



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 4 | N. 2 | MAIO/AGOSTO 2017 | ISSN 2359-5639





# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

**JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH**

vol. 4 | n. 2 | maio/agosto 2017 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral  
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | [www.ninc.com.br](http://www.ninc.com.br)

# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

ISSN: 2359-5639



© 2014 NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR



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

**Endereço:** Praça Santos Andrade, n. 50, 3º andar –  
Centro – CEP 80.020-300 – Curitiba-PR - Brasil

**Telefone:** +55 41 3310-2683

**Site:** <http://revistas.ufpr.br/rinc/index>

**E-mail:** [revista@ninc.com.br](mailto:revista@ninc.com.br)

**Supervisão editorial:** Eliane Peçanha

**Revisão:** Equipe do NINC-UFPR

**Bibliotecária:** Paula Carina de Araújo - CRB 9/1562

**Capa:** Duilio David Scrok

**Projeto gráfico:** Duilio David Scrok

**Diagramação:** Paulo Schiavon

([www.ithala.com.br](http://www.ithala.com.br))

Publicação eletrônica de acesso aberto

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

## DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

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

Quadrimestral.

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

ISSN: 2359-5639

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

CDU 342

CDD 341.2

Catálogo na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – SIBI

### Cobertura temática (classificação do CNPq):

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

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

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

**Revista classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES – Área de Direito na avaliação realizada em 2017.**

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

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

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

## EQUIPE EDITORIAL

### Coordenador Editorial

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

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

### Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. 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)

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

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal (Universidade de Santa Cruz do Sul – Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

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

Prof. Dr. 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

Ana Cristina Aguilar Viana

Bárbara Marianna de Mendonça Araújo Bertotti

Érico Prado Klein

Gustavo Miranda

Luzardo Faria

Tailaine Cristina Costa

Tais Vella

# Sumário

## Contents

### **Editorial: A Revista de Investigações Constitucionais obtém classificação A1 no Qualis (CAPES)**

*Editorial: The Journal of Constitutional Research is rated A1 in Qualis (CAPES)*

DOI: 10.5380/rinc.v4i2.54131

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

### **Does the internet eraser button for youth delete first amendment right of others?**

*O botão de apagar na internet para jovens deleta os direitos da primeira emenda de outros?*

DOI: 10.5380/rinc.v4i2.50287

**Jaclyn Kurin ..... 11**

### **Spreading the wealth: a step by step guide to the Swedish socialist model; what it is, what it does, and why America desperately needs it**

*Difundindo a riqueza: um guia passo a passo para o modelo socialista sueco; o que é, o que faz e porque os Estados Unidos precisam desesperadamente dele*

DOI: 10.5380/rinc.v4i2.51612

**Joseph Signore ..... 31**

### **Las candidaturas independientes en la interpretación jurisdiccional**

*The independent candidatures in the jurisdictional interpretation*

DOI: 10.5380/rinc.v4i2.51199

**Luis Antonio Corona Nakamura ..... 63**

### **Los organismos electorales: avance y retroceso de la reforma constitucional mexicana de 2014**

*The electoral agencies: advances and setbacks of the Mexican constitutional reform of 2014*

DOI: 10.5380/rinc.v4i2.52523

**José Martín Vázquez Vázquez, María Teresa Guzmán Robledo ..... 77**

**O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social**

*The principle of supremacy of the public interest over private interest as the foundation of Social Administrative Law*

DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437

**Emerson Gabardo .....95**

**O paradoxo do tratado constitucional europeu: entre o planejamento e a evolução da Europa comunitária**

*The paradox of the European constitutional treaty: between planning and the evolution of the European Community*

DOI: 10.5380/rinc.v4i2.48093

**Germano Schwartz, Fernando Meinero .....131**

**Jurisdição constitucional e política**

*Constitutional jurisdiction and politics*

DOI: 10.5380/rinc.v4i2.50156

**Edilson Pereira Nobre Júnior .....147**

**Políticas públicas, interpretação judicial e as intenções do legislador: o ProUni e o “cripto-ativismo” do Supremo Tribunal Federal**

*Public policies, judicial interpretation and legislative intent: ProUni and the Brazilian Supreme Court’s “crypto-activism”*

DOI: 10.5380/rinc.v4i2.50608

**João Marcelo da Costa e Silva Lima, Diego Werneck Arguelhes .....163**

**Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional**

*Strategic litigation, stare decisis and opening the constitutional dialog in the judicial opinion building*

DOI: 10.5380/rinc.v4i2.50125

**Renata de Marins Jaber Maneiro, Eliana Pulcinelli .....193**

**Decadência administrativa e atos inconstitucionais: uma análise a partir do recurso extraordinário nº 817.338**

*Administrative decadence and unconstitutional acts: an analysis from the extraordinary appeal n ° 817.338*

DOI: 10.5380/rinc.v4i2.51282

**Willian Rossato, José Sérgio da Silva Cristóvam .....221**

**Instruções para autores**

*Instructions for authors*

..... 243

# Editorial

## Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v4i2.54131



Licenciado sob uma Licença Creative Commons  
Licensed under Creative Commons

### **A Revista de Investigações Constitucionais obtém classificação A1 no Qualis (CAPES)**

***The Journal of Constitutional Research is rated A1 in Qualis (CAPES)***

É com enorme satisfação que recebemos a notícia de que na última avaliação, realizada em 2017, a **Revista de Investigações Constitucionais** foi classificada como A1 no Qualis da CAPES – Área de Direito. Trata-se da qualificação mais elevada dentro dos 8 níveis estabelecidos pela entidade para os periódicos científicos – A1, A2, B1, B2, B3, B4, B5 e C – refletindo o reconhecimento máximo de excelência da qualidade editorial da revista pela CAPES, entidade responsável pela avaliação dos Programas de Mestrado e Doutorado no Brasil, que leva em conta, como um dos principais critérios, os periódicos em que os docentes e alunos de Pós-Graduação stricto sensu publicam os resultados de suas pesquisas. Os artigos publicados em revistas Qualis A1 são os mais valorizados no meio acadêmico contemporâneo, contribuindo fortemente para o incremento da avaliação dos Programas de Pós-Graduação dos autores dos trabalhos.

Uma das razões que erigiu a revista a esse patamar foram os altíssimos índices de internacionalização e exogenia dos autores, avaliadores de artigos e membros do Conselho Editorial. A revista se encontra no seu 4º ano de existência e já publicou 10 edições (sendo esta a 11ª). Nas edições precedentes, foram publicados artigos em 5 idiomas distintos (português, inglês, espanhol, francês e italiano) de autores de 16

---

Como citar este editorial | *How to cite this editorial*: HACHEM, Daniel Wunder. Editorial: A Revista de Investigações Constitucionais obtém classificação A1 no Qualis (CAPES). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 6-9, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.54131

países diferentes: Austrália, Argentina, Brasil, Colômbia, Cuba, Egito, Estados Unidos, Espanha, França, Itália, México, Paraguai, Peru, Rússia, Uruguai e Venezuela.

Outro fator decisivo para a obtenção do Qualis A1 foi a indexação do periódico em importantes bases de dados internacionais, tais como a Web of Science – uma das mais relevantes na atualidade, que seleciona com elevado rigor as revistas que irão ingressar em seu diretório. A inclusão na Web of Science foi uma grande conquista, resultado de muito trabalho e empenho de nosso Corpo Editorial, que logrou cumprir as severas exigências necessárias para obter a inserção nessa prestigiosa base de dados.

Neste número da **Revista de Investigações Constitucionais**, o segundo do ano de 2017, publicamos artigos em 3 idiomas (inglês, espanhol e português), de autores vinculados a 12 instituições de ensino superior de 3 países diferentes (Estados Unidos da América, México e diferentes Estados-membros da República Federativa do Brasil – Paraná, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Rio de Janeiro e Santa Catarina). Dos trabalhos publicados, 90% são de Professores Doutores, 40% redigidos em língua estrangeira, 40% dos artigos são de autores estrangeiros e 93% dos autores são exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- Does the internet eraser button for youth delete first amendment right of others?

**Jaclyn Kurin**

Juris Doctor at George Mason University School of Law (Arlington, USA)

- Spreading the wealth: a step by step guide to the Swedish socialist model; what it is, what it does, and why America desperately needs it

**Joseph Signore**

Juris Doctor Candidate at Thurgood Marshall School of Law (Houston, USA)

- Las candidaturas independientes en la interpretación jurisdiccional

**Luis Antonio Corona Nakamura**

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

- Los organismos electorales: avance y retroceso de la reforma constitucional mexicana de 2014

**José Martín Vázquez Vázquez**

Doctor en Derecho Electoral por el Instituto de Investigaciones y Capacitación Electoral del Tribunal Electoral del Estado de Jalisco (Guadalajara, México)

**María Teresa Guzmán Robledo**

Profesora Investigadora de la Universidad de Guadalajara (Guadalajara, México)

- O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social

**Emerson Gabardo**

Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil)

- O paradoxo do tratado constitucional europeu: entre o planejamento e a evolução da Europa comunitária

**Germano Schwartz**

Professor e Coordenador do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle (Canoas-RS, Brasil)

**Fernando Meirero**

Professor dos Cursos de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha (São Pelegrino-RS, Brasil)

- Jurisdição constitucional e política

**Edilson Pereira Nobre Júnior**

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (Recife-PE, Brasil)

- Políticas públicas, interpretação judicial e as intenções do legislador: o ProUni e o “cripto-ativismo” do Supremo Tribunal Federal

**João Marcelo Da Costa e Silva Lima**

Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

**Diego Werneck Arguelhes**

Professor Pesquisador da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

- Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional

**Renata de Marins Jaber Maneiro**

Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

**Eliana Pulcinelli**

Doutora em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

- Decadência administrativa e atos inconstitucionais: uma análise a partir do recurso extraordinário nº 817.338

**Willian Rossato**

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil)

**José Sérgio da Silva Cristóvam**

Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil)



Esperamos manter, nesta e nas próximas edições, o bom trabalho editorial que guindou a revista ao ápice do ranking de avaliação da CAPES na área de Direito, com o propósito de continuar oferecendo aos leitores trabalhos científicos de alta qualidade e, ao mesmo tempo, com a expectativa de atrair cada vez mais a submissão de artigos resultantes de pesquisas sérias, desenvolvidas por autoras e autores preocupados com a repercussão dos periódicos onde publicam seus estudos.

Curitiba, julho de 2017.

**Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem**

Coordenador Editorial da Revista de Investigações Constitucionais





## Does the internet eraser button for youth delete first amendment right of others?

### O botão de apagar na internet para jovens deleta os direitos da primeira emenda de outros?

JACLYN KURIN\*

George Mason University School of Law (United States of America)  
jbkurin@gmail.com

Recebido/Received: 21.01.2017 / January 21<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 24.04.2017 / April 24<sup>th</sup>, 2017

#### Abstract

Will Facebook and similar posting sites soon come to an end from hefty civil fines and consent decrees? Is Internet discourse at risk? That may be the case if lawmakers succeed in passing the Do Not Track Kids Act. As drafted, the law would require operators of children directed websites to include an eraser button to remove user posted content and would penalize mom and pop run sites unable to afford the financial and technological resources to comply with the mandate. This Note argues that if enacted, the law would constitute a presumptively impermissible burden on Free Speech under the First Amendment and should be subject to strict scrutiny.

**Keywords:** Social media; Do Not Track Kids Act; eraser button; First Amendment; information.

#### Resumo

*O Facebook e similares sites de posts vão logo acabar com pesadas indenizações e termos de consentimento? O discurso da internet está em risco? Pode ser o caso, se os legisladores tiverem sucesso e passarem o "Ato de não rastreamento de crianças". Como escrita, a lei requereria que os operadores de sites direcionados a crianças incluíssem um botão de 'apagar' para remover conteúdo postado por usuários e penalizaria sites gerenciados por mães e pais que não tivessem condições de arcar com os custos de recursos financeiros e tecnológicos para cumprir a lei. Este artigo argumenta que, se aprovada, a lei constituiria um ônus que se poderia presumir intransponível para o livre discurso garantido pela primeira emenda, devendo, portanto, passar por uma revisão judicial quanto à sua constitucionalidade.*

**Palavras-chave:** Mídias sociais; Ato de não rastreamento de crianças; botão de apagar; Primeira Emenda; informação.

Como citar esse artigo/How to cite this article: KURIN, Jaclyn. Does the internet eraser button for youth delete first amendment right of others? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 11-29, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.50287

\* Juris Doctor at George Mason University School of Law (Arlington, USA). Masters of Professional Studies in Advocacy Journalism at Georgetown University (Washington, EUA). Bachelor of Arts in International Studies & Philosophy at Randolph-Macon Woman's College (Lynchburg, USA). LL.M. candidate at University of California (Los Angeles, EUA). E-mail: jbkurin@gmail.com.

## CONTENTS

1. Background; 2. Background; 2.1. Children Posting Content on Social Media Websites; 2.2. From the DNTKA Eraser Button to the First Amendment; 3. Legal Doctrine for Content-Based Analysis under the First Amendment; 4. Analysis; 4.1. Analysis Under *Reno v. American Civil Liberties Union*; 4.2. Analysis Under *Turner Broadcast System, INC. v. FCC*; 5. Conclusion; 6. References.

### 1. INTRODUCTION

“There’s no fresh start in today’s world [...] Any twelve-year-old with a cell phone could find out what you did [...] The changes we make in our lives will speak for themselves.” Megan Phelps-Roper is the granddaughter of Westboro Baptist Church founder, Fred Phelps. The group is well-known for picketing “God Hates Gays” at soldier’s funerals and for encouraging homophobic diatribes.<sup>1</sup>

As a teenager, Megan regularly used her Twitter account, to report on the group’s activities, posting comments, and sending “as many as 150 tweets a day” to her Twitter followers. However, in February 2013, Megan “tweeted” or posted that she left the church group and regrets her homophobic comments.<sup>2</sup>

Social media played a critical role in Megan’s decision. Her epiphany came after a Jewish blogger David Abitbol, an Israeli Web developer and founder of the blog Jewlicious.com, responded to one of her past comments on homosexuals. Abitbol wrote, “But Jesus said, ‘Let he who is without sin cast the first stone.’” Abitbol pointed out that according to the Old Testament, other infractions besides homosexuality were punishable by death. Megan then realized that “if the death penalty was instituted for *any* sin, you completely cut off the opportunity to repent.” She started to question Westboro’s doctrine that she had been practicing all her life, coming to believe that, “The idea that only WBC had the right answer was crazy.”<sup>3</sup>

Megan then 23 years old, left the church group and now regrets her posts on Twitter. Megan now realizes that although she cannot erase her past, the experience itself was part of the person she is today.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> REESE, Diana. Escape from Westboro Baptist Church: Is Fresh Start Possible for Phelps’s Granddaughters? **Washington Post**, Washington, feb. 2013. Available on: <<http://www.washingtonpost.com/blogs/she-thepeople/wp/2013/02/09/escape-from-westboro-baptist-church-is-fresh-start-possible-for-fred-phelps-granddaughters/>>.

<sup>2</sup> REESE, Diana. Escape from Westboro Baptist Church: Is Fresh Start Possible for Phelps’s Granddaughters? **Washington Post**, Washington, feb. 2013. Available on: <<http://www.washingtonpost.com/blogs/she-thepeople/wp/2013/02/09/escape-from-westboro-baptist-church-is-fresh-start-possible-for-fred-phelps-granddaughters/>>.

<sup>3</sup> REESE, Diana. Escape from Westboro Baptist Church: Is Fresh Start Possible for Phelps’s Granddaughters? **Washington Post**, Washington, feb. 2013. Available on: <<http://www.washingtonpost.com/blogs/she-thepeople/wp/2013/02/09/escape-from-westboro-baptist-church-is-fresh-start-possible-for-fred-phelps-granddaughters/>>.

<sup>4</sup> REESE, Diana. Escape from Westboro Baptist Church: Is Fresh Start Possible for Phelps’s Granddaughters? **Washington Post**, Washington, feb. 2013. Available on: <<http://www.washingtonpost.com/blogs/she-thepeople/wp/2013/02/09/escape-from-westboro-baptist-church-is-fresh-start-possible-for-fred-phelps-granddaughters/>>.

Studies show that many teens, like Megan, at one-time or another disclosed information on public websites that they later regretted posting.<sup>5</sup> There are many websites available on the Internet that enable users the post words or pictures of themselves in real time.<sup>6</sup> Users can create their own websites to post information or post content on social media platforms.<sup>7</sup> Companies too have recognized the promotional and financial benefits of social networking.<sup>8</sup>

Since 2009, the number of people and companies using social media exploded from some 452,000 users to well over a billion, many of them teens.<sup>9</sup> Although social networking is an unparalleled medium for social expression, in terms of the opportunities and ease for communication and education, it has some pitfalls. Specifically, younger users (college age and below) are posting embarrassing information about themselves online. Because social networking easily enables third-parties, including the users's friends or strangers to re-publish the self-posted content, removing such information can be very difficult and the chances of doing so, slim.<sup>10</sup> Thus an ill-advised post can have life altering effects, with academic ramifications and impacts upon employment opportunities.<sup>20</sup> In fact, the Pew study found that 19% of teens regretted sharing comments, photos, or videos that they had posted.<sup>11</sup>

Facebook, the largest social media website with more than a billion users, currently exercises several tools to prevent such disastrous consequences. These tools allow users to delete self-posted content and set guidelines on who can view the content.<sup>12</sup> Nonetheless, the deletion feature has not impressed some Federal legislators, who want to mandate the removal requirement on all websites targeting child audiences—those who are under the age of 16.<sup>13</sup> The bill is called the Do Not Track Kids Act

<sup>5</sup> WANG, Yang; LEON, Pedro Giovanni; CHEN, Xiaoxuan; KOMANDURI, Saranga; NORCIE, Gregory. From Facebook Regrets to Facebook Privacy Nudges. *Ohio State Law Journal*, Columbus, vol. 74, n. 6, p. 1307-1334, nov./dec. 2013.

<sup>6</sup> LENHART, Amanda. Teen, Social Media & Technology Overview. *Pew Research Center*, Washington, apr. 2015. Available at: <<http://www.pewinternet.org/2015/04/09/teens-social-media-technology-2015/>>.

<sup>7</sup> TEAM CAFFEINE. 10 Remarkable Twitter Statistics for 2015. *Social Caffeine*. Available at <<http://lorirtaylor.com/twitter-statistics-2015/>>. Access on: July 5, 2015.

<sup>8</sup> TEAM CAFFEINE. 10 Remarkable Twitter Statistics for 2015. *Social Caffeine*. Available at <<http://lorirtaylor.com/twitter-statistics-2015/>>. Access on: July 5, 2015.

<sup>9</sup> BUMP, Philip. Finally, We Know How Many Bloggers Live in Their Parents' Basement. *Washington Post*, Washington D.C., mar. 2015. Available at: <<http://www.washingtonpost.com/blogs/wonkblog/wp/2015/03/25/finally-we-know-how-many-bloggers-live-in-their-parents-basement/>>. Access on: July. 15, 2016.; WANG, Yang; LEON, Pedro Giovanni; CHEN, Xiaoxuan; KOMANDURI, Saranga; NORCIE, Gregory. From Facebook Regrets to Facebook Privacy Nudges. *Ohio State Law Journal*, Columbus, vol. 74, n. 6, p. 1307-1334, nov./dec. 2013. p. 1309.

<sup>10</sup> WANG, Yang; LEON, Pedro Giovanni; CHEN, Xiaoxuan; KOMANDURI, Saranga; NORCIE, Gregory. From Facebook Regrets to Facebook Privacy Nudges. *Ohio State Law Journal*, Columbus, vol. 74, n. 6, p. 1307-1334, nov./dec. 2013.

<sup>11</sup> MADDEN, Mary, et al. Teens Social Media, & Privacy. *Pew Research Center*, Washington, may 2013. Available at: <<http://www.pewinternet.org/2013/05/21/teens-social-media-and-privacy/>>.

<sup>12</sup> MADDEN, Mary, et al. Teens Social Media, & Privacy. *Pew Research Center*, Washington, may 2013. Available at: <<http://www.pewinternet.org/2013/05/21/teens-social-media-and-privacy/>>.

<sup>13</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 1563, 114th Cong. Do Not Track Kids Act of 2015. § 6(a)(2)(A) 2014.

(DNTKA), also referred to as “The Eraser Button,” is primarily based off a similar statute California enacted on January 1, 2015.<sup>14</sup>

This Note argues that if the DNTKA were enacted, the government action would constitute a content-based restriction under the First Amendment and should be subject to strict scrutiny. In Part I, I review facts on social media that has influenced the DNKTA bill. I then proceed to describe the bill and the relevant provisions affecting the legal analysis. Next in Part II, I briefly review legal doctrine for content-based determination. Then in Part III, I apply the language of the bill and relevant legislative record to demonstrate that the DNTKA constitute content-based action. Finally, I conclude this Note by offering a less restrictive solution for remedying the problem legislators are trying to address.

## 2. BACKGROUND

### 2.1. Children Posting Content on Social Media Websites

Social media websites allow users to post material and also then make that material available to others.<sup>15</sup> Teens are constant and enthusiastic users of social media sites. An estimated 76% of teens use social media; 81% of older teens and 68% of teens aged 13 to 14. Approximately 70% of Facebook users, including teens, access the site on a daily basis.<sup>16</sup>

Social media sites constitute an obvious means for teenagers to interact with friends by sharing personal information about themselves and their experiences. Teens are generally active on multiple social media platforms. When asked about seven specific sites (Facebook, Twitter, Instagram, Snapchat, Tumblr, Google+, and Vine), 89% of teens said they used at least one of the sites and 71% reported using two or more sites. Among the 18% of teens who only use one site, 66% use Facebook, 13% use Google+ and 13% use Instagram. Additionally, 57% of teens describe their networks as having some overlap across several sites, and 29% report that their networks are composed of the same people on every social site they visit.<sup>17</sup> Given this data on the use of multiple sites and the overlap of networks, it means that teens’ posts very likely to become available on multiple sites for viewing, copying and reusing.

<sup>14</sup> UNITED STATES OF AMERICA, Bill S. 1563, 114th Cong. Do Not Track Kids Act of 2015, § 2, 2015, S. 1563; with CALIFORNIA, California Legislative Service Chapter 336 (Senate Bill 568 – West), 2013.

<sup>15</sup> LENHART, Amanda. Teen, Social Media & Technology Overview. **Pew Research Center**, Washington, apr. 2015. Available at: <<http://www.pewinternet.org/2015/04/09/teens-social-media-technology-2015/>>.

<sup>16</sup> LENHART, Amanda. Teen, Social Media & Technology Overview. **Pew Research Center**, Washington, apr. 2015. Available at: <<http://www.pewinternet.org/2015/04/09/teens-social-media-technology-2015/>>.

<sup>17</sup> LENHART, Amanda. Teen, Social Media & Technology Overview. **Pew Research Center**, Washington, apr. 2015. Available at: <<http://www.pewinternet.org/2015/04/09/teens-social-media-technology-2015/>>.

Social media networking is not restricted to the frivolous. In fact studies show that social media networking has become the forum where younger users develop their civic identities and become engage in civic activities.<sup>18</sup> From a public policy point of view, this seems like an important benefit to society. But among the issues raised by social media is how the users' gain in exploring their civic interests is weighted relative to the risk, i.e., concerns of disclosing content about themselves in the process.<sup>19</sup>

More attention on harmful posting and distribution on social media has probably been focused on the distribution of embarrassing content rather than the potential hazards of pursuing of civic participation. A Syracuse University research study sought to understand why young adults post content they later regret and whether such behavior could be reduced without diminishing the perceived value of using social networking. Users generally admitted that they posted much of the regrettable content "while in a highly emotional state," or while under the "influence of alcohol or drugs." They also reported that they felt that the posting was appropriate because many of their friends had posted similar content, pointing to the common idea of peer pressure familiar in teen social relationships.<sup>20</sup>

There is a common perception that children and teens are less able than adults to appreciate the possible consequences and implications of having items they post online available to others.<sup>21</sup> According to a Pew/Berkman Center poll, 69 % of parents of teens who engage in online activity are concerned about how that activity might affect their children's future academic or employment opportunities.<sup>22 23</sup>

They may have good cause to be concerned. As of 2013, more than 80% of college admissions officers googled applicants and reviewed the Facebook pages of potential students. The likelihood is that that percentage is likely to grow.<sup>24</sup>

Some of this behavior might be mitigated by on screen tools that remind users of what they posting and who will be able to view the content. One study found a Facebook tool, "picture nudge," somewhat efficacious. The "[p]icture nudge was designed

<sup>18</sup> WEINSTEIN C. Emily. The Personal is Political on Social Media: Online Civic Expression Patterns and Pathways among Civically Engaged Youth. *International Journal of Communication*, Los Angeles, vol. 8, p. 210-233, 2014.

<sup>19</sup> WEINSTEIN C. Emily. The Personal is Political on Social Media: Online Civic Expression Patterns and Pathways among Civically Engaged Youth. *International Journal of Communication*, Los Angeles, vol. 8, p. 210-233, 2014.

<sup>20</sup> WANG, Yang; LEON, Pedro Giovanni; CHEN, Xiaoxuan; KOMANDURI, Saranga; NORCIE, Gregory. From Facebook Regrets to Facebook Privacy Nudges. *Ohio State Law Journal*, Columbus, vol. 74, n. 6, p. 1307-1334, nov./dec. 2013.

<sup>21</sup> CALIFORNIA. California Senate Judiciary Committee. **Bill Analysis of Privacy: Internet**. Minors, Senate Bill 568, 14 Session, at 5, 2013. Available at: <[http://www.leginfo.ca.gov/pub/13-14/bill/sen/sb\\_05510600/sb\\_568\\_cfa\\_20130422\\_141430\\_sen\\_comm.html](http://www.leginfo.ca.gov/pub/13-14/bill/sen/sb_05510600/sb_568_cfa_20130422_141430_sen_comm.html)>.

<sup>22</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 1563, 114th Cong. Do Not Track Kids Act of 2015, S. 2378, 113th Cong. § 102 (2014); UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 2378, 113th Cong. **Do Not Track Kids Act of 2014**. § 102. 2014, 4711, **113th United State Congress**, § 102, 2014.

<sup>23</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 2378, 113th Cong. **Do Not Track Kids Act of 2014**. § 102. 2014, § 2, 2013.

<sup>24</sup> MARKEY, Ed. **The Do Not Track Kids Act of 2013**. 2013. Available at: <[http://www.markey.senate.gov/documents/2013-11-14\\_DNTK\\_1pager.pdf](http://www.markey.senate.gov/documents/2013-11-14_DNTK_1pager.pdf)>.

to remind Facebook users who can see their posts” online.<sup>25</sup> Users positively responded to this pictorial warning and appropriately adjusted their settings. Although this tool was the most effective device studied, users also reported that they eventually began ignoring the picture nudge.”<sup>26</sup>

Because such warnings are not widely effective and do not stop youth from posting information, parents tend to want additional tools to be used as correctives—not only to remove damaging posts, but also review other information about their children that might be collected and redistributed on the Web. Some 94% of parents believe people should have the ability to request the deletion of all their child’s personal information held by an online search engine, social networking site, or marketing company after a specific period of time.<sup>27</sup>

The eraser button is offered as one such partial solution to posted content. Rep. Joe Barton of California, a strong proponent of DNTKA opined, “Young people do things that later on they wish they had not done and they say things and post pictures that they should not have. That eraser button is a way we don’t want to ruin somebody’s life because when they were 13 or 14 they posted something they should not have and they later on realized that and they cannot erase it [...] For a child or a teenager, it doesn’t necessarily have to be part of your permanent record.”<sup>28</sup>

With regard to the DNTKA eraser button legislation, the easiest information to remove from the Internet may be posted data stored in Facebook itself, and perhaps on other social network sites, Facebook’s “Statement of Rights and Responsibilities,” for example, says that any information a Facebook user uploads to the social network remains that user’s property— posting, liking, and otherwise interacting with Facebook merely gives the service a revocable license to the data. That license ends when the data are deleted.<sup>29</sup>

But more complicated is what happens after something is posted online and then copied, reused, and distributed on various other social media platforms and websites, and accessed by other users through those sites and through search engines. In this Note, I address key issues raised by the DNTKA with regard to the eraser button. The first concerns the poster’s proposed control over content he or she places on a website or social media. The second concerns the First Amendment rights and responsibilities

<sup>25</sup> WANG, Yang; LEON, Pedro Giovanni; CHEN, Xiaoxuan; KOMANDURI, Saranga; NORCIE, Gregory. From Facebook Regrets to Facebook Privacy Nudges. *Ohio State Law Journal*, Columbus, vol. 74, n. 6, p. 1307-1334, nov./dec. 2013.

<sup>26</sup> WANG, Yang; LEON, Pedro Giovanni; CHEN, Xiaoxuan; KOMANDURI, Saranga; NORCIE, Gregory. From Facebook Regrets to Facebook Privacy Nudges. *Ohio State Law Journal*, Columbus, vol. 74, n. 6, p. 1307-1334, nov./dec. 2013.

<sup>27</sup> MARKEY, Ed. *The Do Not Track Kids Act of 2013*. 2013. Available at: <[http://www.markey.senate.gov/documents/2013-11-14\\_DNTK\\_1pager.pdf](http://www.markey.senate.gov/documents/2013-11-14_DNTK_1pager.pdf)>.

<sup>28</sup> BARTON, Joey. The Communicators with Representative Joe Barton. *C-SPAN*, Washington D.C. Available on: <<http://www.cspan.org/video/?318011-1/communicators-representative-joe-barton-rtx>>.

<sup>29</sup> GARFINKEL, Simson. How to Delete Regrettable Posts from the Internet. *MIT Technology Review*, Cambridge, oct. 2012. Available at: <<https://www.technologyreview.com/s/506521/how-to-delete-regrettable-posts-from-the-internet/>>.

of the website or social media operator with regard to making that content publicly available, or restricting that availability.

## 2.2. From the DNTKA Eraser Button to the First Amendment

Senators Edward Markey (D-Massachusetts), Mark Kirk (R-Illinois), Richard Blumenthal (D-Connecticut) and Robert Menendez (D-New Jersey) have co-sponsored the Do Not Track Kids Act of 2015, as well as earlier versions of the bill that they introduced in 2013 and 2014.<sup>30</sup>

The DNTKA is currently before the Senate Committee on Commerce, Science, and Transportation. Congressmen Joe Barton (R-Texas) and Bobby Rush (D-Illinois) have introduced a parallel bill, H.R. 2734, which is currently before the House Committee on Energy and Commerce.<sup>31</sup> The DNTKA amends and expands the Children's Online Privacy Protection Act ("COPPA"), 15 U.S.C. 6501 *et seq.*, which was enacted in 1998 and became effective on April 21, 2000.<sup>32</sup>

COPPA provided a means for parents to control what information is collected from children under the age of 13 by commercial websites and online services.<sup>33</sup> COPPA applies to online service and website operators (1) that are directed at children and *collect, use, or disclose* personal information (PI) from children; or (2) that knowingly collect, use and disperse PI from children. When a site is directed towards children is determined by empirical criteria such as use of children's language and images, animated characters and the like. PI includes the child's name or other identifiable information such as screen name, address, location, social security number, or photo, video, or audio file of the child, or any other information combined with such identifiers.<sup>34</sup>

COPPA calls for website operators to protect children by posting their online privacy policy on their site; providing direct notice on how it collects, uses, and discloses children's PI; and obtaining parental consent for those children under 13 for such collection, use, and disclosure.<sup>35</sup> Operators must also have procedures for protecting confidentiality and security of PI and retain PI only as long as necessary to fulfill the purpose for which it was collected.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 1563, 114th Cong. Do Not Track Kids Act of 2015, §2, 2015; UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 1563, 114th Cong. Do Not Track Kids Act of 2015, 2014, S. 2378th Cong. § 102; H.R. 4711, 113th Cong. § 102 2014. S. 1700.

<sup>31</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 1563, 114th Cong. Do Not Track Kids Act of 2015, H.R. 2734, 114th Cong. § 2.

<sup>32</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 1563, 114th Cong. Do Not Track Kids Act of 2015, S. 1563, 114th Cong. § 2 (2015).

<sup>33</sup> UNITED STATES OF AMERICA. U.S. Congress. **Children's Online Privacy Protection Rule**. 16th Code Of Federal Regulations, § 312.2. 78 Federal Regulation 3972, 3972, Jan. 17, 2013, codified at 16th Code Of Federal Regulations, pt. 312.

<sup>34</sup> UNITED STATES OF AMERICA. U.S. Congress. **Children's Online Privacy Protection Rule**. 16th Code Of Federal Regulations, § 312.2. 78 Federal Regulation 3972, 3972, Jan. 17, 2013, codified at 16th Code Of Federal Regulations, pt. 312.

<sup>35</sup> UNITED STATES OF AMERICA. U.S. Congress. **Children's Online Privacy Protection Rule**. 16th Code Of Federal Regulations, § 312.2. 78 Federal Regulation 3972, 3972, Jan. 17, 2013, codified at 16th Code Of Federal Regulations, pt. 312

Many of these provisions took effect on July 1, 2013, with rules for doing so administered by the Federal Trade Commission (“FTC”).<sup>36</sup> DNTKA expands upon COPPA by increasing coverage to children from those age 12 up to but under age 16, extending the definition of operators to those persons allowed by such services and sites to collect children’s PI, adding protections with regard to digital marketing, and notably including a provision for the removal of content. Section 6 of the bill, contains the pertinent parts to the Removal of Content provision:

*(a) Acts prohibited: It is unlawful for an operator of a website, online service, online application, or mobile application to make publicly available through the website, service, or application content or information that contains or displays personal information of children or minors in a manner that violates the regulations prescribed under subsection.*

*(b) Regulations: [Operators are required] to [...] (A) implement mechanisms that permit a user of the website, service, or application of the operator to erase or otherwise eliminate content or information submitted to the website, service, or application by such user that is publicly available through the website, service, or application and contains or displays personal information of children or minors; and (B) to take appropriate steps to make users aware of such mechanisms and to provide notice to users that such mechanisms do not necessarily provide comprehensive removal of the content or information submitted by such users.*

*(2) Exception: The regulations promulgated under paragraph (1) may not require an operator or third party to erase or otherwise eliminate content or information that— (A) any other provision of Federal or State law requires the operator or third party to maintain; or (B) was submitted to the website, service, or application of the operator by any person other than the user who is attempting to erase or otherwise eliminate such content or information, including content or information submitted by such user that was republished or resubmitted by another person.<sup>37</sup>*

---

<sup>36</sup> UNITED STATES OF AMERICA. U.S. Congress. **Children’s Online Privacy Protection Rule**. 16th Code Of Federal Regulations, § 312.2. 78 Federal Regulation 3972, 3972, Jan. 17, 2013, codified at 16th Code Of Federal Regulations, pt. 312

<sup>37</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 1563, 114th Cong. Do Not Track Kids Act of 2015, S. 1563, 114th Cong. § 6, 2015.

The wording is consistent with the “Eraser Button” law in California.<sup>38</sup> That law, SB 568 came into effect in January 2015, and was authored by state senate leader Darrell Steinberg. According to Steinberg,

The second part of the bill is the so-called eraser button bill, which would require Internet companies to provide an easy-to-use method for a minor to delete a posting or a picture from a Web site before it’s transmitted to a third party. The purpose, of course, is to allow minors — and we’ve all been teenagers who sometimes act in ways that they regret a few moments or an hour later or makes their parents looking over their shoulder say “why did you post that?” — and allows them to remove it before it can be embarrassing to themselves or harmful to somebody else. That’s the piece that’s getting a lot of attention, and it’s a very important piece.<sup>39</sup>

When asked how California’s eraser button would differ from the delete buttons that most social media sites already have, Steinberg responded that “I think a lot of young people don’t know — it’s not always easily accessible to delete and it can still be accessed even if it is deleted I think in many instances with the right kind of technology. This will allow it to be removed and not be accessed by anybody subsequently.”<sup>40</sup>

The intent of the Removal of Content section is clearly the same form of “Eraser Button” as expressed by sponsors and in findings included in prior forms of the bill.<sup>41</sup> As Congressman Joe Barton, one of DNTKA sponsors stated, “This eraser button that would allow children to delete some ill-advised things they would post online. California passed a law like that a couple of months ago to do that and it goes into effect next year. [California’s law] shows what is in our bill could be enacted and implemented.”<sup>42</sup>

The DNTKA’s Removal of Content provision also contains a glaring exception, noted by its sponsors to account for the fact that often content was reposted, edited, re-used and distributed by others on the Internet subsequent to that content being posted on its original site by the child or youth.<sup>43</sup> This would obviate the effectiveness

<sup>38</sup> Compare Do Not Track Act of 2015, S. 1563, 114th Cong. § 2 (2015), with CALIFORNIA. California Legislative Service Chapter 336 (Senate Bill 568 – West), 2013.

<sup>39</sup> PETERSON, Andrea. Author of California Online Eraser Law: It’s Not Always Easy to Find the Delete Button. **Washington Post**. Washington, sept. 2013, Available at: <<https://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/09/25/author-of-california-online-eraser-law-its-not-always-easy-to-find-the-delete-button/>>.

<sup>40</sup> PETERSON, Andrea. Author of California Online Eraser Law: It’s Not Always Easy to Find the Delete Button. **Washington Post**. Washington, sept. 2013, Available at: <<https://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/09/25/author-of-california-online-eraser-law-its-not-always-easy-to-find-the-delete-button/>>.

<sup>41</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 1563, 114th Cong. Do Not Track Kids Act of 2015, S. 2378, UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 2378, 113th Cong. **Do Not Track Kids Act of 2014**. § 102, 2014; UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 2378, 113th Cong. **Do Not Track Kids Act of 2014**. § 102, 2014, H.R. 4711, UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 2378, 113th Cong. **Do Not Track Kids Act of 2014**. § 102, 2014; UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 2378, 113th Cong. **Do Not Track Kids Act of 2014**. § 102, 2014, S. 1700, § 2 (2013).

<sup>42</sup> BARTON, Joey. The Communicators with Representative Joe Barton. **C-SPAN**, Washington D.C. Available on: <<http://www.cspan.org/video/?318011-1/communicators-representative-joe-barton-rtx>>.

<sup>43</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 1563, 114th Cong. **Do Not Track Kids Act of 2015**. §6(a)(2)(A)-(B) 2015.

that Steinberg asserted for proposing the eraser button as a more effective tool than extant social media delete functions. As Barton noted,

*In the last Congress a lot of technology companies had questions about what could be done, how could you do it, what their liability was. The bill that we introduced, we've gone to some length to revise the language so that it makes it explicitly clear that the requirement to erase it from the page or the location that the company has responsibility for. If something is first posted on Facebook, when that is erased, Facebook erases it from their page and erases it from their databank. But they cannot guarantee that if somebody took that and put it on Youtube and it has gone viral that you could erase it from all 10 million places it has gone to.<sup>44</sup>*

Commentators have noted that “[s]ocial media sites can play a positive role in the “unique and wholly new medium of worldwide human communication” that is the Internet not only by trimming censorship policies to a minimum but also by fostering robust and wide-open access to the information necessary for a functioning democracy.<sup>45</sup>

Key to the consideration and possible passage of DNTKA into law, and a challenge to its constitutionality, is the interpretation of the First Amendment. In 1996, Congress passed the Communications Decency Act. The Supreme Court found a provision of the CDA to be unconstitutional under the First Amendment because the statute criminalized “indecent” speech online.<sup>46</sup> In 1998, Congress passed the Child Online Protection Act (“COPA”) that imposed harsh criminal and civil penalties on those who placed material on the Web that the government deems “harmful to minors.”<sup>47</sup> The Court halted enforcement of COPA and returned the case to the district court for a full trial to examine whether there were effective ways to keep children safe online that did not unconstitutionally limit free speech.<sup>48</sup> In 2007, the U.S. District Court for the Eastern District of ruled that COPA failed to satisfy strict scrutiny and struck down the law.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> BARTON, Joey. The Communicators with Representative Joe Barton. **C-SPAN**, Washington D.C. Available on: <<http://www.cspan.org/video/?318011-1/communicators-representative-joe-barton-rtx>>.

<sup>45</sup> HEINS, Marjorie. The Brave New World of Social Media Censorship. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 127, n. 325, p. 325-330, jun. 2014. Available at: <<https://harvardlawreview.org/2014/06/the-brave-new-world-of-social-media-censorship/>>.

<sup>46</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 870. 1997.

<sup>47</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 U.S. 656. 2004.

<sup>48</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 U.S. 656. 2004; UNITED STATES OF AMERICA. *American Civil Liberties Union v. Gonzales*, 478 F. Supp. 2d 775. Pennsylvania. 2007.

<sup>49</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *American Civil Liberties Union v. Gonzales*, 478 F. Supp. 2d 775. Pennsylvania. 2007. affirmed sub nom. UNITED STATES OF AMERICA. *American Civil Liberties Union v. Mukasey*, 534 F.3d 18, 2008. cert. denied UNITED STATES OF AMERICA *Mukasey v. American Civil Liberties Union*, 555 U.S. 1137. 2009.

### 3. LEGAL DOCTRINE FOR CONTENT-BASED ANALYSIS UNDER THE FIRST AMENDMENT

The First Amendment expressly prohibits the Federal Government from enacting laws restricting the freedom of speech or of the press.<sup>50</sup> This freedom extends to communication and dissemination of content.<sup>51</sup> When it comes to operators like commercial online services and websites, courts have likened social media operators to newspaper publishers.<sup>52</sup> For example, Google's publishing of lawful content and editorial judgment as to its search results is constitutionally protected.<sup>53</sup> Even if the operator's content was voluntarily submitted by a third party, the court cannot compel the operator to add or remove content— unless the content falls into an unprotected category.<sup>54</sup>

The Court has recognized several categories of speech the Government may restrict. These categories included fighting words, true threats, incitement, obscenity, child pornography, fraud, defamation, or statements integral to criminal conduct.<sup>55</sup> The Government may also regulate commercial speech, but only if that speech is doing no more than proposing a commercial transaction.<sup>56</sup> Outside these categories, speech is presumptively protected and generally cannot be curtailed by the government.<sup>57</sup>

When the government seeks to restrict speech based on its content, the government bears the burden of rebutting that presumption.<sup>58</sup> The government proves the constitutionality of its actions by either demonstrating that the content-based action meets the rigors of the strict scrutiny or that the government's action is content-neutral and should be subject to lesser intermediate scrutiny.<sup>59</sup>

The fact that a statute does not impose a complete prohibition on certain type of speech but instead imposes a burden on speech does not affect the analysis.<sup>60</sup> For a content based test involving free speech, the Court will consider the actual words of the statute and its legislative history.<sup>60</sup> If the primary purpose off the statute is intended to silence speech protected under the First Amendment, the Court will apply a strict

<sup>50</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Constitution. 1<sup>o</sup> Amendment.

<sup>51</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Consol. Edison Co. of New York v. Pub. Serv. Comm'n of New York*, 447 U.S. 530, 541-42. 1980.

<sup>52</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Jian Zhang v. Baidu.com Inc.*, 10 F.Supp.3d 433. New York. 2014.

<sup>53</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Google, Inc. v. Hood*, No. 3:14CV981-HTW-LRA, 2015 WL 1546160, at \*9 (S.D. Miss. Mar. 27, 2015).

<sup>54</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Jian Zhang v. Baidu.com Inc.*, 10 F.Supp.3d 433. New York. 2014.

<sup>55</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *United States v. Alvarez*, 132 S.Ct. 2537, 2544. 2012; UNITED STATES OF AMERICA. *Brown v. Entertainment Merchants Assn.*, 131 S.Ct. 2733. 2011.

<sup>56</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 762. 1976.

<sup>57</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *United States v. Alvarez*, 132 S.Ct. 2537, 2544. 2012.

<sup>58</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 868. 1997.

<sup>59</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S. Ct. 2653, 2664. 2011.

<sup>60</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41, 48. 1986.

scrutiny standard.<sup>61</sup> If the statute’s intent is not to directly impact speech, but may have an incidental, collateral, or secondary effect, then the Court will deem the statute to be content-neutral and apply intermediate scrutiny. The DNTKA is clearly a content-based bill.<sup>62</sup>

## 4. ANALYSIS

### 4.1. Analysis Under *Reno v. American Civil Liberties Union*

The DNTKA is not regulation of commerce, but regulation of protected speech. The speech is presumptively presumed to be protected.<sup>63</sup> Commerce speech that does “no more than propose a commercial transaction lacks protection.”<sup>64</sup> However, a speaker’s economic motive does not strip his speech of first amendment protection.<sup>65</sup>

Courts have rejected that the Government is merely regulating commerce and is not restricting speech when a statute includes limiting language, such as “for commercial purposes.”<sup>66</sup> Courts have specifically rejected that argument for the first manifestation of COPA that “provided for civil and criminal penalties—including up to six months imprisonment—for anyone who knowingly posts material that is harmful to minors on the Web for commercial purposes.”<sup>67</sup>

Courts have affirmed that the “contention that COPA regulates only commercial speech and, thus, should be analyzed under the less exacting standard for such speech is *utterly meritless*. If accepting advertising or selling subscriptions transformed speech into commercial speech, the First Amendment protections afforded to many modes of communication, including print, would be completely destroyed.”<sup>68</sup>

Similarly, the DNTKA is not merely a commerce regulation that applies to when a commercial transaction occurs. When the DNTKA’s removal provision applies is based on a website’s content.<sup>69</sup> In fact, such language only signals content-based bias. The

<sup>61</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S. Ct. 2653, 2664. 2011.

<sup>62</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *McCullen v. Coakley*, 134 S. Ct. 2518, 2534-35. 2014.

<sup>63</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *United States v. Alvarez*, 132 S.Ct. 2537, 2544. 2012.

<sup>64</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 762. 1976.

<sup>65</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S. Ct. 2653, 2665. 2011. (stating that although “the burdened speech results from an economic motive, so too does a great deal of vital expression.”); UNITED STATES OF AMERICA. *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 761. 1976. (“[S]peech does not lose its First Amendment protection because money is spent to project it, as in a paid advertisement of one form or another.”).

<sup>66</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *American Civil Liberties Union v. Mukasey*, 534 F.3d 181, 184-85.2008.

<sup>67</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 867-68. 1997.

<sup>68</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *American Civil Liberties Union v. Gonzales*, 478 F. Supp. 2d 775, 809 (E.D. Pa. 2007) affirmed sub nom. *American Civil Liberties Union v. Mukasey*, 534 F.3d 181. 2008.

<sup>69</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 1563, 114th Cong. **Do Not Track Kids Act of 2015**. §§ 2, 5(b)(3), 6 2015; UNITED STATES OF AMERICA. **Children’s Online Privacy Protection Rule**, 78 Federal Regulation 3972, 3984. Jan. 2013.

Supreme Court has held that regulations are content-based when a statute imposes, either on its face or in practical operation, prohibitions or exemptions based on the content of a person's speech.<sup>70</sup>

In *Sorrell* the Court found that a Vermont statute disfavored marketing speech, and thus was content-based by (1) forbidding the collection of prescriber information based on the content of a purchaser's speech; (2) barring "any disclosure when recipient speakers will use the information for marketing;" (3) prohibiting "pharmaceutical manufacturers from using the information for marketing;" and (4) exempting from the prohibition "those who wish [use the prescriber information] to engage in certain educational communications."<sup>71</sup>

Like in *Sorrell*, the DNTKA imposes prohibitions and exemptions based on the content of the operator's website. On its face, the DNTKA seeks to enact content- and speaker-based restrictions on the collection, use, disclosure of children's PI based on whether the "operator of a website [...] make[s] publicly available through the website [...] content or information that contains or displays personal information of children or minors [...]"<sup>72</sup> When a child user posts content on a child-directed website, the operators of that website has both collected and used a child's PI, thus triggering the removal requirement. As such, the DNTKA would apply not to all websites or online services, but a specific subset of speakers and a specific content of speech. Specifically, the eraser button or removal of content provision would restrict the ability of Internet operators to publish content provided to them by youth. However, the DNTKA exempts non-children directed websites, third-parties, and non-profits from these collection, disclosure, and use restrictions.<sup>73</sup>

The Court will not find a government action to be content-based when the purpose of the regulation is not to restrict speech.<sup>74</sup> Regulations that only implicate speech as a secondary effect are content-neutral.

In *Reno* the Court found that the CDA was a content-based restriction because the purpose of the regulation was "to protect children from the primary effects of indecent" and "patently offensive" speech, rather than any "secondary" effect of such speech.<sup>75</sup> Similarly, in *Playboy Entertainment Group, Inc.*, the Court found that the overriding justification for imposing a signal bleed restriction on sexually explicit content was out of "concern for the effect of the subject matter on young viewers."<sup>76</sup>

<sup>70</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S. Ct. 2653, 2663. 2011.

<sup>71</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S. Ct. 2653, 2663. 2011.

<sup>72</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 1563, 114th Cong. **Do Not Track Kids Act of 2015**. § 6(a). 2015.

<sup>73</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 1563, 114th Cong. **Do Not Track Kids Act of 2015**. § 6(a). 2015.

<sup>74</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *City of Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41, 48. 1986.

<sup>75</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 867-68. 1997.

<sup>76</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *United States v. Playboy Entm't Grp., Inc.*, 529 U.S. 803, 811-12. 2000.

The DNTKA co-sponsors have made readily clear that primary purpose of the purpose of the “Eraser Button” is protect children from future employers and academic institutions reacting to embarrassing content children have posted of themselves on-line. The prior versions of the DNTKA indicate the removal is necessary because of the direct impact the content will have on the people reviewing it.<sup>77</sup>

Although there are no legislative studies on the DNTKA, *Renton* held that a government may choose to enact legislation based on the finding and experiences of another municipality.<sup>78</sup> Similarly, the DNTKA appears to rely heavily on the California legislature’s findings.<sup>79</sup>

California’s committee hearings also reveal that the purpose of the state’s eraser button was so children could remove photos that would prevent them from being hired.<sup>80</sup>

A content based test requires that the government must prove that there is a compelling purpose for enforcing the statute, that the statute is narrowly tailored be least restrictive on other forms of speech to meet that purpose, and that it is necessary because there are not less restrictive measures that are as effective in meeting the purpose.<sup>81</sup> DNTKA does not meet this test.

## 5. ANALYSIS UNDER TURNER BROADCASTING SYSTEM, INC. V. FCC

Nonetheless, the Court could hold that the DNTKA be subject to a less exacting scrutiny based on the nature of the broadcasting medium. In *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, and a subsequent line of cases, the Supreme Court has repeated exercise intermediate scrutiny for content regulation on broadcast medium.<sup>82</sup> For instance, in *Turner*, the Supreme Court, after applying intermediate scrutiny, upheld regulations requiring cable operators to carry the signals of a of local broadcast television stations.<sup>83</sup> The Court acknowledged the cable operators “by exercising editorial discretion over which stations or programs to include in its repertoire[,]” “engage[d] in and

<sup>77</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 1563, 114th Cong. **Do Not Track Kids Act of 2015**. § 6(a)(2)(A) 2015; UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 2378, 113th Cong. Do Not Track Kids Act of 2014. § 102. 2014.

<sup>78</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *City of Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41, 51-52. 1986. (“The record in this case reveals that Renton relied heavily on the experience of, and studies produced by, the city of Seattle [...] We hold that Renton was entitled to rely on the experiences of Seattle and other cities . . . in enacting its adult theater zoning ordinance.”).

<sup>79</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 1563, 114th Cong. **Do Not Track Kids Act of 2015**. § 6(a)(2)(A) 2015; UNITED STATES OF AMERICA. Bill S. 2378, 113th Cong. **Do Not Track Kids Act of 2014**. § 102. 2014; STEINBERG, Darrell, **California Senate Judiciary Committee**. Senate Bill 568 Privacy: Internet: Minors. Available at: < [http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billAnalysisClient.xhtml?bill\\_id=2013201405B568](http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billAnalysisClient.xhtml?bill_id=2013201405B568)>. 2013.

<sup>80</sup> STEINBERG, Darrell. **California Senate Judiciary Committee**. Senate Bill 568 Privacy: Internet: Minors. 2013. Available at: <[http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billAnalysisClient.xhtml?bill\\_id=2013201405B568](http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billAnalysisClient.xhtml?bill_id=2013201405B568)>.

<sup>81</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S. Ct. 2653, 2663-64. 2011.

<sup>82</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Turner Broad System, Inc. v. FCC* *TurnerI*, 512 U.S. 622. 1994.

<sup>83</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Turner Broad System, Inc. v. FCC* *TurnerI*, 512 U.S. 662. 1994

transmit[ted] speech” protected by the First Amendment.<sup>84</sup> Nevertheless, the Court devised a three-part intermediate scrutiny test for broadcasting. First, is the broadcast operator a mere conduit of the content?<sup>85</sup> Second, does the operator exist in a quasi-monopoly environment, whereby there is limited ability to publish content through that medium?<sup>86</sup> Finally, is the regulation content neutral, as in the burden is not being imposed because of a broadcaster’s views but is being applied uniformly to all broadcasters?<sup>87</sup>

As for the first prong of the test, the *Turner* Court was amenable to applying intermediate scrutiny because a cable operator only served as a mere conduit to transmit television shows. The cable operator was a conduit because the medium did not allow viewers to converse with the broadcasters or a television program.<sup>88</sup> In *Jian Zhang*, the district court held this prong was not applicable to an internet search engine.<sup>89</sup> The court found that the Baidu search engine was “more than a passive receptacle or conduit for news, comment, and advertising[,]” rather, distinguishable from *Turner*, Baidu was active in engaging its users as it had “purposely design[ed] its search engine algorithms to exclude any pro-democracy topics, articles, publications, and multimedia coverage.”<sup>90</sup> Websites, like those the DNTKA targets, are more than mere conduits but an active, real-time exchange of ideas between users and the operator of the platform.

The second prong of the *Turner* test inquires whether medium exists in a quasi-monopolistic atmosphere, thus making it more acceptable for imposing restriction because of the limited ability for other to control the medium. Access is limited for cable and radio broadcasting where the government must issue license for use because there is a finite number of waves or lines available. Thus, those broadcasters that have a license and the considerable financial means dominate the airwaves while shutting out other speakers.<sup>91</sup> But that is not the environment on the internet. As Justice Souter noted “Through the use of chat rooms, any person with a phone line can become a

<sup>84</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Turner Broad System, Inc. v. FCC Turner*, 512 U.S. 636. 1994.

<sup>85</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Turner Broad System, Inc. v. FCC Turner*, 512 U.S. 629. 1994 (inquiring whether the cable operator a “conduit for the speech of others, transmitting it on a continuous and unedited basis to subscribers[?]”).

<sup>86</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Turner Broad System, Inc. v. FCC Turner*, 512 U.S. 661. 1994; UNITED STATES OF AMERICA. *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.* 515 U.S. 557. 1995. (inquiring whether the cable operator’s ability to exclude some speakers “gives rise to the Government’s interest in limiting monopolistic autonomy in order to allow for the survival of broadcasters who might otherwise be silenced and consequently destroyed[?]”).

<sup>87</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Turner Broad System, Inc. v. FCC Turner*, 512 U.S. 622. 1994. (inquiring whether the regulation “imposes a restriction, penalty, or burden by reason of the views, programs, or stations the cable operator has selected or will select[?]”).

<sup>88</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Turner Broad System, Inc. v. FCC Turner*, 512 U.S. 629. 1994.

<sup>89</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Jian Zhang v. Baidu.com Inc.*, 10 F.Supp.3d 433. New York. 2014.

<sup>90</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Jian Zhang v. Baidu.com Inc.*, 10 F.Supp.3d 440-41. New York. 2014.

<sup>91</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Turner Broad System, Inc. v. FCC Turner*, 512 U.S. 661. 1994. UNITED STATES OF AMERICA. *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.* 515 U.S. 577. 1995.

town crier with a voice that resonates farther than it could from any soapbox.”<sup>92</sup> Court decisions have not found this prong applicable to the internet precisely for the same reason Justice Souter gave.<sup>93</sup>

The final prong the *Turner* Court gave considered whether the regulatory burden was content-neutral.<sup>94</sup> The Court determined that because all cable operators were only being required to carry local television programming, the regulation at issue was not content based burden. The Court thought it was important that the regulation applied uniformly to all broadcasters and said it was not being imposed because of a broadcaster’s viewpoint.<sup>95</sup>

Recall that as previously stated, the DNTKA is not content-neutral because it restricts speech based on the reactions to posters’ comments. But even accepting that the regulation applies to all online operators of children directed content, the burden they risk is still distinguishable to that in *Turner*. In the Court’s view, it is far more constitutionally precarious to ban content than require a medium provider to carry additional content.<sup>96</sup> Additionally, the Court rejected the initial version of COPPA because it imposed criminal penalties on persons engaging in protected speech.<sup>97</sup> Similarly, *Simon & Schuster, Inc. v. Members of New York State Crime Victims Board*, the Court rejected a law that would amount to a substantial financial burden from civil fines if the company published a book by an organized crime figure.<sup>98</sup> The DNTKA similarly imposes substantial civil fines on violators that if not paid, the FTC can pursue criminal action against the platform operator.<sup>99</sup> Consequently, in both respect of a burden, the content removal and the penalty platform operators face make the DNTKA distinguishable from the burden imposed in *Turner*. Thus for prongs of the *Turner* test a lower scrutiny would not be applicable for the DNTKA.

## 6. CONCLUSION

The DNTKA co-sponsors’ ambitions may be well-intentioned in trying to help minors avoid future embarrassment, but the bill the legislators have drafted is deeply flawed in a number of ways.

<sup>92</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 870 (1997).

<sup>93</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Jian Zhang v. Baidu.com Inc.*, 10 F.Supp.3d 433, 439. New York. 2014.

<sup>94</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Turner Broad System, Inc. v. FCC Turner/ Turner*, 512 U.S. 644. 1994.

<sup>95</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Turner Broad System, Inc. v. FCC Turner/ Turner*, 512 U.S. 644. 1994.

<sup>96</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Turner Broad System, Inc. v. FCC Turner/ Turner*, 512 U.S. 668. 1994 (adding content of local television programs); UNITED STATES OF AMERICA. *United States v. Playboy Entm’t Grp., Inc.*, 529 U.S. 803, 811-12. 2000. (removing content of a signal bleed from the Playboy program).

<sup>97</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844. 1997.

<sup>98</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Simon & Schuster, Inc. v. Members of New York State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105, 116. 1991).

<sup>99</sup> KOHM, James; MOORE, Robin L. *Anatomy of an Order Enforcement Program. Antitrust*, Connecticut, v. 29, n. 3. 2015.

First and foremost, the bill is directed to the content of a service's and person's website. Some of these websites are set up to encourage public discourse and civic participation—that is, free speech and expression, the free interchange of ideas. The versatility of the Internet enables any person to “become a town crier,” no matter his age or market-share.<sup>100</sup>

By requiring operators of children-directed websites—a difficult to determine designation, and to delete on demand whatever photos and comments submitted by child users, the DNTKA deters public discourse. The bill's sponsors have tended to assume that items removed will be those that are embarrassing. But that is not necessarily the case. Teens might be bullied into removing important, even profound messages. The musings and explorations of a youth that provoke response and can lead to the formation of a mature adult might be stifled.

Discourse, even if uncomfortable, might lead to important self-discoveries. For example the postings of Megan Phelps-Roper prompted a 13 word response from David Abitbol—that changed her life—and as she herself argued, for the better. Allowing for the user controlled removal of content has serious consequences for the viability of social media sites themselves. Because the content of a site may be largely composed of such submissions—it essentially puts users in control of the product with the ability to effectively censor portions of it. The bill should clearly be subject to strict scrutiny by the courts.

Social media sites already have a means for the immediate removal of a posting if users abide by it. The bill though, puts an added burden on operators. While the bill recognizes the ability to remove materials will depend upon a changing technology, the possible financial burdens for the cost of compliance or FTC enforcement action may discourage potential website operators from entering the marketplace, thus curtailing innovation and opportunities for self-expression.

Additionally, the practical attributes of social media posting, reposting, editing somewhat, and maybe even to large extent obviate the stated intention of the legislation and its effectiveness. The bill carves out a big exemption for third-party reposted material—as it necessarily must. This means that when a picture or comment goes viral, it is inerasable. Thus the political rhetoric surrounding the bill may create a false impression among the public that youth can be protected when they are not. Parents and youthful posters may act with an unjustified, false sense of security

Current social media and website protections are in place to protect children and youth. Social media sites like Facebook offer warnings and an ability to immediately review and remove a post. But the bill could encourage a broader, “un-ringing the bell” attitude, which has consequences for our society. Do we want to encourage youth

---

<sup>100</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 870. 1997.

to think it is okay to say whatever you want because you can simply take it back? Removing discourse rather than adding to it is not the way to instill in youthful citizens a sense of the free marketplace of ideas in a democracy. More effective might be parents teaching their children and schools teaching their students proper or appropriate digital behavior and a sense of responsibility for their actions, as we do now to avoid and curtail illicit and improper behavior.

## 7. REFERENCES

BARTON, Joey. The Communicators with Representative Joe Barton. **C-SPAN**, Washington D.C. Available on: <<http://www.cspan.org/video/?318011-1/communicators-representative-joe-barton-rtx>>.

