ao invés de prestadora, não significa que a Administração se demite da responsabilidade de assegurar que as prestações sociais sejam fruíveis pelos cidadãos, que continuam a titularizar direitos fundamentais de natureza prestacional. A Administração infraestrutural e de garantia, mais que meramente supervisora, tem responsabilidade subsidiária, verdadeira reserva de Estado na execução direta das prestações ordinariamente a cargo de particulares: “Trata-se, por conseguinte, de uma responsabilidade pública de execução ‘em estado latente’”²⁰.

A atual crise econômico-financeira que, a partir de 2007, atinge todas as partes do globo, provocou, como uma de suas consequências, a redução do alcance da Administração infraestrutural²¹, com a retração dos investimentos públicos. No caso brasileiro, o que se assiste nos últimos tempos é a tentativa de se valer do investimento privado, em distintos modelos de parcerias, para se reduzir o déficit de infraestrutura que tem caracterizado nossa economia.

¹⁵ , PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de derecho administrativo**. 2. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2008.p. 43

¹⁶ OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2013.p. 216.

¹⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 75-76.

¹⁸ A retração da Administração em relação a tarefas de prestação, assumindo a função de garantidora das prestações sociais por privados, gera o que Schmidt-Aßmann chama de Direito Administrativo de garantia (In: SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. In: BARNES VÁZQUEZ, Javier (Coord.). **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2006. p.72).

¹⁹ WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Derecho administrativo**. v. 1, p. 58; SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. **Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo**,p. 57.

²⁰ GONÇALVES, Pedro. **Estado de garantia e mercado**, Coimbra: Almedina, (2004?) p. 255.

²¹ GONÇALVES, Pedro. **Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 42.



3. ADMINISTRAÇÃO PROCEDIMENTALIZADA

As características contemporâneas da atuação administrativa do Estado pressupõem uma relevância acrescida do procedimento administrativo²². E, nesse sentido, releva a noção de procedimento administrativo de terceira geração²³, mais como instrumento de direção da atuação administrativa do que propriamente de mera aplicação do Direito.

Se a Administração Pública do século XXI prossegue múltiplos e, muitas vezes, concorrentes interesses públicos, o procedimento administrativo se consolida como a matriz principal de uma atuação racional, aberta, participativa e com meios de sopesamento dos distintos valores e interesses em jogo. Não se trata de mero itinerário formal funcionalizado a uma decisão final, ou mesmo de instrumento de viabilização do contraditório em situações adversativas. Trata-se de reconhecer o fenômeno procedimental de modo amplo e flexível, como “a Administração Pública em ação”²⁴.

O procedimento se constitui em matriz de manifestação administrativa em qualquer de suas múltiplas atividades e, ele próprio, na maioria das vezes, revela-se multifuncional²⁵. Desenvolve sua face garantística dos direitos e interesses dos particulares, de um lado, e sua face asseguradora de deveres que condicionam a atuação da Administração, como a imparcialidade e a eficiência.

A procedimentalização da Administração Pública constitui-se em um princípio geral, formado pela síntese das distintas evoluções dos sistemas jurídicos de matriz anglo-saxônica e romano-germânica²⁶, presente, de modo expresso ou implícito, nas Constituições contemporâneas. Em última análise, pode ser reconduzido ao princípio

²² CASSESE, Sabino. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, v. 1, p. 27-40, 2002. p. 36.

²³ BARNES, Javier. Algunas respuestas del derecho administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el derecho privado, procedimientos de tercera generación. In: BARNES, Javier (Ed.). **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. 2. ed. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2012. p. 251-377. p. 359 e seg.

²⁴ BARNES, Javier. Reforma e innovación del procedimiento administrativo. In: BARNES, Javier (Ed.). **La transformación del procedimiento administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2008. p. 11-69.

²⁵ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional. In: BARNES, Javier (Ed.). **La transformación del procedimiento administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2008. p. 71-112.

²⁶ Para maior desenvolvimento, BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017.



fundante do Estado de Direito²⁷ democrático²⁸ e social²⁹, como decorrência de uma imposição de atuação administrativa constitucionalmente adequada.

O procedimento administrativo passa a ser a matriz da manifestação administrativa, seja nas atuações individualizadas, restritivas ou constitutivas de direitos, seja nas atuações genéricas, próprias de uma Administração infraestrutural. No primeiro caso, tem-se o âmbito de atuação administrativa em que se manifestaram, inicialmente, garantias procedimentais, como a audiência do interessado em casos de atuação agressiva, por exemplo. E, ainda no âmbito de relações bilaterais, os procedimentos que viabilizam relações jurídicas administrativas constitutivas de direitos, em especial no campo da concretização de direitos fundamentais e da prestação de serviços públicos.

De outro lado, a Administração de infraestruturas pressupõe uma manifestação procedimental, em razão do respeito à imparcialidade e à eficiência, entre outras virtualidades asseguradas pelo procedimento administrativo. Trata-se da vinculação da Administração a uma atuação racional, eficiente e sujeita à responsabilidade democrática³⁰, que só se pode cumprir adequadamente em âmbito procedimental. As densificações dessa imposição geral de procedimento irão assegurar a conformação da atuação administrativa aos princípios reitores dessa atividade.

Para além disso, o âmbito da atuação interna da Administração contemporânea também recebe os influxos das mudanças por que passa o Estado contemporâneo³¹. Nesse campo, verifica-se que o relacionamento entre órgãos administrativos se dá cada vez mais de modo imbricado, com a interpenetração dos campos de atribuições de cada um deles, em que também avulta o papel do procedimento, como âmbito de

²⁷ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional. In: BARNES, Javier (Ed.). **La transformación del procedimiento administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2008. p. 71-112 LOUREIRO, João Carlos. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares** (algumas considerações). Coimbra: Coimbra Editora, 1995; BITENCOURT NETO, Eurico. **Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

²⁸ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional. In: BARNES, Javier (Ed.). **La transformación del procedimiento administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2008. p. 71-112; CORREIA, José Manuel Sérvulo. O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa. **Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação**, Lisboa, n. 9-10, p. 133-164, jan./jun. 1994; LOUREIRO, João Carlos. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares** (algumas considerações). Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 243.

²⁹ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional. In: BARNES, Javier (Ed.). **La transformación del procedimiento administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2008. p. 71-112.

³⁰ Sobre o conteúdo de uma responsabilidade democrática da Administração Pública, CORREIA, José Manuel Sérvulo. Controle judicial da administração e responsabilidade democrática da administração. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord.). **Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 304 e ss..

³¹ Para maior desenvolvimento, BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.



atuação concertada e coordenada, contribuindo para a institucionalização da cooperação e da participação interna, podendo ser evitados riscos como o de uma atuação fragmentada e estanque, comprometedora de uma necessária visão geral da atuação administrativa.

4. ADMINISTRAÇÃO MULTIPOLAR

A Administração contemporânea, em boa medida, substitui modos de atuação que se constituem por relações bilaterais, com efeitos restritos aos seus sujeitos, por intervenções que geram efeitos espalhados. Tal fenômeno pode ser referido em dois sentidos: a) no campo da atuação administrativa externa, pelos efeitos irradiantes que podem decorrer das decisões administrativas, para além de uma determinada relação bilateral³²; b) no campo da atuação administrativa interna, pela transversalidade e intersetorialidade que se impõe na gestão de grande parte dos serviços administrativos contemporâneos, suscitando “o emergir de novas formas de relacionamento jurídico intrassubjetivo”³³.

No primeiro caso, tem-se o fenômeno da multipolaridade quando a Administração atua de modo genérico, no campo da chamada atividade reguladora ou infraestrutural, na medida em que as decisões administrativas atingem um número muitas vezes indeterminado de pessoas. Para além disso, boa parte das decisões da Administração infraestrutural, embora dirigidas a um destinatário ou a alguns destinatários determinados, no âmbito de uma relação bilateral, tem seus efeitos, direta ou indiretamente, estendidos a uma multiplicidade de destinatários³⁴.

Avultam-se, nesses casos, as chamadas relações jurídicas administrativas multipolares ou poligonais³⁵, que se revelam aptas para regular situações complexas, com a presença de múltiplos interesses concorrentes e uma interpenetração de interesses públicos e privados. Nessas situações, a atuação da Administração, para além dos interesses imediatos que visa a compor, alcança uma plêiade de outros interesses reflexos, bem como envolve, no mais das vezes, avaliação de riscos e ponderação entre múltiplos bens e valores.

Outra dimensão da multilateralidade da Administração contemporânea manifesta-se em sua atuação interna, em que a clássica divisão estanque de atribuições e competências entre os vários serviços e órgãos públicos é paulatinamente substituída, ao menos no que toca aos grandes serviços, pela interpenetração de atribuições e pela intersetorialidade das políticas públicas a serem realizadas ou reguladas pelas

³² OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2013.p. 420.

³³ OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2013. p. 420.

³⁴ SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998.p. 130-132.

³⁵ SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998.p. 56-57.





estruturas da Administração Pública. A multipolaridade interna da atuação administrativa decorre da transversalidade de boa parte dos serviços administrativos contemporâneos, perdendo sentido uma organização administrativa setorializada e estanque, com importantes reflexos para as noções de unidade e hierarquia administrativas.

5. ADMINISTRAÇÃO EM REDE

Este início de século tem demonstrado que as sociedades estão mais complexas, que as questões públicas se tornaram, ao mesmo tempo, globais e locais³⁶, enquanto o poder se dispersa e os limites entre as esferas pública e privada se tornam mais fluidos: esse quadro força o Poder Público a desenvolver novos modelos de governança³⁷. Tal cenário tem provocado profundas transformações na clássica organização administrativa, fundada quase que integralmente na hierarquia.

Num contexto de pluralidade de interesses públicos e de arrefecimento de uma compreensão do interesse público como monopólio do Estado, a organização administrativa piramidal, vinculada a uma lógica de comando desde o vértice, não é suficiente, em muitos casos, para assegurar uma atuação eficaz. A necessidade de um tráfego contínuo de informações, especialmente no âmbito de interesses transversais a várias instituições públicas e privadas, aponta para a substituição de atuações impositivas por decisões concertadas. Nesse sentido, pode-se dizer que “a colaboração interadministrativa se converteu em um artigo de primeira necessidade”³⁸.

Esse complexo de interpenetração de interesses, dentro e fora do aparato administrativo do Estado, induz a uma organização administrativa em rede, como alternativa, em determinados setores, à organização hierárquica. Nesta, a coordenação se faz por meio de uma cadeia de comando vértice-base – “*command and control*”³⁹; naquela, a coordenação se alcança, por relações horizontais e verticais, tendo na colaboração e na pactuação alternativas à imposição⁴⁰. As redes funcionam como uma estrutura

³⁶ Advertindo que a globalização não abarca todos os componentes da sociedade, não sendo possível afastar a esfera local, perspectiva que se tem expressado pelo termo “glocalização MEDEIROS, Rui. **A constituição portuguesa num contexto global**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 38.

³⁷ GOLDSMITH, Stephen; EGGERS, William D. *Governing by network*, p. 7. Sobre a governança como um instrumento de análise “para explicar certas inflexões dos modos de exercício do poder nas sociedades contemporâneas”, CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 274.

³⁸ BARNES, Javier. *Reforma e innovación del procedimiento administrativo*. In: BARNES, Javier (Ed.). **La transformación del procedimiento administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2008. p. 11-69.

³⁹ KOLIBA, Christopher; MEEK, Jack W.; ZIA, Asim. **Governance networks in public administration and public policy**. Abingdon: Routledge, 2010. p. 105.

⁴⁰ BARNES, Javier. *Reforma e innovación del procedimiento administrativo*. In: BARNES, Javier (Ed.). **La transformación del procedimiento administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2008. p. 243.





policêntrica de decisões do Estado, com variável densidade, no âmbito de uma Administração de cooperação⁴¹.

A noção de rede, que tem marcado as sociedades contemporâneas, envolve um sistema de elementos e nós que representam uma interseção de fluxo ou circulação interna⁴². No âmbito da Administração Pública, as redes significam muitas vezes a interação de distintas organizações, públicas e privadas, o que pode fazer com que características relativas à estrutura do mercado, de organização hierárquica ou de modelos colaborativos se combinem, dependendo das instituições que dela participem ou dos objetivos a que visa⁴³.

As redes administrativas se formam pela conexão de diferentes unidades num processo de atuação coordenada, para trocar informações ou compartilhar recursos, seja para a formação de decisões, seja para prestar serviços, entre outros fins, tendo como matriz de interconexão o procedimento administrativo⁴⁴. As redes podem ser mistas, formadas por entes públicos e privados, interadministrativas, envolvendo distintas entidades públicas, interorgânicas, no seio de uma pessoa jurídico-pública, ou ainda complexas ou multinível, envolvendo órgãos ou entidades nacionais e transnacionais.

A relevância da atuação em rede na Administração interna se tem revelado por exemplo, em órgãos de assessoramento jurídico, de controle interno, de execução orçamentária e financeira, de gestão de pessoal ou de suprimentos. Trata-se de "sistemas transversais de tratamento de informação e direção normativa"⁴⁵, quebrando a clássica lógica hierarquizada. Tais políticas gerenciais se impõem por meio de instrumentos de concertação administrativa interorgânica, como pactos ou acordos de metas e resultados.

As redes administrativas, muitas vezes, representam uma abertura da Administração Pública ao exterior, conectando-se com particulares no desempenho de múltiplas tarefas. As redes público-privadas têm ganhado relevo ao longo do tempo, tanto no que se refere às relações com entidades privadas sem fins lucrativos, na prestação de serviços públicos, quanto no que toca a entidades que atuam no mercado.

A organização administrativa em rede deixa ver a relevância de meios concertados de atuação administrativa, na medida em que a dispersão administrativa pode

⁴¹ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madrid-Barcelona: INAP-Marcial Pons, 2003. p. 39.

⁴² CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. v. 1. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2012. p. 566.

⁴³ KOLIBA, Christopher; MEEK, Jack W.; ZIA, Asim. **Governance networks in public administration and public policy**. Abingdon: Routledge, 2010. p. 59.

⁴⁴ BARNES, Javier. La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional. In: BARNES, Javier (Ed.). **La transformación del procedimiento administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2008. p. 243-244.

⁴⁵ MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da administração pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 138.



revestir-se de sinal negativo, em situações de nociva fragmentação da atuação administrativa. Aqui releva a noção de coordenação⁴⁶ do sistema administrativo em rede, em que a cooperação e a concertação interpessoal e interorgânica assumem papel de especial relevância, em alternativa à intervenção vertical.

6. ADMINISTRAÇÃO CONCERTADA

Superado o paradigma de uma Administração agressiva que marcou o período liberal do Estado de Direito, o Estado social levou, entre outras consequências marcantes, à intensa contratualização da atividade administrativa⁴⁷. Para além dos contratos em que figura como cliente dos particulares, abre-se para o Poder Público a senda da administração por acordos⁴⁸, ou dos contratos sobre o exercício de poderes públicos⁴⁹, compondo um amplo rol do que se pode chamar Administração concertada.

Nesse quadro, a atuação unilateral deixa de ser o modo típico de manifestação administrativa, mesmo no campo do exercício de poderes de autoridade e, se ainda permanece presente, em muitos casos é substituída por acordos e contratos, típicos de uma Administração consensual⁵⁰ ou de uma Administração concertada⁵¹. Com a ampliação de instrumentos pactuados de atuação chegou-se a proclamar, ainda no século passado, que a Administração consensual é preferível àquela fundada na autoridade e que tal modo de atuar consistirá no administrar do futuro⁵².

O caráter infraestrutural, regulador e prospectivo que passa a compor o complexo de atuação administrativa reclama, com mais vitalidade, um diálogo institucionalizado entre o Poder Público e os particulares e a valorização de instrumentos de concertação social, seja sob o aspecto organizatório, com a criação de inúmeros

⁴⁶ GONÇALVES, Pedro. Ensaio sobre a boa governação da administração pública a partir do mote da “new public governance”. In: GONÇALVES, Pedro (Coord.). **O governo da administração pública**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 31.

⁴⁷ Entre outros DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. **Droit administratif**. 11. ed. Paris: Sirey, 2009. p. 684.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo** v. 1. 8 ed. Madrid: Civitas, 1998. p. 666-667; ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 62.

⁴⁹ GONÇALVES, Pedro. **O contrato administrativo**: uma instituição do direito administrativo de nosso tempo. Coimbra: Almedina, 2004. p. 19-20; HUERGO LORA, Alejandro. **Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas**. Madrid: Civitas, 1998; KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos**: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

⁵⁰ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1999. p. 44; CASSESE, Sabino. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, v. 1, p. 27-40, 2002.

⁵¹ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos**: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 26.

⁵² GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. v. 2. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1993. p. 344-345.



aparatos consultivos e instâncias de diálogo social, seja pelo incremento dos contratos administrativos e pela consagração de novas figuras de atuação concertada⁵³. A busca de um “novo estilo de administração”⁵⁴, participativo, consensual e flexível, favorece a expansão do modo contratual de atuação administrativa.

É preciso registrar que a contratualização, especialmente como modo de transferência de atribuições e responsabilidades públicas a particulares, não carrega, em si, necessariamente, um valor positivo. De um lado, pode traduzir um movimento de abertura à participação dos particulares, ou de adequado aproveitamento de recursos e técnicas privadas em benefício da prossecução de interesses públicos. Mas, de outro lado, pode significar inadequada transferência de responsabilidades públicas a agentes privados, sem o necessário acautelamento dos fins públicos do Estado, da esfera de proteção de direitos fundamentais e dos controles decorrentes do princípio democrático⁵⁵.

A Administração concertada teve ser percebida em um contexto mais amplo, para além dos tradicionais contratos administrativos e privados, abarcando outros meios de consenso de feições menos definidas⁵⁶. Nesse sentido, trata-se de cogitar, mais que de um específico instrumento jurídico, de “um novo estilo de relações, fundado sobre o diálogo e a procura do consenso, mais que sobre a autoridade”⁵⁷. A Administração concertada envolve, por consequência, uma “cultura contratual”⁵⁸, entendida em um sentido alargado.

A concertação administrativa abrange todo o extenso rol de tarefas administrativas, no âmbito da Administração interna e nas relações administrativas externas. No primeiro caso, que envolve relações interadministrativas e interorgânicas, o recurso à contratualização “revela que a concepção monolítica e piramidal do passado deu lugar a uma organização mais complexa, fundada sobre o pluralismo e a diversidade, e implicando o recurso a dispositivos flexíveis de coordenação e de harmonização”⁵⁹.

⁵³ GAMBINO, Silvio. Amministrazione e contrato: l'esperienza francese fra tecnocrazia e consenso. In: AMIRANTE, Carlo (Coord.). **La contrattualizzazione dell'azione amministrativa**. Turim: Giappichelli, 1993. p. 130-155.

⁵⁴ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 353.

⁵⁵ MINOW, Martha. Outsourcing power: privatizing militar efforts and the risks to accountability, professionalism, and democracy. In: FREEMAN, Jody; MINOW, Martha (Ed.). **Government by contract: outsourcing and american democracy**. Cambridge, Massachusetts – London, England: Harvard University Press, 2009. p. 110-127.

⁵⁶ Como é o caso, por exemplo, da participação prévia à emissão de um ato administrativo, além de pactos, acordos ou convênios públicos. Nesse sentido, PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de derecho administrativo**. 2. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2008. p. 431.

⁵⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 161.

⁵⁸ HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and administration**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 138-141.

⁵⁹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 163.





No âmbito externo, a participação e o consenso passam a pautar boa parte da atuação administrativa, seja com o uso alargado de instrumentos bilaterais ou multilaterais de decisão, seja com a formação de consensos sobre o conteúdo de atos unilaterais.

Dois exemplos desse fenômeno de concertação administrativa são impactantes: a) os contratos sobre o exercício de poderes públicos⁶⁰, que expressam um exercício contratualizado do poder de decisão unilateral da Administração Pública, quebrando o mito de que o poder de autoridade não se negocia; e b) os chamados “contratos internos”, previstos, por exemplo, no art. 37, § 8º, da Constituição brasileira, além de diversos ordenamentos estrangeiros, como, por exemplo, o francês⁶¹, o inglês⁶² e o português⁶³, que substituem a lógica de comando vertical por acordos entre órgãos despersonalizados, muitas vezes sustando os efeitos de relações hierárquicas em nome de uma maior eficácia na concretização das ações administrativas, pondo em xeque concepções tradicionais de uma personalidade jurídica unitária e monolítica do Estado⁶⁴.

7. ADMINISTRAÇÃO EFICIENTE

A clássica concepção de que a Administração, titular da prossecução do interesse público, legitima suas atuações pela simples invocação desta condição já não basta. Faz-se necessário perscrutar a adequação de suas escolhas e a eficiência dos métodos de gestão aplicados⁶⁵. A multiplicidade de interesses muitas vezes em jogo e a complexidade das sociedades contemporâneas impõem um controle qualitativo da atuação administrativa, como meio de garantir maior aceitação pelos cidadãos e viabilizar uma das vertentes de sua legitimação democrática⁶⁶.

A crise do modelo de Administração prestadora simbolizado pelo chamado Estado Providência levou à incorporação, pelo setor público, de preocupações antes

⁶⁰ Por todos, KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos**: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

⁶¹ MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Ordre intérieur administratif et contrat*. **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, n. 13, v. 6, p. 1129-1138, nov./dez. 1997; OLIVEIRA, OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.88-98.

⁶² HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and administration**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 138-139.

⁶³ GONÇALVES, Pedro. **Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 93, nota 165; ESTORNINHO, Maria João. **Organização administrativa da saúde**: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino. Coimbra: Almedina, 2008. p. 70-71.

⁶⁴ Tal matéria é tratada com maior desenvolvimento e aprofundamento em BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.

⁶⁵ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 84.

⁶⁶ SCHMIDT-ÄßMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. In: BARNES VÁZQUEZ, Javier (Coord.). **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2006. p. 65.





próprias apenas do setor privado, como racionalização dos orçamentos, eficiência na alocação de recursos, controles de resultados, foco no “cliente”. Um exemplo marcante desse fenômeno foi a experiência francesa de gerencialismo público, a partir dos anos 1960, até os anos 1980, por exemplo, com o chamado Relatório Nora sobre as empresas públicas⁶⁷.

A despeito da relevância das experiências anteriores, pode ser referido o movimento difundido no fim da década de 1980, conhecido como *New Public Management*⁶⁸, como o fator de difusão geral do gerencialismo e da busca por eficiência no setor público. O objetivo central é transformar os modos de gestão pública, a partir de um processo de privatizações e do uso de instrumentos de gestão privada, como a ampliação de autonomias de gestão, a sujeição de serviços públicos à lógica de competição, a instituição de entes reguladores, o controle de resultados, o gerenciamento intensivo das políticas públicas, a busca da transformação de uma cultura formalista e burocratizante em uma cultura de flexibilidade e inovação.

Nesse quadro, é preciso afirmar que, embora tal movimento tenha inspirações liberalizantes, não se esgota em uma opção neoliberal. Não se deve negligenciar o peso de determinados procedimentos burocráticos formalistas num diagnóstico da ineficiência da Administração Pública em disponibilizar serviços de qualidade aos cidadãos, indicando a compatibilidade da contratualização da atuação administrativa e do foco em resultados com as sujeições jurídico-administrativas⁶⁹: uma Administração imparcial, transparente e eticamente orientada não é incompatível como uma Administração por resultados.

Nesse sentido, a eficiência deve ser compreendida como decorrência do princípio da socialidade, no sentido de que se a Constituição consagra um Estado social e se cabe à Administração Pública a prossecução do interesse público e a concretização do bem-estar, deve-se concluir que não é indiferente à Constituição a forma dessa concretização, ou, em outras palavras, a eficiência é garantia de sucesso do modelo constitucional de Estado social⁷⁰.

A imposição de uma Administração eficiente está prevista na Constituição brasileira em diversos dispositivos esparsos, como o arts.70, 74, II, 144, § 7º, 175, parágrafo

⁶⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 86.

⁶⁸ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 86; FERLIE, Ewan; ASBURNER, Lynn; FITZGERALD, Louise; PETTINGREW, Andrew. **A nova administração pública em ação**. Trad. Sara Rejane de Freitas Oliveira. Brasília: Editora Universidade de Brasília – ENAP, 1999. p. 17-20.

⁶⁹ KELMAN, Steven J. Achieving contracting goals and recognizing public law concerns. In: FREEMAN, Jody; MINOW, Martha (Ed.). **Government by contract: outsourcing and american democracy**. Cambridge, Massachusetts – London, England: Harvard University Press, 2009. p. 153-191.

⁷⁰ OTERO, Paulo. **O poder de substituição em direito administrativo**. 2 v. Lisboa: Lex, 1995. p. 251.



único, além do art. 37, que consagra a eficiência como princípio geral da Administração Pública. A partir de tal quadro, é preciso retirar de tais normas um sentido de eficiência que vincule a atividade administrativa.

Quanto ao conteúdo do princípio, deve ser rejeitada concepção exclusivamente economicista do conceito de eficiência administrativa⁷¹, em virtude, especialmente, dos distintos fins prosseguidos pela Administração Pública e a privada. A eficiência administrativa não se esgota em noção exclusiva de racionalidade econômica, mas, partindo de uma concepção geral de rejeição de formalismos e vinculação aos fins⁷², postula, acima de tudo, eficácia e efetividade da ação administrativa⁷³. Em outras palavras, a eficiência como princípio da Administração Pública é conceito pluridimensional⁷⁴, englobando, para além da economicidade (relação custo-benefício, otimização de meios), a eficácia (realização adequada de fins prefixados) e a celeridade⁷⁵.

Administração eficiente, nesse sentido, é conceito diretamente ligado a uma efetiva realização do princípio da socialidade. A eficiência “torna operativo, no plano administrativo (...) o significado próprio do Estado social”⁷⁶. Ou, em outros termos, “a consagração constitucional de um Estado de bem-estar determina uma regra obrigatória de eficiência na actividade administrativa”⁷⁷.

8. CONCLUSÃO

Os traços gerais da Administração Pública do século XXI impõem a releitura e a reconstrução de boa parte do instrumental do Direito Administrativo. Se é preciso ter na devida conta que as transformações por que passam o Estado e a Administração

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 183; HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and administration**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 133.

⁷² SEPE, Onorato. **L'efficienza nell'azione amministrativa**. Milão: Giuffrè, 1975. p. 251.

⁷³ SCHMIDT-APMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madri-Barcelona: INAP-Marcial Pons, 2003. p. 26.

⁷⁴ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 23 e seg.; LOUREIRO, João Carlos. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares** (algumas considerações). Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 131; MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 10, mai/jun/jul. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 10 de março de 2014.

⁷⁵ LOUREIRO, João Carlos. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares** (algumas considerações). Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 132. Assinalando que o objetivo máximo da eficiência consiste em aspirar ao maior benefício possível com os meios de que se dispõe, SCHMIDT-APMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madri-Barcelona: INAP-Marcial Pons, 2003, p. 353.

⁷⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la administración pública. **Documentación Administrativa**, Madrid, v. 32, n. 218-219, p. 15-65, abr./sept. 1989. p. 31.

⁷⁷ OTERO, Paulo. **O poder de substituição em direito administrativo**. 2 v. Lisboa: Lex, 1995. p. 639.



contemporâneos não afastam as vinculações da socialidade, por outro lado é necessário não subestimar os novos desafios que tais transformações impõem ao Direito.

É imperativo reconhece-los, para que o instrumental jurídico possa oferecer meios de realização dos fins do Estado de Direito democrático e social que sejam compatíveis como as turbulências e a complexidade do tempo em que se vive. É preciso rever velhos dogmas, repensar antigas verdades, sem perder de vista os fins sociais que continuam a vincular as antigas e as novas formas de agir do Poder Público.

9. REFERÊNCIAS

BARNES, Javier. Algunas respuestas del derecho administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el derecho privado, procedimientos de tercera generación. In: BARNES, Javier (Ed.). **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. 2. ed. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2012.

BARNES, Javier. La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional. In: BARNES, Javier (Coord.). **La transformación del procedimiento administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2008.

BARNES, Javier. Reforma e innovación del procedimiento administrativo. In: BARNES, Javier (Ed.). **La transformación del procedimiento administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2008.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2009

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**, Coimbra, v. 7, n. 11, 2001.

CASSESE, Sabino. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, v. 1, p. 27-40, 2002.

CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Roma: Laterza, 2006.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. v. 1. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. CORREIA, José Manuel Sérvulo. Controlo judicial da administração e responsabilidade democrática da administração. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord.). **Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 299-315. CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003.





CORREIA, José Manuel Sérvulo. O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa. **Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação**, Lisboa, n. 9-10, p. 133-164, jan./jun. 1994.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.

DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. **Droit administratif**. 11. ed. Paris: Sirey, 2009.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999.

ESTORNINHO, Maria João. **Organização administrativa da saúde**: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino. Coimbra: Almedina, 2008.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

FERLIE, Ewan; ASBURNER, Lynn; FITZGERALD, Louise; PETTINGREW, Andrew. **A nova administração pública em ação**. Trad. Sara Rejane de Freitas Oliveira. Brasília: Editora Universidade de Brasília – ENAP, 1999.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GAMBINO, Silvio. Amministrazione e contratto: l'esperienza francese fra tecnocrazia e consenso. In: AMIRANTE, Carlo (Coord.). **La contrattualizzazione dell'azione amministrativa**. Turim: Giappichelli, 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo** v. 1. 8 ed. Madrid: Civitas, 1998.

GAUDEMET, Yves. Cinquant'anni di diritto amministrativo francese. In: D'ALBERTI, Marco (Org.). **Le nuove mete del diritto amministrativo**. Bolonha: Il Mulino, 2011 (e-book).

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. v. 2. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1993.

GONÇALVES, Pedro. Ensaio sobre a boa governação da administração pública a partir do mote da "new public governance". In: GONÇALVES, Pedro (Coord.). **O governo da administração pública**. Coimbra: Almedina, 2013.

GONÇALVES, Pedro. **Estado de garantia e mercado**, Coimbra: Almedina, (2004?).

GONÇALVES, Pedro. **O contrato administrativo**: uma instituição do direito administrativo de nosso tempo. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2004.

GONÇALVES, Pedro. **Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.





HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and administration**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

HUERGO LORA, Alejandro. **Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas**. Madri: Civitas, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Forum, 2011.

KELMAN, Steven J. Achieving contracting goals and recognizing public law concerns. In: FREEMAN, Jody; MINOW, Martha (Ed.). **Government by contract: outsourcing and american democracy**. Cambridge, Massachusetts – London, England: Harvard University Press, 2009.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

KOLIBA, Christopher; MEEK, Jack W.; ZIA, Asim. **Governance networks in public administration and public policy**. Abingdon: Routledge, 2010.

LOUREIRO, João Carlos. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares** (algumas considerações). Coimbra: Coimbra Editora, 1995

MEDEIROS, Rui. **A constituição portuguesa num contexto global**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. Ordre intérieur administratif et contrat. **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, n. 13, v. 6, p. 1129-1138, nov./dez. 1997.

MINOW, Martha. Outsourcing power: privatizing militar efforts and the risks to accountability, professionalism, and democracy. In: FREEMAN, Jody; MINOW, Martha (Ed.). **Government by contract: outsourcing and american democracy**. Cambridge, Massachusetts – London, England: Harvard University Press, 2009.

MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da administração pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 10, mai/jun/jul. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 10 de março de 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2013.

OTERO, Paulo. **O poder de substituição em direito administrativo**. 2 v. Lisboa: Lex, 1995.





PAREJO ALFONSO, Luciano. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la administración pública. **Documentación Administrativa**, Madrid, v. 32, n. 218-219, p. 15-65, abr./sept. 1989.

PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de derecho administrativo**. 2. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2008.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. In: BARNES VÁZQUEZ, Javier (Coord.). **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2006.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madri-Barcelona: INAP-Marcial Pons, 2003.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional. In: BARNES, Javier (Ed.). **La transformación del procedimiento administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2008.

SEPE, Onorato. **L'efficienza nell'azione amministrativa**. Milão: Giuffrè, 1975.

SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito administrativo**. Tradução: António F. de Sousa. v. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.







Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI:10.5380/rinc.v4i1.50340

Novo Regime Fiscal, autonomia financeira e separação de poderes: uma leitura em favor de sua constitucionalidade

New Fiscal Regime, financial autonomy and separation of powers: a reading in favor of its constitutionality

VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE*

Universidade Estácio de Sá - UNESA (Brasil)

vanicevalle@gmail.com

Recebido/Received: 26.01.2017 / January 26th, 2017

Aprovado/Approved: 08.02.2017 / February 8th, 2017

Resumo

A introdução de um limite de gastos às estruturas política no nível federal trazida pelo Novo Regime Fiscal já foi objeto de controle judicial em abstrato, baseado na alegada violação do princípio de separação de poderes. A discussão também envolve a preservação da autonomia financeira assegurada pela Constituição ao Judiciário e outras instituições integrantes do sistema de controle. A casuística do Supremo Tribunal Federal acerca do sentido da autonomia financeira examinada neste artigo provê critérios para a análise de constitucionalidade requerida. O artigo também examina a alegação de violação à separação de poderes, considerando seu papel instrumental na preservação de valores constitucionais como democracia, eficiência institucional e direitos fundamentais. A conclusão é de que não há elemento substantivos suficientes a permitir, baseado numa cláusula indeterminada como o é a de separação de poderes, uma proclamação

Abstract:

The introduction of an expenditure limitation to all political structures in the federal level of government brought by the New Fiscal Regime is already submit to judicial abstract control based on an alleged violation of the separation of powers clause. The discussion also involve the preservation of financial autonomy granted by constitution to the Judiciary and other institutions in the control system. The case law in the Constitutional Court about the meaning of the financial autonomy examined in that article provides some guidance to the analysis of the unconstitutionality allegation. The article also examines the alleged violation of the separation of power clause, considering its instrumental role when it comes to preserving constitutional values as democracy, efficiency and human rights. The conclusion is that there are not substantive elements to allow, based in such a vague clause as separation of powers, an a priori ruling of unconstitutionality. Time alone, can present in the

Como citar esse artigo/How to cite this article: VALLE, Vanice Regina Lírio do. Novo Regime Fiscal, autonomia financeira e separação de poderes: uma leitura em favor de sua constitucionalidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 227-258, jan./abr. 2017. DOI:10.5380/rinc.v4i1.50340.

* Professora Permanente do PPGD da Universidade Estácio de Sá – UNESA (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho (Rio de Janeiro, Brasil). Visiting Fellow junto ao Human Rights Program da Harvard Law School (USA). Pós-doutorado em Administração pela EBAPE – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas (FGV/Rio). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Procuradora do Município do Rio de Janeiro. E-mail: vanicevalle@gmail.com.





apriorística da inconstitucionalidade do Novo Regime Fiscal. Só o tempo poderá apresentar, no plano da aplicação, elementos substantivos que possa corroborar a imputação de inconstitucionalidade.

application level, substantive elements that might corroborate the alleged unconstitutionality.

Palavras-chave: Novo Regime Fiscal; Emenda Constitucional 95; equilíbrio fiscal; autonomia financeira; separação de poderes.

Keywords: *New Fiscal Regime; Constitutional Amendment 95; fiscal balance; financial autonomy; separation of powers.*

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A Emenda 95 no movimento contínuo de disciplina da matéria financeira pela via do poder constituinte reformador; 3. Desenho geral de conteúdo da Emenda 95; 3.1. A fixação do limite de gastos; 3.2. A atualização do limite de gastos; 3.3. Mecanismos de transparência associados ao Novo Regime Fiscal; 3.4. Efeitos jurídicos da violação dos limites fixados; 4. Autonomia financeira e prerrogativas dela decorrentes na jurisprudência do STF; 5. Autonomia orçamentária e separação de poderes: os temas primários de debate; 5.1. Novo Regime Fiscal e alegada violação à autonomia orçamentária; 5.2. Novo Regime Fiscal e alegada violação ao equilíbrio e harmonia entre os poderes; 5.2.1. Novo Regime Fiscal e harmonia com o princípio democrático; 5.2.2. Novo Regime Fiscal, equilíbrio e harmonia entre poderes e especialização funcional; 5.2.3. Novo Regime Fiscal, equilíbrio e harmonia entre poderes proteção a direitos fundamentais; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Novo Regime Fiscal, instituído pela Emenda 95 de 15 de dezembro de 2016 se apresenta como fato novo no quadro normativo nacional que já nasce imerso em polêmica. O intenso debate acerca da conveniência e oportunidade da proposição, seus efeitos na curva de efetividade dos direitos sociais e ainda na integridade e funcionamento do sistema de controle determinou a judicialização preventiva da proposição, com a impetração por Deputados do PT e do PC do B do Mandado de Segurança nº 34.448¹, que pretendia o trancamento do processamento legislativo da referida iniciativa. Promulgada a Emenda, já se tem o ajuizamento de ADIN 5633² ofertada pela AJUFE, AMB e ANAMATRA, onde se sustenta sob vários ângulos, o vício de raiz da proposição com ênfase nos preceitos que estariam, a ver dos autores, a minar a autonomia financeira do Poder Judiciário e/ou o equilíbrio e harmonia entre os poderes.

Não se pretende, nos limites de um artigo científico, enfrentar um quadro tão amplo de debates sensíveis e de alta complexidade. De outro lado, a Emenda 95 vige, e reclamará dos gestores públicos um esforço de compreensão – ao menos até que se

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34448 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 10/10/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 11/10/2016 PUBLIC 13/10/2016.

² A ação de controle abstrato, distribuída à Ministra Rosa Weber, teve seu processamento remetido ao rito do art. 12 da Lei 9868/99, com a remessa da apreciação da liminar requerida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal.





tenha nova intervenção esclarecedora originária do Parlamento ou mesmo do Supremo Tribunal Federal. Nestes termos, elege-se como objeto do presente artigo a análise dessas duas principais alegações de vício de raiz – violação à autonomia financeira e ao equilíbrio entre poderes – eis que o reconhecimento de qualquer dos dois fundamentos importaria em lançar por terra se não a íntegra, ao menos a essência da proposição convertida em Emenda 95.

Distingue-se igualmente, para os fins dessa análise, os preceitos que constituem a estrutura principal do Novo Regime Fiscal, e aqueles que regulam a transição para este modelo³ ou a sua modificação futura.⁴ Os argumentos aqui expendidos se reportam a este corpo principal, reservando-se a análise dos demais preceitos para outra ocasião.

O texto se desenvolverá da seguinte maneira. Na Parte 1 formulam-se as considerações introdutórias e metodológicas. Na Parte 2 explora-se o percurso de tratamento da temática das finanças públicas por intermédio do poder constituinte reformador, evidenciando o espraiamento da matéria para o ADCT, numa curiosa tredestinação dessa espécie normativa. A Parte 3 empreende a um breve percurso da estrutura proposta pela Emenda 95 ao chamado Novo Regime Fiscal, de modo a que se possa compreender o sistema pretendido instituir, premissa à formulação de qualquer juízo crítico na matéria. A Parte 4 percorre a jurisprudência constitucional no tema da autonomia financeira das estruturas institucionais a quem a constituição conferiu esse atributo. A lógica é de que a interpretação constitucional se beneficie de um saber construído por agregação, sendo imprescindível conhecer as premissas já firmadas pela Corte para prosseguir no enfrentamento da questão judicializada. Finalmente, a Parte 5 analisa os dois eixos argumentativos da violação à autonomia financeira e ao equilíbrio e harmonia entre poderes, tendo em conta os preceitos identificados como corpo principal do Novo Regime Fiscal, que instituem a mecânica do limite de gastos em si.

Não se formula aqui qualquer consideração sobre a oportunidade da iniciativa, ou o seu potencial eventualmente regressivo em relação a direitos sociais. A crítica à oportunidade é do campo da política; e a regressividade na seara dos direitos humanos é um exercício de prognóstico que só o tempo poderá confirmar. O que se busca é apresentar os pontos da Emenda 95 que estarão a reclamar um esforço interpretativo mais expressivo, construindo com isso uma pauta reflexiva. O objetivo desse mapeamento de pontos de tensão exegética propostos pela Emenda 95 é permitir uma desejável

³ As normas aqui indicadas como de transição para o Novo Regime Fiscal situam-se no art. 107, § 7º e 8º do ADCT.

⁴ Esta matéria se tem especificamente regrada no art. 108 ADCT.





integração sistêmica, não só interna (nos limites da Emenda) como também com o restante do Texto de Base no que toca em especial às finanças públicas.⁵

O debate binário, na lógica do “tudo ou nada” que propõe a pura e simples proclamação da inconstitucionalidade da Emenda 95 simplifica um quadro fático cuja complexidade se evidencia pelos inegáveis dados da crise econômica. O papel do intérprete não é se render à simplificação, mas explorar as sutilezas do entorno fático e da argumentação posta, de molde a contribuir para a qualificação do quadro normativo. Essa é a intenção deste artigo.

2. A EMENDA 95 NO MOVIMENTO CONTÍNUO DE DISCIPLINA DA MATÉRIA FINANCEIRA PELA VIA DO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

Objetiva a Emenda 95 – é o que se depreende de sua ementa – a fundação de um Novo Regime Fiscal, pautado principalmente na instituição de severas cláusulas de limites pré-estabelecidos de gastos públicos. A referida disciplina vem à luz sob o signo da temporariedade, eis que sujeita ao limite de 20 (vinte) anos, admitida ainda a alteração de alguns de seus componentes já a partir do décimo ano de vigência.⁶ Reforça igualmente a perspectiva efêmera da proposição, a circunstância de que não se tem introduzido no corpo permanente da Constituição qualquer nova disciplina atinente aos particulares aspectos do desenvolvimento da atividade financeira do Estado *lato sensu* que se veem considerados na Emenda 95, a saber, despesa pública e responsabilidade fiscal.⁷ A proposta, portanto, em que pese o caráter enganoso da denominação, não é exatamente de um novo regime constitucional na matéria⁸ (expressão que sugere uma inovação que se pretende prossiga vigendo ao longo do tempo), mas de uma disciplina temporária, vocacionada a enfrentar um momento de crise fiscal⁹ cujos traços mais

⁵ A importância do resgate da ideia da Constituição como sistema já foi abordada em texto anterior: VALLE, V. R. L. A Constituição como sistema: retomando uma premissa à efetividade. In: FERRARI, S.; MENDONÇA, J.S. (Org.). **Direito em Público**. Homenagem ao Professor Paulo Braga Galvão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 29-49.

⁶ A abertura à alteração da sistemática instituída pela Emenda 95 se tem no art. 108, acrescido ao ADCT, que autoriza o Presidente da República a propor projeto de lei complementar que altere o método de correção dos limites de gastos que ali se está a instituir.

⁷ A inclusão do ideário de responsabilidade fiscal e controle da execução orçamentária como aspectos integrantes do Direito Financeiro como um todo, ao lado da tradicional cogitação em torno da despesa, receita, crédito público e orçamento era já apontada em FURTADO, J. R. Caldas. **Elementos de Direito Financeiro**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010. p. 28.

⁸ É verdade que o art. 163, I CF já assinalava à lei complementar a disciplina das finanças públicas, figurando este mesmo preceito como fundamento à edição, por exemplo, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/00). Não é menos certo, porém, que essa abertura à densificação normativa por intermédio de lei complementar não impediria preceituação na matéria em sede constitucional.

⁹ A iniciativa se alinha com aquilo que Torres denomina reforma fiscal do Estado, traduzindo “alterações conjunturais das finanças públicas com a intenção de buscar o equilíbrio orçamentário ou corrigir desvios do





fortes se têm enunciados na justificativa da então PEC 241/16.¹⁰ É esse mesmo marco da temporariedade que justifica inclusive, segundo a Mensagem que acompanhou a proposição, cuidar-se de alteração remetida ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

É de se dizer que a estratégia da regulação em sede de emenda constitucional, de matéria associada ao corpo permanente – mas não necessariamente derivada de alteração nessa mesma parcela estável do Texto Fundamental – não é inaugurada pela Emenda 95. Assim é que já a Emenda 3 de 1993, instituindo na sua primeira versão o IPMF (imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira)¹¹, contemplava cláusula estranha ao texto original, e de vigência também pretensamente provisória. É verdade que naquela manifestação do poder constituinte reformador tinha-se alterações propostas ao corpo permanente da Constituição¹², e ainda as inovações decorrentes dos preceitos do próprio texto da Emenda 3 em si, sem qualquer intervenção especificamente no ADCT – mas ali já se tinha inaugurado uma prática de aditar a normatividade de *status* constitucional, sem modificar o texto permanente da Carta de 1988.

A primeira alteração especificamente no corpo do ADCT para a inclusão de figuras de natureza temporária relacionada à disciplina das despesas públicas se deu com a Emenda de Revisão nº 1 de 1994 que introduziu o art. 71¹³ na parte transitória da Constituição para a criação do Fundo Social de Emergência, “com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica”. Tem-se aqui já um afastamento da lógica doutrinária convencional no que toca ao conteúdo possível de preceitos insertos no ADCT.

Classicamente, este segmento de texto fundante destina-se à formulação de comandos que permitam a transição do regime jurídico anteriormente estabelecido,

sistema tributário”, em oposição à reforma do Estado Fiscal, estas orientadas a alterações profundas na estrutura da fiscalidade, com o objetivo de superar os ranços do patrimonialismo que impedem o pleno florescimento da estatalidade” (TORRES, R. L. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**. Volume V – O orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 40).

¹⁰ BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição processada como Projeto de Emenda Constitucional nº 241/16. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

¹¹ A referida espécie tributária hoje não mais vigente, foi criada pela Emenda 3 de 1993, e posteriormente substituída por contribuição provisória também sobre movimentação financeira traduzida pela Emenda 12 de 1996.

¹² A Emenda 3 alterou os arts. 40, § 6º; 42, § 10; 102, I, “a” e ainda §§ 1º e 2º; 103, § 4º; 150, §§ 6º e 7º; 155, I, II e III bem como §§ 1º, 2º e 3º; 156, III e seu § 3º, I, II e III; 160, Parágrafo Único; 167, IV e § 4º; todos da parte permanente da Constituição.

¹³ O texto original do ADCT encerrava-se no art. 70.





para aquele que se tem por inaugurado com o novo Texto Constitucional.¹⁴ Nos sistemas que contemplam a possibilidade do exercício do poder constituinte reformador, tem-se como consectário lógico que também a passagem da velha ordem para o novo regime estabelecido por Emenda Constitucional possa oportunizar a formulação de cláusula transitória, com o mesmo papel viabilizador da conciliação da nova moldura normativa com interesses e situações que a principiologia própria ao Estado Democrático de Direito reclame sejam preservados em nome da segurança jurídica e da estabilidade das relações. Em ambas as acepções, o uso do ADCT como sede para alguma preceituação antes inexistente se relaciona à complementação da mudança havida no corpo permanente da Constituição pelo exercício do poder reformador.

A estratégia inaugurada pela Emenda de Revisão nº 1 – de inclusão no ADCT de disciplina específica de tema financeiro, sem correspondente alteração no corpo permanente – se viu repetida inúmeras vezes. Boa parte destas iniciativas era associada ao financiamento de gastos públicos, seja pela criação de novas fontes de custeio da atividade pública em geral¹⁵, seja pela flexibilização do destino a ser conferido no plano da execução orçamentária às receitas efetivamente arrecadadas¹⁶, seja pela vinculação de receitas a atividades específicas, destinatárias de um especial signo de valoração constitucional.¹⁷ Manifestação clara do uso permanente da reconfiguração do ADCT como leito de veiculação de iniciativas relacionadas às finanças públicas está no incessante processo de expansão deste mesmo segmento constitucional, que com a Emenda 95 alcança já 114 artigos – 44 a mais do que seu conjunto original de 70 preceitos.