BUMP, Phillip. Finally, We Know How Many Bloggers Live in Their Parents' Basement. **Washington Post**, Washington D.C., mar. 2015. Available at: <<http://www.washingtonpost.com/blogs/wonkblog/wp/2015/03/25/finally-we-know-how-many-bloggerslive-in-their-parents-basement/>>.

GARFINKEL, Simson. How to Delete Regrettable Posts from the Internet. **MIT Technology Review**, Cambridge, oct. 2012. Available at: <<https://www.technologyreview.com/s/506521/how-to-delete-regrettable-posts-from-the-internet/>>.

HEINS, Marjorie. The Brave New World of Social Media Censorship. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 127, n. 325, p. 325-330, jun. 2014. Available at: <<https://harvardlawreview.org/2014/06/the-brave-new-world-of-social-media-censorship/>>.

KOHM, James; MOORE, Robin L. Anatomy of an Order Enforcement Program. **Antitrust**, Connecticut, v. 29, n. 3. 2015.

LENHART, Amanda. Teen, Social Media & Technology Overview. **Pew Research Center**, Washington, apr. 2015. Available at: <<http://www.pewinternet.org/2015/04/09/teens-social-media-technology-2015/>>.

MADDEN, Mary, et al. Teens Social Media, & Privacy. **Pew Research Center**, Washington, may 2013. Available at: <<http://www.pewinternet.org/2013/05/21/teens-social-media-and-privacy/>>.

MARKEY, Ed. **The Do Not Track Kids Act of 2013**. 2013. Available at: <[http://www.markey.senate.gov/documents/2013-11-14\\_DNTK\\_1pager.pdf](http://www.markey.senate.gov/documents/2013-11-14_DNTK_1pager.pdf)>.

PETERSON, Andrea. Author of California Online Eraser Law: It's Not Always Easy to Find the Delete Button. **Washington Post**. Washington, sept. 2013, Available at: <<https://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/09/25/author-of-california-online-eraser-law-its-not-always-easy-to-find-the-delete-button/>>.

REESE, Diana. Escape from Westboro Baptist Church: Is Fresh Start Possible for Phelps's Granddaughters? **Washington Post**, Washington, feb. 2013. Available on: <<http://www.washingtonpost.com/blogs/she-thepeople/wp/2013/02/09/escape-from-westboro-baptist-church-is-fresh-start-possible-for-fred-phelps-granddaughters/>>.

WANG, Yang; LEON, Pedro Giovanni; CHEN, Xiaoxuan; KOMANDURI, Saranga; NORCIE, Gregory. From Facebook Regrets to Facebook Privacy Nudges. **Ohio State Law Journal**, Columbus, vol. 74, n. 6, p. 1307-1334, nov./dec. 2013.

WEINSTEIN C. Emily. The Personal is Political on Social Media: Online Civic Expression Patterns and Pathways among Civically Engaged Youth. **International Journal of Communication**, Los Angeles, vol. 8, p. 210-233, 2014.





## Spreading the wealth: a step by step guide to the Swedish socialist model; what it is, what it does, and why America desperately needs it\*

### *Difundindo a riqueza: um guia passo a passo para o modelo socialista sueco; o que é, o que faz e porque os Estados Unidos precisam desesperadamente dele*

**JOSEPH SIGNORE\*\***

Thurgood Marshall School of Law (United States of America)  
j.signore0416@student.tsu.edu

**Recebido/Received:** 04.04.2017 / April 04th, 2017

**Aprovado/Approved:** 24.04.2017 / April 24th, 2017

#### Abstract

The goal of the paper is to learn what democratic socialism is and to discuss the history of the Swedish Social Democratic Party (SAP), what their model is, and how it works. Despite the fears Americans have of socialism, Sweden is home to some of the happiest people in the world. This must mean the fears that Americans have of socialism are unfounded. The Swedish people benefit from a wide range of socialist programs – programs which, if instituted in America, would be very popular. Once a thorough understanding of democratic socialism has been achieved, this paper illustrates examples of its use in America. It explores the various ways America has already benefited from democratic socialism and how Americans can move away from capitalism and towards a

#### Resumo

O artigo tem o objetivo de aprender o que é o socialismo democrático e discutir a história do partido social democrático sueco (SAP), que tipo de modelo ele é e como ele funciona. Apesar do medo que os estadunidenses detêm do socialismo, a Suécia abriga um dos locais com pessoas mais felizes no mundo. Isso deve significar que o medo que os estadunidenses têm sobre o socialismo está errado. Os suecos se beneficiam de um gama de programas sociais importantes, programas que, instituídos nos Estados Unidos, seriam bastante populares. Uma vez realizada uma compreensão minuciosa do que o socialismo democrático alcançou, este trabalho ilustra exemplo de seu uso nos Estados Unidos. O trabalho explora os vários meios em que os Estados Unidos já se beneficiaram do socialismo democrático e como os

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: SIGNORE, Joseph. Spreading The Wealth: A Step By Step Guide To The Swedish Socialist Model; What It Is, What It Does, And Why America Desperately Needs It. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.51612.

\* The author wishes to thank Professor Thomas Kleven, who supervised an initial version of this article as an Independent Research project and whose suggestions greatly contributed to the author's thinking about the topic. Without the guidance of Professor Kleven this paper would not have been possible. Muchas Gracias por ser un gran professor y amigo.

\*\* J.D. Candidate at Thurgood Marshall School of Law (Houston, USA). Master of Arts M.A. at Webster University. Bachelor of Science B.S. at Park University. E-mail: j.signore0416@student.tsu.edu.

model such as this. In the end, two points become clear; one, that democratic socialism works, and two, that democratic socialism has been an American ideal all along.

*estadunidenses podem deixar de lado o capitalismo para um modelo como esse. Ao fim, dois pontos ficam claros; um, o socialismo democrático funciona, e dois; o socialismo democrático tem sido um ideal dos Estados Unidos desde sempre.*

**Keywords:** Democratic socialism; Swedish model; America; social programs; Welfare State.

**Palavras-chave:** Socialismo democrático; modelo sueco; Estados Unidos; programas sociais; Estado Social.

## CONTENTS

**1.** Introduction; **2.** Historical Background; **3.** The Swedish Socialist Model; **4.** Examples of American Socialism; **5.** Is America a True Democracy?; **6.** Restoring American Democracy; **7.** Moving Towards the Swedish Socialist Model; **8.** Starting the Political Revolution; **9.** References.

### 1. INTRODUCTION

Democratic Socialism is a term that is often derided in America. Just hearing the word ‘socialism’ brings up images of the Soviet Union under Joseph Stalin or North Korea under Kim Jong-un. These harsh images, however, are only two examples of what socialism can be. The word socialism is defined as a social system in which the means of producing and distributing goods are owned collectively. The whole community exercises political power in this system.<sup>1</sup> As long as the government employing socialism listens to the will of the people, and institutes programs that are beneficial, it can and does work.

One of the best examples of democratic socialism can be found in Sweden. Sweden is one of the largest countries in Europe that uses a democratic socialist system. Despite the fears Americans have of socialism, Sweden is home to some of the happiest people in the world. According to a survey of 156 countries and their level of life contentment, Sweden ranked 10th in overall happiness.<sup>2</sup> Coincidentally, the top four spots go to countries that use this type of system: Denmark, Norway, Switzerland, and The Netherlands. In comparison, Americans ranked 13th.<sup>3</sup> How could this be? A country based on socialist ideals could not possibly have happier citizens than the ones found in America. This must mean the fears that Americans have of socialism are unfounded. The Swedish people benefit from a wide range of socialist programs – programs which, if instituted in America, would be very popular. The goal of this paper is to learn what

<sup>1</sup> **THE AMERICAN HERITAGE DICTIONARY.** 4. New York: Houghton Mifflin Company, 2011. p. 785.

<sup>2</sup> HETTER, Katia. Where are the world’s happiest countries? **CNN**, [s.l.], mar. 2016. Available on: <<http://cnn.com/2016/03/16/travel/world-s-happiest-countries-united-nations>>.

<sup>3</sup> HETTER, Katia. Where are the world’s happiest countries? **CNN**, [s.l.], mar. 2016. Available on: <<http://cnn.com/2016/03/16/travel/world-s-happiest-countries-united-nations>>.

democratic socialism is and to discuss the history of the Swedish Social Democratic Party (SAP), what their model is, and how it works.

Once a thorough understanding of democratic socialism has been achieved, this paper will then illustrate examples of its use in America. It will explore the various ways America has already benefited from democratic socialism and how Americans can move away from capitalism and towards a model such as this.

In the end, two points will become clear; one, that democratic socialism works, and two, that democratic socialism has been an American ideal all along.

## 2. HISTORICAL BACKGROUND

In the early 1880s, Sweden was a class system with a high concentration of capital within a tiny group of wealthy families.<sup>4</sup> There existed a small middle class, and a mass of peasants living in the countryside.<sup>5</sup> Poverty was widespread.<sup>6</sup> It was in this environment that the Swedish Social Democratic Labor Party (SAP) was formed in 1889.<sup>7</sup> In the beginning, the party was formed on two goals, universal suffrage and the eight-hour workday.<sup>8</sup> By 1911, the SAP was becoming an important political force in Sweden but was still incapable of achieving its own political goals.<sup>9</sup> The SAP achieved this power in 1932 during an economic depression.<sup>10</sup> The depression became the SAP's central theme of that election year.<sup>11</sup> The SAP proposed an economic plan for combating the crisis. It focused on extensive employment relief programs and state unemployment insurance.<sup>12</sup> The plans the SAP formed helped the party to win its first major victory, which allowed them to create their own form of government.<sup>13</sup>

<sup>4</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>5</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>6</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>7</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. xvii.

<sup>8</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. xvii.

<sup>9</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. xvii.

<sup>10</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>11</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>12</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>13</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

The post-WWII period in Sweden was very prosperous.<sup>14</sup> This prosperity was facilitated by favorable economic cycles.<sup>15</sup> Sweden produced paper, wood, steel, and ships, because the war did not affect the country's production.<sup>16</sup> During this time, the SAP created a number of political reforms, which eventually became the cornerstone of the party's policy of social welfare for years to come.<sup>17</sup> The most important of these were the universal child allowance, universal health insurance, and the national supplemental pension.<sup>18</sup>

During the 1970s, the SAP proposed additional reforms, which were aimed at increasing both equality and industrial democracy.<sup>19</sup> The "law on employment protection" (1973) was created, which guaranteed wage earners protection against unwarranted dismissal, and the "law on co-determination" (1976), which gave trades unions the opportunity to participate in important decisions in companies.<sup>20</sup>

The SAP's proposal to create a wage earners fund was the most significant.<sup>21</sup> This transferred a portion of a company's profits to a government-controlled pool that, via the purchase of stocks, would place wage earner representatives on company boards.<sup>22</sup> The goal was to transfer power into the hands of wage earners.<sup>23</sup> Naturally, capitalistic minded politicians, as well as big corporations, were against this proposal. They fought it for years. The Riksdag finally approved the proposal in the 1980s and created five investment funds for this purpose.<sup>24</sup>

Giving that kind of power to workers in American companies seems unimaginable. If the United States Congress were to propose laws to that effect, politicians on both sides of the aisle would be against it. They would state that the rights of the

<sup>14</sup> I MISGELD, Klaus et al. (Eds.). *Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden*. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. xxv.

<sup>15</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). *Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden*. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>16</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). *Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden*. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>17</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). *Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden*. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>18</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). *Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden*. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>19</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). *Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden*. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. xxvii.

<sup>20</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). *Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden*. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. xxv.

<sup>21</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). *Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden*. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. xxvii.

<sup>22</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). *Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden*. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>23</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). *Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden*. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>24</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). *Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden*. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

corporations were being violated, and that the economy would collapse – all the while ignoring the fact that successful companies in Sweden have been contributing to this type of fund for years.

The rise of the SAP in Sweden can be attributed to many factors. However, these four factors are the most important: 1) the Swedish collectivist attitude; 2) working class economic uniformity; 3) lack of religion; and 4) the SAP's accord/accommodation policy.

The first factor in the SAP's success, Sweden's collectivist attitude, was fully realized during the depression of the 1930s.<sup>25</sup> It got its start, however, in the agrarian societies of the 1880s.<sup>26</sup> During this time, poverty was widespread.<sup>27</sup> As a survival tactic, the agrarian societies began a tradition of collective self-organization.<sup>28</sup> This gave them a feeling of independence in relation to the powers-that-be.<sup>29</sup> These communities established labor communes, which began exhibiting socialist behaviors.<sup>30</sup> They established libraries, put on plays, and even organized bazaars.<sup>31</sup> The well-being of their members was their focus.<sup>32</sup> They would raise funds for members when they became ill or unemployed.<sup>33</sup> Eventually, these groups began providing formal education to members and their families as well.<sup>34</sup> These lessons mostly consisted of economics and science lessons to begin with, but eventually moved on to more diverse subjects.<sup>35</sup>

At first, these labor communes were not looked at favorably.<sup>36</sup> Many faced resistance from the church, police, and other authorities.<sup>37</sup> These communes, however,

<sup>25</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. xvii.

<sup>26</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. xviii.

<sup>27</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 7.

<sup>28</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 7.

<sup>29</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 7.

<sup>30</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 102.

<sup>31</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 104.

<sup>32</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 126.

<sup>33</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 103.

<sup>34</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 104.

<sup>35</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 104.

<sup>36</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 103.

<sup>37</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pen-

continued to organize, despite these troubles.<sup>38</sup> Over time, these communes became more accepted, which allowed whole generations of Swedish citizens to be “brought-up” with this collectivist mentality.

The early SAP evolved out of these communes.<sup>39</sup> The SAP understood the importance of this collectivist mindset and wanted to further strengthen it. For this reason, they began requiring an annual membership fee. By charging a fee, members felt actively involved in the decisions that the party was making.<sup>40</sup> By 1905, membership fees had become the party’s main source of income.<sup>41</sup> During election years, however, this income alone was not sufficient, so the party turned to fund raising to make up the difference.<sup>42</sup> Eventually, the Riksdag saw the importance of political parties and approved the introduction of a national subsidy to fund political parties.<sup>43</sup> This allowed the parties to stop accepting donations from powerful financiers, such as corporations.<sup>44</sup> At the time, all political parties were being criticized for this practice.<sup>45</sup> This decision took the political power away from the corporations and gave it back to the people. In America, the opposite is seen. Large corporate donors dominate the political landscape. This was the central issue in *Citizens United v FEC*<sup>46</sup>, which dealt with the regulation of campaign spending by organizations. The United States Supreme Court held (5-4) that freedom of the press prohibited the government from restricting independent political expenditures by a non-profit corporation. These principles were extended to “for-profit” corporations as well.<sup>47</sup> The outcome of this case gave corporations unlimited political spending power.

---

nsylvania: Penn State Press, 1993. p. 103.

<sup>38</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 103.

<sup>39</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 105.

<sup>40</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 108.

<sup>41</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 108.

<sup>42</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 108.

<sup>43</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 113.

<sup>44</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 115.

<sup>45</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 115.

<sup>46</sup> *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310, (2010).

<sup>47</sup> DUNBAR, John. The ‘Citizens united’ decision and why it matters, Non-profits or political parties? **The Center for Public Integrity**, Washington, oct. 2012. Available on: <<https://www.publicintegrity.org/2012/10/18/11527/citizens-united-decision-and-why-it-matters>>.

The second factor that helped the SAP was the economic uniformity of the Swedish working class.<sup>48</sup> This uniformity allowed the Swedish to see themselves as more equal.<sup>49</sup> For example, the unskilled workers' wages in Sweden were 80% of those of the skilled workers.<sup>50</sup> In comparison, American unskilled workers made about 50% of what the skilled workers were receiving.<sup>51</sup> These economic conditions allowed the Swedish labor movement to establish itself as one of the strongest in the world.<sup>52</sup>

The third factor in the SAP's success was their country's lack of religion. Sweden is a highly secular nation; the Swedish see little connection between religiosity and happiness.<sup>53</sup> This lack of religion allowed the government to focus their attention on class issues.<sup>54</sup> The decisions they made were based on logic and science, instead of religious beliefs.<sup>55</sup> It is hard to imagine American politicians adopting this way of thinking, even though the founding fathers intended a separation of church and state.<sup>56</sup> You can regularly hear politicians like Ted Cruz, Mike Huckabee, and George W. Bush, all constantly quoting religious scripture and invoking God when it comes to their policymaking.

The fourth and final factor in the SAP's success is their accord/accommodation policy. The accord/accommodation policy calls for overall cooperation.<sup>57</sup> Another term for it would be the "open door policy."<sup>58</sup> Isolation and polarization would be its opposite.<sup>59</sup> Accord/accommodation is not oriented toward creating agreement between existing views but toward pursuing goals in such a way that it is possible for others to accept them and cooperate or join in with them.<sup>60</sup> Neither is it an expression of goodwill, but

<sup>48</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>49</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>50</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>51</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 7.

<sup>52</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 9.

<sup>53</sup> SWEDEN SVERIDGE. **10 fundamentals of religion in Sweden**. Available on: <<http://https://sweden.se/society/10-fundamentals-of-religion-in-sweden/>>.

<sup>54</sup> SWEDEN SVERIDGE. **10 fundamentals of religion in Sweden**. Available on: <<http://https://sweden.se/society/10-fundamentals-of-religion-in-sweden/>>.

<sup>55</sup> SWEDEN SVERIDGE. **10 fundamentals of religion in Sweden**. Available on: <<http://https://sweden.se/society/10-fundamentals-of-religion-in-sweden/>>.

<sup>56</sup> THE ANTI-DEFAMATION LEAGUE. Did the Founding Fathers Support the Separation of Church and State? **ProCon.org**, Santa Monica. Available on: <<http://http://undergod.procon.org/view.answers.php?questionID=001358>>.

<sup>57</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>58</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>59</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>60</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pen-

rather a philosophy and a strategy for power.<sup>61</sup> This became a main theme for the SAP, according to party leader Albin Hansson when he stated, “Cooperation can be sought from both the left and the right. It is only a matter of keeping the possibilities open.”<sup>62</sup>

American politicians do not work this way. Cooperation between the two parties is almost never the goal. The Democrats and the Republicans are constantly fighting. They refuse to listen to each other’s positions, and they dogmatically hold to their own, even if it leads to governmental shutdown. This has happened eighteen times, most recently in October of 2013, when they fought over the Affordable Care Act.

Before the SAP was created, the Swedish citizens tended to look at the Riksdag as a repressive instrument, only serving the ruling class.<sup>63</sup> However, once the SAP proved its worth to the people, it became the powerful force that it is today. The SAP earned the trust of its citizens by showing that government could be used as a tool for the benefit of society.<sup>64</sup>

### 3. THE SWEDISH SOCIALIST MODEL

The SAP model of government focuses on the needs of the people. There are many aspects of this system that could be examined. This paper, however, will only examine its five most important themes, which are: integrative democracy, society as the “people’s home,” preventative social policy, social control of the market economy, and the welfare state.

The first, integrative democracy, is the SAP’s focus on democratic decision making.<sup>65</sup> Above all else, democratic decision making is the party’s objective.<sup>66</sup> The SAP regards democratic decision making as the highest standard of legitimacy.<sup>67</sup> They believe rulers must act on behalf of the citizens’ interests, and not their own.<sup>68</sup> From its inception, the SAP has focused on creating a state in which workers, and then

---

nsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>61</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 19.

<sup>62</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 19.

<sup>63</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>64</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>65</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 410.

<sup>66</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>67</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>68</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 419.

employees in general, could participate on equal terms in the organization and governance of society.<sup>69</sup> All voices are to be equal and heard. Political life, social and economic organization are governed by this principle.<sup>70</sup> Early party leader Rickard Sandler stated this about equality:

*The main cause of those faults which disfigure present-day civilization is the private capitalistic mode of production which places rights of ownership in the hands of a minority, dooms the majority dependence, and makes the opposition between workers and capitalists the determining characteristic of today's society. This class struggle will not cease until society is so transformed that capitalist exploitation has totally ceased, the class society has fallen and mass poverty has been abolished. These things can only happen through the abolishment of private capitalist rights to ownership of the means of production, and the latter's coming under the control of society, and by replacing the present unplanned production of goods with a socialist production, planned according to the real needs of society in order to increase the standards of welfare.<sup>71</sup>*

This idea of equality ties nicely with the SAP's second theme, the idea of society as the "people's home." Early party leader Albin Hansson created what became known as the "people's home" model.<sup>72</sup> This model meant that the social democratic state should be like a home, a family, in which solidarity is natural and mutual help instinctive.<sup>73</sup> This model helped to inspire national solidarity.<sup>74</sup> This model also created the attitude of building broad political coalitions.<sup>75</sup> The people's home model helped foster feelings of unity throughout Sweden.<sup>76</sup> Using the "home" analogy was an easy way to help people understand their idea of what society should be.<sup>77</sup> In the home,

<sup>69</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden.** Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 410

<sup>70</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden.** Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>71</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden.** Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 133.

<sup>72</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden.** Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 42.

<sup>73</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden.** Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 42.

<sup>74</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden.** Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 42.

<sup>75</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden.** Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 42.

<sup>76</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden.** Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 42.

<sup>77</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden.** Pen-

no one looks down upon anyone else, everyone in the family gets equal treatment, all family members are fully supported, and no one tries to gain advantage at another's expense. Belief in the "people's home" meant that it was the SAP's duty to establish guarantees for the well-being of its citizens.<sup>78</sup> This is why the SAP has created policies which, compared to the programs found in the United States, almost sound impossible. For example, they provide universal health care, free tuition for education through college, paid maternal/paternal leave, five weeks' paid vacation, and free day care, to name a few.<sup>79</sup>

This brings us to the third theme, preventative policies. The SAP believes in putting social programs into place to prevent future adverse effects on society. The SAP believes that their children must become productive adults if their society is to prosper. This is why the SAP invests in their welfare and the welfare of their families.<sup>80</sup> The hope is that, by spending the money now, the investment in them will be returned by their productivity later.<sup>81</sup> The money the SAP spends on health care and education is not seen as a burden, but as a necessity.<sup>82</sup> They believe human resources are society's greatest assets, and by implementing preventative policies they believe these resources will not be wasted.<sup>83</sup> Swedish corporations have also benefited from this people-first model.<sup>84</sup> Companies invest more in capital to fully develop their workforce. They, as well, see this spending as a necessity rather than as a burden.<sup>85</sup> This model is largely credited for the success seen in companies like IKEA and Ericsson.

The SAP's fourth theme is their social control of the market. In Sweden, the market is constantly being adjusted.<sup>86</sup> The SAP believes that the market must be allowed to change and evolve with the times.<sup>87</sup> They recognize that regulations on

---

nsylvania: Penn State Press, 1993. p. 45.

<sup>78</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 42.

<sup>79</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 43.

<sup>80</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 413.

<sup>81</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>82</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>83</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>84</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>85</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>86</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 416

<sup>87</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

the market are needed and are beneficial.<sup>88</sup> The SAP set out to equalize market conditions.<sup>89</sup> They did this by using solidaristic wage policies, progressive taxation, and social welfare programs.<sup>90</sup> They used the market to fulfill essential human needs.<sup>91</sup> Next, they introduced “framework legislation” into the market. These laws were aimed at supporting the business and its workers. An example was job training programs. The SAP subsidized the cost of labor mobility so that it fell upon society as a whole rather than upon the individual worker.<sup>92</sup> This market control is the reason why corporations in Sweden are rarely seen to capture regulatory agencies for their own benefits.<sup>93</sup> That type of corporate behavior is not completely eliminated but is greatly reduced. Unfortunately, that sort of behavior has become standard operating procedure for corporations in the United States.<sup>94</sup>

Allowing this type of control over the American market would benefit its society. However, American politicians would see it as a hindrance, and the corporations would see it as a threat to their bottom line. American politicians believe that when government starts controlling corporations, personal freedoms become restricted. Politicians in Sweden have made those same arguments.<sup>95</sup> Party leader Tage Erlander countered such arguments by stating, “It is a mistake to believe that people’s freedoms are diminished because they decide to carry out collectively what they are incapable of doing individually.”<sup>96</sup> He believed that, instead of taking away freedoms, providing health insurance freed society from the high cost of health care, providing pensions freed society from an impoverished old age, providing housing freed society from slum conditions, and providing full employment freed society from the risk of unemployment.<sup>97</sup>

<sup>88</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>89</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>90</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>91</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>92</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>93</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 418.

<sup>94</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>95</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 419.

<sup>96</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>97</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

The SAP's final theme worth examining is the belief in the welfare state. In Sweden, they have embraced the often-derogatory term "welfare state" and have even forged what they call the "middle way". This middle way is the focus on the strengthening of their middle class by creating a welfare state.<sup>98</sup>

Early in the 1920s, the party was already providing accident insurance, universal health insurance, and universal people's pension.<sup>99</sup> At first these benefits were modest.<sup>100</sup> The SAP made this compromise towards fiscal efficiency as an appeal to their political rivals.<sup>101</sup> The welfare state was only meant to provide a basic minimum, not to encourage negative work incentives.<sup>102</sup> This was because the idea of "full employment" is central to the Swedish conception of the welfare state.<sup>103</sup> The SAP believes that employment is critical to a person's welfare and sense of belonging.<sup>104</sup> This is why the SAP focuses more on job placement programs, and job training for the unemployed, rather than paying unemployment compensation. The benefit to this strategy is that it generates tax revenues rather than requiring their expenditure.<sup>105</sup>

The incorporation of the welfare state eventually became an avenue of upward mobility for the working class.<sup>106</sup> This allowed a strong middle class to emerge by the 1960s.<sup>107</sup> This focus on the Swedish welfare state not only helped improve living conditions over time, but also helped to equalize the distribution of wealth across the social class.<sup>108</sup> The SAP have found that strengthening the middle class has been one of the most effective means of combating poverty.<sup>109</sup>

<sup>98</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>99</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 45.

<sup>100</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>101</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>102</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>103</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 423.

<sup>104</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>105</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>106</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 45.

<sup>107</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

<sup>108</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993. p. 51.

<sup>109</sup> MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

Despite the prosperity that Sweden has enjoyed, a conservative movement against social democracy has grown. For years, social democracy has been an inspiration to progressive and left-leaning politicians around the world. However, the current push against this form of government is highlighting the fact that no form of government is universally accepted, even one as successful as this. Since the 1990s, dissatisfaction with the “Swedish model” has been growing.<sup>110</sup> This has led to some of the lowest voter numbers in support of the SAP since the 1930s.<sup>111</sup> Conservative politicians have further weakened support for the SAP with popular tax cuts and stricter rules concerning sickness benefits.<sup>112</sup> These conservative parties have worked hard at assuring the public that they are not the conservatives they used to be.<sup>113</sup> Previous parties have tried to dismantle the welfare state; however these newer conservatives have run on the promise that, instead of getting rid of the welfare state, they will “better” it.<sup>114</sup> These new tax cuts have lowered the quality of public programs, which in turn has caused the well-off middle class to “opt out” of those programs by seeking private options.<sup>115</sup> This gradual weakening of the welfare state has played into the conservatives’ message that the Social Democratic Party is inefficient, and needs to be replaced.

The slow decline of the welfare state over the years has eroded the SAP’s support. However, the biggest player in the decline of social democracy has been the rise of “anti-immigrant” rhetoric by Eurocentric politicians.<sup>116</sup> For many years, one of the main political issues across Europe has been large-scale immigration from non-western (largely Muslim) cultures.<sup>117</sup> With the global rise of “Islamic terrorism” from groups like ISIS, this anti-immigrant sentiment has gained popularity.

In 1975, Sweden’s integration policy entitled all permanent residents, including immigrants, to the same rights as Swedish citizens.<sup>118</sup> The SAP’s idea of multiculturalism has now left a lot of Swedish citizens feeling unprotected against the “perceived”

<sup>110</sup> ROTHSCCHILD, Nathalie. Social Democracy is Dying-Even in Sweden. **Spiked**, London. Available on: <<http://www.spiked-online.com/newsite/article/9599#.V7YrfGVICSM>>.

<sup>111</sup> ROTHSCCHILD, Nathalie. Social Democracy is Dying-Even in Sweden. **Spiked**, London. Available on: <<http://www.spiked-online.com/newsite/article/9599#.V7YrfGVICSM>>.

<sup>112</sup> ROTHSCCHILD, Nathalie. Social Democracy is Dying-Even in Sweden. **Spiked**, London. Available on: <<http://www.spiked-online.com/newsite/article/9599#.V7YrfGVICSM>>.

<sup>113</sup> ROTHSCCHILD, Nathalie. Social Democracy is Dying-Even in Sweden. **Spiked**, London. Available on: <<http://www.spiked-online.com/newsite/article/9599#.V7YrfGVICSM>>.

<sup>114</sup> ROTHSCCHILD, Nathalie. Social Democracy is Dying-Even in Sweden. **Spiked**, London. Available on: <<http://www.spiked-online.com/newsite/article/9599#.V7YrfGVICSM>>.

<sup>115</sup> GASPER, Phil; ZIMMER, Tyler. Socialism? You Mean Like in Sweden? **Socialistworker.org**, [s.l.] nov. 2015. Available on: <<https://socialistworker.org/2015/11/24/you-mean-socialism-like-in-sweden>>.

<sup>116</sup> MILNE, Richard. Danish Election Hastens Demise of Scandinavia’s Social Democracy. **Financial Times**, London, jun. 2015. Available on: <<http://www.ft.com/cms/s/0/7ab31dec-168e-11e5-b07f-00144feabdc0.html#axzz4Hj0bkrf>>.

<sup>117</sup> PFALLER, Alfred. European Social Democracy-In Need of Renewal, Nine Country Cases & Seven Policy Proposals. **International Policy Analysis**, Berlin, dec. 2009. Available on: <<http://library.fes.de/pdf-files/id/ipa/06867.pdf>>.

<sup>118</sup> JOSHI, Devin; NAVLAKHA, Neha. Social Democracy in Sweden. **Economic & Political Weekly**, Mumbai, vol. 45, n. 47, p. 73-78, nov. 2010. Available on: <<http://www.jstor.org/stable/25764156>>.

threat of the growing Muslim communities within Sweden's borders.<sup>119</sup> This has resulted in higher levels of discrimination against these communities. Many immigrants are now finding it hard to enter the labor market.<sup>120</sup> Studies have shown unemployment rates within immigrant communities to be as high as 30%.<sup>121</sup> Immigrant unemployment further weakens the welfare state because, instead of contributing to the tax system, these communities are largely dependent on its tax driven welfare benefits.<sup>122</sup>

Despite Europe's waning support for social democracy, if Americans were to adopt this form of government a great portion of its society would be lifted out of poverty. The problems plaguing American society today, such as high unemployment, homelessness, and wage stagnation would be drastically reduced if Americans were to implement this system. If Americans looked past their fear of socialism, turned away from capitalism, and embraced the Swedish model, American society would finally experience freedom. Not the kind of freedom that comes from military action, but the kind of freedom that comes from not having to choose between paying for groceries or paying for medicine.

#### 4. EXAMPLES OF AMERICAN SOCIALISM

The narrative that Americans are constantly taught is that the United States was founded under capitalist ideals and that any form of socialism would undermine it.<sup>123</sup> The more the country moves toward socialism, the farther away from the founding principles they will go. This, however, couldn't be further from the truth.

American politicians use the word socialism as an insult. They constantly talk about the dangers of socialism, despite their lack of knowledge of what socialism really is. Fox News constantly runs stories about President Barack Obama's alleged socialist takeover of America.<sup>124</sup> This type of fear-mongering in America is not new. Even President Harry S. Truman was accused of being a socialist, for proposing an anti-lynching law which addressed the unlawful killing of African Americans in the south in 1948.<sup>125</sup>

<sup>119</sup> JOSHI, Devin; NAVLAKHA, Neha. Social Democracy in Sweden. *Economic & Political Weekly*, Mumbai, vol. 45, n. 47, p. 73-78, nov. 2010. Available on: < <http://www.jstor.org/stable/25764156>>.

<sup>120</sup> JOSHI, Devin; NAVLAKHA, Neha. Social Democracy in Sweden. *Economic & Political Weekly*, Mumbai, vol. 45, n. 47, p. 73-78, nov. 2010. Available on: < <http://www.jstor.org/stable/25764156>>.

<sup>121</sup> JOSHI, Devin; NAVLAKHA, Neha. Social Democracy in Sweden. *Economic & Political Weekly*, Mumbai, vol. 45, n. 47, p. 73-78, nov. 2010. Available on: < <http://www.jstor.org/stable/25764156>>.

<sup>122</sup> JOSHI, Devin; NAVLAKHA, Neha. Social Democracy in Sweden. *Economic & Political Weekly*, Mumbai, vol. 45, n. 47, p. 73-78, nov. 2010. Available on: < <http://www.jstor.org/stable/25764156>>.

<sup>123</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>124</sup> FOX NATION. "Obama admits he's a Socialist". Available on: <<http://nation.foxnews.com/obama/2013/05/19/obama-admits-he-s-socialist>>.

<sup>125</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

Any time a politician proposes a change to the status quo, the standard “insult” is to label them a socialist.

Despite this propaganda, America has always had a history of socialist and social-democratic thinking.<sup>126</sup> This is not to say that America is a socialist nation, because it is not, but the belief that socialism has never been used throughout its history is false. From the founding fathers through the current day, America has constantly been shaped by socialist ideals and activism.<sup>127</sup>

One of these founding fathers was Thomas Paine. Thomas Paine was instrumental in America’s victory against the British during the revolutionary war.<sup>128</sup> Paine believed in socialist ideals before the idea of socialism was created.<sup>129</sup> Thomas Paine wrote many books. One of these, “The Rights of Man”, outlined his idea of a socialist society.<sup>130</sup> In it, he discussed budgets for social security, child welfare programs, public housing, and earned income credits.<sup>131</sup> Above all, Paine believed in social justice.<sup>132</sup> He explained that those with property owed a debt to society, a debt that should be collected and then redistributed to those lacking property.<sup>133</sup> These ideas were hardly popular at the time, and are certainly not popular now. However, one of America’s most famous founding fathers, Benjamin Franklin, had this to say about this socialist. “You, Thomas Paine, are more responsible than any living person on this continent for the creation of what are called the United States of America.”<sup>134</sup>

This brings us to America’s sixteenth president, Abraham Lincoln. Lincoln is often regarded as one of America’s greatest presidents. What most Americans don’t realize is that he was heavily influenced by socialist ideals.<sup>135</sup> Lincoln considered Thomas Paine as one of his many heroes.<sup>136</sup> He also quoted Karl Marx in many of his writings and speeches.<sup>137</sup> During Lincoln’s first inaugural address, he stated, “Capital is only the fruit of labor, and could never have existed if labor had not first existed. Labor is the superior of capital, and deserves much the higher consideration.”<sup>138</sup> This is one of the core beliefs found in the *Communist Manifesto* written by Karl Marx, who is considered

<sup>126</sup> NICHOLS, John. **The ‘s’ word: a short history of an American tradition... Socialism**. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. ix.

<sup>127</sup> NICHOLS, John. **The ‘s’ word: a short history of an American tradition... Socialism**. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. xi.

<sup>128</sup> NICHOLS, John. **The ‘s’ word: a short history of an American tradition... Socialism**. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 46.

<sup>129</sup> NICHOLS, John. **The ‘s’ word: a short history of an American tradition... Socialism**. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>130</sup> NICHOLS, John. **The ‘s’ word: a short history of an American tradition... Socialism**. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>131</sup> NICHOLS, John. **The ‘s’ word: a short history of an American tradition... Socialism**. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>132</sup> NICHOLS, John. **The ‘s’ word: a short history of an American tradition... Socialism**. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 56.

<sup>133</sup> NICHOLS, John. **The ‘s’ word: a short history of an American tradition... Socialism**. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>134</sup> NICHOLS, John. **The ‘s’ word: a short history of an American tradition... Socialism**. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 49.

<sup>135</sup> NICHOLS, John. **The ‘s’ word: a short history of an American tradition... Socialism**. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 64;

<sup>136</sup> NICHOLS, John. **The ‘s’ word: a short history of an American tradition... Socialism**. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>137</sup> NICHOLS, John. **The ‘s’ word: a short history of an American tradition... Socialism**. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>138</sup> NICHOLS, John. **The ‘s’ word: a short history of an American tradition... Socialism**. 2. ed. New York: Verso, 2015.

the father of the socialist movement.<sup>139</sup> Lincoln was well versed in Marx's ideas, because he constantly read the *New York Tribune*.<sup>140</sup> This was the foremost left-leaning paper at the time.<sup>141</sup> Karl Marx wrote articles for the *New York Tribune*.<sup>142</sup> Lincoln was such a fan of this paper that he even referred to the editor, Horace Greeley, as "friend Greeley."<sup>143</sup> Lincoln's ties to Marx didn't end with the *New York Tribune*. He also became good friends with some of Marx's closest associates after they escaped Europe as political refugees.<sup>144</sup> These included Joseph Weydemeyer and August Willich.<sup>145</sup> He even commissioned them as officers in the Union Army during the Civil War.<sup>146</sup> This means that two noted socialists helped preserve the Union during the American Civil War.

Throughout Lincoln's presidency, he routinely sought counsel from socialists.<sup>147</sup> Lincoln was so closely associated with socialists that, when he won re-election in 1864, Karl Marx wrote him a letter of congratulation, which Marx said in his own words, "Lincoln so courteously answered."<sup>148</sup>

The socialist counsel Lincoln received can also be seen in some of the policies he enacted. This is evident with his desire to free the slaves, but also in the creation of the Homestead Act of 1862, which promised "Land for the landless."<sup>149</sup> This Act allowed any adult citizen to claim a 160-acre parcel of land in the public domain, for free.<sup>150</sup>

If asked, Abraham Lincoln would never have called himself a socialist.<sup>151</sup> However, America's sixteenth president, who epitomizes the American ideal, kept an inner circle of socialist friends, constantly read Karl Marx, and led an administration influenced by socialism. Socialism was such a major theme of Lincoln's presidency that history can safely say he was a socialist.

Following this trail of American socialism takes us to the election of 1932. This was considered a realigning moment in US politics.<sup>152</sup> The country started moving away from limited federal and state involvement in economic affairs and embraced a

<sup>139</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>140</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 65.

<sup>141</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>142</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 64.

<sup>143</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 65.

<sup>144</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 91.

<sup>145</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 73.

<sup>146</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 74.

<sup>147</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 91.

<sup>148</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 96.

<sup>149</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 91.

<sup>150</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>151</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>152</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 117.

more human and democratic approach to government.<sup>153</sup> The great depression had consumed the country. It was in this political landscape that America elected its thirty-second president, Franklin Delano Roosevelt (FDR). FDR was the first president to fully embrace the socialist model.<sup>154</sup> Coincidentally, he was also the only president to win an election four terms in row. It seems America's most socialist president was also its most electable.

FDR won a landslide campaign by securing 57.4% of the popular vote.<sup>155</sup> Compare that with one of America's most right-leaning presidents, George W. Bush, who actually lost the popular vote to runner-up Al Gore in 2000.<sup>156</sup> FDR understood the will of the people.<sup>157</sup> More than a million Americans, almost 3% of the electorate, cast ballots for presidential candidates who promised socialist programs.<sup>158</sup> FDR constantly read election statistics, so he understood that these socialist policies were very popular with the people.<sup>159</sup> Once FDR took office he sought advice from Thomas and Henry Rosner.<sup>160</sup> Thomas and Rosner were socialists who frequently contributed to *The Nation* magazine, a socialist publication at the time.<sup>161</sup> FDR also hired two socialists to his administration, Harold Ickes and Paul Douglas.<sup>162</sup> With this counsel, FDR instituted his "New Deal".<sup>163</sup> FDR's New Deal created social security, unemployment compensation, jobs programs, and agricultural assistance.<sup>164</sup> These ideas were borrowed from the socialist platform.<sup>165</sup> The New Deal made him so popular with the people that he was re-elected with 61% of the popular vote.<sup>166</sup> Once again, history has shown that socialism works, and when used correctly is very popular with the American people.

While FDR's New Deal got all the credit for socialist ideals at the national level, millions of Americans continued to vote in the 1930s and 1940s at the state level for socialist politicians.<sup>167</sup> For example, Fiorello La Guardia, who ran with the full support of

<sup>153</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>154</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 118.

<sup>155</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>156</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>157</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>158</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>159</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p.120.

<sup>160</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>161</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>162</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>163</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>164</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>165</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>166</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>167</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 124.

the American Socialist Party, was elected as mayor of New York.<sup>168</sup> La Guardia followed FDR's example and hired many prominent socialists to his staff.<sup>169</sup> Another state-level politician elected on the socialist platform was Daniel Webster Hoan, who won the mayoral race of Milwaukee, Wisconsin.<sup>170</sup> According to Hoan, the best impact a socialist could make was at the municipal level.<sup>171</sup> Once elected, he immediately went to work developing municipal programs to feed the poor and to provide them with housing.<sup>172</sup> Under Hoan's leadership, Time magazine described Milwaukee as "perhaps the best governed city in the U.S."<sup>173</sup>

This brings us to one of the most important examples of socialism's effect in America, the fight for freedom of speech.<sup>174</sup> Despite the first amendment of the constitution's stating, "Congress shall make no law... abridging the freedom of speech, or of the press..."<sup>175</sup> laws were passed which did just that.

President Woodrow Wilson's administration (1913-1921) actively engaged in government censorship.<sup>176</sup> Wilson's administration constantly suppressed domestic dissent.<sup>177</sup> His decision to enter into WWI was very unpopular.<sup>178</sup> In response, his administration passed the Espionage Act of 1917.<sup>179</sup> This act made it a crime to express views or to convey information that could be construed by the government as any sort of threat to the war effort.<sup>180</sup> Censoring opposition to the war was the law's true intent.<sup>181</sup> Journalists were arrested all over the country for writing anything negative about the war or Wilson's administration.<sup>182</sup> Punishments ranged from two years upwards to twenty years.<sup>183</sup> *The Christian Science Monitor* in 1920 stated, "What appeared to be an excess of radicalism... was certainly met with an excess of suppression."<sup>184</sup>

<sup>168</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>169</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>170</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 125.

<sup>171</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>172</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 126.

<sup>173</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>174</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 142

<sup>175</sup> United States Constitution. Amendment I, Bill of Rights.

<sup>176</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>177</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>178</sup> I NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>179</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>180</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 145.

<sup>181</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 146.

<sup>182</sup> I NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>183</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 147.

<sup>184</sup> NICHOLS, John. *The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism*. 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 148.

Victor Berger, founding member of the Social Democratic Party of America, and editor to *The Nation*, quickly became the target of Wilson's administration.<sup>185</sup> As the editor, Berger was cited for "twenty-six overt acts" of delivering public speeches or publishing newspaper articles that were against the war effort.<sup>186</sup> Despite his conviction, Berger was so popular with the people that they elected him to a seat in Congress.<sup>187</sup> He was not allowed to sit, however, due to his conviction.<sup>188</sup> It wasn't until the next president, Warren G. Harding, took office that Berger's indictment was dismissed.<sup>189</sup> This allowed him to finally sit in Congress, when he was elected for a third time.<sup>190</sup> While in office, Berger campaigned for free speech and a free press, and proposed that "Congress put teeth into the first amendment."<sup>191</sup> His work ensured that state sponsored censorship would always be a violation of the constitution.

It is hard to believe that modern news stations like *Fox News* owe their ability to openly criticize the president to a socialist. If Woodrow Wilson had won in his fight against free speech, stations such as *Fox News* would not exist today. Instead of criticizing socialism, *Fox News* should be thanking it. Freedom of speech and freedom of press may have been given to America by its founding fathers, but it was a socialist politician who made sure that it could never be taken away.

## 5. IS AMERICA A TRUE DEMOCRACY?

A true democracy will take every one of its citizens into account when making decisions. The best definition of a democracy would be:

*A society where, based on a belief in the inherent equality of all, all society's members are entitled individually and collectively to determine their own destinies, subject to principle of equitable sharing that requires all the benefits and detriments of social life to be fairly distributed among society's members.*<sup>192</sup>

<sup>185</sup> NICHOLS, John. **The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism.** 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 150.

<sup>186</sup> NICHOLS, John. **The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism.** 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 158.

<sup>187</sup> NICHOLS, John. **The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism.** 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>188</sup> NICHOLS, John. **The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism.** 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 165.

<sup>189</sup> NICHOLS, John. **The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism.** 2. ed. New York: Verso, 2015. p. 170.

<sup>190</sup> NICHOLS, John. **The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism.** 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>191</sup> NICHOLS, John. **The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism.** 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>192</sup> KLEVEN, Thomas. **Equitable sharing, distributing the benefits and detriments of democratic society.** Lanham: Lexington Books, 2014.

American society falls short of this definition. Money is the true political voice in this country. Those with the most money make the most decisions. This is an oligarchy. An oligarchy can never be a democracy. An oligarchy is a government in which a small group exercises control.<sup>193</sup> Often time, that control is for corrupt and selfish purposes.

The Supreme Court recently made a decision, in *Citizens United v FEC*,<sup>194</sup> which further established this oligarchy. The basis of the case was that freedom of press prohibited the government from restricting independent political expenditures by non-profit corporations.<sup>195</sup> The Supreme Court of the United States extended those benefits to “for-profit” corporations.<sup>196</sup> This decision effectively transferred power away from ordinary people towards extremely wealthy corporations. Former president Jimmy Carter had this to say about the decision made in *Citizens United v FEC*:

*It violates the essence of what made America a great country in its political system. Now it's just an oligarchy with unlimited political bribery being the essence of getting the nominations for president of being elected president. And the same thing applies to governors, and U.S. Senators and congress members. So, now we've just seen a subversion of our political system as a payoff to major contributors, who want and expect, and sometimes get, favor for themselves after the election is over. At the present time the incumbents, Democrats and Republicans, look upon this unlimited money as a great benefit to themselves. Somebody that is already in Congress has a great deal more to sell.<sup>197</sup>*

*Citizens United v FEC* gave corporations a free ticket to buy Congress. American politics will never be the same. “We the people” became “we the corporation.” Currently, corporations spend billions of dollars influencing Congress to fulfill their own wishes. Meanwhile, a substantial segment of the population lives in poverty.<sup>198</sup> The average American’s voice will never be heard over any of these corporations.

While all Americans suffer the effects of poverty, African Americans and Hispanics are the most affected.<sup>199</sup> Despite improvements over the years in racial and ethnic equality, economic inequalities are at their highest level since before the Great

<sup>193</sup> THE AMERICAN HERITAGE DICTIONARY, 4. New York: Houghton Mifflin Company, 2011. p. 591.

<sup>194</sup> *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310, (2010)

<sup>195</sup> *Id.*

<sup>196</sup> *Id.*

<sup>197</sup> ZUESSE, Eric. Jimmy Carter is Correct that the U.S. is No Longer a Democracy. **The Huffington Post**, New York, aug. 2016. Available on: <[http://www.huffingtonpost.com/eric-zuesse/jimmy-carter-is-correct-t\\_b\\_7922788.html](http://www.huffingtonpost.com/eric-zuesse/jimmy-carter-is-correct-t_b_7922788.html)>.

<sup>198</sup> KLEVEN, Thomas. **Equitable sharing, distributing the benefits and detriments of democratic society**. Lanham: Lexington Books, 2014.

<sup>199</sup> KLEVEN, Thomas. **Equitable sharing, distributing the benefits and detriments of democratic society**. Lanham: Lexington Books, 2014.

Depression.<sup>200</sup> Even more alarming is the lack of social mobility that these groups have shown. These economic inequalities are so entrenched in these minority groups that their ability to achieve upwards social mobility has diminished over time.<sup>201</sup> With this much income disparity in American society, it becomes readily apparent that the ordinary citizen, despite the guise of “we the people”, has little say when it comes to the decisions that are made each day in this country.

This inequality is anathema to democracy. If America has any hope of getting back to democracy, equality must be the goal. America’s current system of capitalism encourages a “winner takes all” mentality. It’s this mentality that indirectly legitimizes the social economic divisions which are apparent today.<sup>202</sup> This system makes it easier to justify the huge economic divide between those who succeed and those who don’t.<sup>203</sup> Because socio-economic starting points are so unequal it has become impossible for individuals to achieve their full potential.<sup>204</sup>

Equality is also vital for the survival of the planet. This is because societies with higher levels of equality produce lower carbon footprints.<sup>205</sup> The health of the planet is important because those living in poverty are less able to effectively deal with the adverse effects of global climate change.<sup>206</sup>

Equality creates a sense of unity. When great divides between rich and poor are fostered, each side will begin to inhabit different worlds.<sup>207</sup> The wealthy tend to segregate themselves from the rest of society.<sup>208</sup> This makes them less likely to recognize the common citizenship of the people living in poverty.<sup>209</sup> Even worse, because they are separated from it, they begin to believe that poverty is not even an issue that needs to be addressed.

---

<sup>200</sup> KLEVEN, Thomas. **Equitable sharing, distributing the benefits and detriments of democratic society**. Lanham: Lexington Books, 2014.

<sup>201</sup> KLEVEN, Thomas. **Equitable sharing, distributing the benefits and detriments of democratic society**. Lanham: Lexington Books, 2014.

<sup>202</sup> HATTERSLEY, Roy; HICKSON, Kevin (Eds.). **The socialist way, social democracy in contemporary Britain**. New York: I.B.Tauris, 2013.

<sup>203</sup> HATTERSLEY, Roy; HICKSON, Kevin (Eds.). **The socialist way, social democracy in contemporary Britain**. New York: I.B.Tauris, 2013.

<sup>204</sup> HATTERSLEY, Roy; HICKSON, Kevin (Eds.). **The socialist way, social democracy in contemporary Britain**. New York: I.B.Tauris, 2013.

<sup>205</sup> HATTERSLEY, Roy; HICKSON, Kevin (Eds.). **The socialist way, social democracy in contemporary Britain**. New York: I.B.Tauris, 2013. p. 66.

<sup>206</sup> HATTERSLEY, Roy; HICKSON, Kevin (Eds.). **The socialist way, social democracy in contemporary Britain**. New York: I.B.Tauris, 2013.

<sup>207</sup> HATTERSLEY, Roy; HICKSON, Kevin (Eds.). **The socialist way, social democracy in contemporary Britain**. New York: I.B.Tauris, 2013. p. 68.

<sup>208</sup> HATTERSLEY, Roy; HICKSON, Kevin (Eds.). **The socialist way, social democracy in contemporary Britain**. New York: I.B.Tauris, 2013.

<sup>209</sup> HATTERSLEY, Roy; HICKSON, Kevin (Eds.). **The socialist way, social democracy in contemporary Britain**. New York: I.B.Tauris, 2013.

The divide between the rich and the poor in America has never been more apparent. According to a Pew Research Center Report on average, today's upper-income families are almost seven times wealthier than middle-income ones, compared to 3.4 times wealthier in 1984.<sup>210</sup> When compared to lower-income family wealth, upper-income family wealth is 70 times larger.<sup>211</sup> Until this equality is addressed, America will never be a true democracy.

## 6. RESTORING AMERICAN DEMOCRACY

Given the direction that democratic socialism has taken in Europe, its future as a political system is not certain. Whether it will continue to decline or return to its former glory is hard to say. However, I am not prepared to discuss that topic at this time. What I am prepared to discuss is why it is imperative to bring a system such as this to America.

A recent survey found that over 77% of Americans think the U.S. government is broken.<sup>212</sup> This is unsurprising, given the fact that Congress has allowed the government to shut down multiple times.<sup>213</sup> With this much dissatisfaction with the status quo, it is hard to make the statement that this is a government “for the people and by the people.”

As stated previously, the American government claims to be a democracy. Again, this is not the case. However, if the United States were to follow the lessons of its founding document, *The Declaration of Independence*, then it would have no choice but to become a true democracy. Two of the most important themes of *The Declaration of Independence* are that “all men are created equal” and that the people have a right to practice democratic self-determination.<sup>214</sup> This calls for a society where everyone is treated the same and is allowed to live their life as they see fit.

Currently, the system in place in America favors those with money. Capitalism, America's current political and economic system, ensures that “no men are created equal”. Only those with the most money matter; often times these are wealthy corporations. The average American stands no chance of having their voice heard over them. For example, on paper, everyone has the right to vote. However, if money buys access

<sup>210</sup> SALLES, Joaquim Moreira. The Wealth Gap Between Rich and Poor is The Widest Ever Recorded. **Think Progress**, Washington, dec. 2014. Available on: <<http://thinkprogress.org/economy/2014/12/18/3605137/us-wealth-gap-at-its-widest-in-decades>>.

<sup>211</sup> SALLES, Joaquim Moreira. The Wealth Gap Between Rich and Poor is The Widest Ever Recorded. **Think Progress**, Washington, dec. 2014. Available on: <<http://thinkprogress.org/economy/2014/12/18/3605137/us-wealth-gap-at-its-widest-in-decades>>.

<sup>212</sup> SCHREIBER, Mark; FENDER, Elizabeth. The Will of the People and the Constitution: American Attitudes and Support. **The Heritage Foundation**, Washington, jan. 2016. Available on: <<http://www.heritage.org/research/reports/2016/01/the-will-of-the-people-and-the-constitution>>.

<sup>213</sup> SCHREIBER, Mark; FENDER, Elizabeth. The Will of the People and the Constitution: American Attitudes and Support. **The Heritage Foundation**, Washington, jan. 2016. Available on: <<http://www.heritage.org/research/reports/2016/01/the-will-of-the-people-and-the-constitution>>.

<sup>214</sup> KLEVEN, Thomas. **Equitable sharing, distributing the benefits and detriments of democratic society**. Lanham: Lexington Books, 2014.

to government officials, then all anyone gets to vote on are the policies that were suggested by the corporations in the first place.<sup>215</sup>

The blind trust towards this system is misplaced. Most Americans, liberal and conservative alike, actually prefer a more equal society, like the one proposed here. A survey conducted by *The Atlantic* demonstrated this.<sup>216</sup> In this study, participants were asked to pick between two fictional countries, where one was modeled after America and the second was modeled after Sweden. The results, unsurprisingly, showed 92% of Americans actually preferred Sweden's system over the American system.<sup>217</sup> This study highlighted the fact that, despite what Americans are taught to say, their beliefs tell a different story.

This has to do with one of American society's closest-held beliefs, that their country is the greatest in the world. To suggest otherwise is considered unpatriotic. Surveys showed that about 28% think that the U.S. "stands above all other countries in the world," while most 58% say it is "one of the greatest countries in the world, along with some others." Only 12% of Americans say there are other countries in the world "that are better than the U.S."<sup>218</sup> This way of thinking holds the country back. If a society believes that theirs is "the best" then that society's forward progress stalls. Knowing there is a problem is the first step towards fixing it. Unfortunately, this hyper-patriotism is what keeps America from seeing any of its problems. This hyper-patriotism also ensures that America will never look towards another "inferior" country for guidance.

If Americans could abandon this narrow way of thinking they would finally see that 92% of Americans actually want to see this change. Traditions are not a constitutional right and shouldn't be treated as such. Traditions can change. Traditions which promoted the general welfare in one era of history sometimes undermined it in another.<sup>219</sup> Societies must adapt to the changing times rather than continue the same failed course because of tradition.

If Americans were to embrace this change, they would finally live up to the ideals of *The Declaration of Independence*, by embracing democratic equality. This not only makes economic sense but moral sense as well. Continuing with a political and economic system which is structured to provide an advantage to the wealthy elite, while

---

<sup>215</sup> KLEVEN, Thomas. **Equitable sharing, distributing the benefits and detriments of democratic society**. Lanham: Lexington Books, 2014.

<sup>216</sup> ARIELY, Dan. Americans Want to Live in a Much More Equal Country (They Just Don't Realize it). **The Atlantic**, Boston, aug. 2012. Available at: <<http://www.theatlantic.com/business/archive/2012/08/americans-want-to-live-in-a-much-more-equal-country-they-just-dont-realize-it/260639/>>.

<sup>217</sup> *Id.*

<sup>218</sup> TYSON, Alec. Most Americans think the U.S. is great, but fewer say it's the greatest. **Pew Research Center**, Washington, jul. 2014. Available at: <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2014/07/02/most-americans-think-the-u-s-is-great-but-fewer-say-its-the-greatest/>>.

<sup>219</sup> KLEVEN, Thomas. **Equitable sharing, distributing the benefits and detriments of democratic society**. Lanham: Lexington Books, 2014.

disadvantaging the less well-off, is contrary to America's professed value of democratic equality.<sup>220</sup>

## 7. MOVING TOWARDS THE SWEDISH SOCIALIST MODEL

Changing from capitalism to democratic socialism will not be easy. Nothing short of a political revolution is what it will take. This revolution will not happen overnight but is long overdue.

America is suffering the worst economic crisis since the Great Depression.<sup>221</sup> Millions of Americans remain unemployed.<sup>222</sup> Many of them are homeless.<sup>223</sup> This economic crisis serves to highlight the inherent instability contained with capitalism and how, as a system, it has not been able to prevent these downturns from occurring.<sup>224</sup>

However, America can change course and turn away from capitalism and the problems associated with it. This process would take time and would need to happen in all areas of society. The first thing that would need to change is the way American corporations do business. Currently, corporations are run by small numbers of directors called boards.<sup>225</sup> These boards make all the decisions.<sup>226</sup> They have all the power over what is produced and their only goal is to make as much profit as possible. Instead, corporations could replace their boards with the workers.<sup>227</sup> Replacing the board with the workers who produce the product will finally democratize the corporate world.<sup>228</sup> In this way, the workers who produce the product would make the decisions about production and distribution.<sup>229</sup> Power would be transferred from the wealthy minority into the hands of the majority.<sup>230</sup> By dissolving the corporate model, workers would finally have the directorial power to choose: 1) what combination of private and socialized property would work best for the community; 2) what combination of market and planning would be best to distribute resources; and 3) what combination works best with each community in regards to decision making between the workplace and

<sup>220</sup> KLEVEN, Thomas. **Equitable sharing, distributing the benefits and detriments of democratic society**. Lanham: Lexington Books, 2014.

<sup>221</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>222</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>223</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>224</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>225</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012. p. 12.

<sup>226</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>227</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>228</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012. p. 108.

<sup>229</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012. p. 12.

<sup>230</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

the residents.<sup>231</sup> This form of social democracy is known as a Workers' Self Directed Enterprise (WSDE).<sup>232</sup>

In this system, an individual must participate in the productive work of their enterprise if they wish to be a member of this new board. If they do not participate, their ideas would still be considered, but they could not participate in the planning of the WSDE.<sup>233</sup> In this self-directed system, the workers collectively determine what the enterprise produces, how to do it, where to do it, and any related matters concerning this production.<sup>234</sup> All decisions made would also have to be shared democratically with the surrounding communities at the local, regional, and national level.<sup>235</sup> This system would be a true democracy. This system would give workers in the WSDE the power to determine their own lives.<sup>236</sup>

This interconnection between the WSDE and the community would have a positive effect on the environment.<sup>237</sup> In a WSDE, the workers would be located near their worksite.<sup>238</sup> They would have families living in the community.<sup>239</sup> The workers would know that every decision they made would directly impact the lives of their own families.<sup>240</sup> In this way, companies would be less likely to make adverse decisions on the environment with profits in mind.<sup>241</sup> Currently, boards are far removed from the factories and towns where their products are made.<sup>242</sup> This allows them to make decisions that they know could harm the environment. With this new system, workers would have an incentive to make decisions which are helpful for that environment and are not just profit driven.<sup>243</sup> A system such as this would also allow for more flexibility. WSDEs could adjust any aspect of their company as they saw fit, as long as it benefited society.<sup>244</sup>

Wage disparities would end with this system.<sup>245</sup> Workers would not likely support the income disparities currently seen in companies today, due to the closeness

<sup>231</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012. p. 13.

<sup>232</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012. p. 12.

<sup>233</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012. p. 118.

<sup>234</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>235</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>236</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>237</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012. p. 134.

<sup>238</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>239</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>240</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>241</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>242</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>243</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>244</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012. p. 13.

<sup>245</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012. p. 135.

created in a system such as this.<sup>246</sup> With everyone working together, there would be more of an incentive to provide everyone with a living wage.<sup>247</sup>

The survival of this new system would depend on lots of different factors. The most important of these would be: 1) favorable government programs; 2) the support of the people; and 3) improved childhood education.

The first factor, support from the government, could come in many ways. The government could institute programs that support WSDEs – especially WSDEs that focus on bringing the unemployed back to the workforce.<sup>248</sup> Bringing millions of unemployed Americans back to work would certainly gain mass support. FDR proved this with the success of his federal works program.<sup>249</sup> This in turn would cover the second factor of gaining the support of the people.

Subsidies could be provided to WSDEs located in heavy capitalist areas. These subsidies could be used to help prevent those WSDEs from being pushed out by competing corporations.<sup>250</sup> Congress could create funds, which all WSDEs would be required to contribute to. These funds could be provided to WSDEs that are struggling,<sup>251</sup> especially to WSDEs that are in danger of laying off their workers.<sup>252</sup> They could use these funds to provide relocation services and job training for workers that are eventually let go.<sup>253</sup> In this way, unemployment would drastically be decreased, and it would be done in such a way that does not hurt the growth of the WSDEs.<sup>254</sup>

The final and most important factor for lasting success would be improving childhood education. Using WSDE funds to directly fund public schools could accomplish this. By allowing WSDEs to fund education, local governments would finally have access to the funds needed to provide a higher level of education.<sup>255</sup> Most states have largely stagnant or declining funding levels. Among the states, vast disparities remain.<sup>256</sup> In fourteen states, funding in 2011 was below 2007 levels, even without adjusting for

<sup>246</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>247</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>248</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012. p. 15.

<sup>249</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>250</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>251</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>252</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>253</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>254</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>255</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012. p. 125.

<sup>256</sup> STRAUSS, Valerie. America's School Funding Problems State by State. **The Washington Post**, Washington, feb. 2014. Available on: <<https://www.washingtonpost.com/news/answer-sheet/wp/2014/02/05/americas-school-funding-problems-state-by-state/>>.

inflation.<sup>257</sup> President Obama's 2016 budget only showed a slight increase to many programs that have been significantly cut or entirely defunded.<sup>258</sup>

In addition to funding, this new system would allow schools to work with WSDEs to create a better curriculum that would help the children succeed in this new society.<sup>259</sup> For example, this might include courses that stress the importance of social welfare programs through economic planning.<sup>260</sup> Even if these exact strategies do not get employed, something must be done. America's current education model is obviously failing. America ranks 35th in math, and 27th in science out of a 64-country study.<sup>261</sup> One reason for this is the American school system's limited focus on test scores.<sup>262</sup> According to the Education Select Committee, "A focus with only a narrow range has negative consequences on the ability to learn other subjects."<sup>263</sup> With a WSDE in place, schools would finally have the autonomy and accountability needed to improve their performance.<sup>264</sup> A system such as this is not just wishful thinking; it is already being employed and seeing success with the Mondragon Corporation in Spain.<sup>265</sup>

No system is perfect, especially not democratic socialism. Challenges will still arise under this system. The challenges, however, would differ greatly from those in a capitalist one.<sup>266</sup> The conflicts between the people who produce and those who make the decisions on what to do with that production will no longer exist,<sup>267</sup> making society as a whole better equipped to deal with such challenges.<sup>268</sup>

This system will make it easier for all voices to be heard. No one ideology would rule over the other. Politicians today automatically strike down ideas that don't fit into their idea of what government should be. Democrats and Republicans alike share the guilt. If this type of intellectual censorship is allowed to continue, America will never

<sup>257</sup> STRAUSS, Valerie. America's School Funding Problems State by State. **The Washington Post**, Washington, feb. 2014. Available on: <<https://www.washingtonpost.com/news/answer-sheet/wp/2014/02/05/americas-school-funding-problems-state-by-state/>>.

<sup>258</sup> BIDWELL, Allie. Report: Federal Education Funding Plummeting. **U.S. News**, [s.l.], jun. 2015. Available on: <<http://www.usnews.com/news/blogs/data-mine/2015/06/24/report-federal-education-funding-cut-by-5-times-more-than-all-spending>>.

<sup>259</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>260</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>261</sup> DESILVER, Drew. U.S. Students Improving – Slowly – In Math and Science but Still Lagging Internationally. **Pew Research Center**, Washington, feb. 2015. Available on: <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2015/02/02/u-s-students-improving-slowly-in-math-and-science-but-still-lagging-internationally/>>.

<sup>262</sup> HATTERSLEY, Roy; HICKSON, Kevin (Eds.). **The socialist way, social democracy in contemporary Britain**. New York: I.B.Tauris, 2013.

<sup>263</sup> HATTERSLEY, Roy; HICKSON, Kevin (Eds.). **The socialist way, social democracy in contemporary Britain**. New York: I.B.Tauris, 2013.

<sup>264</sup> HATTERSLEY, Roy; HICKSON, Kevin (Eds.). **The socialist way, social democracy in contemporary Britain**. New York: I.B.Tauris, 2013.

<sup>265</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>266</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>267</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

<sup>268</sup> WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

grow. Entertaining different ideologies acts as a counterbalance in keeping a level political playing field. Politicians who dismiss individuals, ideas, and ideologies that they do not agree with take too many options off the table. Abraham Lincoln, one of America's greatest presidents, understood this best when he said, "The dogmas of the quiet past are inadequate to the stormy present. The occasion is piled high with difficulty, and we must rise with the occasion. As our case is new, so we must think anew, and act anew. We must disenthrall ourselves, and then we shall save our country."<sup>269</sup>

## 8. STARTING THE POLITICAL REVOLUTION

As stated earlier, adopting democratic socialism in America would take nothing short of a revolution. A radical idea such as this would have to start at the grassroots level. Grassroots communities are a way to get actionable success, even with limited budgets and resources.<sup>270</sup> America's 45th President, Barack Obama, understood the transformative power of grassroots movements when he stated, "Change won't come from the top, I would say. Change will come from a mobilized grass roots."<sup>271</sup>

Anti-socialist sentiment is so prevalent in American society today that a grassroots movement to create democratic socialism would have to follow some rules in order to ensure its success.

First, the organization must tell a story. Politicians will often times start their campaigns talking about specific goals.<sup>272</sup> However, people are drawn to stories.<sup>273</sup> Even the best activists can't move the masses if they don't have a coherent story to tell.<sup>274</sup> This can be accomplished by sharing stories of real people and their struggles. Building an emotional connection with an audience is much more efficient than a 40-page proposal of political goals.<sup>275</sup>

Second, they must use every tool at their disposal to get their message out.<sup>276</sup> Its members must organize press conferences and volunteer activity, and use direct

<sup>269</sup> NICHOLS, John. **The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism**. 2. ed. New York: Verso, 2015.

<sup>270</sup> DRISCOLL, Anne. 5 Tips for Sparking a Grassroots Movement Online. **Mashable**, [s.l.], aug. 2011. Available on: <<http://mashable.com/2011/08/26/grassroots-online-tips/#JxEBSIkzXOqp>>.

<sup>271</sup> STEINMETZ, Katy. "Test How Well You Know Some of the Most Famous Obama Quotes." Available on: <<http://swampland.time.com/2013/11/14/test-how-well-you-know-some-of-the-most-famous-obama-quotes/>>.

<sup>272</sup> STEINMETZ, Katy. **Test How Well You Know Some of the Most Famous Obama Quotes**. Available on: <<http://swampland.time.com/2013/11/14/test-how-well-you-know-some-of-the-most-famous-obama-quotes/>>.

<sup>273</sup> STEINMETZ, Katy. **Test How Well You Know Some of the Most Famous Obama Quotes**. Available on: <<http://swampland.time.com/2013/11/14/test-how-well-you-know-some-of-the-most-famous-obama-quotes/>>.

<sup>274</sup> ROBINSON, Sara. 6 People You Need to Start A Revolution. **Alternet**, [s.l.], apr. 2012. Available on: <[http://www.alternet.org/story/154968/6\\_people\\_you\\_need\\_to\\_start\\_a\\_revolution](http://www.alternet.org/story/154968/6_people_you_need_to_start_a_revolution)>.

<sup>275</sup> ROBINSON, Sara. 6 People You Need to Start A Revolution. **Alternet**, [s.l.], apr. 2012. Available on: <[http://www.alternet.org/story/154968/6\\_people\\_you\\_need\\_to\\_start\\_a\\_revolution](http://www.alternet.org/story/154968/6_people_you_need_to_start_a_revolution)>.

<sup>276</sup> GARECHT, Joe. 5 Secrets of Successful Grassroots Organizations. **Local Victory**, [s.l.]. Available on: <<http://www.localvictory.com/grassroots/grassroots-organizations.html>>.

mail and social media. When using social media, they must not become too dependent on the technology.<sup>277</sup> Some organizations tend to think that social media are the only form of communication relevant today.<sup>278</sup> Groups with an online presence must work to connect their online activity with their off-line activity, to make sure that they are working in tandem with each other.<sup>279</sup>

Third, they must constantly ask for members.<sup>280</sup> One of the biggest reasons why grassroots movements fail is because they become insular cliques.<sup>281</sup> Members become victims of in-fighting; they become jealous of their roles and don't want to see those roles diminished by new potential rivals.<sup>282</sup> This mentality unfortunately goes against the very nature of what a grassroots movement is created to do in the first place, which is to grow.

Fourth, with its newly acquired members, the movement must amplify its message.<sup>283</sup> This is where social media play their most important role within a grassroots movement. Groups can use social media to build a "campaign hub", where all activities can be broadcast. This will allow each member of the organization to stay in contact with the others and also to "amplify" their message to a much greater audience.<sup>284</sup>

Fifth, the organization must empower each of its volunteers. They must make clear their expectations on what it means to join to every new recruit.<sup>285</sup> They must constantly share how they have played a part in the group's success, and share that success with the public whenever possible.<sup>286</sup>

Finally, the most important rule a grassroots organization must follow is to "create a brand."<sup>287</sup> The most successful grassroots organizations are always recognized by

---

<sup>277</sup> MOSLEY, Walter; GOMES, Rae. 10 Things to Start a Movement. **The Nation**, New York, may 2011. Available on: <<https://www.thenation.com/article/ten-things-start-movement/>>.

<sup>278</sup> MOSLEY, Walter; GOMES, Rae. 10 Things to Start a Movement. **The Nation**, New York, may 2011. Available on: <<https://www.thenation.com/article/ten-things-start-movement/>>.

<sup>279</sup> MOSLEY, Walter; GOMES, Rae. 10 Things to Start a Movement. **The Nation**, New York, may 2011. Available on: <<https://www.thenation.com/article/ten-things-start-movement/>>.

<sup>280</sup> MOSLEY, Walter; GOMES, Rae. 10 Things to Start a Movement. **The Nation**, New York, may 2011. Available on: <<https://www.thenation.com/article/ten-things-start-movement/>>.

<sup>281</sup> MOSLEY, Walter; GOMES, Rae. 10 Things to Start a Movement. **The Nation**, New York, may 2011. Available on: <<https://www.thenation.com/article/ten-things-start-movement/>>.

<sup>282</sup> MOSLEY, Walter; GOMES, Rae. 10 Things to Start a Movement. **The Nation**, New York, may 2011. Available on: <<https://www.thenation.com/article/ten-things-start-movement/>>.

<sup>283</sup> MOSLEY, Walter; GOMES, Rae. 10 Things to Start a Movement. **The Nation**, New York, may 2011. Available on: <<https://www.thenation.com/article/ten-things-start-movement/>>.

<sup>284</sup> MOSLEY, Walter; GOMES, Rae. 10 Things to Start a Movement. **The Nation**, New York, may 2011. Available on: <<https://www.thenation.com/article/ten-things-start-movement/>>.

<sup>285</sup> MOSLEY, Walter; GOMES, Rae. 10 Things to Start a Movement. **The Nation**, New York, may 2011. Available on: <<https://www.thenation.com/article/ten-things-start-movement/>>.

<sup>286</sup> MOSLEY, Walter; GOMES, Rae. 10 Things to Start a Movement. **The Nation**, New York, may 2011. Available on: <<https://www.thenation.com/article/ten-things-start-movement/>>.

<sup>287</sup> MOSLEY, Walter; GOMES, Rae. 10 Things to Start a Movement. **The Nation**, New York, may 2011. Available on: <<https://www.thenation.com/article/ten-things-start-movement/>>.

their brand.<sup>288</sup> Brands are created with logos, eloquent spokespeople, and consistency.<sup>289</sup> This is true for campaign-run grassroots movements as well. Most notable was President Obama's grassroots movement, which created his famous brand of "hope and change."<sup>290</sup>

Keeping up the momentum in the movement will be very important, especially in the beginning. The importance of low-commitment activities cannot be overstated. Activities such as liking and sharing pictures on social media, engaging in thoughtful debate with non-supporters, and even writing academic papers such as this, all carry weight in any grassroots movement.<sup>291</sup> A grassroots fight for democratic socialism in America is a fight which can be won. No matter how hard the fight gets, ultimately the most important thing that its members must realize is that each successful activity, no matter how little, will help push the scales towards their success.

## 9. REFERENCES

ARIELY, Dan. Americans Want to Live in a Much More Equal Country (They Just Don't Realize it). **The Atlantic**, Boston, aug. 2012. Available at: <<http://www.theatlantic.com/business/archive/2012/08/americans-want-to-live-in-a-much-more-equal-country-they-just-dont-realize-it/260639/>>.

BIDWELL, Allie. Report: Federal Education Funding Plummeting. **U.S. News**, [s.l.], jun. 2015. Available on: <<http://www.usnews.com/news/blogs/data-mine/2015/06/24/report-federal-education-funding-cut-by-5-times-more-than-all-spending>>.

DESILVER, Drew. U.S. Students Improving – Slowly – In Math and Science but Still Lagging Internationally. **Pew Research Center**, Washington, feb. 2015. Available on: <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2015/02/02/u-s-students-improving-slowly-in-math-and-science-but-still-lagging-internationally/>>.

DRISCOLL, Anne. 5 Tips for Sparking a Grassroots Movement Online. **Mashable**, [s.l.], aug. 2011. Available on: <<http://mashable.com/2011/08/26/grassroots-online-tips/#JxEBSIkzXOqp>>.

DUNBAR, John. The 'Citizens united' decision and why it matters, Non-profits or political parties? **The Center for Public Integrity**, Washington, oct. 2012. Available on: <<https://www.publicintegrity.org/2012/10/18/11527/citizens-united-decision-and-why-it-matters>>.

<sup>288</sup> MOSLEY, Walter; GOMES, Rae. 10 Things to Start a Movement. **The Nation**, New York, may 2011. Available on: <<https://www.thenation.com/article/ten-things-start-movement/>>.

<sup>289</sup> MOSLEY, Walter; GOMES, Rae. 10 Things to Start a Movement. **The Nation**, New York, may 2011. Available on: <<https://www.thenation.com/article/ten-things-start-movement/>>.

<sup>290</sup> HOLMES, Jack. President Obama, the "Hope and Change" Guy, Criticizes Slogans. **Esquire**, New York, nov. 2015. Available on: <<http://www.esquire.com/news-politics/news/a39393/president-obama-sloganeering/>>.

<sup>291</sup> HOLMES, Jack. President Obama, the "Hope and Change" Guy, Criticizes Slogans. **Esquire**, New York, nov. 2015. Available on: <<http://www.esquire.com/news-politics/news/a39393/president-obama-sloganeering/>>.

GARECHT, Joe. 5 Secrets of Successful Grassroots Organizations. **Local Victory**, [s.l.]. Available on: <<http://www.localvictory.com/grassroots/grassroots-organizations.html>>.

GASPER, Phil; ZIMMER, Tyler. Socialism? You Mean Like in Sweden? **Socialistworker.org**, [s.l.] nov. 2015. Available on: <<https://socialistworker.org/2015/11/24/you-mean-socialism-like-in-sweden>>.

HATTERSLEY, Roy; HICKSON, Kevin (Eds.). **The socialist way, social democracy in contemporary Britain**. New York: I.B.Tauris, 2013.

HETTER, Katia. Where are the world's happiest countries? **CNN**, [s.l.], mar. 2016. Available on: <<http://cnn.com/2016/03/16/travel/world-s-happiest-countries-united-nations>>.

HOLMES, Jack. President Obama, the "Hope and Change" Guy, Criticizes Slogans. **Esquire**, New York, nov. 2015. Available on: <<http://www.esquire.com/news-politics/news/a39393/president-obama-sloganeering/>>.

JACKSON, Brooks. The Florida Recount of 2000. **FactCheck.org**, Philadelphia, jan. 2008. Available on: <<http://www.factcheck.org/2008/01/the-florida-recount-of-2000>>.

JOSHI, Devin; NAVLAKHA, Neha. Social Democracy in Sweden. **Economic & Political Weekly**, Mumbai, vol. 45, n. 47, p. 73-78, nov. 2010. Available on: <<http://www.jstor.org/stable/25764156>>.

KLEVEN, Thomas. **Equitable sharing, distributing the benefits and detriments of democratic society**. Lanham: Lexington Books, 2014.

MILNE, Richard. Danish Election Hastens Demise of Scandinavia's Social Democracy. **Financial Times**, London, jun. 2015. Available on: <<http://www.ft.com/cms/s/0/7ab31dec-168e-11e5-b07f-00144feabdc0.html#axzz4Hj0bkrnf>>.

MISGELD, Klaus et al. (Eds.). **Creating Social Democracy: a century of the social democratic labor party in Sweden**. Pennsylvania: Penn State Press, 1993.

MOSLEY, Walter; GOMES, Rae. 10 Things to Start a Movement. **The Nation**, New York, may 2011. Available on: <<https://www.thenation.com/article/ten-things-start-movement/>>.

NICHOLS, John. **The 's' word: a short history of an American tradition... Socialism**. 2. ed. New York: Verso, 2015.

PFALLER, Alfred. European Social Democracy-In Need of Renewal, Nine Country Cases & Seven Policy Proposals. **International Policy Analysis**, Berlin, dec. 2009. Available on: <<http://library.fes.de/pdf-files/id/ipa/06867.pdf>>.

ROBINSON, Sara. 6 People You Need to Start A Revolution. **Alternet**, [s.l.], apr. 2012. Available on: <[http://www.alternet.org/story/154968/6\\_people\\_you\\_need\\_to\\_start\\_a\\_revolution](http://www.alternet.org/story/154968/6_people_you_need_to_start_a_revolution)>.

ROTHSCHILD, Nathalie. Social Democracy is Dying-Even in Sweden. **Spiked**, London. Available on: <<http://www.spiked-online.com/newsite/article/9599#.V7YrfGVicSM>>.

SALLES, Joaquim Moreira. The Wealth Gap Between Rich and Poor is The Widest Ever Recorded. **Think Progress**, Washington, dec. 2014. Available on: <<http://thinkprogress.org/economy/2014/12/18/3605137/us-wealth-gap-at-its-widest-in-decades>>.

SCHREIBER, Mark; FENDER, Elizabeth. The Will of the People and the Constitution: American Attitudes and Support. **The Heritage Foundation**, Washington, jan. 2016. Available on: <<http://www.heritage.org/research/reports/2016/01/the-will-of-the-people-and-the-constitution>>.

STRAUSS, Valerie. America's School Funding Problems State by State. **The Washington Post**, Washington, feb. 2014. Available on: <<https://www.washingtonpost.com/news/answer-sheet/wp/2014/02/05/americas-school-funding-problems-state-by-state/>>.

SWEDEN SVERIDGE. **10 fundamentals of religion in Sweden**. Available on: <[http:// https://sweden.se/society/10-fundamentals-of-religion-in-sweden/](http://https://sweden.se/society/10-fundamentals-of-religion-in-sweden/)>.

**THE AMERICAN HERITAGE DICTIONARY**. 4. New York: Houghton Mifflin Company, 2011.

THE ANTI-DEFAMATION LEAGUE. Did the Founding Fathers Support the Separation of Church and State? **ProCon.org**, Santa Monica. Available on: <[http:// http://undergod.procon.org/view.answers.php?questionID=001358](http://http://undergod.procon.org/view.answers.php?questionID=001358)>.

TYSON, Alec. Most Americans think the U.S. is great, but fewer say it's the greatest. **Pew Research Center**, Washington, jul. 2014. Available at: <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2014/07/02/most-americans-think-the-u-s-is-great-but-fewer-say-its-the-greatest/>>.

WOLFF, Richard. **Democracy at work, a cure for capitalism**. Chicago: Haymarket Books, 2012.

ZUESSE, Eric. Jimmy Carter is Correct that the U.S. is No Longer a Democracy. **The Huffington Post**, New York, aug. 2016. Available on: <[http://www.huffingtonpost.com/eric-zuesse/jimmy-carter-is-correct-t\\_b\\_7922788.html](http://www.huffingtonpost.com/eric-zuesse/jimmy-carter-is-correct-t_b_7922788.html)>.



## Las candidaturas independientes en la interpretación jurisdiccional

### *The independent candidatures in the jurisdictional interpretation*

**LUIS ANTONIO CORONA NAKAMURA\***

Universidad de Guadalajara (México)  
lacn2004@yahoo.com.mx

**Recibido/Received:** 09.05.2017 / May 09<sup>th</sup>, 2017  
**Aprovado/Approved:** 21.07.2017 / July 21<sup>th</sup>, 2017

#### Resumen

En el presente artículo se estudian las reformas constitucionales de los años: 2012, 2013 y 2014 respecto de la inclusión de las candidaturas independientes al sistema político-electoral en México; para posteriormente analizar cómo se ha dado la equidad en la contienda electoral entre candidatos independientes y candidatos postulados por partidos políticos a través de la interpretación jurisdiccional que ha llevado a cabo el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, así como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, especialmente en el tema de la participación en los debates.

**Palabras-clave:** Candidato independiente; contienda electoral; equidad; interpretación; debate.

#### Abstract

*This article analyzes the constitutional reforms of 2012, 2013 and 2014, focusing on the inclusion of the independent candidatures in the political-electoral Mexican system. Further, it analyzes how equity was provided in the electoral contest between the independent candidates and the ones related to political parties through the jurisdiction interpretation made by the Electoral Tribunal of the Judicial Branch of the Federation as by the Supreme Court of the Nation, specially focusing on the debates participation theme.*

**Key-words:** Independent candidate; electoral contest; equity; interpretation; debate.

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. Las candidaturas independientes en la interpretación jurisdiccional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 63-76, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.51199.

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

## SUMARIO

**1.** La democracia, una introducción al estudio de las candidaturas independientes; **2.** Concepto de candidato independiente; **3.** Reforma Constitucional 2012, en materia de candidaturas independientes; **4.** Reforma Constitucional 2013, en materia de candidaturas independientes; **5.** La equidad en la contienda electoral, a través de la función interpretativa de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; **6.** La interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de la participación en los debates; **7.** Criterio de la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, respecto de la participación en los debates; **8.** Conclusiones; **9.** Referencias.

### 1. LA DEMOCRACIA, UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LAS CANDIDATURAS INDEPENDIENTES

En su origen griego democracia significa “poder del pueblo” o “poder popular” por el contenido de las palabras griegas *kratos* “poder” y *demos* “pueblo”; por lo que, su significado literal sería el poder del pueblo en las decisiones de gobierno; sin embargo, es importante estudiar en qué consiste y cuáles son sus desafíos, sus reglas, sus valores y sobre todo para qué sirve.

Diversos autores han definido y explicado qué es democracia, uno de ellos es Giovanni Sartori<sup>1</sup> quien señala que es “*un sistema político en el que el pueblo debe obedecer, sin chistar, a todo lo que le es mandado desde arriba*”.

Por su parte, Alan Touraine<sup>2</sup> ha definido al régimen democrático como la forma de vida política que da la mayor libertad al mayor número de ciudadanos, que protege y reconoce la mayor diversidad posible; concluye afirmando que es el conjunto de las garantías institucionales que permiten combinar la unidad de la razón instrumental con la diversidad de las memorias, el intercambio con la libertad, pero que no existe una democracia ideal.

Robert Dahl,<sup>3</sup> por su parte ha explicado en qué consiste una democracia, la denomina “democracia real”, señala que para que pueda existir es necesario:

- a) Cargos públicos electos
- b) Elecciones libres, imparciales y frecuentes
- c) Libertad de expresión
- d) Fuentes alternativas de información.
- e) Autonomía de las asociaciones
- f) Ciudadanía inclusiva

<sup>1</sup> SARTORI, Giovanni. *Homo videns, La sociedad teledirigida*. Ciudad de México: Taurus, 2003. p. 352.

<sup>2</sup> TOURAINE, Alan. *¿Qué es la democracia?* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 23.

<sup>3</sup> DAHL, Robert. *La democracia, una guía para los ciudadanos*. Madrid: Santillana Ediciones, 1999. p. 99.

Por otra parte, Norberto Bobbio<sup>4</sup> ha señalado que toda democracia, ya sea directa o indirecta, tiene en común el principio de legitimidad, lo cual quiere decir, que un Poder es aceptado como legítimo y como tal debe ser obedecido. Sin embargo, para que un Poder sea aceptado debió antes de garantizar ciertos principios y derechos, porque de lo contrario ese poder se convertiría en una dictadura.

Por lo que, se debe entender que en una democracia el Poder se transmite de abajo hacia arriba, de los electores a los gobernantes, dicha transmisión se realiza por medio del voto del electorado a favor de algún candidato.

De lo que se puede advertir, que las diferentes concepciones que dan estos teóricos cuentan con algunas diferencias, teniendo como base coincidente la libertad del pueblo para poder elegir.

Con relación a los diferentes tipos de democracias, tenemos las señaladas por Giovanni Sartori y Alain Touraine. Sartori<sup>5</sup> en su libro *¿Qué es la democracia?* menciona que existen tres tipos: la económica, social y política; todas ellas apoyadas en la igualdad; la democracia política apoyada en la igualdad jurídica-política, la social en la igualdad social y la democracia económica soportada en la igualdad económica.

A este respecto Touraine<sup>6</sup> señala que el primer tipo de democracia consiste en la limitación del poder del Estado mediante la ley y el reconocimiento de los derechos fundamentales, ésta última la menciona como la más importante históricamente porque protege a los derechos sociales y económicos. El segundo tipo de democracia consiste en la importancia de la ciudadanía, a la Constitución, a las ideas morales o religiosas y afirma que la democracia progresa más en este tipo por la voluntad de igualdad que por el deseo de libertad, esta democracia tiene un sentido más social que político. El último tipo insiste más en la representatividad social de los gobernantes que defiende los intereses de las categorías populares.

Touraine<sup>7</sup> habla de tres dimensiones de la democracia, siendo la primera de ellas la delimitación a los gobernantes, esto es, la creación de las leyes y su respeto a ellas; la segunda, es la ciudadanía que consiste en que los electores sean considerados ciudadanos y por último que los ciudadanos tengan libre elección para escoger a sus gobernantes.

Según estos dos autores, los diferentes tipos de democracia tienen conceptos en común debido a que ambos separan a la democracia en tres aspectos: política, social y económica, y el soporte de los tres tipos de democracia es el principio de la igualdad.

La democracia es una estructura social conformada por ciudadanos, quienes tienen los mismos derechos y las mismas oportunidades, las personas son iguales ante

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ, J. *El filósofo y la política*. 2. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 229.

<sup>5</sup> SARTORI, Giovanni. *Homo videns, La sociedad teledirigida*. Ciudad de México: Taurus, 2003. p. 23.

<sup>6</sup> TOURAINE, Alan. *¿Qué es la democracia?* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 46.

<sup>7</sup> TOURAINE, Alan. *¿Qué es la democracia?* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 46.

la ley, pueden elegir a sus gobernantes de manera libre y los gobernantes únicamente son instrumentos de los ciudadanos.

Por lo tanto, la democracia es un sistema social y económico que está sostenida sobre una columna vertebral que es la política, conformada por la igualdad de derechos y por elecciones libres, secretas y periódicas que permiten que exista un intercambio económico libre y una participación de los ciudadanos, el Estado debe ser el garante de su cumplimiento.

Por lo que, es necesario que la columna vertebral de todo sistema político sea la democracia, con ello se le da validez y existencia a la estructura económica y social de un país, esto es, si no existe una democracia política es muy difícil que la economía de un Estado sobreviva y progrese.

Sartori, Touraine y Dahl, también coinciden en categorizar la democracia en la ideal y la real, dado que han señalado que existen dos formas de ver la democracia, la primera de ellas y la más sencilla es decir cómo y cuál debería ser la democracia ideal, la catalogan como "la democracia del deber ser o ideal", consiste en expresar cuáles son las condiciones de una democracia posible y nos adentran al mundo de lo ideal, de soñar e imaginarnos cómo queremos y cómo se pudiera conformar una democracia ideal. La segunda y la más complicada la nombran "la democracia del ser o real" que consiste en cómo se lleva a la práctica la democracia y qué elementos la integran.

La democracia encuentra su fundamento de su propia legitimación, Touraine menciona "La democracia sería una palabra muy pobre si no fuera definida por los campos de batalla en los que tantos hombres y mujeres combatieron por ella".

La democracia se fundamenta en su legitimación, dado que actualmente la democracia no tiene otro tipo de gobierno que compita contra ella, su competencia se encuentra dentro de ella pues está comprobado que un sistema político no puede durar sin el sostén de una efectiva legitimación popular. Para que una democracia perdure no únicamente es necesario que existan elecciones periódicas, libres y secretas para elegir a sus gobernantes sino también se requiere que exista una gran participación de los electores, que conozcan a sus candidatos que los representarán en los órganos de gobierno, y que se sientan representados por ellos. Las instituciones democráticas deben garantizar la participación de la mayor cantidad posible de personas en la vida pública.

Una democracia está formada por valores y principios que permiten establecer reglas claras de juego para tener una convivencia entre las instituciones y la sociedad, donde ambas participen de forma libre y pacífica. Una democracia sin valores no es una democracia consolidada.

## 2. CONCEPTO DE CANDIDATO INDEPENDIENTE

En su conceptualización más simple tenemos que el candidato independiente *“es un aspirante a un cargo de elección popular que no está afiliado a un partido político”*. Definición que da el Diccionario Electoral del Instituto Nacional de Estudios Políticos.<sup>8</sup>

A esta esta conceptualización Beatriz Vázquez agrega que es un instrumento para ejercer el derecho a ser votado: *“Un candidato independiente es aquel postulante a algún cargo de elección popular y que no pertenece a un partido político. A través de esta figura los ciudadanos pueden ejercer el derecho a ser votado que es un derecho humano considerado inherente, universal e inalienable al ser humano.”*<sup>9</sup>

Con un análisis más profundo, tenemos la definición de Manuel González Oropeza, quien señala que la expresión “candidato independiente” corresponde al menos a dos especies, por un lado, los candidatos ciudadanos y por el otro, los candidatos no registrados. Siendo los candidatos ciudadanos *“aquellos a quienes les está permitido, según las disposiciones electorales, participar en las elecciones cubriendo simplemente los requisitos de elegibilidad en ella establecidos. Los candidatos son aquellos inscritos por los electores en los espacios en blanco establecidos en las boletas electorales.”*<sup>10</sup>

Por su parte, candidatura electoral *“es la oferta política sobre la cual se pronuncian los electores”*<sup>11</sup>, en tanto, existen otras definiciones, *lato sensu*, como *“la postulación que, de manera individual o colectiva, se hace de un aspirante a un cargo designado mediante una elección”*,<sup>12</sup> también se definen como *“es la propuesta para que una persona ocupe un cargo público, sobre la cual se pronuncian los votantes en una elección”*<sup>13</sup>.

## 3. REFORMA CONSTITUCIONAL 2012, EN MATERIA DE CANDIDATURAS INDEPENDIENTES

El 9 de agosto del 2012<sup>14</sup> se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma a la fracción II del artículo 35 de la Constitución política de los Estados Unidos

<sup>8</sup> MARTÍNEZ SILVA, Mario; SALCEDO AQUINO, Roberto. **Diccionario electoral 2000**. Ciudad de México: Instituto Nacional de Estudios Políticos, 1999.

<sup>9</sup> VÁZQUEZ GASPAS, Beatriz. Panorama general de las candidaturas independientes. **Contorno Centro de Prospectiva y Debate**, 2 jul. 2009. Disponible en: <[http://www.contorno.org.mx/pdfs\\_reporte/julio09/BVG\\_Candidaturas\\_Independientes\\_Junio\\_09.pdf](http://www.contorno.org.mx/pdfs_reporte/julio09/BVG_Candidaturas_Independientes_Junio_09.pdf)>.

<sup>10</sup> GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. Las candidaturas independientes. **Revista Este País: tendencias y opiniones**, Ciudad de México, n. 227, p. 48-51, mar. 2010. p. 48.

<sup>11</sup> NOHLEN, Dieter. Candidaturas. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **Diccionario electoral**. San José: Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral, 1989. p. 83.

<sup>12</sup> CORDOVA VIANELLO, Lorenzo. Candidatura electoral. In: CARBONELLI, Miguel (Coord.). **Diccionario de derecho constitucional**. 2. ed. Ciudad de México: Porrúa, 2005. p. 607.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ SILVA, Mario; SALCEDO AQUINO, Roberto. **Diccionario electoral 2000**. Ciudad de México: Instituto Nacional de Estudios Políticos, 1999. p. 122.

<sup>14</sup> El decreto en cita, está publicado y puede consultarse en el sitio del Diario Oficial de la Federación en internet: <[http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5262910&fecha=09/08/2012](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5262910&fecha=09/08/2012)>. Acceso en: 25 mar. 2014.

Mexicanos, a través de la cual se incluyó como un derecho de los ciudadanos el poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho a solicitar el registro de candidatos ante las autoridades electorales, tanto a los partidos políticos, como a los ciudadanos que lo soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos. Siendo este un momento histórico, dado que estaban de regreso las candidaturas independientes en nuestro país.<sup>15</sup>

Teniéndose un avance muy significativo con la reincorporación de las candidaturas independientes a la norma constitucional, dado que significó reconocimiento *“de un derecho fundamental a las candidaturas no partidistas, exigible, justiciable, que constituya un parámetro de validez para evaluar toda actuación estatal”*.<sup>16</sup>

#### 4. REFORMA CONSTITUCIONAL 2013, EN MATERIA DE CANDIDATURAS INDEPENDIENTES

La reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 2013, volvió a implicar que los partidos dejan de poseer el derecho exclusivo de postular candidatos en los procesos comiciales locales. Dicha reforma afectó al artículo 116 en su inciso o), señalando que las Constituciones y las leyes de los Estados en materia electoral garantizarían las bases y requisitos para que en las elecciones los ciudadanos soliciten su registro como candidatos para poder ser votados en forma independiente en todos los cargos de elección popular en los términos del artículo 35 de la propia Constitución.<sup>17</sup>

#### 5. REFORMA CONSTITUCIONAL 2014, EN MATERIA DE CANDIDATURAS INDEPENDIENTES

El 31 de enero de 2014 fue promulgada, por el Presidente de la República, la reforma político electoral.<sup>18</sup> Su declaratoria de constitucionalidad fue emitida el 22 de enero por el presidente de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión.

Las reformas en materia político electoral aprobadas por el Congreso de la Unión prevén: a) la creación del Instituto Nacional Electoral (INE); b) la posibilidad de un gobierno de coalición; c) la transformación de la Procuraduría General de la República en la Fiscalía General de la República; d) la autonomía constitucional del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval); e) la reelección de Senadores

<sup>15</sup> CORONA NAKAMURA, Luis Antonio; HERNÁNDEZ VELAZCO, Genaro. Las candidaturas independientes en México. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 117-135, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44513>.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ MANZO, Graciela; CANO LÓPEZ, Luis Miguel. *El derecho a las candidaturas independientes*. Ciudad de México: Porrúa, 2006. p. XVI-XVII.

<sup>17</sup> Información disponible en: [www.dof.gob.mx/nota\\_to\\_doc.php?codnota=5328202](http://www.dof.gob.mx/nota_to_doc.php?codnota=5328202). Acceso en: 28 sept. 2015.

<sup>18</sup> Información disponible en: [http://pac.ife.org.mx/para\\_saber\\_mas\\_leyes\\_secundarias.html#sthash.X8GHxZMT.dpuf](http://pac.ife.org.mx/para_saber_mas_leyes_secundarias.html#sthash.X8GHxZMT.dpuf). Acceso en 28 sept. 2015.

y Diputados del Congreso de la Unión, quienes podrán ser reelectos hasta por dos y cuatro periodos consecutivos, respectivamente; f) la reelección de legisladores locales y de integrantes de Ayuntamientos; g) el aumento de 2 a 3% como porcentaje mínimo requerido de la votación nacional emitida para que los partidos políticos conserven su registro; h) todo partido político que alcance por lo menos 3% del total de la votación válida emitida tendrá derecho a que le sean atribuidos diputados plurinominales; i) los partidos políticos deberán garantizar la paridad entre géneros en candidaturas a legisladores federales y locales; y j) se adelanta del 1 de septiembre al 1 de agosto la fecha de inicio del primer periodo ordinario de sesiones, cuando el Presidente de la República inicie su cargo.

Entre otras cuestiones prevé mecanismos para que los ciudadanos que opten por buscar un cargo público a través de una candidatura independiente compitan en condiciones de equidad con los candidatos impulsados por los partidos políticos.

Señalándose en la carta de motivos<sup>19</sup> de dicha reforma, que pese a sus múltiples fortalezas, era necesario seguir modernizando el sistema electoral en nuestro país, para incrementar la calidad con la que se organizan los comicios federales y locales, así como para garantizar los principios rectores que deben observar los procesos electorales en todo el territorio nacional: certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, publicidad y objetividad. Por lo que, era necesario incentivar la participación de una ciudadanía cada vez más consciente de la trascendencia de su papel en los procesos políticos.

La finalidad de la reforma constitucional en materia electoral era transformar las instituciones y las reglas electorales que rigen los procesos democráticos en el país, para responder a la realidad que se vivía, a través de una reforma estructural que básicamente consistía en: fortalece la autoridad electoral, que ahora es de carácter nacional y establece una nueva coordinación entre ésta y los organismos locales. Al mismo tiempo, crea un nuevo sistema de fiscalización para las elecciones locales y federales, regulando aspectos tan diversos como la propaganda electoral, las denuncias frívolas, las encuestas, los debates y las coaliciones. Igualmente, introducir nuevas causales para declarar la nulidad de una elección, garantiza la paridad de género en la nominación de candidatos a puestos de elección popular y establecer mecanismos para que los ciudadanos que opten por buscar un cargo público a través de una candidatura independiente compitan en condiciones de equidad con los candidatos impulsados por los partidos políticos. Para con todo ello actualizar y perfeccionar el sistema electoral mexicano, con la finalidad de contribuir a la consolidación de la democracia.

En específico y en cuanto a las candidaturas independientes, la reforma señaló que todo aquel ciudadano que reuniera el porcentaje de firmas de apoyo necesario sería registrado por los órganos del INE como candidato, es decir, si recaba firmas

<sup>19</sup> Información disponible en: <[http://reformas.gob.mx/wp-content/uploads/2014/06/EXPLICACION\\_AMPLIADA\\_REFORMA\\_POLITICA%E2%80%9393ELECTORAL.pdf](http://reformas.gob.mx/wp-content/uploads/2014/06/EXPLICACION_AMPLIADA_REFORMA_POLITICA%E2%80%9393ELECTORAL.pdf)>. Acceso en 28 sept. 2015.

equivalentes al uno por ciento de la lista nominal nacional para la elección de Presidente de la República, al dos por ciento de la lista nominal de la entidad en el caso de elecciones a senador y al dos por ciento de la lista nominal del distrito electoral en el caso de elecciones a diputado.

Asimismo, se estableció que se constituirán bolsas de financiamiento y de espacios en radio y televisión para los candidatos independientes, que en su conjunto serán considerados como un partido político de nueva creación. En ese sentido, sólo participarán en el reparto del 30 por ciento de la cantidad determinada como franja igualitaria. Con ello, se pretende que la reforma abone a la participación ciudadana y a que los mexicanos que opten por esta vía para buscar un puesto de elección popular compitan en condiciones de equidad con los candidatos postulados por los partidos políticos.

En cumplimiento a esta reforma, el 23 de mayo fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación los decretos que expiden las leyes generales de Delitos Electorales, de Instituciones y Procedimientos Electorales, y de Partidos Políticos, así como las modificaciones a la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. Conjunto de ordenamientos que modificó la relación entre Poderes y entre éstos y los ciudadanos en dos grandes aspectos:<sup>20</sup>

## **6. LA EQUIDAD EN LA CONTIENDA ELECTORAL, A TRAVÉS DE LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA DE LA SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**

En la terea interpretativa que realiza el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al resolver los asuntos que se someten a su jurisdicción, la Sala Superior del Tribunal Federal Electoral en la sentencia dictada en el Juicio de Revisión Constitucional con número de expediente SUP-JRC-582/2015 y acumulado,<sup>21</sup> llevó a cabo un estudio de los requisitos que se exigen a los candidatos independientes, contra los exigidos a los partidos políticos para el registro de sus candidaturas. Estableciendo en primer lugar, que con independencia de que, en las acciones de inconstitucionalidad resueltas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya se había establecido que no existía un trato discriminatorio hacia los candidatos independientes por tener la obligación de cumplir con algunos requisitos que se estimaron más estrictos que los que se exigen a los partidos políticos para registrar a sus candidatos.

<sup>20</sup> Información disponible en: <[http://reformas.gob.mx/wp-content/uploads/2014/06/EXPLICACION\\_AMPLIADA\\_REFORMA\\_POLITICA%E2%80%9393ELECTORAL.pdf](http://reformas.gob.mx/wp-content/uploads/2014/06/EXPLICACION_AMPLIADA_REFORMA_POLITICA%E2%80%9393ELECTORAL.pdf)>. Acceso en 28 sept. 2015.

<sup>21</sup> Sentencia SUP-JRC-582/2015, consultada en la página: <<http://portales.te.gob.mx/candidaturas-independientes/sites/default/files/SUP-JRC-0582-2015.pdf>>.

Empero, y no obstante a lo anterior, señaló la Sala Superior, que en el caso a resolver se exigía a dicha Sala hacer una distinción de la diferente situación de los candidatos y candidatas independientes, respecto de los partidos políticos (misma que había quedado perfectamente expuesta por la Suprema Corte); pero que sin embargo *"entre las y los candidatos independientes y las y los candidatos que militan en un partido político no existen diferencias materiales, de modo que el régimen jurídico que les sea aplicable durante las campañas electorales en las cuales contiendan debe ser análogo o, cuando mucho, razonablemente distinto"*.

Lo anterior lo expuso así, argumentando que si las personas que aspiran a un cargo de elección popular carecen de posibilidades reales de competir y, eventualmente, ganar, se estarían produciendo tres violaciones de gran trascendencia para el orden constitucional: (I) la primera es, que se estaría ante una vulneración de su derecho a ser votadas; (II) La segunda es, que se estaría afectando el derecho de la ciudadanía a elegir una opción política distinta a la ofrecida por el esquema tradicional de los partidos políticos, trasgrediendo esa dimensión colectiva del derecho de acceder a cargos de elección popular; y (III) la tercera es, que se estaría vaciando de contenido un derecho constitucional al limitarlo de tal forma que termina por hacerse nugatorio.

Lo anterior en virtud, de que la base I del artículo 41 constitucional establece que los partidos políticos *"son entidades de interés público cuya finalidad consiste en promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público"*.

La Sala Superior, destacó que en el contexto antes señalado, resultaba evidente que los partidos políticos no son un fin en sí mismo, sino que su relevancia constitucional deriva del rol instrumental que tienen para la democracia, al permitir el acceso de la ciudadanía al ejercicio del poder público. Siendo dicha idea central en el nuevo diseño constitucional, pues la Constitución Federal tiene un diseño marcadamente antropocéntrico, de modo que coloca a las personas en el centro de las normas y las instituciones.

Puntualizando la Sala Superior que así resultaría un contrasentido limitar las posibilidades reales de competir y ganar en una elección de las y los candidatos independientes, en aras de favorecer a los partidos políticos como consecuencia de su rol para permitir el acceso ciudadano al poder público. Esto equivaldría a limitar un derecho ciudadano en aras de fortalecer el mismo derecho ciudadano ejercido por una vía distinta.

Por lo anterior, la Sala Superior consideró de la mayor importancia enfatizar que una cosa era regular exhaustivamente el acceso de la ciudadanía a candidaturas independientes, por lo que ello significa respecto a la obtención de recursos públicos sin el escrutinio que ya se ha hecho con los partidos políticos, y otra muy distinta era regular excesivamente, al grado de limitar y condenar a su virtual inviabilidad, a las

*candidaturas que ya obtuvieron el registro y pasaron por ese escrutinio previo. Que en pocas palabras, una candidatura que ya superó la etapa de registro debe regirse por un marco normativo que le permita competir en igualdad de armas con las y los candidatos de los partidos políticos, pues esto es un corolario del principio de equidad que rige las contiendas electorales.*

Siendo esta la parte central de la labor de interpretación de la Sala Superior, en el presente asunto, el establecer requisitos en igualdad de condiciones para la contienda electoral, para candidatos y candidatas independientes con los candidatos que contienden en las elecciones por los partidos políticos. En el caso que nos ocupa, se discutió la obtención de recursos públicos por parte de los candidatos independientes. Empero, es de suma importancia la labor interpretativa que realizó la Sala Superior, al determinar, precisamente, que una candidatura independiente que ya superó la etapa de registro, debe regirse por un marco normativo que no sólo le permita, sino que le garantice, competir en igualdad de circunstancias con los candidatos postulados por los partidos políticos, en aras de respetar el principio de equidad que debe existir en las contiendas electorales.

## **7. LA INTERPRETACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, RESPECTO DE LA PARTICIPACIÓN EN LOS DEBATES**

Ahora bien, continuamos con la labor interpretativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que llevó a cabo en la acción de inconstitucionalidad 22/2014,<sup>22</sup> 26/2014, 28/2014 y 30/2014, respecto de la constitucionalidad de la permisión para que los medios de comunicación nacional y local organicen libremente debates con la participación de al menos dos candidatos; constitucionalidad que se estudió en Considerando Décimo Tercero, de dicha acción, a través del cual se analizó el artículo 218 numeral 6, inciso b), de la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales, el cual establece en el punto seis, que:

*6. Los medios de comunicación nacional y local podrán organizar libremente debates entre candidatos, siempre y cuando cumplan con lo siguiente:*

- a) Se comunique al Instituto o a los institutos locales, según corresponda;*
- b) Participen por lo menos dos candidatos de la misma elección, y*
- c) Se establezcan condiciones de equidad en el formato.*

<sup>22</sup> Acción de inconstitucionalidad 22/2014 y otros, consultada en la página: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=167491>>.

A este respecto el Partido de la Revolución Democrática y el Partido del Trabajo en el decimosexto concepto de invalidez, argumentaron substancialmente que esta disposición era inconstitucional porque:

- No obliga a que se convoque a los debates a todos los candidatos.
- Basta la presencia de dos candidatos para que se lleve a cabo el debate.
- Podría propiciar dar un sesgo al debate para adquirir tiempo en radio y televisión para fines electorales en forma indebida al no dar participación en el debate a todos los candidatos.
- Podría generar que solamente dos candidatos acuerden el formato en que se desarrolle el debate.
- Atenta contra el principio de equidad que postula el primer párrafo de la fracción II del artículo 41 constitucional en los siguientes términos: *"II. La ley garantizará que los partidos políticos nacionales cuenten de manera equitativa con elementos para llevar a cabo sus actividades..."*.

A lo cual, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determino que eran infundados dichos argumentos, en virtud de que el párrafo 7 del artículo 218, implícitamente obligaba a que se citara al respectivo debate a todos los candidatos participantes en la elección, *"La no asistencia de uno o más de los candidatos invitados a estos debates no será causa para la no realización del mismo."*; señalando que ello significaba que existía la obligación de convocar a su realización a la totalidad de los aspirantes en la contienda, pues de otra forma no se explicaría la prevención en el sentido de que la inasistencia de alguno de ellos no motivaría la cancelación de la transmisión del evento.

Enfatizando que de la interpretación del inciso c), del párrafo 6, del propio artículo 218, establece la obligación legal de que en los debates *"Se establezcan condiciones de equidad en el formato."*; lo que implicaba que, para su realización, no bastaba con que simplemente se convocara a los candidatos interesados, sino que se debían llevar a cabo todos los actos necesarios para que existiera acuerdo sobre los términos concretos de su verificación, bajo la supervisión de la autoridad electoral, dado que para tal fin se prevé que en cualquier caso, previamente a su programación, *"Se comunique al Instituto o a los institutos locales, según corresponda"*; en virtud de que, esta intervención de la autoridad constituye un medio de control de la legalidad de la organización de dichos encuentros públicos entre los candidatos a una elección.

Concluyendo la Suprema Corte, que:

*En suma, cuando el artículo 218 párrafo 6, inciso b); de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales dispone que los medios de comunicación nacional y local podrán organizar libremente debates entre candidatos, siempre y cuando participen por lo menos dos candidatos de la misma elección; debe entenderse que existe la obligación de los organizadores de convocar en forma fehaciente, a todos los candidatos*

*registrados para el mismo cargo, pues solamente de esta forma se satisface el principio de imparcialidad que debe regir en este tipo de eventos públicos.*

Siendo entonces, el marco de interpretación que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la equidad en la contienda, al verificar la totalidad de las disposiciones jurídicas contenidas en el artículo 218, para armonizar su contenido e interpretar: que lo que se señalaba en él precepto legal tildado de inconstitucional, no se debe de interpretar párrafo por párrafo, si no de manera integral todo su contenido, el cual establece, la exigencia de incluir en el mencionado debate a todos los candidatos registrados para el mismo cargo, con la finalidad de que no se altere el principio de imparcialidad que debe regir en los debates públicos que se celebren en las contiendas electorales. Criterio que como se señaló, establece equidad en la contienda electoral.

## **8. CRITERIO DE LA SALA REGIONAL ESPECIALIZADA DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, RESPECTO DE LA PARTICIPACIÓN EN LOS DEBATES**

El C. Esteban Valles Martínez, quien contendió como candidato independiente a Diputado Federal por el Distrito 11 en el Estado de Veracruz de Ignacio de la Valle, presentó ante la Sala Regional Especializada, procedimiento especial sancionador, al cual recayó número de expediente SRE-PSD-406/2015,<sup>23</sup> en contra de Comunicación Especializada del Sureste S.A. de C.V. (Olmeca TV).

Procedimiento en el que, con fecha diecisiete de junio de dos mil quince, se dictó sentencia en la que se estableció la existencia de la conducta arbitraria de la empresa televisiva, consistente en la exclusión de Esteban Valles Martínez, del debate entre candidatos a la diputación federal por el Distrito Electoral 11 en el Estado de Veracruz, con motivo del procedimiento especial sancionador tramitado ante el Instituto Nacional Electoral con la clave JD/PE/EVM/JD11/VER/PEF/5/2015.

La Sala Especializada acreditó que el día veintisiete de abril de dos mil quince, en la ciudad de Coatzacoalcos, Veracruz, la empresa televisiva transmitió en la señal correspondiente a Olmeca TV, un debate entre nueve de los once candidatos a diputados federales en el once distrito electoral en el estado de Veracruz, el cual fue organizado por ella misma.

Resaltando que mediante oficio INE/CD11/VER/1091/2015, de veintitrés de abril de dos mil quince, signado por el Consejero Electoral Distrital, se le solicitó a dicha empresa que ante las inquietudes de los Candidatos independientes a diputados federales, por el principio de mayoría relativa, Esteban Valles Martínez y otro, se contemplara su

<sup>23</sup> Procedimiento Especial Sancionador, número de expediente SRE-PSD-406/2015, consultada en la página: <<http://www.te.gob.mx/salasreg/ejecutoria/sentencias/especializada/SRE-PSD-0406-2015.pdf>>.

participación “en el valioso ejercicio democrático que la empresa que usted representa organizará el próximo veintisiete de abril del año en curso, para que se cumpla a cabalidad con la equidad del propio debate y de la actual contienda electoral en lo general”.

Por lo que, la Sala Especializada consideró que se encontraba actualizada la falta, que se hizo consistir en el incumplimiento a las disposiciones que rigen la transmisión en televisión de los debates, dado que la empresa televisiva, no invitó a todos los candidatos a diputados federales en el once distrito electoral en el estado de Veracruz, a participar en el debate que organizó y que se realizó en la fecha señalada.

A este respecto, la empresa reconoció los hechos, y señaló que había cumplido con la normatividad aplicable, pues esto quedaba colmado al invitar a por lo menos dos candidatos.

Por lo que, la Sala Especializada trajo a colación lo dispuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de la interpretación realizada al artículo 218, párrafo sexto inciso b), de la Ley Electoral, en la Controversia Constitucional estudiada en líneas que anteceden, resaltando, que la interpretación de dicha precepto legal debe entenderse que *“existe la obligación de los organizadores de convocar en forma fehaciente a todos los candidatos registrados para el mismo cargo, pues solamente de esta forma se satisface el principio de imparcialidad que debe regir en este tipo de eventos públicos”*.

Al haberse acreditado la vulneración al artículo 218, párrafos seis, inciso b) y siete, en relación con el numeral 452, párrafo uno, inciso e), de la Ley Electoral, se consideró que la empresa Comunicación Especializada del Sureste S.A. de C.V. (Olmeca TV), fue responsable de no haber invitado a todos los candidatos a diputados federales en Coatzacoalcos, Veracruz al debate que organizó; no obstante que estaba obligado a ello, a efecto de preservar la imparcialidad en este tipo de eventos públicos.

El bien jurídico que se tuteló por parte de la Sala Especializada, consistió en la imparcialidad que debe regir a los debates e implicó la obligación de los organizadores de convocar en forma fehaciente, a todos los candidatos registrados para el mismo cargo, a fin de cumplir lo establecido en el artículo 218, párrafos seis y siete, de la Ley Electoral, en atención al criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación contenido en ejecutoria de la acción de inconstitucionalidad 22/2014 y sus acumulados.

## 9. CONCLUSIONES

Podemos concluir que la imparcialidad en la contienda electoral, el contar todos los candidatos registrados por el mismo cargo, con las mismas oportunidades, ya sea que se postules de manera independiente o a través de partidos políticos, tienen el derecho de dar a conocer sus propuestas y debatirlas de manera imparcial; para así darlas a conocer y que la ciudadanía pueda estar en condiciones de elegir. La Sala

Regional Especializada utilizó la interpretación dada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para resolver el procedimiento en cuestión, y así armonizar sus decisiones; las cuales sin duda tienden a respetar y garantizar la equidad en la contienda electoral entre las candidaturas independientes y los candidatos postulados por partidos políticos, en virtud de que gracias a dicha labor se ha conseguido ser más equitativas las contiendas electorales.

## 10. REFERENCIAS

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. Candidatura electoral. In: CARBONELI, Miguel (Coord.). **Diccionario de derecho constitucional**. 2. ed. Ciudad de México: Porrúa, 2005.

CORONA NAKAMURA, Luis Antonio; HERNÁNDEZ VELAZCO, Genaro. Las candidaturas independientes en México. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 117-135, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44513>.

DAHL, Robert. **La democracia, una guía para los ciudadanos**. Madrid: Santillana Ediciones, 1999.

FERNÁNDEZ, J. **El filósofo y la política**. 2. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. Las candidaturas independientes. **Revista Este País: tendencias y opiniones**, Ciudad de México, n. 227, p. 48-51, mar. 2010.

MARTÍNEZ SILVA, Mario; SALCEDO AQUINO, Roberto. **Diccionario electoral 2000**. Ciudad de México: Instituto Nacional de Estudios Políticos, 1999.

NOHLEN, Dieter. Candidaturas. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **Diccionario electoral**. San José: Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral, 1989.

RODRÍGUEZ MANZO, Graciela; CANO LÓPEZ, Luis Miguel. **El derecho a las candidaturas independientes**. Ciudad de México: Porrúa, 2006.

SARTORI, Giovanni. **Homo videns, La sociedad teledirigida**. Ciudad de México: Taurus, 2003.

TOURAINÉ, Alan. **¿Qué es la democracia?** Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994.



## Los organismos electorales: avance y retroceso de la reforma constitucional mexicana de 2014

### *The electoral agencies: advances and setbacks of the Mexican constitutional reform of 2014*

**JOSÉ MARTÍN VÁZQUEZ VÁZQUEZ\***

Instituto de Investigaciones y Capacitación Electoral (México)  
jmartinov@hotmail.com

**MARÍA TERESA GUZMÁN ROBLEDO\*\***

Universidad de Guadalajara (México)  
maytegr1905@yahoo.com

**Recibido/Received:** 18.05.2017 / May 18 th, 2017

**Aprovado/Approved:** 21.07.2017 / July 21th, 2017

#### Resumen

Con la finalidad de realizar un estudio completo de los organismos electorales en México, en el presente estudio se analizan diversas reformas electorales, tales como: la de 1990, 1993, 1994, 1996, 2007 y la del año 2014, que representa un parte aguas para los organismos electorales, reforma que se estudia desde el punto de vista del retroceso del federalismo; por lo que, también se incluye el análisis de la integración del Instituto Nacional Electoral (como un nuevo organismo), su competencia, la facultad de asunción, de delegar y atracción. Los procedimientos

#### Abstract

*In order to carry out a complete study of electoral organizations in Mexico, the present study discusses various electoral reforms as the ones of 1990, 1993, 1994, 1996 and 2007, and the one of 2014, which represents a split point for the electoral organizations. This reform is studied from the point of view of the retreat of federalism. For this reason, it also includes the analysis of the integration of the National Electoral Institute (as a new organization), its competence of delegate and attract and the assumption possibility. The sanctioning procedures are*

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: VÁZQUEZ VÁZQUEZ, José Martín; GUZMÁN RUBLEDO, María Teresa. Los organismos electorales: avance y retroceso de la reforma constitucional de 2014. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 77-93, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.52523.

\* Doctor en Derecho Electoral por el Instituto de Investigaciones y Capacitación Electoral del Tribunal Electoral del Estado de Jalisco (Guadalajara, México). Máster en Derecho por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (San Luis Potosí, México) y por la Universidad de Alicante (Alicante, España).

\*\* Profesora Investigadora de la Universidad de Guadalajara (Guadalajara, México), adscrita al Departamento de Derecho Público. Doctora en Derecho Electoral por el Instituto Prisciliano Sánchez del Tribunal Electoral del Estado de Jalisco (Guadalajara, México). Maestra en Derecho por la Universidad de Guadalajara (Guadalajara, México). Abogada. E-mail: maytegr1905@yahoo.com.

sancionadores san otro de los aspectos relevantes de la reforma de 2014, mismos que se analizan, así como los organismos locales electorales y sus competencias.

*another of the relevant aspects of the 2014 reform, which are analyzed, as well as local electoral organizations and their powers.*

**Palabras-clave:** Organismos electorales; Constitución; reforma; federalismo; centralismo.

**Words-key:** Elections organizations; Constitution; reform; federalism; centralism.

## SUMARIO

**1.** Introducción; **2.** La reforma electoral de 1990; **3.** La reforma electoral de 1993; **4.** La reforma electoral de 1994; **5.** La reforma electoral de 1996; **6.** La reforma electoral de 2007; **7.** El Pacto por México, como antecedente de la reforma electoral de 2014; **8.** La reforma electoral de 2014; **8.1.** De la integración del Instituto Nacional Electoral; **8.2.** Competencia del Instituto Nacional Electoral; **8.3.** La facultad de asunción, de delegar y atracción del Instituto Nacional Electoral; **8.4.** Dualidad del Servicio Profesional Electoral; **8.5.** Procedimientos sancionadores; **8.6.** Los organismos públicos locales electorales; **8.7.** Competencia de los organismos públicos locales electorales; **9.** Consideraciones finales; **10.** Referencias.

## 1. INTRODUCCIÓN

El choque de fuerzas sociales institucionalizadas en busca de la expansión, disputa y conquista del poder político, ha contribuido indudablemente a la construcción del derecho electoral en sus dos vertientes, sustantivo y adjetivo.

Aunado a lo anterior, el desencanto de 1988, generado por la desconfianza de las autoridades encargadas de organizar los procesos electorales, pues en la historia reciente de México en el año de 1988 cuando dos candidatos se disputaban la presidencia: Carlos Salinas de Gortari (PRI) y Cuauhtémoc Cárdenas (Frente Democrático Nacional), el conteo preliminar de los votos aparentemente registraba una ventaja para Cárdenas, el entonces Secretario de Gobernación y presidente de la Comisión Federal Electoral anunció que se suspendía debido a una caída del sistema.<sup>1</sup>

La lentitud del cómputo de los resultados electorales, afirman Aguilar Camín y Lorenzo Meyer<sup>2</sup> que *“...el auge de la oposición, la ostensible manipulación del proceso por las autoridades y la incredulidad de la opinión pública, echaron sobre las elecciones de julio de 1988 una espesa sombra de duda y la acusación de fraude”*.

La experiencia de 1988 tuvo como consecuencia que ningún actor político quedara satisfecho, ni la oposición ni gran parte de los votantes, la inconformidad ciudadana, las ineficaces vías para dar curso a las protestas y la manipulación del gobierno, hicieron evidente que México debía de entrar a la creación de instituciones adecuadas que hicieran confiables a los ciudadanos su manifestación en las urnas y con ello una

<sup>1</sup> CNN MÉXICO. “**La caída del sistema**”, Ciudad de México, jun. 2012. Disponible en: <<http://mexico.cnn.com/nacional/2012/06/30/1988-la-caida-del-sistema>>. Acceso en 30 jun. 2014.

<sup>2</sup> AGUILAR CAMÍN, Héctor; MEYER, Lorenzo. **A la Sombra de la Revolución Mexicana**. Ciudad de México: Cal y arena, 1998. p. 284.

reforma política de gran tamaño capaz de diseñar esas instituciones que fuesen correspondientes con la realidad.

Las circunstancias anteriores han contribuido y generado que el poder reformador gradualmente incorpore en normas de rango constitucional aquellas directrices tendentes a encauzar de forma ordenada e institucionalizada el enfrentamiento de los actores políticos, conducidos bajo una autoridad independiente de los poderes públicos que legitimen los procesos electorales pues es indiscutible que las elecciones son el pilar de las democracias representativas.