Nesse sentido, a Emenda Constitucional 95 não inova propriamente enquanto estratégia de disciplina de matéria constitucionalizada, reproduzindo um fenômeno já antes identificado de múltiplas iniciativas de reforma da Carta de 1988 que se orientaram à matéria financeira, e em última análise, ao financiamento do extenso conjunto de deveres positivos de agir que o vasto elenco de direitos fundamentais reclama dos entes federados.¹⁸ Na verdade, o perfil temporal dessas mesmas intervenções por Emenda,

¹⁴ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G. e MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 70.

¹⁵ No campo do provimento de novas fontes de financiamento, cite-se a Emenda 12 de 1996, que acrescentando o art. 74 ao ADCT criou a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira; inovação revitalizada na sua limitação temporal originária pela Emenda 37 de 2002.

¹⁶ O exemplo clássico desse tipo de alteração normativa está na Emenda 68 de 2011, que instituindo a desvinculação das receitas da União (DRU), foi revitalizada e expandida pela Emenda 93 de 2015, agora cogitando igualmente da desvinculação de receitas no âmbito de Estados e Municípios.

¹⁷ Nesse campo são inúmeros os exemplos: 1) Fundo Social de Emergência, materializada pela Emenda de Revisão nº 1; 2) Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza enunciada pela Emenda 31 de 2000, revitalizada pela Emenda 42 de 2003 e ainda a Emenda 67 de 2010; 3) FUNDEF, instituído pela Emenda 14 de 1996, e redesenhado como FUNDEB pela Emenda 56 de 2003.

¹⁸ VALLE, V. R. L. Transição política e construtivismo constitucional: uma análise empírica das emendas constitucionais brasileiras. In: CAMARGO, M. M. L.; LOIS, C. C.; MARQUES, G. L. (Org.). **Democracia e jurisdição: novas**





vocacionadas ao financiamento da atividade pública reflete a curva de intensificação das demandas (judiciais inclusive) de efetivação dos direitos fundamentais contemplados na Constituição. Tem-se, portanto, nesse esforço de ampliação e direcionamento das fontes de financiamento, uma resposta às pressões de real oferta de bens e serviços decorrentes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Segunda observação de caráter mais genérico que se impõe formular diz respeito ao alinhamento da Emenda 95 com a estratégia já antes denunciada por Couto¹⁹, de constitucionalização de políticas públicas como mecanismo de constrição de gestões futuras, que para modificar o paradigma estabelecido por seu antecessor no jogo de alternância do poder, ver-se-ão forçadas a, quando menos, promover seu próprio processo de reforma constitucional, com todos os custos inerentes a este tipo de iniciativa num modelo de constitucionalismo de coalisão. A opção pelo teto de gastos no modelo proposto aplica-se sem possibilidade de alteração (salvo, evidentemente, nova emenda) por pelo menos 10 (dez) anos, nos termos do art. 108 do ADCT – e mesmo depois disso, a modificação no critério de atualização dos limites de gastos sujeita-se à cláusula de limitação de uma única proposição por mandato.

Decerto a instituição do Novo Regime Fiscal por meio de emenda constitucional decorre dos componentes que dizem respeito, seja às vinculações de receita anteriormente estabelecidas, seja às sensíveis relações no plano da disciplina fiscal, com as estruturas de contrapoder²⁰ revestidas de autonomia financeira²¹. Afinal, o tema específico dos efeitos da autonomia financeira sobre as relações entre poderes já foi visitado por diversas vezes pelo Supremo Tribunal Federal, e a proposta externada na Emenda 95, embora não expresse propriamente uma correção legislativa de jurisprudência, decerto provocará a reaproximação a essas anteriores decisões, como de resto se vê já pelos termos da ADIN 5633.

Útil para prosseguir na análise, um percurso ainda que genérico, à estrutura proposta pelo Novo Regime Fiscal. É o que se desenvolve na sequência.

configurações brasileiras. Rio de Janeiro: Imo's Graf. e Ed., 2013. p. 331-360.

¹⁹ COUTO, Cláudio G.; ABRUCIO, Fernando. O segundo governo FHC: coalizões, agendas e instituições. **Tem-po social**. São Paulo, v. 15, n. 2, 2003. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010320702003000200011&issoen&nrm=iso>. Acesso em: 27 fev. 2009.

²⁰ A expressão aqui se utiliza no sentido preconizado por Moreira Neto, que alude àquelas estruturas institucionais que, inseridas na organização formal do poder político, ali se apresentam como canais de vocalização de interesses da sociedade em geral – e não do projeto político que ocupe temporariamente a Chefia de cada qual dos seus braços especializados (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Democracia e contrapoderes. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n. 258, p. 47-80, set./dez. 2011).

²¹ Registre-se a perspectiva de Scaff, de que várias das limitações aos gastos federais trazidas pela Emenda 95 já exsurgiam da própria Carta de Base, ou ainda de outras normas jurídicas, cuja eficácia se viu em alguma medida comprometida por falta de vontade política, ou ainda por outros interesses corporativos (SCAFF, F. F. Retrospectiva 2016: “Farinha pouca, meu pirão primeiro” e a overdose de Direito Financeiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, dez. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-dez-27/retrospectiva-2016-farinha-meu-pirao-primeiro-overdose-direito-financeiro>>. Acesso em: 28 dez. 2016.





3. DESENHO GERAL DE CONTEÚDO DA EMENDA 95

O eixo principal da proposição hoje convertida na Emenda 95 é a instituição de um teto de gastos públicos, como mecanismo inibidor de um desequilíbrio de contas que se diagnostica como endêmico, comprometendo não só ao desempenho em si da Administração Federal, mas o quadro econômico em geral. A opção, a essa altura, se dá a partir de critério objetivo de limite nominal de dispêndios – por isso o recurso à expressão de sentido comum, “teto de gastos”. Tal elemento de constrição da despesa pública se pretendeu estabelecer por prazo determinado (vinte anos)²², interstício esse que se julgou suficiente à promoção do reequilíbrio do padrão de gastos que se vinha desenvolvendo em curva progressiva.

A fixação do pretendido teto de gastos por período determinado envolveria a necessária delimitação de outros parâmetros como: 1) componentes relacionados ao cálculo desse patamar máximo autorizado; 2) critérios de atualização desse mesmo limite nominal no interstício de tempo previsto para sua vigência; 3) mecanismos de transparência em relação à observância do referido teto por ocasião da aprovação dos componentes da tríade orçamentária, em especial, LDO e LOA; 4) cominação de consequências para a eventual ultrapassagem do valor máximo autorizado de despesas. Sem estes parâmetros, não haveria como operacionalizar o cálculo do limite de dispêndio, no início e em cada qual dos vinte anos do Novo Regime Fiscal; e menos ainda como dar consequência às eventuais violações a essa mesma nova disciplina.

Integra ainda o corpo da Emenda 95, um conjunto de regras intermediárias, atinentes à compensação de despesas entre as unidades submetidas ao “teto”. Isso porque a perspectiva de gastos para a execução orçamentária de 2017 pode apresentar uma virtualidade à violação aos limites fixados já em dezembro de 2016, e o constituinte reformador entendeu de prover parâmetros para esse eventual ajuste, caso ele venha a ser mostrar necessário.

3.1. A fixação do limite de gastos

Nesse esforço de densificação do Novo Regime Fiscal, tem-se a opção empreendida pela Emenda 95 de valer-se de limites individualizados (art. 107 do ADCT) tendo em contas as várias estruturas institucionais que se poderia identificar em cada qual dos poderes da República. Distancia-se assim a Emenda 95 de fórmulas anteriores já utilizadas na tentativa de fixação de limites de gastos, como a repetida iniciativa de contenção de despesas de pessoal, que tem na Lei Complementar 101/00 a sua última expressão normativa. Assim é que, se a primeira Lei Complementar 82/95 fixava um

²² A cláusula de limitação temporal inaugura a disciplina do Novo Regime Fiscal, enunciada que está no art. 106 introduzido ao ADCT pela Emenda 95.





limite máximo de gastos com pessoal único para todos os níveis federados sem distinguir entre os diversos poderes, a Lei Complementar 96/05 seguia o mesmo modelo de limite único por poder, ainda com uma cláusula de responsabilidade solidária entre todos eles no cumprimento do referido patamar máximo.²³ Só com a promulgação da Lei Complementar 101/00 se passa a ter o apontamento específico de limites de gastos por poder²⁴, ainda assim, sem distinguir as subestruturas que cada destes braços especializados contivesse entre si. Tal agregação num mesmo limite, de instituições revestidas de prerrogativas próprias, culminou por gerar uma concorrência interna indesejável no que toca ao compartilhamento de recursos orçamentários²⁵, e uma opacidade no que toca ao verdadeiro foco do eventual acréscimo indesejável no gasto de pessoal.

Nessa linha, adota a Emenda 95 a figura do limite individualizado de gastos, refletindo em cada qual dos incisos do art. 107 do ADCT, não só as diversas instituições revestidas de autonomia orçamentária, mas também os subsegmentos que elas possam apresentar. Observe-se que essa ampliação na segmentação dos limites de gastos para contemplar não só as instituições revestidas de autonomia orçamentária (Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública) mas também outras subdivisões institucionais existentes (CNJ, Conselho Nacional do Ministério Público, além dos diversos segmentos distintos de justiça especializada contido no inciso II do referido art. 107 ADCT) não apresenta na Mensagem uma justificativa objetiva claramente posta²⁶, e

²³ Lei Complementar 96/05 – Art. 9º “Ficam os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário solidários no cumprimento dos limites estabelecidos no art. 10, sujeitando-se às eventuais reduções de despesas totais com pessoal.”

²⁴ A viabilidade constitucional da repartição de limites entre os poderes no que toca às despesas de pessoal foi examinada pela Corte por ocasião do controle em abstrato da Lei Complementar 101/00 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2238 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-01 PP-00024 RTJ VOL-00207-03 PP-00950). Na ocasião, impugnava-se o art. 20 da LRF que empreende exatamente à fixação de teto máximo de gasto por poder, ao argumento de que a fixação de limites específicos para cada qual dos poderes não se extraía da literalidade do art. 169 CF, e ainda de que se teria conflito insuperável com a autonomia orçamentária preconizada pelo art. 99§ 1º CF. A tese foi repudiada pela Corte por maioria, afirmando-se na ementa da decisão, no particular, que “o art. 169 da Carta Magna não veda que se faça uma distribuição entre os Poderes dos limites de despesa com pessoal; ao contrário, para tornar eficaz o limite, há de se dividir internamente as responsabilidades.”

²⁵ Em seu voto que inaugurou a divergência vencedora no debate em torno dos termos do art. 20 da Lei Complementar 101/00, que fixava limites por Poder para as despesas de pessoal, o Ministro Nelson Jobim já assinalava: “... Tivemos duas leis Camata, a de nº 82 e a primitiva. Todas essas leis tratam deste problema, já que se estabeleceu uma espécie de “bill” de indenidade para alguns Poderes, no tocante à responsabilidade fiscal. Então, enquanto um dos Poderes buscava uma determinada situação, porque era onerado na redistribuição das receitas nacionais, o outro gastava a verba. Criou-se, portanto, um imenso conflito” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2238 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-01 PP-00024 RTJ VOL-00207-03 PP-00950, Voto do Ministro Nelson Jobim, p. 98).

²⁶ A rigor, a proposta original da PEC 241 aludia à fixação dos limites individualizados, referindo puramente aos poderes e órgãos dotados de autonomia financeira. A segmentação do Judiciário, e ainda dos Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público deu-se no curso do processamento legislativo, já sendo esse o texto expresso na Proposta de Redação para o Segundo Turno de Discussão da PEC 241-C/16.





parece se relacionar com a possibilidade de reduzir o eventual âmbito de incidência das medidas de constrição associadas à violação ao teto de gastos.

No que toca à definição de qual seja a base inicial para a apuração do limite de gastos, o art. 107, § 1º, I do ADCT se vale do critério da despesa primária²⁷ paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar²⁸, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento). Esta mesma fórmula de apuração (inclusão dos restos a pagar) se tem por extensível a todos os exercícios integrantes do interstício de aplicação do Novo Regime Fiscal, nos termos da cláusula contida no § 10 do art. 107 incluído no ADCT pela Emenda 95.

Para fins da apuração do teto inicial, o critério envolveu o ano civil, eis que o exercício orçamentário obedece a essa mesma configuração. Já no que toca à atualização do patamar máximo de gastos para os exercícios subsequentes, a Emenda 95 adota o critério da variação do IPCA apurado por um período de doze meses, encerrado em junho do exercício anterior a que se refira a lei orçamentária. Tem-se aí uma inevitável diferenciação na perspectiva do recorte temporal – o primeiro período de apuração correspondente ao ano civil, e os demais compreendendo doze meses encerrando-se em junho. Diz-se inevitável a diferenciação porque a projeção do teto de gastos haveria de se ter por suscetível de delimitação em momento hábil a viabilizar a elaboração da proposta orçamentária, de modo que a solução proposta pela Emenda 95 parece a alternativa que mais aproxima essa atividade de proposição dos critérios da atividade financeira da União da realidade apurada do cenário econômico.

Exclui-se da base de cálculo (e por via de consequência, da incidência do limite de gastos) um conjunto de hipóteses elencadas no art. 107, § 6º do ADCT, introduzido pela Emenda 95.

Primeiro conjunto de situações contidas na referida cláusula de exclusão são as transferências constitucionais estabelecidas no art. 20, § 1º (vulgarmente identificadas como *royalties* de petróleo²⁹); art. 146, Parágrafo Único, III (transferências decorrentes

²⁷ O conceito de despesa primária, expresso no Glossário do orçamento federal compreende “...aquelas que pressionam o resultado primário, alterando o endividamento líquido do Governo (setor público não financeiro) no exercício financeiro correspondente”, e se opõe às despesas não primárias, que “...são aquelas que não pressionam o resultado primário ou não alteram o endividamento líquido do Governo (setor público não financeiro) no exercício financeiro correspondente, uma vez que criam um direito ou extinguem uma obrigação, ambas de natureza financeira, junto ao setor privado interno e/ou externo”. BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. Disponível em: < http://www.orcamentofederal.gov.br/glossario-1/glossario_view?letra=D>. Acesso em: 28 dez. 2016.

²⁸ Parece acertada a opção de reconhecer a existência da figura dos restos a pagar como uma realidade da execução orçamentária, que onera o exercício subsequente, num efeito circular que não pode ser desconhecido.

²⁹ Registre-se aqui a divergência entre a dicção adotada pela Emenda 95, que alude a transferências como gênero de todas as hipóteses contidas no preceituado no art. 107, § 6º ADCT, sendo certo que no caso específico dos *royalties* de petróleo, a jurisprudência do STF já se firmou no sentido de proclamar não se cuide de transferências, mas de receita originária de Estados e Municípios. No tema consulte-se BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24312, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2003, DJ 19-12-2003





do recolhimento unificado de tributos no regime diferenciado das microempresas); art. 153, § 5º (transferências decorrentes de operação com ouro qualificada como ativo financeiro ou cambial); art. 157, I e II, 158 e 159 (fundos de participação de Estados e Municípios); e ainda 212, § 6º (transferências relacionadas à contribuição social sobre o salário-educação). Excluem-se igualmente as transferências destinadas à assistência financeira ao Distrito Federal (art. 21, XIV), e a complementação do FUNDEB empreendida pela União (art. 60, V e VII do *caput* do art. 60 do ADCT). Parece lógica a cláusula que excepciona da constrição aos gastos transferências desenhadas pela Carta de 1988 no intrincado jogo de financiamento de atividades desenvolvidas sob o signo do federalismo de cooperação. Reconfigurar essas hipóteses de financiamento (também) pela União dos referidos gastos importaria em necessariamente redesenhar igualmente a responsabilidade pela execução dessas mesmas atividades, intervenção por certo muito mais ampla e espinhosa do que a que se pretendeu empreender com a Emenda 95.

Segunda exclusão da base de cálculo, portanto, do teto de gastos, são os créditos extraordinários previstos no art. 167, § 3º CF, a saber, aqueles destinados ao atendimento a “despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública”. Também nesta hipótese, a exclusão é intuitiva, eis que o atendimento a situações deste cariz não se subordina à lógica da contenção de despesas.

A terceira hipótese de exclusão da base de cálculo e dos limites do teto de gastos diz respeito às despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização das eleições – exceção que parece encontrar fundamento na cláusula pétrea protetiva do sufrágio contemplada no art. 60, § 4º, II CF. Cumpre assinalar que a expressão “despesas não recorrentes” não tem definição normativa na Lei 4320/64 ou outro instrumento regulador da contabilidade. Seu conceito, uma vez mais, é intuitivo, e se relaciona à não reiteração da mesma despesa – portanto, ao enfrentamento de algo que não se vincula ao dispêndio associado à operacionalidade ordinária da Justiça Eleitoral. O problema está em que a fluidez conceitual abre espaço à subjetividade na qualificação de despesas associadas à realização das eleições. O tempo dirá dos efeitos dessa abertura na textura normativa.

Quarta e última hipótese de exceção se tem nas despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes. No campo estritamente jurídico, a expressão “empresas estatais não dependentes” não guarda correspondência no texto constitucional. A única cláusula do Texto de Base que se aproxima dessa mesma lógica, é aquela contida no art. 37, § 9º CF, que faz incidir o limite remuneratório às “empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem

PP-00050 EMENT VOL-02137-02 PP-00350; e ainda BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AI 453025 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 09/05/2006, DJ 09-06-2006 PP-00028 EMENT VOL-02236-04 PP-00646 RTJ VOL-00201-01 PP-00367).





recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral". O conceito em si de empresa dependente se teve por enunciado na Lei Complementar 101/00 que em seu art. 2º, III define empresa estatal dependente como aquela "controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária". Esta mesma definição empreendida pela Lei de Responsabilidade Fiscal, é incorporado pela Lei 13.303/16 (Lei das Estatais), em seu art. 1º, § 2º.

A lógica é distinguir-se as empresas estatais que autofinanciam suas atividades ordinárias (pessoal e custeio) e mesmo outros dispêndios relacionados ao desenvolvimento de sua ação empresarial; daquelas que em qualquer das três hipóteses, revela-se dependente do aporte de recursos pelo controlador. Um elemento não resolvido pela dicção da Lei de Responsabilidade Fiscal é a frequência com que a necessidade de aporte de recursos do controlador em qualquer das espécies de despesa (pessoal, custeio ou capital) caracteriza efetivamente dependência. Essa zona cinzenta permanecerá no que toca à identificação das operações destinatárias da exclusão da base de cálculo do "teto" de gastos, isso porque embora a incidência em si em despesa com aumento de capital seja por óbvio, um episódio pontual, o mesmo não se pode afirmar em relação ao socorro financeiro pelo controlador que confere à entidade empresarial o atributo de empresa estatal dependente. Assim, o primeiro componente do preceito excepcional ("despesas com aumento de capital") tem-se por delimitado com relativa facilidade, seja pela formalidade de que ele se reveste, seja pelo seu caráter instantâneo. Já o segundo componente da hipótese de exclusão (empresas estatais não dependentes) está a carecer da delimitação já referida, de qual seja a frequência do auxílio empreendido pelo controlador que descaracterize a independência da entidade empresarial. Uma vez mais, abre-se espaço para algum subjetivismo na identificação de uma determinada operação de aumento de capital, como excluída da base de cálculo do teto de gastos.

Observe-se que o limite de dispêndio, apurado na forma do art. 107, § 1º, I e atualizado conforme o preceituado pelo art. 107, § 1º, II, ambos do ADCT, se tem posto como referencial máximo também aos critérios a serem estabelecidos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias para a delimitação das propostas de meios em favor das instituições de contrapoder revestidas de autonomia.³⁰ Tem-se aqui revelada uma preocupação sistêmica da Emenda 95 em estabelecer o teto de gastos para limite à deliberação tanto da entidade revestida de autonomia (que não poderá formular proposta orçamentária além desse parâmetro), quando ao titular do Executivo à época (que não po-

³⁰ A alusão aos critérios fixados na LDO como limite à proposição orçamentária dos órgãos revestidos de autonomia se tem nos arts. 51, *caput*, inciso IV; 52, *caput*, inciso XIII; 99, § 1º; 129, § 3º; e 134, § 3º da CF.





derá desenvolver nenhuma “concessão bondosa” em favor destas mesmas estruturas) e também ao Poder Legislativo, que na aprovação da Lei de Diretrizes Orçamentárias não poderá afastar-se do critério agora constitucionalizado.

3.2. A atualização do limite de gastos

Considerando a possibilidade de um distanciamento entre o índice de atualização previsto e a realidade socioeconômica sobre a qual incide a ação estatal no período originalmente fixado para vigência do Novo Regime Fiscal, a Emenda 95 prevê a possibilidade, transcorrido a primeira década de vigência, da revisão do “método de correção dos limites” fixado no art. 107, § 1º, II do ADCT. Isso compreende a possibilidade em tese de eleição de outro índice que não o IPCA, e ainda a de fixação de outro período de apuração.

O dispositivo nasce polêmico, eis que nesse ponto se tem uma inequívoca distinção entre os poderes no que toca à aplicação do Novo Regime Fiscal. Assim é que se as constrações originais se estabeleceram *ab initio* de maneira homogênea em relação a todos os poderes; a possibilidade de alteração do método de correção destes mesmos limites se tem concentrada no Executivo. Peculiar ainda se revela o preceito contido no Parágrafo Único do art. 108 do ADCT, que restringe a possibilidade da alteração disciplinada no *caput* a uma única iniciativa por mandato. Se o fenômeno que o preceito pretende reconhecer e incorporar no sistema que disciplina é a dinâmica da realidade econômica, parece peculiar associar as potenciais medidas corretivas requeridas por essa mesma dinâmica a um dado que é estranho a esta realidade, a saber, o mandato do Chefe do Poder Executivo.

3.3. Mecanismos de transparência associados ao Novo Regime Fiscal

O monitoramento da estrita observância dos termos do Novo Regime Fiscal se tem por reforçado em distintos preceitos da Emenda 95, como o art. 107, § 3º ADCT (que exige a demonstração da observância dos limites na mensagem que encaminha a proposta de lei orçamentária); o art. 113 ADCT (que exige a estimativa de impacto orçamentário e financeiro de proposições legislativas que criem ou alterem despesa obrigatória ou renúncia de receita); e ainda o art. 114 ADCT (que autoriza a suspensão de tramitação de proposição legislativa, em circunstância determinadas, para a apuração de sua compatibilidade com o Novo Regime Fiscal).

Neste conjunto de preceitos, orientado primariamente a conferir-se maior transparência à execução do novo regime de gastos, a dúvida maior se põe em relação ao sentido do art. 113 ADCT – que mais uma vez usa expressão sem correspondente constitucional, a saber, “despesa obrigatória”. Também nessa matéria, a referência legislativa





de que se dispõe é o art. 17 da Lei Complementar 101/00, que conceitua despesa obrigatória de caráter continuado como aquela “despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios”. O quadro de espécies de despesas contempladas pela Lei de Responsabilidade Fiscal se completa com a previsão do art. 16 do mesmo diploma, que tem em conta gastos que não observam o perfil temporal alongado sugerido pelo art. 17 – mas que podem se revelar igualmente relevantes do ponto de vista de gestão pública. Uma interpretação teleológica há de fazer conter no dever de demonstração de compatibilidade com o Novo Regime Fiscal preconizado pelo art. 113 ADCT, toda e qualquer despesa encartada em proposição normativa – ainda que não caracterizada como de caráter continuado.

3.4. Efeitos jurídicos da violação dos limites fixados

Último grande conjunto de preceitos contido na Emenda 95 diz respeito aos efeitos da violação aos limites ao longo do período de vigência do Novo Regime Fiscal.