En ese sentido, el presente trabajo se desarrollará bajo una óptica descriptiva e histórica a partir de la reforma electoral de 1990 en el cual se planteará el origen ciudadano de los organismos electorales, como autoridades en la materia e independientes de los poderes públicos y como gradualmente se fueron acumulando las experiencias en beneficio de su fortalecimiento, hasta llegar a una reforma en sentido contrario, esto es, en menoscabo del fortalecimiento de los organismos electorales de las entidades federativas para, finalmente, arribar a las consideraciones finales.

## 2. LA REFORMA ELECTORAL DE 1990

Es irrefutable que antes de 1990 existieron otras reformas electorales de nivel constitucional que fueron construyendo lánquidamente el modelo de democracia mexicana, pues se fueron reconociendo derechos, se abrió el camino a la pluralidad política y el rediseño institucional, como son: "la de 1953 sobre el voto a la mujer, la de 1963 sobre los diputados de partido, la de 1969 sobre el derecho de voto a los 18 años, la de 1972 sobre los derechos políticos pasivos";<sup>3</sup> así como las reformas de 1977 y 1986 que abarcaron al sistema electoral en su conjunto.<sup>4</sup>

Sin embargo, la experiencia de 1988 contribuyó fundamentalmente al nacimiento de una autoridad, distinta a la Comisión Federal Electoral encargada de organizar los procesos electorales, ya que mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de abril de 1990, se reformaron y adicionaron los artículos 5, 35 fracción III, 36 fracción I, 41, 54, 60 y 73 fracción VI, base 3a. y se derogan los artículos transitorios 17, 18 y 19, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>5</sup>

Con lo anterior, se inició la construcción de una nueva estructura electoral pues surge el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales conocido como COFIPE y nace, aunque parece absurdo, el extinto Instituto Federal Electoral.

<sup>3</sup> RABASA GAMBOA, Emilio. **Las reformas constitucionales en materia político-electoral**. Ciudad de México: UNAM-PNUD, 2012. p. 11.

<sup>4</sup> RABASA GAMBOA, Emilio. **Las reformas constitucionales en materia político-electoral**. Ciudad de México: UNAM-PNUD, 2012. p. 14.

<sup>5</sup> Diario Oficial de la Federación, publicado el 6 de abril de 1990, Recuperado de [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=4651333&fecha=](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4651333&fecha=), (Consultado 28 de junio de 2015).

La reforma formalmente quitó al Gobierno Federal la preparación, desarrollo y vigilancia de los procesos electorales y estableció que la organización de las elecciones federales es una función estatal e hizo corresponsables de la organización de las elecciones federales a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión, con la participación de los partidos políticos nacionales y de los ciudadanos.

La reforma precisó que esa función se realizará a través de un organismo público dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, que sería autoridad en la materia, profesional en su desempeño y autónomo en sus decisiones, esto es, el nacimiento del Instituto Federal Electoral, cuyos principios rectores de origen fueron la certeza, legalidad, imparcialidad, objetividad y profesionalismo.

La nueva estructura se integró con órganos de dirección, ejecutivos y técnicos, asimismo, con órganos de vigilancia que se integraban mayoritariamente por representantes de los partidos políticos nacionales.

Además, el órgano superior de dirección fue integrado por consejeros y consejeros magistrados designados por los Poderes Legislativo y Ejecutivo y por representantes nombrados por los partidos políticos. Aunado a todo ello, se estableció que el organismo público agrupara para su desempeño, en forma integral y directa, las actividades relativas al padrón electoral, preparación de la jornada electoral, cómputos y otorgamiento de constancias, capacitación electoral y educación cívica e impresión de materiales electorales, así como los derechos y prerrogativas de los partidos políticos.

Finalmente, esta reforma estableció candados para poder integrar el organismo autónomo que no podrían ser menores a los que señala la Constitución para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

### 3. LA REFORMA ELECTORAL DE 1993

La reforma electoral publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, modificó los artículos 41, 54, 56, 60, 63, 74 y 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformas que sustancialmente versaron en establecer las reglas a que se sujetarán el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales, supresión de la cláusula de gobernabilidad, el nuevo modelo de integración de la Cámara de Senadores y el quórum para sesionar, el contencioso electoral y el régimen de gobierno del Distrito Federal y la calificación electoral.<sup>6</sup>

Respecto a la calificación electoral, estableció en el artículo 60 que el organismo público previsto en el artículo 41 de la Constitución, declarará la validez de las elecciones de diputados y senadores en cada uno de los distritos electorales uninominales y en cada una de las entidades federativas.

<sup>6</sup> Diario Oficial de la Federación, publicado el 3 de septiembre de 1993. Disponible en: <[http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=4780392&fecha=03/09/1993](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4780392&fecha=03/09/1993)>. Acceso en: 28 jun. 2015.

Además, otorgará las constancias respectivas a las fórmulas de candidatos que hubiesen obtenido mayoría de votos y hará la asignación de senadores de primera minoría de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 constitucional. Asimismo, hará la declaración de validez y la asignación de diputados según el principio de representación proporcional de conformidad con el artículo 54 del ordenamiento referido.

#### **4. LA REFORMA ELECTORAL DE 1994**

Continuando con esa lenta evolución y con miras, indiscutiblemente, a fortalecer lo que se había construido hasta el momento, la reforma electoral publicada el 19 de abril de 1994, giró en torno al artículo 41 constitucional refiriéndose a la organización de las elecciones y a la nueva integración del ente encargado de tal función.<sup>7</sup>

Así, se estableció que la organización de las elecciones federales es una función estatal que se realiza a través de un organismo público autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, en cuya integración concurren los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Unión, con la participación de los partidos políticos nacionales y de los ciudadanos, señalando además que, en el ejercicio de esa función estatal, la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad serán principios rectores; aunado a que, será autoridad en la materia, profesional en su desempeño y autónomo en sus decisiones y que, contará en su estructura con órganos de dirección, ejecutivos, técnicos y de vigilancia.

La citada reforma fue muy puntual al señalar que el órgano superior de dirección se integrará por Consejeros y Consejeros Ciudadanos designados por los Poderes Legislativo y Ejecutivo y por representantes nombrados por los partidos políticos.

Esta reforma, indiscutiblemente se distinguió por el desprendimiento de la autoridad electoral encargada de organizar las elecciones respecto del gobierno federal y como tal, el órgano superior de dirección asumió el control de las decisiones del citado ente, así pues, esta reforma también es recordada como la nueva era de los organismos electorales ciudadanos ya que, los consejeros magistrados fueron sustituidos por consejeros ciudadanos y en relación a la toma de decisiones eran mayoría respecto a los votos de los representantes del ejecutivo y los cuatro del poder legislativo ya que a los partidos políticos sólo conservaron voz pero no el voto.

#### **5. LA REFORMA ELECTORAL DE 1996**

En otro orden de ideas, el 22 de agosto de 1996 apareció publicada en el Diario Oficial de la Federación la reforma a la fracción III del artículo 35; la fracción III del

---

<sup>7</sup> Diario Oficial de la Federación, publicado el 19 de abril de 1994. Disponible en: <[http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=4688022&fecha=19/04/1994](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4688022&fecha=19/04/1994)>. Acceso en 28 jun. 2015.

artículo 36; el artículo 41, de su párrafo segundo en adelante; el artículo 54, de su fracción II en adelante; el artículo 56; los párrafos segundo y tercero del artículo 60; la fracción I del artículo 74; los párrafos primero, cuarto y octavo del artículo 94; el artículo 99; los párrafos primero y segundo del artículo 101; el encabezado y el párrafo tercero, que se recorre con el mismo texto para quedar como párrafo quinto de la fracción II del artículo 105; el primer párrafo del artículo 108; el primer párrafo del artículo 110; el primer párrafo del artículo 111; el tercer párrafo de la fracción II del artículo 116; y el artículo 122. Se adicionaron dos párrafos, tercero y cuarto, al artículo 98; un inciso f) y dos párrafos, tercero y cuarto, a la fracción II del artículo 105; y una fracción IV al artículo 116, por lo que se recorren en su orden las fracciones IV, V y VI vigentes, para quedar como V, VI y VII; y se derogaron la fracción VI del artículo 73; y el segundo párrafo del artículo tercero de los Artículos Transitorios del Decreto de fecha 2 de septiembre de 1993, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 del mismo mes y año, por el que se reformaron los Artículos 41, 54, 56, 60, 63, 74 y 100, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>8</sup>

Los temas fundamentales de esta reforma se pueden clasificar de la siguiente manera: 1. Equidad en la contienda, 2. Modificación en la integración del Poder Legislativo, 3. Elección del Jefe de Gobierno del Distrito Federal mediante votación directa, 4. Rediseño de la jurisdicción electoral. Con independencia de estos temas fundamentales, la reforma también impactó en la conformación del Instituto Federal Electoral y sobre todo, algo que no se había abordado hasta el momento, fue el hecho de que la reforma se expandiera a las entidades federativas.

La reforma fortaleció al Instituto Federal Electoral pues siguió conservando la titularidad de la función estatal de organizar las elecciones, esto es, el control de las decisiones, en razón de que eran los únicos con voz y voto, ya que quedó en un Consejo General como órgano superior de dirección integrado por un consejero Presidente y ocho consejeros electorales. Con voz pero sin voto, los consejeros del Poder Legislativo, los representantes de los partidos políticos y un Secretario Ejecutivo.

Como se advierte, esta reforma consolidó el control de las elecciones por un organismo ciudadano en razón de que eran los únicos con voz y voto, además de fortalecer la manera de designación y la duración en el encargo y sujetarlos al régimen de responsabilidades, aunado a señalar las actividades relativas a la capacitación y educación cívica, geografía electoral, los derechos y prerrogativas de las agrupaciones y de los partidos políticos, al padrón y lista de electores, impresión de materiales electorales, preparación de la jornada electoral, los cómputos en los términos que señale la ley, declaración de validez y otorgamiento de constancias en las elecciones de diputados y senadores, cómputo de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos en

<sup>8</sup> Diario Oficial de la Federación, publicado el 22 de agosto de 1996. Disponible en: <[http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=4896725&fecha=22/08/1996](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4896725&fecha=22/08/1996)>. Acceso en 30 jun. 2015.

cada uno de los distritos electorales uninominales, así como la regulación de la observación electoral y de las encuestas o sondeos de opinión con fines electorales.

Con independencia de lo anterior, algo de gran relevancia significó el hecho de que la reforma trascendiera a las entidades federativas en razón de que el constituyente permanente reformó la fracción IV del artículo 116 constitucional y estableció nueve ejes rectores democráticos:<sup>1</sup> 1. Que las elecciones estatales y municipales se realicen mediante sufragio universal, libre, secreto y directo; 2. Vinculación de las autoridades electorales a los principios de legalidad, imparcialidad, objetividad, certeza e independencia; 3. Que las autoridades administrativas y jurisdiccionales electorales gocen de autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones; 4. El establecimiento de un sistema de medios de impugnación y sujeción al principio de legalidad de todos los actos y resoluciones electorales; 5. Se fijen los plazos convenientes para el desahogo de todas las instancias impugnativas, tomando en cuenta el principio de definitividad de las etapas de los procesos electorales; 6. Financiamiento público equitativo para los partidos políticos para su sostenimiento y cuenten durante los procesos electorales con apoyos para sus actividades tendientes a la obtención del sufragio universal; 7. Equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social; 8. Se fijen los criterios para determinar los límites a las erogaciones de los partidos políticos en sus campañas electorales, así como los montos máximos que tengan las aportaciones pecuniarias de sus simpatizantes y los procedimientos para el control y vigilancia del origen y uso de todos los recursos con que cuenten los partidos políticos; se establezcan, asimismo, las sanciones por el incumplimiento a las disposiciones que se expidan en estas materias; 9. Se tipifiquen los delitos y determinen las faltas en materia electoral, así como las sanciones.

## 6. LA REFORMA ELECTORAL DE 2007

La reforma electoral publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2007, modificó el primer párrafo del artículo 60.; reformó y adicionó los artículos 41 y 99; reformó el párrafo primero del artículo 85; el párrafo primero del artículo 108; reformó y adicionó la fracción IV del artículo 116; reformó el inciso f) de la fracción V de la Base Primera del artículo 122; adicionó tres párrafos finales al artículo 134; y derogó el párrafo tercero del artículo 97, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>9</sup>

Las reformas sustancialmente consistieron en lo siguiente:

1. Prohibición expresa a la intervención de organizaciones gremiales o con objeto social diferente en la creación de partidos y cualquier forma de afiliación corporativa.

<sup>9</sup> Diario Oficial de la Federación, publicado el 13 de noviembre de 2007. Disponible en: <[http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5005999&fecha=13/11/2007](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5005999&fecha=13/11/2007)>. Acceso en 30 jun. 2015.

2. Veda a las autoridades electorales para intervenir en los asuntos internos de los partidos políticos.

3. Redefinición de reglas a que se sujetará el financiamiento de los partidos.

4. Facultad exclusiva del Instituto Federal Electoral para la administración del tiempo que corresponda al Estado en radio y televisión destinado a sus propios fines y al ejercicio del derecho de los partidos políticos.

5. Prohibición expresa a los partidos políticos para contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión.

6. Disminución de las campañas y precampañas. En el año de elecciones para Presidente de la República, senadores y diputados federales será de noventa días. En el año en que sólo se elijan diputados federales, las campañas durarán sesenta días. En ningún caso las precampañas excederán las dos terceras partes del tiempo previsto para las campañas electorales.

7. Fiscalización al Instituto Federal Electoral y a los partidos políticos en dos vertientes: I. Una Contraloría General con autonomía técnica y de gestión encargada la fiscalización de todos los ingresos y egresos del Instituto, cuyo titular es designado por la Cámara de Diputados en mayoría calificada. II. La fiscalización de las finanzas de los partidos políticos nacionales a cargo de un órgano técnico del Consejo General del Instituto Federal Electoral, dotado de autonomía de gestión, cuyo titular será designado por el voto de las dos terceras partes del propio Consejo a propuesta del consejero Presidente.

8. Modificación en la duración en el encargo y renovación escalonada de los consejeros electorales. El consejero Presidente durará en su cargo seis años y podrá ser reelecto una sola vez. Los consejeros electorales durarán en su cargo nueve años, serán renovados en forma escalonada y no podrán ser reelectos.

9. Nuevas facultades al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

10. Expansión de los efectos de la reforma a las entidades federativas, en principio se ratificaron las directrices de la reforma de 1996, en segundo lugar las reglas de la reforma electoral de 2007 aplicables al ámbito federal fueron adaptadas respectivamente a los estados federados y finalmente se establecieron nuevas disposiciones como homogenizar la fecha de las elecciones, esto es, que se realizaran el primer domingo de julio del año que corresponda, así como la de convenir para que el organismo Federal se haga cargo de las elecciones estatales y la de coordinación entre el Instituto Federal Electoral y las autoridades electorales locales en materia de fiscalización de las finanzas de los partidos políticos.

## 7. EL PACTO POR MÉXICO, COMO ANTECEDENTE DE LA REFORMA ELECTORAL DE 2014

Con la firma del Pacto por México suscrito el 2 de diciembre de dos mil doce, por la Presidencia de la República, “negociado por el PRI, el PAN y la corriente Nueva Izquierda del PRD” como lo dijera Rosalía Vergara en la revista Proceso<sup>10</sup>, en el que se dieron a conocer los compromisos para aprobar reformas estructurales desde una visión limitada de los suscriptores, es de destacar, para el caso que nos ocupa, el acuerdo para la gobernabilidad democrática, que entre otras cuestiones sustanciales implicó la de crear una autoridad electoral de carácter nacional y una legislación única que se encargará tanto de las elecciones federales, como de las estatales y municipales.<sup>11</sup>

Esto es, la idea original era la de desaparecer los organismos electorales de las entidades federativas para concentrar la organización de las elecciones federales y locales en una sola autoridad única, situación que generó inconformidad entre los organismos electorales de las entidades federativas, tribunales electorales estatales, partidos políticos que fueron desconocidos en la firma del Pacto por México y académicos reconocidos, que manifestaron abiertamente el rechazo a la creación de la autoridad única nacional electoral:

*Durante la asamblea, los consejeros presidentes destacaron la relevancia del trabajo que llevan a cabo los órganos electorales locales, ya que realizan procesos distintos a los federales como ejercicios de participación ciudadana, registro de candidaturas independientes, así como la realización de elecciones en localidades que se rigen por usos y costumbres. Coincidieron en que la existencia de los institutos electorales simboliza una lucha histórica por la soberanía y autonomía de las entidades; además de que representa la experiencia acumulada por estos órganos electorales.<sup>12</sup>*

*Sin embargo, parece ilógico pretender que la centralización de la función electoral en un organismo nacional único, a partir de la base del IFE, evitará la indebida influencia o intervención de los gobernadores, y de otros factores de poder, en la organización y desarrollo de los comicios locales. Como han señalado varios especialistas, el riesgo que se está abriendo es que a la centralización siga el intento por influir en la estructura del nuevo organismo electoral, tanto en sus órganos centrales como desconcentrados. Resulta ilógico que para remediar los problemas que afectan a los institutos y tribunales electorales locales la solución que se pretenda sea su desaparición. Más aún cuando,*

<sup>10</sup> VERGARA, Rosalía. Pacto por México... de cristal. *Revista Proceso*, Ciudad de México, dic. 2012. Disponible en: <<http://www.proceso.com.mx/?p=327664>>. Acceso en 10 dic. 2016.

<sup>11</sup> Documento visible en <<http://pactopormexico.org/quienes/>>. Acceso en 15 sep. 2016.

<sup>12</sup> Periódico El Sol de México, del 1 de junio de 2013. Disponible en: <<http://www.oem.com.mx/elsoldemexico/notas/n3003261.htm>>. Acceso en 10 ago. 2016.

*hasta hoy, se carece de un estudio que muestre los impactos que en muy diversos ámbitos tendría la centralización que se propone.*<sup>13</sup>

*Rechaza PT desaparición del IFE y de los 32 institutos electorales estatales para crear en su lugar el INE y anuncia que presentará una propuesta alterna. La diputada Lilia Aguilar Gil, del Partido del Trabajo (PT), aseguró que su fracción está en contra de la desaparición del IFE y de los 32 institutos electorales estatales para crear en su lugar el Instituto Nacional de Elecciones (INE) y anunció que presentarán una propuesta alterna. Preciso que la próxima semana, el PT propondrá mantener al Instituto Federal Electoral (IFE) y a los organismos locales, y modificar el mecanismo de selección de los consejeros estatales, priorizando la transparencia.*<sup>14</sup>

Esa resistencia a desaparecer lo que se había construido en más de 20 años, implicaba borrar la experiencia que se había adquirido en la materia, circunstancia que finalmente fue tomada en consideración por el poder reformador y que se vio materializada en la reforma electoral publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de febrero de 2014, donde subsisten los 32 organismos electorales de las entidades federativas, se suprime el Instituto Federal Electoral y nace el Instituto Nacional Electoral.

De los argumentos planteados en la exposición de motivos de la reforma, se puede apreciar que se estableció la necesidad de modificar las instituciones electorales en México con la finalidad de reforzar las funciones de los órganos electorales locales, esto con la creación del Instituto Nacional Electoral (INE), a quien se le atribuyo la competencia de organizar y vigilar las elecciones federales, y con ello se da la eliminación del Instituto Federal Electoral (IFE), con lo que se reformaron los artículos 35, 41, 55, 99, 105, 110, 111 y 116, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), con la finalidad de instituir al nuevo INE estableciendo una distinta distribución de competencias, dado que se da una mayor intervención del INE en los procesos electorales locales.<sup>15</sup>

## 8. LA REFORMA ELECTORAL DE 2014

El 10 de febrero de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma y adiciones a los artículos 26, 28, 29, 35, 41, 54, 55, 59, 65, 69, 73, 74, 76, 82, 83, 84,

<sup>13</sup> ALCOCER VILLANUEVA, Jorge. La Ilógica Reforma Electoral. *Vocees*, San Luis Potosí, año 14, n. 47, p. 14-17, abr./ago. 2013. Disponible en: <[http://www.ceepacslp.org.mx/ceepac/uploads2/files/VOCEES47\\_Parte1.pdf](http://www.ceepacslp.org.mx/ceepac/uploads2/files/VOCEES47_Parte1.pdf)>. Acceso en 15 dic. 2016. p. 17.

<sup>14</sup> Casas Dolores, Congreso de la Unión, publicado el 8 de noviembre de 2013. Disponible en: <<http://origenoticias.com/?p=11222>>. Acceso en 15 sep. 2016.

<sup>15</sup> CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. La reforma constitucional en materia político-electoral en México 2014. *Revista de Ciencias Jurídicas*, Ciudad de México, n. 135 p. 47-56, sep./dic. 2014.

89, 90, 93, 95, 99, 102, 105, 107, 110, 111, 115, 116, 119 y 122, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma que adicionalmente contenía veintiún artículos transitorios.<sup>16</sup>

La reforma modifica de manera esencial la integración y competencia de las autoridades electorales, desaparece el Instituto Federal Electoral y nace el Instituto Nacional Electoral cuya función será la de organizar elecciones conjuntamente con los organismos públicos locales, subsisten sus características de ser un organismo público autónomo dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios y a sus principios rectores se adiciona el de máxima publicidad.

Por su parte el artículo cuarenta y uno base V, apartado A, señala que el Instituto Nacional Electoral sigue siendo autoridad en la materia, independiente en sus decisiones y funcionamiento, y profesional en su desempeño; además de contar en su estructura con órganos de dirección, ejecutivos, técnicos y de vigilancia y su órgano superior de dirección será el Consejo General que se integrará por un consejero Presidente y diez consejeros electorales, y concurrirán, con voz pero sin voto, los consejeros del Poder Legislativo, los representantes de los partidos políticos y un Secretario Ejecutivo.

### 8.1. De la integración del Instituto Nacional Electoral

En el artículo 41 constitucional fracción V, apartado A, se regula lo relativo al Consejo General del INE, el cual se integra por un consejero Presidente y diez consejeros electorales,<sup>17</sup> el consejero Presidente y los consejeros electorales durarán en su cargo nueve años y no podrán ser reelectos, al respecto, el artículo QUINTO transitorio de la reforma señala que se debe de asegurar el escalonamiento, por ello, hace excepciones en la primera designación.

Serán electos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, mediante el siguiente procedimiento:

a) La Cámara de Diputados emitirá, previo acuerdo, una convocatoria pública, que deberá contener las etapas completas del procedimiento, sus fechas límites y plazos improrrogables, así como el proceso para la designación de un comité técnico de evaluación, integrado por siete personas de reconocido prestigio, de las cuales tres serán nombradas por el órgano de dirección política de la Cámara de Diputados, dos por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y dos por el organismo garante establecido en el artículo 6o. de la Constitución.

b) El comité recibirá la lista completa de los aspirantes que concurran a la convocatoria pública, evaluará el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales,

<sup>16</sup> Diario Oficial de la Federación, publicado el 10 de febrero de 2014. Disponible en: <://www.dof.gob.mx/nota\_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014. Acceso en 30 jun. 2015.

<sup>17</sup> CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. La reforma constitucional en materia político-electoral en México 2014. *Revista de Ciencias Jurídicas*, Ciudad de México, n. 135 p. 47-56, sep./dic. 2014.

así como su idoneidad para desempeñar el cargo; hecho lo anterior, seleccionará a los mejor evaluados en una proporción de cinco personas por cada cargo vacante, y remitirá la relación correspondiente al órgano de dirección política de la Cámara de Diputados.

c) El órgano de dirección política impulsará la construcción de los acuerdos para la elección del consejero Presidente y los consejeros electorales, una vez realizada la votación por este órgano, se remita al Pleno de la Cámara la propuesta.

d) Vencido el plazo que para el efecto se establezca en el acuerdo a que se refiere el inciso a), sin que el órgano de dirección política de la Cámara haya realizado la votación o remisión previstas en el inciso anterior, o habiéndolo hecho, no se alcance la votación requerida en el Pleno, se deberá convocar a éste a una sesión en la que se realizará la elección mediante insaculación.

e) Si el pleno de la Cámara, vencido del plazo fijado, no realiza la designación lo hará el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Asimismo, se establecen las bases para suplir la falta absoluta del Presidente o de cualquiera de los consejeros en los términos siguientes: durante los primeros seis años de su encargo, se elegirá un sustituto para concluir el período de la vacante. Si la falta ocurriese dentro de los últimos tres años, se elegirá a un consejero para un nuevo periodo.

Además de lo anterior, se establece que no podrán tener otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquellos en que actúen en representación del Consejo General y los no remunerados que desempeñen en asociaciones docentes, científicas, culturales, de investigación o de beneficencia.

## 8.2. Competencia del Instituto Nacional Electoral

Para los procesos electorales federales y locales el Instituto Nacional Electoral tendrá a su cargo las siguientes actividades (artículo 41, base V, apartado B, inciso a):

- a) La capacitación electoral.
- b) La geografía electoral, así como el diseño y determinación de los distritos electorales y división del territorio en secciones electorales.
- c) El padrón y la lista de electores.
- d) La ubicación de las casillas y la designación de los funcionarios de sus mesas directivas.
- e) Las reglas, lineamientos, criterios y formatos en materia de resultados preliminares; encuestas o sondeos de opinión; observación electoral; conteos rápidos; impresión de documentos y producción de materiales electorales.
- f) La fiscalización de los ingresos y egresos de los partidos políticos y candidatos.
- g) Las demás que determine la ley.

Para los procesos electorales federales el Instituto Nacional Electoral tendrá las siguientes atribuciones, artículo 41, base V, apartado B, inciso b):

a) Los derechos y el acceso a las prerrogativas de los candidatos y partidos políticos.

b) La preparación de la jornada electoral.

c) La impresión de documentos y la producción de materiales electorales.

d) Los escrutinios y cómputos en los términos que señale la ley.

e) La declaración de validez y el otorgamiento de constancias en las elecciones de diputados y senadores.

f) El cómputo de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos en cada uno de los distritos electorales uninominales.

g) Las demás que determine la ley.

Además de lo anterior, el Instituto Nacional Electoral podrá asumir mediante convenio con las autoridades competentes de las entidades federativas que así lo soliciten, la organización de procesos electorales locales.

Podrá organizar las elecciones de dirigentes de los partidos políticos a petición de estos, con cargo a sus prerrogativas.

La fiscalización de las finanzas de los partidos políticos y de las campañas de los candidatos estará a cargo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, facultad que puede ser delegada.

El Consejo General no estará limitado por los secretos bancario, fiduciario y fiscal, y contará con el apoyo de las autoridades federales y locales.

Tendrá a su cargo la verificación del requisito necesario para realizar las consultas populares, así como la organización, desarrollo, cómputo y declaración de resultados de las mismas.

Finalmente, le corresponde al Instituto Nacional Electoral designar y remover a los integrantes del órgano superior de dirección de los organismos públicos locales, facultad que antes de la reforma estaba a cargo de las entidades federativas.

### **8.3. La facultad de asunción, de delegar y atracción del Instituto Nacional Electoral**

La reforma electoral también previó otras cuestiones que pudiese adoptar el Instituto Nacional Electoral siempre y cuando se den dos condiciones, que lo establezca la ley y que sea aprobado por mayoría calificada de cuando menos ocho votos del Consejo General, esas facultades son las siguientes:

a) Asumir directamente la realización de las actividades propias de la función electoral que corresponden a los órganos electorales locales.

b) Delegar en los órganos electorales las atribuciones de la organización electoral, sin perjuicio de reasumir su ejercicio directo en cualquier momento.

c) Atraer a su conocimiento cualquier asunto de la competencia de los órganos electorales locales, cuando su trascendencia lo amerite o para sentar un criterio de interpretación.

#### **8.4. Dualidad del Servicio Profesional Electoral**

El Servicio Profesional Electoral Nacional comprende la selección, ingreso, capacitación, profesionalización, promoción, evaluación, rotación, permanencia y disciplina, de los servidores públicos de los órganos ejecutivos y técnicos del Instituto Nacional Electoral y de los organismos públicos locales de las entidades federativas en materia electoral. El Instituto Nacional Electoral regulará la organización y funcionamiento de este Servicio.

#### **8.5. Procedimientos sancionadores**

La reforma introduce otra novedad en el artículo 41, base III, apartado D, respecto de los procedimientos sancionadores ya que se estableció que el Instituto Nacional Electoral, mediante procedimientos expeditos en los términos de la ley, investigará las infracciones a lo dispuesto en esta base e integrará el expediente para someterlo al conocimiento y resolución del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

En el procedimiento, el Instituto podrá imponer, entre otras medidas cautelares, la orden de suspender o cancelar de manera inmediata las transmisiones en radio y televisión de conformidad con lo que disponga la ley.

Esto es, el Instituto Nacional Electoral, respecto a violaciones a la normatividad relacionada con el acceso a los medios de comunicación y de propaganda, se convierte solamente en una autoridad investigadora ya que una vez que tenga los elementos suficientes lo someterá al conocimiento y resolución del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

#### **8.6. Los organismos públicos locales electorales**

Como se había señalado suprarregionales, con la reforma electoral, ahora es atribución del Instituto Nacional Electoral designar y remover a los integrantes del órgano superior de dirección de los organismos públicos locales, facultad que antes de la reforma estaba a cargo de las entidades federativas.

En efecto, el consejero Presidente y los consejeros electorales serán designados por el Consejo General del Instituto Nacional Electoral, disposición reforzada en el artículo 116 fracción IV, inciso c), punto primero.

Con la reforma, los organismos públicos locales electorales se integrarán de manera uniforme ya que contarán con un órgano de dirección superior integrado por un consejero Presidente y seis consejeros electorales, con derecho a voz y voto; el Secretario Ejecutivo y los representantes de los partidos políticos concurrirán a las sesiones sólo con derecho a voz; cada partido político contará con un representante en dicho órgano.

Los organismos públicos locales electorales contarán con servidores públicos investidos de fe pública para actos de naturaleza electoral, cuyas atribuciones y funcionamiento serán reguladas por la ley.

Como requisitos, los consejeros electorales estatales deberán ser originarios de la entidad federativa correspondiente o contar con una residencia efectiva de por lo menos cinco años anteriores a su designación, y cumplir con los requisitos y el perfil que acredite su idoneidad para el cargo que establezca la ley.

En caso de que ocurra una vacante de consejero electoral estatal, el Consejo General del Instituto Nacional Electoral hará la designación correspondiente. Si la vacante se verifica durante los primeros cuatro años de su encargo, se elegirá un sustituto para concluir el período. Si la falta ocurriese dentro de los últimos tres años, se elegirá a un consejero para un nuevo periodo.

Las limitaciones impuestas a los consejeros electorales estatales es la imposibilidad para reelegirse una vez terminado el encargo de siete años.

Los Consejeros percibirán una remuneración acorde con sus funciones y podrán ser removidos por el Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por las causas graves.

Los consejeros electorales estatales y demás servidores, no podrán tener otro empleo, cargo o comisión, con excepción de los no remunerados en actividades docentes, científicas, culturales, de investigación o de beneficencia.

Tampoco podrán asumir un cargo público en los órganos emanados de las elecciones en cuya organización y desarrollo hubieren participado, ni ser postulados para un cargo de elección popular o asumir un cargo de dirigencia partidista, durante los dos años posteriores al término de su encargo.

## **8.7. Competencia de los organismos públicos locales electorales**

El artículo 41 base V Apartado C, de la citada reforma incorporó las facultades de los organismos públicos locales electorales encargados de las elecciones estatales en los términos siguientes:

- a) Derechos y el acceso a las prerrogativas de los candidatos y partidos políticos.
- b) Educación cívica.
- c) Preparación de la jornada electoral.

- d) Impresión de documentos y la producción de materiales electorales.
- e) Escrutinios y cómputos.
- f) Declaración de validez y el otorgamiento de constancias en las elecciones locales.
- g) Cómputo de la elección del titular del poder ejecutivo.
- h) Resultados preliminares, encuestas o sondeos de opinión, observación electoral, y conteos rápidos, conforme a los lineamientos establecidos por el Instituto Nacional Electoral.
- i) Organización, desarrollo, cómputo y declaración de resultados en los mecanismos de participación ciudadana.
- j) Todas las no reservadas al Instituto Nacional Electoral.

Al respecto es preciso puntualizar que en el artículo OCTAVO transitorio de la reforma, el Constituyente Permanente dispuso que las funciones correspondientes a la capacitación electoral, así como la ubicación de las casillas y la designación de funcionarios de la mesa directiva, en los procesos electorales locales, se entenderán delegadas a los organismos públicos locales, señalando además que el Instituto Nacional Electoral podrá reasumir dichas funciones.

Lo que finalmente hizo el Consejo General del Instituto Nacional Electoral mediante la aprobación del acuerdo INE/CG100/2014 (14 de julio de 2014), en la que determinó que el Instituto Nacional Electoral reasume las funciones correspondientes a la capacitación electoral, así como la ubicación de las casillas y la designación de funcionarios de la mesa directiva, delegadas a los Organismos Públicos Locales.

## 9. CONSIDERACIONES FINALES

El descontento social generado en 1988 en la elección presidencial, debido a la manipulación del gobierno federal en el proceso electoral y la falta de un organismo electoral capaz de enfrentar la realidad electoral del momento, fue el motor para la creación de autoridades electorales autónomas e independientes encargadas de la organización de los procesos electorales.

La ciudadanización y fortalecimiento de los organismos electorales tanto federal como de las entidades federativas fue producto de un largo proceso de reingeniería electoral por algo más de veinte años en razón de que se fueron fortaleciendo y acumulando las experiencias de manera gradual.

La reforma político electoral de 2014 que creó el Instituto Nacional Electoral y le otorgó nuevas facultades en menoscabo de los organismos electorales locales, fue una reforma secuestrada desde la firma del Pacto por México que suscribió la Presidencia de la República, en negociación con el PRI, el PAN y la corriente Nueva Izquierda del PRD.

El centralismo electoral de la reforma no concuerda con la democratización del país y distorsiona el principio federalista pues existe un menoscabo en las funciones de

los organismos electorales de las entidades federativas, aunado a que la designación de los titulares de dichos entes queda vedado a los Estados, lo que contradice el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que define a México como una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior.

La reforma de 2014, no resuelve las perpetuas dificultades de los organismos electorales respecto a la autonomía y profesionalización, al contrario, la reforma echa reversa respecto de lo que se había avanzado, pues somete a los organismos locales electorales a las determinaciones de un órgano nacional electoral, cuando la dinámica era inversa, esto es, fortalecer en el ámbito de sus competencias a las autoridades electorales federal y locales.

La designación de consejeros electorales y de magistrados electorales de las entidades federativas debe ser retomada por los Estados bajo un modelo más riguroso, por concurso de oposición en la que se garantice que los aspirantes gozan de capacidad técnica, jurídica y ética; al margen de los partidos políticos.

## 10. REFERENCIAS

AGUILAR CAMÍN, Héctor; MEYER, Lorenzo. **A la Sombra de la Revolución Mexicana**. Ciudad de México: Cal y arena, 1998.

ALCOCER VILLANUEVA, Jorge. La Ilógica Reforma Electoral. **Vocees**, San Luis Potosí, año 14, n. 47, p. 14-17, abr./ago. 2013. Disponible en: <[http://www.ceepacslp.org.mx/ceepac/uploads2/files/VOCEES47\\_Parte1.pdf](http://www.ceepacslp.org.mx/ceepac/uploads2/files/VOCEES47_Parte1.pdf)>. Acceso en 15 dic. 2016.

CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. La reforma constitucional en materia político-electoral en México 2014. **Revista de Ciencias Jurídicas**, Ciudad de México, n. 135 p. 47-56, sep./dic. 2014.

RABASA GAMBOA, Emilio. **Las reformas constitucionales en materia político-electoral**. Ciudad de México: UNAM-PNUD, 2012.

VERGARA, Rosalía. Pacto por México... de cristal. **Revista Proceso**, Ciudad de México, dic. 2012. Disponible en: <<http://www.proceso.com.mx/?p=327664>>. Acceso en 10 dic. 2016.





## O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social\*

### *The principle of supremacy of the public interest over private interest as the foundation of Social Administrative Law*

**EMERSON GABARDO\*\***

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil)  
Universidade Federal do Paraná (Brasil)  
e.gab@uol.com.br

**Recebido/Received:** 25.06.2017 / June 25<sup>th</sup>, 2017  
**Aprovado/Approved:** 19.07.2017 / July 19<sup>th</sup>, 2017

#### Resumo

O artigo tem como objetivo analisar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no contexto do Direito administrativo brasileiro. Utiliza como premissa uma visão contemporânea, cotejando a perspectiva tradicional com as críticas que vem sendo atribuídas à ideia de supremacia do interesse público. Tem como foco principal a demonstração de como deve ser realizada uma correta aplicação do princípio do ponto de vista hermenêutico. Finaliza contrapondo uma visão liberal dos fundamentos do Direito administrativo. Conclui pelo entendimento de que o interesse público está no núcleo de uma correta concepção de Estado social, bem como a sua supremacia está na essência da corrente chamada "Direito Administrativo Social"; razões

#### Abstract

*The article aims to analyze the principle of supremacy of public interest over the private in the context of administrative law. It uses as a premise a contemporary vision, by matching the traditional perspective with the criticism that has been conferred on the idea of supremacy of the public interest. Its main focus is to demonstrate how should be done a correct application of the principle under a hermeneutical perspective. It makes an opposition to a liberal vision of the fundamentals of the administrative law. It concludes by understanding that the public interest is at the core of a correct conception of the welfare State, as well as its supremacy is the essence of the "Brazilian social administrative law". These are the reasons why the criticism of this principle, as well as the criticism of a subsidiary vision of administrative law,*

Como citar esse artigo/*How to cite this article:* GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437.

\* O presente texto tem como base em capítulo da obra "Interesse Público e Subsidiariedade", com diversas adaptações e atualizações. Cf.: GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\*\* Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Pós-doutor em Direito Público Comparado pela Fordham University School of Law. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. E-mail: e.gab@uol.com.br.

pelas quais tornam-se absolutamente equivocadas as críticas desconstrutivas do princípio, bem como uma visão subsidiária do Direito administrativo, ou seja, pautada no interesse privado como fundamento normativo.

**Palavras-chave:** interesse público; princípio da supremacia do interesse público; Estado Social; Direito Administrativo; princípios constitucionais.

*become absolutely misguided, that is, based on private interest as a legal ground.*

**Keywords:** public interest; principle of supremacy of public interest; Welfare State; Administrative Law; constitutional principles.

## SUMÁRIO

1. O princípio da supremacia do interesse público no contexto contemporâneo; 2. A supremacia do interesse público sobre o privado como princípio fundamental do Direito administrativo; 3. A hermenêutica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado 4. A contraposição entre uma visão subsidiária (pautada na autonomia privada) e uma visão social (pautada no interesse público) do Direito administrativo brasileiro; 5. Referências.

### 1. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO

A noção de interesse público adquiriu centralidade há pouco tempo, não fazendo parte das reminiscências proto-históricas do Direito administrativo.<sup>1</sup> Mário Masagão atribui a Waline e a Marcelo Caetano esta nova construção que chama de “moderna” e que é fulcrada no interesse público como critério de definição do objeto do Direito administrativo. No entanto, ao tempo em que o autor reconhece esta teoria, ele também a critica, pois não vê como o interesse público possa especificar o Direito administrativo no contexto geral do Direito público.<sup>2</sup> Esta é uma discussão antiga e que restou bastante desenvolvida no Direito italiano, notadamente pela obra de Renato Alessi,<sup>3</sup> trazida ao Brasil pela lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>4</sup> Atualmente, a melhor obra que carrega esta discussão é a de Daniel Wunder Hachem.<sup>5</sup>

Inicialmente, cabe discordar parcialmente de Fábio Medina Osório quando afirma que atual fundamento justificatório do Direito administrativo é o interesse público decorrente das duas principais escolas francesas (do serviço público – Duguit; e da *puissance public* – Hauriou).<sup>6</sup> Em que pese a importância das duas escolas no tocante

<sup>1</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 76 et seq.

<sup>2</sup> MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1958, t. 1, p. 21.

<sup>3</sup> ALESSI, Renato. *Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949 e ALESSI, Renato. **Principi di Diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1966.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 53 e ss.

<sup>5</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do Interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>6</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n° 220, abr./jun. 2000, p. 70.

à construção e sistematização de um Direito típico da administração pública brasileira,<sup>7</sup> seus postulados fundamentais não combinam com o modelo da segunda metade do século XX, notadamente pela sua ênfase ontológica nos aspectos sociológicos (o primeiro) ou institucionais (o segundo). Maior influência talvez seja advinda do positivismo kelseniano, apesar das constantes e descomprometidas citações de Duguit e Hauriou (comuns na doutrina e na jurisprudência até a década de 1980).

Desse modo, o interesse público componente do atual princípio da supremacia do interesse público não se confunde com uma noção incipiente característica da filosofia política liberal-revolucionária, ligada à vontade geral do povo; nem mesmo equivale ao “interesse geral” contido no conceito de “serviço público” (que compôs o quadro jurídico das primeiras idéias coletivistas a respeito da intervenção típica do Estado social).<sup>8</sup>

A perspectiva contemporânea e que é suscitada simultaneamente ao Estado social interventor do pós-guerra decorre de uma visão conceitual do Direito administrativo pautada no seu regime jurídico (portanto, mediante a identificação de um interesse público que é encontrado não diretamente na vontade do povo ou na ontologia da solidariedade social, mas sim nos termos de um sistema constitucional positivo e soberano, cujo caráter sócio-interventor precisa conviver em um equilíbrio complexo com direitos subjetivos).<sup>9</sup> Sendo assim no Direito administrativo contemporâneo, em certa medida, recoloca-se a ênfase na noção de “poder público”, porém, a partir de novos contornos. Nesta empreitada, realmente parece mais próxima às origens da concepção contemporânea a posição de Marcel Waline, para quem o Direito administrativo tem como objeto atribuir aos agentes públicos os poderes necessários para o bom exercício de sua missão de gestão dos interesses públicos a fim de satisfazer os bens coletivos.<sup>10</sup> E também, merece destaque na sistematização desta matéria e mais propriamente da própria idéia de um interesse público que deve prevalecer sobre os interesses privados (desde que receba poderes para tanto por parte da lei) a doutrina de Renato Alessi.<sup>11</sup> Com isso denotaram-se presentes todos os elementos, portanto, para que fosse forjada a idéia de “poder-dever” tão característica do período pós-88.

Por todas estas colocações, procurar o estabelecimento de uma origem única (e num passado distante) para a noção atual de interesse público (em qualquer período

<sup>7</sup> DUGUIT, León. **Manual de Derecho constitucional**. Tradução de José G. Acuña. Granada: Comares, 2005; e HAURIUO, Maurice. **Principios de Derecho Público y constitucional**. Tradução de Carlos Ruiz de Castillho. Granada: Editorial Comares, 2003.

<sup>8</sup> DUGUIT, León. **Las transformaciones del Derecho (público y privado)**. Tradução de Adolfo G. Posada y Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta S. R. L., 2001.

<sup>9</sup> Essa fonte constitucional dos fundamentos do Direito Administrativo é sublinhada, entre outros autores, por: 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.

<sup>10</sup> WALINE, Michel. **Traité Élémentaire de droit administratif**. 6. ed., Paris: Librerie Du Recueil Sirey, 1950, p. 271.

<sup>11</sup> ALESSI, Renato. **Principi di Diritto amministrativo**. *Op. cit.*

precedente ao século XX) reflete a promoção de um acentuado equívoco arqueológico. É inafastável o reconhecimento de que são vários os elementos e fontes utilizados para a conceituação do Direito administrativo e de seus institutos fundamentais tanto na doutrina estrangeira em geral como na brasileira em particular. Clèmerson Merlin Clève estudou o assunto com acentuada clarividência (aliás, no início da década de 80, e mesmo em um regime constitucional em nada favorável, defendeu a necessária identificação do Direito administrativo a partir dos direitos humanos e das reivindicações populares).<sup>12</sup>

Mais interessante do que a tentativa de identificação de um momento chave para o nascimento da noção, é o estudo dos seus desdobramentos e dos elementos que seriam estruturantes do modelo contemporâneo, considerando-se a sua incursão em uma atualidade fortemente refratária à idéia do interesse público no seu sentido republicano. Ao contrário do que previu Jürgen Habermas,<sup>13</sup> é a esfera pública que está sendo “colonizada” pela privada, pois a definição corrente em geral promovida pela mídia e aceita por quase todos os setores da sociedade coincide, no máximo, com um “dever de encenar dramas em público e o direito do público em assistir à encenação”.<sup>14</sup> A recusa pós-moderna a todo tipo de abstração, o individualismo hedonista e a prevalência dos critérios econômicos e psicologizantes (sentimentais) nas decisões da vida cotidiana fizeram com que perdesse sentido um interesse que ultrapassasse a situação concreta de cada um rumo a um dever ser coletivo aprimorado. Segundo a tendência atual, a perspectiva de um “interesse comum compartilhado” vem perdendo sua utilidade prática.<sup>15</sup> Recorre-se a este signo apenas em algumas situações de caráter simbólico muito aclamadas no discurso, mas menos relevadas na prática do que seria necessário.

Ao contrário da aparência ditada pela mentalidade pós-moderna, que recusa a possibilidade de ser delimitado o interesse público, não é uma tarefa inglória a busca por sua identificação jurídico-política (e até mesmo ética). Definir interesse público não é mais difícil que conceituar “justiça”, “eficiência” ou mesmo “moralidade”; aliás, a este último princípio constitucional tem-se conferido elevada importância e aplicabilidade jurídica.<sup>16</sup> E nem por isso costuma-se recusar o caráter ético-jurídico condicionante destas noções. Sendo assim, o caráter abstrato não pode ser tomado como óbice para sua condição de princípio; mas esta é uma crítica recorrente.

<sup>12</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo**. Campinas: Julex, 1988.

<sup>13</sup> HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1961, p. 169.

<sup>14</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzler. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 83.

<sup>15</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. *Op. cit.*, p. 170.

<sup>16</sup> Sobre o princípio da moralidade administrativa, ver: BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Moralidade Administrativa: evolução e conceito. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 211 et seq.

Alega-se que o interesse público retrata conceito jurídico indeterminado de difícil concretização. Autores como Humberto Ávila advogam a tese de que “o interesse público não é determinável objetivamente”.<sup>17</sup> Ou seja, coloca-se como pergunta fundamental: como seria possível identificar o que é interesse público?

Na realidade, a crítica da imprecisão do conteúdo dos interesses públicos e suas conseqüências negativas, na esfera das idéias, já está presente em autores importantes do Direito administrativo clássico, como Massimo Severo Giannini.<sup>18</sup> Contudo, esta questão retrata um falso problema, pois o fato de o conceito de interesse público ser vago não retira sua possibilidade de significação. Ao tratar do assunto, J. Roland Pennock traça paralelo com o conceito “beleza”. Pondera o autor que os estudiosos da estética muitas vezes estão em completo desacordo quanto ao que a constitui; no entanto, em regra, há bastante consenso quanto aos padrões apropriados. Por certo é possível que não exista concordância quanto ao veredicto de um júri de um concurso de beleza, mas “ninguém sonha em definir uma mulher seja processualmente seja funcionalmente e nem por isso precisamos negar a existência de uma mulher bonita”.<sup>19</sup> Sendo assim, grande parte da imprecisão do interesse público desaparece quanto contextualizada.

A indeterminação da noção é um aspecto que pode até mesmo ser considerado positivo, pois fornece a flexibilidade necessária para a identificação, a partir dos princípios incidentes no sistema jurídico, das melhores respostas no caso concreto.<sup>20</sup> Segundo Gerhard Colm, a flexibilidade conceitual do interesse público é uma hipótese vital para a existência de uma sociedade plural. Sua indeterminabilidade é típica de uma república democrática. E, ainda, é preciso compreender que o conteúdo do interesse público não pode ser melhorado ou mais bem especificado por meio algum de aprimoramento do sistema eleitoral ou por alguma forma de amostragem estatística (tipicamente majoritarista). Ele exige um debate público e um posicionamento institucional típicos de uma realidade política consistente.<sup>21</sup>

O interesse público é um conceito que recebeu no decorrer da história significações que vão da absoluta discricionariedade à total vinculação.<sup>22</sup> De qualquer modo

<sup>17</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 211.

<sup>18</sup> GIANNINI, Massimo Severo. **Istituzioni di Diritto amministrativo**. 2. ed., Milano: Giuffrè, 2000, p. 24.

<sup>19</sup> PENNOCK, J. Roland. A unidade e a multiplicidade: uma observação sobre o conceito. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1996, p. 179.

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n° 26, 1999, p. 116.

<sup>21</sup> COLM, Gerhard. O interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. *Op. cit.*, p. 128.

<sup>22</sup> “O interesse público, por exemplo, tem sido considerado como um conceito estritamente político (directiva político-administrativa), como um conceito discricionário por excelência, como um conceito que em certos casos poderá atribuir um poder discricionário, como um conceito que atribui uma margem de apreciação, e finalmente, como não passando de um mero conceito que, como qualquer outro, não atribui ao seu intérprete e aplicador qualquer poder discricionário ou margem de apreciação

é um conceito que foi e continuará a ser utilizado pelo Direito administrativo de forma ampla, ainda que diferente, em cada sistema jurídico concretamente considerado e em cada sociedade na qual inserido.

A doutrina que trata dos conceitos jurídicos indeterminados é antiga. Na primeira década do século XX autores como W. Jellinek tratavam do assunto.<sup>23</sup> Conceitos como “idoneidade”, “aptidão”, “ordem”, “segurança pública”, “valor histórico”, “moral pública”, sempre implicarão controvérsia, sem que isso implique a recusa de sua utilidade.<sup>24</sup> Uma grande conquista da modernidade foi justamente o reconhecimento de que a abstração de uma noção não é critério para o não estabelecimento de seu caráter jurídico-normativo. Max Weber peculiarizou o sistema racional formal justamente pela sua capacidade de distinguir o nível abstrato (empírico ou lógico) do nível subjetivo (emocional, mítico, etc.).<sup>25</sup>

Portanto, esta controvérsia não é nova. Apesar de alguns autores demonstrarem certa surpresa com a chamada “crise do conceito de interesse público”, chegando a afirmar que se trata de um fenômeno contemporâneo “típico da sociedade complexa”,<sup>26</sup> por certo que mesmo em “sociedades simples” seria muito difícil estabelecer o sentido de um interesse comum; ao menos em comunidades que pressuponham a adoção de um direito racional e de um regime democrático, pois o conceito de interesse público poderia ser claro e evidente apenas em sociedades teocráticas ou monolíticas, em que há uma auto-evidência de valores.<sup>27</sup> Do ponto de vista epistêmico, não resultam muito distintos os debates sobre a crise do interesse público do século XXI em face daqueles da década de 50 do século XX.<sup>28</sup> As grandes distinções decorrem mais de uma perspectiva fenomênica empírica que lógico-abstrata.

Em que pese esta conclusão, há certa tendência de recusa da existência da supremacia do interesse público como princípio constitucional do Estado contemporâneo. Como afirma Bandeira de Mello, “acentua-se um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, propiciando-se a errônea suposição de que se trata de um interesse a *se stante*, autônomo e desvinculado dos interesses de cada uma

---

mas, antes, um poder estritamente vinculado.” Cf.: SOUSA, António Francisco. **Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 20.

<sup>23</sup> SOUSA, António Francisco. **Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>24</sup> Aliás, no Direito administrativo, a adoção destes conceitos de “interpretação difícil e aplicação ainda mais complexa” aparenta ser mais abundante que em outras áreas. SOUSA, António Francisco. **Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>25</sup> WEBER, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. Tradução de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. 4 ed., México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 511.

<sup>26</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>27</sup> COLM, Gerhard. **O interesse público: chave essencial da política pública**. FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. *Op. cit.*, p. 126.

<sup>28</sup> Sobre os debates da década de 1950 ver: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. *Op. cit.*

das partes que compõe o todo”<sup>29</sup> Tendência esta recusada pelo autor, que procura demonstrar, detalhadamente, sua inconsistência do ponto de vista científico.

Sem deixar de considerar as adequadas locuções de Bandeira de Mello acima apontadas (que se reportam à própria ontologia do princípio), não é possível concordar com Paulo Schier quando afirmar que os “interesses públicos e privados não se contradizem, não se negam, não se excluem”.<sup>30</sup> Na prática, os indivíduos têm interesses; e é muito comum que seus interesses se contraponham a interesses de outros indivíduos, assim como todos estes interesses de todos estes indivíduos muito comumente se contrapõem ao interesse público.<sup>31</sup> O único entendimento possível sobre esta relação de perfeita harmonia de interesses defendida por autores como Paulo Schier ou Héctor Jorge Escola seria restringi-lo à esfera do “dever ser”. Por outro lado, nesta hipótese, não seria de grande utilidade a assertiva, pois a função do ordenamento positivo é justamente a composição de interesses (isso por definição, desde o surgimento dos Estados nacionais, da unificação do poder soberano e da proibição da autotutela privada, além da submissão do soberano ao Direito).

Como não poderia deixar de ser, o direito positivo brasileiro não possui nenhuma norma (regra ou princípio) que declare a impossibilidade jurídica da desarmonia de interesses, ou mesmo que a proíba. E ainda que o fizesse, seria algo sem grande repercussão fática. Aliás, *mutatis mutandi*, o plano jurídico atua justamente porque os interesses privados e públicos em geral se contradizem, se negam e se excluem em um sem número de vezes (o contrário é a exceção). E na exceção, muito pouco tem a dizer o Direito. Portanto, não se pode concordar com a assertiva, mesmo entendendo-se (o que não parece ser o caso) que ela remeter-se-ia ao plano do “dever ser”. Em suma, no caso da esfera do “ser” a proposição seria incompatível com a realidade; no caso da esfera do “dever ser”, seria redundante, senão inútil.

Bandeira de Mello especifica o caráter duplo da idéia republicana de interesse público como fundamento do regime jurídico administrativo, que deve ser pautado tanto pela ideia de supremacia, quanto de indisponibilidade do interesse público.

<sup>29</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>30</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**. *Op. cit.*, p. 234. Esta posição também é defendida por Héctor J. Escola. Cf.: ESCOLA, Héctor Jorge. **El interes público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 243.

<sup>31</sup> Como destacado por Edgar Bodenheimer “um indivíduo pode ter um interesse na redução ao mínimo de seus encargos fiscais, enquanto a realização de certas funções indispensáveis da comunidade ou do Estado (por exemplo, no campo da política econômica, da educação ou da segurança nacional) possam tornar necessário o aumento dos impostos. Um indivíduo pode ter interesse em conseguir ganhar facilmente colocando no mercado um produto de qualidade inferior, mas a comunidade está interessada em manter um nível de produção que proteja pelo menos a segurança e a saúde dos membros do público. Um indivíduo pode desejar retirar seus filhos da escola aos treze anos de idade, a fim de que possam ajudar a sustentar a família num emprego rendoso, mas a comunidade pode considerar a extensão do período de educação compulsória além dessa idade necessária para a formação de cidadãos bem informados e competentes. Um indivíduo pode ter interesse em pagar salários estandarizados a seus empregados, mas o interesse da comunidade pelo equilíbrio econômico pode exigir um reforço do poder aquisitivo da população.” Isso só para mencionar alguns exemplos ilustrativos. Cf.: BODENHEIMER, Edgar. *Prolegômenos de uma teoria do interesse público*. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. *Op. cit.*, p. 208.

Ainda, reforça a perspectiva de que não se trata da mera somatória do interesse de cada um.<sup>32</sup> Romeu Felipe Bacellar Filho explica que se trata de uma noção abstrata, porém com assento constitucional e que se remete ao ideal de obtenção de um “bem comum”;<sup>33</sup> ou seja, não surge do atendimento dos interesses específicos, porque estes possuem uma natural condição de potencial contradição prática. Estes autores, na realidade, seguem uma tendência típica do terceiro quartel do século XX, de valorização do interesse público como critério de identificação do Direito administrativo, porém mediante contornos distintos da construção defendida por autores da sociologia ou da ciência política. Trata-se de uma perspectiva paralela à doutrina típica do período de ampliação interventora do Estado e que, inspirada na doutrina de Otto Mayer, focava o ato administrativo como aspecto nuclear do Direito administrativo (e a partir desta característica peculiarizava o Direito administrativo em face do Direito civil).<sup>34</sup> Segundo Héctor Jorge Escola, este seria o caso de autores como Juan Carlos Cassagne e Miguel S. Marienhoff.<sup>35</sup>

A doutrina predominante no período de redemocratização (auge dos ideais do Estado social no Brasil) acabou sendo a de valorização do interesse público, seja como contrapeso aos excessos da Administração Pública (e do foco no ato administrativo como exercício de um poder público), seja como meio jurídico de equilíbrio entre liberdades, direitos individuais e bem comum. Equilíbrio este realizado nos contornos internos da atividade administrativa, pois não há qualquer sentido em se imaginar a aplicação do princípio da supremacia do interesse público fora desta atividade, por exemplo, tomando-o como informador das atividades judicial ou legislativa.<sup>36</sup>

Não se discute que a atividade judicial controla a atividade administrativa e, no exercício da função de controle, aplica o princípio. Isso não significa que a sentença do juiz siga tal princípio como critério de decisão, até porque a judicatura pressupõe imparcialidade (ou seja, o juiz não parte do pressuposto de que sua decisão colocará em vantagem sempre um interesse público; ela apenas verifica se a decisão administrativa considerou tal princípio). Também não seria razoável supor que os legisladores partam de um dado apriorístico quando em questão debates entre interesse público e interesse privado. E isso pelo simples fato de que razões democráticas são absolutamente suficientes para eliminar qualquer espécie de critério apriorístico (desde que a decisão final não implique em inconstitucionalidade).

<sup>32</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. *Op. cit.*, p. 70 et seq.

<sup>33</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. Saraiva, 2008, p. 37.

<sup>34</sup> Afirma o autor: “El régimen del derecho (Rechtsstaat) se perfecciona en virtud del acto administrativo, el cual, con su fuerza obligatoria, está ubicado dentro de las relaciones a regular entre el Estado y el súdito”. Cf.: MAYER, Otto. **Derecho administrativo Alemán**. 2. ed. Tradução de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 125.

<sup>35</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. *Op. cit.*, p. 11 e 13.

<sup>36</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro?** *Op. cit.*, p. 97.

As escolhas políticas, ao contrário das jurídicas, são livres, inclusive, para prestigiar o interesse privado na confecção de uma lei (interesse privado este que irá ser reconhecido como público, caso os legisladores assim deliberem, como representantes que são da vontade popular). Fato que não impede a existência de más escolhas, passíveis de serem desconstituídas pela sua inconstitucionalidade. Vício este que não poderá, todavia, ser identificado pela afronta de quaisquer princípios do artigo 37 da Constituição, inclusive o princípio da eficiência, pois estes se direcionam especificamente ao exercício da função administrativa.<sup>37</sup>

O princípio ora em foco trata da supremacia do “interesse” público sobre o “interesse” privado e não do “direito” público sobre o “direito” privado, ou mesmo do “interesse público” sobre o “direito subjetivo privado”. Portanto, o princípio não trata de direitos, mas sim de interesses, a partir de uma alocação do público em situação de preferência normativa e axiológica em face ao particular. Sobre o assunto, aliás, já tratou a jurista Raquel Melo Urbano de Carvalho, refutando de forma percuciente as interpretações contrárias à existência do princípio, pois “somente na medida em que os interesses da sociedade prevaleçam perante os interesses particulares torna-se possível evitar a desagregação que fatalmente ocorreria se cada membro ou grupo da coletividade buscase a concretização dos seus interesses particulares”. A partir deste entendimento, a prevalência do interesse público é justificada como um pré-requisito da própria sobrevivência social.<sup>38</sup>

Mas não só. A preferência pelo interesse público também precisa ser justificada pelo princípio da felicidade, que é típico e necessário ao caráter republicano do Estado democrático de Direito constituído na modernidade e, particularmente, no Brasil. Esta razão, por si só, é suficiente para a não contemplação de qualquer critério análogo à subsidiariedade do Poder Público como um efetivo princípio jurídico de atribuição horizontal de competências. O princípio da supremacia do interesse público, nos termos em que dispõe o sistema constitucional brasileiro, possui forte caráter contestatório de uma atuação do Estado de caráter meramente acessória ou desprestigiada; trata-se de uma manifestação clara da alocação ao Estado do dever primordial de promoção dos objetivos republicanos do artigo 3º da Constituição de 1988.

## 2. O SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A maioria absoluta da doutrina e jurisprudência administrativas reconhece o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como categoria

<sup>37</sup> E quanto a esta conclusão, discorda-se de Fábio M. Osório. Cf.: OSÓRIO, Fábio Medina. **Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro?** *Op. cit.*, p. 97.

<sup>38</sup> A autora elabora um dos melhores estudos do Direito brasileiro contemporâneo a respeito da temática da supremacia do interesse público (sem prejuízo de serem possíveis algumas discordâncias). Cf.: CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2009, p. 68 et seq.

fundamental do Direito administrativo brasileiro.<sup>39</sup> Por todos, merece destaque a obra de Daniel Wunder Hachem na matéria, ao explicar a “dupla noção jurídica” do interesse público no contexto do Direito administrativo.<sup>40</sup>

A doutrina minoritária, defensora da negação da supremacia do interesse público, pode, no geral, bem ser inserida na mentalidade anti-estatista contemporânea. As constantes postulações de revisão das bases do Direito administrativo construído a partir da configuração do modelo de Estado de bem-estar têm fomentado demandas por uma mudança de paradigma. Não é possível ignorar uma mentalidade de fuga para o Direito privado incentivada por uma ideologia de mesmo sentido.<sup>41</sup> Mesmo assim, e ainda que de forma aparentemente paradoxal, o Direito administrativo está cada vez mais amplificado, face do crescente incremento material das relações sob sua influência. As ideias e práticas neoliberais típicas da década de 90, e que vêm se reinventando, têm como ponto nuclear a proposta de flexibilização do regime jurídico administrativo a partir de uma postura reducionista com relação aos fins do Estado. A crítica ao princípio da supremacia do interesse público é fruto (dogmático, ideológico ou mental), seja de forma consciente ou não, desta tendência que vem sendo compartilhada por vários autores do Direito público contemporâneo, ainda que nem sempre com os mesmos fundamentos.<sup>42</sup>

São vários os argumentos apresentados para a defesa da “desconstrução do princípio da supremacia do interesse público”. Humberto Ávila parece oferecer a base desta possibilidade de entendimento ao incorporar a classificação distintiva entre “princípios” e “postulados”. Para o autor os postulados normativos seriam apenas a “condição de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico”.<sup>43</sup> Já os princípios, normas que são, consistiriam em razões *prima facie* para decidir, além de servir como fundamento e aplicação do Direito. Deles decorrem normas de conduta, além de valores e fins. Os princípios permitiriam a ponderação entre si, sendo que “a solução de uma colisão de princípios não é estável nem absoluta, mas móvel e contextual”, ou seja, a relação de

<sup>39</sup> O artigo de Dora Maria de O. Ramos é elucidativo neste sentido, além de apontar as principais características do princípio na tradição brasileira. Cf.: RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, ano 01, n. 4, p. 89-105, set./dez. 2000.

<sup>40</sup> Demonstra o autor que “a doutrina juspublicista utiliza esse conceito em situações diferenciadas, empregando o mesmo termo para explicar fenômenos jurídicos diversos”. Por este motivo, ele propõe distinguir duas categorias de interesse público sob a óptica do Direito Administrativo: o “interesse público em sentido amplo” e o “interesse público em sentido estrito”, explicando as consequências jurídicas dessa diferenciação. Cf.: HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

<sup>41</sup> Sobre o assunto ver: ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

<sup>42</sup> É o caso de Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier. Cf.: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**. *Op. cit.* E também de Patrícia Baptista. Cf.: BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>43</sup> Desse modo, existiriam os postulados da coerência, da integridade, da reflexão, da razoabilidade, da proporcionalidade, etc. Cf.: ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio do interesse público sobre o particular**. *Op. cit.*, p. 178.

prevalência ocorre no caso concreto.<sup>44</sup> Não cabe aqui tratar das evidentes incongruências do pensamento geral do autor; para este fim, remete-se ao excelente e didático texto de Luís Virgílio Afonso da Silva sobre o assunto.<sup>45</sup> Todavia, não é possível deixar de tratar dos equívocos de algumas de suas conclusões aplicadas ao caso ora tratado.

Ávila contesta tanto a possibilidade de que a supremacia seja um princípio quanto seja um postulado, em razão do que a distinção torna-se relevante apenas para melhor elucidar as conclusões de sua argumentação. O autor afirma que, da forma como considerada, a supremacia não seria um princípio na medida em que não admite ponderação nem concretização gradual; as suas possibilidades de concretização consistiriam em exceções e não graus, considerando que a prevalência é sua única possibilidade.<sup>46</sup> Nesta mesma linha de raciocínio, Gustavo Binbenojm elabora a estranha afirmação de que “um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia”.<sup>47</sup> Não é preciso se alongar na impropriedade formal da própria colocação, pois não resulta nada atípico que um princípio “afirme que seja aquilo que é”, pois ele é um *a priori*, um pressuposto. Imaginar a ocorrência de um princípio que seja condicional nos seus próprios termos é um inaceitável silogismo. Seria difícil afastar tais teorias deste problema.

Claro que, em termos de conteúdo, é possível discordar da ideia de que exista uma supremacia (o que os autores também fazem), mas não há qualquer sentido em ser sugerido um equívoco lógico no fato de que o princípio se auto-afirma; ou seja, de que o princípio da supremacia do interesse público propõe que “algo que deve prevalecer deve *sempre* prevalecer”.<sup>48</sup> Por certo que o princípio da legalidade ao afirmar que a lei deve ser cumprida, prescreve que ela deve ser cumprida sempre; o princípio da publicidade, ao afirmar que o ato administrativo deve ser público, propõe que ele deve ser público sempre. Isso, por princípio. O que não afasta a possibilidade (1) da existência de exceções legais estabelecidas pelo próprio sistema e (2) da potencial possibilidade da presença da cláusula hartiana “a menos que...”.<sup>49</sup> Assim sendo, o fato do princípio estabelecer um pressuposto não indica que ele sempre será aplicado, pois o sistema não admite decisões com base em apenas um pressuposto. Isso significa que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não é um critério exclusivo de deci-

<sup>44</sup> ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio do interesse público sobre o particular**. *Op. cit.*, p. 181.

<sup>45</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de estudos constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n° 01, 2003, p. 607 et eq.

<sup>46</sup> ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio do interesse público sobre o particular**. *Op. cit.*, p. 183.

<sup>47</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**. *Op. cit.*, p. 167.

<sup>48</sup> Aqui cabe uma elucidação. A contestação do argumento do autor parte do pressuposto que ele quis se referir apenas à esfera normativa do princípio, apesar da redação literal sugerir que ele também esteja tratando da esfera positiva. De todo modo, não se ignora o fato (e nem o princípio defende a idéia) de que muitas vezes, no plano do ser, a supremacia não ocorrerá, pois o conteúdo do princípio não se confunde com sua esfera de aplicabilidade ou efetividade.

<sup>49</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. *Op. cit.*, p. 153.

são, assim como o da legalidade, o da publicidade ou da impessoalidade também não são. Estas colocações indicam que a adoção de um *a priori* apenas fornece um “ponto de partida” preferencial. Não é adequado atribuir um conteúdo dogmatista ao próprio conceito de “princípio”.<sup>50</sup>

Impossível aceitar também a proposição de que “uma norma de preferência só pode ser uma norma individual e concreta, algo bem diverso de uma tendência abstrata”.<sup>51</sup> Veja-se dessa forma: no momento em que se afirma que a Administração Pública, por exemplo, tem que “agir publicamente”, isso significa que, segundo o princípio, ou seja, *a priori*, a Administração Pública deve agir sempre publicamente. Porém não há problema algum em que a este princípio atribua-se um sentido prático relativo como, aliás, indicam geralmente as metodologias jurídica e constitucional contemporâneas. Ou seja, a título de argumentação, não se nega que seja possível atribuir ao princípio um caráter externo absoluto, a despeito de ser uma proposição facilmente contestável. Portanto, o conteúdo da noção “princípio” só é axiomático internamente, sofrendo a incidência de outros elementos conformadores a partir das práticas vividas. Assim é que se torna adequado afirmar uma possibilidade de ponderação que pode até mesmo concluir pela prevalência, no caso concreto, do sigilo ao invés da publicidade, quando de um ato administrativo. Mas o fato é que nem por isso a intimidade passa a fazer parte da ontologia da publicidade (a não ser como seu oposto – a sua “falta”); e mais: nem por isso foi destruída a “regra geral”, o pressuposto, a obrigação *prima facie*, de que a Administração Pública tem que agir sempre publicamente.

O argumento contra-principiológico parece decorrer de certa confusão teórica entre a supremacia como conteúdo definitório do princípio (situação interna) e o seu momento externo. Ou seja, imbrica-se de forma equivocada o aspecto ontológico com o normativo. Seguramente não pode ser ignorado, nem contestado, que há casos de decisão jurídica em que o resultado indicará a não incidência de supremacia do interesse público. Fato este que não significa a sua inexistência como *a priori*. O elemento a adquirir supremacia é o “*interesse público*”; não é o “*princípio da supremacia do interesse público*” que detém supremacia, como alguns autores têm asseverado equivocadamente. Uma ilustração paradoxal deste equívoco é a proposição levada a efeito Flávio Henrique Unes Pereira, que defende uma releitura do princípio para dele excluir a palavra “supremacia”.<sup>52</sup> Em sentido semelhante, Paulo Schier defende “a existência de um

<sup>50</sup> Sobre o conceito de “princípio”, ver: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. In: MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 105-121.

<sup>51</sup> ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio do interesse público sobre o particular**. *Op. cit.*, p. 202.

<sup>52</sup> PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Regulação, fiscalização, sanção: fundamentos e requisitos da delegação do exercício do poder de polícia administrativa a particulares**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 38.

“princípio material do interesse público”, segundo o qual o elemento de ponderação deveria ser o próprio “interesse público” e não a sua “supremacia”.<sup>53</sup>

Se melhor analisado, o argumento dos autores denota-se incongruente, para além de não se a melhor opção semântica. Se fosse como propõem, por uma questão lógica, não deveria haver qualquer conteúdo apriorístico – o interesse público e o interesse privado estariam em situação de igualdade de disposição. Por inferência, aceitar tal argumento implicaria admitir, por exemplo, que o Estado deveria seguir tanto o princípio da legalidade, quanto o da autonomia, pois ambos devem ser ponderados na situação concreta (afinal, não se costuma utilizar a expressão “princípio da supremacia da legalidade”, embora tal expressão fosse mais precisa); ou ainda, que existiria tanto o princípio da publicidade dos atos administrativos, quanto o do sigilo dos atos administrativos; ou que haveria tanto o princípio da impessoalidade quanto o da pessoalidade, pois em algumas situações, a decisão pode pautar-se por um ou por outro (o que efetivamente é possível de ocorrer na situação concreta).

Entretanto, sabe-se que não é assim. Um princípio da legalidade que não afirmasse sua preferência, um princípio da publicidade que não afirmasse sua preferência e um princípio da impessoalidade que não afirmasse a sua preferência, não seria um princípio. Então, um princípio da supremacia do interesse público que não afirme a preferência do interesse público, não é princípio (e isso por uma questão ontológica imediata, antes mesmo da normativa). Mesmo que fosse mudado para simplesmente “princípio do interesse público”, ainda assim restaria como sua decorrência lógica, a imposição de uma supremacia de um interesse (o público), sobre outro (o privado).

Por outro lado, destacar esta racionalidade do sistema não retrata qualquer desconhecimento da possibilidade de existência de um “princípio do interesse público”, cujo sentido pode ser diverso e pode ser extraído do sistema constitucional, como um critério normativo geral que ultrapassa as fronteiras do Direito administrativo. Há várias relações entre os particulares e o Estado que não estão definidas prioritariamente pelo Direito administrativo (mas sim pelo Direito internacional, pelo Direito tributário, etc.). Porém, qualquer conteúdo que possa ser atribuído a um “princípio geral do respeito ao interesse público” seria inútil para regular as relações com o interesse privado dentro do contexto do modelo brasileiro se extirpada a idéia de supremacia, que é justamente a proposição que justifica sua existência. Sem a indicação de supremacia, o princípio torna-se irrelevante como norte do Direito administrativo, embora pudesse ter outras funções no contexto do sistema jurídico como um todo.

Conseqüência inerente a este raciocínio é também a impossibilidade de existir alguma posição de igualdade entre o princípio da supremacia do interesse público e a defesa dos interesses privados. Um dos argumentos principais de negação da natureza

<sup>53</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 242.

de princípio da supremacia do interesse público reporta-se à idéia de que nem sempre o interesse público prepondera sobre privado. Por conseqüência, acabam os críticos defendendo a idéia de que os interesses públicos e privados alocam-se em igual nível de hierarquia normativa e axiológica;<sup>54</sup> o que é um equívoco.

Por certo que não se discorda do fato inexorável de que nem sempre o interesse público prepondera sobre o interesse privado. Todavia, existem condições muito específicas para que isso aconteça e, ademais, nem por isso o caso deixará de ser uma exceção à regra geral, ou seja, ao princípio.

### 3. A HERMENÊUTICA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

Na realidade, a “argumentação desconstrutiva” padece de um problema metodológico grave, pois ignora o caráter de “derrotabilidade” do sistema jurídico. O termo é de Herbert L. A. Hart (*defeasibility*), e tem como característica retratar a “*cualidad de ciertos enunciados condicionales, en los cuales su antecedente es sólo condición contribuyente del conseqüente*”;<sup>55</sup> Neil McCormick explica que se o Direito “tem a função de regular a coexistência social a serviço de certos objetivos e valores que são independentes da atividade de regulação”, portanto, as regras que sejam estabelecidas por tais agentes jurídicos “são sempre excepcionáveis (*defeasible*) em vista da melhor persecução desses objetivos e valores”.<sup>56</sup> Ou seja, há um caráter aberto tanto do sistema constitucional-administrativo como um todo (incompletude/caráter fragmentário), quanto dos princípios, que exigiriam “um processo de densificação mais intenso e, logicamente, um maior comprometimento do intérprete para que não incida em arbitrariedade”.<sup>57</sup> Mas é preciso reforçar: a arbitrariedade, no caso, resultaria da ação do intérprete e não do princípio normativo.

De acordo com a teorização de Hart já enunciada na década de 60, esta textura aberta se aplicaria inclusive e particularmente às regras, o que afasta a possibilidade de uma interpretação formalista: “uma regra que termina com a expressão ‘a menos que...’ é ainda uma regra”. Na realidade, aponta o autor que as regras podem admitir uma razão adequada para não serem cumpridas (ou seja, carregam uma potencial exceção implícita).<sup>58</sup> Para Juan Carlos Bayón esta conclusão estabelece como característica essencial

<sup>54</sup> ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**; e, SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 171-215 e p. 217-245, respectivamente.

<sup>55</sup> RODRÍGUEZ, Jorge L. **Lógica de los sistemas jurídicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 355.

<sup>56</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 326.

<sup>57</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo; Max Limonad, 2003, p. 143.

<sup>58</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 153.

do Direito a indeterminação, pois os conceitos jurídicos requerem um método de elucidação especial, sendo impossível o estabelecimento a priori de uma lista de condições necessárias e suficientes à sua aplicação. Os princípios, pelo seu grau de generalidade e abstração, intensificam esta característica, pois de forma contundente somente oferecem certa possibilidade de conduta nas suas condições de aplicação, mesmo diante de casos que correspondem à exata descrição normativa.<sup>59</sup> Neste sentido há uma ultrapassagem da perspectiva de Hart, para se considerar imputável a derrotabilidade não somente para as regras, mas para qualquer espécie normativa. Por outro lado, é preciso ressaltar que Bayón, na trilha de Hart, afirma que nem todas as regras são derrotáveis, havendo no sistema jurídico normas inderrotáveis, segundo sua natureza.<sup>60</sup> De todo modo, o entendimento correto do sistema passa a ser a abertura do sistema como um condicionante da “decisão a respeito da norma” e não da “norma em si”. Sendo assim, a recusa do caráter de princípio à supremacia do interesse público aparenta decorrer, ainda que inadvertidamente, da ausência de reconhecimento do caráter não-monotônico do sistema jurídico.

Bayón esclarece que a derrotabilidade é baseada na tomada em consideração do fato de que há uma potencial incompletude nos fundamentos de uma decisão. No momento em que se obtém uma resposta jurídica está presente uma quantidade de dados tanto de Direito quando de fato que conduzem a uma “inabarcabilidade da descrição”. Conforme afirma o autor, “nossas crenças são sempre derrotáveis”, ou seja, o que está em jogo nesta situação não é a verdade, mas uma “crença justificada”. Adverte-se que esta circunstância de derrotabilidade não pode ser confundida com alguma espécie de “falibilidade” do sistema, pelo contrário, pois a premissa original continua sendo verdadeira.<sup>61</sup> Quando se observa que o princípio da supremacia do interesse público não fornece condição objetiva de colocar-se juridicamente em uma situação de preferência ao interesse privado isso apenas significa que ele, naquela circunstância específica e ocasional, foi derrotado. Destarte, a exceção faz parte da norma da mesma maneira que as condições positivas de sua realização a partir do critério de preferência adotado; e parece ser este o fato que não é compreendido pelos teóricos que refutam a supremacia do interesse público como princípio.

A derrotabilidade pode ser intra-sistemática ou intersistemática. A primeira implica a condição de uma norma de ser “vencível” em função de outra de hierarquia superior que estabeleça uma exceção. As normas excepcionantes são sempre superiores devido à regra de prevalência sobre as excepcionadas, ainda que a hierarquização se estabeleça apenas

<sup>59</sup> BAYÓN, Juan Carlos. Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? In: \_\_\_\_\_.; RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 264.

<sup>60</sup> BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. In: \_\_\_\_\_.; RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 163.

<sup>61</sup> BAYÓN, Juan Carlos. **Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?** *Op. cit.*, p. 284.

no plano axiológico. A segunda congrega as variações do contexto fático, ou seja, uma norma pode ser “vencível” na medida em que sua aplicação ao caso seja só aparente, pois há outra que de forma mais razoável deve prevalecer a partir de um critério de bom senso.<sup>62</sup> No entendimento de Maccormick isso significa que quando se está diante da *defeasibility* implícita não é a lei, e nem mesmo um possível precedente, que está sendo excepcionado em alusão aos respectivos direitos. “O que está sendo excepcionado (*defeated*) à luz do princípio é um pleito baseado na formulação ou interpretação particular da regra.”<sup>63</sup>

João Josué W. de Mendonça, todavia, discorda desta proposição. Segundo o autor, há casos de normas “invencíveis”, quando a própria Constituição impõe tal caráter. Exemplo do caso seria o do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, que assevera ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer...”, etc. Aparentemente, a ideia do autor decorre diretamente da expressão “absoluta prioridade” (infelizmente, um raciocínio por demais simplificador); ou seja, segundo sua percepção, estaria dada a supremacia dos direitos da criança, jovem e adolescente e ponto final – e aqui não haveria que se falar em possibilidade de derrota.<sup>64</sup>

Entretanto, o argumento não convence. Primeiramente, já se reconheceu (como antes asseverado) que são possíveis regras inderrotáveis em sua aplicação. Quanto a isso, não há divergência. Ocorre que, do ponto de vista hermenêutico, a expressão “absoluta prioridade” não consegue expressar qualquer norma em concreto. O curioso é que em relação ao específico exemplo do autor já há decisão do Supremo Tribunal Federal derrotando o artigo 227 com fundamento na discricionariedade administrativa (e, ainda que no mérito possa ser uma decisão equivocada, ao menos demonstra claramente a possibilidade hermenêutica de relativização).<sup>65</sup> Em segundo lugar, o autor desconsidera as diferentes dimensões (subjéctiva e objectiva) dos direitos fundamentais.<sup>66</sup> Em terceiro lugar, equivocava-se ao achar que a decisão a respeito da concretização de direitos implica a “supremacia” do “direito contido no texto”. Na realidade, o que importa

<sup>62</sup> RODRÍGUEZ, Jorge L. *Lógica de los sistemas jurídicos*. *Op. cit.*, p. 383.

<sup>63</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. *Op. cit.*, p. 327.

<sup>64</sup> MENDONÇA, João Josué Walmor de. *Fundamentos da supremacia do interesse público*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012, p. 194.

<sup>65</sup> A ementa da decisão do TJPR é esta: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRECEITOS COMINATÓRIOS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSTALAÇÃO DE ABRIGO E ELABORAÇÃO DE PROGRAMAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AOS ADOLESCENTES EM REGIME DE ABRIGO. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO CONFIRMADA. 1. Em razão do princípio da discricionariedade, que rege a atividade do Executivo, este “goza de total liberdade para eleger as obras prioritárias a serem construídas”. 2. Assim, não podendo a Administração Pública destinar imóvel, para instalação de abrigo de menores, dotando-o de recursos materiais e humanos, sem prejuízo das demais atividades municipais, improcede a ação proposta, destinada a obrigar o Município à efetivação daquela obra (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso de Apelação de Menores nº 105-9. Acórdão nº 7910. Relator Des. Accácio Cambi. Conselho da Magistratura. Julgado em 09.02.1998. Disponível em: <[http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca\\_igualdade\\_14\\_4\\_1\\_1.php](http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_14_4_1_1.php)>. A decisão do STF pode ser visualizada a partir da seguinte referência: A BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 208.893/PR. Relator Min. Franciulli Netto. Segunda Turma. Julgado em 19.12.2003. DJ 22.03.2004. Acesso em 10 out. 2013.

<sup>66</sup> Sobre o assunto, remete-se à leitura do excelente texto de Daniel Wunder Hachem: HACHEM, Daniel Wunder. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objectiva e subjéctiva dos direitos fundamentais sociais. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016.

são as “pretensão jurídicas jusfundamentais” decorrentes do direito e não o direito em si, para a análise da derrotabilidade no caso concreto.<sup>67</sup> Desse modo, não existem normas absolutas em tese no sentido que são hierarquicamente superiores às demais; em que pese poderão existir em concreto regras inderrotáveis pela sua própria natureza.

O princípio da supremacia do interesse público, por ser princípio, estipula um condicionante *a priori* estabelecido, mas que não traduz como, aliás, ocorre com todos os demais princípios, um caráter invencível. Dependendo do critério de preferência adotado pelo sistema, é possível imaginar a prevalência de um interesse privado sobre o público. Não obstante esta proposição exigir um pressuposto mínimo excepcional, que é justamente a correspondência do interesse privado a um direito do particular (que muitas vezes pode ser ligado a outro princípio focado no interesse privado). Mas João Josué W. De Mendonça novamente não concorda. Para o autor, no caso em que há um conflito entre o interesse público e interesse privado e teria prevalecido o privado, “não é que foi vencido, mas que o interesse público no caso alterou-se e, alterando, não deixou de ser supremo (...)”. Ou seja, nesta acepção qualquer decisão válida do administrador público, seria de interesse público ao final do processo hermenêutico.<sup>68</sup>

Novamente equivoca-se o autor. Por certo que, de um ponto de vista genérico, claro, toda decisão de autoridade pública presume-se válida e consagradora do interesse público, mesmo quando garante o interesse privado. Nesta acepção, todavia, o princípio seria realmente irrelevante, pois só serviria para opor-se à atuações inválidas (ou seja, concretizadas em atos administrativos em desvio de finalidade). Ocorre que defender, garantir e concretizar interesses privados, pode ser de interesse público. Entretanto, é possível casos em que mesmo havendo um interesse público em jogo, ele sucumba frente a um interesse privado em concreto que esteja protegido por um direito. É de interesse da coletividade que interesses privados sejam garantidos, porém desta regra geral mesma decorre o fato de que é possível, então, que a coletividade tenha seus interesses bloqueados por interesses individuais. O processo formal de garantia deste direito privado será sempre de interesse público, mas no mérito da questão não há um transfiguração de interesse privado em interesse público sempre que a autoridade dá uma resposta ao conflito. Por isso é tão importante a distinção entre direitos e interesses.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Novamente, para espancar a crítica do autor, basta uma leitura atenta à obra de Daniel Wunder Hachem, que de forma impecável esclarece a distinção entre “direito fundamental como um todo” e “pretensões jurídicas jusfundamentais”. Hachem sustenta com razão “que, em cada direito fundamental, algumas das pretensões dele decorrentes revelam-se como posições subjetivas exigíveis individualmente, ao passo que outras encontram-se associadas à dimensão objetiva do direito, possuindo titularidade transindividual. Diante disso, todo direito fundamental, quando considerado em sua integralidade, exibirá tanto uma faceta individual quanto uma feição transindividual, a depender da pretensão em análise.” Cf.: HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais e econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013.

<sup>68</sup> MENDONÇA, João Josué Walmor de. **Fundamentos da supremacia do interesse público**. *Op. cit.*, p.192.

<sup>69</sup> A questão da distinção entre direitos e interesses pode ser aprofundada em: GABARDO, Emerson. A relação entre interesse público e direitos fundamentais. **Revista Argentina del Regimen de la Administración Pública**. Buenos Aires. n. 394, 2011, p. 29-39.

Por outro lado, o resultado hermenêutico de uma situação como esta depende da concepção jurídica que irá incidir no caso segundo o intérprete que analisará o pleito, tanto em nível administrativo quanto judicial. O fato é que “qualquer coisa pleiteada pode também ser refutada, mesmo que a refutação não mereça ser bem-sucedida, e possa, de fato, falhar”. Afinal, “a decisão mais cuidadosamente construída e a mais elegante justificação” podem ser simplesmente ineptas em razão do que exigirão uma reformulação da tese original ou “uma nova e talvez radical exceção a ela”. Em nenhum destes casos há motivo razoável para se supor que está negada a regra ou pressuposto geral (universal). Como conclui Maccormick “universais excepcionáveis são, contudo, ainda universais”.<sup>70</sup>

Considerando os princípios como normas de qualidade distinta das regras, não é possível estabelecer relações absolutas de precedência.<sup>71</sup> Na interação dos princípios as alterações no entendimento do conteúdo de um deles podem produzir reflexos na compreensão de algum ou alguns dos outros.<sup>72</sup> Destaca Larenz que “o jogo concertado dos princípios significa que, no conjunto de uma regulação, não só se complementam, mas também se restringem reciprocamente.”<sup>73</sup> O reconhecimento da derrotabilidade produz a constatação de que as normas jurídicas estão sujeitas a “exceções implícitas” que não podem ser identificadas antecipadamente, mesmo genericamente.<sup>74</sup> O que não significa que também não possam existir exceções expressas ao princípio e nem que inexistam conflitos reais exteriores entre os princípios, em que um prevaleça em detrimento do outro. Este raciocínio possibilita que sejam colocados os fundamentos nos seus corretos eixos.

Quando Paulo Schier menciona exemplos constitucionais de supremacia do interesse público sobre o privado,<sup>75</sup> como o do artigo 5º, inciso XXV (requisição administrativa),<sup>76</sup> não ocorre um caso denotativo do princípio da supremacia do interesse público sobre um mero “interesse privado”. Trata-se de exemplo do estabelecimento formal de uma exceção constitucional que permite que o interesse público se sobreponha a “direito individual”. A exemplificação do autor se reporta à exceção, não à regra.

<sup>70</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. *Op. cit.*, p. 328.

<sup>71</sup> Neste sentido, negando a hierarquia normativa entre princípios, também é a posição de Adriana Schier. Cf.: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O princípio da supremacia do Interesse público sobre o privado e o direito de greve de servidores públicos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 389.

<sup>72</sup> Raciocínio este há muito reconhecido por BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. *Op. cit.*, p. 149.

<sup>73</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 2 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 581.

<sup>74</sup> BAYÓN, Juan Carlos. **Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?** *Op. cit.*, p. 295.

<sup>75</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 218.

<sup>76</sup> Artigo 5º, XXV da CF: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.”

Deve-se notar que é uma pressuposição faticamente exagerada imaginar que o interesse privado corresponderá necessariamente à inação do Estado no caso de iminente perigo público (para se referir ao exemplo do autor: o instituto da requisição).

É perfeitamente possível que seja do interesse do particular o controle deste perigo e a respectiva intervenção do Poder Público. Entretanto, se é do interesse privado ou não, isso é irrelevante, pois o fato é que o “direito do particular” estará obrigatoriamente flexibilizado. E é totalmente diferente relativizar direitos e interesses. O ordenamento e o agente público não têm como saber, *a priori*, qual será o interesse privado do proprietário. Mas o status de proprietário ou possuidor e a existência do seu direito à propriedade pré-existem e serão, indiscutivelmente, flexibilizados no caso de uma requisição, ainda que, por hipótese, o proprietário ou possuidor tenha todo o interesse em ser requisitado (por exemplo, porque no caso concreto sua perda poderia resultar num futuro direito de reparação – o que poderia lhe interessar mais do que a propriedade então requisitada).

Assim é que o princípio da supremacia do interesse público precisa ser entendido como o resultado de sua interação com outros princípios e outras regras, sem que com isso seja esquecida a relação de prioridade típica do ponto de partida da decisão. Torna-se despidianda, portanto, a ressalva de que o interesse público, para que se coloque como superior ao privado, precisa de uma norma constitucional ou infraconstitucional que assim autorize.<sup>77</sup> A colocação é redundante, pois em todo e qualquer caso que o Estado atue faz-se necessária uma disposição de caráter prévio e positivo no ordenamento, conforme a clássica máxima de que ao particular é dado fazer tudo aquilo que a lei não proibir e ao Estado é dado fazer apenas o que a lei prever (ressalvando-se, é claro, que atualmente está muito difícil saber exatamente o que significa “lei”, pois a ideia de vinculação genérica ao “Direito”, tornou este tema muito controverso).<sup>78</sup>

O interesse público dotado de supremacia, por força de seu regime peculiar, independe da titularização de qualquer direito subjetivo a ele vinculado para prevalecer. A grande questão é que a supremacia do interesse público fundamenta-se diretamente no Direito objetivo. Quando o interesse público manifesta-se fora do regime jurídico de Direito público, então ele está em situação de equivalência ao particular. Neste caso, o ambiente é o regime jurídico de Direito privado e o interesse público para prevalecer dependerá da existência de um específico direito subjetivo a ele correspondente. Direito subjetivo este que será considerado junto ao Direito objetivo em igualdade de condições com os direitos subjetivos do particular a partir de um sistema, aí sim, de ponderação objetiva (ou seja, uma ponderação que está adstrita ao sistema jurídico).

<sup>77</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 217-245.

<sup>78</sup> MOTTA, Fabrício. O paradigma da legalidade e o Direito administrativo. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 197 e ss.

Autores como Patrícia Baptista, ao defenderem a inexistência de um princípio de supremacia (ainda que sob os auspícios da proposição de um dever inerente ao princípio da proporcionalidade que corresponderia à “máxima realização dos interesses envolvidos como fundamento e como fim da atividade administrativa”) acabam negando a ideia central do Direito administrativo, que é ser um regime de prerrogativas e sujeições especiais;<sup>79</sup> ou seja, conforme bem coloca o clássico Jean Rivero, não é por mera liberalidade do poder que a relação administrativa é especial e derogatória do Direito comum: “à diferença dos fins corresponde uma diferença dos meios”.<sup>80</sup> Por outro lado, como bem destaca Gustavo Assed Ferreira: “o reconhecimento de privilégios para a Administração Pública na sua atuação encontra limites insuperáveis na legalidade, bem como faz da aplicação do princípio da supremacia do interesse público não só um poder, mas também um dever do Estado”.<sup>81</sup>

Assim como Patrícia Baptista, Daniel Sarmiento e Gustavo Binbenojm afirmam textualmente que o princípio da supremacia não é compatível com o da proporcionalidade.<sup>82</sup> Advertem, então, que deve ser descartada qualquer visão do princípio da supremacia do interesse público que “desobrigue o Estado de agir moderadamente, e de observar o princípio da proporcionalidade”.<sup>83</sup> A frase citada está tão correta quanto é um absoluto senso comum. Poderia, inclusive, ser continuada em termos mais específicos: “... e também deve ser descartada qualquer visão do princípio da supremacia que possibilite o Estado torturar, ameaçar e constranger os indivíduos”. A grande dificuldade será encontrar quem, atualmente, defenda o contrário (mesmo dentre aqueles menos afetos ao regime democrático).

Uma visão do princípio da supremacia que possibilitasse ao Estado agir de forma desproporcional só é válida num regime ditatorial, obviamente. Como há algum tempo foi estabelecido um regime democrático no Brasil, tais afirmações acabam sendo, em larga medida, meramente retóricas ou anacrônicas. Isso não significa que o Estado deixe de atuar, a todo instante, de forma desproporcional. Assim como o Estado brasileiro infelizmente continua a torturar, a ameaçar e a constranger indivíduos por intermédio de agentes que corrompem de forma inaceitável o exercício da função pública. Mas caberiam as seguintes perguntas: estas ações são atribuíveis ao princípio? São por ele justificáveis? Será que a atuação arbitrária da Administração Pública pode

<sup>79</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. *Op. cit.*, p. 204.

<sup>80</sup> RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 15.

<sup>81</sup> FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do Interesse público sobre o Interesse particular. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 445.

<sup>82</sup> SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. *Op. cit.*; BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade*. *Op. cit.*, p. 99 e 138, respectivamente.

<sup>83</sup> SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. *Op. cit.*, p. 111.

ser evitada ao ser extirpado o princípio da supremacia do regime jurídico administrativo? Certamente que não.

Muitas críticas ao interesse público decorrem de um erro a respeito do seu entendimento. Um dos exemplos oferecidos por Sarmento dos problemas gerados pela supremacia do interesse público é tão paradoxal quanto equivocado. Afirma o autor que pode perfeitamente o Estado colocar um quebra-molas numa rodovia com o objetivo de reduzir a velocidade dos veículos e prevenir atropelamentos (situação em que o interesse privado do motorista, naturalmente, não pode prevalecer ao interesse público, pois não existe qualquer espécie de direito que lhe proteja); no entanto, caso o Estado colocasse uma quantidade exagerada de quebra-molas, para além do necessário e prejudicando o trânsito, então o interesse público não deveria prevalecer por estar afrontando a proporcionalidade (esta é a conclusão do autor).<sup>84</sup>

A pergunta que fica é: “*onde está o interesse público de se colocar uma quantidade exagerada de quebra-molas a ponto de prejudicar o trânsito?*” Será que realmente o caso fornece um exemplo de aplicação da proporcionalidade? Parece que não, pois o abuso de poder se dá tanto por desvio de finalidade, quanto por excesso, segundo a clássica, tradicional e corriqueira doutrina do Direito administrativo. E não há interesse público em caso de abuso, mas sim uma patologia passível de nulificação.<sup>85</sup> Não há novidade alguma neste raciocínio em termos da teoria do Direito constitucional ou administrativo. Héctor Jorge Escola, por exemplo, tratou especificamente do assunto quando implicou a própria existência do interesse público aos deveres de razoabilidade, boa-fé e proibição do excesso.<sup>86</sup> Mas as teorias inerentes ao controle do excesso são muito mais antigas, datando do final do século XIX e início do XX, na França, na Itália e na Alemanha.<sup>87</sup> Do ponto de vista interno ao assunto, referir-se à necessidade de proporcionalidade acaba sendo no máximo uma “nova retórica”, sem qualquer significativa incrementação em termos de teoria jurídica.

O simples fato de o princípio da supremacia ser usado como argumento (ou *álibi*) de certos atos arbitrários não significa de modo algum a deturpação de sua essência ou sua força ética e normativa. O problema não é do princípio, mas de sua aplicação

<sup>84</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. *Op. cit.*, p. 110.

<sup>85</sup> Conforme destaca Manoel de Oliveira Franco Sobrinho: “No excesso, respeitada a finalidade, o querer administrativo vai além do que o previsto, resultando em autoritarismo ou arbítrio na atuação”. Cf.: FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 211.

<sup>86</sup> Em resumo assim aduziu o autor: “*la adecuada aplicación de la teoría del interés público sirve para garantizar la corrección integral de los actos de la administración, en una esfera tan proclive a los excesos, como es la que se refiere al ejercicio del poder discrecional, poder que debe ser reconocido como necesario y conveniente, cuando concurre a posibilitar tales fines de interés público, y que debe ser invalidado cuando, so color de tal discrecionalidad, se dirige a pretender finalidades que no son de interés público, o que no guardan una razonable relación con este.*” Cf.: ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>87</sup> Um verticalizado exame do assunto (um dos mais precoces do Direito administrativo típico do século XX), com indicação de farta doutrina, pode ser encontrado no Curso de Zanobini. Cf.: ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, v. 1, 1936.

prática.<sup>88</sup> Se os operadores do Direito fossem romper com cada princípio, regra ou direito mal utilizado, ou cujo sentido foi desviado no Brasil, muito rapidamente decorreria uma anomia jurídica. A grande questão que se coloca na práxis jurídico-política contemporânea é saber o motivo pelo qual, apesar da realidade acima indicada, há pouca preocupação com os demais conceitos e princípios que também possibilitam a sua má utilização pelos agentes públicos. Não é a mesma a preocupação doutrinária com o princípio da publicidade, por exemplo; é como se ele fosse muito menos “maléfico” que o da supremacia do interesse público. Parte considerável da doutrina jurídica, da imprensa, das instituições empresariais e da comunidade em geral tem fortes receios quanto ao interesse público, mas é bastante condescendente com outros princípios e conceitos (o que é correto, pois a culpa não é dos conceitos nem dos princípios, mas dos atos indevidos neles alegadamente baseados).

Mas resta a pergunta: por que no caso do interesse público não há esta condescendência? A resposta não é simples, embora evidencie a própria história cultural nacional inserida em um peculiar momento. Ou seja, a confusão entre a esfera do ser e a do dever ser é uma decorrência de três fatores: 1. a existência de uma tradição autoritária e personalista no país; 2. a recorrência de casos de atuação dos agentes públicos de forma ineficiente ou imbuídos de má-fé; 3. a presença contemporânea de uma mentalidade pós-moderna que exalta as vantagens do liberalismo e da valorização dos interesses particulares (em geral hedonistas) do indivíduo.

#### **4. A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE UMA VISÃO SUBSIDIÁRIA (PAUTADA NA AUTONOMIA PRIVADA) E UMA VISÃO SOCIAL (PAUTADA NO INTERESSE PÚBLICO) DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

É com base na necessidade de garantir autonomia aos seres humanos e, portanto, proteger a capacidade individual de indicação e de consideração dos interesses privados a ela inerentes que se desenvolveu uma posição subsidiária da coletividade na definição do bem público. A origem desta ideia remonta à antiguidade quando, paradoxalmente, é aplicada apenas na relação de “Estados” em face de outros “Estados”, pois a autonomia pessoal não existe neste período; é apenas uma “metáfora política”. Neste contexto, trata-se de uma noção que acaba por ser um instrumento político de integração. A própria palavra “autonomia” significa uma “liberdade interdependente”, distinguindo-se, portanto, da “eleutheria”, que denota uma liberdade na total independência.<sup>89</sup> Dessa forma, vê-se que a autonomia não significa soberania, mas a garantia

<sup>88</sup> Como bem salienta a professora Alice Gonzalez Borges. Cf.: BORGES, Alice Maria Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte: Fórum, n° 01, abr./jun., 2003, p. 57.

<sup>89</sup> AMARAL, Carlos Pacheco. Autonomia: uma aproximação na perspectiva da filosofia social e política. *Revista da Universidade dos Açores*: Ponta Delgada, 1995, p.126.

de respeito ao interesse próprio no âmbito da comunidade maior, o que é conseguido pela participação, em igualdade, nos processos de tomada de decisão.<sup>90</sup> Ao contrário do viés atual, a noção também se refere a uma forma especial de “integração do homem na sociedade”. A autonomia de base subsidiária, ou porque não dizer a subsidiariedade de base autonômica, pode retratar uma garantia de autocontrole da vida econômica e política, porém sempre dentro do contexto de uma entidade superior.

Entretanto, atualmente, a noção de subsidiariedade como condicionante das escolhas públicas possui inspiração diferente (influenciada tanto por correntes jusnaturalistas religiosas quanto pelo liberalismo pós-absolutista). Particularmente importante no estudo desta questão é a doutrina de São Tomas de Aquino quando sustenta que autonomia é um bem que só pode receber a intervenção do poder em caso de necessidade e, por conseqüência, deve ser adotada uma postura restritiva quanto ao Estado. Na realidade, a teoria do pensador, como é típico da doutrina social da Igreja, denota vários pontos paradoxais, quando não contraditórios, por exemplo, ao afirmar que o bem das partes necessariamente deve se subordinar ao bem do todo. Se por um lado deveria caber ao governo a promoção da perfeição da sociedade, por outro, a ele não caberia salvar a sociedade de toda corrupção e maldade que são típicas do próprio exercício da liberdade. Afinal, a providência não impediu o ser humano de ser mal; optou por garantir-lhe o livre arbítrio.<sup>91</sup>

O conceito atual de autonomia é forjado a partir da presença de algumas características básicas, tais como: autogoverno, auto-direção, construção da identidade própria, livre capacidade de formulação e execução dos próprios projetos e proteção da individualidade.<sup>92</sup> Todavia, a autonomia, na sua base, é uma noção vazia. Uma pessoa que se pretendesse autônoma não seria realmente uma pessoa, mas um mero indivíduo.<sup>93</sup> Desse modo, o exercício da autonomia depende da realização do interesse público a partir de uma base comunitária. E como aponta Héctor Jorge Escola, esta base comunitária não retrata apenas a soma das posições individuais, ou a posição de uma maioria interessada. O interesse público afirma de forma idêntica o respeito às minorias, a partir de um sentimento de solidariedade e integração social. Por este motivo é que o interesse em um regime autoritário jamais será realmente público.<sup>94</sup>

A autonomia pressupõe a integração a uma comunidade, porém resguarda-se dela, em um processo centrípeto de proteção. E é neste ponto que pode ser tomada

<sup>90</sup> Sobre a noção de soberania na perspectiva do Estado Constitucional: CORVALÁN, Juan Gustavo. Soberanía y Estado Constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 45-71, out./dez. 2015.

<sup>91</sup> MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 44-46.

<sup>92</sup> AMARAL, Carlos Pacheco. *Autonomia*. *Op. cit.*, p. 151.

<sup>93</sup> AMARAL, Carlos Pacheco. *Autonomia*. *Op. cit.*, p. 122.

<sup>94</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. *El interes público como fundamento del derecho administrativo*. *Op. cit.*, p. 240-241.

como o fundamento filosófico para o critério de subsidiariedade; um critério antitético ao que se pode chamar de Direito Administrativo típico do Estado social, pois se presta justamente ao atendimento de princípios do Direito privado ou, ainda, de um modelo de Estado que seja fundamentalmente liberal e que, portanto, não prescreve a intervenção estatal na sociedade como meio de promoção de transformações sociais a partir de uma agenda estabelecida juridicamente.

De modo inverso, a idéia de supremacia do interesse público encontra-se em perfeita consonância com o modelo social de Estado; mesmo considerando a sua fluidez no contexto pós-moderno, como denuncia Luis Manuel Fonseca Pires.<sup>95</sup> Isso porque, para além de não contrapor a autonomia privada (pois se trata de um Estado democrático e capitalista), não restringe sua atuação como se fosse uma entidade meramente suplementar. O Estado social é tão protagonista da história quanto a sociedade civil. Por este motivo, concorda-se com Marçal Justen Filho, quando o autor propõe que “o conceito de interesse público não se constrói a partir da impossibilidade técnica de os particulares satisfazerem determinados interesses individuais, mas pela afirmação da impossibilidade ética de deixar de atendê-los”.<sup>96</sup> Tal conclusão contraria totalmente qualquer possibilidade de casamento entre prevalência do interesse público e a subsidiariedade de base autônômica, como já esclareceu também André Luiz Freire.<sup>97</sup> Há que se adotar um ou outro para o escopo de justificar os fins do Estado social. Nestes termos, adotar ou não a subsidiariedade não retrata apenas uma posição ideológica, mas sim uma conclusão jurídico-dogmática. A posição ideológica é anterior: desejar ou não um Estado social.<sup>98</sup>

A questão é que, no Brasil, a escolha já foi feita pelo constituinte e está consagrada na Constituição Federal de 1988. É possível discordar-se de tal decisão (afinal, há aqueles que defendem valores opostos), mas não parece razoável negar a existência de tal regime jurídico constitucional. A partir desta conclusão, Daniel Wunder Hachem elabora uma classificação entre diferentes modelos substanciais de Direito Administrativo, ressaltando a sua adesão à corrente do que passa a denominar de “Direito Administrativo Social”<sup>99</sup>:

<sup>95</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca. A pós-modernidade e o interesse público líquido. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 133-144, abr./jun. 2013.

<sup>96</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 124.

<sup>97</sup> FREIRE, André Luiz. A crise financeira e o papel do estado: uma análise jurídica a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do serviço público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 147-162, jan./mar. 2010.

<sup>98</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

<sup>99</sup> Defendendo também um Direito Administrativo com essas características: BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015; RODRÍGUEZ-ARANA

*“Essa corrente — aqui batizada de Direito Administrativo social — preocupa-se justamente em traçar os contornos de uma Administração Pública inclusiva, afastando-se do Direito Administrativo legalista anterior à Constituição de 1988, por priorizar a concretização dos valores constitucionais sem deixar de respeitar a lei formal (primordialmente quanto às atividades administrativas restritivas de direitos, que invariavelmente devem obedecer ao princípio da reserva legal). Aparta-se também do Direito Administrativo individualista, por preocupar-se não apenas com a realização dos direitos fundamentais sob o prisma individual, nos moldes liberais atrelados à concepção de direito subjetivo, mas também com a sua efetivação por meio de ações universalizadas da Administração, que alcancem a todos os cidadãos necessitados, e não apenas aos que detêm condições privilegiadas de recorrer ao Judiciário. De outra parte, ela colide com o pensamento vinculado ao Direito Administrativo neoliberal, que propõe a diminuição das incumbências administrativas ligadas à prestação direta de utilidades materiais imprescindíveis à satisfação das necessidades da cidadania, conferindo ao Estado um papel subsidiário.”*<sup>100</sup>

Entretanto, esta análise apurada nem sempre é feita pelos pensadores do assunto, que têm primado por uma visão “romântica” deste pseudo-princípio: a subsidiariedade.<sup>101</sup> E, em assim sendo, acabam filiando-se a um Direito Administrativo Individualista ou a um Neoliberal, nem sempre de forma consciente – embora, em alguns casos seja uma assumida opção ideológica com pretensões normativas.

Em um ambiente pós-moderno tornou-se esteticamente mais interessante defender pressupostos subsidiários (em valorização ao aspecto individual da vida) do que os relativos ao interesse público (cuja valorização é do aspecto coletivo). Notadamente no Brasil da segunda metade do século XXI, a desconfiança da possibilidade de atuação dos poderes públicos em benefício da coletividade faz do Estado um verdadeiro “inimigo da nação” (a questão da corrupção no espaço público está no centro deste problema).

Os argumentos contra a supremacia do interesse público desenvolvidos neste *locus* pós-moderno ou se equivocam em termos lógicos (ao confundir direitos e interesses) ou “argumentam pleonasticamente” (ao propor que o interesse público deve respeitar os direitos fundamentais; que não pode afrontar a proporcionalidade; e que não pode sobrepor-se às demais normas constitucionais). Mas alguns autores efetivamente vão além: discordam da própria idéia de que o interesse público deva ser

---

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

<sup>100</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013, p. 149.

<sup>101</sup> Mais detalhes sobre a oposição à existência da subsidiariedade como princípio podem ser encontrados em: GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. *Op. cit.*

valorizado. A tendência é de que a autonomia justifique o interesse privado para o fim de poder contrapor o interesse público. É o caso de Humberto Ávila, quando assevera que se houvesse alguma regra de precedência (o que afirma que não há), seria em favor dos interesses privados, pois “faltam fundamentos jurídico-políticos de validade” para o princípio da supremacia do interesse público. Para o autor, “o asseguramento da posição dos indivíduos e de seus interesses privados é estabelecido frente ao concorrente interesse público”. O difícil é acreditar que esta conclusão do autor decorre do seu reconhecimento da premissa de que “a Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição cidadã”.<sup>102</sup>

A pergunta que fica é: *como seria possível extrair uma noção válida de cidadania a partir do interesse privado predominando sobre o interesse público?* De há muito a sociologia política reconhece que “o indivíduo é o pior inimigo do cidadão”. O cidadão adota como postura ética buscar seu bem-estar mediante o bem-estar da cidade; o indivíduo é cético em relação à causa comum. Para o indivíduo não há sentido em “interesses comuns” senão o de permitir que a autonomia privada satisfaça suas próprias necessidades, em razão do que não lhe parece justo imaginar qualquer motivo para que o interesse público prevaleça sobre o privado. Reacomodar o sujeito autônomo no corpo republicano dos cidadãos não é tarefa fácil.<sup>103</sup>

Na realidade, a tese apresentada está muito mais próxima da perspectiva de um Estado subsidiário do que de um Estado social. Daniel Sarmento reconhece esta tendência, encampando expressamente a tese da “primazia dos indivíduos sobre a sociedade e o Estado” de autores que intitula como “libertários” (Friedrich von Hayek, Milton e Rose Friedman e Robert Nozick).<sup>104</sup> Trata-se justamente da tese liberal que demoniza o Estado, estabelece uma separação rígida entre o sujeito e a sociedade em que está inserido e acaba por exaltar os valores econômicos da vida. Contudo, não é este modelo o previsto pela Constituição em vigor, que garante expressamente uma República social, ainda que no plano das mentalidades seja clara a tendência de subordinar a dimensão pública à primazia das necessidades e expectativas individuais, sendo os valores decorrentes destes interesses que passam a legitimar o sistema.<sup>105</sup>

<sup>102</sup> ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**. *Op. cit.*, p. 187.

<sup>103</sup> BAUMAN, Zygmunt. **A modernidade líquida**. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>104</sup> Embora reconheça que tais autores vão muito além da defesa de um Estado mínimo, inclusive preterindo o reconhecimento efetivo dos direitos fundamentais (com o que o autor não concorda). Cf.: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. *Op. cit.*, p. 69. A escolha do termo “libertários” também não é uma peculiaridade do autor, mas de uso comum na doutrina. Cf.: GNASSOUNOU, Bruno. A partir de John Rawls, a querela do utilitarismo e do antiutilitarismo. Liberais, libertários e comunitaristas americanos. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Orgs.). **História argumentada da filosofia moral e política: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir. São Leopoldo: Editora Unissinos, 2004, p. 685.

<sup>105</sup> ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; \_\_\_\_\_. (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5.

Esta forma de crença jurídico-política típica da mentalidade pós-moderna acaba por propiciar exemplos práticos de desvalorização da coletividade. Alexandre Santos Aragão expõe de forma coerente sua opção ideológica quando defende a refutação do que entende ser um “argumento não-institucional” ou “subjetivista” na interpretação do Direito. É ilustrativo que o autor elogie decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos que rejeitou a recorrência à proteção da “saúde pública”, pois este seria um argumento “não-institucional”.<sup>106</sup> Verificando esta mesma decisão citada pelo autor, é possível observar que o fundamento prestigiado pelo intérprete (em detrimento da “subjetivista saúde pública”) foi a “justiça das trocas comerciais”. Por certo o autor deve entender, então, que a “justiça nas trocas comerciais” é um argumento válido e “institucional” ou “não-subjetivista”, mas que a “saúde pública” não é.

Na realidade, o que o autor faz é estabelecer um juízo de valor; ou seja, aponta para um critério de preferência – o que é perfeitamente legítimo (embora de discutível constitucionalidade). O problema, então, decorre não de sua opção hermenêutica, mas da pretensa neutralidade do argumento científico; neutralidade esta que é recorrente quando se trata de fundamentar a subsidiariedade e que novamente é colocada em xeque quando o autor, nas suas conclusões sobre o caso, afirma ainda preferir a “segurança dos cidadãos e investidores” à “saúde pública” e outros “argumentos não-institucionais”.<sup>107</sup> Resta a dúvida sobre qual seria o critério para o entendimento sobre o que seria institucional e o que não seria. Não há dúvida que no caso, o argumento prioritário é de índole ideológica.

Veja-se que para esta perspectiva a defesa de valores coletivos tende a ser sempre reservada ao espaço da subjetividade ou da irracionalidade, enquanto a defesa dos valores individuais é elevada à condição de perfeita harmonia com a razão e com a objetividade das instituições. Esta forma de ver o mundo não é nova e tende a emergir sempre que o espaço político está fragilizado, seja pela força do poder econômico, seja pela própria ineficiência ou ilegitimidade do poder público institucionalizado. Trata-se de uma interpretação axiológica típica da teoria econômica dominante, que “utiliza energicamente o pressuposto da procura vigorosa do interesse próprio”.<sup>108</sup>

Do ponto de vista jurídico não é essa a proposta axiológico-normativa da Constituição brasileira e que sustenta uma visão efetivamente pautada por uma cidadania republicana. Não é nenhuma novidade que o mercado auto-regulado não apresenta nem as condições de eficiência proclamadas pela economia clássica, muito menos as de justiça. A conquista do interesse público requer a presença de medidas corretivas

<sup>106</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo**. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>107</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo**. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>108</sup> HIRSCHMAN, Albert O. **As paixões e os interesses: argumentos a favor do capitalismo antes do seu triunfo**. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Regina Bhering. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 13.

por meio de políticas públicas que têm absoluta correspondência com os direitos individuais (como é o caso da saúde pública).<sup>109</sup>

Alguns teóricos aparentemente recusam o fato de que o interesse público está muito mais conectado aos direitos de todo tipo que o interesse privado, pois este último é totalmente descompromissado. O interesse privado pode se referir a direitos, mas esta possibilidade é extrínseca. Ao contrário, a proteção de direitos é interna à essência do interesse público, sob pena de sua desnaturação. Para o interesse público o respeito aos direitos é uma condição necessária; para o interesse privado é apenas uma consequência possível.

O princípio da supremacia do interesse público a partir de uma perspectiva constitucionalizada deve possuir diferentes níveis de significação, dentre os quais necessita reconhecer que: 1. a atuação do Estado deve se ocupar não só do bem-estar dos indivíduos atuais, mas também das gerações posteriores; 2. o interesse público tem que relevar não somente interesses nacionais, mas também os que ultrapassam esta esfera, considerando a humanidade como um todo.<sup>110</sup> Ademais, “um dos fatores fundamentais favoráveis ao sucesso de uma democracia é um público imbuído de interesse público”,<sup>111</sup> Logo, não basta um reconhecimento eminentemente jurídico se não existe um “lastro social” que dê respaldo à existência de um interesse público formalmente estabelecido.

Como pondera C. W. Cassinelli, “a palavra público significa que o valor ético no padrão do interesse público se aplica a todo membro da comunidade política: é um valor que deve ser distinguido de algo vantajoso para uma pessoa e desvantajoso para outra”.<sup>112</sup> Este seria o que Marçal Justen Filho chama de caráter “transcendental” do interesse público, vinculado que é à dignidade humana nos seus aspectos da integridade e isonomia mediante uma construção que não é natural, mas sim histórica.<sup>113</sup>

Segundo Orlando Gomes as ações humanas são motivadas por necessidades e objetivos. Interesses que quando universalizados muitas vezes transformam-se em valores que necessitam ser reordenados numa comunidade em desenvolvimento. Não se ignora que as mudanças de caráter institucional concorrem para a evolução do sistema de valores. Por outro lado, deve-se reconhecer que “a aceitação de novos valores influi na estrutura institucional”. Da análise desta relação simbiótica, torna-se muito mais aceitável “a tese dos que defendem o primado das inovações institucionais”.<sup>114</sup>

<sup>109</sup> MUSGRAVE, R. A. O interesse público: eficiência na criação e manutenção do bem-estar material. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. *Op. cit.*, p. 115.

<sup>110</sup> COLM, Gerhard. **Interesse público: chave essencial da política pública**. *Op. cit.*, p. 124.

<sup>111</sup> GRIFFITH, Ernest S. **Os fundamentos éticos do interesse público**. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>112</sup> CASSINELLI, C. W. O interesse público na ética pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>113</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 126.

<sup>114</sup> GOMES, Orlando. **Direito e desenvolvimento**. Salvador: Universidade da Bahia, 1961, p. 33.

Esta posição parte do pressuposto que os homens é que escolhem o seu caminho e ao caminharem não podem estar sozinhos.

O equilíbrio entre o público e o privado, entre a sociedade e o Estado, e entre o indivíduo e a coletividade está na colocação de diferentes pesos em todos os lados. Ao tempo em que resta claro que o interesse público deve ser predominante ao privado, também deve ser reconhecido que os direitos individuais, especialmente os fundamentais, estabelecem uma barreira importante para a atuação do Poder Público; o que não evita, por certo, a existência de casos concretos difíceis. Para estes cabe a ponderação jurídica (objetiva e dentro do sistema), que consiste numa maneira perfeitamente compatível com o princípio da supremacia do interesse público, inibindo qualquer tentativa de, pela negativa de sua incidência, ser preconizado o interesse privado.

Do resultado de um conflito entre o princípio da supremacia e outro princípio protegido pelo Direito (como a própria autonomia privada – em casos resolvidos fora do Direito público) pode ser que duas situações ocorram: 1) a supremacia prevaleça; e 2) a supremacia não prevaleça e neste caso a questão resolve-se com base na igualdade de interesses, ou seja, são admissíveis duas sub-hipóteses: 2.a) a de que ocorra a prevalência do interesse público, no caso concreto (não por uma questão de princípio, mas de resolução pragmática da controvérsia – *a posteriori*); 2.b) a de que ocorra a prevalência do interesse privado no caso concreto (também não porque se admita qualquer precedência em abstrato da autonomia privada, mas porque seria adequada a adoção desta precedência de forma tópica). A resolução do conflito de primeira ordem se resolve pela ponderação; no de segunda ordem, pela proporcionalidade. E é bom que se reforce: nas duas análises, se está utilizando de critérios objetivos, como ressalta Daniel Sarmiento.

É preciso ainda ressaltar que somente se chegará a esta solução hermenêutica em caso da inexistência de limites imanescentes, pois há situações que serão resolvidas pela própria essência do princípio, que já implica a permissão ou a proibição de algumas condutas (e neste caso não haveria que se falar em conflito externo).<sup>115</sup> O complicado nestas situações é estabelecer exatamente qual o sentido prático dos casos implicitamente resolvidos, principalmente em face do risco de ser efetuada uma interpretação que não consiga diferenciar a moral subjetiva pessoal da moral objetiva, esta sim, consagrada constitucionalmente.

Por exemplo, o jurista português José Carlos Vieira de Andrade, ao tratar das “limitações imanescentes implícitas” cita alguns exemplos de interesses que seriam obviamente vedados. Interesses estes que nem mesmo entrariam em conflito com outro princípio ou direito subjetivo. Seriam eles: a) invocar a liberdade de expressão para injuriar as pessoas; b) invocar a condição de preso político para membros de grupos

<sup>115</sup> Sobre o assunto ver: SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 96 e 101.

terroristas; c) invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos; d) invocar o direito de educar os filhos para poder espancá-los; e finalmente: e) invocar o direito de casamento para contrair matrimônio com pessoas do mesmo sexo.<sup>116</sup> Pelo que se vê, para o autor, o potencial lesivo do casamento entre pessoas do mesmo sexo assemelha-se ao reconhecimento de terroristas, à legitimação da injúria, à realização de sacrifícios humanos e ao espancamento dos filhos.

Posição com a qual não se pode concordar. A situação do casamento diferencia-se dos demais casos por uma razão ética e política. Ou ainda, a questão exigiria uma análise externa, em que seria aplicada uma ponderação entre direitos subjetivos e princípios constitucionais, como o da igualdade e o da dignidade (mesmo que fosse para chegar à conclusão de que o direito deveria ser negado). Para não se alongar sobre o assunto, remete-se às considerações juridicamente mais sensatas de Paulo Ferreira da Cunha, quando analisa o assunto a partir da decisão do Tribunal de Relação de Lisboa que resolveu a questão mediante a aplicação do princípio da razoabilidade.<sup>117</sup>

É interessante como a autonomia pode possuir sentidos distintos. As teses de defesa da predominância da autonomia individual, fundadas em uma perspectiva em geral jusnaturalista da vida, ao ignorar a base do princípio republicano, incorporam a tendência de prestigiar os meios privados como garantia dos seus interesses. Todavia, esquecem-se que “a liberdade pessoal só pode ser produto do trabalho coletivo”.<sup>118</sup> E desta forma, negando a atuação interventiva do Estado, muitas vezes propugnam por uma proteção de sua autonomia e liberdade de exercício de direitos ainda que mediante a negação da autonomia de outras pessoas. Neste contexto, são prestigiadas soluções valorizadoras de um espírito privado egoístico em detrimento de um espírito público solidarístico. E tal perspectiva é obviamente contra as dimensões típicas de um Estado social.<sup>119</sup>

Vários autores propõem que a subsidiariedade é uma idéia vinculada ao “mundo-de-vida social”, radicando-se “na referência a uma sociedade não construída pelo Estado, mas que se constitui livremente por impulso natural do homem”.<sup>120</sup> O passado

<sup>116</sup> Foram citados apenas alguns dos exemplos do autor; ainda são mencionados outros, tais como invocar a liberdade de circulação para andar pelado. Cf.: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 294.

<sup>117</sup> No acórdão exarado no processo 6284/06, julgado em 15 de fevereiro de 2007, o Tribunal entendeu que embora não sendo casamento, as uniões de pessoas do mesmo sexo também consistem em uma forma de união familiar. Cf.: CUNHA, Paulo Ferreira da. **Fundamentos da república e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 58-60.

<sup>118</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 15.

<sup>119</sup> É possível extrair da obra de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz que as principais dimensões do Estado social seriam: 1. Tomar a igualdade material como finalidade da intervenção pública, notadamente mediante a adoção de mecanismos de proteção dos grupos vulneráveis; 2. Promover uma auto-responsabilização pelo atendimento das necessidades das pessoas que dele dependem; 3. Garantir um governo democrático e participativo na tomada de decisões interventivas; 4. Atribuir à Administração Pública o protagonismo na consecução dos direitos sociais; 5. Manter um compromisso com o bem estar do povo a partir da noção de dignidade humana. Cf.: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44510>.