Uma vez mais vem à tona o perverso dilema do que se estabelecer como consequência a uma gestão administrativa e fiscal que conduz ao desequilíbrio das contas públicas. Isso porque se de um lado existe a prática de possíveis ilícitos fiscais, administrativos e mesmo criminais de parte do gestor público envolvido; de outro lado o fato objetivo de um crescimento de despesas que não se revela sustentável subsiste – e esse é um mal a se atacar, tanto quanto a impunidade de gestores públicos dessintonizados com as boas práticas em finanças e gestão pública. O resultado é que nas consequências ao quadro de desequilíbrio fiscal normalmente se põe sobre o desenvolvimento das atividades administrativas, com uma forte possibilidade de comprometimento em algum nível, dos serviços públicos desenvolvidos ou que deveriam se desenvolver.

Prova disso se tem na ênfase (no que toca às vedações decorrentes de descumprimento do teto de gastos) para com medidas de toda ordem, relacionadas aos servidores públicos e suas estruturas de carreira e remuneração enunciadas no art. 109, I a VI e § 3º ADCT.

Duas observações merecem nota no que toca a estas vedações. Primeira delas diz com a quebra da lógica do ideário de limites individualizados, verificada duplamente nesse plano das consequências. Isso porque se o patamar máximo de gasto é de se estabelecer tendo em conta cada qual das estruturas referidas no art. 107, I a V; as consequências do seu descumprimento aplicam-se ao conjunto de órgãos referidos em cada inciso – o que retoma a lógica própria da fixação de limite por poder, e não por estrutura institucional que nele se contenha. O problema se manifesta de maneira mais evidente no que diz respeito do Judiciário, que contém pelo menos 8 (oito) distintos segmentos abrangidos no inciso II do art. 107 CF. Segundo e mais grave afastamento





da lógica do limite individualizado se tem no art. 109, § 3º ADCT, que no caso de descumprimento por qualquer dos integrantes do sistema, veda *tout court* a realização da revisão geral anual prevista no inciso X do art. 37, *caput* CF.

É certo que a segmentação das estruturas orgânicas estatais para fins de vedação da revisão geral anual, limitando essa proibição àquela que tivesse empreendido à violação do limite individualizado de gastos, descaracterizaria a revisão como geral, subvertendo a lógica do art. 37, X CF. De outro lado, o compartilhamento dos ônus da má gestão financeira tende a gerar, um olhar um pouco mais complacente na apuração de uma eventual violação – de molde a evitar justamente a incidência de penalidades sobre a estrutura que se manteve fiel aos seus próprios limites.

Segunda observação no que toca à disciplina das consequências da violação ao teto de gastos diz respeito, uma vez mais, à não inclusão de vedação às despesas que não se revelem de cunho obrigatório. Essa pode ser uma abertura a permitir a realização de despesas de investimento que embora não se enquadrem na categoria vedada pelo art. 109, § 1º, VII e VIII ADCT, uma vez mais, podem ter impacto financeiro que justifique o seu bloqueio. Despesas de capital, no conceito enunciado pela Lei 4320/64, tendem a se converter em despesas de custeio no futuro – e essa circunstância não deveria ter sido desconsiderada.

Vale ainda comentar a preocupação externada no art. 109, § 4º do ADCT, em explicitar que as vedações enunciadas nos incisos desse mesmo preceito se punham igualmente às proposições legislativas. Não se cuida de uma tautologia do constituinte reformador, mas de abrir-se a possibilidade de exercício facilitado do controle abstrato de constitucionalidade de normas que eventualmente pretendam, em nome de uma suposta expressão da soberania popular, contornar a proposta de fixação real de limites de gastos.

Esse o quadro geral dos comandos enunciados pela Emenda 95, que tem já atraído intenso debate na perspectiva estritamente jurídica, no tema da violação ao equilíbrio e harmonia entre poderes, ao menos no que toca às medidas que restringem de alguma forma, as estruturas institucionais revestidas de autonomia. Impõe-se, para a formulação de qualquer juízo relacionado à constitucionalidade de tais preceitos, compreender os parâmetros que exsurgem da jurisprudência já consolidada no STF na seara dos efeitos das cláusulas constitucionais assecuratórias de autonomia orçamentária.

4. AUTONOMIA FINANCEIRA E PRERROGATIVAS DELA DECORRENTES NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Conhecidas são as razões que levam o Texto Constitucional a assegurar autonomia administrativa e financeira a estruturas integrantes do sistema de controle de juridicidade. Independência (e esse é um dado da vida) guarda estreita relação com meios





de financiamento que confirmam liberdade para a formulação de escolhas. Assim, não há que se aludir a Judiciário independente se não se revelar capaz de prover por seus próprios meios, o necessário quando menos ao seu funcionamento regular. Nesse sentido, assegura a Carta de 1988 em várias passagens já referidas neste texto, autonomia financeira ao Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública – esta última, por sua vez, conferida pelo exercício do poder constituinte reformador, com a Emenda 80/14.

Já em 1991 se encontra primeira manifestação do STF envolvendo o tema dos contornos da autonomia financeira, à época, do Judiciário. O debate se travava em torno de decisão administrativa manifesta pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que determinava a inclusão na proposta orçamentária para o exercício de 1992, de valores atinentes ao pagamento do percentual de reajuste de 84,32% (que beneficiara alguns servidores, destinatários de decisão judicial) a todos os servidores daquela Corte, independentemente de ordem judicial neste sentido. A decisão administrativa, neste segmento que determinava o provisionamento de recursos orçamentários para o pagamento de reajuste não previsto em lei e não decorrente de medida judicial foi reputada inconstitucional, sem prejuízo do que deflui do art. 99 CF.³¹ Relevante indicativo se extrai da referida decisão, a saber, a autonomia administrativa e financeiro do Poder Judiciário não se revela absoluta, admitindo-se o controle judicial inclusive de ato normativo que extrapole os limites dessa mesma autonomia.³²

Neste mesmo ano de 1991, em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello³³, o STF delimita o *thelos* da garantia constitucional de autonomia, tendo em conta ainda o Judiciário – mas por certo, a mesma matriz se aplicaria a todas as demais previsões constitucionais de idêntico teor. Dialogando agora com a cláusula contida no art. 168 CF atinente à entrega dos duodécimos às estruturas cratológicas revestidas de autonomia, assim diz a Corte:

O legislador constituinte, dando consequência a sua clara opção política - verdadeira decisão fundamental concernente a independência da Magistratura - instituiu, no art. 168 de nossa Carta Política, uma típica garantia instrumental, assecuratória da autonomia financeira do Poder Judiciário. A norma inscrita no art. 168 da Constituição reveste-se de caráter tutelar, concebida que foi para impedir o Executivo de causar, em desfavor do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público, um estado de subordinação financeira que comprometesse,

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 577 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/1991, DJ 18-10-1991 PP-14549 EMENT VOL-01638-01 PP-00123 RTJ VOL-00138-01 PP-00070.

³² Consigne-se que a cautela deferida no acórdão lançado na nota de rodapé nº 26 foi confirmada em análise de mérito, na: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 577, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/1996, DJ 08-03-1996 PP-06213 EMENT VOL-01819-01 PP-00039.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 21291 AgR-QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/1991, DJ 20-10-1995 PP-36331 EMENT VOL-01805-02 PP-00201.





pela gestão arbitrária do orçamento - ou, até mesmo, pela injusta recusa de liberar os recursos nele consignados -, a própria independência político-jurídica daquelas Instituições.

O elemento de subordinação apresenta-se, na leitura empreendida pela Corte, como a chave de solução para o exame dos efeitos jurídicos do reconhecimento da autonomia. O que se deseja evitar é a sujeição do controlador ao controlado – e por isso não é de se admitir desenvolva esse mesmo controlado, iniciativas que resultem numa subalternidade que se revelaria incompatível com o equilíbrio e harmonia, e ainda com a higidez de um sistema constitucional de controle da juridicidade, que tem no acesso à justiça relevante expressão. Ratificando a subordinação como elemento a caracterizar a violação à autonomia, tem-se ainda o reprocho enunciado pela Corte à tentativa de sujeição empreendida pela via transversa da vinculação a órgão do Executivo.³⁴ Ainda na casuística da Corte tem-se a reafirmação da reserva de iniciativa contemplada no art. 99, § 1º CF³⁵ e a exigência da participação (em conjunto com os demais poderes) na elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias.³⁶

Importante observar que essa proclamação da reserva de iniciativa e da necessária participação na fixação dos limites a se conterem na Lei de Diretrizes Orçamentárias funciona como premissa para nova decisão, que confere coerência sistêmica aos precedentes. Assim, se a autonomia já se proclamara como um valor que não se põe como absoluto, a Corte vai afirmar seja a LDO a sede própria para a aplicação de medidas de contenção de gastos às estruturas institucionais revestidas de autonomia orçamentária.³⁷ O tema volta à consideração do STF em outra controvérsia em torno

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3569, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007, DJe-013 DIVULG 10-05-2007 PUBLIC 11-05-2007 DJ 11-05-2007 PP-00047 EMENT VOL-02275-01 PP-00160 LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 96-105 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3965, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 29-03-2012 PUBLIC 30-03-2012 REVJMG v. 63, n. 200, 2012, p. 351-355.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 810 MC, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/1992, DJ 19-02-1993 PP-02032 EMENT VOL-01692-02 PP-00335.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 848 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/03/1993, DJ 16-04-1993 PP-06431 EMENT VOL-01699-02 PP-00348 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1911 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/1998, DJ 12-03-1999 PP-00002 EMENT VOL-01942-01 PP-00113; ambas sem decisão de mérito, eis que tido o pedido principal por prejudicado pelo exaurimento dos efeitos da lei inicialmente impugnada. Indique-se ainda decisão de 2016: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5381 MC-Ref, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 30-11-2016 PUBLIC 01-12-2016.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4356, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2011, DJe-088 DIVULG 11-05-2011 PUBLIC 12-05-2011 EMENT VOL-02520-01 PP-00022; e ainda BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 307 MC-Ref, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-060 DIVULG 26-03-2014 PUBLIC 27-03-2014. A solução aqui ofertada, é de se dizer, não é ofensa à crítica, eis que a rigor, a elaboração da proposta orçamentária em desconformidade com os parâmetros da Lei de Diretrizes Orçamentárias (esse era o pano de fundo fático que deu ensejo à norma jurídica impugnada em abstrato) se constitui por si só, uma violação à Carta de Base. Este argumento fático, suscitado expressamente pela defesa, não restou examinado pela Corte, mas se tem por valorizado na





do papel da LDO como parâmetro de elaboração, desta feita na ADI 5287³⁸, onde se debate uma vez mais o critério jurídico de solução para a intervenção pelo Executivo na proposta orçamentária dos entes revestidos de autonomia. Observe-se que na ocasião, o argumento do Executivo era exatamente de inobservância pelo proponente, dos limites da LDO – mas a apuração específica dessa circunstância objetiva restou perdida, na conjugação de vários outros temas que se punham como pretensa cláusula de bloqueio ao exercício do controle abstrato tendo em conta a norma jurídica especificamente impugnada.

Neste mesmo precedente, a par de admitir a ocorrência de medidas de contenção na negociação preconizada para fins de elaboração da LDO, afirma ainda a Corte que cabe ao Executivo, caso entenda inadequada ou incorreta a proposta orçamentária como apresentada pelo órgão autônomo, buscar a sua retificação no curso do processo legislativo.

Consigne-se ainda a afirmação já empreendida igualmente pelo STF de que a autonomia orçamentária não se assegura exclusivamente por ocasião da elaboração da proposta orçamentária, sendo ela igualmente aplicável no plano da execução da Lei de Meios. Essa afirmação, antes formulada no MS 21291 AgR-QO³⁹ (feito de natureza subjetiva, sujeito a limites no que toca à sua aplicação por extensão), se viu reiterada na ADPF 339⁴⁰, onde se tem, alinhado com a prática adotada pela Corte Constitucional de enunciação da tese jurídica consagrada, a seguinte proposição-síntese:

É dever constitucional do Poder Executivo o repasse, sob a forma de duodécimos e até o dia 20 de cada mês (art. 168 da CRFB/88), da integralidade dos recursos orçamentários destinados a outros Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, conforme previsão da respectiva Lei Orçamentária Anual.

Curiosamente, no campo da execução orçamentária identifica-se ainda a reafirmação da autonomia na decisão havida em relação ao art. 9^a, § 3^o da Lei de Responsabilidade Fiscal. O conjunto preceitual enuncia o dever de proceder-se à limitação de empenho quando verificado um nível de realização das receitas que aponte para um possível comprometimento das metas de resultado primário contidas no Anexo

tese enunciada no acórdão – o que se constitui por si só, um paradoxo. Se a observância aos limites fixados pela LDO pelo órgão revestido de autonomia financeira se põe como um dever constitucional, o sistema há de oferecer resposta ao encaminhamento de proposta que não observe esse mesmo limite; e este resposta não pode ser submetida a um juízo de deliberação livre por parte do Legislativo.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5287, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 09-09-2016 PUBLIC 12-09-2016.

³⁹ Vide nota de rodapé 28 acima.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 339, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.





de Metas Fiscais. A norma contida no *caput* assinalava o dever de empreender-se à referida medida de limitação à execução orçamentária a cada qual dos poderes e ainda ao Ministério Público; já o art. 9º, § 3º da Lei Complementar 101/00 transferia ao Poder Executivo essa mesma competência na eventual omissão dos demais destinatários deste dever positivo de agir. A conclusão da Corte foi no sentido da existência sim, em relação a cada qual dos detentores de autonomia orçamentária, do dever positivo de agir consistente na limitação de empenho, declarando, porém, inconstitucional o § 3º do *multi* citado art. 9º da LRF por expressar interferência indevida do Executivo sobre os demais Poderes. O argumento então manejado – que ainda diz respeito à compreensão acerca da subordinação que a autonomia orçamentária pretende evitar – é de que não se poderia reconhecer no Poder Executivo a capacidade de identificar a violação e ao mesmo tempo, de empreender às medidas corretivas a ela associadas.⁴¹

Merece alusão ainda, no campo de precedentes envolvendo o debate em torno da autonomia orçamentária, aquele havido na ADI 3367⁴², onde se discutia a compatibilidade com o texto constitucional, da criação por intermédio da Emenda 45 de 2004, do Conselho Nacional de Justiça, que detém, na forma do art. 1º/3-B, § 4º CF, competência para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário. Naquela ocasião, sustentou-se justamente o desprestígio aos mesmos eixos do desenho institucional, a saber, autonomia financeira e separação dos poderes. A decisão, como se sabe, foi no sentido de rejeitar-se a imputação de vício de raiz, eis que as competência reconhecida ao CNJ não atingia, a ver do Min. Cezar Peluso, o “núcleo político do princípio”, eis que preservada a função jurisdicional e as condições materiais do seu exercício imparcial e independente.

⁴¹ A ideia central então expressa pelo Ministro Sepúlveda Pertence, reportando-se a precedente anterior envolvendo a adoção pelo Governador de Estado de medidas de constrição em relação a outro poder foi de que “o Governador jamais poderia ser o julgador e o executor de uma eventual ilegalidade cometida por outro poder, que tem vias constitucionais próprias de impugnação (ADI-MC 691, 22.04.92, RTJ 140/797).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2238 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-01 PP-00024 RTJ VOL-00207-03 PP-00950, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 170). A proposição de não interferência no curso da execução orçamentária nesse mesmo precedente, foi levada ao extremo pelo mesmo Ministro Sepúlveda Pertence, que ainda em seu voto, indagado pelo Ministro Nelson Jobim acerca de qual seria a providência a se desenvolver caso o Poder não empreendesse às medidas de limitação de empenho, respondeu: “Não sei. E se o Poder Executivo não cumprir, Ministro, como é que faz? [indagava de volta ao Ministro Nelson Jobim]. Isso se chama autonomia financeira, onde se podem cometer ilegalidades. Nenhum Poder será juiz do outro”.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3367, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006 PP-00004 EMENT VOL-02225-01 PP-00182 REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029





Último precedente que vale assinalar no tema da relação entre autonomia financeira e incidentes de execução orçamentária foi firmado nos MS 31671⁴³ e 34483⁴⁴; ambos versando sobre reivindicação de Judiciários Estaduais no sentido de cumprimento do dever de repasse dos duodécimos segundo o contido na previsão orçamentária original – e não conforme os termos do comportamento real da receita, que se mostrara inferior ao projetado. Nas duas hipóteses, a Corte entendeu de promover à conciliação entre os repasses duodecimais assegurados a cada qual dos Poderes e órgão revestidos de autonomia financeira, e o comportamento real dos ingressos, autorizando procedesse o Executivo à dedução do percentual apontado de frustração de arrecadação.⁴⁵

Do percurso aos precedentes elencados é possível afirmar em resumo que: 1) a autonomia orçamentária das estruturas institucionais integrantes da estrutura de controle destina-se, na perspectiva finalística, a evitar um estado de subordinação em relação ao Poder Executivo; 2) esta mesma autonomia não se constitui em valor absoluto, sujeita que está a parâmetros objetivos no seu exercício, critérios esses que devem ser construídos mediante consensos possíveis e veiculados na Lei de Diretrizes Orçamentárias; 3) observados os referidos parâmetros objetivos delineados na LDO, não se reconhece ao Poder Executivo a formulação de juízo de valor sobre as escolhas materializadas na proposta orçamentária; 4) a fase de deliberação legislativa comportará a possibilidade de modificação do proposto, inclusive por força de gestões políticas do Executivo, observados os limites constitucionalmente estabelecidos no art. 166, §§ 3º e 4º CF; 5) a autonomia orçamentária é de ser assegurada igualmente na fase de execução da Lei de Meios, sendo vedado ao Executivo empreender à retenção de duodécimos; e 6) o direito ao acesso aos duodécimos não se define exclusivamente a partir da previsão contida na Lei de Meios, mas é de sofrer os (eventuais) reflexos negativos da realidade econômica expressa em frustração da receita.

Cumpra agora o exercício de transposição destas mesmas premissas de raciocínio, ao debate já estabelecido quando menos na provocação ao controle abstrato de constitucionalidade, em relação aos termos da Emenda 95.

5. AUTONOMIA ORÇAMENTÁRIA E SEPARAÇÃO DE PODERES: OS TEMAS PRIMÁRIOS DE DEBATE

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 31.671, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKY, Tribunal Pleno, reconfigurando medida liminar original em sessão de 09/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 17-10-2013 PUBLIC 18-12-2016.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34.483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, medida liminar reconfigurada pelo Plenário em sessão de 22/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 22-11-2016 PUBLIC 23-11-2016.

⁴⁵ Consigne-se a cautela da Corte em ambos os precedentes, seja em demarcar a excepcionalidade da situação, seja em buscar a ratificação e a possibilidade de ajuste dos valores efetivamente identificados de queda da arrecadação.





A judicialização já empreendida em torno da Emenda 95 na ADI 5633 aponta como fundamentos a violação aos arts. 2º; 60, § 4º, III e 99, todos da CF. A rigor o argumento se resume a dois, a saber, violação ao equilíbrio e harmonia entre poderes (art. 2º CF), em si cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III CF); e violação à autonomia orçamentária reconhecida ao Judiciário.⁴⁶

5.1. Novo Regime Fiscal e alegada violação à autonomia orçamentária

O primeiro argumento – da violação à autonomia orçamentária – parece o de mais fácil superação, especialmente quando se tem em conta os precedentes acima já percorridos.

O modelo constitucional original neste tema, prevê como eixos da autonomia financeira dos Tribunais a capacidade para elaborar suas próprias propostas (art. 99, § 1º, I CF), observados limites fixados na LDO; e ainda a garantia do repasse dos duodécimos (art. 168 CF). Nenhum destes aspectos se tem por contaminado pelo Novo Regime Fiscal, que preserva a reserva de iniciativa e o dever de repasse dos duodécimos. O ponto mais sensível pode estar nos termos do art. 107, § 2º, que condiciona temporariamente os limites a serem fixados na LDO, ao teto de gastos instituído pela Emenda 95. Tem-se aqui uma cláusula de constrição ao resultado que poderia decorrer da “estipulação conjunta com outros poderes na Lei de Diretrizes Orçamentárias” – este não poderá ser superior ao teto de gastos ora instituído.

Para a solução da *quaestio* associada à constitucionalidade de tal cláusula restritiva, cumpre buscar aplicação do critério fixado pela jurisprudência acima referida, que reconhece a autonomia como blindagem contra a subordinação financeira empreendida por um Poder sobre o outro, capaz de comprometer a independência político-jurídica daquelas instituições.

A tese da impugnação em abstrato da norma está em que a teor do art. 99, § 1º CF, a única sede possível para a fixação de limites ao exercício desta autonomia financeira seria a Lei de Diretrizes Orçamentárias, que por sua vez, haveria de se constituir a partir de “estipulação conjunta”. Haveria impropriedade, portanto, na forma e na iniciativa do Novo Regime Fiscal, veiculado por Emenda de autoria do Poder Executivo.

Duas fragilidades imediatas se põem em relação ao argumento. Primeiro, afirmar possível o estabelecimento de limites ao exercício da proposição orçamentária pela via das Diretrizes Orçamentárias, e nega-lo na via do emendamento constitucional

⁴⁶ Não se olvide o leitor da circunstância de que a ação abstrata foi manejada por associações vinculadas a distintos segmentos da magistratura, e portanto, à vista do requisito especial de legitimação ativa, seria de se observar o requisito de pertinência temática. A mesma matriz argumentativa, todavia, se poderia facilmente transpor, especialmente no exercício do controle abstrato, em favor das demais estruturas institucionais revestidas de autonomia orçamentária.





é uma contradição em termos – a análise aqui se dá sob a perspectiva da pretensa violação à garantia de autonomia financeira.

É da essência do poder constituinte reformador, empreender à alteração de uma sistemática posta pelo texto original da constituição, subordinando-se tão-somente aos limites expressos nas cláusulas pétreas. Sustentar a inconstitucionalidade do acréscimo de parâmetro adicional temporário (teto de gastos) pela inobservância de uma estipulação conjunta, como a preconizada pelo art. 99, § 1º, I CF, é negar ao poder reformador aquilo que é sua aptidão jurídica própria, a saber, harmonizar o Texto Fundamental com as tensões impostas pela realidade constitucional.⁴⁷

Segundo, autonomia orçamentária não é atributo institucional que se possa exercer à parte dos princípios constitucionais que orientam a atividade financeira do Estado. Assim, o princípio de equilíbrio orçamentário, verdadeira fonte de legitimação da ação estatal terá plena aplicação também no que diz respeito às instituições revestidas de autonomia – e para tanto, é de se recepcionar a possibilidade de, em nome deste mesmo princípio, desenvolver-se as medidas necessárias à equalização de receitas e gastos em toda a estrutura estatal.

Dialogando ainda com o conceito de autonomia financeira traçado pela jurisprudência constitucional, não se tem na fixação de um critério objetivo, matematicamente suscetível a teste e repetição, aplicável igualmente a todas as estruturas institucionais revestidas desta mesma autonomia, uma tentativa de sujeição capaz de comprometer a independência político-jurídica daquelas instituições. Afinal, é da essência do conceito de subordinação um vínculo de dependência que o subordinante impõe sobre o subordinado; e isso não decorre do art. 107 ADCT, vez que não obstante o limite nele fixado, a aptidão à formulação da proposta orçamentária – que compreende as escolhas relacionadas aos gastos ali autorizados – remanesce inteiramente assegurada às instituições dotadas de autonomia financeira, assim como a elas se preserva o direito ao acesso aos recursos, na forma preconizada pelo art. 168 CF. Significa dizer que as escolhas políticas subjacentes à decisão de gastar remanescem no âmbito das entidades autônomas, preservada a esfera de decidibilidade que é inerente a estas estruturas institucionais.⁴⁸

Observe-se ainda que o Novo Regime Fiscal não contempla na sua estrutura geral de aplicação, conferir-se ao Poder Executivo a possibilidade de formulação de juízo de valor em relação aos componentes em si da apuração e atualização do teto

⁴⁷ É de Miranda a afirmação do caráter inelutável do fenômeno da modificação das Constituições; mudança essa se que dá reclamada pelas inaptações supervenientes entre texto e realidade, que podem culminar por contribuir contra a efetividade constitucional. (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 389).