<sup>120</sup> MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. *Op. cit.*, p. 26.

prova o contrário e no presente não parece que o homem tenha encontrado melhor alternativa. Não é sem razão que salienta Luis Roberto Barroso: “O Estado ainda é o protagonista da história da humanidade”.<sup>121</sup>

## 5 REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. **Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1949.
- ALESSI, Renato. **Principi di Diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1966.
- AMARAL, Carlos Pacheco. Autonomia: uma aproximação na perspectiva da filosofia social e política. **Revista da Universidade dos Açores**: Ponta Delgada, 1995.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. Saraiva, 2008.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo; Max Limonad, 2003.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzler. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. In: \_\_\_\_\_; RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

---

<sup>121</sup> BARROSO, Luis Roberto **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69.

BAYÓN, Juan Carlos. Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? In: \_\_\_\_\_.; RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Moralidade Administrativa: evolução e conceito. In: BACCELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma teoria do interesse público. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1996.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte: Fórum, n° 01, abr./jun., 2003.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2009.

CASSINELLI, C. W. O interesse público na ética pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo**. Campinas: Julex, 1988.

COLM, Gerhard. O interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1996.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Soberanía y Estado Constitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 45-71, out./dez. 2015.

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.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Fundamentos da república e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DUGUIT, León. **Las transformaciones del Derecho (público y privado)**. Tradução de Adolfo G. Posada y Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta S. R. L., 2001.

DUGUIT, León. **Manual de Derecho constitucional**. Tradução de José G. Acuña. Granada: Comares, 2005.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interes público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do Interesse público sobre o Interesse particular. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980.

FREIRE, André Luiz. A crise financeira e o papel do estado: uma análise jurídica a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do serviço público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 147-162, jan./mar. 2010.

FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1996.

GABARDO, Emerson. A relação entre interesse público e direitos fundamentais. **Revista Argentina del Regimen de la Administración Pública**. Buenos Aires. n. 394, 2011.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. In: MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013.

GIANNINI, Massimo Severo. **Istituzioni di Diritto amministrativo**. 2. ed., Milano: Giuffrè, 2000.

GNASSOUNOU, Bruno. A partir de John Rawls, a querela do utilitarismo e do antiutilitarismo. Liberais, libertários e comunitaristas americanos. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Orgs.). **História argumentada da filosofia moral e política: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir. São Leopoldo: Editora Unissinos, 2004.

GOMES, Orlando. **Direito e desenvolvimento**. Salvador: Universidade da Bahia, 1961.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1961.

HACHEM, Daniel Wunder. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016.

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

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais e econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do Interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HAURIUO, Maurice. **Princípios de Derecho Público y constitucional**. Tradução de Carlos Ruiz de Castillho. Granada: Editorial Comares, 2003.

HIRSCHMAN, Albert O. **As paixões e os interesses: argumentos a favor do capitalismo antes do seu triunfo**. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Regina Bhering. Rio de Janeiro: Record, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, nº 26, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 2 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra, 2003.

MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1958.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo Alemán**. 2. ed. Tradução de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDONÇA, João Josué Walmor de. **Fundamentos da supremacia do interesse público**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

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

MOTTA, Fabrício. O paradigma da legalidade e o Direito administrativo. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

MUSGRAVE, R. A. O interesse público: eficiência na criação e manutenção do bem-estar material. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1996.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n° 220, abr./jun. 2000, p. 70.

PENNOCK, J. Roland. A unidade e a multiplicidade: uma observação sobre o conceito. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1996.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Regulação, fiscalização, sanção: fundamentos e requisitos da delegação do exercício do poder de polícia administrativa a particulares**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. A pós-modernidade e o interesse público líquido. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 133-144, abr./jun. 2013.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, ano 01, n. 4, p. 89-105, set./dez. 2000.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

RODRÍGUEZ, Jorge L. **Lógica de los sistemas jurídicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44510>.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015.

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

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O princípio da supremacia do Interesse público sobre o privado e o direito de greve de servidores públicos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de estudos constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n° 01, 2003.

SOUSA, António Francisco. **Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

WALINE, Michel. **Traité Élémentaire de droit administratif**. 6. ed., Paris: Librerie Du Recueil Sirey, 1950.

WEBER, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. Tradução de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. 4 ed., México : Fondo de Cultura Económica, 1996.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Milano: Giufrè, v. 1, 1936.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; \_\_\_\_\_. (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.



## O paradoxo do tratado constitucional europeu: entre o planejamento e a evolução da Europa comunitária\*

### *The paradox of the European constitutional treaty: between planning and the evolution of the European Community*

**GERMANO SCHWARTZ\*\***

Unilasalle (Brasil)  
germano.schwartz@globo.com

**FERNANDO MEINERO\*\*\***

Faculdade da Serra Gaúcha (Brasil)  
fernando.meinero@fsg.br

**Recebido/Received:** 15.08.2016 / August 15<sup>th</sup>, 2016

**Aprovado/Approved:** 19.07.2017 / July 19<sup>th</sup>, 2017

#### Resumo

A introdução da tentativa de um Tratado Constitucional Europeu no sistema do Direito coloca em xeque duas das mais enraizadas instituições jurídicas do Ocidente: as Constituições e os Tratados, já que ambas partem, desde o ponto de vista da doutrina tradicional, de pressupostos conceituais diferenciados. O paradoxo está ligado às condições de evolução e de planificação do sistema social global. Com isso, o presente artigo busca analisar o modo pelo qual os dois modelos de diplomas legais – amplamente utilizados na sociedade global – passaram a receber um sentido diverso em função da co-evolução citada.

#### Abstract

*The introduction of a European Constitutional Treaty into the legal system calls into question two of the most deeply rooted juridical institutions of the West: the Constitutions and the Treaties, both of which depart, from the point of view of traditional doctrine, with different conceptual presuppositions. The paradox is linked to the conditions of evolution and planning of the global social system. Thus, the present article seeks to analyze the way in which the two models of legal diplomas - widely used in the global society - began to receive a different meaning due to the aforementioned co-evolution. To do so,*

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: SCHWARTZ, Germano; MEINERO, Fernando. O paradoxo do tratado constitucional europeu: entre o planejamento e a evolução da Europa comunitária. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 131-146, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.48093.

\* Artigo resultante do projeto de pesquisa financiado pelo CNPq com o número 306131/2014-5.

\*\* Professor e Coordenador do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle (Canoas, RS, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Diretor Executivo Acadêmico do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), onde também leciona no Mestrado em Direito e Sociedade da Informação. Secretário do Research Committee on Sociology of Law da International Sociological Association (RCSL-ISA). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Nível 2) E-mail: germano.schwartz@globo.com.

\*\*\* Professor dos Cursos de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha (São Pelegrino, RS, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Universidade de Caxias do Sul. E-mail: fernando.meinero@fsg.br.

Para tanto, analisa os dois institutos a partir de um ângulo relacionado à possibilidade de planejamento e de controle da evolução de determinada sociedade, no caso específico a Comunidade Europeia, em que tanto o referendo quanto a aprovação parlamentar demonstraram-se ineficazes para a necessidade de se compreender o sentido de uma nova conformação jurídica. A metodologia utilizada está alicerçada repousa no funcionalismo estrutural de Niklas Luhmann na vertente autopoietica de sua teoria dos sistemas sociais autopoieticos. Para essa linha, o referendo é, pois, um mecanismo de auto-referência do sistema jurídico. Os resultados vertidos nas urnas europeias mostram esse paradoxo, deixando exposta a dúvida sobre a necessidade de planejamento do espaço comunitário ou a evolução a partir das suas próprias características. Este último conceito é o que explica tal fracasso, diante da complexidade das estruturas de uma sociedade transfronteiriça por excelência como a europeia.

**Palavras chave:** Europa; tratado constitucional; paradoxo; referendo; planejamento.

*it analyzes the two institutes from an angle related to the possibility of planning and controlling the evolution of a particular society, in the specific case the European Community, in which both the referendum and parliamentary approval proved its ineffectiveness for the need to understand the meaning of a new legal structure. The methodology used is based on the structural functionalism of Niklas Luhmann in the autopoietic aspect of his theory of autopoietic social systems. For this line, the referendum is, therefore, a mechanism of self-reference of the legal system. The results of the European suffrage show this paradox, leaving open the doubt about the need of planning the community space or the evolution from its own characteristics. This last concept is what explains this failure, given the complexity of the structures of a typical cross-border society such as the European one.*

**Palabras clave:** Europe; constitutional treaty; paradox; referendum; planning.

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. O Paradoxo Conceitual: Constituição-Tratado ou Tratado Constitucional?; 3. O Referendo e a Aprovação Parlamentar como Mecanismo (fracassado) de Superação do Paradoxo Conceitual; 4. Concluindo? Planejamento ou Evolução: há a necessidade de um Tratado ou de uma Constituição para a Europa?; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

A introdução da tentativa de – na falta de um nome melhor – um Tratado Constitucional Europeu no sistema do Direito coloca em xeque duas das mais enraizadas instituições jurídicas do Ocidente: as Constituições e os Tratados. Diz-se isso porque ambas partem do ponto de vista da doutrina tradicional, de pressupostos conceituais diferenciados. A reunião semântica das duas expressões é, portanto, à primeira vista, um paradoxo.

Esse paradoxo está posto na medida em que uma pergunta paira no ar: como uma Constituição pode se intitular como Tratado ou, de outro lado, como um Tratado pode ser entendido como uma Constituição? A contradição, aparentemente insolúvel, está ligada às condições de evolução e de planificação do sistema social global, uma vez que o sistema social evolui, seus subsistemas agem da mesma forma. O Direito não foge à regra.

Nesse sentido, o presente artigo busca analisar o modo pelo qual os dois modelos de diplomas legais – amplamente utilizados na sociedade global – passaram a receber um sentido diverso em função da coevolução citada. Para tanto, analisa os dois institutos

a partir de um ângulo relacionado à possibilidade de planejamento e de controle da evolução de determinada sociedade, no caso específico, a Comunidade Europeia.

Dessa forma, tanto o referendo quanto a aprovação parlamentar, demonstraram-se ineficazes para a necessidade de se compreender o sentido de uma nova conformação jurídica como é o caso da Comunidade Europeia. Trata-se de mecanismos existentes na cultura ocidental de Direito e que se propuseram a vestir o novo, dentro de uma roupagem *prêt-à-porter*.

Com base nessas premissas, resta um questionamento: esse híbrido possui uma funcionalidade no sistema jurídico? Da forma como está/foi apresentado representa uma evolução ou uma involução para o sistema do Direito e, portanto, para o sistema social? Começa-se a responder a questão pelo paradoxo.

## 2. O PARADOXO CONCEITUAL: CONSTITUIÇÃO-TRATADO OU TRATADO CONSTITUCIONAL.

Não é novidade alguma referir que, em um sentido comum, todos os povos tiveram, de uma forma ou de outra, Constituições<sup>1</sup>. A novidade do século XVIII, como bem alerta Lassalle<sup>2</sup>, é o surgimento das Constituições Escritas que, por seu turno, foram alavancadas pela denominada Teoria do Poder Constituinte.

Na concepção clássica desenvolvida por Sieyès<sup>3</sup>, surgida concomitante à Revolução Francesa, a Teoria do Poder Constituinte<sup>4</sup> defende que a Nação existe antes de todas as coisas<sup>5</sup>. Especialmente no que interessa ao propósito aqui defendido, o Poder Constituinte Originário a ninguém se encontra subjugado. É uma potência. O Estado dele decorre. É sua fundação. Dito de outro modo: as Constituições são frutos do caráter inicial dessa modalidade do poder constituinte.

Outro conceito, ainda hoje utilizado nas Leis Fundamentais<sup>6</sup>, é o de povo, que, para o já citado abade francês, pode ser entendido como o conjunto de pessoas

<sup>1</sup> Com efeito, a afirmação refere-se ao sentido de uma Lei Maior. Ela pode ser uma lei religiosa ou *la bouche de la loi*. Até mesmo o Código de Hamurabi cumpria essa função. A característica de a Constituição ser uma lei a respeito da qual todas as outras buscam sua validade é um fato histórico, posteriormente detalhada no constitucionalismo moderno, em especial na formulação da famosa pirâmide kelseniana, norte dos princípios da supremacia e da hierarquia, amplamente trabalhos e inculcados nas Constituições modernas. A respeito, veja-se KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

<sup>2</sup> LASSALLE, Ferdinand. **O Que é uma Constituição**. Campinas: Russel, 2007. p. 10-35.

<sup>3</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. Qu'est-ce que le Tiers Etat? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>4</sup> Para CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p.73, o Poder Constituinte apresenta duas facetas: a de desconstituinte e a de reconstituinte. Em um primeiro momento, desconstitui-se a ordem vigente para se reconstituir, instituindo-se uma nova, como é o exemplo da transição, no Brasil, da Constituição Militar de 1967 para a Constituição Cidadã de 1988. Os poderes previstos na nova Constituição são, pois, à evidência, constituídos pelo poder originário (constituinte).

<sup>5</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. Qu'est-ce que le Tiers Etat? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.113: "Em toda nação livre – e toda Nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças que produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria Nação. Se precisamos de Constituição devemos fazê-la. Só a Nação tem direito de fazê-la."

<sup>6</sup> Tome-se como exemplo o parágrafo único do artigo primeiro da Constituição Brasileira de 1988: "Todo o poder emana do

reunidas e submetidas e um poder (Constituinte), sendo a nação a encarnação dos interesses coletivos dos indivíduos. A soberania e o direito de permanência são, pois, dessa comunidade. Resta, todavia, o fato de que a ideia das Constituições Escritas modernas está ligada aos conceitos de nação, de povo e de soberania. Ocorre que o Tratado Constitucional Europeu, por sua natureza – como se verá adiante –, (re)questiona e (re) posiciona tais pressupostos. Dessa maneira, (re)coloca a interpretação da função das Constituições – e dos Tratados – em um novo nível de discussão. Paradoxal.

Ambas as pressuposições (Constituições Escritas e Tratados) fazem parte da estrutura operativa clássica do sistema do Direito. Evidentemente cada qual com sua lógica. Com isso, influenciam todas as operações posteriores<sup>7</sup>, tais como: decisões, jurisprudências, expectativas normativas<sup>8</sup>, entre outras. De fato, moldaram um sistema jurídico baseado na Constituição. Contudo, como já referido, em função da inserção de um novo elemento (o Tratado Constitucional), está-se diante de um paradoxo conceitual que deve ser resolvido.

Por outro lado, recorde-se que as relações internacionais se desenvolveram, desde a Paz de Westfalia celebrada em 1648, sob o princípio da igualdade soberana dos Estados, com a existência de relações de coordenação entre as potências em uma *communitas orbis*<sup>9</sup>. O Direito das Gentes – marco regulador desse equilíbrio –, embora, durante séculos, tenha tido uma consistência nomeadamente costumeira, tem nos Tratados sua principal fonte jurídica<sup>10</sup>, entendendo a Convenção de Viena de 1969 que tratado é “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja sua denominação específica”<sup>11</sup>.

Para melhor identificar a espécie normativa referida, cabe procurar suas características próprias, e para isso é essencial observar a qualidade dos seus sujeitos e a

---

povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

<sup>7</sup> O entendimento de uma teoria da Constituição influencia sobremaneira em sua efetivação. Nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 81: “...a Teoria da Constituição servirá também para <<racionalizar>> e <<controlar>> a pré-compreensão constitucional...”

<sup>8</sup> SCHWARTZ, Germano. A Autopoiese dos Direitos Fundamentais. In: MACEDO, E.H.; OHLWEILER, L.; STEINMETZ, W. (Orgs). **Direitos Fundamentais**. Canoas: Editora da Ulbra, 2007. p. 48.

<sup>9</sup> Sobre este conceito vide FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**: Nascimento e crise do Estado Nacional. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fabris, 2002. p. 5 e ss.

<sup>10</sup> O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, no seu artigo 38 inciso 1, os considera fonte principal para a resolução dos conflitos de sua competência, tomando o primeiro lugar no rol: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes”. A doutrina também assim o entende, apontando-se uma passagem do Direito Internacional Público costumeiro para um modelo codificado, sendo oportuna a constatação de Mazzuoli quando observa o aumento da *United Nations Treaty Series*, atualmente composta por centenas de volumes. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 144.

<sup>11</sup> BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14/12/09. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Acesso em 06/08/2012.

maneira pela qual esse acordo de vontades se conforma. Os Tratados são sempre celebrados entre Estados e/ou organizações internacionais e por escrito - eis uma primeira diferença com algumas Constituições. Há, todavia, diferenças mais importantes que fazem com que o paradoxo apresentado ganhe força.

A formação de um acordo de vontades bilateral ou multilateral por intermédio de um Tratado decorre de um *iter* complexo, que pode ser observado a partir de dois pontos de observação: desde o próprio Direito das Gentes, distinguindo quais os indivíduos que, diante da comunidade internacional, podem negociar em representação de um Estado ou Organização Internacional (competência negocial). E, desde o direito público interno de cada Estado soberano, definindo a legitimidade que confere a ordem constitucional para um tratado ser concluído, e, assim, obrigar ao Estado internacionalmente (*treaty making power*). Tanto em um como em outro, a capacidade para negociar e celebrar tratados encontra-se concentrada na figura do Poder Executivo. No caso de países com tradição democrática, a participação dos parlamentos estabelecida nas Constituições limita-se à aprovação (ou não) do negociado, não contando com capacidade de propor alterações no acordo. Observa-se então, que a condução das relações com outras potências soberanas e entidades análogas está concentrada em cabeça do Chefe de Estado ou de Governo, que deve mostrar-se ao mundo como uma voz unívoca dos interesses nacionais<sup>12</sup>.

Com base nisso, é possível pensar-se uma Constituição criada a partir de mecanismos de negociação que, sob os moldes do direito internacional tradicional, apoiaria sua legitimidade em potestades inerentes ao Poder Executivo? A resposta a essa pergunta não é simples, originando-se da experiência de um modelo de organização que constitui, desde seus primórdios, um verdadeiro desafio ao conceito de soberania estatal, trazendo à cena instituições com caráter supranacional, como modelo de superação das deficiências de um Estado regulador que não consegue intervir com a mesma eficácia numa economia globalizada.<sup>13</sup>

A ideia de uma reforma do sistema jurídico-institucional da União Europeia vem sendo discutida há algumas décadas. Havia necessidade de avançar no processo integracionista, mais no sentido de conformar uma união com maior conteúdo político, e não apenas um âmbito de cooperação entre Estados ou a ideia original de um mercado comum.<sup>14</sup> Em segundo lugar, existia uma necessidade de simplificar o quadro

<sup>12</sup> Para um melhor entendimento sobre o processo de conclusão de tratados internacionais de um modo geral, vide REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso Elementar. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 46 e ss.

<sup>13</sup> Para Habermas, as funções do Estado social só poderão continuar a ser preenchidas no mesmo nível de até agora se houver uma passagem de um Estado nacional para organismos que assumam de algum modo uma economia transnacionalizada. HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. Ensaios Políticos. Trad. de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 69.

<sup>14</sup> No mesmo sentido, Habermas alerta sobre a necessidade de que o projeto de unificação dos Estados da Europa não se esgote na institucionalização jurídica dos mercados, mas sim que introduza elementos de vontade política mundial, e que garanta uma domesticação das consequências sociais secundárias do trânsito comercial globalizado. HABERMAS, Jürgen **A Constelação Pós-Nacional**. Ensaios Políticos. Trad. de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 70.

normativo, de caráter extremamente complexo não apenas para o cidadão comum, mas para os atores políticos e operadores jurídicos.<sup>15</sup> Ainda, era imperioso organizar o ingresso de novos membros ao bloco, notadamente dos países do centro e do leste europeu, cujas democracias davam os primeiros passos.

Embora o Tribunal de Justiça de Luxemburgo tenha já definido os tratados constitutivos como sendo atos fundantes da Comunidade e estatutos de caráter constitucional,<sup>16</sup> o primeiro sinal concreto<sup>17</sup> sobre a vontade do bloco de contar com uma constituição europeia deu-se em 2000 no Conselho Europeu em Nice, em que se propôs a abertura de um debate sobre quatro pontos entendidos fundamentais, relacionados ao futuro do bloco: uma delimitação mais precisa das competências entre a União Europeia e os Estados membros; o caráter da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia; a simplificação dos Tratados, para clarificá-los; e o papel que deveriam ter dos Parlamentos nacionais nas Comunidades Europeias.<sup>18</sup> Essa tarefa foi assumida formalmente no Conselho de Laeken 2002, em que se formulou extensa “Declaração de Laeken sobre o Futuro da União Europeia”,<sup>19</sup> que buscava a convocação de uma Convenção<sup>20</sup> para discutir o quadro institucional, abrindo caminho para a elaboração de uma constituição escrita.

<sup>15</sup> Opperman esclarecia sobre esta realidade: “Neste sentido operado sob várias modalidades, a estrutura formal do ordenamento comunitário primário revela-se, na atualidade, um contexto inviável e, mesmo para os especialistas, uma ordem sobre a qual não se pode empreender uma análise coerente. Além de uma minoria de dispositivos básicos dos tratados constitutivos (como o artigo 6º do Tratado da União, o qual dispõe sobre os princípios das liberdades, democracia e direitos fundamentais, ou os relativos aos órgãos da comunidade que contêm regras de Direito Comunitário primário), existem centenas de regras que descem a detalhes e se revestem de cunho meramente acessório. No contexto comunitário europeu tem-se, no momento, a pior modalidade de Constituição, exatamente por conta de sua extensão e obscuridade. Por receio e insatisfação, o cidadão europeu se afasta dessa realidade de reformas”. OPPERMAN, Thomas. Do Tratado de Nice de 2001 à Convenção para a Constituição Europeia 2002/2003: Rumo a uma Ordem Constitucional na Europa? *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 10, p. 161-182, jul./dez. 2007. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-161-Thomas\\_Oppermann\\_Traducao\\_de\\_Fabricio\\_Pasquot\\_Polido.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-161-Thomas_Oppermann_Traducao_de_Fabricio_Pasquot_Polido.pdf)>. Acesso em 10 ago. 2012.

<sup>16</sup> TJCE 1991, 6079 - Parecer 1/91 sobre a Comunidade Europeia. Os tratados em vigor para essa data constituiriam uma “Constituição parcial”, considerando a limitação do campo de ação da União Europeia - ao possuir apenas uma parcela de competências normativas e de execução -, e a que subsiste dos Estados que a compõem. Nessa trilha, o problema da limitação e a influência recíproca entre constituições nacionais e normas comunitárias dotadas de hierarquia constitucional preexiste, de fato, à provável adoção de uma Constituição Europeia. Ver VENTURA, Deisy. Crítica al Proyecto de Constitución Europea (“Constitución Parcial”): La Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, v. 3, n. 1, Trad. de Fernando Meinerio. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, p. 595-613, 2003.

<sup>17</sup> No ano de 1984 o Parlamento Europeu chega a aprovar um primeiro rascunho de Constituição Europeia que embora não tenha vingado, foi um passo importante para o tratado reformador conhecido como Ato Único Europeu de 1986 e posteriormente ao Tratado de Maastricht, de 1992. “Draft Treaty Establishing the European Union” *Official Journal of the European Communities*. C 77, 14.2.1984, p. 33. CERDÓN, Antonio Bar. El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrigue Furió Ceriol*, Valencia, n. 60-61, p. 183-220. Disponível em <[http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=3163790&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3163790&orden=0)>. Acesso em 16 ago. 2012. p. 185.

<sup>18</sup> **JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS**. Portugal, C 80, 10 mar. 2001. p. 85. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2001:080:TOC>>.

<sup>19</sup> CONSELHO EUROPEU. **Conclusões da Presidência**. Laeken 14 e 15 de Dezembro de 2001. SN 4911/01 Disponível em: <<http://european-convention.eu.int/pdf/lnknt.pdf>>. Acesso em 16/08/2012.

<sup>20</sup> Diferentemente das conferências intergovernamentais, realizadas normalmente a portas fechadas, a Convenção procurou ser mais transparente e democrática. Foi composta por um total de 105 membros. Desses, 66 representantes tinham direito de voto absoluto (núcleo da Convenção) e outros 39 oriundos de Estados candidatos, que participariam dos debates, porém sem direito a voto definitivo. A representação dos Estados Membros se faria por 15 representantes os Chefes de Estado ou de Governo (1 por Estado-Membro), 30 membros dos parlamentos nacionais (2 por Estado-Membro), 16 membros do Parlamento

O resultado dessa Convenção foi a formulação de um borrador completo de um texto constitucional que, sendo submetido à Conferência Intergovernamental que lhe seguiu (2003-2004), derivou no Tratado Constitucional Europeu, formalmente designado como “Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa”, assinado em Roma, em 29 de outubro de 2004.<sup>21</sup>

Sobre os propósitos da Convenção, no que respeita às competências da União Europeia e dos Estados Membros,<sup>22</sup> o texto não apresentou grandes novidades para essa questão, pois, embora admitisse a personalidade jurídica da União Europeia, declarando-a sujeito de direito, não lhe atribuía competências próprias. Sobre o reparto das competências com os Estados, limitou-se a classificar competências já consagradas nos tratados constitutivos, e que a própria dinâmica institucional e a atividade pretoriana do Tribunal de Luxemburgo desenvolveram ao longo dos anos.<sup>23</sup>

O que constituía novidade – não necessariamente positiva – seria o relacionado ao processo legislativo e ao papel dos parlamentos nacionais, bem como certos aspectos institucionais. Clarificavam-se as espécies de normativas europeias, ao passo que se dava aos parlamentos nacionais um mecanismo de “alerta precoce”, pelo qual poderiam, via Tribunal de Justiça, advertir sobre possíveis incompatibilidades com o princípio da subsidiariedade consagrado em Maastricht.<sup>24</sup> Em nível institucional, promoviam-se reformas pouco felizes no que respeitava à composição da Comissão Europeia, criando categorias de comissários com e sem direito a voto.<sup>25</sup>

Por último, cabe mencionar a incorporação da Carta de Direitos Fundamentais ao texto da Constituição, sendo expressão do consenso europeu sobre valores

---

Europeu e dois representantes da Comissão. Foram convidados, na qualidade de observadores: três representantes do Comité Económico e Social, juntamente com três representantes dos parceiros sociais europeus; em nome do Comité das Regiões, seis representantes (a designar pelo Comité das Regiões, entre as regiões, as cidades e as regiões com competência legislativa). A presidência da Convenção foi assumida pelo Ex-Presidente francês Valéry Giscard d'Estaing.

<sup>21</sup> O texto do projeto está disponível em <http://european-convention.eu.int/docs/treaty/cv00850.pt03.pdf>. Acesso em 10/08/2012

<sup>22</sup> Tenha-se em conta que se o Tratado de Maastricht de 1992 representou um avanço em matéria de integração, criou uma estrutura anômala. Dois pilares funcionariam sobre a base da intergovernabilidade (a Política Externa de Segurança Comum e a Cooperação Policial e Judicial em Matéria Penal) associadas ao primeiro pilar (Comunidade Europeia) com uma estrutura que combina técnicas intergovernamentais e supranacionais. Isso somado ao fato da União Europeia não ter, do ponto de vista formal, personalidade jurídica internacional. VENTURA, Deisy. Crítica al Proyecto de Constitución Europea (“Constitución Parcial”): La Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 595-613, 2003. p. 601. Isso se observa claramente na participação do bloco na OMC, em que a cadeira é reservada à Comunidade Europeia, e não à União.

<sup>23</sup> Desse modo, criava-se um mecanismo que obstaculizaria o processo decisório da União. VENTURA, Deisy. Crítica al Proyecto de Constitución Europea (“Constitución Parcial”): La Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 595-613, 2003. p. 604.

<sup>24</sup> VENTURA, Deisy. Crítica al Proyecto de Constitución Europea (“Constitución Parcial”): La Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 595-613, 2003. p. 605

<sup>25</sup> VENTURA, Deisy. Crítica al Proyecto de Constitución Europea (“Constitución Parcial”): La Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 595-613, 2003.

fundamentais, consubstanciados num rol de preceitos abrangentes que integram a mesma posição ocupada por outros documentos básicos sobre direitos fundamentais.

Em um cristalino exemplo de que a inovação se consegue mediante repetição ou de que o futuro se baseia, no presente, pelas experiências do passado<sup>26</sup>, a tentativa foi o uso de um mecanismo tradicional tanto para as Constituições quanto para os Tratados: o referendo e a aprovação parlamentar. Contudo, sua planejada aplicação constitui-se em uma evolução ou um indesejado mais do mesmo? A resposta dos povos europeus foi, no mínimo, duvidosa a respeito de sua adoção. E o resultado foi uma rejeição nas urnas em dois atores fundamentais da construção da Europa comunitária.

O fracasso do projeto de Constituição representou um freio importante ao movimento iniciado na década anterior, passando-se a um período de reflexão acerca do rumo que deveria ser tomado.<sup>27</sup> Embora houvesse esforços para insistir na ratificação, no Conselho Europeu de 2006, deixou-se claro que o avanço se daria em um nível mais pragmático, tentando aproveitar o conteúdo dos tratados precedentes.<sup>28</sup> Nesse sentido, a presidência alemã do Conselho Europeu iniciou o trabalho de substituição do “método constitucional” pelo tradicional método de reforma dos tratados,<sup>29</sup> e convocou uma Conferência Intergovernamental a quem deu um mandato concreto: discutir o rascunho de um tratado de reforma (“Tratado Reformador”), que depois deveria no Tratado de Lisboa. Nele se abandona qualquer referência à Constituição.<sup>30</sup> Como

<sup>26</sup> Essa é a característica normativa que Luhmann denomina de programação contrafática. O Direito procura controlar o futuro. No entanto, como o presente é cego e o único dado posto para a decisão é o passado, não raro, ao invés de se dirigir ao que virá, as normas restam presas ao que passou, ocasionando o que François Ost denomina de falta de reinstitucionalização temporal, uma das funções essenciais do Direito na sociedade moderna. Para um maior aprofundamento do controle do tempo pelo Direito, consulte-se ROCHA, Leonel Severo Rocha. *As Três Matrizes do Pensamento Jurídico*. In: \_\_\_\_; CLAM, J.; SCHWARTZ, G (Orgs.). **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Sobre o compasso temporal e a necessidade de o Direito reinstitucionalizar tempo mediante a memória, o perdão, a promessa e o questionamento, obrigatória é a leitura de OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999.

<sup>27</sup> CONSELHO EUROPEU. Declaração dos Chefes de Estado e de Governo dos Estados-Membros da União Europeia Sobre a Ratificação do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. 16-17 de Junho de 2005. Disponível em [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/pt/ec/85333.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/pt/ec/85333.pdf). Acesso em 20/08/2012.

<sup>28</sup> “Por um lado, haverá que utilizar da melhor forma as possibilidades oferecidas pelos Tratados existentes, a fim de obter os resultados concretos que os cidadãos esperam. Por outro, no primeiro semestre de 2007, a Presidência apresentará ao Conselho Europeu um relatório baseado em consultas alargadas junto dos Estados-Membros. Esse relatório deverá incluir uma avaliação dos debates sobre o Tratado Constitucional e explorar possíveis desenvolvimentos futuros.” CONSELHO EUROPEU. *Conclusões da Presidência*. 15/16 de junho de 2006 - Disponível em [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/pt/ec/90127.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/pt/ec/90127.pdf). Acesso em 20/08/2012.

<sup>29</sup> CERDÓN, Antonio Bar. *El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea. Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, n. 60-61, p. 183-220. Disponível em <[http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=3163790&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3163790&orden=0)>. Acesso em 16 ago. 2012. p. 190.

<sup>30</sup> Pode-se ler que o mandato foi explícito: “É posto de parte o conceito constitucional, que consistia em revogar todos os Tratados em vigor, substituindo-os por um texto único denominado “Constituição”. Ainda, para eliminar qualquer referência à possibilidade de uma ordem supraestatal: “O TUE e o Tratado sobre o Funcionamento da União não terão carácter constitucional. Esta mudança reflectir-se-á na terminologia utilizada em todos os textos dos Tratados: não será usado o termo “Constituição”, o “Ministro dos Negócios Estrangeiros da União” será designado Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, serão abandonadas as denominações “lei” e “lei-quadro”, e manter-se-ão as actuais denominações “regulamentos”, “directivas” e “decisões”. De igual modo, nenhum artigo dos Tratados alterados fará alusão aos símbolos da UE, como a bandeira, o hino e o lema. No tocante ao primado do direito da UE, a CIG aprovará uma declaração remetendo para a actual jurisprudência do Tribunal de Justiça da EU. CONSELHO EUROPEU. *Conclusões da Presidência – Bruxelas, 21/22 de Junho de 2007* Disponível em: [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/pt/ec/94941.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/pt/ec/94941.pdf). Acesso em 20/08/2012.

sustenta Cerdón, a partir de então, os Tratados farã referência à Constituição Europeia como “as novidades resultantes da Conferencia Intergovernamental de 2004”, voltando o vocábulo “Constituição” a ser um tabu como o tinha sido durante muito tempo atrás, até os anos noventa do século XX.<sup>31</sup>

Algum tempo depois, o Tratado de Lisboa seria oficialmente assinado pelos 27 Chefes de Estado e de Governo europeus em 13/12/2007 e entraria em vigor em 01/12/2009, após ter sido ratificado por todos os Estados-Membros, não sem alguns percalços. Ele reformou o Tratado da União Europeia, que conserva seu nome, e o Tratado da Comunidade Europeia, que passa a denominar-se “Tratado de Funcionamento da União Europeia”. Na essência, abandona-se o sentido político e simbólico da ideia Constituição, mas recolhe-se materialmente o grosso do conteúdo normativo do projeto iniciado em 2002.<sup>32</sup>

### 3. O REFERENDO E A APROVAÇÃO PARLAMENTAR COMO MECANISMOS (FRACASSADOS) DE SUPERAÇÃO DO PARADOXO CONCEITUAL.

De acordo com as questões conceituais, não se torna difícil afirmar que Tratado e Constituição estarem unidos tanto semântica quanto funcionalmente seja um paradoxo<sup>33</sup>. A questão, portanto, passa a ser como geri-lo. Verificar se é possível sua continuidade reprodutiva dentro do sistema jurídico ou de subsistência, na linha de Marcelo Neves e sua alopoiese<sup>34</sup>, provoca um indesejável bloqueio autopoiético.

De fato, Luhmann<sup>35</sup> refere que os paradoxos, mesmo no Direito, são condições de operação do sistema. São inevitáveis. Por intermédio do exemplo dos doze camelos<sup>36</sup>, constata-se a existência de pontos cegos no Direito. Para atingi-los, é

<sup>31</sup> CERDÓN, Antonio Bar. El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea. **Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, Valencia, n. 60-61, p. 183-220. Disponível em <[http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=3163790&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3163790&orden=0)>. Acesso em 16 ago. 2012. p. 192-193.

<sup>32</sup> A virada que representou o Tratado de Lisboa respeito da Constituição Europeia plantou dúvidas sobre como o caminho que a Europa estaria adotando. Trinfaria, desse modo, uma visão muito mais pragmática e estratégica da Europa? Uma ideia da União Europeia como uma matéria de política externa a ser negociada, dominada por representantes do Executivo e diplomatas? Seria o começo do fim de um longo, lento, caminho na tentativa de politizar, democratizar e até constitucionalizar o processo de integração que teve seu ápice no Tratado de Maastrich? Ou apenas reflete uma pedra no caminho de uma gradual mas inevitável democratização do bloco, como uma reação ao choque do referendo de 2005, mas que não é o suficiente para mudar o rumo assumido. BÜRCA, Gráinne de. Reflections on the EU's Path from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty. **Fordham Law Research Paper**, New York, jun. 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1124586>>. Acesso em 25 ago. 2012.

<sup>33</sup> A ideia de paradoxo no Direito se aproxima mais da concepção de aporia ao conceito de paradoxo *strict sensu*: “To be sure, ‘legal paradoxes’ are not paradoxes in the strict sense: they are neither logical Paradoxes, such as ‘Russell’s Paradox’, nor are they semantic paradoxes, such as the ‘Liar Paradox’. They do not really create a logical impasse. Legal paradoxes are not even epistemic paradoxes, like the ‘Knowability Paradoxes’ or the ‘Surprise Examination Paradox’. Instead, they are really apories, riddles or perplexities.” KEDAR, Nir. The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes. In: PEREZ, Oren; TEUBNER; Gunther (Eds.). **Paradoxes and Inconsistencies in the Law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005. p. 103.

<sup>34</sup> NEVES, Marcelo. De la Autopoiésis a la Alopoiésis del Derecho. **Doxa**, Alicante, n. 19, p. 403-420, 1996. p. 412.

<sup>35</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. México: Herder M.X., 2007. p. 326.

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD,

necessário que se atente para os dois lados, de tal forma que se perceba que ambos formam uma unidade distintiva, o que se perde na ideia de Tratado Constitucional ou de Constituição-Tratado.

O décimo-segundo camelo é necessário para a divisão correta do problema de herança apontado. Ao mesmo tempo, como se defluiu de sua resolução, não era necessário, uma vez que a quantidade de animais restante permanece a mesma daquela do início do problema. Dito de outra forma: ao mesmo tempo em que não era necessária sua presença física, sua função é essencial.

Nesse sentido, tem-se que a Constituição existe justamente porque se diferencia do Tratado (e vice-versa), sendo este seu contraponto. Atuam, também, em clara rede comunicacional, pois a validade do Tratado depende de sua absorção pelo código constitucional (Constitucional/Inconstitucional). Esse mecanismo seletivo é adotado, por exemplo, no Brasil<sup>37</sup>.

No momento em que Constituição e Tratado, até mesmo em termos conceituais, têm a mesma função perante a sociedade, na qual se insere (Europa Comunitária), um dos polos de diferenciação funcional entre eles se perde. Com isso, ou a Constituição perde sentido ou o Tratado passa a desempenhar uma nova função. Porém, a assunção de uma função por dois elementos causa acréscimo de complexidade por anulação mútua, gerando aumento de incerteza e de indeterminação.

Por outro lado, no plano do desempenho simbólico<sup>38</sup> tanto de uma Constituição quanto de um Tratado, cumpre referir que a diferenciação funcional, anulada pelo Tratado Constitucional Europeu, desempenha um papel essencial no sistema social: delimitar as especificidades de cada operação dentro do sistema jurídico. As decisões baseadas nos códigos de cada instituto perdem sua capacidade de antecipar problemas futuros por evidente ausência de redução de complexidade. Quando dois passam a ser um – e com a mesma função – crescem-se possibilidades decisórias. Logo, há mais complexidade, algo facilmente notável pela estrutura do bloco europeu. Pense-se que na união das três Comunidades Europeias (Comunidade Econômica Europeia – CEE, Comunidade Europeia de Energia Atômica – EURATOM e a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA), baseadas em três tratados diferentes, ao que depois se somou o Tratado da União Europeia (Maastricht, 1992), com novos âmbitos de cooperação e repartição de competências. Isso fez com que o ordenamento da União Europeia se tornasse algo extremamente complexo, extenso e difícil de compreender.<sup>39</sup>

---

André-Jean; LOPES JR., Dalmir Lopes (Orgs.). **Niklas Luhmann**: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2004.

<sup>37</sup> O referendo vem previsto na Constituição Federal da República do Brasil em seu art. 14, II, dentro do capítulo dos direitos políticos e inserido como corolário da soberania popular.

<sup>38</sup> Cf. PRIBÁN, Jirí. The Time of the Constitution-Making. On the Differentiation of the Legal, Political and Moral Systems and Temporality of Constitutional Symbolism. **Ratio Juris**, Colombia, vol. 19, n. 4, p. 456-478, dec. 2006.

<sup>39</sup> CERDÓN, Antonio Bar. El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea. **Cuadernos constitucionales de**

Na linha luhmanniana, o referendo é, pois, um mecanismo de autorreferência do sistema jurídico. Trata-se de uma operação interna que procura decidir a respeito de uma decisão anterior, tornando-a parte da reflexividade do sistema do Direito. Essa seletividade é necessária para que a estrutura operativa da autopoiese do sistema jurídico reste preservada perante as influências comunicacionais advindas do seu entorno.

Para a superação do paradoxo demonstrado, uma das saídas elaboradas pela União Europeia foi uma operação que já faz parte do Direito: o referendo. Resta saber, todavia, se ele alcançou seus objetivos (poucos países o utilizaram), já que mesmo diante de uma nova moldura estatal, a Europa buscou em velhos conceitos<sup>40</sup> (soberania popular) a resposta para a consecução de uma nova realidade (autopoiese).

Enquanto a maioria dos países se limitou a dar andamento à aprovação parlamentar prevista nas suas constituições, um grupo de 9 (nove) países<sup>41</sup> optaram por incluir a realização de referendos, embora não obrigados pelos textos constitucionais.<sup>42</sup> Tal medida deixou em evidência uma transferência de responsabilidade<sup>43</sup>. E o resultado foi o reflexo de quão distante estava aquele projeto do cidadão comum: apatia, no caso da Espanha, e uma contundente rejeição, na França e nos Países Baixos. Os resultados obtidos nesses dois últimos tiveram a contundência suficiente para promover o abandono das consultas no restante dos países.

Em análise dos resultados do referendo na Espanha, embora se tenha informado uma "*Victoria aplastante del 'sí'*", computando-se 76,7% de votos em favor da Constituição, cabe resaltar que apenas 42,32% do eleitorado participou dele<sup>44</sup>. As enquetes solicitadas pela Comissão Europeia apresentam como a principal justificativa (30%) de abstenção a falta de informação recebida por parte dos cidadãos sobre o que representaria o projeto. Isso se soma aos que disseram não votar por falta de debates suficientes ou por que, a campanha foi iniciada tardiamente (10%). Tenha-se em conta que, desde

---

**la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, Valencia, n. 60-61, p. 183-220. Disponível em <[http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=3163790&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3163790&orden=0)>. Acesso em 16 ago. 2012. p. 185.

<sup>40</sup> O uso da aprovação parlamentar pelos países que não usaram o referendo apenas reforça o argumento. Trata-se de uma operação já existente no sistema jurídico dos países do bloco. Assim o prevê, dentre outras, a Constituição alemã (art. 59), a austríaca (art. 50), a belga (art. 167 § 2), a italiana (art. 80) e a grega (art. 36 § 2).

<sup>41</sup> Os referendos foram celebrados na Espanha, Países Baixos, Polónia, Reino Unido, Dinamarca, França, Irlanda, Luxemburgo e a República Checa.

<sup>42</sup> Na página dedicada ao Referendo 2005, o Governo Espanhol informa que "*Si bien en España la ratificación formal del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, se hará, en su momento, siguiendo lo dispuesto en los artículos 93 a 96 de la Constitución Española, el Gobierno ha considerado que la importancia de la futura Constitución Europea hace aconsejable despejar, con carácter previo a dicha ratificación, cualquier duda respecto al respaldo de los ciudadanos a su contenido, mediante el recurso de su participación directa a través de un referéndum consultivo.*" Disponível em [http://elecciones.mir.es/eleccanteriores/referendum2005/marco6\\_inicio.htm](http://elecciones.mir.es/eleccanteriores/referendum2005/marco6_inicio.htm). Acesso em 19/08/2012

<sup>43</sup> CERDÓN, Antonio Bar. El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea. **Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, Valencia, n. 60-61, p. 183-220. Disponível em <[http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=3163790&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3163790&orden=0)>. Acesso em 16 ago. 2012. p. 188.

<sup>44</sup> EL PAÍS. "**Victoria aplastante del 'sí' en el referéndum del Tratado Europeo**". Disponível em: <[http://especiales.prisacom.com/2005/constitucion\\_europea/index.html](http://especiales.prisacom.com/2005/constitucion_europea/index.html)>. Acesso em 20/08/2012>.

a assinatura do Tratado de Roma à celebração do referendo, passaram-se apenas quatro meses.<sup>45</sup>

Na França, embora a convocação às urnas tenha obtido a mais alta participação (69,3%), em níveis comparáveis à votação para a ratificação do Tratado de Maastricht de 1992, o projeto não teve a mesma sorte. A Constituição teve uma rejeição de 54,68%. Diferentemente do caso holandês, os motivos que levaram os franceses a negar o apoio deveram-se mais a razões de caráter interno do que as propriamente relacionadas com o âmbito comunitário: as duas principais causas apontadas estão relacionadas a enxergar a Constituição como uma ameaça ao emprego na França (31%) e a uma frágil situação econômica (26%).<sup>46</sup>

No caso dos Países Baixos, o referendo celebrado em Primeiro de junho de 2005 resultou numa rejeição da Constituição Europeia com 61,6% dos votos. Apesar de que uma maioria entenda que houve pouca informação, o resultado deve observar-se além desse fator. Nas pesquisas, grande parte dos holandeses manifestou a sua preocupação com a perda de soberania do seu país que a Constituição representaria (24%), e ainda entendeu excessiva carga fiscal que pesa sobre os contribuintes para sustentar a Europa (13%). A renegociação do Tratado entendeu-se como necessária, em prol de uma melhor defesa dos interesses neerlandeses.<sup>47</sup>

No restante da Europa, o processo de ratificação continuou até o ano de 2006,<sup>48</sup> embora se soubesse que a França e os Países Baixos não assumiriam o risco de tentar reverter a opinião do seu eleitorado. Assim, a Constituição Europeia “caiu ferida de morte”.

O resultado da consulta feita aos comunitários a respeito da adoção do Tratado Constitucional Europeu no espaço da União repousa em um espaço dúbio. Trata-se de evolução ou involução. É necessário que o espaço comunitário europeu seja planejado ou é melhor que evolua a partir de suas próprias características?

#### 4. CONCLUINDO: PLANEJAMENTO OU EVOLUÇÃO? HÁ A NECESSIDADE DE UM TRATADO OU DE UMA CONSTITUIÇÃO PARA A EUROPA?

<sup>45</sup> O relatório aponta dados interessantes sobre a relação entre faixa etária e participação. Enquanto apenas 27% dos jovens de 18 a 24 anos decidiu ir às urnas, os maiores de 55 tiveram uma participação de 59%. Isso poderia ser o reflexo entre as diferentes culturas políticas das diferentes gerações. Para a população que sofreu quase quarenta anos de ditadura, as instituições europeias são vistas como uma peça-chave na consolidação da democracia e no desenvolvimento econômico do país. Ainda, a relação participação por idade não apresentou diferenças significativas no que diz respeito às Eleições Europeias de 2004. COMISIÓN EUROPEA. **Flash Eurobarómetro**. La Constitución Europea: encuesta post-referéndum em España. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl\\_168\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_168_es.pdf)>. Acesso em 20/08/2012.

<sup>46</sup> EUROPEAN COMMISSION. **Flash Eurobarometer**. The European Constitution: Post-referendum survey in France. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl171\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl171_en.pdf)>. Acesso em 20/08/2012

<sup>47</sup> EUROPEAN COMMISSION. **Flash Eurobarometer**. The European Constitution: post-referendum survey in The Netherlands Disponível em: <[http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl172\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl172_en.pdf)>. Acesso em 20/08/2012. Nos Países Baixos apresentou-se um alto nível de participação (62,8%), bastante maior do que a das últimas eleições europeias nesse país (39,3%).

<sup>48</sup> O último país a fazê-lo foi a Finlândia, em 12 de maio de 2006, um ano depois do “não” francês.

A concepção de planejamento de determinada sociedade constitui uma impossibilidade caso se parta de uma idéia relativamente comum e bastante propagada<sup>49</sup> - o mundo atual se apresenta como transgressor no que tange às (modernas) noções de fronteira. Esse é o evidente caso da União Europeia. De fato, tais noções existem somente em termos simbólicos<sup>50</sup> como uma lembrança de um passado que pretende se perpetuar no futuro. Ost<sup>51</sup>, a respeito, descreve esse saudosismo como a nostalgia da eternidade, ou seja, aquela saudade desavisada de manter-se perenemente ativa no futuro.

Nenhuma sociedade pode ser planejada<sup>52</sup>; logo, nenhum “Tratado Constitucional” terá essa propriedade. O primeiro obstáculo ao planejamento<sup>53</sup> da sociedade está no plano da observação. Luhmann<sup>54</sup> refere que a maioria das análises a respeito relata a existência de hierarquia. É o que se pretende com a tentativa de um instituto tal como esse ora analisado.

Contudo, hierarquia, em termos autopoieticos, é apenas uma etapa da autorreferencialidade dos subsistemas. Ela é transitória. Não é etapa final e, muito menos, inatacável, pois, em caso contrário, estar-se-ia negando a diferenciação dos subsistemas que compõe a União Europeia. Por isso, é extremamente irreal imaginar a existência da hierarquia em uma sociedade com diferenciação funcional tão acentuada quanto a Europa.

De outro lado, no nível da descrição, o planejamento de uma sociedade é um ato pleno de indeterminação. Diz-se isso porque qualquer descrição de uma determinada sociedade deve ser feita a partir da idéia de que ela se insere como elemento de uma sociedade global. Por isso, coexiste com outras sociedades, sendo, ao mesmo tempo, uma e diferenciada. Influencia e é influenciada pelas demais. Nenhuma sociedade e nenhum Direito (Comunitário) podem ser descritos sem essa complexidade. Torna-se, portanto, uma tarefa hercúlea planejar uma sociedade no nível descritivo. Um Tratado Constitucional com tal objetivo, local em que se inserem, por exemplo, os direitos fundamentais, corre o risco de atuar no plano mítico e não no plano real.

<sup>49</sup> Para um maior aprofundamento sobre o tema, relacionando-o com o Direito, consulte-se, em especial, o capítulo I (O Fim de uma Ordem) de ARNAUD, André-Jean. **Governar sem Fronteiras**. Entre Globalização e Pós-Globalização. Crítica da Razão Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>50</sup> “The boundaries of its subsystems can no longer be integrated by common territorial frontiers” LUHMANN, Niklas. *The World Society as a Social System*. In: LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York/Oxford: Columbia University Press, 1990. p. 178.

<sup>51</sup> OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999. p. 27-28.

<sup>52</sup> LUHMANN, Niklas. *The World Society as a Social System*. In: LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York/Oxford: Columbia University Press, 1990. p. 179.

<sup>53</sup> Não se nega que, para pequenas atividades, sem maior complexidade, como, por exemplo, o estabelecimento de um concurso de ingresso para cargos públicos, o planejamento seja uma possibilidade. Contudo, deve-se entender que esse é um ato de menor complexidade. Sem dúvida, influencia a sociedade. Mas não significa que toda a sociedade avance em função de planejamento.

<sup>54</sup> LUHMANN, Niklas. *The World Society as a Social System*. In: LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York/Oxford: Columbia University Press, 1990. p. 179.

Nesse caso, se os direitos fundamentais dos comunitários forem pensados dentro de concepções que não desvelam seu paradoxo originário, como efetivá-los em uma sociedade que se move e se comunica em um padrão transfronteiriço por excelência? Essa é a impossibilidade do *dirigismo constitucional*<sup>55</sup> do *Tratado* e de sua hipótese de planejamento social.

A hipótese defendida é a de que o complexo arcabouço de normativas do Direito Comunitário deve ser pensado a partir da noção de evolução. A complexidade deve ser analisada com pressupostos *idem*. Nesse sentido, para Luhmann<sup>56</sup>, a evolução pressupõe reprodução autorreferencial. Ela modifica as condições estruturais da reprodução por mecanismos de diferenciação por intermédio da variação, seleção e estabilização.

Com isso, significa que, ao contrário do planejamento, a evolução não possui uma meta. É possível conseguir um objetivo, mas não será seu objetivo fundamental. Os mecanismos seletivos próprios de cada sistema (códigos) procuram estabilizar, sob suas próprias condições, as influências externas, remetendo-as a uma variação que pode ou não ser induzida. O planejamento, portanto, influencia a evolução. Contudo, não é sua causa principal. Daí a razão do rechaço dos comunitários e da desnecessidade funcional de um Tratado Constitucional.

## 5. REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem Fronteiras**. Entre Globalização e Pós-Globalização. Crítica da Razão Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BÚRCA, Gráinne de. Reflections on the EU's Path from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty. **Fordham Law Research Paper**, New York, jun. 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1124586>>. Acesso em 25 ago. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002

<sup>55</sup> A famosa tese do dirigismo constitucional - tão defendida em solo brasileiro - foi renegada por seu autor. Uma das razões é o problema da reinvenção do território, cujo grande exemplo pode ser verificado no espaço europeu comunitário: "A constituição dirigente era fundamentalmente a constituição do estado. Sobranceira na sua posição, dá-se mal com a perda do *território* e de *funções soberanas*. A supranacionalização e internacionalização do direito com as liberdades globalitárias - liberdade de pessoas, liberdade de mercadorias, liberdade de serviços, liberdade de capitais - esvaziam o estado e a sua constituição (NATO, EU, MERCOSUL, NAFTA, ONU, Uruguai-Round, Schengen, informação - CNN)." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "*Brançosos*" e *Interconstitucionalidade*. *Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 219.

<sup>56</sup> LUHMANN, Niklas. The World Society as a Social System. In: LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York/Oxford: Columbia University Press, 1990. p. 180.

CERDÓN, Antonio Bar. El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea. **Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, Valencia, n. 60-61, p. 183-220. Disponível em <[http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=3163790&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3163790&orden=0)>. Acesso em 16 ago. 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno: Nascimento e crise do Estado Nacional**. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen **A Constelação Pós-Nacional**. Ensaios Políticos. Trad. de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

KEDAR, Nir. The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (Eds.). **Paradoxes and Inconsistencies in the Law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LASSALE, Ferdinand. **O Que é uma Constituição**. Campinas: Russel, 2007.

LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir Lopes (Orgs.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. México: Herder M.X., 2007.

LUHMANN, Niklas. The World Society as a Social System. In: LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York/Oxford: Columbia University Press, 1990.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. De la Autopoiesis a la Alopoiesis del Derecho. **Doxa**, Alicante, n. 19, p. 403-420, 1996.

OPPERMAN, Thomas. Do Tratado de Nice de 2001 à Convenção para a Constituição Europeia 2002/2003: Rumo a uma Ordem Constitucional na Europa? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 10, p. 161-182, jul./dez. 2007. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-161-Thomas\\_Oppermann\\_Traducao\\_de\\_Fabricio\\_Pasquot\\_Polido.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-161-Thomas_Oppermann_Traducao_de_Fabricio_Pasquot_Polido.pdf)>. Acesso em 10 ago. 2012.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999.

PRIBÁN, Jirí. The Time of the Constitution-Making. On the Differentiation of the Legal, Political and Moral Systems and Temporality of Constitutional Symbolism. **Ratio Juris**, Colombia, vol. 19, n. 4, p. 456-478, dec. 2006.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso Elementar. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, Leonel Severo Rocha. As Três Matrizes do Pensamento Jurídico. In:\_\_\_; CLAM. J.; SCHWARTZ, G (Orgs.). **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARTZ, Germano. A Autopoiese dos Direitos Fundamentais. In: MACEDO, E.H.; OHLWEILER, L; STEINMETZ, W. (Orgs). **Direitos Fundamentais**. Canoas: Editora da Ulbra, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. Qu'est-ce que le Tiers Etat? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

VENTURA, Deisy. Crítica al Proyecto de Constitución Europea ("Constitución Parcial"): La Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 595-613, 2003.



## Jurisdição constitucional e política

### *Constitutional jurisdiction and politics*

**EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR\***

Universidade Federal de Pernambuco (Brasil)  
edilsonnobre@trf5.jus.br

**Recebido/Received:** 12.01.2017 / January 12 th, 2017

**Aprovado/Approved:** 18.07.2017 / July 18<sup>th</sup>, 2017

#### Resumo

Guardiã do respeito à constituição, a jurisdição constitucional nas suas decisões forçosamente incursiona no campo da política. Diante disso, este artigo visa examinar os limites e possibilidades da atuação dos tribunais e cortes no controle dos atos do Legislativo e do Executivo e no estabelecimento de diretrizes para a sociedade. O texto, à medida do possível, nos remete à nossa realidade.

**Palavras-chaves:** Constituição; jurisdição constitucional; política; controle de constitucionalidade; judicialização da política.

#### Abstract

*Guardian of the Constitution, the constitutional jurisdiction in its decisions necessarily enters in the political environment. In view of this, this article aims to examine the limits and possibilities of the role of the constitutional courts in controlling the acts of the Legislative and Executive powers and in establishing guidelines for society. The text, as far as possible, refers us to our reality.*

**Keywords:** Constitution; constitutional jurisdiction; politics; judicial review; judicialization of politics.

## SUMÁRIO

**1.** Constitucionalismo e poder; **2.** A imanência da função política; **3.** Algumas cautelas; **4.** Palavras finais; **5.** Referências.

Como citar esse artigo/How to cite this article: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Jurisdição constitucional e política. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 147-162, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.50156.

\*Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (Recife-PE, Brasil). Doutor e Mestre em Direito Público pela UFPR. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Segundo ocupante da Cadeira Dezesseis da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte. E-mail: edilsonnobre@trf5.jus.br.

*“O Tribunal de Apelação de Nova York é um grande tribunal de common law: os problemas que resolve são problemas jurídicos. O TS, ao invés, ocupa-se principalmente da interpretação das leis – tarefa que é difícil apreciar como interessante – e da política”*

(Benjamin Cardozo, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos).

## 1. CONSTITUCIONALISMO E PODER

Implacável por natureza, o correr do tempo produziu muitos acontecimentos que repercutiram no cotidiano da humanidade. Um deles, ao qual se costumou designar por constitucionalismo, teve a sua representação com os movimentos sociais, políticos e, igualmente, jurídicos, surgidos entre os instantes finais dos séculos XVII e XVIII, voltadas à institucionalização de princípios aptos para condicionar e limitar o exercício do poder político em favor da garantia de uma esfera de posições jurídicas em favor dos cidadãos. Consistiu, por assim dizer, numa expressão de um princípio fundamental para o fenômeno político, qual seja o da legitimação do poder.

O seu surgimento serviu de contraponto para o fortalecimento e consolidação do poder monárquico que, respaldado no conceito de soberania, alterara sensivelmente a relação entre o direito e a política, reduzindo aquele a um instrumento para fins de dominação política.

Daí porque o descontentamento com a disposição política da monarquia sobre o direito, as revoluções liberais se direcionaram para defesa da liberdade e da igualdade dos seus membros como pressuposto para o funcionamento da sociedade.

Se, no plano europeu, com a insurgência dos franceses, o primeiro e grande passo consistiu na sacralização da lei como mecanismo apontado como infalível para equilibrar a relação entre o poder e os súditos, no exemplo norte-americano a limitação da política, a qual deveria ser alcançada pelo método jurídico, reclamava a positivação de um direito superior ao estabelecido pelas legislaturas (*High Law*). Este passou a ser conhecido como constituição, à qual competiria estatuir os princípios e valores destinados a servir de diretriz à organização do Estado e da sociedade.<sup>1</sup>

Sendo assim, se os segmentos estatais, vale dizer, o Legislativo e o Executivo, ainda continuariam a conservar parcela da competência para formular as regras jurídicas, tal não mais poderia ser comparada à dos monarcas, pois, a partir de então, passariam a se encontrar limitados por um diploma sobranceiro e fundamental.

Se não foi possível durante o século XIX, a derrocada dos regimes totalitários, inicialmente os tidos de direita, com o término da Segunda Guerra Mundial, e,

<sup>1</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40251>.

posteriormente, os dos países comunistas, cuja base se guiara por uma deformação do positivismo legalista, fez com que restasse sedimentada também em solo europeu a concepção da força normativa da constituição.

Com isso, mais precisamente a contar da segunda metade da centúria passada, vem à ribalta o constitucionalismo democrático que, assentado na valorização da constituição não somente como um documento, mas e acima de tudo por possuir um conteúdo de limitação de poder e de garantia de direitos, custodiando o seu êxito na defesa dos seus valores e fins pela jurisdição constitucional.

A lição de Hamilton<sup>2</sup>, que vem se impondo continuamente desde os primórdios da experiência constitucional norte-americana, irradiou as novas constituições promulgadas aqui e alhures, notadamente ao depois de períodos de hiato constitucional, as quais passaram a confiar a guarda e a eficácia dos seus preceitos a um tribunal supremo, sem a exclusão dos demais juízos e tribunais, ou a um tribunal específico, integrante ou não da organização do Poder Judiciário, denominado tribunal ou corte constitucional.

O controle da política passa a ser compartilhado, por assim dizer, por organismos não integrantes diretamente do núcleo estatal ao qual compete adotar as decisões políticas normais, cuja investidura não advém pela escolha popular<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> A competência dos tribunais para declarar a invalidade de atos legislativos, ao argumento de serem contrários à Constituição, trouxe à baila o óbice inicial de que seria o resultado de uma concepção errônea, a qual conduziria à afirmação da superioridade judicial sobre o Legislativo, levando Hamilton a sustentar: "Não se mostra admissível supor que a Constituição possa ter tido a intenção de facultar aos representantes do povo pudessem substituir a sua vontade pela dos seus eleitores. É muito mais racional entender que os tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com a finalidade, entre outras, de manter esta última dentro dos limites assinados à sua autoridade. A interpretação das leis é própria e peculiar da incumbência dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juizes. A estes pertence, portanto, determinar o seu significado, assim como o de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. Se ocorre que entre as duas tem uma discrepância, deve preferir-se, como é natural, aquela que possui força obrigatória e validade superior; em outras palavras, deve preferir-se à Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção dos mandatários" (No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **El federalista**. 2. ed. Trad. Gustavo R. Velasco. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2012. p. 332.). Nesse diapasão, concluiu o autor que, por isso, não se poderia cogitar da superioridade do Judiciário sobre o Legislativo, notando-se, diversamente, o reconhecimento de que o poder do povo é superior a ambos, razão por que onde a vontade da legislatura, manifestada nas leis, encontre-se em contrariedade à do povo, declarada pela constituição, os juizes deverão se guiar pela última frente à primeira.