⁴⁸ É de Oliveira a explicitação do caráter político das decisões relacionadas à materialização em si do da despesa pública (OLIVEIRA, R. F. de. **Curso de Direito Financeiro**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuteures-Revista dos Tribunais, 2015. p. 451.).





de gastos, ou menos ainda quanto às consequências da sua inobservância. Essa apreciação valorativa acerca das escolhas orçamentárias empreendidas pelas estruturas revestidas de autonomia, seja etapa de formulação das respectivas propostas, seja na de execução orçamentária se teve por vedada pela casuística acima noticiada no âmbito do STF – e esse padrão de preceituação não se tem no Novo Regime Fiscal.

A limitação material de recursos é um fato da vida, que não se pode entender como tentativa inconstitucional de subordinação, se ele se aplicar igualmente a todas as estruturas de poder – neste sentido as decisões referidas acima nos MS 31671 e 34483, que autorizando a redução do repasse dos duodécimos deduzidos da parcela correspondente à frustração da receita, empreendem à conciliação entre orçamentário e financeiro.

É certo que o Novo Regime Fiscal se revela *ab initio* como desconfortável barreira a pretensões de expansão de atividades desenvolvidas por estruturas revestidas de autonomia financeira – mas esta é meramente uma primeira (e equívoca) aproximação. Com o Novo Regime Fiscal, o que pode se apresentar como alternativa possível é o financiamento da expansão das atividades não pelo aumento nominal das despesas primárias, mas pela racionalização em geral do dispêndio, e o incremento da qualidade do gasto público.⁴⁹

Remanesceria, do argumento da pertinência subjetiva da modificação constitucional – a saber, Emenda de iniciativa do Poder Executivo, que não foi precedida da estipulação conjunta, recomendada pelo art. 99, § 1º, I CF. Considerados os limites formais subjetivos desenhados pelo art. 60 e seus incisos CF, a imputação de eventual vício de raiz se relacionaria à violação ao limite material explícito traduzido na cláusula de proteção ao princípio de equilíbrio e harmonia entre poderes. Essa a tese que se vai refutar na sequência.

5.2. Novo Regime Fiscal e alegada violação ao equilíbrio e harmonia entre os poderes

Em que pese o caráter verdadeiramente seminal da máxima do equilíbrio e harmonia entre poderes na engenharia constitucional, instrumental ao grande projeto de prevenção quanto aos abusos; inequívoca a indeterminação dessa mesma fórmula,

⁴⁹ É de Graziane a advertência em relação ao real risco de inefetividade das soluções jurídicas construídas a partir do fetiche da norma, se não se tiver em conta o imperativo de aprimorar-se a qualidade do gasto público. (GRAZIANE, E. P. Sociedade que não planeja aceita a má qualidade do gasto público. **Consultor Jurídico**, São Paulo, dez. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-dez-06/contas-vista-sociedade-nao-planeja-aceita-ma-qualidade-gasto-publico>>. Acesso em: 03 jan. 2017.





sempre sensível às particularidades de seu tempo e da sociedade na qual essa mesma proposta se aplica.⁵⁰

Críticas tem se posto em relação à viabilidade mesmo da aplicação de uma concepção de equilíbrio e harmonia entre poderes na sua forma mais pura, sem qualquer intervenção entre os distintos corpos políticos a quem se tenha afeto as tradicionais funções executiva, legislativa e judiciária.⁵¹ Mais especificamente, a dúvida parece localizar-se em qual seja a mecânica mais adequada à real operação deste mesmo princípio.⁵²

A aproximação formal ao conteúdo do ideário de equilíbrio e harmonia entre poderes vincula-se à preservação da integridade na distribuição de funções de cada braço especializado. Esta concepção peca, de início, pela suposição de que haja uma distinção intrínseca entre as funções confiadas a cada estrutura institucional de poder – premissa artificial, que não resiste à fenomenologia própria à prática ordinária da aplicação constitucional. Já a aproximação funcional, reconhecendo o artificialismo da compartimentalização formal, assume as interações entre funções como uma possibilidade. Nessa visão, embora se parte de premissas mais harmônicas com a realidade, nem por isso se indicam parâmetros mais claros para aferir quando a interação deixa de ser instrumental à adequada aplicação do Texto de Base, e passa a caracterizar uma violação à separação de poderes. Parece, portanto, inevitável retomar a instrumentalidade do referido princípio para com ela avançar-se no delineamento de critérios para a sua proteção.

Explorando o mesmo tema, Ackerman aduz que a cláusula de separação de poderes concorre para o ideal de legitimação das decisões do poder – o que guarda a mais estreita harmonia com sua função de prevenção contra o abuso. Nessa linha, a evocação à separação de poderes contribuirá para a referida legitimação toda vez que servir ao ideal democrático de auto-governo; ao incremento da competência profissional em cada qual das funções; e finalmente, para a proteção e incremento do projeto de direitos humanos.⁵³

⁵⁰ É de Piçarra a observação de que “o princípio constitucional da separação dos poderes não é prévio à constituição, mas constrói-se a partir dela” (PIÇARRA, N. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1989. p. 16).

⁵¹ Jellinek já advertia que tão logo que queira transpor a doutrina da separação dos poderes à realidade, surgem dificuldades práticas e doutrinárias, as primeiras advindas do mundo da política; as segundas relacionadas ao modo de harmonização da separação de poderes com a soberania popular. (JELLINEK, G. **Teoría general del Estado**. Prólogo y traducción de Fenando de los Ríos. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 452-453).

⁵² CAROLAN, E. **The new separation of powers**. A theory for the modern State. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 23.

⁵³ ACKERMAN, B. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 113, n. 3, p. 633-729. jan. 2000.





O sistema constitucional brasileiro, incorporando a máxima em seu art. 2º CF, e conferindo-lhe a especial proteção decorrente do signo de cláusula pétrea no art. 60, § 4º, II CF, aposta no concurso do balanceamento entre poderes para o estabelecimento e manutenção do senso de comunidade, e da constituição em si como força unificadora dessa mesma coletividade. Alinha-se então com uma concepção instrumental da separação de poderes, como a sugerida pelo autor americano. Adota-se na presente análise, como critério analítico para a aferição da violação ao modelo de *checks and balances*, o imputado contraste entre o Novo Regime Fiscal e os valores constitucionais instrumentalizados pelo referido princípio.

5.2.1. Novo Regime Fiscal e harmonia com o princípio democrático

No que toca à reverência ao princípio democrático, uma Emenda Constitucional que tem por eixo principal reconciliar a prática da atividade financeira estatal com as limitações que materialmente existem e se tem por apuradas tem em seu favor o primeiro argumento mais fácil, da representação. A intervenção, cunhada pelo mecanismo democrático próprio, observado o devido processo legislativo, e aplicável indistintamente a todos os poderes, revestir-se-ia da legitimidade representativa.

Um segundo ponto – mais sutil – se pode apresentar ainda, em aval ao ideário democrático, decorrente do sistema proposto pela Emenda 95. O *telos* da intervenção reformadora reside em reconciliar, repita-se, uma realidade econômica, com as projeções que se apresentam nos instrumentos de planejamento financeiro da atividade pública. A tradução dessa realidade nos orçamentos públicos, já destacava Moreira Neto⁵⁴, envolve investir na democracia substantiva da ação administrativa pública, eis que neles se contera a “definição monetária da tarefa que a sociedade incumbe ao Estado”. Afastar a visibilidade dos programas de ação estatal, traduzidos em instrumentos legislativos dissociados da realidade econômica subjacente contribuiria, portanto, para obscurecer o verdadeiro planejamento de ação das estruturas estatais, resultado incompatível, decerto, com o ideário democrático.

Evocar a separação de poderes para ter-se mantida a prática institucional hoje vigente – ao menos em relação ao Judiciário, como se requer na ADI 5633 – importaria em reforçar uma lógica de dissociação entre a autorização formal das despesas havida em instrumentos orçamentários “otimistas”, conduzindo a um artificialismo *naive* ou intencional dos programas de ação do Estado. Já lecionava Bobbio⁵⁵ que “democracia é o poder em público”, pelo que não favorece à democracia a separação de poderes que se opõe como justificativa para reduzir as luzes sobre a ação financeira.

⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Democracia e contrapoderes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 258, p. 47-80, set./dez. 2011. p. 49.

⁵⁵ BOBBIO, N. **Teoria geral da política**: A filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. 9. ed. reimp. São Paulo: Elsevier Editora, 2000. p. 386.





O choque produzido pelo Novo Regime Fiscal em verdade reside na sua pretensão de mudança de uma cultura orçamentária avessa a “pronunciar o discurso sobre as políticas públicas e os direitos sociais sob a perspectiva de alocação de verbas orçamentárias”.⁵⁶ No que toca, todavia ao princípio de legitimação sob análise, o apontamento dos instrumentos orçamentários construídos sob a luz do princípio do equilíbrio se constitui igualmente valor constitucional, pelo que, incabível a imputação apriorística do vício de raiz.

5.2.2. *Novo Regime Fiscal, equilíbrio e harmonia entre poderes e especialização funcional*

Observada ainda a abordagem proposta por Ackerman no que toca à instrumentalidade da cláusula constitucional da separação de poderes, tem-se como segundo objetivo possível, a garantia de um nível de especialização e profissionalização em cada qual dos segmentos de atividade estatal que permita o máximo desenvolvimento do projeto de convívio expresso pelo respectivo texto constitucional. Ainda aqui a lógica é de prevenção contra a subordinação, mas de cariz indireto – aquela intervenção alheia ao próprio braço especializado de poder que mina sua independência, logo, sua aptidão para o desenvolvimento da tarefa que lhe foi confiada pela estrutura institucional construída pela Carta de Base.

A questão que se põe é – navega a estrutura central do Novo Regime Fiscal, criando o teto de gastos, no sentido contrário à especialização funcional, protegida pela separação de poderes, em especial, daquele que já provocou o controle abstrato, a saber, o Judiciário?

No que toca especialmente à função jurisdicional, essa lógica se tem por materializada nas garantias de imparcialidade e independência; atributos assegurados seja pela inspiração subjetiva da própria instituição⁵⁷, seja pelos meios materiais que a preservam de retaliações advindas de qualquer segmento contrariado por eventual decisão judicial.

Neste quadro geral, a interferência que se pode atribuir ao Novo Regime Fiscal diria em tese com as garantias materiais de imparcialidade e independência, eis que impactaria nas despesas autorizadas realizar pelos braços especializados de poder, limitadas na sua expansão ao já realizado, com as atualizações preconizadas pelo próprio regime constitucional. Observe-se que mesmo nesse campo, o impacto a rigor é parcial, eis que o direcionamento interno dos meios disponíveis segue sujeito à sistemática constitucional original, a saber, com a iniciativa reconhecida a cada qual das

⁵⁶ TORRES, R. L. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**. Volume V – O orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 34.

⁵⁷ Não há dúvida que também a percepção subjetiva dos integrantes da instituição acerca de seu próprio regime de garantias contribui para o incremento da imparcialidade e independência, com exemplos na história de Cortes com inclinações em ambas as direções.





estruturas institucionais revestidas de autonomia financeira, observados os parâmetros fixados em LDO. Tenha-se ainda em conta o art. 107, § 9º do ADCT, que autorizando a compensação entre os limites individualizados dos órgãos elencados em cada inciso do *caput*, reforça a lógica da independência de cada poder de promover ao direcionamento interno dos meios disponíveis segundo suas próprias prioridades.

A partir dessa constatação – de que o impacto da instituição do Novo Regime Fiscal apresenta-se como contingente e parcial – tem-se já a possibilidade de aplicação da matriz de raciocínio anteriormente desenvolvida pelo STF na ADI 3367 acima referida, em que se conclui pela não violação à independência jurisdicional. É o Ministro Cezar Peluso, então Relator, a afirmação:

A independência suporta, na sua feição constitucional, teores diversos de autonomia administrativa, financeira e disciplinar. Na verdade, ela só pode considerada invulnerável, como predicado essencial do sistema de separação, quando concreta redução de seu âmbito primitivo importe, em dano do equilíbrio e estabilidade entre os poderes [...]. Fora dessas hipóteses, nada obsta que o constituinte reformador lhe redesenhe a configuração histórica, mediante reorganização orgânica e redistribuição de competência no âmbito da estrutura interna do Judiciário.

N'outra passagem ainda deste mesmo acórdão, evoca o Ministro Cezar Peluso o argumento de que se tem preservado o autogoverno do Judiciário, restando intocadas as competências expressas no art. 96 CF. Mais ainda, a criação da estrutura destinada ao controle da atuação administrativa e financeira contribui para o aprimoramento do autogoverno do Judiciário. De todas essas considerações extrai-se que a caracterização da violação à independência do Judiciário – e portanto, o deslustre ao princípio de separação de poderes – reclama: 1) concreta redução do âmbito primitivo de deliberação do poder supostamente alcançado na sua independência; e 2) a adequada gestão administrativa e financeira da estrutura institucional destinatária destas prerrogativas se constitui valor constitucionalmente relevante.

A partir destas premissas, resta saber se a vedação à expansão de despesa para além do critério de atualização preconizado pelo art. 107, § 1º, II ADCT importa em si a uma ameaça à independência e imparcialidade como compreendida pela Corte – e a resposta parece ser que não há como se afirmar, ao menos aprioristicamente, essa pretensa relação de causa e efeito entre as duas variáveis que permita a imputação de inconstitucionalidade ao Novo Regime Fiscal.

O argumento manejado pelos contrários à disciplina sob exame é de que a vedação à expansão de gastos para além da variação do IPCA contamine em si a independência – donde essa teria por relevante manifestação, não o livre funcionamento ordinário da estrutura institucional, mas a sua tendência à ampliação e aumento de





gastos além dos parâmetros já contemplados no art. 107, § 1º, II ADCT. A alegação parece insustentável, quando menos como conclusão passível de assentamento apriorístico, portanto suficiente a autorizar *ab initio* a pronúncia da inconstitucionalidade do Novo Regime Fiscal. Liberdade decisória se tem por assegurada pela existência em si de meios suficientes ao desenvolvimento adequado das atividades – e não necessariamente pela expansão contínua e ilimitada dos gastos.

Ainda que se tenha em conta a curva ainda crescente da judicialização da vida na sociedade brasileira – o que permite inferir um aumento na carga de feitos a serem solvidos pelo Judiciário – disso não decorre uma vez mais, na vigência do teto de gastos, a perda da independência ou imparcialidade. A se manterem constantes as duas variáveis (limitação de gastos e aumento das demandas), ter-se-á um deslocamento do esforço de aprimoramento da função não mais para a contínua e crescente expansão dos gastos, mas para a composição jurisdicional que tenda a gerar efeitos mais amplos na coletividade.⁵⁸ Tal encaminhamento, é de se dizer, revela-se compatível com as premissas de Planejamento e Gestão Estratégica do Poder Judiciário fixadas pela Resolução CNT nº 70, de 18 de março de 2009, que indica como objetivo estratégico nº 2, no campo da eficiência operacional, “buscar excelência na gestão dos custos operacionais”. Esse indicador estratégico geral foi por sua vez reproduzido mais recentemente na Resolução nº 195, de 3 de junho de 2014, que “Dispõe sobre a distribuição de orçamento nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo graus e dá outras providências”, onde se dá destaque à relevância da “execução orçamentária equilibrada no âmbito do Poder Judiciário”.

Não reside na ameaça à especialização funcional, o argumento para o reconhecimento de vício de raiz à Emeda 95. Resta finalmente a análise da sua interseção com a proteção a direitos fundamentais.

5.2.3. *Novo Regime Fiscal, equilíbrio e harmonia entre poderes proteção a direitos fundamentais*

A derradeira cogitação a se empreender diz respeito à afirmação de que o Novo Regime Fiscal possa determinar violação ao princípio de separação de poderes ante um potencial à inibição da função institucional de controle da observância dos deveres de agir decorrentes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Constitui premissa da análise que permeia todo este artigo, aquela de que a limitação de recursos financeiros é real – e por isso se está aplicando de maneira uniforme a todos os braços especializados de poder. Se isso é assim, a exceção à regra do teto

⁵⁸ Observe-se que essa estratégia já se tinha posto como prioridade para o Judiciário desde a Emenda 45, e ainda não logrou gerar o efeito de diminuição da massa de demandas que se desejava, como se verifica do relatório Supremo em Números, que dava conta de ter-se alcançado em 2015, a marca de 100 milhões de feito em andamento.





de gastos reconhecida em favor de uma ou outra estrutura institucional se resolverá, necessariamente, pela compensação dos gastos adicionais de “A” no total de dispêndio de “B”. Esse é o consectário lógico da premissa inicial.

A afirmação de que a instituição do teto de gastos ao Judiciário seja inconstitucional porque mina a potencialidade de, do alto da independência assegurada pela separação de poderes, tutelar-se a direitos fundamentais, levaria à consequência de nulificar-se o limite de dispêndios em relação a qualquer das estruturas de poder.⁵⁹ Com isso, eventuais ajustes reclamados pelo ideário de equilíbrio fiscal haveriam de se verificar na execução orçamentária, sem prejuízo em princípio, das autorizações de despesas que se tenha assegurado às instituições dotadas de autonomia financeira. Inverter-se-ia com isso a lógica proposta para Novo Regime Fiscal, para exercer não um controle preventivo ao aumento do *déficit*, mas para uma ação corretiva, no plano da execução orçamentária, dos efeitos já revelados desse mesmo *déficit*.

Duas fraturas lógicas se têm nessa argumentação.

Primeiro, assumir como premissa que a construção do orçamento possa se dar descompromissada com o equilíbrio fiscal, porque imune a qualquer limitação em relação aos demais poderes sob pena de violação a cláusula pétrea, entra em rota frontal de colisão com o princípio de equilíbrio orçamentário – que como já se viu, guarda igualmente relações simbióticas com o princípio democrático, à medida em que o orçamento equilibrado é a garantia de transparência e legitimação em relação aos programas de ação do Estado *lato sensu*.

Segundo problema lógico insuperável no argumento de que limites de gastos se revelem incompatíveis com o valor constitucional de proteção aos direitos fundamentais, está em que, considerada a inequívoca finitude dos recursos financeiros, seu direcionamento prioritário aos órgãos de controle implica em sua subtração das ações públicas de execução dos programas sociais. Uma vez mais, inverte-se a lógica do sistema, afirmando que para proteger direitos fundamentais, seja imperativo assegurar uma capacidade de gastos em favor das estruturas institucionais de controle à custa do financiamento dos direitos fundamentais empreendido diretamente pelo Poder Executivo.

Uma vez mais, é de se destacar que a proteção a direitos fundamentais não se materializa exclusivamente, e menos ainda precipuamente, pela ampliação numérica das demandas individuais, numa rota que estimula a litigiosidade e ataca o fenômeno pela sua manifestação final – e não na sua causa. A preconizada contenção de gastos pode resultar em verdade, na descoberta de uma lógica diferenciada, que privilegie não o conflito individual, mas a jurisdição supervisora, que não se substitui às estruturas formais de poder existentes, mas induz o seu funcionamento regular.

⁵⁹ O objeto da ADI 5633 em verdade compreende a Emenda 95 como um todo.





A afirmação de que resida no campo judicial a última trincheira de proteção aos direitos fundamentais se revela quando menos, ingênua, já que existe um mundo de distância entre o dispositivo de sentença, e a tradução daquele proclamado dever de agir no mundo da vida, na realidade da Administração Pública. Esse mesmo discurso, quando utilizado como argumento de proteção contra o limite de dispêndio expressa uma lógica equivocada, em que a atividade-meio passa a se revestir de mais importância do que a atividade-fim. Este não é, *concessa máxima vênia*, o projeto constitucional.

Não é ocioso trazer à consideração, especialmente quando se cogita da interface entre Novo Regime Fiscal e proteção a direitos fundamentais, que o problema do equilíbrio fiscal não se põe de maneira isolada em relação ao Executivo. Também nesse aspecto, o ideário da unidade do poder se põe, e com isso, a circunstância fática da limitação de recursos se põe igualmente a todos, e reclama para o seu enfrentamento, o desenvolvimento de relações de colaboração – e não de antagonismo.⁶⁰ Nesse sentido que se diz que a transferência dos efeitos do imperativo do reequilíbrio fiscal ao Poder Executivo não presta a devida reverência, nem aos deveres de proteção aos direitos fundamentais, e menos ainda às relações de colaboração que o ideário de *checks and balances* em verdade postula.

6. CONCLUSÃO

Finalizo este texto, retomando a afirmação anterior de que não se está aqui a defender política ou ideologicamente a proposta materializada no Novo Regime Fiscal. Posta, todavia, a questão da sua constitucionalidade, isso é de ser examinado de forma desapassionada, observadas as premissas que a doutrina e a jurisprudência já traçaram.

Indiscutível a importância, numa democracia jovem como ainda o é a brasileira, de preservar-se as estruturas institucionais de controle. Não menos importante é a consolidação de uma cultura de controle que se revele não só harmônica com seus fins, mas coerente com a própria supervisão que este mesmo sistema desenvolve. Dromi já assinalava que o controle é uma tarefa de cotejo da legitimidade dos meios com os fins alcançados⁶¹ – e se isso se exige do controlado, da mesma maneira é de se exigir do controlador. Dessa máxima resultará que não é a simples qualificação da atividade como de controle que autorizará seu apartamento de outros critérios e valores constitucionais igualmente relevantes como o do equilíbrio orçamentário, da transparência no que toca à real programação de ação governamental, e da *accountability*.

⁶⁰ É de Queiroz a afirmação de que a dissociação entre atividades executivas e aquelas de controle apontam antes para uma relação de compartilhamento de poder, com interdependência e colaboração de poderes que se reforçam mutuamente. (QUEIROZ, C. **Direito Constitucional**. As instituições do Estado Democrático e Constitucional. Coimbra-São Paulo: Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 405).

⁶¹ DROMI, R. **Modernización del control público**. Madrid: Hispania Libros, 2005. p. 36.





A afirmação apriorística da inconstitucionalidade do Novo Regime Fiscal a partir de uma violação presumida e prospectiva da cláusula de separação de poderes traduz uma pretensão de conferir-se a esse mesmo preceito, um elastério que a sua justificação finalística parece não comportar. Navega-se aqui na utilização retórica de uma cláusula indeterminada, como verdadeira justificativa *ex post ante* de uma rejeição à proposta que tem outras origens – e que, portanto, não de ser exploradas em outras arenas, do debate político e ideológico, mas não do controle jurisdicional.

Incorporado o caráter necessariamente dinâmico de que se revestem os textos constitucionais, indispensável reconhecer que a lógica do sistema é da presunção de constitucionalidade também das emendas – o que não recomenda a proclamação do vício de raiz da deliberação parlamentar a partir de ecos das Cassandras de plantão.

Não se está com isso a sustentar não se possa com o tempo, e a partir de uma experiência de aplicação que revele efeitos que permitam uma análise real, retomar o tema da constitucionalidade do Novo Regime Fiscal. Vale aqui, a lição de Couture – o tempo se vinga das coisas que são feitas sem o seu concurso.

7. REFERÊNCIAS

ACKERMAN, B. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 113, n. 3, p. 633-729. jan. 2000.

BOBBIO, N. **Teoria geral da política**: A filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. 9. ed. reimp. São Paulo: Elsevier Editora, 2000.

CAROLAN, E. **The new separation of powers**. A theory for the modern State. Oxford: Oxford University Press, 2009.

COUTO, Cláudio G.; ABRUCIO, Fernando. O segundo governo FHC: coalizões, agendas e instituições. **Tempo social**. São Paulo, v. 15, n. 2, 2003. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010320702003000200011&lissoen&nrm=iso>. Acesso em: 27 fev. 2009.

DROMI, R. **Modernización del control público**. Madrid: Hispania Libros, 2005.

FURTADO, J. R. Caldas. **Elementos de Direito Financeiro**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

GRAZIANE, E. P. Sociedade que não planeja aceita a má qualidade do gasto público. **Consultor Jurídico**, São Paulo, dez. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-dez-06/contas-vista-sociedade-nao-planeja-aceita-ma-qualidade-gasto-publico>>. Acesso em: 03 jan. 2017.

JELLINEK, G. **Teoría general del Estado**. Prólogo y traducción de Fenando de los Ríos. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.





MOREIRA NETO, D.F. **Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal**: Finanças públicas democráticas - Com a colaboração de Sílvio Freitas de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Democracia e contrapoderes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 258, p. 47-80, set./dez. 2011.

OLIVEIRA, R. F. de. **Curso de Direito Financeiro**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuteures-Revista dos Tribunais, 2015.

PIÇARRA, N. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1989.

QUEIROZ, C. **Direito Constitucional**. As instituições do Estado Democrático e Constitucional. Coimbra-São Paulo: Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCAFF, F. F. Retrospectiva 2016: “Farinha pouca, meu pirão primeiro” e a overdose de Direito Financeiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, dez. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-dez-27/retrospectiva-2016-farinha-meu-pirao-primeiro-overdose-direito-financeiro>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

TORRES, R. L. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**. Volume V – O orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VALLE, V. R. L. A Constituição como sistema: retomando uma premissa à efetividade. In: FERRARI, S.; MENDONÇA, J. S. (Org.). **Direito em Público**: Homenagem ao Professor Paulo Braga Galvão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VALLE, V. R. L. Transição política e construtivismo constitucional: uma análise empírica das emendas constitucionais brasileiras. In: CAMARGO, M. M. L.; LOIS, C. C.; MARQUES, G. L. (Org.). **Democracia e jurisdição**: novas configurações brasileiras. Rio de Janeiro: Imo's Graf. e Ed., 2013.





Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI:10.5380/rinc.v4i1.50289

Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre

Constitutional Amendment 95/2016 and the public spending ceiling: Brazil back to the state of economic exception and disaster capitalism

CYNARA MONTEIRO MARIANO*

Universidade Federal do Ceará (Brasil)

cynaramariano@gmail.com

Recebido/Received: 21.01.2017 / January 21th, 2017

Aprovado/Approved: 08.02.2017 / February 8th, 2017

Resumo

A proposta brasileira de implementação do teto para os gastos públicos federais, objeto das PEC's 241/55, foi aprovada em 16 de dezembro de 2016, consolidando-se na Emenda Constitucional de número 95, que instituiu um novo regime fiscal para vigorar nos próximos 20 (vinte) anos, valendo, portanto, até 2036. Referida proposta foi alvo de intensos protestos pela sociedade civil, sendo a causa de greves e ocupações estudantis que ocorreram nas escolas e universidades públicas de todo o país, o que não impediu, contudo, sua aprovação, eis que não se tratou de medida de iniciativa de um governo preocupado com sua popularidade e legitimidade. Além da ausência de diálogo com a sociedade civil, os protestos foram motivados pela oposição a um discurso oficial falacioso da necessidade de um novo regime fiscal, por meio da limitação de gastos e investimentos públicos, especialmente nos serviços de natureza social, como única medida capaz de retomar o crescimento da economia, que teria sucumbido diante de um suposto comportamento fiscal irresponsável do governo anterior. Pretendendo

Abstract

The Brazilian proposal for the implementation of the federal public spending ceiling, object of the Constitutional Amendment Proposals (PECs) 241/55, was approved on December 16, 2016, being consolidated into Constitutional Amendment number 95, which established a new fiscal regime to be in force over the next 20 (twenty) years, thus, being valid until 2036. Such proposal was the subject of intense protests by the civil society, being the cause of strikes and students' occupations that took place in public schools and universities throughout the country, which did not prevent, however, its approval, since it was not an initiative measure by a government concerned with its popularity and legitimacy. Besides the absence of dialogue with civil society, the protests were motivated by the opposition to an official fallacious discourse on the need for a new fiscal regime, by limiting public spending and investment, especially on services with a social nature, as the only measure capable of recovering the economic growth, which would have collapsed before an alleged irresponsible fiscal behavior of the previous government. Aiming to analyze that official discourse,

Como citar esse artigo/How to cite this article: MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. DOI:10.5380/rinc.v4i1.50289.

* Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza-CE, Brasil). Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Público pela UFC. Vice-Presidente do Instituto Latino Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia (ILAEDPD) e Diretora Acadêmica do Instituto Cearense de Direito Administrativo (ICDA). Advogada. E-mail: cynaramariano@gmail.com.





analisar esse discurso oficial e os impactos da novel EC 95/2016, o presente artigo, utilizando-se de uma metodologia qualitativa e exploratória, debruçar-se-á sobre o conteúdo da Emenda e da mensagem das propostas de origem, para, ao final, concluir que a medida se trata de mais uma tentativa das forças do capital, nacional e supranacional, para manter o Brasil no seu permanente Estado de Exceção econômico, no qual se deseja manter, aliás, toda a América Latina.

and the impacts of the new Constitutional Amendment (CA) 95/2016, this article, by using a qualitative and exploratory methodology, shall focus on the content of the Amendment and the message of the original proposals, so that, at the end, one concludes that such measure is yet another attempt by the national and supranational capital powers, to keep Brazil in its permanent State of Economic Exception, in which some also desire to keep, in fact, all Latin America.

Palavras-chave: teto dos gastos públicos; Emenda Constitucional 95/2016; Estado de Exceção Econômico; neoliberalismo e colonialismo; capitalismo de desastre.

Keywords: public spending ceiling; Constitutional Amendment 95/2016; State of Economic Exception; neoliberalism and colonialism; disaster capitalism.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Das premissas e falácias da necessidade do teto de gastos públicos; 3. Considerações finais; 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional n.º 95/2016 foi resultado das Propostas 241 e 55, que tramitaram, respectivamente, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, alcançando sua votação final, em segundo turno nesta última casa legislativa, no dia 16 de dezembro de 2016. A partir de então, foram inseridos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) vários dispositivos que implementaram um novo regime fiscal com um limite para os gastos do governo federal, que vigorará pelos próximos 20 (vinte) anos. Esse novo regime valerá, portanto, até 2036, sendo o teto fixado para 2017 correspondente ao orçamento disponível para os gastos de 2016, acrescido da inflação daquele ano. Para a educação e a saúde, o ano-base será este 2017, com início de aplicação em 2018. Qualquer mudança nas regras só poderá ser feita a partir do décimo ano de vigência do regime, e será limitada à alteração do índice de correção anual.

Desse modo, pelo recente art. 102 do ADCT, será fixado, para cada exercício, um limite individualizado para a despesa primária total (que corresponde ao montante da despesa total antes do pagamento dos juros da dívida) do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União, cabendo a cada um deles a responsabilidade pelo estabelecimento do seu limite. Aumentos reais do limite estão vedados, pois, de acordo com o § 3.º, inciso II desse mesmo artigo 102, nos exercícios posteriores a 2017, o limite dos gastos corresponderá ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Aplicado - IPCA (e assim sucessivamente). Apenas aumentos nominais são possíveis, portanto.





As regras do novo regime não permitem, assim, o crescimento das despesas totais e reais do governo acima da inflação, nem mesmo se a economia estiver bem, o que diferencia o caso brasileiro de outras experiências estrangeiras que adotaram o teto de gastos públicos. Somente será possível aumentar os investimentos em uma área desde que sejam feitos cortes em outras. As novas regras desconsideram portanto, as taxas de crescimento econômico, como também as demográficas pelos próximos 20 (vinte anos), o que (e aqui já antecipando a nossa crítica a respeito), poderá levar ao sucateamento das políticas sociais, especialmente nas áreas da saúde e educação, pondo em risco por completo a qualidade de vida da população brasileira.

Fixado o teto uma única vez, isso vinculará todos os fenômenos administrativos que ocorrerem nas várias unidades, órgãos e pessoas administrativas acima citadas, pelos próximos 20 (vinte) anos, o que, obviamente, impedirá os investimentos necessários à manutenção e expansão dos serviços públicos, incorporação de inovações tecnológicas, aumentos de remuneração, contratação de pessoal, reestruturação de carreiras, o que se faz necessário em virtude do crescimento demográfico, e sobretudo em razão dos objetivos e fundamentos constitucionais, que direcionam um projeto constituinte de um Estado de Bem Estar Social. O novo regime fiscal suspende, por consequência, o projeto constituinte de 1988, e retira dos próximos governantes a autonomia sobre o orçamento, salvo se houver, no futuro, em uma nova gestão, outra proposta de emenda constitucional em sentido contrário. Retira também do cidadão brasileiro o direito de escolher, a cada eleição, o programa de governo traduzido no orçamento e, com isso, decidir pelas políticas públicas prioritárias para o desenvolvimento econômico^{1 2}.

¹ Com isso, o teto dos gastos públicos impede o gozo de um direito fundamental universal, pois não há como se promover o desenvolvimento econômico sem o acesso do povo às políticas públicas mais básica, como a saúde e a educação. Vários documentos da Organização das Nações Unidas consagram o direito ao desenvolvimento como um direito fundamental dos povos: o art. 55 da Carta da ONU, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (16 de dezembro de 1996), a Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento no Domínio Social (11 de dezembro de 1969), a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (aprovada pela Assembleia Geral em 1986) e o Programa de Ação aprovado em Viena em 1993, na Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, em que se proclamou que o direito ao desenvolvimento é “um direito humano universal e inalienável e um a parte integrante dos direitos fundamentais”.

² Cumpre aqui insistir na ressalva quanto a uma eventual compreensão do desenvolvimento econômico como ideia atrelada ao crescimento econômico, traduzido como crescimento da produção ou do Produto Interno Bruto (PIB). Para tanto, valemo-nos também das bem sintetizadas observações de Avelãs Nunes, a incluírem o desenvolvimento integral do homem na perspectiva do desenvolvimento econômico: “em primeiro lugar, a ideia de que o desenvolvimento econômico (sic) passa por caminhos que respeitem a dignidade do homem, o desenvolvimento integral da sua personalidade, a conquista do bem-estar material, mas também o desenvolvimento dos homens no plano da sua profissão, da cultura e do lazer. Amartya Sen lembra com justeza que o desenvolvimento é ‘um processo de expansão das liberdades reais de que as pessoas desfrutam’ e que ‘a expansão da liberdade humana é tanto o principal fim como o principal meio do desenvolvimento’. Em segundo lugar, a ideia de que o desenvolvimento é condicionado por determinadas estruturas e implica, portanto, transformações mais ou menos profundas dessas estruturas (a estrutura da propriedade, a estrutura das relações de produção, as estruturas sociais, a própria estrutura do poder político). Em terceiro, a ideia de que, sem ignorar a necessidade do crescimento econômico (sic) do PND, o desenvolvimento deve colocar-se, fundamentalmente, ao serviço das necessidades básicas das populações (alimentação, saúde, educação de





Além da suspensão do projeto constituinte de 1988, o novo regime fiscal revela uma clara opção por uma antidemocracia econômica, inviabilizando a expansão e até mesmo a própria manutenção de políticas públicas para reservar dinheiro público e garantir o pagamento das obrigações assumidas pelo governo federal brasileiro perante os credores da dívida pública. Essa lógica pode ser observada pelo § 6.º desse mesmo artigo 102 do ADCT, que estabeleceu ficarem excluídos do teto: I – as transferências constitucionais relativas à: a) participação dos Estados e Municípios no produto da exploração de petróleo e gás natural; b) repartição das receitas tributárias; c) cotas estaduais e municipais da contribuição social do salário-educação; d) as despesas relativas aos serviços da polícia civil, polícia militar, bombeiros e demais serviços públicos do Distrito Federal; e) e a complementação das cotas do salário-educação do DF e Estados caso o número de alunos não atinja o limite necessário; II – os créditos extraordinários abertos para atender a para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública; III – despesas com a realização de eleições pela justiça eleitoral; IV – outras transferências obrigatórias derivadas de lei que sejam apuradas em função de receitas vinculadas; e V – despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes.

Ou seja, os maiores problemas do novo regime fiscal residem nesse § 6.º do art. 102. Não foram excluídos do teto o pagamento de juros e amortizações da dívida pública, que podem se avolumar livremente. No Japão, essa falta de controle da dívida a fez triplicar a partir do terceiro ano de vigência do teto. Também não foram excluídos do teto, no Brasil, os percentuais obrigatórios de gastos com a saúde e educação. A Constituição, como se sabe, exige que os governos apliquem um percentual mínimo de sua receita em educação e saúde. A União federal é obrigada a aplicar na saúde ao menos o mesmo valor do ano anterior mais o percentual de variação do Produto Interno Bruto (PIB). Estados e Municípios precisam investir 12% e 15%, respectivamente. Na educação, a União federal deve gastar 18% do arrecadado, e Estados e Municípios 25%. Sem essa exclusão do teto, o financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) nos Estados e Municípios será fortemente atingido, pois cerca de 2/3 das despesas do Ministério da Saúde são transferidas fundo a fundo para ações de atenção básica, média e alta complexidade, assistência farmacêutica, vigilância epidemiológica e sanitária, entre outras, a cargos dos entes federados.

O próprio Ministro da Fazenda do novo governo, Henrique Meirelles, confirmou em entrevista, que a chamada “desvinculação das despesas obrigatórias com saúde e

base, serviços de água e saneamento, transportes e habitação). O conceito de necessidades básicas implica a satisfação de necessidades imediatas, mas também de necessidades cuja satisfação é, nos dias de hoje, um pressuposto indispensável para que as pessoas possam efetivamente (sic) atingir níveis razoáveis de produtividade e desenvolver actividades (sic) produtivas suficientemente remuneradoras, o que significa a acentuação do carácter social destas necessidades (NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo & Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 11-112).





educação” é “parte fundamental e estrutural” do novo regime fiscal³. Não deveria ser preciso dizer que isso é inconstitucional, pois atenta contra a lógica principiológica da vedação ao retrocesso social, consubstanciada no plano do direito positivo, no rol das cláusulas pétreas constitucionais do § 4.º do art. 60.⁴

Exemplificativamente, tome-se o total dos R\$ 129,7 bilhões destinados ao orçamento da educação no ano de 2016. Desse valor, R\$ 51,6 bilhões são do piso constitucional de 18%. Deste segundo valor, R\$ 50,5 bilhões são despesas obrigatórias e financeiras, como pagamento de salários de professores e aposentadorias. Com a desvinculação, portanto, a educação pode perder metade do seu orçamento, que é imprescindível para a própria manutenção. A expansão do serviço está vedada, pois implica em aumento de despesa real, a não ser que seja acompanhada de corte em outras áreas. Para uma outra ideia dos impactos do novo regime fiscal nas políticas sociais, é interessante recorrer também a um estudo do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos socioeconômicos - DIEESE, que fez uma projeção do teto dos gastos aplicado como se estivesse em vigor nos anos de 2002 a 2015⁵. No caso da educação, com a nova regra, a redução seria de 47% no período. Já com relação às despesas de saúde, a redução seria de 27%. Isso significa, em valores, que a perda na saúde, entre 2002 e 2015, teria sido de R\$ 295,9 bilhões e, na educação, de R\$ 673,6 bilhões, o que corresponderia a um montante total em torno de R\$ 969,5 bilhões que, na lógica do novo regime fiscal já em vigor, seriam expropriados das políticas sociais para remunerar os investimentos dos donos da dívida pública brasileira. Já de acordo com um estudo do IPEA, divulgado no início do mês de outubro de 2016, somente o SUS perderá, com o novo regime fiscal, cerca de R\$ 743 bilhões⁶.

Outro problema, associado à liberdade para o crescimento da dívida pública, é a exclusão do teto das “despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes”. Neste ponto, para a compreensão do que isso significa, é necessário um cotejo entre as regras da novel EC 95/2016 com o PLS 204/2016, de autoria do atual Ministro das Relações Exteriores, José Serra, e com o PLP 181/2015 e PL 3337/2015. De acordo com análise da Auditoria Cidadã, o inciso V do § 6.º do novo art. 102 do ADCT, reserva recursos para o aumento de capital das empresas estatais não dependentes que, pelos citados projetos, vão legitimar um esquema financeiro de aprofundamento ainda maior do endividamento público, que está sendo apresentado à sociedade

³ Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/05/24/limites-com-educacao-e-saude-irao-ao-congresso-em-2-semanas-diz-meirelles.htm>>.

⁴ Sobre a vedação ao retrocesso social aplicada aos serviços públicos e aos princípios do seu regime jurídico, conferir SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016. p. 209-235.

⁵ Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2016/notaTec161novoRegimeFiscal.pdf>>.

⁶ Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_28_disoc.pdf>.





civil brasileira como a solução para resolver parte do endividamento dos Estados e Municípios⁷.

Por meio do PLS 204/2016, será legalizado, segundo a análise acima citada, um esquema financeiro que concede garantias públicas a essas empresas estatais não dependentes, que emitirão debêntures subordinadas sob o pretexto de cessão de direitos creditórios que não saem do lugar. Essas empresas serão constituídas na forma de sociedades de propósito específico, que não constituem um novo tipo societário, mas apenas uma previsão do Código Civil brasileiro de 2002 (art. 981, parágrafo único) de que uma sociedade pode ser constituída para finalidades específicas e com duração determinada. No caso da estatal não dependente, criada de acordo com o PLS 204, essas pessoas jurídicas não se submeterão a controle finalístico nem de contas (o que seria uma “novidade” no Direito administrativo)⁸, e serão constituídas com o propósito específico de realizar atividades financeiras, no caso em especial, para comprar créditos podres, prescritos etc., inscritos ou não em dívida ativa dos Estados e Municípios, com a outorga de garantias públicas federais, por meio da emissão de debêntures subordinadas, o que aprofundará ainda mais o endividamento da União Federal.

As debêntures serão vendidas a investidores privilegiados e não em hasta pública, porque são subordinadas, e esses investidores vão desembolsar um valor muito menor do que os juros que vão receber, pois pagarão um valor de 12,5% de face e receberão juros de até 23%. Isso significa que a empresa estatal não dependente emite as debêntures e as vende a investidores privilegiados com deságio de até 60%, que poderá ser pago parceladamente em 4 (quatro) vezes anuais, e paga juros de mais de 20%. Assim, já no primeiro ano, quando paga a primeira parcela e recebe a remuneração em juros estratosféricos, o investidor já retira o seu investimento, e a estatal começa a acumular prejuízos. A estatal ainda arcará com os custos financeiros de consultorias, remuneração de administradores etc, onerando ainda mais o Estado. Os valores para arcar com esse rombo resultarão justamente das regras do novo regime fiscal que, ao promoverem o corte nos gastos sociais, reservam dinheiro para o pagamento desse desfalque. Ao acrescentar o art. 102 ao ADCT, a novel EC 95/2016 estabelece, no inciso V do seu § 6.º, que “despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes” ficam excluídas do teto, o que permite que esses recursos que estão sendo reservados sejam utilizados para aumento de capital dessas empresas para encobrir os

⁷ Disponível em: <<http://www.auditoriacidada.org.br/blog/2016/09/08/9491>>.

⁸ Lembrando que dentre os princípios da Administração pública indireta está o da especialidade e o do controle finalístico. Entidades da Administração pública indireta, ainda que de personalidade jurídica de direito privado, como o são essas estatais não dependentes, têm que ser criadas com finalidades específicas, claras, e em um mecanismo de intervenção indireta (ou direta para alguns) do Estado no domínio econômico, ou seja com a finalidade do interesse público. E por isso mesmo, sujeitam-se ao controle quanto às suas finalidades. Nenhum desses elementos está presente nesse PLS 204/2016.





prejuízos. Essa, portanto, seria a razão da exclusão de tais despesas do teto de gastos, aparentemente sem sentido.

Ainda segundo estudo da Auditoria Cidadã, essa operação legaliza uma operação fraudulenta muito frequente nas privatizações que ocorreram no país, como no caso do Banestado, que resultou em um passivo que foi contabilizado na dívida pública do Estado do Paraná, que passou de milhões a bilhões após a privatização do banco estatal. Mesmo esquema financeiro que teria levado a Grécia a ruínas. Essa prática constitui, em essência, um grande esquema de transferência direta de receita do Estado para credores rentistas, e já foi vedada pelo Tribunal de Contas da União, como se pode ver pelo Relatório TC 016.585/2009-0, que a considerou uma antecipação de receita e, portanto, uma operação de crédito, assim definida no art. 29, incisos III e IV da Lei de Responsabilidade Fiscal. Isto é, uma mesma operação de crédito que resultou supostamente no afastamento presidencial de Dilma Rousseff, agora é legalizada pelo PLS 204/2016 e com o objetivo de aprofundar o endividamento público.

Importa explicitar que a Auditoria Cidadã, autora do estudo acima citado, está habilitada como entidade amiga da corte na ADPF 59/2004, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para obrigar, com base no art. 26 do ADCT, a auditoria da dívida pública brasileira (“no prazo de um ano a contar da promulgação da Constituição, o Congresso Nacional promoverá, através de Comissão mista, exame analítico e pericial dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro”). Referida ação direta está atualmente sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, ainda sem previsão de julgamento. Interessante destacar, ainda sobre o assunto, que antes dessa ação direta, tentou-se apurar a origem da dívida pública brasileira por meio de uma Comissão Parlamentar de Inquérito – a CPI da dívida – de 2009, a qual restou frustrada porque o Banco Central se negou a fornecer as informações sobre os credores e as operações de endividamento alegando o dever de resguardar o sigilo bancário.

Nesse contexto, é nosso dever fazer a ressalva de que a imunidade da dívida pública ao controle de sua gestão não pode ser reputada como originalidade da atual Emenda Constitucional 95/2016. Mesmo que essa imunidade tenha sido herdada com o aprofundamento do Estado neoliberal brasileiro nos governos de Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso, ela também persistiu no “reformismo fraco” de Luís Inácio Lula da Silva. A feliz expressão de André Singer sintetiza bem a característica do governo lulista em promover, nos marcos da ordem burguesa neoliberal, um projeto de redistribuição de renda e combate à pobreza extrema sem confronto com o capital.⁹ As virtudes políticas indiscutíveis do lulismo representaram, neste aspecto, ao mesmo tempo, os seus próprios limites ou os limites de um pós-neoliberalismo, pois revelaram

⁹ SINGER, André. **Os sentidos do lulismo**: Reforma gradual e pacto conservador. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.





uma incapacidade em promover investimentos sociais de profundidade nos serviços públicos, dada a submissão a um pacto conservador da governabilidade que exigia a manutenção e preservação da forma política do Estado neoliberal no Brasil. Disso resultou a incapacidade política dos governos pós-neoliberais de Lula e Dilma em romperem com o ciclo do pagamento de juros e amortização da dívida pública, subordinada aos interesses do capital financeiro, e com isso o projeto constituinte de 1988 do Estado de Bem Estar Social encontrou seu limite no sistema da dívida pública, que exerce hoje um constrangimento sobre a Constituição e sobre os serviços públicos. A novel EC 95/2016 é uma tradução e um aprofundamento, portanto, desse sistema da dívida.

O novo art. 103 do ADCT ainda prevê que, no caso de descumprimento do limite de gastos, será aplicado ao poder ou órgão, no exercício financeiro seguinte, vedações quanto: a) à concessão de vantagem, aumento ou reajuste de remuneração, inclusive a título da revisão geral anual do inciso X do art. 37 da CF/88, exceto os derivados de sentença judicial ou de determinação legal anterior ao novo regime fiscal; b) à criação de cargo, emprego ou função que implique em aumento de despesa; c) à alteração de estrutura de carreira que implique em aumento de despesa; d) à admissão ou à contratação de pessoal, ressalvadas as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa e aquelas decorrentes de vacâncias de cargos efetivos; e e) à realização de concursos públicos. Ainda adicionalmente, ficará vedada a concessão de isenções fiscais.

O também novo art. 105 do ADCT, em contrariedade frontal com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV), que também constitui cláusula pétrea, estabelece uma vedação à alegação de quaisquer controvérsias jurídicas decorrentes do novo regime fiscal, dispondo que “as vedações introduzidas pelo novo regime fiscal não constituirão obrigação de pagamento futuro pela União ou direitos de outrem sobre o erário”.