<sup>3</sup> A esse propósito, Bruce Ackerman (ACKERMAN, Bruce. *Tres concepciones de la constitucional*. In: ACKERMAN, Bruce. **Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 15-26) nos apresenta três modelos de democracia constitucional, a saber: a) o dualismo democrático, ao qual mais se afeiçoou o modelo estadunidense, a distinguir as decisões tomadas pelo povo e pelos ramos governamentais, sendo a Suprema Corte, para esse fim, uma instituição conservadora da vontade popular, tal como manifestada nos momentos constitucionais; b) o monismo constitucional, que se aparenta com a pureza da experiência dos ingleses até 1998, ano da promulgação do Human Rights Act, consistente na ideia de que a democracia requer que governem os representantes eleitos pelo povo e que a plena competência legislativa lhes seja conferida, desde que a sua eleição tenha sido livre; c) o fundamentalismo constitucional, identificado com o constitucionalismo germânico atual, que se caracteriza por ter um compromisso com a democracia, embora possua um comprometimento ainda mais sólido com o respeito aos direitos fundamentais e, na sua visão, a constituição é, primeiro e principalmente, um instrumento de proteção de direitos.

A assertiva implica a necessidade de se refletir em que medida se encontra a jurisdição constitucional legitimada para assim atuar, pena de avocar para si a condição de legislador substituto, ou, até mesmo, a condição de constituinte.

Primeiramente, é preciso que se delinee como tal ocorre.

## 2. A IMANÊNCIA DA FUNÇÃO POLÍTICA

Não se desconhece que o Estado de Direito pressupõe, com respeito à divisão funcional do poder, que uma das formas de se instrumentalizar a liberdade dos indivíduos é a consistente na lei, cuja elaboração segue procedimento disciplinado pela constituição. A sua elaboração é da alçada do Parlamento, cujos membros são eleitos pelo sufrágio universal, nela podendo se constatar a interferência, numa maior ou inferior medida, do Executivo, conforme o sistema de governo seja parlamentarista ou presidencial.

Ao se pronunciar sobre a legitimidade ou não de uma lei, a jurisdição constitucional interfere sobre decisão de competência de um dos poderes políticos. E, como se não bastasse, labora, na maioria das vezes, em caráter geral e vinculativo, transcendendo, portanto, dos limites de uma controvérsia entre sujeitos determinados, bem como independentemente da existência desta<sup>4</sup>.

Isto porque julgar, num prisma de caráter objetivo e neutro, acerca da compatibilidade de uma lei frente à constituição, demarcando os limites que esta põe à atuação do legislador, ou bem assim quando censura a omissão deste em concretizar comandos sobranceiros que consagram direitos fundamentais, é uma amostra irrecusável de que o tribunal constitucional ou equivalente incursiona no âmbito da política.

Outras atribuições que se mostram comuns à jurisdição constitucional também evidenciam o colorido político de sua atividade<sup>5</sup>, dentre as quais são destacáveis a solução de conflitos federativos<sup>6</sup>, de conflitos de atribuições entre os poderes políticos<sup>7</sup>, a

<sup>4</sup> A Constituição de 1988 (art. 102, I, a) enuncia a competência do Supremo Tribunal Federal para, objetivamente, dizer do concerto entre lei ou ato normativo e o seu texto, para o fim de declaração de sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade. Além disso, no campo das contendas entre partes, tal atribuição é igualmente deferida àquele órgão pela via do recurso extraordinário (art. 102, III, a a c), agora com uma forte pitada de objetivação em face do instituto da repercussão geral (art. 101, § 3º) e da súmula vinculativa (art. 103 - A). Não esquecer que, pioneiramente, o diploma vigente dispensou atenção destacada à inconstitucionalidade por omissão, seja pela via do mandado de injunção (art. 102, I, q) como pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).

<sup>5</sup> Enumeração das principais tarefas dos tribunais ou cortes constitucionais consta de José Alfredo de Oliveira Baracho: *BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 32-33.

<sup>6</sup> No que tange aos embates entre os entes federativos, a Lei Fundamental de 1988 persistiu na previsão da ação direta interventiva (art. 36, III), para o fim de serem salvaguardados os princípios constitucionais sensíveis, bem como permite que, pela via da ação direta de inconstitucionalidade, possam ser avivadas fronteiras inerentes às competências legislativas entre a União e os Estados-membros, sem contar a apreciação dos litígios entre estes, inseridos os entes das suas administrações indiretas (art. 102, I, f).

<sup>7</sup> Não há no texto de 1988 uma previsão específica, existindo, no art. 102, I, o, referência a conflitos de competência entre tribunais, precisamente entre o Superior Tribunal de Justiça e demais tribunais, ou entre os tribunais superiores.

defesa de direitos fundamentais, a de julgamento político<sup>8</sup>, a legitimidade dos partidos políticos<sup>9</sup> e as disputas eleitorais<sup>10</sup>.

Aspecto diverso, mas que muito realça a influência da atividade da jurisdição constitucional perante os órgãos estatais e a sociedade, diz respeito ao objeto da interpretação que realiza. Ao invés do que sucede com os tribunais e juízos ordinários, os tribunais constitucionais ou a suprema corte voltam a sua atuação à busca do significado das normas constantes da Lei Maior e que, por sua natureza, não se prestam (ou não devem se prestar) a disciplinas individualizadas e de forte detalhamento. Manifestam-se, antes, como dotadas de uma estrutura fortemente abstrata e aberta, o que se impõe justamente para que possam albergar condições para uma vigência de longuíssimo tempo e, assim, servir de parâmetro às constantes mudanças na sociedade<sup>11</sup>.

Por isso, reportando à Lei Fundamental de Bonn, mas com pertinência a outros ordenamentos magnos, enfatiza Otto Bachof que o espaço deixado para o intérprete para a formulação de uma decisão autônoma se afigura particularmente grande, não podendo ser diferente, à medida que conceitos como igualdade, dignidade da pessoa humana, livre desenvolvimento da personalidade, Estado de Direito, Estado social, bem comum, são permissivos de interpretações não unívocas. Isso – segundo o autor – torna inevitável um recurso para avaliações políticas<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> O Supremo Tribunal Federal possui – até de certo modo vasta diante de uma comparação com outros sistemas jurídicos – competência para julgamento de autoridades públicas, quer sejam pelo suposto cometimento de crimes comuns, ou tanto de crimes comuns quanto de responsabilidade, conforme se vê do art. 102, I, b e c, da Constituição Federal, o que, na atualidade, encontra-se objeto de discussões e críticas.

<sup>9</sup> A Constituição alemã vigente, no seu art. 21.2, prevê que os partidos políticos que, por seus fins, ou comportamentos dos seus filiados, visem eliminar ou desvirtuar o regime livre e democrático, ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha, são inconstitucionais e tal pode ser declarado por decisão do Tribunal Constitucional. Não encontra paralelo na competência originária do Supremo Tribunal Federal. Diga-se, apenas a título de curiosidade, que a Lei Máxima de 1946 inseriu, na sua declaração de direitos (art. 141, §13), vedação à organização, ao registro ou ao funcionamento, de partido político ou associação, cujo programa ou atuação contrariasse o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos ou nos direitos fundamentais do homem, o que ensejou a cassação do registro do Partido Comunista Brasileiro mediante decisão do Tribunal Superior Eleitoral.

<sup>10</sup> Por exemplo, o art. 41.2 da Constituição alemã atribui ao Tribunal Constitucional Federal competência para decidir os recursos contra as decisões do Parlamento sobre as eleições e sobre deliberação de perda de mandato. A Constituição francesa de 1958 atribui ao Conselho Constitucional velar pela regularidade da eleição presidencial (art. 58º), bem como examinar recursos sobre a regularidade das eleições de deputados e senadores. Já a Constituição da República Portuguesa inseriu, no rol de competências do Tribunal Constitucional (art. 223º, nº 2º, c), a competência para julgar em última instância a regularidade e a validade dos atos do processo eleitoral.

<sup>11</sup> Esse não foi – e não vem sendo – o parâmetro adotado pelo constitucionalismo brasileiro, conforme será frisado mais adiante.

<sup>12</sup> Interessante – e, por isso, digna de transcrição – a passagem: “Considero também indubitável, segundo minha própria experiência como juiz constitucional, que as regras constitucionais não podem ser interpretadas, em muitos casos, sem se recorrer a avaliações políticas; semelhantes avaliações políticas são, contudo, sempre subjetivas até certo ponto. Por isso, subsiste sempre e inevitavelmente uma relação de certa tensão entre direito e política. O juiz constitucional aplica com certeza o direito. Porém, a aplicação deste direito implica necessariamente avaliações políticas a cargo do juiz que aplica a lei” (Considero indubitable también, según mi propia experiencia como juez constitucional, que las reglas constitucionales no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas; semejantes valoraciones políticas son empero siempre subjetivas hasta cierto grado. Por ello subsiste siempre e inevitablemente una relación de cierta tensión entre derecho y política. El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la aplicación de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez que aplica la ley. BACHOF, Otto. Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional. Entre derecho y política. **Boletín mexicano de derecho comparado**, Ciudad de México, año XIX, n. 57, set./dez. 1986. p. 843).

Não menos interesse desperta saber qual política faz a jurisdição constitucional quando labora para desvendar o sentido com que deve ser compreendida a constituição.

Essa particularidade incomodou Zagrebelsky<sup>13</sup>, para quem a acusação mais contundente, infamante e capaz de deslegitimar um tribunal ou corte constitucional, consiste na circunstância do desempenho de suas tarefas neutras de garantia do interesse de todos haver se desenvolvido politicamente, o que, no entender do autor, afigura-se mais grave do que ter-se equivocado na tomada de uma decisão.

Côncio disso, o autor<sup>14</sup>, partindo da consideração de que a interpretação não se resume a um desenvolvimento lógico de proposições, privado de discricionariedade, chama atenção para uma distinção, antes esboçada, entre os dois pactos que regem as nossas sociedades políticas. De um lado, eis o *pactum societatis*, o qual corresponde à política como atividade dirigida à facilitação da convivência, à união ou à amizade. Noutro, há o *pactum subiectionis*, correspondendo à ideia da política como competição entre as partes, mais precisamente para que uma delas tenha de alcançar o governo como objeto disputado.

Sendo assim, diz que o relacionamento do tribunal constitucional com a política não desconhece essa duplicidade de significados, de maneira que aquele se encontra em conexão e, ao mesmo tempo, fora de conexão, com o fenômeno político. Eis, para uma melhor, clareza, o remate: “O Tribunal Constitucional está dentro da política, sendo inclusive um dos seus fatores decisivos, se por política se entende a atividade dirigida à convivência. O Tribunal é apolítico se por política se entende a competição entre as partes para a assunção e a gestão do poder”<sup>15</sup>.

Antes, Gerhard Leibholz<sup>16</sup> já havia exposto distinção semelhante. Por esta, forçoso se apartar as controvérsias políticas puras dos litígios jurídicos. É que as primeiras não podem ser solucionadas pela mera aplicação de uma norma jurídica, uma vez que se cuida de uma pugna, uma luta, não pela concretização do direito estabelecido, mas, diversamente, sobre qual deve ser o conteúdo do direito, o que evidencia constituírem questões ligadas à sua criação.

<sup>13</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos**. El Tribunal Constitucional e la política. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 37.

<sup>14</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos**. El Tribunal Constitucional e la política. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 38-40.

<sup>15</sup> “El Tribunal Constitucional está dentro de la política, incluso es uno de sus factores decisivos, si por política se entiende la actividad dirigida a la convivencia. El Tribunal es apolítico se por política se entiende la competición entre las partes por la asunción y la gestión del poder” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos**. El Tribunal Constitucional e la política. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 40-41).

<sup>16</sup> El LEIBHOLZ, Gerard. El Tribunal Constitucional de la Republica Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de política. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, vol. 26, n. 146, p. 89-100, mar./abr. 1966. p. 92. À página 90, o autor se referiu a que, durante a vigência da Constituição de Weimar, declarara o Tribunal do Reich que «sob cada litígio constitucional se esconde uma questão política suscetível de converter-se num problema de Poder» (bajo cada litigio constitucional se esconde una cuestión política susceptible de convertirse en un problema de Poder).

Daí, então, é possível sustentar que, por atuar politicamente, a jurisdição constitucional visa ao bem estar geral, a ser concretizado mediante a incidência das diretrizes que a constituição delineou para a movimentação da atividade estatal e para o direcionamento do agir dos particulares.

E assim o é porque – e desde o princípio – o direito constitucional, em sua essência, diferencia-se dos demais ramos jurídicos, como o direito civil, o comercial, o penal, o processual, o tributário, o do trabalho, pela singularidade de que o fenômeno político é um dos seus elementos intrínsecos, ainda quando traceje os princípios desses segmentos.

As decisões dos tribunais ou cortes constitucionais, quase sempre, mostram-se encouraçadas com um relevo maior quando comparadas com as dos outros tribunais e juízos, quando da resolução de casos concretos, possuindo, ao revés, a pretensão de configurar e balizar a atuação dos órgãos públicos e dos particulares de uma maneira geral, de modo a lhe ser inarredável o conteúdo político.

Interessante, ainda nesse particular, confronto exposto por Zagrebelsky<sup>17</sup>, ao mencionar a forma como atuam politicamente o Parlamento e a Corte Constitucional. O primeiro, ao legislar, que é a sua função típica, procura atender às exigências políticas e sociais emergentes, enquanto que as emergências não se comportam na ação do segundo, cujas deliberações se projetam a um prazo mais longo. Assim, quando uma questão é enfocada pela legislatura é com o objetivo de se reformular a lei já existente, pressupondo-se que deva ser substituída. Já para o Tribunal Constitucional se opera o inverso, pois quando um questionamento se volta à sua consideração é para que seja confirmada a continuidade dos valores positivados pela Lei Maior.

Isso significa dizer que na política jurisdicional se tem a consideração do elevado valor do precedente, o que, sem dúvida, não longe de afastar o imperativo de que a jurisprudência deve ser encarada como algo em plena vida, porém a sua dinâmica haverá de ser gradual e se manifestar mediante interpretações dos precedentes, distinções e ajustes progressivos.

### 3. ALGUMAS CAUTELAS

O fato de, na expansão de modelos democráticos, paulatinamente verificada com início na segunda metade da centúria que passou, nos quais há a influência do Estado constitucional, não se está livre de que os órgãos de jurisdição constitucional possam se converter em instâncias de poder que, a pretexto de controlar, eliminem os atores democráticos. Como é próprio dos arquétipos, cujo êxito é tributável mais à experiência do que à sua formulação como teoria, não se pode excluir, de antemão,

<sup>17</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos**. El Tribunal Constitucional e la política. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 73-74.

que o Tribunal Constitucional ou Suprema Corte incida em abuso, deixando de ser um servidor para assumir a qualidade de senhor da constituição.

Abstraindo-se o enfoque da legitimidade da jurisdição constitucional, o qual porventura granjeou mais argumentos a favor<sup>18</sup>, mas, nem por isso, deixando de registrar críticas de relevo<sup>19</sup>, é preciso que à atividade daquela não escapem precauções. A própria afirmação do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos não escapou da necessidade de se impor uma autocontenção (*self restraint*)<sup>20</sup>.

Uma delas – e quiçá, a mais corrente – é a da interpretação conforme. Há uma presunção de que o Legislativo observa a constituição e, portanto, as inconstitucionalidades somente devem ser declaradas quando assim as são indubitavelmente. Se há a possibilidade de várias leituras de um texto legal e se, ao menos numa delas, é possível se constatar um vínculo harmônico com a Lei Fundamental, inadmissível a declaração de incompatibilidade vertical.

Nesse ponto, alça relevo a circunstância de que a aferição de constitucionalidade não pode ser realizada unicamente mediante o simples confronto entre o texto da Lei Maior e o elaborado pelo legislador. É de intensa valia que o intérprete não desconheça a realidade para a qual o legislador quis dispor.

A práxis americana nos fornece uma amostra dessa importância<sup>21</sup>

Atualmente, uma prova eficiente de que a jurisdição constitucional não pode desprezar, nos seus julgamentos, o conhecimento da realidade política e social, está na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional alemão, de 12 de março de 1951, com as modificações de 22 de julho de 1998, a qual, na sua Segunda Parte (Procedimento judicial constitucional), Primeira Seção (Prescrições procedimentais gerais), estabelece, nos seus §§ 25, 25a., 26, 28 e 29, a possibilidade de ampla instrução probatória, na qual consta a ouvida de testemunhas e expertos em determinados assuntos, além da junta de documentos, o que parece ter influenciado nessas plagas a elaboração das Leis 9.868/99 (art. 9º, §§2º e 3º) e 9.882/99 (art. 6º, §§1º e 2º).

<sup>18</sup> É o caso de Cappelletti (CAPPELLETI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: CAPPELLETI, Mauro. **Tribunales constitucionales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 599-662). Sebastián Sancari (SANCARI, Sebastián. La participación política en la jurisdicción: las audiencias públicas en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. In: **Justicia y política. Insumos útiles para determinar el rol de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en el diseño jurídico e institucional del Estado**. Buenos Aires: Aldina Editorial Digital, 2016. p. 80-81).

<sup>19</sup> Arguta a crítica de Alejandro Nieto (NIETO, Alejandro. Epílogo. In: LASSALLE, Ferdinand. **Qué es una constitución?** Barcelona: Ariel, 2012. p. 180), que, ao depois de frisar que a teoria da separação de poderes é de ser considerada atualmente como uma declaração abstrata, típica de um museu ideológico, salienta que, numa constituição aberta, a atividade do tribunal constitucional dependerá do colorido da maioria parlamentar e daquela existente na corte, a qual vai se alternando com o passar do tempo.

<sup>20</sup> Essa afirmação é demonstrada pela leitura de Christopher Wolf (WOLF, Christofher. **La transformación de la interpretación constitucional**. Trad. Maria García Rubio de Casas y Sonsoles Valcárel. Madrid: Civitas, 1991. p. 144-153), ao enfatizar prevalência de um controle judicial moderado, com a admissão de limitas, seja pela deferência legislativa, ou em face de questões políticas.

<sup>21</sup> Conferir narrativa de Cardozo, durante conferência realizada na Universidade de Yale no ano de 1921, posteriormente reunidas em livro (CARDOZO, Benjamín. **La naturaleza de la función judicial**. Trad. Eduardo Ponssa. Granada: Colmares, 2004. p. 41), segundo a qual, no Estado de Nova York, uma lei de 1907, proibitiva do trabalho noturno das mulheres, foi declarada inconstitucional. Posteriormente, em 1915, lei idêntica foi considerada razoável e válida, justamente em face de informações e pesquisas efetuadas por assistentes sociais.

A partir da interpretação conforme, visto como técnica e princípio interpretativo, possível, justamente pela engenhosa criação das cortes constitucionais, desaguar na figura da sentença aditiva que, visando sanar ofensa à igualdade, nas situações onde o legislador dispôs menos do que deveria, conjura o reconhecimento da inconstitucionalidade.

Necessário, igualmente, que o tribunal ou corte constitucional, quando da aferição da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, seja deferente quanto às opções do legislador. A liberdade de conformação deste se insere no conteúdo essencial da divisão de poderes, postulado pelo qual se orientam as constituições dos Estados democráticos, dentre os quais o brasileiro (art. 2º, CF).

Portanto, compete ao legislador – e somente a este – realizar o juízo de prognósticos para embasar a proposição das normas legais, bem como quanto às possíveis consequências de suas deliberações. Se dessa maneira não for, ter-se-á, sem dúvida, a indevida substituição do legislador pelo juiz numa atuação que é da natureza do primeiro.

No entanto, não desconsiderar que, nas constituições recentemente promulgadas, o cariz analítico de suas disposições vem fazendo constar nestas, com assiduidade, balizas (*guidelines*) orientadoras da futura integração legislativa, reduzindo, assim, o espaço de liberdade do Parlamento, permitindo uma fiscalização pelo órgão judicial. Tal se afigura comum quanto ao reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou de segunda dimensão. Entre nós, os exemplos são vários, conforme se pode vislumbrar no particular da saúde (arts. 196 e 198), previdência social (art. 201), assistência social (arts. 203 e 204), educação (arts. 206 a 208) e cultura (arts. 215 e 216).

Uma preocupação condiz com relação aos efeitos mediante os quais os órgãos da jurisdição constitucional pronunciam a invalidade dos textos legislativos. A nulidade, com eficácia retroativa, se atualmente não é adotada com rigorismo no âmbito do direito privado, com maior razão a sua aplicação inflexível no plano do juízo de constitucionalidade não se mostra aceitável.

Isso levou os tribunais, por razões de segurança jurídica, ou de boa-fé, a protrair no tempo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, os quais se operarão em momento posterior, a ser fixado pelo julgado. A confiança na presunção de legitimidade dos atos estatais, bem como as consequências que poderiam advir de uma suspensão abrupta da execução de uma lei, assim impõe.

O direito pátrio, que, tal qual aos norte-americanos, inicialmente adotou essa prática pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, hoje a tem como positivada pelas Leis 9.868/99 (art. 27) e 9.882/99 (art. 11).

Igualmente, para evitar que se instale vácuo na disciplina de um tema, capaz de produzir, só por só, consequências não favoráveis à sociedade, as cortes constitucionais concluíram por assinar um prazo ao legislador, a fim de que este venha a sanar a

incompatibilidade vertical. Somente quando e se não houver o saneamento do vício de inconstitucionalidade, esta passará a produzir efeitos<sup>22</sup>.

Importante assinar que, nessas situações, nas quais não se pode descartar a existência de certa deferência ao Legislativo, o atuar da corte ou tribunal constitucional se revela pelo sufrágio de solução não meramente política, mas jurídica com efeitos políticos<sup>23</sup>.

Bastante controversa é a discussão sobre a postura ativista das cortes constitucionais. A experiência tem mostrado que o juiz não se restringe ao parâmetro de Montesquieu, de nada expressar além do que a “boca” pela qual ecoa a letra da lei. Ao contrário, é um partícipe, embora numa menor medida que o legislador, na criação do direito.

O problema, na realidade, é mais de medida e limites de interpretação. O juiz constitucional não formula novas regras, apenas aperfeiçoa as já existentes, aplicando-as com critérios de justiça e racionalidade. Quando se trata de princípios constitucionais, aquele delimita o seu conteúdo – que muitas vezes não consta da legislação – e daí extrai padrões de condutas a serem seguidos, mas que já se encontravam no ordenamento jurídico. Da coerência e harmonia dos princípios e valores destes retira, descobrindo-os pelo labor interpretativo, novos princípios que estão implícitos, como sucedeu entre nós com a exigência de razoabilidade dos atos estatais.

O que se revela inadmissível é a fixação, na prática, de novas regras, não cogitadas pelo constituinte e que, portanto, relevaria invasão do poder derivado de reforma. Ao juiz constitucional na sua missão interpretativa é defeso adicionar à constituição novas regras<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Essa postura encontra antecedente no Tribunal Constitucional Federal alemão. Relata-nos Maurer (MAURER, Harmut. **Derecho administrativo – parte general**. Trad. Gabriel Doménech Pascual. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 159), a sua adoção pela decisão de 14 de março de 1972 (BVerfGE 33, 1), na qual se entendeu pela exigência de lei formal para a restrição de direitos fundamentais dos presidiários, pondo-se fim ao absolutismo da teoria das relações especiais de poder, bem como na decisão de 01 de agosto de 1976 (BVerfGE 45, 400; 53, 185), mas com a aceitação da permanência da aplicação do entendimento divergente até janeiro de 1977. Nessas plagas, conferir o deliberado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3489 – SC (Pleno, mv, rel. Min. Eros Grau, DJU de 03-08-2007), na qual declarou a inconstitucionalidade da Lei 12.294/2002 do Estado de Santa Catarina, a qual transformou em município a localidade de Vila Arlete, desmembrando-a do Município de Campos Novos, sem que, para tanto, tivesse sido promulgada a lei complementar da União, referida pelo art. 18, §4º, da Constituição Federal, com redação da EC 15/96. O tribunal, considerando os prejuízos que poderiam ser causados pela solução de continuidade da atividade administrativa, bem assim a tramitação de vários projetos legislativos sobre o assunto, assinou ao Congresso Nacional o prazo de vinte e quatro meses, a fim de editar a legislação tida como indispensável, na qual deveria ser versada a situação dos municípios criados indevidamente.

<sup>23</sup> Expondo que, nesses casos, tem lugar o princípio da confiança no Estado (realiance), a qual é comumente empregada sob os rótulos de segurança jurídica, contract clause, de retroatividade, dentre outras, Enrique Alonso García (GARCÍA, Enrique Alonso. **La interpretación de la constitución**. Madri: Centro de Estudios Constitucionais, 1984. p. 538) sustenta que, a princípio sendo um critério de oportunidade, transmuda-se, quando é utilizado como um objetivo, em um princípio jurídico de primeira magnitude, o qual grande parte dos sistemas jurídicos se ocuparam em constitucionalizar, rematando: “Todo critério de oportunidade que reflete concepções de ‘política de Estado’ inevitavelmente ‘se converte’ em um princípio jurídico” (Todo critério de oportunidad que refleja concepciones de “política de Estado” inevitablemente “se convierte” en un principio jurídico”).

<sup>24</sup> Foi o que sucedeu com o julgamento da ADI 3999 (Pleno, mv, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12-11-2008), na qual se afastou a inconstitucionalidade da Resolução 22.610/07 do Tribunal Superior Eleitoral, a qual disciplinou processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária. Na prática, acresceu-se mais um inciso ao art. 55 da Constituição Federal, a despeito do caráter restritivo de direito à cidadania ativa desta. O sapateiro foi (muito) além dos seus chinelos. Digno de leitura o voto-vencido do Min. Eros Grau.

Isso não quer afastar – até porque não ultrapassa os confins da interpretação – a faculdade da justiça constitucional de, em projetando o texto magno sobre a realidade política então existente, ajustar o seu sentido à evolução da configuração política, social e econômica.

Com isso, resulta sobremaneira fortalecido o texto constituinte, possibilitando-lhe usufruir a longevidade a que lhe é peculiar, de modo a lhe manter constantemente atualizado.

A prática vivenciada pelos Estados Unidos porventura é a de mais adequada evocação nesse particular. Com efeito, é bastante notar a evolução jurisprudencial relacionada com o exercício da função legislativa que culminou, não obstante preceituar o Artigo I do texto de 1787 pertencerem todos os poderes legislativos exclusivamente ao Congresso<sup>25</sup>, com a compreensão, a partir de uma ótica da divisão de poderes sob um pragmatismo funcionalista, que o Executivo poderia atuar nessa matéria mediante delegação do Legislativo, desde que se mantivesse nos limites desta e não transbordasse da razoabilidade<sup>26</sup>. A mesma energia transformadora sucedeu quanto ao paulatino reconhecimento da possibilidade do Estado em criar restrições à atividade econômica, o que foi se solidificando com o aresto *Nebbia v. New York* (1934), bem como quanto ao princípio da igualdade racial<sup>27</sup> e do voto<sup>28</sup>.

A realidade brasileira, quanto a esse aspecto, demanda um maior cuidado. E tal ocorre pela técnica legislativa empregada pelo constituinte originário e ratificada, com maior intensidade, pelo reformador.

A opção na moldura da Constituição de 1988 foi por um documento de amplíssima extensão, o qual viesse a enfocar, com forte apego no detalhe, o disciplinamento de inúmeros assuntos. Tem-se, assim, a formulação de um grande conjunto de artigos, muitos dos quais de uma notável e desnecessária amplitude.

A existência de muitas normas constitucionais que regulam temas que seriam do cotidiano do legislador, em face de sua pertinência mais ao reino do circunstancial, suprime uma parcela relevante da liberdade de conformação do legislador, pois, uma vez inseridas na Constituição, submetem este a um controle por parte da jurisdição

<sup>25</sup> Eis a redação do preceito constitucional norte-americano: “ARTIGO I, Seção 1. Todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos composto de um Senado e de uma Câmara de Representantes” (Disponível em: <[www.braziliantranslated.com](http://www.braziliantranslated.com)>. Acesso em 27 jan. 2016).

<sup>26</sup> O ponto de vista, que encontrou apoio em Madison nas páginas de *O Federalista* (Capítulo 47), teve a sua formulação iniciada com o *Waiman v. Southard*, 10 Wheat (1825), com desenvolvimento posterior em *Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892), *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935) e *Fleming v. Mohawk Wrecking and Lumber Co.*, 331 U.S. 111 (1947).

<sup>27</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), 347 US 483.

<sup>28</sup> *Baker v. Carr* (1962). Sobre o aresto, que acolheu a doutrina “um homem, um voto”, modificando a forma de estabelecimento do número de vagas por distritos eleitorais, Karl Loewenstein (LOEWENSTEIN, Karl. La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos – comentario en torno al caso <<Baker V. Carr>>. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, vol. 22, n. 133, p. 5-39, ene./feb. 1964. p. 5-39) resalta o forte impacto que a interpretação formulada pela Suprema Corte produziu no sistema eleitoral americano.

constitucional que se afigura desnecessário e que conspira contra uma maior flexibilidade de nosso sistema jurídico.

Isso sem considerar que o extenso número de disposições fez com que as questões constitucionais – que podem muitas vezes envolver a aplicação de normas inseridas em disposições transitórias – fossem multiplicadas, sobrecarregando o Supremo Tribunal Federal, a tornar inócuo até mesmo o papel da repercussão geral. As estatísticas falam por si e justificam a lentidão que não deveriam pairar sobre o contencioso constitucional.

Por sua vez, o tratamento de assuntos, ainda que com relevância constitucional, por normas regidas fora de um elevado padrão de abstração dificulta o desenvolvimento de um maior papel criativo pelo juiz constitucional, no sentido de atualizar os comandos da Lei Fundamental. A margem de atuação daquele resta, portanto, bastante limitada<sup>29</sup>.

Calha recordar advertência de Hesse<sup>30</sup>, para quem a mutação constitucional se torna inadmissível quando consagra uma interpretação em aberta contradição com o texto sobranceiro.

Penso que mais dois aspectos merecem um enfoque, ainda que à *vol d'oiseau*. Um deles diz com o controle das omissões do legislador em desenvolver os comandos da Lei Maior e que, no caso brasileiro, ostenta algumas singularidades.

De logo, observe-se que, revelando a responsabilidade do legislador em integrar os comandos da Constituição de 1988, esta foi expressa em prever dois mecanismos jurídicos para tanto, quais sejam o mandado de injunção<sup>31</sup> e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Considerando-se a excepcionalidade da intervenção jurisdicional nesse campo, essas previsões constitucionais revelam, sem dúvida, uma densa responsabilidade do legislador para concretizar os comandos da constituição. Igualmente, descortinam o desejo do constituinte em ver os dispositivos que elaborara aplicados, o que, em muitos casos, exige a intermediação legislativa.

<sup>29</sup> Nesse diapasão, Zagrebelsky associa o grau de desenvolvimento da interpretação evolutiva das cortes constitucionais à sua respectiva estrutura. Eis, por despertar interesse, a passagem que segue: "A raiz da discricionariedade estaria, por assim dizer, em "razões comunicativas", conexas à natural open texture da linguagem, em geral, e da linguagem jurídica, em particular. Esta última linguagem, sendo constituída de noções de gênero, apresentaria, em torno de um núcleo linguístico rígido ao qual o juiz não pode se evadir, uma "aura de incerteza em suas margens", onde a linguagem mostra uma elasticidade à disposição de quem a usa e de quem a recebe" (La radice della discrezionalità starebbe, per così dire, in "ragioni comunicative", connesse alla naturale open texture del linguaggio, in generale, e del linguaggio giuridico, in particolare. Quest'ultimo linguaggio, essendo costituito da nozioni di genere, presenterebbe, attorno a un núcleo linguistico rigido al quale il giudice non può sfuggire, un "alone di incertezza ai margini", dove uil linguaggio mostra una sua elasticità a disposizione di chi lo usa e di chi lo riceve. ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il giudice delle leggi artefice del diritto**. Editoriale scientifica: Napolés, 2007. p. 17).

<sup>30</sup> HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: HESSE, Konrad. **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 10.

<sup>31</sup> Recentemente, a Lei 13.300, de 23 de junho de 2016, veio a disciplinar o instituto, despertando interesse a parte relativa aos efeitos da correspondente decisão.

Aí se tem no particular uma faceta característica do ativismo à brasileira. A despeito de competir ao Congresso Nacional integrar os comandos constitucionais, inclusive e principalmente em discutir e votar os temas mais polêmicos, aquele vem se esquivando de tratar de muitos assuntos de relevo, os quais a Constituição de 1988, expressamente, destinou para o desenvolvimento pela lei.

Alguns exemplos, como a disciplina da greve e da aposentadoria especial no serviço público, encontram-se há enorme espaço de tempo no aguardo da boa vontade do legislador. Por isso, não se afigura criticável a sua disciplina, em caráter precário, pelo Supremo Tribunal Federal, porquanto a atuação deste decorreu unicamente do não cumprimento pelo Congresso Nacional de sua missão, razão pela qual, provocado diante de controvérsias fáticas, aquele não poderia se abster de decidir. Se não há em muitas matérias uma legislação mais aperfeiçoada, substituída por uma deficiente atuação judicial, é justamente porque o Legislativo abdicou de legislar<sup>32</sup>.

O outro ponto a ser avivado é o inerente à atuação acerca da concretização dos direitos sociais. Embora conservador possa aparentar, a aplicação dos direitos sociais deverá ser guiada pelos limites do texto constitucional. Assim, quando este estatuir – como o faz com a grande maioria dos direitos do trabalhador (art. 7º, I a XXXIV, CF)<sup>33</sup> – uma disciplina densa, completa, que o torne indiferente à intervenção do legislador, irrecusável a sua aplicabilidade direta e, de conseguinte, a sua exigibilidade em juízo.

Diversamente, quando a norma que o consagra for assinalada pela abstração – tal qual ocorre com o direito à moradia (art. 6º, CF) – a sua satisfação pelo Estado, cujas forças do seu erário nem sempre é hercúlea, há de ocorrer de maneira coletiva mediante a formulação de políticas públicas, cujos atores estão no Legislativo e no Executivo<sup>34</sup>.

Isso não quer dizer que tais direitos, condicionados inicialmente à ação legislativa, sejam desprovidos de eficácia. Absolutamente. Albergam um núcleo essencial que lhes permite uma reação contra os atos estatais que contra aquele atentem. Por exemplo, se o direito à moradia, longe de implicar o dever do Estado em fornecer a cada família a propriedade de uma vivenda, palácio ou castelo, não autoriza, por exemplo, que aquele, ainda que com fundamento no interesse público, desaproprie um imóvel

<sup>32</sup> É possível a verificação, junto ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, de item relativo à omissão constitucional, no qual consta rol das decisões que reconheceram o descumprimento do dever de legislar, mas que, até o presente instante, ainda se encontram pendentes de disciplina pela inação do Congresso Nacional.

<sup>33</sup> É o caso, no que diz respeito ao direito à educação, ao dever de manutenção do ensino básico obrigatório e gratuito para aqueles de quatro a dezessete anos, bem como à educação infantil, em creche e pré-escola, até aos cinco anos de idade. A norma (art. 218, I e IV, CF) já diz o suficiente, deixando ao legislador uma acidental – e não essencial – atividade complementar.

<sup>34</sup> O direito à saúde – que o constituinte (art. 196, caput, CF) condicionou a políticas sociais e econômicas – é de ser enfatizado como exemplo. Com certeza, não tem sido a melhor opção a seguida quanto às pretensões de fornecimentos de medicamentos de elevadíssimo custo. A forma insegura e demorada com que o Supremo Tribunal Federal veio solucionar tais questões, fixando parâmetros para o reconhecimento de um direito subjetivo fez com que houvesse uma verdadeira multiplicação de litígios, nas quais restaram deferidos os pedidos. Na prática, tal fenômeno, agravado pela ausência de conhecimento técnico dos magistrados, pode ter implicado o acesso de poucos a medicamentos de altíssimo custo em detrimento da assistência a ser prestada a uma maioria. Além de implicar embaraços na programação dos setores técnicos, não é se desconhecer o impacto ao erário brasileiro que, pontualmente, viu-se mais sobrecarregado do que o esperado.

residencial, sem que, para tanto, a imissão na posse seja precedida do depósito de um valor que permita ao expropriado, que somente possua um bem destinado à moradia, a possibilidade de adquirir nas mesmas condições, razão pela qual o Decreto-lei 1.075/71 reclama interpretação que não vá de encontro a tal direito.

Da mesma forma, tais direitos conferem ao cidadão a pretensão a obter uma decisão que, diante de mais uma possibilidade viável, venha a satisfazer o conteúdo do direito fundamental, em face de seu *status* de primazia.

O que se deve demarcar, pena de mais uma intromissão judicial indevida na atividade dos demais segmentos estatais, é que a jurisdição constitucional há de atentar para que, a despeito de todas as normas constitucionais serem eficazes, a eficácia que lhes é inerente não se afigura igual e sempre com as mesmas possibilidades.

Por esse e outros aspectos, já mencionados, assoma relevante a motivação das decisões sobre questões de constitucionalidade, pois, somente assim, é possível se fixar uma fronteira ente a arbitrariedade e o julgamento<sup>35</sup>.

#### 4. PALAVRAS FINAIS

Em face da exposição desenvolvida, é possível a síntese de algumas conclusões, a saber:

a) o constitucionalismo democrático, cuja consolidação veio reforçada a partir da segunda metade da centúria passada, realça a normatividade da constituição, a qual, vinculando a atuação dos órgãos públicos e dos particulares, confiou a defesa de seus princípios e regras à função jurisdicional;

b) por constituir o objeto da competência da jurisdição constitucional interpretar a Lei Fundamental, cujos preceitos, diversamente dos integrantes da legislação dos demais ramos jurídicos, são dotados de uma maior generalidade e abstração, traz implícito o fenômeno político aos conflitos jurídicos que resolve, de maneira a permitir uma maior discricção do tribunal ou corte constitucional para a sua solução;

c) abstraída a discussão sobre a legitimidade ou não da jurisdição constitucional, não se afigura prescindível a fixação de cautelas para o desempenho de sua atividade, dentre as quais a interpretação conforme, o conhecimento da realidade, o respeito à liberdade de conformação do legislador, a aplicação do princípio da confiança, a interpretação evolutiva e a observância, quando do suprimento das omissões, dos limites da atividade que seria típica do legislador.

<sup>35</sup> Sobre a importância da motivação como fator de legitimação do desempenho da atividade dos tribunais ou cortes constitucionais, conferir Cappelletti (CAPPELLETI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: CAPPELLETI, Mauro. *Tribunales constitucionales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 624-625).

## 5. REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. Tres concepciones de la constitucional. In: ACKERMAN, Bruce. **Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BACHOF, Otto. Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional. Entre derecho y política. **Boletín mexicano de derecho comparado**, Ciudad de México, año XIX, n. 57, set./dez. 1986.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- CAPPELLETI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: CAPPELLETI, Mauro. **Tribunales constitucionales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- CARDOZO, Benjamín. **La naturaleza de la función judicial**. Trad. Eduardo Ponsa. Granada: Colmares, 2004.
- GARCÍA, Enrique Alonso. **La interpretación de la constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **El federalista**. 2. ed. Trad. Gustavo R. Velasco. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2012.
- HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: HESSE, Konrad. **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- LEIBHOLZ, Gerard. El Tribunal Constitucional de la Republica Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de política. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, vol. 26, n. 146, p. 189-100, mar./abr. 1966.
- LOEWENSTEIN, Karl. La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos – comentario en torno al caso <<Baker V. Carr>>. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, vol. 22, n. 133, p. 5-39, ene./feb. 1964.
- MAURER, Harmut. **Derecho administrativo – parte general**. Trad. Gabriel Doménech Pascual. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- NIETO, Alejandro. Epílogo. In: LASSALLE, Ferdinand. **Qué es una constitución?** Barcelona: Ariel, 2012.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40251>.
- SANCARI, Sebastián. La participación política en la jurisdicción: las audiencias públicas en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. In: **Justicia y política. Insumos útiles para determinar el rol de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en el diseño jurídico e institucional del Estado**. Buenos Aires: Aldina Editorial Digital, 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il giudice delle leggi artefice del diritto**. Editoriale scientifica: Napolés, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos**. El Tribunal Constitucional e la política. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

WOLF, Christofher. **La transformación de la interpretación constitucional**. Trad. Maria Garcia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárel. Madrid: Civitas, 1991.



## Políticas públicas, interpretação judicial e as intenções do legislador: o ProUni e o “cripto-ativismo” do Supremo Tribunal Federal\*

### *Public policies, judicial interpretation and legislative intent: ProUni and the Brazilian Supreme Court’s “crypto-activism”*

**JOÃO MARCELO DA COSTA E SILVA LIMA\*\***

Fundação Getúlio Vargas - FGV (Brasil)  
joamarceloclima@gmail.com

**DIEGO WERNECK ARGUELHES\*\*\***

Fundação Getúlio Vargas - FGV (Brasil)  
dwarguelhes@gmail.com

**Recebido/Received:** 10.02.2017 / February 10<sup>th</sup>, 2017

**Aprovado/Approved:** 22.05.2017 / May 22<sup>th</sup>, 2017

#### Resumo

Este texto identifica e discute um caso de “cripto-ativismo” – um tipo de intervenção judicial forte na produção legislativa que, por outro lado, fica oculta sob sinais exteriores de deferência, como a declaração de constitucionalidade de uma norma questionada. Exemplos claros de cripto-ativismo aparecem com frequência em decisões de “interpretação conforme a constituição”, em que uma lei é formalmente mantida pelos juízes, mas seu conteúdo é alterado por meio de adições, na decisão judicial, ao texto legal. Neste

#### Abstract

*This article identifies and discusses a case of “crypto-activism” – a type of judicial intervention in legislative activities that is far from negligible, although hidden behind external signs of deference, such as the declaration of constitutionality. Clear examples of crypto-activism frequently appear in decisions based on an “interpretation according to the constitution”, in which statutes are formally upheld by judges but their content is altered through additions to the legal text. In this article, we identify a more subtle*

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: ARGUELHES, Diogo Werneck; LIMA, João Marcelo da Costa e Silva. Políticas públicas, interpretação judicial e as intenções do legislador: o ProUni e o “cripto-ativismo” do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 163-192, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.50608.

\*Os autores gostariam de agradecer a Fernando Leal pelas valiosas críticas e sugestões a uma versão anterior deste trabalho.

\*\*Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Possui Graduação em Direito pela Fundação Getúlio Vargas. E-mail: joamarceloclima@gmail.com.

\*\*\*Professor Pesquisador da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutor em Direito pela Yale University, EUA. Possui Graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2004), Mestrado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2006) e é ‘Master of Laws’ (LL.M.) pela Yale Law School (EUA) (2008), com bolsa da instituição e da Fundação Estudar (2007-2008). Foi ‘Visiting Researcher’ no Instituto Max Planck para Direito Internacional e Direito Público Comparado (Heidelberg, Alemanha) (Jan/Fev 2016), com bolsa da instituição. E-mail: dwarguelhes@gmail.com.

trabalho, identificamos um mecanismo mais sutil que pode produzir o mesmo fenômeno. Argumentamos que a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à lei que instituiu o ProUni, mesmo declarando a constitucionalidade da medida, alterou o seu conteúdo ao redesenhar a finalidade do programa. A mudança é visível não na parte dispositiva da decisão, mas em sua fundamentação, que desconsiderou as preocupações concretas do legislador ao desenhar um programa focalizado e atribuiu ao ProUni um caráter universalista, e mais ambicioso, de redução das desigualdades sociais. Utilizamos o caso do ProUni para apontar problemas na postura típica da doutrina e da jurisprudência brasileiras quanto às “intenções do legislador”. A desconsideração absoluta das palavras do legislador quando se trata de investigar as finalidades de normas que consagram políticas públicas pode produzir impactos no mundo.

*mechanism capable of producing this phenomenon. We argue that the Supreme Court's decision regarding the constitutionality of the statute that established ProUni altered its content by redesigning the policy's purpose - even though the statute was declared constitutional. The change is not visible in the operative part of the decision, but rather in its substance, which disregarded the legislator's concrete intent to design a focalized public policy and attributed to it the more ambitious purpose of universally reducing social inequality. We use the ProUni case to point out problems with the traditional view that Brazil's case law and legal doctrine has with respect to "legislative intent". To absolutely disregard legislative history when examining the purposes of statutes that establish public policies is an approach that may produce consequences in the world.*

**Palavras-chave:** Políticas públicas; interpretação judicial; intenção do legislador; ativismo judicial; Supremo Tribunal Federal.

**Keywords:** Public policies; judicial interpretation; legislative intent; judicial activism; Supreme Federal Court.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** O caso do ProUni no STF; **2.1.** O programa ProUni; **2.2.** Para que serve o ProUni?; **2.3.** A finalidade do ProUni (segundo o Supremo); **2.4.** A mudança de finalidade do ProUni importa?; **3.** A busca pela finalidade da norma; **3.1.** Juízes deveriam investigar as preocupações do legislador; **3.2.** Por que não levar em conta as palavras e preocupações dos legisladores; **4.** Conclusão: deferência, “cripto-ativismo” e declaração de constitucionalidade. **5.** Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Na discussão sobre ativismo judicial, o ato de *manter* na íntegra uma lei questionada é tipicamente visto como expressão de deferência. É verdade que, quando juízes decidem não anular atos do legislativo simplesmente por concordarem com o conteúdo dessas decisões, não há realmente deferência em jogo; nesses casos, a lei foi mantida justamente porque o juiz se colocou na posição de legislador, sem qualquer deferência, e concluiu que teria feito a mesma coisa.<sup>1</sup> Mas, em alguns casos, a manutenção da lei questionada pode de fato ser lida como a manifestação visível de um compromisso intelectual e institucional prévio de auto-contenção judicial diante das escolhas legislativas. Em especial, tentativas judiciais de interpretar os objetivos e finalidades da lei de forma a compatibilizá-la com a constituição podem ser vistas como expressão de deferência na medida em que mostram um esforço de colocar a obra do legislador na sua

<sup>1</sup> Vide, a respeito, RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro / Institutional assumptions of theories on judicial behavior and their transposition to the Brazilian case. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, p. 85-121, 2013.

melhor luz possível.<sup>2</sup> O juiz deferente só declararia a inconstitucionalidade quando não houvesse nenhuma leitura possível da lei que atendesse às exigências da constituição.<sup>3</sup>

Entretanto, mesmo com uma atitude de deferência, o juiz pode acabar, na prática, intervindo de forma substantiva na criação do legislador. Tentando ser auto-contido e manter a lei, acaba-se, na verdade, transformando o seu conteúdo, deliberadamente ou não. Chamamos esse fenômeno de “cripto-ativismo” – um tipo de intervenção judicial forte na produção legislativa que fica oculta sob sinais exteriores de deferência, como a declaração de constitucionalidade. A maneira mais clara pela qual isso pode acontecer está em decisões de “interpretação conforme a constituição” que acabam acrescentando, no texto legal, exceções, requisitos ou regras adicionais que os legisladores não chegaram a aprovar - e talvez jamais tivessem aprovado, se tivessem sido forçados a se pronunciar sobre a questão.

Para citar apenas um exemplo, considere o voto do ministro Eros Grau na ADI 3.510, em que se discutia a constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). O referido dispositivo permitia, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias retiradas de embriões humanos produzidos para fertilização in vitro e não usados no respectivo procedimento, bem como estipulava condições para sua utilização. Fazendo “interpretação conforme a constituição”, o ministro considerou que o referido dispositivo de lei poderia ser considerado constitucional desde que fossem adicionadas ao seu texto uma série de requisitos por ele selecionados, entre os quais a criação de um comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde que deveria aprovar qualquer utilização de células-tronco.<sup>4</sup>

O voto de Eros Grau representa uma intervenção clara e forte no conteúdo da lei por adicionar, no texto da lei, coisas que não estavam lá antes da sua “interpretação conforme a Constituição”. Há, porém, mecanismos mais sutis pelos quais a intervenção judicial nas decisões tomadas pelos legisladores vem disfarçada de deferência – mesmo que jamais acrescentem ou retirem nada do texto aprovado pelos legisladores, nem atribuam sentidos contra-intuitivos às palavras que eles escolheram. Este trabalho tem por objetivo identificar e analisar um desses mecanismos, a partir de um estudo de

<sup>2</sup> Para uma descrição do argumento, citando referências, vide VERISSIMO, Marcos P. Juizes Deferentes? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2012.. Vide também POSNER, Richard. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, Bloomington, vol. 59, n. 1, 1983. Disponível em: <[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2855&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2855&context=journal_articles)>. Acesso em: 09/02/2017.

<sup>3</sup> Vide, sobre o tema, SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan./jun. 2006. Disponível em: <[http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv\\_03\\_p191\\_210.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_03_p191_210.pdf)>. Acesso em: 09/02/2017. Vide também BRUST, L. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 507-526, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n2/14.pdf>>. Acesso em: 09/02/2017. Sobre a discussão na literatura estrangeira, vide: VERMEULE, Adrian. Saving constructions. **The Georgetown Law Journal**, Washington, vol. 85, 1997.

<sup>4</sup> Voto do Ministro Eros Grau na ADI 3.150, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510E-Grau.pdf>. Acesso em 02/02/2017).

caso da decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade da lei que instituiu o Programa Universidade para Todos (ProUni).

Ao analisar a lei, que havia sido questionada em uma ADI proposta pela Confederação Nacional de Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) e pelo DEM, o tribunal acabou declarando a sua constitucionalidade. Fez isso, porém, alterando o objetivo atribuído ao programa pelo Poder Executivo, que o desenhou e negociou sua aprovação no Congresso Nacional. Os ministros substituíram a finalidade original do programa (democratização do acesso ao ensino superior), conforme idealizado pelo Executivo e aprovado pelo Congresso, por sua própria leitura de qual seria o objetivo do ProUni – e, no caso, o objetivo que os ministros viram na lei era muito mais ambicioso: a redução das desigualdades sociais.

Essa alteração de finalidade legislativa, como argumentaremos em detalhes ao longo deste trabalho, não é apenas uma manobra de raciocínio jurídico cujas consequências se esgotam, ao fim e ao cabo, na decisão atingida naquele caso. Ao contrário, se levada a sério, a decisão do tribunal, embora tenha declarado constitucional o ProUni, tem efeitos normativos que podem acabar exigindo alterações no próprio desenho do ProUni, para que o programa possa continuar sendo constitucional ao longo do tempo. Ou seja: mesmo sendo deferente, *no resultado*, à escolha de política pública feita pelo Executivo, o tribunal pode ter afetado a substância dessa escolha – inclusive a ponto de alterar na prática o funcionamento do programa – devido à *fundamentação* que adotou para manter a constitucionalidade da lei.

Embora este trabalho enfoque o caso do ProUni, há razões para acreditar que o problema possa ser mais generalizado. A tradição do pensamento jurídico brasileiro confere muito pouca importância à investigação das finalidades ou propósitos concretos, dos atores políticos de carne e osso que estão por trás das normas que os juízes agora precisam aplicar. É possível identificar, na doutrina, sinais de descaso com relação à relevância e à utilidade de se discutir a “história legislativa” para se fixar a finalidade de uma norma, e os argumentos “teleológicos” são feitos com bastante independência do que os legisladores pensavam sobre a lei que estavam criando. Essa postura de desconsiderar quaisquer indícios do que os criadores da política pública tinham em mente não é tão inofensiva quanto pode parecer. É verdade que há boas razões para rejeitarmos a ideia de que a “intenção do legislador” deve ser o único ou mesmo o principal elemento de interpretação de textos legais.<sup>5</sup> Mas, por outro lado, o caso do ProUni mostra que também há boas razões para que não seja adotada uma postura de desconsideração absoluta das palavras do legislador quando se trata de investigar as finalidades de normas que consagram políticas públicas cujo impacto no mundo precisa ser mensurado e avaliado.

---

<sup>5</sup> Vide, a esse respeito, especialmente VERMEULE, Adrian. Legislative history and the limits of judicial competence: the untold story of Holy Trinity Church. *Stanford Law Review*, vol. 50, n. 6, p. 1833-1896, jul. 1998.

Em especial, na decisão do Supremo sobre o ProUni e em suas implicações para casos semelhantes, dois problemas aparecem. O primeiro problema é mais óbvio: os ministros não decidiram apenas o que parecia mais evidente no caso, e que sabiam estar decidindo – a constitucionalidade do programa. Decidiram também uma outra questão – para que serve o ProUni? – que já havia sido na verdade enfrentada e respondida pelos formuladores da política pública. Decidiram algo sem saber exatamente o que estava em jogo e, portanto, não puderam avaliar com clareza as implicações de sua decisão. O segundo problema é mais sutil, e ocorre quando ao menos alguns dos tomadores de decisão sabem o que está em jogo e deliberadamente reformulam a finalidade da norma, protegidos pela aparente deferência da declaração de constitucionalidade. Se, no primeiro problema, o risco é o da *mudança irrefletida*, no segundo problema o risco é o da *mudança oculta*. São riscos não excludentes, e podem ambos aparecer em uma determinada decisão, como mostraremos em detalhes nas próximas seções.

## 2. O CASO DO PROUNI NO STF<sup>6</sup>

### 2.1. O programa ProUni

Os primeiros passos da Reforma Universitária do Governo Lula incluíram sobretudo medidas que simultaneamente expandissem a rede de ensino superior sem aumentar os gastos da União.<sup>7</sup> É nesse contexto que se insere o ProUni, criado em maio de 2004 por meio da Medida Provisória nº 213/2004, posteriormente convertida na Lei n. 11.096, de 13 de janeiro de 2005.<sup>8</sup> O programa enfrenta o aumento da demanda por acesso à educação aproveitando a alta ociosidade característica do ensino superior privado brasileiro (em 2002, 35% das vagas estavam ociosas; em 2003, 42% e, em 2004, 49,5%).<sup>9</sup> A engenharia jurídico-financeira do ProUni é benéfica para as contas públicas. Estima-se que, no primeiro ano do ProUni, a renúncia fiscal em R\$ 50 milhões, contra R\$ 340 milhões para gerar o mesmo número de vagas em instituições públicas de ensino

<sup>6</sup> Este tópico se baseou no trabalho de conclusão de curso “Compatibilizando meios com fins: É necessário regular a distribuição de bolsas do ProUni por curso?”, apresentado à FGV Direito Rio por João Marcelo da Costa e Silva Lima para a obtenção do título de bacharel em direito. O trabalho está disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13893>. Acesso em 22/06/2017.

<sup>7</sup> MANCEBO, Deise. “Universidade para todos”: a privatização em questão. **Pro-Posições**, Campinas, v. 15, n. 3, p. 75-90, set./dez. 2004. p. 80.

<sup>8</sup> O ProUni já foi descrito como uma iniciativa que “equilibra impacto popular, atendimento às demandas do setor privado e regulação de contas do Estado, cumprindo a meta do Plano Nacional de Educação” (CATANI, A. M.; HEY, Ana Paula; GILIOLI, Renato de Sousa Porto. ProUni: democratização do acesso às instituições de ensino superior? **Educar em Revista**, Curitiba, n. 28, p. 125-140, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/er/n28/a09n28.pdf>>. Acesso em: 09/02/2017. p. 127).

<sup>9</sup> Para uma descrição mais detalhada do processo de expansão do ensino superior brasileiro, marcado por altas ociosidades e por um foco em cursos de baixos custos fixos e marginais, vide: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; RIBEIRO, Leandro Molhano; LIMA, J. M. C. S. A oferta de cursos do ProUni e mercado de trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 3, p. 119-139, set./dez., 2016. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/45019>>. Acesso em 09/02/2017.

superior.<sup>10</sup> As bolsas do ProUni são destinadas a estudantes que tenham cursado o ensino médio completo em escolas da rede pública ou em instituições privadas como bolsistas integrais, bem como a estudantes portadores de deficiências e a professores de rede pública de ensino (para cursos de Licenciatura, Normal superior e Pedagogia, independentemente de renda). Trata-se de benefício concedido ao estudante pelo governo federal que não está condicionado a qualquer forma de restituição financeira ao governo.<sup>11</sup>

Para participar do programa, as instituições de ensino superior (IES) devem oferecer bolsas integrais para o equivalente a 10,7 de estudantes regularmente pagantes e matriculados ao final do correspondente período letivo anterior. Ao longo do período de vigência do termo de adesão, essas IES ficam isentas do recolhimento de contribuições e impostos.<sup>12</sup>

O objetivo imediato, e intuitivo do ProUni é a concessão de bolsas de estudo (parciais e integrais) para pessoas desfavorecidas segundo os critérios (de renda, cor, etc.) do programa. Mas, em uma perspectiva mais ampla, as bolsas e as correspondentes isenções são os meios de que os formuladores da política pública lançaram mão para promover certos fins na realidade brasileira. Qual é, então, a transformação social que a concessão de bolsas do ProUni visa a realizar? Quais são os critérios de sucesso do programa – ou seja, como saberemos se esta é ou não uma política pública eficaz para os seus pretendidos fins?

## 2.2. Para que serve o ProUni?

O ProUni foi concebido e estruturado pelo Ministério da Educação (MEC), integrante do Poder Executivo. O MEC apresentou, em 10 de setembro de 2004, a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 213/2014 (Exposição Interministerial nº 061/2004/MEC/MF), posteriormente convertida na lei que instituiu o ProUni. Nos termos da Exposição de Motivos, o ProUni seria uma “política de acesso democrático ao ensino superior – para estudantes de baixa renda e também para minorias étnico-raciais (...)”, ou melhor, “um programa de democratização do ensino superior mediante a concessão de bolsas de estudo”.

<sup>10</sup> ALMEIDA, Sergio Campos de. **O avanço da privatização na educação brasileira**: o ProUni como uma nova estratégia para a transferência de recursos públicos para o setor privado. Niterói, 2016. 123 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Educação, Universidade Federal Fluminense, 2006. Disponível em: <[http://www.bdttd.ndc.uff.br/tde\\_arquivos/2/TDE-2008-01-16T133941Z-1155/Publico/Dissert-Sergio%20Almeida.pdf](http://www.bdttd.ndc.uff.br/tde_arquivos/2/TDE-2008-01-16T133941Z-1155/Publico/Dissert-Sergio%20Almeida.pdf)>. Acesso em: 09/02/2017. p. 86.

<sup>11</sup> AMARAL, D. P.; OLIVEIRA, Fatima Bayma de. O ProUni e a conclusão do ensino superior: questões introdutórias sobre os egressos do programa na zona oeste do Rio de Janeiro. **Ensaio**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 70, p. 21-42, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v19n70/v19n70a03.pdf>>. Acesso em: 09/02/2017. p. 27.

<sup>12</sup> São eles: (i) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS; (ii) Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS; (iii) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSSL; e (iv) Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ.

Uma política de democratização de acesso ao ensino superior como o ProUni não tem, evidentemente, natureza ou pretensão universalizante. Ao definir o ProUni como uma política de democratização, e não de universalização, os formuladores da política pública atribuíram um objetivo bastante bem-definido e focalizado ao ProUni. O acesso à educação superior é obstáculo apenas para um grupo específico de brasileiros, razão inclusive pela qual apenas alunos de baixa renda estão habilitados a se beneficiar do ProUni.<sup>13</sup> Nesse sentido, podemos considerar que o programa consiste em uma ação *reparatória*.<sup>14</sup> Segundo Kerstenetzky, ações reparatórias são aquelas

*necessária[s] para restituir a grupos sociais o acesso efetivo a direitos universais formalmente iguais – acesso que teria sido perdido como resultado de injustiças passadas, em virtude, por exemplo, de desiguais oportunidades de realização de gerações passadas que se transmitiram às presentes na perpetuação da desigualdade de recursos e capacidades. Sem a ação/política/programa, focalizados nesses grupos, aqueles direitos são letra morta ou se cumprirão apenas em um horizonte temporal muito distante.*

Há pelo menos três razões para classificar o ProUni, nos termos do seu desenho original, como uma ação reparatória. Primeiro, o direito universal formalmente igual a que o ProUni quer garantir acesso efetivo é o direito à educação, previsto no *caput* do art. 6º da Constituição Federal, ou o direito ao acesso ao ensino superior (dentro da capacidade de cada um) previsto no art. 208, V da Constituição Federal.

Segundo, o grupo social em que o ProUni foca sua atenção é composto por pessoas que, atualmente, não são capazes chegar à educação superior no Brasil, pública e privada. São, em regra, pessoas que não tiveram acesso à educação secundária de qualidade e, por isso, não conseguem competir em nível de igualdade com os demais por vagas em universidades públicas e, ao mesmo tempo, não possuem recursos financeiros para pagar a matrícula de universidades particulares. Dessa forma, a “democratização do acesso”, no sentido da supramencionada Exposição de Motivos que deu origem ao ProUni, é a correção de uma desigualdade de oportunidade (de acesso à educação superior).