Apesar das inconstitucionalidades patentes, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o pedido de liminar no MS 34.448-MC/DF, que objetivava a suspensão da tramitação da antiga PEC 241, infelizmente negou a tutela cautelar, mas os fundamentos da decisão resumiram-se à negativa de lesão à separação dos poderes, à garantia do voto, secreto, direto, universal e periódico e ao direito de acesso ao Judiciário para fins de preservação da estrutura remuneratória dos servidores públicos. O STF não analisou ainda o mérito da proposta. Todavia, é possível antever, diante da última decisão tomada pela Corte que praticamente suprimiu o direito de greve do servidor público¹⁰,

¹⁰ Referimo-nos ao julgamento do Recurso Extraordinário 693456, aos 27 de outubro de 2016, com repercussão geral reconhecida, que discutiu a constitucionalidade do desconto dos dias parados em razão de greve do servidor público. Por 6 votos a 4, o Pleno do STF decidiu que a administração pública deve fazer o corte do ponto dos grevistas, mas admitiu a possibilidade de compensação dos dias parados mediante acordo. Também foi decidido que o desconto não poderá ser feito caso o movimento grevista tenha sido motivado por conduta ilícita do próprio Poder Público. Ao final do julgamento foi aprovada tese de repercussão geral com a seguinte





às vésperas da deflagração de uma greve geral de resistência à PEC 241, que provavelmente o tribunal confirmará a constitucionalidade da proposta em sua substância, haja vista que a Corte tem se comportado cada vez mais como guardiã jurídica do novo governo, e não mais como guardiã da Constituição, como essa decisão pareceu dar prova.

2. DAS PREMISSAS E FALÁCIAS DA NECESSIDADE DO TETO DE GASTOS PÚBLICOS

Na mensagem ao texto da antiga PEC 241, observa-se que sua justificativa residia em um déficit público gerado supostamente pelo governo anterior, que teria gastado demais, gerando a necessidade de um ajuste fiscal, cuja opção foi tomada por meio do corte e limite dos gastos públicos como uma das medidas, ao lado das privatizações, para se atingir o chamado superávit primário. A atual EC 95/2016 é, por conseguinte, uma medida de ajuste fiscal que atende à lógica imposta pelo consenso neoliberal para as nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, que pode ser sintetizada no tripé “superávit primário, meta inflacionária e câmbio flutuante”, cujo resultado já se sabe: aprofundamento da desigualdade social e da recessão econômica e geração de lucros exclusivos e exorbitantes para muito poucos.

No Brasil, alcançar superávits primários elevados virou sinônimo de responsabilidade fiscal desde as crises econômicas do final dos anos 90. Superávit primário nada mais é do que o dinheiro que o governo consegue economizar, ou seja, é aquilo que ele gasta (em despesas que não são financeiras) a menos do que arrecada, destinando o saldo remanescente para pagar os juros ou amortizações da dívida pública. Esse dado passou a ser um verdadeiro fetiche da política econômica neoliberal, pois ele traduz o risco de um governo dar calote na dívida ou não. Acontece que as justificativas brasileiras para a adoção do teto de gastos públicos no país estão permeadas de equívocos e até mesmo encobertas por um discurso oficial falacioso. A começar pela compreensão do déficit público, apresentado como um dado ruim, a significar necessariamente incompetência administrativa ou irresponsabilidade fiscal. Não é bem assim. País que investe, especialmente em infraestrutura, como o Brasil vinha fazendo nos últimos tempos, acumula déficit público, e esse dado pode significar também a adoção de uma política desenvolvimentista.

Também não é possível afirmar que o governo federal brasileiro, sob a direção anterior, gastou muito e foi irresponsável do ponto de vista fiscal, apresentando essa premissa como justificativa suficiente para a adoção do teto dos gastos públicos

redação: “A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público”.





federais. Houve uma desaceleração econômica já no final do primeiro mandato de Dilma Rousseff, que se fez acompanhar de uma grande queda nas receitas, esta última provocada também por equivocadas desonerações fiscais concedidas pelo governo Dilma ao setor produtivo e sobre a folha de salários, que não produziram, ao todo, um esperado aumento da capacidade produtiva e, conseqüentemente, aumento de receita.

Por outro lado, é preciso que se diga que se a sociedade brasileira deseja o Estado de Bem Estar Social projetado pela Constituição de 1988, isso requer investimento público. Não se alcança pela lógica do senso comum de se fazer muito com pouco ou de substituir o investimento público pelo investimento privado, como defendem as teorias econômicas clássicas. Isso não ocorre nem nos países paradigmáticos das economias de livre mercado, que gastam até mais do que o Brasil.¹¹ Conforme projeção de alguns economistas de escol, como François Bourguignon, ex-Vice-presidente do Banco Mundial, o teto dos gastos públicos brasileiros, em médio prazo, deve reduzir as despesas do Estado em torno de 13% do Produto Interno Bruto (PIB), o que é nível, segundo ele, de países africanos¹². Países desenvolvidos gastam em torno de 3 (três) vezes mais para assegurar serviços públicos de qualidade, inclusive as economias de livre mercado. Nos países europeus, onde impera o Estado de Bem Estar Social, a média gira em torno de 49,9% do PIB. A França gasta 57%, a Alemanha 44,1% e a Finlândia, líder no ranking, 58,1%, e é um dos maiores destaques em educação pública de qualidade. Nos Estados Unidos, gasta-se 38,8%. Ou seja, até mesmo em uma economia onde o Estado tem um peso menor do que na Europa, há um modelo de compromisso mínimo com a população, nem que seja limitado por lá à educação, à defesa e outros serviços essenciais.

Em estudo encomendado pela Confederação Nacional da Indústria ao Banco Mundial, tendo por objeto analisar, comparativamente com outras nações, os obstáculos brasileiros à inovação e à competitividade, concluiu-se que um desses obstáculos seria o fato de o Brasil ter ficado “para trás” de seus competidores, especialmente da

¹¹ Como ressalva Francisco de Oliveira: “o Estado mínimo da falsa utopia neoliberal não é mínimo na economia, como pregam os tolos: ele se faz mínimo é na política. Num movimento de pinças simultâneo, o Estado se faz máximo na economia e mínimo na política, e os dois lados projetam uma economia sem política, portanto sem disputa” (OLIVEIRA, Francisco de. O momento Lenin. In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba (Orgs.). **A era da indeterminação**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 257-287). No caso do Brasil, assim como de todas as economias subdesenvolvidas ou ainda em desenvolvimento, como já alertou Celso Furtado, uma presença forte do Estado se faz necessária porque em tais contextos os problemas decorrentes da industrialização tardia e da desigualdade social não encontram solução no mercado, que é guiado por critérios de racionalidade micro-econômica. São problemas que requerem uma ação deliberada no plano político, pois as inovações tecnológicas que aqui surgem geram graves tensões sociais, pois resultam em uma progressiva sofisticação das formas de controle e abuso econômico exercidos pelos agentes que detêm o domínio da tecnologia, aprofundando as desigualdades (FURTADO, Celso. **Raízes do subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003).

¹² Disponível em: <<http://br.rfi.fr/brasil/20161012-nivel-muito-baixo-de-gastos-publicos-ameaca-o-desenvolvimento>>.





Ásia, na oferta de um serviço educacional de qualidade para todos os seus cidadãos. Ainda segundo o estudo, a economia global de hoje é a “economia do conhecimento”, isto é, é um mundo em que trabalhadores inovadores e com boa escolaridade – e não matérias-primas e capacidade de produção industrial – são a chave da competitividade e do crescimento econômico.¹³ Logo, pouco investimento nos serviços públicos educacionais, como ocorre no Brasil, são grande entrave para o desenvolvimento. Quer dizer, segundo dados da OCDE, dentro dos gastos públicos totais do Brasil, a educação até que recebe uma atenção grande, superando a média da OCDE. Porém, quando se divide o gasto pelo total de alunos, o país fica em penúltimo lugar. O alto grau de repetência e evasão acaba inflando o número de alunos e a baixa qualidade do ensino público também sobrecarrega o sistema.¹⁴

O próprio FMI, em julho de 2016, surpreendeu ao publicar um relatório¹⁵ pedindo que os países desenvolvidos, muitos deles submetidos a medidas severas de austeridade fiscal impostas pela União europeia após o colapso de 2008, acelerem os investimentos, especialmente em infraestrutura. Esse argumento, seguindo surpreendentemente a lógica keynesiana, é que, ao colocar dinheiro em grandes projetos (como o Brasil o fazia até então nas obras do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC), esses países vão estimular a criação de empregos e renda, apoiando o crescimento econômico e acelerando a saída para a crise. Nesse mesmo relatório, inclusive, o FMI criticou a versão brasileira do teto para os gastos públicos.

Ainda segundo dados do FMI¹⁶, a proporção entre a dívida e o Produto Interno Bruto (PIB) caiu na Holanda, na Suécia e na Finlândia em um primeiro momento de suas experiências na adoção do teto de gastos públicos, mas não parou de subir depois da crise de 2008. Na Holanda, o indicador diminuiu de 71,7%, em 1995, para 42,6%, em 2007. Com a crise econômica, no entanto, o índice subiu até alcançar 68,3%, em 2014. A dívida finlandesa equivalia a 42,7% do PIB, em 2003, e foi reduzida gradualmente até 32,5%, em 2008. Com a crise, cresceu sucessivamente até atingir 55,7% em 2013. Logo, estabelecer cortes ou limites nos gastos públicos não é solução para as crises. A versão brasileira, portanto, também terá efeito de elevar a dívida, além de reduzir o PIB por aqui.

Esse cenário remete às lições extraídas da *Estratégia do Desenvolvimento Econômico (1958)*, de Hirschman, cujo foco reside no questionamento acerca da validade das teorias propostas para o desenvolvimento econômico e na crítica de que as teorias de crescimento elaboradas até então seriam válidas para os países desenvolvidos, não

¹³ Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1220382779545/ConhecimentoelnovacaolivrocompletoPortugues.pdf>>.

¹⁴ Disponível em: <<https://www.oecd.org/edu/Brazil-EAG2014-Country-Note-portuguese.pdf>>.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37558443>>.

¹⁶ Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2015/01/weodata/index.aspx>>.





sendo compatíveis, por sua vez, com as peculiaridades dos países subdesenvolvidos: “a (teoria) econômica do desenvolvimento não se dedica extensivamente a economia do crescimento; os países subdesenvolvidos devem aprender a andar com suas próprias pernas, o que significa que devem trabalhar a sua própria abstração”^{17,18}

Por sua vez, a teoria keynesiana, como se sabe, contestou a escola clássica, que não conseguia encontrar respostas para as crises do início do século XIX, sobretudo para a crise de 1929 nos EUA. Enquanto os economistas clássicos receitavam paciência para superar a crise que se colocava diante da economia americana, apontando que no longo prazo a economia se ajustaria de volta ao pleno emprego (algo semelhante ocorreu, no Brasil, com a propaganda do novo governo federal de Michel Temer em torno da aprovação da antiga PEC 241/55), Keynes já havia apontado em *A Tract on Monetary Reform* (1924) que “*in the long run we are all dead*”.

Assim, ao divergir das teorias clássicas, na *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*,¹⁹ Keynes defendeu que as situações de desequilíbrio e de crise são inerentes às economias capitalistas, nas quais as situações de pleno emprego são raras e efêmeras. Por isso essas economias precisam ser equilibradas pela ação estatal, implicando que o Estado assuma funções de intervenção no domínio econômico, de combate ao desemprego, de promoção do pleno emprego, de redistribuição do rendimento e de segurança nacional. Pensando em outra alternativa para a superação de crises, Keynes defendeu, então, a intensificação dos investimentos, particularmente em infraestrutura. Segundo ele, quando os investimentos se intensificam, mais trabalhadores são empregados e a renda dos agentes econômicos aumenta, resultando no aumento tanto do consumo como da poupança. A partir de suas ideias, um maior nível de investimentos governamentais em infraestrutura e no sistema de serviços passou a ser compreendido como a melhor alternativa para superar as crises, pois tende a gerar externalidades positivas que estimulam o investimento do setor privado, principalmente em países

¹⁷ HIRSCHMAN, A. **The strategy of economic development**. New Haven: Yale University Press, 1958. p. 33.

¹⁸ Ou, ainda nesse mesmo sentido, a lúcida observação de Avelãs Nunes quanto ao rompimento do estruturalismo latino americano (CEPAL) com as teses clássicas e monetaristas: “mas foi contra as teses e as políticas econômicas (sic) monetaristas que o estruturalismo latino-americano desenvolveu mais porfiados esforços, com vista a mostrar que a teoria neoclássica não poderia compreender e muito menos solucionar nenhum dos problemas econômicos (sic) e sociais dos países subdesenvolvidos. Essencialmente por ignorar a estrutura sócio-econômica (sic) própria de cada sociedade, por não enquadrar o subdesenvolvimento numa perspectiva histórica, como produto (ou subproduto) da própria história do desenvolvimento do capitalismo como sistema mundial (que integra o ‘Terceiro Mundo’), por não considerar o quadro histórico-institucional em que o processo econômico (sic) se desenvolve, e por prescindir, na sua análise, dos elementos sociais e políticos, considerados como externalidades, como elementos exógenos à economia” (NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo & Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 103).

¹⁹ KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1996.





em desenvolvimento que se caracterizam pela falta de infraestrutura e/ou com baixa provisão de bens públicos.²⁰

Rocha e Teixeira, em *Complementaridade versus Substituição entre Investimento Público e Privado na Economia Brasileira: 1965-90*,²¹ analisaram o efeito do investimento público no Brasil, apresentando como um dos resultados o crescimento do PIB. Em *Investimento em infraestrutura no Brasil: Fatos estilizados e relações de longo prazo*, Ferreira faz também uma análise empírica acerca do efeito positivo que investimentos públicos realizados em infraestrutura exercem sobre o investimento do setor privado. Cruz e Teixeira, em *The Impact of Public Investment on Private Investment in Brazil, 1947 – 1990*,²² igualmente apontam que o investimento público pode ter efeito complementar sobre o investimento privado, principalmente quando são realizados em projetos de infraestrutura de grande porte, demonstrando que a atuação do Estado na economia é de grande relevância para o desenvolvimento do país.²³

Com a Emenda Constitucional 95/2016, é possível concluir que o Brasil está fazendo o contrário do que deve ser feito em tempos de crise. Além do princípio keynesiano sobre os efeitos positivos dos investimentos públicos nos projetos de infraestrutura, o conceito de “multiplicador fiscal”, de David Stuckler, também aponta para os efeitos igualmente positivos dos investimentos públicos em diferentes áreas, notadamente na saúde. Após estudar a política econômica de austeridade fiscal em 27 (vinte e sete) países, de 1995 a 2011, Stuckler, em *A Economia desumana – porque mata a austeridade*, critica o corte de gastos e aponta que os melhores índices multiplicadores, que geram retorno mesmo em tempos de crise, vêm de gastos com educação e saúde e os piores vêm com a defesa, os quais chegam a ser negativos em alguns países europeus.²⁴

²⁰ Ressalte-se, como assinala Avelãs Nunes, que embora o keynesianismo tenha lançado as bases econômicas do *welfare state*, a teoria nada tinha de revolucionária, apresentando-se antes como solução para a sobrevivência do próprio sistema capitalista, diante da constatação de suas inarredáveis crises cíclicas. Por isso a frustração gerada com as teses keynesianas quanto a um resultado mais impactante e transformador do Estado providência acerca do resultado das políticas de redistribuição de rendimentos. Mesmo assim, os neo-keynesianos continuam defendendo o princípio da responsabilidade social coletiva, decorrente do *welfare state*, e o mesmo continua a inspirar esse modelo, principalmente na Europa (NUNES, Antônio José Avelãs. **Neoliberalismo & Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 32-35).

²¹ ROCHA, Carlos Henrique; TEIXEIRA, Joanílio Rodopolho. Complementaridade versus substituição entre investimento público e privado na economia brasileira: 1965-90. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 3, p. 378-384, jul./set. 1996.

²² CRUZ, Bruno de Oliveira; TEIXEIRA, Joanílio R. **Cepal Review**, [s.l.] v. 67, p. 75-84, apr. 1999.

²³ Sobre o assunto, recomenda-se a revisão de literatura ora citada, os estudos empíricos e a análise histórica do investimento público brasileiro, retratadas em CONTE FILHO, Carlos Gilbert. **Uma análise empírica acerca do efeito do investimento público sobre o investimento privado no Brasil: 1971-2008**. Rio de Janeiro, 2013. 198 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós Graduação em Economia. Universidade Federal do Rio de Janeiro.

²⁴ STUCKLER, David; BASU, Sanjay. **A economia desumana** – por que mata a austeridade. Portugal: Bizancio, 2014.





Desse modo, falar em recuperação da economia ou em crescimento econômico deve passar ao largo da compreensão de um ajuste fiscal baseado unicamente em obtenção de superávit primário por meio do corte de gastos públicos. A opção não deve ser apenas ideológica, portanto, a limitar-se à contraposição das ideias a respeito do tamanho do Estado. Até mesmo porque nessa seara o senso comum parece infelizmente prevalecer, resultando em grandes distorções de entendimento que atrasam o desenvolvimento econômico brasileiro e impedem uma análise frutífera e racional das complexidades brasileiras, em se admitindo que a maior parte da sociedade civil ainda deseja o projeto constituinte de 1988, que direciona a implantação do Estado de Bem Estar Social, acreditando, paradoxalmente, que isso pode ocorrer com a adoção de receitas do ideário neoliberal.

Faz-se a ressalva acima porque, ao que parece, o cidadão médio brasileiro não tem a exata compreensão de que para usufruir de serviços públicos de qualidade é necessário o investimento público. Quanto mais um país gasta para assegurar serviços públicos, menos os cidadãos terão que pagá-los por meio da iniciativa privada. E aqui reside justamente o “Paradoxo de Rousseau” dos brasileiros, retratado na obra homônima de Wanderley Guilherme dos Santos,²⁵ que critica o comportamento do cidadão médio brasileiro em desejar usufruir do modelo europeu de serviços públicos, pagando o mínimo de tributação. Esse paradoxo, bastante atual, foi visto inclusive nas manifestações de rua de 2016, de tonalidades verde-amarelo, a sustentar cartazes com escritos de que sonegação fiscal seria legítima defesa no Brasil. Muitos dos cidadãos que empunhavam tais cartazes eram estudantes e professores de universidades públicas ou servidores públicos.

O que parece certo, ao contrário, é que o desenvolvimento econômico não pode depender apenas dos investimentos privados, notadamente porque há setores, como infraestrutura de transportes e energia, onde devido ao grande vulto e risco dos investimentos a atuação estatal se faz imprescindível. Agregando também o conceito dos “multiplicadores fiscais”, de David Stuckler, conclui-se que a atuação do Estado é igualmente imprescindível em diferentes áreas, notadamente saúde e educação, onde, no caso do Estado brasileiro, o investimento tem sido muito tímido, diferentemente do discurso oficial de defesa do teto dos gastos públicos. O Brasil gasta muito, mas não com os direitos sociais (ressalvado o aparente investimento considerável em educação, segundo a OCDE, que se dilui levando em consideração o gasto por número de alunos...).

Exemplifique-se com o problema da dívida pública externa brasileira, cujo pagamento de juros e amortizações resulta em quase 50% da arrecadação do Tesouro

²⁵ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O paradoxo de Rousseau**: uma interpretação democrática da vontade geral. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.





Nacional ano a ano²⁶, levando a sociedade brasileira a remunerar credores e investidores estrangeiros, cuja identidade não é conhecida, e que detêm a maior parcela do estoque da dívida (mais de 62%). O país tem emitido títulos da dívida pública para pagar juros, endividando-se sucessivamente, inclusive em operação vedada pela lei, pois os juros são considerados despesas correntes pela Lei federal n.º 4.320/64, e a Constituição Federal, no art. 167, veda a emissão de títulos da dívida para pagamento das despesas correntes. Enquanto metade do orçamento federal é consumido com o pagamento de juros e amortizações da dívida, destina-se 0,27% para ciência e tecnologia, 0,01% para saneamento básico, 0,04% para a cultura, 0,56% para os transportes, 0,34% para segurança pública, 0,03 % para desporto e lazer, 0,87% para agricultura, 0,05% para urbanismo, 4,41% para a saúde e 3,91% para a educação.

Em número de servidores públicos, segundo dados da OCDE²⁷, o Brasil segue a média da América Latina, que é inferior à média de países desenvolvidos. A cada 100 (cem) trabalhadores brasileiros, 12 (doze) são servidores públicos, enquanto nos países mais desenvolvidos, o percentual costuma ser no mínimo o dobro, sendo a média de 21 (vinte e um) servidores para cada 100 (cem) trabalhadores. Em nações como Noruega e Dinamarca, mais de 1/3 da população economicamente ativa está empregada no serviço público. Logo, não há excesso de servidores públicos no Brasil. Obviamente, do ponto de vista numérico, o quantitativo pode ser expressivo, mas se deve ter em mente que se trata de um país com uma grande população, a quinta maior no mundo. Então não se pode analisar os números de forma descontextualizada. O que preocupa no Brasil não é o número de servidores, mas talvez a desigualdade na sua distribuição em cada área e a política diferenciada de remuneração²⁸. Há uma desproporção no número de servidores entre áreas urbanas e rurais, entre as capitais e o resto do país e entre os serviços do centro e da periferia. Há também políticas de remuneração de elites no funcionalismo público (fiscalização, Magistratura e Ministério Público, por exemplo).

Especificamente no tocante à saúde, aquele mesmo estudo do início de outubro de 2016, do IPEA, já citado, aponta que o gasto com saúde no Brasil é de 4 (quatro) a 7 (sete) vezes menor do que o de países que têm um efetivo sistema universal de saúde, como o Reino Unido e a França, e é inferior ao de países da América do Sul, nos quais o sistema de saúde não é sequer universal, como na Argentina e no Chile. Nesse contexto, é conveniente registrar que a União Europeia proíbe os países membros de regular o seguro privado (o PHI) quando houver o sistema nacional de saúde (SNS), com o argumento de defender o sistema estatutário, que pode ser ameaçado pela concorrência de um sistema privado.

²⁶ Disponível em: <<http://www.auditoriacidada.org.br/blog/2016/11/09/explicacao-sobre-o-grafico-do-orcamento-elaborado-pela-auditoria-cidada-da-divida>>.

²⁷ Disponível em: <<https://www.oecd.org/eco/surveys/Brasil-2015-resumo.pdf>>.

²⁸ Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=18638>.





No Brasil, o objetivo da EC 95/2016 é fazer justamente o contrário. Reforçar, com o limite dos investimentos públicos, o sistema de saúde privado, coroando o princípio friedmaniano da liberdade de escolha, fundante da Escola conservadora de Chicago.²⁹ Por isso é que, seguindo a mesma lógica da União europeia, Carlos Octávio Ocké-Reis, na obra *SUS: o desafio de ser único*, aponta como principais obstáculos à efetividade e à universalidade do SUS brasileiro a concorrência dos planos privados de saúde e os subsídios generosos que eles recebem do próprio Estado, e não propriamente motivos ligados à gestão do sistema.³⁰ Essa mesma análise também pode ser encontrada em *O preço da desigualdade*, de Joseph Stiglitz,³¹ que projeta o colapso do nível de vida da sociedade norte-americana, desassistida de um sistema público e universal de saúde, em um futuro muito próximo, que já começou.

Ou seja, de tudo o que se disse acima, é possível extrair que a EC 95/2016 pretende alcançar um equilíbrio fiscal pelo lado do corte do gasto, e não pelo investimento, o que é um grande equívoco. Outra opção também poderia ter sido por reformas no sistema de arrecadação, que igualmente são capazes de promover um ajuste fiscal. A EC deixa imune a leveza da tributação brasileira sobre as grandes propriedades e as rendas do capital, que fazem com que a conta da carga tributária seja cada vez mais centralizada nos mais pobres e nos rendimentos do trabalho e no consumo. Por isso que foi dito inicialmente que a medida é uma clara opção por privilegiar certos setores, nacionais e estrangeiros, tendo em vista que há outras opções ao teto de gastos, que são eficazes, algo que ele (o teto) não é.

A receita para a crise brasileira não é, portanto, o teto de gastos públicos, que não vai apagar a crise, mas sim sabotar completamente a Constituição, e a curto e médio prazo, agravar a própria crise. Uma redução gradual dos juros em conjunto com o fim da isenção dos dividendos (o Brasil, ao lado da Estônia, é um dos únicos países do mundo que, a partir do governo FHC, passou a não tributar a distribuição dos lucros), a reforma da tabela progressiva do Imposto de renda, a criação do Imposto sobre Grandes Fortunas e de um Imposto sobre o valor Agregado (IVA) para substituir PIS, Cofins, IPI, ICMS, ISS e contribuição previdenciária sobre a receita das empresas, seriam medidas capazes de gerar superávit ao mesmo tempo que se corrigiriam falhas graves na economia brasileira. Essa é uma das conclusões de estudo publicado em dezembro de 2016 pelo Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo (IPC-IG), vinculado ao Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). O texto faz uma análise crítica da tributação da renda e do lucro no Brasil, mostrando como medidas tomadas nas décadas de 1980 e 1990, restringiram o papel distributivo do Imposto

²⁹ FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade para escolher**. 2. ed. Trad. Ana Maria Sampaio et all. Portugal: Publicações Europa-América, 1980.

³⁰ OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **SUS: o desafio de ser único**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012.

³¹ STIGLITZ, Joseph. **O preço da desigualdade**. Trad. Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2014.





de Renda, resultando em alta concentração de renda no topo da distribuição, baixa progressividade e violação do princípio da equidade, sendo a principal razão dessas distorções a isenção dos dividendos³².

A instituição do IGF também geraria um incremento considerável de receita. Nesse sentido, uma nota técnica do IPEA de mais de 50 (cinquenta) páginas, contrariando as críticas relativas a uma baixa arrecadação, aponta que as causas para essa subestimação residem em algumas experiências estrangeiras onde foram estabelecidos um elevado limite de isenção, baixas alíquotas, a não incidência sobre pessoas jurídicas, a transferência da riqueza financeira para paraísos fiscais e a subavaliação dos imóveis. Por outro lado, em países em que o imposto existe, como França, Argentina e Uruguai, com respectivos 1,6%, 1,5% e 6,3% das receitas do governo representadas pela arrecadação do imposto em 2009, ele apresenta tendência de crescimento da arrecadação e do número de contribuintes. Também revertendo a tendência da década de 1990, países como Islândia e Espanha reinstituíram o imposto recentemente como resposta à crise financeira e fiscal iniciada em 2008. O estudo mostra, assim, que a tendência internacional para uma maior eficiência e arrecadação do IGF seria o menor número de alíquotas, um limite de isenção mais baixo, a abrangência de pessoas jurídicas, a tributação especial para não residentes e a presença de normas antievasivas severas. Por outro lado, o estudo mostra também, empiricamente, que a concentração da riqueza é superior à da renda, e que em uma amostra significativa de países, 2,5% das famílias mais ricas do mundo, isto é, inseridas no grupo de 1% com as maiores fortunas do mundo, eram brasileiras, e que isso demonstra o potencial arrecadatório e distributivo que a instituição do imposto, se bem aplicada, poderia gerar no País³³.

Essa receita para a crise, na verdade, é universal, embora encontre sofisticadas e bem elaboradas formulações na inteligência brasileira. O próprio Stiglitz, no Capítulo 10 de o *Preço da Desigualdade*,³⁴ afirma que o caminho para o combate à crise e à desigualdade social passa por várias medidas, entre elas: 1) conter os excessos do topo, ou seja, conter o setor financeiro; 2) endurecer as leis de concorrência; 3) acabar com a assistência pública às grandes empresas; 4) criar um sistema tributário mais progressivo sobre os rendimentos individuais e o lucro das sociedades; 5) criar um sistema de imposto sobre heranças mais eficaz e mais eficazmente aplicado, para prevenir a criação de novas oligarquias; 6) adotar sistemas universais de saúde; 7) promover uma agenda de crescimento baseada no investimento público.

³² Disponível em: <http://www.ipc-undp.org/pub/port/WP136PT_Tributacao_e_distribuiçao_da_renda_no_Brasil_novas_evidencias_a_partir_das_declaracoes_tributarias_das_pessoas.pdf>.

³³ Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnica-dinte7.pdf>.

³⁴ STIGLITZ, Joseph. **O preço da desigualdade**. Trad. Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2014.





Igual solução também é apresentada por Thomas Piketty, em *O Capital no século XXI*,³⁵ onde, mais especificamente na Quarta Parte, ele aponta para a necessidade de se regular o capital para combater as crises e reestabelecer o papel do Estado na produção e distribuição das riquezas e na construção de um Estado social adaptado ao século XXI. Mariana Mazuccatto também demonstra que o Estado, como agente empreendedor, possui papel fundamental neste século XXI. Sua obra chama-se *O Estado Empreendedor: desmascarando o mito setor público vs. setor privado*,³⁶ onde a pesquisadora demonstra a fundamentalidade da participação do governo do Estado americano em grandes avanços tecnológicos dos últimos tempos, como os produtos da Apple, Iphone, Ipad e Ipod, que não teriam sido possíveis sem a participação das agências de pesquisas do governo americano.

Logo, o problema brasileiro, como também o de outros países, não é de excessos do intervencionismo estatal ou de excesso de gastos com os direitos sociais. O Brasil ostenta, contudo, uma particularidade: a mentalidade tacanha de nossas elites econômicas, que não se importam em desconstruir um projeto de país soberano e mais justo socialmente, para manter seus privilégios. Ou, como já identificaram os economistas do desenvolvimento e estruturalistas da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe das Nações Unidas (CEPAL), entre eles, Raul Prebisch, Celso Furtado e Maria da Conceição Tavares, cujas ideias dominaram o pensamento econômico nas décadas de 1960 e 1970 (mostrando-se acertadas e atuais aos tempos presentes), é uma ilusão em se pensar na existência de uma burguesia nacional na América latina, uma vez que as elites locais são intrinsecamente dependentes e incapazes de liderar uma revolução capitalista nacional clássica, uma vez que são colonizadas culturalmente pelo que Celso Furtado denunciou como o “mito do desenvolvimento”³⁷. A EC 95/2016 representa, afinal, a reação dos setores políticos e econômicos conservadores da sociedade brasileira, que nunca aceitaram uma constituição que pretendeu ser dirigente e que pretendeu implantar um Estado Social no Brasil, determinando a função social da propriedade a intervenção do Estado nos domínios econômico e social. Aliás, que nunca aceitaram nem mesmo o protagonismo do País na exploração estratégica dos seus recursos naturais, como têm demonstrado as sucessivas aprovações ao Projeto de Lei n.º 4567/16, de autoria do José Serra, atual Ministro das Relações Exteriores.

³⁵ PIKETTY, Thomas. *O Capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

³⁶ MAZZUCATO, Mariana. *O Estado Empreendedor: desmascarando o mito setor público vs. setor privado*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

³⁷ Essa construção de Celso Furtado traduz a ideia equivocada de que o desenvolvimento dos países subdesenvolvidos exigiria que estes adotassem as estruturas produtivas dos países capitalistas industrializados, com o objetivo de proporcionar aos respectivos povos os padrões de consumo e as formas de vida dos países desenvolvidos. Tal mito seria, assim, um dos pilares da doutrina que serve de cobertura à dominação dos povos dos países periféricos dentro da nova estrutura do capitalismo (FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974).





Por fim, e para além da disputa da narrativa entre golpe ou *impeachment* sobre o afastamento presidencial de Dilma Rousseff, é necessário insistir que esses postulados (do Estado Social) são normas constitucionais, e não inovações ou especificidades dos conteúdos programáticos dos partidos da esquerda brasileira.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A EC 95/2016, ao constituir uma opção equivocada por alcançar superávit primário por meio do limite de gastos, aprofundando a crise econômica para satisfazer setores ligados ao capitalismo rentista, parece mais uma medida que pretende devolver o país ao seu habitual Estado de exceção econômico, imposto pelo *mainstream*, aliás, a toda a América latina. Isto é, trata-se de um obstáculo neocolonialista ao desenvolvimento soberano de economias periféricas, que vivenciaram nos últimos tempos governos com tendências populares e mais democratizantes, com o objetivo de domesticá-las na tradicional relação econômica de dependência com as economias do capitalismo central^{38 39}.

³⁸ A teoria da dependência, em uma de suas vertentes, caracterizava o pensamento econômico convencional como um instrumento que promovia os interesses dos países mais desenvolvidos (dos Estados Unidos e do Reino Unido em particular), que não enxergavam favoravelmente a industrialização em curso na América Latina nas décadas de 1950 a 1970. Desse modo, os pensadores dessa vertente atribuíram a responsabilidade pelo subdesenvolvimento da região não apenas à colonização mercantilista da América Latina por meio dos latifúndios, mas também ao interesse ativo do centro imperial em manter os países em desenvolvimento como exportadores de bens primários. Desse modo, subscreviam uma versão da teoria imperialista do subdesenvolvimento – a teoria que explica o subdesenvolvimento na América Latina, durante o século XIX, pela subordinação informal das suas sociedades mercantil-capitalistas aos países industriais e imperiais da Europa e da América do Norte (BRESEER-PEREIRA, Luiz Carlos. As três interpretações da dependência. *Perspectivas*, São Paulo, v. 38, p. 17-48, jul./dez. 2010). Nesse sentido, e ainda desmistificando a ideia do subdesenvolvimento como “fase” ou “etapa” do desenvolvimento, dizia Celso Furtado: “consideraremos o subdesenvolvimento como uma criação do desenvolvimento, isto é, como consequência do impacto, em grande número de sociedades, de processos técnicos e de formas de divisão do trabalho irradiados do pequeno número de sociedades que se haviam inserido na revolução industrial em sua fase inicial, ou seja, até fins do século XIX. As relações que se estabelecem entre esses dois tipos de sociedades envolvem formas de dependência que tendem a autoperpetuar-se. Essa dependência apoiou-se, inicialmente, num sistema de divisão internacional do trabalho que reservava para os centros dominantes as atividades produtivas em que se concentrava o progresso tecnológico. Em fase subsequente, a dependência resultou do controle exercido por grupos das economias dominantes sobre as atividades que, nas economias dependentes, mais assimilavam novas técnicas” (FURTADO, Celso. **Razes do subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 88).

³⁹ Utilizamos os termos centro e periferia do capitalismo também por se tratar de conceitos fundamentais na teoria da CEPAL. Como bem sintetiza Ricardo Bielschowsky, que integra a Comissão no Chile, a dicotomia centro-periferia “é empregada ara descrever o processo de difusão do progresso técnico na economia mundial e para explicar a distribuição de seus ganhos. De acordo com este conceito, a divisão internacional do trabalho provocou, desde os primeiros estágios do capitalismo industrial, efeitos diferenciados nas economias das duas regiões, fazendo com que ambas se distanciassem crescentemente em termos de estágio de desenvolvimento. A tese parte da idéia (sic) de que o progresso técnico se desenvolveu de forma desigual nos dois pólos. Foi mais rápido no centro, em seus setores industriais, e ainda mais importante, elevou simultaneamente a produtividade de todos os setores das economias centrais, provendo um nível técnico mais ou menos homogêneo em toda a extensão dos seus sistemas produtivos. Na periferia, que teve a função de suprir o centro com alimentos e matérias-primas a baixo preço, o progresso técnico só foi introduzido nos setores de exportação, que eram verdadeiras ilhas de alta produtividade, em forte contraste com o atraso do restante do sistema produtivo





Nisso reside o Estado de exceção econômico permanente a que está submetida a América Latina, tema desenvolvido por Gilberto Bercovici, entre outras, na obra *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*.⁴⁰ Segundo Bercovici, a normalidade caracteriza o capitalismo central, enquanto a periferia vive em um estado de exceção econômico permanente, contrapondo-se à normalidade do centro. Nos Estados periféricos há o convívio do decisionismo de emergência para salvar os mercados com o funcionamento dos poderes constitucionais, bem como a subordinação do Estado ao mercado, com a adaptação do direito interno às necessidades do capital financeiro, exigindo cada vez mais flexibilidade para reduzir as possibilidades de interferência da soberania popular. A razão de mercado passa a ser a nova razão de Estado.

Na normalidade do centro, as leis de emergência interferem nas liberdades políticas e econômicas, limitando os direitos individuais tendo em vista o bem-estar coletivo. Na periferia ocorre o contrário: a utilização dos poderes de emergência caracteriza-se por limitar os direitos da população em geral para garantir a propriedade privada e a acumulação capitalista. Desse modo, a América Latina, além da crise econômica interna, é vítima de fatores externos de instabilidade econômica. Os poderes discricionários do Executivo são mais plausíveis, especialmente, para os países dependentes de decisões do Fundo Monetário Internacional e da Organização Mundial do Comércio, que constituem poderes de exceção sem qualquer contrapartida. As pressões internas e externas sobre as burguesias locais (incapazes de uma revolução capitalista nacional clássica, como já concluíram os estudiosos da CEPAL) para a execução de políticas neoliberais fazem perpetuar, continuamente, a dependência dos poderes econômicos de emergência.

A análise de Bercovici também se assenta, no fundo, na *Teologia Política* de Carl Schmitt, que desloca o conceito de soberania, fundamento da autoridade política que reside na sua legitimidade democrática, para o conceito de “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”.⁴¹ Sua tese concebe uma visão de polaridade amigo-inimigo, que conduz a uma guerra permanente e necessária dentro do sistema para criar e manter a paz interna, demandando a união de todos os cidadãos para lutar contra o inimigo comum, sendo que esse inimigo é político e assim o é porque é definido por um ato do soberano. E assim o inimigo passa a ocupar um conceito fundante da política.

Segundo Schmitt, o estado de exceção se justifica pela situação de ameaça à unidade política, o que, em uma economia periférica, como a brasileira, se traduz como ameaça à ordem capitalista, à soberania dos mercados. Se o mercado é o soberano, o

(BIELSCHOWSKY, Ricardo. **Pensamento Econômico brasileiro**: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo. 4. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000. p. 16).

⁴⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

⁴¹ SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.





Estado, naturalmente propenso à corrupção, é o inimigo, como “o conto de fadas para adultos” quer fazer crer, reservando a virtude ao mercado.⁴² E de fato, desde o resultado das eleições presidenciais de 2013, observou-se surgir com força no debate político essa polarização mercado x Estado, fazendo ressurgir a tese schmittiana do amigo-inimigo, que também constitui o pano de fundo da EC 95/2016.

O novo regime fiscal, inaugurado pela EC 95/2016, e apresentado como solução (na nossa opinião desatinada) para a recente crise econômica brasileira, também remete ao chamado “capitalismo do desastre”, retratado em *A doutrina do choque*, de Naomi Klein.⁴³ Há semelhanças que autorizam traçar um paralelo entre o estado de sítio fiscal, imposto agora ao Brasil por obra da Emenda 95/2016, e as medidas impopulares impostas ciclicamente por forças do capitalismo central nas situações de crise econômica. Klein demonstra que as tais forças aproveitam-se historicamente de períodos de crises econômicas, guerras, desastres naturais, ataques terroristas e epidemias, para assaltar os interesses públicos nacionais e locais e levar a cabo todo tipo de reformas a favor do livre mercado, e que longe de ser o caminho para a liberdade, as medidas de choque econômico aprofundam as crises, as desigualdades e a violência. No caso brasileiro, a crise econômica e o afastamento presidencial de Dilma Rousseff, ao que parece, foram as oportunidades encontradas para mais uma medida de “choque” ou de “desastre”.

O teto de gastos públicos do governo federal brasileiro, implementado pela EC 95/2016, é, portanto, uma ofensiva conservadora de retirada de direitos sociais, tendo como alvo prioritário o projeto constituinte de 1988, que exige a intervenção do Estado para a redução das severas desigualdades sociais e econômicas, necessária para uma economia verdadeiramente soberana. O ataque também é à concepção neo-desenvolvimentista desse mesmo projeto constituinte, que reserva ao investimento público papel essencial ao estímulo do investimento privado e do crescimento do setor produtivo nacional, com o intuito de reduzir a dependência do país às potências estrangeiras hegemônicas.

Dessa forma, independentemente das opções político-partidárias (e para além delas), é preciso que a sociedade civil brasileira tome consciência de que o plano econômico traduzido pela EC 95/2016 afronta o projeto político e constituinte de 1988, referendado nas últimas eleições presidenciais de 2014. A EC 95/2016 não foi, afinal, o projeto político e constitucional vencedor nestas últimas eleições. Um vice-presidente alçado à condição de presidente, por um *impeachment* ou um golpe, qualquer que seja a narrativa, não poderia impor agora um novo regime fiscal que represente, como a EC 95/2016 o faz, um projeto político constituinte diametralmente oposto ao de 1988,

⁴² SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015. p. 221-252.

⁴³ KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque**: a ascensão do capitalismo de desastre. Trad. Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.





não vencedor nas urnas. Por conseguinte, além de suas inconstitucionalidades, infelizmente afastadas pelo Supremo Tribunal Federal no MS 34.448-MC/DF, a EC 95/2016 padece de legitimidade democrática, sendo ainda um projeto desastroso de solução de uma crise econômica, e aparentemente motivado para sabotar os avanços do país na implementação de um Estado de Bem Estar Social e de uma economia mais soberana e independente, outrora capaz de influenciar a consolidação de um projeto de autonomia de toda a América latina e de seus povos.

Ao Supremo Tribunal Federal, fica aqui a lembrança, também de outrora, do legado jurisprudencial da ADPF 45 e do até então firme posicionamento do Ministro Celso de Mello nesse julgamento. A ordem constitucional brasileira e, portanto, a sua Corte guardiã, não deveriam admitir ou cancelar a tese da falta de recursos orçamentários como argumento capaz de legitimar a pretensão dos grupos dominantes de pressão em desvencilhar o Estado de suas obrigações constitucionais para com o pacto civilizatório e emancipador da Constituição de 1988. Afinal, os problemas do Brasil, conforme apontaram os estudos técnicos citados ao longo deste trabalho, não são de escassez de recursos ou de irresponsabilidade fiscal, mas da permanência de uma organização sócio-econômica garantida pelo poder político de uma forma de Estado (neoliberal) que existe para a defesa das classes dominantes e não para a defesa de todos.

4. REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. **Pensamento Econômico brasileiro**: o ciclo ideológico do desenvolvimento. 4. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. As três interpretações da dependência. **Perspectivas**, São Paulo, v. 38, p. 17-48, jul./dez. 2010.

CONTE FILHO, Carlos Gilbert. **Uma análise empírica acerca do efeito do investimento público sobre o investimento privado no Brasil**: 1971-2008. Rio de Janeiro, 2013. 198 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Economia – Universidade Federal do Rio de Janeiro.

CRUZ, Bruno de Oliveira; TEIXEIRA, Joanílio R. **Cepal Review**, [s.l.] v. 67, p. 75-84, apr. 1999.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade para escolher**. 2. ed. Trad. Ana Maria Sampaio et al. Portugal: Publicações Europa-América, 1980.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

FURTADO, Celso. **Raízes do subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

HIRSCHMAN, A. **The strategy of economic development**. New Haven: Yale University Press, 1958.





KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do Bem Estar Social na Idade da Razão**: a reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1996.

KEYNES, John Maynard. **A tract on monetary reform**. London: Macmillam and Co., 1924.

KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque**: a ascensão do capitalismo de desastre. Trad. Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado Empreendedor**: desmascarando o mito setor público vs. setor privado. São Paulo: Portfolio-Penguim, 2014.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo & Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **SUS**: o desafio de ser único. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012.

OLIVEIRA, Francisco de. O momento Lenin. In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibebe Saliba (Orgs.). **A era da indeterminação**. São Paulo: Boitempo, 2007.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI**. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

ROCHA, Carlos Henrique; TEIXEIRA, Joãoílio Rodopolho. Complementaridade versus substituição entre investimento público e privado na economia brasileira: 1965-90. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 3, p. 378-384, jul./set. 1996.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O paradoxo de Rousseau**: uma interpretação democrática da vontade geral. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SINGER, André. **Os sentidos do lulismo**: Reforma gradual e pacto conservador. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015.

STIGLITZ, Joseph. **O preço da desigualdade**. Trad. Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2014.

STUCKLER, David; BASU, Sanjay. **A economia desumana** – por que mata a austeridade. Portugal: Bizancio, 2014.

TAVARES, Maria da Conceição. A Retomada da hegemonia norte-americana. In FIORI, José Luís (Org.). **Poder e dinheiro**: uma economia política da globalização. Petrópolis: Vozes, 1997.







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

English version available at: <http://revistas.ufpr.br/rinc/about/submissions>. In the right menu, in the field IDIOMA, select "English".

Versión en Español disponible en: <http://revistas.ufpr.br/rinc/about/submissions>. En el menú a la derecha, en el campo IDIOMA, seleccionar "Español".





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-curriculum, 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-curriculum do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

5.5.5. Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra "Resumo" escrita no idioma do artigo.

5.5.6. Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão "Palavras-chave" redigida no idioma do artigo.

5.5.7. Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra "Abstract". No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

5.5.8. Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão "Keywords". No caso de artigos





redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

5.5.9. Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

5.5.10. Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

5.5.11. Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

5.5.12. Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

5.6. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

5.7. Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

6. METODOLOGIA CIENTÍFICA

6.1. As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

6.1.1. O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

6.1.2. Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

6.1.3. As referências deverão constar da seguinte forma:

6.1.3.1. Livros: SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÊVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

6.1.3.2. Capítulos de livros coletivos: SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem negrito. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto e vírgula (Org. ou Coord.). **Título da obra ou coletânea em negrito:**





subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de “p.”].

Exemplo: SALGADO, Eneida Desiree; COUTO, Mariele Pena de. Uma proposta para o controle social: um olhar prospectivo sobre a transparência e a probidade. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas**: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 149-164.

6.1.3.3. Artigos em revistas: SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem negrito. **Título da Revista em negrito**, cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil’s administrative justice system in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014.

6.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação: SOBRENOME, Nome. **Título do trabalho em negrito**: subtítulo sem negrito. Cidade, ano. número de folhas seguido de “f”. Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

6.1.4. Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

6.1.4.1. Autor: SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

6.1.4.2. Edição: deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e “ed.”. Exemplo: 2. ed.

6.1.4.3. Ano: grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

6.1.5. Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

6.1.5.1. Ausência de cidade: substituir por [s.l.].

6.1.5.2. Ausência de editora: substituir por [s.n.].

6.1.5.3. Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

6.2. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores.





6.2.1. Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

6.2.2. Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

6.2.3. Fica vedado o uso do op. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

6.2.4. Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

7. REDAÇÃO

7.1. Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

7.2. No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

7.3. As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

8. ARTIGOS RESULTANTES DE PESQUISAS FINANCIADAS

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deveram indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

9. DECLARAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

9.1. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

9.2. Autores mantêm os direitos autorais e concedem à *Revista de Investigações Constitucionais* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a **Licença Creative Commons Attribution** que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista.





Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

9.3. Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver **O Efeito do Acesso Livre**).

10. RESPONSABILIDADE DOS AUTORES

10.1. Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

10.2. Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

10.3. No momento da submissão os autores deverão enviar, juntamente com a proposta de artigo, declaração de autoria assinada e digitalizada.

10.4. Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

10.5. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

11. CONFLITO DE INTERESSES

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

11.1. É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

11.2. Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avaliação de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

11.3. Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.





11.4. Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

11.5. Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

11.6. Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não-qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

11.7. No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista ad hoc.

11.8. Se os autores não tiverem certos do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar a secretaria editorial da Revista.

11.9. Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

12. OUTRAS INFORMAÇÕES

12.1. Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

12.2. Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

12.3. Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

12.3.1. Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

12.3.2. O 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.