Terceiro, a principal lógica da ação reparatória diz respeito à imediatez de seus efeitos. Ela se presta a garantir, desde já, condições materiais para que se efetive na prática o acesso a um direito que, formalmente, já se dá em condições iguais. O compromisso da ação reparatória é com a geração atual, não a futura, ainda que ela possa também produzir efeitos benéficos no futuro. Considere, por exemplo, uma reserva de vagas por

<sup>13</sup> Vide, para um histórico detalhado da desigualdade de acesso ao ensino superior no Brasil, LIMA, J. M. C. S. Compatibilizando meios com fins: é necessário regular a distribuição de bolsas do ProUni por curso? **Coleção Jovem Jurista**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 147-200. nov. 2015.

<sup>14</sup> KERSTENETZKY, C. L. Políticas Sociais: Focalização ou Universalização? **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 26, n. 4, p. 564-574, out./dez. 2006. p. 570.

critérios raciais no ensino superior ou em concursos públicos. A ideia é permitir que, de imediato, uma pessoa oriunda de uma minoria historicamente desfavorecida tenha acesso a vagas em uma instituição pública considerada particularmente importante. Essa é uma estratégia de política pública muito diferente daquela que consiste num investimento de longo prazo numa transformação social: por exemplo, o investimento na educação básica, cujo objetivo é melhorar a vida de uma geração futura. Em geral, ações reparatórias são complementadas por ações que buscam transformações sociais mais abrangentes e ambiciosas, mas cujos efeitos se sentem no médio e longo prazo.

O caráter imediato dos efeitos do ProUni aparece quando consideramos o funcionamento do programa. Como mencionado acima, a eficácia do do ProUni depende de duas variáveis: (i) a alta capacidade ociosa dos cursos de educação superior oferecidos por IES privadas; e (ii) a atratividade das isenções fiscais de que se beneficiam as IES privadas como contrapartida pela concessão das bolsas. Isso sugere que não é pretensão do ProUni provocar uma transformação profunda no funcionamento do ensino superior brasileiro de modo a mitigar desigualdades estruturais no acesso à universidade. Também indica que a ambição do ProUni se limita a permitir alunos desfavorecidos possam se valer, o quanto antes, das bolsas oriundas de vagas ociosas em instituições de ensino superior, e, assim, corrigir uma desigualdade de acesso (um direito formalmente igual).

### 2.3. A finalidade do ProUni (segundo o Supremo)

Se definimos o objetivo original do ProUni como o de garantir o “acesso democrático ao ensino superior”, haverá ao menos duas implicações em termos de como o programa deve ser estruturado e quais seus critérios de sucesso. Primeiro, o ProUni deveria preocupar-se exclusivamente em *garantir a frequência* de alunos desfavorecidos em instituições privadas de ensino superior; segundo, para promover seu objetivo, o ProUni deveria se concentrar em *umentar o universo de bolsas* que concede a estudantes menos favorecidos. Contudo, nenhuma dessas implicações colocadas se mantém se levarmos a sério a leitura que o Supremo Tribunal Federal fez, na ADI nº 3330, de quais as finalidades e objetivos do programa.

Nesse caso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, julgou improcedente o pedido feito pela CONFENEN e DEM, que questionava a constitucionalidade de alguns dispositivos da lei que instituiu o ProUni e passou a regular a atuação de entidades de assistência social no ensino superior (Lei n. 11.096/2005).<sup>15</sup> O julgamento começou em 2 de abril de 2008 e o acórdão do STF foi publicado em 3 de maio de 2012.

A CONFENEN alegava que a medida provisória e a lei em que esta foi convertida violariam o art. 62 da Constituição Federal – e, conseqüentemente, o princípio da separação dos poderes –, pois constituiria usurpação legislativa pelo Presidente da

<sup>15</sup> A ADI nº 3330 foi anexada à ADI 3.314, ajuizada pelo partido DEM, por ter exatamente o mesmo objeto.

República. Isso porque não estaria presente o requisito de “estado de necessidade legislativo” que autorizaria a edição da medida provisória. Além disso, a CONFENEN também sustentava que os arts. 10 e 11 da lei que instituiu o ProUni violariam os arts. 146, II e 195, parágrafo 7º da Constituição Federal, pois entrariam em seara reservada a lei complementar. A razão disso é que os referidos dispositivos da lei do ProUni supostamente pretendiam estabelecer o conceito de entidade beneficente de assistência social. Por fim, a CONFENEN também alegou que o art. 7 da lei que instituiu o ProUni, ao estabelecer que a condição socioeconômica do aluno é o critério para concessão das bolsas, violaria o princípio da isonomia previsto em diversos dispositivos constitucionais, como o art. 3, IV e o art. 5 da Constituição Federal.<sup>16</sup>

Para fundamentar a declaração de constitucionalidade do ProUni e refutar especificamente o argumento de violação à isonomia apresentado na inicial, o STF atribuiu ao programa um objeto bem mais ambicioso do que o descrito na seco anterior. Mais do que garantir o acesso de um grupo desfavorecido ao ensino superior, o tribunal interpretou o objetivo do ProUni como sendo *reduzir desigualdades sociais*. Nesse sentido, vale destacar o trecho abaixo do voto do relator, Min. Ayres Britto, reproduzido na ementa do acórdão:

*A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. (...) A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. (...) A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um descrimen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade ('ciclos cumulativos de desvantagens competitivas').*

A posição do Ministro Ayres Britto foi seguida pela maioria do Plenário do STF, inclusive no tocante à conclusão de que o objetivo do ProUni seria o de reduzir

<sup>16</sup> Quanto a essa alegação, vale conferir as p. 24 e 25 da petição inicial da CONFENEN: “O único critério que o Estado está obrigado a observar, no tocante ao ensino superior, está previsto no art. 208, V (...) razão pela qual as ações afirmativas nesse campo, deveriam levar o poder público a capacitar a todos para tal acesso, dando ensino básico de igual qualidade, outorgando bolsas de estudos aos de menor possibilidade econômica, e não pretender que, no ensino universitário, se outorguem privilégios a quem não esteja capacitado a acompanhá-lo, ainda que isso tenha derivado do fato de o Estado ter falhado em dar, no ensino básico e médio, a qualificação necessária. Em outras palavras: os postulantes a cursos de nível superior, independente de sua condição sócio-econômica, racial, gênero ou credo, têm, à luz da Constituição Federal, os mesmos direitos, não podendo a lei estabelecer outras discriminações para o acesso, que não seja a baseada na capacidade de cada um, demonstrada objetivamente. Ora, a teor do que estabelece o ato impugnado – ao [de]terminar de que forma deve-se dar o preenchimento de vagas, nos dispositivos ora impugnados – o processo de seleção não será mais o da Universidade, mas outro, cm base em tais critérios discriminatórios, estabelecidos pelo Governo para o ProUni, o que nos remete às lições de Celso Antonio Bandeira de Mello, supra transcritas, de violação à isonomia por falta de correlação lógica entre os critérios de discrimen (aliás, proibidos pela lei maior) e a diferenciação feita”.

desigualdades sociais. Quanto a esse ponto, vale destacar o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa, que argumentou explicitamente que o ProUni promove diversos dispositivos constitucionais que preveem a redução de desigualdades sociais. Para embasar esse argumento, o ministro citou dados do Censo Anual de 2008 do MEC e do Instituto Nacional de Estudos de Pesquisa Educacional (INEP), que diziam haver, naquele ano, uma oferta de 2,98 milhões de vagas nas universidades de todo o país, das quais 1,478 milhão estavam ociosas. O censo indicava que a maior parte dessas vagas ociosas se localizava em universidades privadas, sendo a causa atribuída a esse estado de coisas a dificuldade financeira das famílias de pagar o estudo superior de seus filhos.

O Ministro Joaquim Barbosa também afirmou que, ao financiar a bolsa total para alunos de famílias com renda até 1,5 salário mínimo e parcial para aqueles egressos de famílias com renda de até três salários mínimos, “o ProUni representa importante fator de inserção social”, o que se confirmaria por outra pesquisa, elaborada em 2009 pelo Ibope, de acordo com a qual 56% dos alunos apoiados pelo ProUni já trabalhavam quando iniciaram seu curso superior, mas seu nível de emprego aumentou 80% após o Programa (fato que naturalmente contribui para a melhoria da renda de suas famílias). Ademais, Joaquim Barbosa mostrou dados que apontam ser o custo de cada bolsa do programa inferior ao custo por aluno em universidades públicas e, também, privadas.

É preciso ter cautela ao atribuímos “ao tribunal” argumentos, fundamentos e interpretações que apareceram em apenas alguns dos votos, mesmo quando todos os ministros concordam no resultado, e mesmo quando esses elementos aparecem também na ementa do acórdão. De um lado, o processo decisório do STF não incentiva a convergência entre os votos e torna bastante difícil identificar qual seria, afinal, a posição “da corte”.<sup>17</sup> No caso do ProUni, os ministros podem ter votado pela constitucionalidade do ProUni com base em fundamentos completamente diferentes daqueles adotados pelo relator. De outro lado, porém, na prática do STF e da comunidade jurídica brasileira em geral, a falta de critérios claros para identificar qual foi a *ratio decidendi* da maioria não impede que advogados e juízes falem, o tempo todo, na “jurisprudência do tribunal”; com frequência, uma simples referência de algum ministro a determinados

<sup>17</sup> Nesse sentido, Vojvodic et. al. Observam: “Nota-se (...) a dificuldade em se determinar, ainda que em um caso de decisão unânime, qual foi a decisão tomada pelo Tribunal como um todo. (...) A unanimidade se dá tão-somente com relação ao dispositivo da decisão, o elemento questionado por meio da ADI, mas não se reflete no momento da justificação dessa solução dada pelo Tribunal” (VOJVODIC, Adriana de Moraes; CARDOSO, E. L. C.; MACHADO, A.M.F. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, p. 21-44, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24371/23151>>. Acesso em 09/02/2017, p. 31). Vide também SILVA, Virgílio Afonso da. “Um Voto Qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v.1, 2015, pp. 180-200; ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. “Nos Termos do Voto do Relator”: Considerações acerca da fundamentação coletiva dos acórdãos do STF. REI – *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, p. 263-297, jul. 2016. SILVA, Virgílio Afonso da. O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian, *Revista Estudos Institucionais*, v.2, 2016, pp 648-669.

argumentos em seu voto acaba sendo utilizada como indicativo da “jurisprudência” do tribunal (especialmente se esses argumentos estiverem na ementa).<sup>18</sup>

Assim, o simples fato de o relator adotar uma posição explícita sobre a finalidade do ProUni já poderia produzir consequências no futuro, incluindo no repertório do STF um conjunto de argumentos oficiais que, dentro do contexto atual de falta de consenso sobre o que conta como a posição “da instituição”, poderiam ser retomados no futuro em decisões monocráticas ou em quaisquer votos como “jurisprudência” ou “precedentes”.<sup>19</sup> Para os fins deste trabalho, porém, partiremos da premissa de que ainda é relevante que uma dada justificativa, oferecida pelo relator, não tenha sido diretamente contestada por seus colegas de maioria. Assumiremos que todos os ministros que não tenham explicitamente discordado da justificativa da decisão de confirmação de constitucionalidade acima – i.e., que o ProUni objetiva a reduzir desigualdades sociais – aderiram, por exclusão, ao voto do relator, ao menos no sentido de que não geraram argumentos alternativos que poderiam ser recuperados em casos futuros.

No caso, apenas o Ministro Marco Aurélio divergiu do relator no caso. Não, porém, porque tenha discordado que o propósito do ProUni é reduzir desigualdades sociais.<sup>20</sup> Outros ministros, como Rosa Weber, Luiz Fux e Gilmar Mendes apresentaram votos, mas se limitaram corroborar a conclusão do acórdão com argumentos laterais (por exemplo, discutindo em que medida igualdade material exige tratamento diferente entre pessoas em situação fática distinta)<sup>21</sup> ou para endereçar outras questões jurídicas em jogo, como a autonomia universitária.<sup>22</sup>

Diante disso, e sujeito às limitações que nosso corte metodológico apresenta, vamos seguir o argumento deste texto partindo da premissa de que é possível dizer que o STF, enquanto instituição, alterou o conteúdo do objetivo social que deve ser

<sup>18</sup> Para uma discussão sobre o fenômeno “jurisprudência pessoal” nas práticas decisórias do Supremo, vide ARGUELHES, Diego W.; RIBEIRO, Leandro M. O Supremo Individual: Mecanismos de atuação individual dos ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, v.46, 2015. Para uma crítica à prática de tomar trechos soltos de votos e decisões como indicativo de “jurisprudência” do tribunal, ver LEAL, Fernando. “Uma jurisprudência que serve para tudo?”, in FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; FREIRE, Felipe Recondo (orgs.). **O Supremo em 2015**. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

<sup>19</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>20</sup> Pelo contrário, o Ministro Marco Aurélio focou nas outras questões jurídicas em jogo no caso (vide nota de rodapé n. 51), como a falta de urgência e relevância para edição da medida provisória, a impossibilidade de se regular matéria tributária por meio de medida provisória e o desrespeito à autonomia universitária.

<sup>21</sup> Com efeito, o Ministro Luiz Fux entendeu que: “A isonomia, no caso concreto, reclama tratamento isonômico, tratando igual os iguais e desigualmente os desiguais. Um dos subprincípios da isonomia na Constituição Federal, no seu artigo 206, é garantir a igualdade de acesso à educação”, afirmou, lembrando que há um paradoxo no Brasil no qual alunos de escolas públicas têm dificuldade de acesso às universidades federais e estaduais, que são as melhores do país, por conta da baixa qualidade dos colégios públicos”.

<sup>22</sup> A ministra Rosa Weber, por exemplo, observou que já tinha enfrentado as questões de isonomia e autonomia universitária em seu voto na ADPF 186, que envolvia a constitucionalidade de cotas raciais no vestibular da Universidade de Brasília. De modo semelhante, Fux “sustentou que a lei que criou o ProUni não limitou o poder estatal de tributar ao conceder isenção às entidades que aderem ao programa. ‘A lei apenas estabelece critérios para que as entidades possam se enquadrar no programa. Isso nada tem a ver com o poder de tributar’, apontou”. Fux também “rebateu o argumento de que o programa fere a isonomia ao repassar verbas para universidades privadas que instituírem ações afirmativas, reservando bolsas para alunos que cursaram o ensino médio em escolas públicas, sendo que boa parte delas deve ser concedida a negros, índios e portadores de necessidades especiais”.

perseguido pelo ProUni - muito embora tenha declarado a política pública constitucional e tenha, portanto, se comportado de maneira deferente ao Poder Legislativo. Consideraremos, então, que o STF implicitamente decidiu que a execução do ProUni jamais será compatível com seu objetivo social se o acesso à educação superior não implicar necessariamente em redução de desigualdades sociais e for capaz de promover a inserção social do grupo desfavorecido e focalizado pelo ProUni.

## 2.4. A mudança de finalidade do ProUni importa?

Ao julgar a constitucionalidade do ProUni, o STF associou duas ideias que não têm, em si, ligação necessária: (i) redução de desigualdades, de um lado, e (ii) mobilidade social através do incremento da empregabilidade, de outro. Mais especificamente, o tribunal diluiu (ii) dentro do objetivo mais geral de (i). Na prática, ao reler a finalidade do programa dessa forma, o Supremo alterou os critérios pelos quais consideramos que o ProUni terá sido ou não bem-sucedido em atingir seus objetivos – e, consequentemente, alterou o próprio conteúdo da política pública.

Considere, por exemplo, o voto do Ministro Joaquim Barbosa: citou dados de empregabilidade dos beneficiários do Programa (Ibope) e, logo no parágrafo seguinte, concluiu que as “características do Programa demonstram, portanto, não apenas o preenchimento dos requisitos para sua validade e compatibilidade constitucional, mas, principalmente, que os frutos de sua aplicação já estão sendo colhidos pelo público-alvo”. Do mesmo modo, a expressão “ciclos competitivos de desvantagens econômicas”, incorporada ao acórdão do STF na ADI 3330 acima, refere-se a um conceito fruto de uma associação forte entre oportunidades de educação e ascensão social.<sup>23</sup>

Assim, embora o STF tenha reconhecido a importância de corrigir a desigualdade de oportunidade de acesso à educação superior, parece ter também decidido que a garantia de acesso à educação de grupos historicamente desfavorecidos está dentro de (e contribui para) um processo de transformação social mais abrangente, que é a de redução de desigualdades sociais do país mediante o incentivo à mobilidade social. Estamos assumindo aqui que, mantidas iguais todas as demais variáveis, quanto mais fácil for para todos os brasileiros conseguir um emprego bem-remunerado, menor será a desigualdade social no país.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Nas palavras de Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto-vista: “Como todos sabemos, a pobreza crônica, que perpassa diversas gerações e atinge um contingente considerável de famílias do nosso país, é fruto da falta de oportunidades educacionais, o que leva, por via de consequência, a uma certa inconsistência na mobilidade social. Isto caracteriza, em essência, o que poderíamos qualificar como ‘ciclos cumulativos de desvantagens competitivas’, elemento de bloqueio sócio-econômico que confina milhões de brasileiros a viver eternamente na pobreza” (grifo nosso).

<sup>24</sup> O STF não inovou ao associar, em abstrato, mobilidade social mediante o incremento de empregabilidade com o objetivo mais abrangente de redução de desigualdades sociais. E nem precisava ter feito essa associação explicitamente: ela se presume no momento em que o STF atribui ao ProUni o objetivo de reduzir desigualdades sociais. Quanto mais oportunidades de trabalho tiver um indivíduo, mais chances terá ele de “escolher” o emprego que maximize sua qualidade de vida (se o indicador principal de “qualidade de vida” for renda) (Para um trabalho que desenvolve sofisticadamente a relação entre educação e nível

Qual a diferença que essa releitura judicial (consciente ou não) faz na prática? Ao fazer a associação entre empregabilidade e redução de desigualdades, a decisão do STF tem implicações para a estrutura e funcionamento do ProUni. Especificamente, (i) fez com que o ProUni tivesse que passar a se comprometer com a empregabilidade de seus beneficiários; (ii) fez com que o ProUni se transformasse em política social de focalização como condicionalidade,<sup>25</sup> o que transforma seu objetivo em algo muito mais ambicioso do que apenas garantir condições materiais para o acesso a um direito formalmente disponível para todos os brasileiros – o direito de acesso à educação. Considere a diferença entre as duas situações descritas no quadro abaixo.

<u>Objetivo nº 1:</u> democratizar acesso ao ensino superior, tal como descrito na Exposição de Motivos.	<u>Objetivo nº 2:</u> reduzir desigualdades sociais, tal como enfatizado pelo STF.
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Neste caso, estamos nos referindo a uma ação reparatória focalizada, em que a política pública cumpre o propósito de tutelar o direito para restituir a grupos sociais o acesso efetivo a direitos universais formalmente iguais – em geral direitos econômicos e sociais.</li> <li>• A transformação social pretendida é, no caso das ações reparatórias, a própria efetivação do direito universal formalmente igual, que, no nosso caso, corresponderia à garantia, via ProUni, do acesso ao ensino superior para jovens desfavorecidos. Se essa efetivação levar, no agregado, à redução de desigualdades sociais é outra história (embora isso seja, naturalmente, desejável).</li> <li>• Não há, no caso de ações reparatórias, um compromisso imediato (nem necessário) com a redução de desigualdades e sim com a efetivação de um direito, pois se assume aí que a proteção do direito via política reparatória se justifica pelo próprio valor do direito em si.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Neste caso, a transformação social pretendida é a redução de desigualdades. Qualquer política pública que tenha como objetivo a redução de desigualdades necessariamente assume um compromisso imediato e necessário com a redução de desigualdades em sentido literal.</li> <li>• Se o ProUni tivesse como objetivo normativo a redução de desigualdades (o que sustentamos efetivamente ser o caso diante da decisão do STF), teria que ser estruturado de maneira a possibilitar, da forma mais menos custosa e mais efetiva possível (dentro da lógica de uma política social de focalização como condicionalidade), a mobilidade social de seus beneficiários.</li> <li>• Nesse sentido, o ProUni teria que assumir um compromisso com a empregabilidade de seus beneficiários.</li> </ul>

de renda, *vide*: CATANI, A.M.; HEY, A.P. A educação superior no Brasil e as tendências das políticas de ampliação de acesso. **Atos de pesquisa em educação**, Blumenau, v. 2, n. 3, p. 414-429, set./dez. 2007.). Se isso é verdade para todos, é especialmente certo para um beneficiário do ProUni, parte de um grupo social historicamente desfavorecido. A relação entre empregabilidade e redução de desigualdades sociais é, evidentemente, intuitiva (*vide*, a esse respeito, ARROYO, Miguel G. Políticas educacionais e desigualdades: à procura de novos significados. **Educação e Sociedade**, [s.l.], v. 31, n. 113, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v31n113/17>>. Acesso em: 09/02/2017). *Vide* também, a respeito: SUBIRATS, Joan. Quais políticas públicas para qual crise? Transformação social e intervenção do Estado. In: COELHO, Maria Francisca Pinheiro; TAPAJÓS, Luziele Maria de Souza; RODRIGUES, Monica (Org.). **Políticas sociais para o desenvolvimento**: superar a pobreza e promover a inclusão. Brasília: UNESCO, 2010, p. 115).

<sup>25</sup> A focalização como condicionalidade é aquela “no sentido de busca do foco correto para se atingir a solução de um problema social previamente especificado, portanto como um aumento de eficiência local, isto é, eficiência na solução desse problema específico (...)” (grifo no original) (KERSTENETZKY, C. L. Políticas Sociais: Focalização ou Universalização? **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 26, n. 4, p. 564-574, out./dez. 2006. p. 569).

Na leitura do STF, o objetivo do ProUni não é o nº 1 (objetivo original), e sim o nº 2: a correção de um problema social específico – a desigualdade de renda. Com isso, a lógica do ProUni passa a ser a eficiência na solução desse problema específico: para obter A, é melhor gastar em X ou em Z?<sup>26</sup> Se tomamos essa como a finalidade do ProUni, porém, o programa não parece estar funcionando da melhor maneira possível. De fato, ele direciona seus alunos a cursos que lhes permitem acessar mercados de trabalho menos valorizados e, portanto, menos aptos a contribuir para a mobilidade social. Contudo, os cursos em que o ProUni concentra a oferta de bolsas são direito e administração.<sup>27</sup> De acordo com dados do SisProUni, disponibilizados pelo MEC via E-Sic, as bolsas ofertadas para administração e direito representaram, entre 2012 e 2014, entre 6% e 8% pontos percentuais a mais do que o total de bolsas para cursos de engenharia, ciências biológicas, medicina, geologia e ciência da computação.<sup>28</sup> Direito e administração são cursos que garantem acesso a mercados de trabalho extremamente saturados, enquanto que há déficit de mão-de-obra, no Brasil, de pessoas formadas em engenharia, ciências biológicas, medicina, geologia e ciência da computação, ou outros cursos correlatos. Além disso, os cursos mais “científicos” remuneram melhor do que direito e administração.<sup>29</sup>

Para promover seu “novo” objetivo normativo – o da redução de desigualdades sociais –, o ProUni precisaria focar sua oferta de bolsas em cursos mais valorizados pelo mercado de trabalho. E tudo indica que isso é algo que o ProUni, da forma que está hoje estruturado, não consegue fazer, pois a lógica do programa é se valer das altas ociosidades que marcam alguns cursos cujos custos fixos e marginais são baixos – como é o caso de direito e administração. A ociosidade não é tão elevada em cursos mais “tecnológicos” ou científicos”, como, por exemplo, engenharia, ciências biológicas, etc., justamente porque os custos marginais (i.e., os custos correspondentes a cada aluno adicional) são altos.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Kerstenetzky observa que “parte da solução do problema [aquele previamente especificado pela política social] depende de conhecimento mais denso sobre aspectos demográficos, sociológicos e territoriais da privação que se quer atender ou do direito que se quer implementar, além dos aspectos propriamente econômicos. A avaliação de políticas públicas já experimentadas de modo incremental é também parte importante da busca de soluções. E aqui, é evidente que a eficiência do gasto é crucial; dela depende a existência de recursos para serem gastos em outras áreas carentes” (KERSTENETZKY, C. L. Políticas Sociais: Focalização ou Universalização? *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 26, n. 4, p. 564-574, out./dez. 2006, p. 570).

<sup>27</sup> LIMA, J. M. C. S. Compatibilizando meios com fins: é necessário regular a distribuição de bolsas do ProUni por curso? *Coleção Jovem Jurista*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 147-200. nov. 2015. p. 179 e ss.

<sup>28</sup> LIMA, J. M. C. S. Compatibilizando meios com fins: é necessário regular a distribuição de bolsas do ProUni por curso? *Coleção Jovem Jurista*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 147-200. nov. 2015. p. 179 e ss.

<sup>29</sup> LIMA, J. M. C. S. Compatibilizando meios com fins: é necessário regular a distribuição de bolsas do ProUni por curso? *Coleção Jovem Jurista*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 147-200. nov. 2015. p. 179 e ss (citando dados de NÉRI, Marcelo Cortes. Escolhas universitárias e performance trabalhista. In: IPEA. *Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*. Brasília: IPEA, 2013. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/130703\\_radar27.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/130703_radar27.pdf)>. Acesso em 05 fev. 2017).

<sup>30</sup> A esse respeito, vide RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; RIBEIRO, Leandro Molhano; LIMA, J. M. C. S. A oferta de cursos do ProUni e mercado de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 3, p. 119-139, set./dez., 2016. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/45019>>. Acesso em 09/02/2017.

Como se vê, portanto, se levarmos em conta a finalidade que o STF atribuiu ao programa em sua declaração de constitucionalidade, o ProUni é um programa que funciona de maneira sub-ótima e não promove a contento seus objetivos.

### 3. A BUSCA PELA FINALIDADE DA NORMA

Uma das possíveis explicações para o resultado a que o STF chegou, na investigação da finalidade do ProUni, reside no percurso que os ministros trilharam ao enfrentar o problema. Mais precisamente, pelo caminho que *não* escolheram. Nenhum ministro esboçou qualquer tentativa de investigar quais ideias e objetivos os formuladores dessa política pública (no caso, o MEC e o Congresso Nacional) tinham em mente quando a criaram. Mas deveriam ter feito isso? Por que juízes deveriam levar em conta as ideias, ambições e argumentos de legisladores de carne e osso, feitos durante o processo legislativo, na hora de interpretar a finalidade de normas jurídicas?

#### 3.1. Juízes deveriam investigar as preocupações do legislador?

Qual a relação entre as palavras do legislador - ou para se utilizar de uma tradução literal do conceito nos Estados Unidos, a história legislativa (*legislative history*) - e a interpretação? Para juristas como Aharon Barak, o papel da interpretação jurídica é promover o propósito da lei, que, por sua vez, é uma ferramenta que serve para materializar um objetivo social. Por isso, “if a statute is a tool for realizing a social objective, then interpretation of the statute must be done in a way that realizes this social objective”.<sup>31</sup> Se a tarefa que se impõe ao intérprete é promover o propósito da norma no momento de sua aplicação a um caso concreto, a dúvida que surge é: que propósito é esse, e qual o seu conteúdo? Afinal, há muitos. Seria o propósito que o legislador atribuiu à norma? Ou seria o propósito que o intérprete consegue extrair da norma, sem uma necessária relação com o legislador?

Essas perguntas levantam difíceis questões de operacionalização. De acordo com Herz, a interpretação finalística está calcada, respeita, e visa a materializar preferências legislativas; “it is a form of faithful agency”, diz Herz.<sup>32</sup> Essa é uma ideia relativamente incontroversa. O problema que a literatura levanta diz respeito ao *método* através do qual um dado intérprete pode conseguir se apropriar do conteúdo do propósito da norma, e aplicá-lo no caso concreto. Existem, basicamente, duas correntes que convivem a esse respeito: (i) uma que entende que, para realizar o propósito da norma, o intérprete deve, entre outros elementos, considerar, na medida do possível, pistas - exposições de motivos, relatórios em comissões por que passa a norma, etc. - que

<sup>31</sup> BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006, pp. 124/125.

<sup>32</sup> HERZ, Michael. Purposivism and institutional competence in statutory interpretation. **Michigan State Law Review**, East Lansing, n. 89, p. 89-122, 2009, p. 92.

são deixadas ao longo do processo legislativo que produz a norma; e (ii) outra que é da visão de que o intérprete não deve levar em consideração elementos do processo legislativo que podem indicar qual o objetivo da norma, porque esses elementos mais atrapalham e induzem o intérprete a erro do que efetivamente contribuem para que o intérprete seja capaz de realizar, no momento de aplicação da norma, o seu propósito.

Na literatura norte-americana, ganhou força, nos últimos anos, a primeira corrente. Autores como Victoria Nourse argumentam que o intérprete deve, sim, recorrer a elementos do processo legislativo, não para aferir a “intenção” do legislador, ou o “propósito” que ele quis atribuir à norma, e sim para apurar qual o “contexto decisório” em que a norma ingressou no ordenamento jurídico.<sup>33</sup> Essa ideia de migrar das noções de “propósito” ou “intenção” do legislador para o “contexto decisório” de produção da norma é o resultado de críticas feitas por autores como Vermeule à proposta de realizar a tarefa de interpretação finalística recorrendo a elementos do processo legislativo – a “história legislativa”. De acordo com Vermeule, o recurso à história legislativa para aferir a intenção do legislador é perigoso, por razões relacionadas aos limites da competência dos juízes. Para o referido autor, é arriscado recomendar que juízes investiguem qual é o propósito de uma norma, pois esse propósito muitas vezes não é exclusivamente jurídico, e sim composto também por elementos altamente controversos, de natureza econômica e social, que fogem ao treinamento de juízes.<sup>34</sup>

Muito embora possa ser aplicável a algumas situações, no caso do ProUni, esse problema que Vermeule levanta parece ter se desenvolvido de maneira inversa. Não foi o *recurso* à história legislativa do ProUni que fez o STF “errar” em sua fundamentação do ProUni e atribuir ao programa um objetivo bem mais ambicioso do que aquele que originalmente foi pensado por seus formuladores. Nesse caso, a origem do erro está no fato de o STF ter ignorado, por completo, pistas no processo legislativo que pudessem sugerir qual o objetivo do ProUni.

Evidentemente, não há razões muito convincentes para acreditar que, com certeza, o STF teria decidido de maneira melhor, e mais coerente (decidindo tanto consciente quanto inconscientemente ser deferente à política pública), se os ministros tivessem se atentado à história do processo legislativo do ProUni. O que se sabe é que, ao

<sup>33</sup> NOURSE, Victoria. Elementary Statutory Interpretation: Rethinking Legislative Intent and History. *Boston College Law Review*, vol. 55, p. 1613-1614. 2014.

<sup>34</sup> Nas palavras de Vermeule, “First, whatever its other defects, consulting legislative history for evidence of specific intent fits more comfortably with judges’ traditional training and experience. Evidence of specific intent in the legislative history usually embodies a distinct legal command, prohibition or standard that relates to a particular provision of statutory text. Evidence of specific intent, therefore, at least bears more directly upon the types of specific legal questions that judges typically decide. By contrast, evidence of general purpose in the legislative history often involves political social or economic problems that are nonlegal and highly controversial, and in which most generalist judges claim no particular expertise. Restricting the use of legislative history to consultation of such evidence may alleviate the salience problem, yet it simultaneously heightens the risk that judges will fundamentally misunderstand the problems at issue in the legislative record” (VERMEULE, Adrian. Legislative history and the limits of judicial competence: the untold story of Holy Trinity Church. *Stanford Law Review*, vol. 50, n. 6, p. 1833-1896, jul. 1998.p. 1884).

não recorrer ao processo legislativo, o STF se distanciou muito do legislador na definição do objetivo de uma lei. E se sabe também que uma análise relativamente superficial do processo legislativo do ProUni – como a que fizemos na seção acima – poderia ter esclarecido qual o objetivo originalmente concebido pelo ProUni: a democratização do acesso ao ensino superior. A redução das desigualdades poderia, em última instância, até ser uma das consequências da promoção do objetivo de democratização do acesso ao ensino superior – como poderia também não ser. Não era o objetivo “por excelência” do programa, com o qual seus formuladores teriam que se comprometer de maneira incontornável.

Caso os ministros do STF tivessem analisado a história do processo legislativo do ProUni, não faltariam outros dispositivos constitucionais que poderiam também abrigar a finalidade (mais modesta) que os formuladores da política tinham em mente. Em especial, poderiam ter invocado o art. 208, V (citado na inicial da CONFENEN e, também, pelo próprio relator Ministro Ayres Britto), que estabelece que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.<sup>35</sup> Naquele momento, o que importava era mostrar que o programa tinha uma finalidade *constitucional*, e para isso um dispositivo como o art. 208, V bastaria, em que pese a saída mais óbvia, fácil e genérica de focar a “redução de desigualdades”.

Outro problema para o qual Vermeule chama a atenção com relação à interpretação finalística que se vale, metodologicamente, de elementos do processo legislativo é que ela cria condições mais favoráveis para a “preconcepção judicial”. De acordo com Vermeule, o elevado grau de abstração conceitual por trás da noção de propósito da norma “provides free play for judicial subjectivity”.<sup>36</sup> Zelinsky também observa que a interpretação finalística voltada a realizar as preferências do legislador é uma ficção, pois raramente (para não dizer sempre), o recurso do intérprete ao “propósito” que o legislador atribuiu à norma é realmente fundado nas preferências do legislador. Na prática,

<sup>35</sup> Na p. 2 de seu voto, o Ministro Ayres Britto cita o art. 208 e, em seguida, diz que “da conexão de todos os dispositivos constitucionais até agora citados avulta a compreensão de que a educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. Mas uma política pública necessariamente imbricada com ações da sociedade civil, pois o fato é que também da Constituição figuram normas que: a) impõem às famílias deveres para com ela, educação (caput do art. 205); b) fazem do ensino uma atividade franqueada à iniciativa privada, desde que atendidas as condições de “cumprimento das normas gerais da educação nacional”, mais a “autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público” (art. 209, coerentemente, aliás, com o princípio igualmente constitucional da “coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”); c) ainda admitem a prestação do ensino por “escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei”, mediante o preenchimento de requisitos também expressamente indicados (incisos I e II do art. 213)”. Em seu esclarecimento de voto, o Ministro Ayres Britto é ainda mais incisivo quanto à ideia de que a educação superior é um direito de todos, que o Estado deve garantir à população: “Também de modo coerente com a Constituição, que, no artigo 208, ao falar do dever do Estado para com a educação, dispõe: “Art. 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;”.

<sup>36</sup> VERMEULE, Adrian. Legislative history and the limits of judicial competence: the untold story of Holy Trinity Church. *Stanford Law Review*, vol. 50, n. 6, p. 1833-1896, jul. 1998, p. 1885.

o intérprete sempre substitui as preferências do legislador pelas suas.<sup>37</sup> Esse problema é particularmente preocupante quando a matéria discutida possui dimensões técnicas que fogem à competência técnica dos juízes, de modo que a livre escolha judicial pode acabar gerando consequências negativas para além do caso concreto.<sup>38</sup>

Contudo, mais uma vez, esse tipo de preocupação não se adéqua muito bem ao caso ProUni. O STF *quis* ser deferente, mas terminou decidindo de uma maneira que pode ser interpretada como pouco deferente, como visto na seção acima. Ou seja, mesmo sem utilizar o alegado “cheque em branco” da história legislativa, o tribunal acabou decidindo de forma pouco deferente ao Poder Legislativo em uma dimensão relevante.

Não é nosso objetivo exaurir o debate sobre os prós e contras de cada lado. Podemos observar, porém, que o embate na literatura parece convergir para a seguinte constatação: a história do processo legislativo não é nem o elemento mais importante da interpretação finalística, nem deve ser completamente descartado. É uma questão de *grau*. Perde-se tanto com sua ausência, quanto com seu uso excessivo. O objetivo que uma norma visa a promover precisa ser tanto informado na *mens legis*, quanto na *mens legislatoris*. Se levada a sério, o custo de uma decisão que ignora ou atribui peso excessivo seja à *mens legis*, ou à *mens legislatoris*, pode vir a ser alto demais.

### 3.2. Por que não levar em conta as palavras e preocupações dos legisladores?

O que explica este aspecto da decisão no caso ProUni – que os ministros tenham redesenhado a finalidade da norma tão drástica e tranquilamente? Em parte, a resposta está no desenho do processo decisório do tribunal. No direito brasileiro, o escopo de qualquer litígio judicializado é limitado. O limite do que se pode discutir ao longo do processo e, por consequência, do que juízes podem decidir, é delineado por várias regras procedimentais. Para citar apenas alguns exemplos, o Código de Processo Civil (CPC) atual veda que qualquer juiz decida utilizando fundamento sobre o qual as partes não tenham tido oportunidade de se manifestar,<sup>39</sup> ao mesmo tempo em que afirma que o juiz “decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes”,<sup>40</sup> Ou seja, são as partes que estabelecem os limites da controvérsia, e a relativa liberdade que os juízes

<sup>37</sup> Vide, e.g., ZELINSKY, Edward. Commentary, Text, Purpose, Capacity and Albertson's: A Response to Professor Geier. **Florida Tax Review**, n. 2, 1996.

<sup>38</sup> Vide, e.g., EASTERBROOK, Frank. What's so special about judges? **University of Colorado Law Review**, Boulder, vol. 61, p. 774-782, 1990. Disponível: <[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2050&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2050&context=journal_articles)>. Acesso em: 09/02/2017; BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, A. R. Entre política e expertise: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na Lei Geral de Telecomunicações. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 6, n. 21, p. 127-152, abr./jun. 2008.

<sup>39</sup> Art. 10 do CPC, *in verbis*: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

<sup>40</sup> Art. 141 do CPC.

têm de acrescentar fundamentos novos para a discussão das questões colocadas pelas partes é severamente limitada. Essas são regras recentes, mas alguma versão dessas mesmas condicionantes do processo decisório judicial faz parte da tradição consolidada do direito processual brasileiro. Ainda que os exatos limites de aplicação dessas restrições em casos de controle de constitucionalidade, especialmente o controle abstrato e concentrado, sejam objeto de discussão doutrinária, parece certo afirmar que o Supremo Tribunal Federal, como qualquer outro tribunal, é ao menos encorajado pelo desenho institucional a se manifestar sobre os problemas e argumentos levantados pelas partes.<sup>41</sup>

Como esses incentivos operaram no caso do ProUni? A CONFENEN e o DEM alegaram, entre outras coisas, que o ProUni violava o princípio da isonomia. De forma a rebater esse ponto, o STF fez o mesmo exercício que a maior parte dos órgãos judicantes brasileiros está acostumado a fazer: encontrar um dispositivo para invalidar o argumento de violação à isonomia. Para tanto, os dispositivos citados pelo STF foram, por exemplo, (i) o inciso III do art. 3º da Constituição Federal, que estabelece que um dos objetivos fundamentais da República Federativa é “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (ii) o art. 3º, I da Constituição Federal, que diz que outro objetivo fundamental do Estado brasileiro é “construir uma sociedade justa, livre e solidária”; (iii) o art. 23º a Constituição Federal, que diz que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Embora em sede de controle difuso, em certa medida, o julgamento do STF no caso Raposa do Sol (Pet 3388 AgR/RR, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, de 06/04/2006) ilustra como o tribunal energe decisões *extra petita*, i.e., que não se limitam à moldura jurídica estabelecida pelas partes. Naquela ocasião, o Ministro Menezes Direito proferiu um voto em que estabeleceu 18 condicionantes aplicáveis não apenas para o processo de demarcação da reserva Raposa do Sol, mas também para outras terras indígenas. Ocorre que essas condicionantes não foram apresentadas pelo Estado de Roraima, autor da ação popular que originou o caso. Assim, a postura do Ministro Menezes Direito, que poderia ser classificada como *ativista*, provocou fortes reações de outros membros do tribunal, como, por exemplo, o relator Ministro Ayres Britto, que disse o seguinte: Só tenho dúvida – mas isso também será objeto de uma rediscussão – se o julgamento como proposto pelo Ministro Direito de procedência parcial da ação não caracteriza uma decisão *extra petita*, porque nada disso foi pedido na ação popular, nada do que está aqui foi pedido” (trecho extraído de SUNDFELD, Carlos *et. al.* **Controle de constitucionalidade e judicialização**: o STF frente à sociedade e aos Poderes. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Disponível em: <[http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/controle\\_de\\_constitucionalidade\\_e\\_judicializacao.pdf](http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/controle_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf)>. Acesso em: 08/02/2017. p. 62). Há, na literatura, que defendam que uma das características do juiz *ativista* é justamente aquele que decide *extra petita* (vide TEIXEIRA, Anderson V. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>>. Acesso em 09/02/2017. p. 51). Por fim, vale também notar que a doutrina vem também defendendo que o julgamento *extra petita* em sede de controle abstrato de constitucionalidade é vedado, o que também pode contribuir para que o tribunal tente tomar medidas para não julgar além do que foi pedido pela parte autora na inicial. Binbenbojm, por exemplo, é categórico em afirmar que, em sede de controle abstrato, “Não pode o Supremo Tribunal Federal, no entanto, julgar além ou diferentemente do que foi pedido pelo autor da ação direta de inconstitucionalidade. Com efeito, não está a Corte autorizada a agir *ex officio*, uma vez que não está incluída no rol de legitimados para a deflagração do controle abstrato da constitucionalidade estabelecido no art. 103 da Constituição Federal” (BINENBOJM, Gustavo. Aspectos processuais do controle abstrato da constitucionalidade no Brasil. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 6, p. 15-36, jul./dez. 1999. Disponível: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1999/revdireito1999/art\\_aspectosprocess.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1999/revdireito1999/art_aspectosprocess.pdf)>. Acesso em: 09/02/2017. p. 30).

<sup>42</sup> Vide, em especial, o voto do relator do caso, Ministro Ayres Britto. Outros ministros também recorreram a um raciocínio

A depender da interpretação, esses e outros dispositivos da Constituição Federal certamente contribuem para invalidar o argumento de que o ProUni *viola* o princípio da isonomia. O argumento se desenvolve da seguinte forma: “o ProUni não viola o princípio da isonomia, que possui previsão constitucional, pois ele, na verdade, *serve* para reduzir *desigualdades*, que é algo que também está disposto na constituição”. Explícita e conscientemente, o argumento visa tão somente a invalidar a tese de violação ao princípio da isonomia. Implícita e inconscientemente, no entanto, o STF decidiu que o objetivo do ProUni é reduzir desigualdades sociais – o que, como visto acima, não é exatamente o objetivo pensado por quem concebeu o programa. Para resolver um problema colocado pela autora da ação, utilizaram um argumento cujos problemas vão muito além da questão da isonomia.

Mas havia outras maneiras de construir um argumento teleológico para superar a questão isonomia. Por que os ministros não investigaram minimamente o que o legislador disse sobre o ProUni antes de definir a finalidade do programa? Por que os ministros olharam para a questão de forma tão truncada? Embora uma explicação completa desse fenômeno esteja além dos limites deste trabalho, é importante notar que o descaso dos ministros quanto às intenções concretas dos formuladores do ProUni se encaixa com facilidade na tradição do pensamento jurídico brasileiro sobre como juízes devem interpretar e aplicar textos legais.

No Brasil, elementos do processo legislativo são tipicamente considerados “secundários” na atividade de interpretação de leis e, ainda que em menor medida, da própria Constituição.<sup>43</sup> Isso porque são considerados algo completamente externo à lei em si – ao contrário do texto legal de fato aprovado. Nas palavras do ministro Celso de Mello, o que interessa é “a definição exegética do sentido que resulta, objetivamente, do texto da lei (...) a lei vale por aquilo que nela se contém e que decorrer objetivamente, do discurso normativo nela consubstanciado, e não pelo que, no texto legal, pretendeu incluir o legislador”. Mais ainda, “em havendo divórcio entre o que estabelece o diploma legislativo (*mens legis*) e o que neste buscava instituir o seu autor (*mens legislatoris*),

---

argumentativo semelhante. Ver, p.ex., as seguintes passagens do voto do Ministro Luiz Fux: “Uma Constituição Federal que traz, no seu preâmbulo, a promessa de construção de uma sociedade justa, solidária, com erradicação de desigualdades, não pode ser fundamento para se declarar inconstitucional um programa político, editado pelo Poder Público, que visa o acesso de todos ao ensino universitário”; “Entendo que o ProUni é um exemplo eloquente de fomento público de atividades particulares relevantes, tanto mais que consentâneo com o ideário da Nação, que promete essa sociedade justa e solidária, com a erradicação das desigualdades”.

<sup>43</sup> Vide, e.g., BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 3ª ed., 1999, p. 132-1333: “Apesar de desfrutar de certa reputação nos países que adotam o *common law*, o elemento histórico tem sido o menos prestigiado na moderna interpretação levada a efeito nos sistemas jurídicos da tradição romano-germânica. A maior parte da doutrina minimiza o papel dos projetos de lei, das discussões nas comissões, relatórios, debates em plenário. Alguns autores condenam de forma radical a sua utilização (...), e a jurisprudência também a tem em baixa conta (...). **Sem embargo dessa visão crítica, o elemento histórico desempenha na interpretação constitucional um papel mais destacado do que na interpretação das leis. Isso se torna especialmente verdadeiro em relação a Constituições ainda recentes. Fórmulas e institutos aparentemente incompreensíveis encontram explicação na identificação de sua causa histórica**” (sublinhado).

deve prevalecer a vontade objetiva da lei, perdendo em relevo, sob tal perspectiva, a indagação histórica em torno da intenção pessoal do legislador”.<sup>44</sup>

Essa é uma posição disseminada no direito brasileiro. A ideia de que os elementos objetivos da lei – o que inclui tanto as palavras de seu texto, quanto a sua “finalidade objetiva” ou *mens legis* – não apenas são independentes dos elementos mais “subjetivos” (as intenções concretas dos legisladores que aprovaram a lei – a *mens legislatoris*), mas devem prevalecer sobre eles, aparece em várias outras decisões do Supremo<sup>45</sup> e ecoa em diversas obras doutrinárias. Geraldo Ataliba, por exemplo, é da opinião que:

*Em primeiro lugar, o jurista sabe que a eventual intenção do legislador nada vale (ou não vale nada) para a interpretação jurídica. A Constituição não é o que os constituintes quiseram fazer; é muito mais que isso: é o que eles fizeram. A lei é mais sábia que o legislador. Como pauta objetiva de comportamento, a lei é o que nela está escrito (e a Constituição é lei, a lei das leis, a lei máxima e suprema). Se um grupo maior ou menor de legisladores quis isto ou aquilo, é irrelevante, para fins de interpretação. Importa somente o que foi efetivamente feito pela maioria e que se traduziu na redação final do texto, entendido sistematicamente (no seu conjunto, como um todo solidário e incidível). (...) O que o jurista investiga é só a vontade da lei (...). (grifo nosso)<sup>46</sup>*

Em sentido semelhante, Caio Mário da Silva Pereira entende que:

<sup>44</sup> AI 401337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/06/2005, DJ 02-09-2005 PP-00036 EMENT VOL-02203-03 PP-00472 RTJ VOL-00201-03 PP-01168.

<sup>45</sup> Vide, e.g., RE 258.088-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO (“A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutica utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa.”); RE 258088 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/04/2000, DJ 30-06-2000 PP-00079. Vide também: RE 20102, Relator(a): Min. OROZIMBO NONATO, Segunda Turma, julgado em 27/01/1953, DJ 31-12-1953 PP-16099 EMENT VOL-00158-01 PP-00274 ADJ 07-03-1955 PP-00884 (“[...] o que vale verificar é a mens legis e não a vontade, a mente do legislador, de que a lei se desprende para adquirir conteúdo próprio. Nenhuma dúvida, por outro lado, em que a lei reside na parte do mandamento do legislador e não na em que se expõem considerações e motivações. Estas apenas valem, relativamente, para a inteligência da lei, do texto que encerra a ordem, a regra de conduta. Valem apenas relativamente porque interpretar a lei não é indagar a vontade subjetiva do legislador, sendo o significado real e objetivo da norma [...]”). Vide também: AI 401337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/06/2005, DJ 02-09-2005 PP-00036 EMENT VOL-02203-03 PP-00472 RTJ VOL-00201-03 PP-01168 (“É preciso advertir, neste ponto, que a ‘mens legislatoris’ representa fator secundário no processo hermenêutica, pois, neste, o que se mostra relevante é a indagação em torno da ‘mens legis’, vale dizer, a definição exegética do sentido que resulta, objetivamente, do texto da lei”). Vide também: RE 20102, Relator(a): Min. OROZIMBO NONATO, Segunda Turma, julgado em 27/01/1953, DJ 31-12-1953 PP-16099 EMENT VOL-00158-01 PP-00274 ADJ 07-03-1955 PP-00884 (“[...] o que vale verificar é a mens legis e não a vontade, a mente do legislador, de que a lei se desprende para adquirir conteúdo próprio. Nenhuma dúvida, por outro lado, em que a lei reside na parte do mandamento do legislador e não na em que se expõem considerações e motivações. Estas apenas valem, relativamente, para a inteligência da lei, do texto que encerra a ordem, a regra de conduta. Valem apenas relativamente porque interpretar a lei não é indagar a vontade subjetiva do legislador, sendo o significado real e objetivo da norma [...]”).

<sup>46</sup> ATALIBA, Geraldo. Revisão Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 28, n. 110, abr./jun., pp. 87-90, 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175836/000453390.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 09/02/2017. p. 87.

*A lei redigida (...) desprende-se de quem a redigiu, para ter existência própria. Interpretar a lei não é perquirir o que quis o legislador. O que é, na verdade, o legislador? Elaborada a lei pelas assembleias competentes, ela se despersonaliza, resultando a norma, não como expressão do que alguém disse ou quis, mas como a manifestação de uma vontade coletiva. Não compete, pois, ao intérprete pesquisar uma expressão de vontade subjetiva, mas indagar o que objetivamente aparece na própria lei, o que se contém nela. Interpretar um texto legal não é pesquisar o que foi o pensamento dos seus autores há 10, 50 ou 100 anos, mas apurar o que seria este mesmo texto, se tivesse sido redigido hoje.*

Contudo, o mesmo autor adverte, na mesma passagem, que a interpretação deve ser também uma adaptação da lei a novos contextos e novos problemas, e “a norma jurídica é votada com uma finalidade social; logo, a sua interpretação deve ser dominada pela pesquisa daquele objetivo”.<sup>47</sup> A questão é que, na identificação ou definição dessa finalidade social, as preocupações concretas dos legisladores são pouco ou nada relevantes. O juiz atribui uma finalidade social à norma interpretada recorrendo a diversos elementos, a maioria dos quais possui vagueza elevada – as tendências da jurisprudência, as mudanças da doutrina e dos costumes, a “equidade”, ou, como sugere Barroso, as “finalidades do Estado brasileiro”<sup>48</sup> –, dentre os quais os debates que levaram à formulação da lei original são, na melhor das hipóteses, uma variável secundária. Mais importante do que eles seria a *ratio legis* – conceito pouco claro, mas que parece corresponder ao “(...) fundamento racional da norma e redefine ao longo do tempo a finalidade nela contida”.<sup>49</sup> A existência da *ratio legis* justifica mudanças feitas pelo próprio intérprete à finalidade da norma, que “(...) pode evoluir sem modificação do seu texto”.<sup>50</sup>

Radicalizando ainda mais nesse mesmo sentido, Eros Grau, ex-ministro do STF, observou que:

*(...) a referência à “vontade do legislador”, que apenas se pode explicar como um caso de misoneísmo [Carlos Maximiliano 1957:44], perde qualquer sentido. A interpretação constitucional, no nível linguístico, é interpretação semântica, voltada à determinação do significado das palavras e expressões contidos no texto da Constituição. Vale dizer: refere-se a “normas reveladas por enunciados linguísticos” - não a intenções ou vontades do texto ou do “legislador constituinte”, estando, como observa Canotilho [1987:*

<sup>47</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 25. Ed., 2012, pp. 168 e 169.

<sup>48</sup> De acordo com Barroso, “Nem sempre é fácil, todavia, desentranhar com clareza a finalidade da norma. À falta de melhor orientação, deverá o intérprete voltar-se para as finalidades mais elevadas do Estado, que são, na boa passagem de Marcelo Caetano, a segurança, a justiça e o bem-estar social. A Constituição brasileira de 1988, em seu Título I, dedicado aos princípios fundamentais, abriu um artigo específico para as finalidades do Estado brasileiro, cuja consecução deve figurar como vetor interpretativo de toda a atuação dos órgãos públicos. É o que decorre do art. 3 e seus incisos (...)” (BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 3ª ed., 1999, p. 132-133).

<sup>49</sup> BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 3 ed., 1999, p. 137.

<sup>50</sup> BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 3 ed., 1999, p. 137.

148], condicionada pelo contexto, na medida em que se opera em condições sociais historicamente caracterizadas, produtoras de determinados “usos” linguísticos, decisivamente operantes na atribuição do significado. A lei, aliás - o texto normativo, em verdade-, já foi dito, costuma ser mais inteligente do que o legislador. (grifo nosso)<sup>51</sup>

Apesar da visão particularmente crítica de Grau sobre a ideia de “intenção do legislador”, em linhas gerais, a desconfiança quanto a esse elemento “subjetivo” no processo de interpretação e aplicação do direito é bastante generalizada na doutrina convencional. Os exemplos poderiam ser multiplicados indefinidamente. Essa posição pode ser encontrada em autores de clássicas e influentes obras sobre interpretação no direito, frequentemente citadas na jurisprudência do STF, como a de Carlos Maximiliano<sup>52</sup> e a de Pontes de Miranda.<sup>53</sup>

O caso do ProUni, porém, coloca um problema para essa posição. E se a investigação das palavras e preocupações do legislador no processo de elaboração normativa (que normalmente é relegado à categoria de *mens legislatoris*) for decisivo para entender qual a finalidade *da norma de fato aprovada*? As obras doutrinárias e decisões judiciais citadas acima afirmam que o que o legislador queria ter feito não pode prevalecer sobre o que ele de fato fez. Contudo, definir a *finalidade* de uma norma não é algo que pode ser resolvido apenas na discussão do texto legal, o elemento objetivo mais visível que foi aprovado pelo legislador. O contexto de aprovação da norma e os debates legislativos podem ser relevantes para esclarecer essas questões.

A doutrina brasileira, porém, parece fazer uma transição muito rápida – talvez até uma identificação completa – entre duas coisas distintas: (1) a intenção do legislador prevalecer sobre o texto legal como ele de fato foi aprovado, e (2) a intenção do legislador ser irrelevante para determinar a *finalidade* do texto aprovado. Doutrinadores frequentemente afirmam a superioridade da *finalidade objetiva* da lei (*mens legis*) em detrimento de sua finalidade subjetiva, querida pelos legisladores. No fundo, porém, há aqui um jogo de palavras que esconde uma importante transferência de poder. Não há nada de objetivo na *mens legis* quando defini-la é algo que pode prescindir tanto do texto legal, quanto das intenções concretas das pessoas que aprovaram a lei.

Defender a irrelevância completa dos debates legislativos (e, em última análise, da intenção do legislador) é, no fim das contas, afirmar que o trabalho de definição da “finalidade da lei” é algo que completamente independente de debates legislativos, não importando, portanto, o quão claros e inequívocos tenham sido. Debates legislativos, contudo, podem ser um elemento mais objetivo do que quaisquer outras variáveis influentes nos processos mentais pelos quais juízes contextualizam certas normas e

<sup>51</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 106-107.

<sup>52</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 19 Ed., 2010, p. 23-25.

<sup>53</sup> MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1946**. T. VI. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960. p. 478-479.

“encontram” suas finalidades, para além do texto legal. O caso do ProUni sugere que, mesmo que a *intenção do legislador* não seja uma consideração decisiva na interpretação de textos normativos, ela deveria ser ao menos levada em conta na hora de se definir a “finalidade a lei” – algo que nunca estará totalmente explícito, no texto legal, a ponto de eliminar qualquer abertura interpretativa.

#### 4. CONCLUSÃO: DEFERÊNCIA, “CRIPTO-ATIVISMO” E DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

No caso do ProUni, mesmo declarando constitucional a lei que instituiu o programa, a decisão do STF, se levada inteiramente a sério, “transformou” essa política pública ao lhe atribuir um desenho bem mais ambicioso que o plano original. Da promoção do acesso de uma geração específica ao ensino superior, na decisão do tribunal o ProUni passou a visar a redução das desigualdades regionais e sociais. Se confiarmos na robustez dos dados disponíveis, é bastante difícil de considerar que essa nova finalidade vem sendo de fato sendo promovida, de maneira significativa, pelo Pronuni. Os dados sobre as bolsas ofertadas pelo programa por curso de ensino superior revelam uma concentração significativa em cursos como direito e administração, que disponibilizam a seus alunos mercados de trabalho em média sobre-saturados e mal-remunerados; poucas bolsas são ofertadas para cursos como ciência da computação, engenharia e medicina, que, além de ser mais bem-remunerados, em média, são também aqueles em que se concentra hoje o maior déficit de mão-de obra no Brasil.

O caso específico do ProUni no STF, porém, é ilustrativo de alguns problemas mais gerais sobre interpretação judicial e a distribuição de poder entre o STF e os poderes políticos. O primeiro deles, discutido na seção 3, acima, diz respeito a uma cultura profissional e a um ambiente doutrinário que vê pouca relevância nos debates legislativos como elemento para interpretação e aplicação de leis, de forma geral, e nenhuma relevância como elemento especificamente voltado à verificação da finalidade da lei (um exercício importante e frequentemente feito no contexto da avaliação da constitucionalidade de uma política pública formalizada por uma lei). O segundo problema mais geral ilustrado pelo caso do ProUni diz respeito a um tipo de atitude *ativista*, por parte de juízes, que pode ficar oculta embaixo de uma declaração de constitucionalidade.

Como observado na Introdução, esse tipo de “cripto-ativismo” aparece em outras práticas do Supremo Tribunal Federal. Em especial, ele é visível nas decisões de “interpretação conforme a constituição” que, ao mesmo tempo em que formalmente salvam uma lei da inconstitucionalidade, alteram profundamente seu conteúdo. Nosso estudo de caso pode ser lido como um exemplo, dentre outros possíveis, de como a distinção entre declarar/rejeitar a constitucionalidade de uma norma não é co-extensiva

à distinção entre deferência/intervenção diante das escolhas substantivas feitas pelo legislador.

Embora as ideias de “auto-contenção judicial” e “deferência judicial” possuam diversos significados no debate acadêmico,<sup>54</sup> para os fins deste trabalho, a noção central é a de que juízes devem exercer um tipo de *cautela específica quando estiverem diante da possibilidade de invalidar atos políticos dos outros poderes de estado*.<sup>55</sup> Por trás dessa ideia, encontramos tanto um compromisso com a ideia de separação de poderes como *limitação* de uma dada instituição, quanto uma preocupação em alocar as decisões públicas para as instituições que, a princípio, estariam mais capacitadas para tomá-las bem.<sup>56</sup> No campo do direito administrativo norte-americano, por exemplo, e para parte da literatura no Brasil, essa segunda dimensão tipicamente gera recomendações aos juízes para que só reformem atos praticados por agências reguladoras em casos excepcionais.<sup>57</sup>

Um compromisso desse tipo com deferência plena recomenda ao juiz cautela na invalidação de atos dos outros poderes e instituições justamente para evitar que suas opiniões sobre o assunto se sobreponham às do autor da decisão, o que poderia afetar o conteúdo da norma de uma forma ilegítima ou prejudicial ao funcionamento dos programas e *policies* que a norma foi formulada para promover.

Onde devemos procurar, porém, pelos sinais visíveis da deferência? O caso do ProUni aponta para uma bifurcação entre o *resultado* e a *fundamentação*, em que aquele expressa *deferência* (pois a norma foi formalmente mantida no lugar, como perfeitamente constitucional), mas esta expressa *intervenção* (pois a releitura judicial da finalidade do programa muda a própria natureza do ProUni e os critérios de desempenho). Quando olhamos para o problema colocado pela fundamentação da decisão, fica claro que não houve, por parte do STF, uma postura de *prudência* em relação ao que estava sendo decidido. Como a consequência da decisão foi a declaração de constitucionalidade, essa intervenção no conteúdo do programa ficou quase invisível.

<sup>54</sup> Vide, e.g., POSNER, Richard. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, Bloomington, vol. 59, n. 1, 1983. Disponível em: <[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2855&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2855&context=journal_articles)>. Acesso em: 09/02/2017. (De acordo com o referido autor, o termo pode ser atribuído a pelo menos cinco conceitos diferentes: “(1) a self-restrained judge does not allow his own views of policy to influence his decisions; (2) He is cautious, circumspect, hesitant about intruding those views; (3) He is mindful of the practical political constraints on the exercise of judicial power; (4) His decisions are influenced by a concern lest promiscuous judicial creation of rights result in so swamping the courts in litigation that they cannot function effectively; (5) He wants to reduce the power of his court system relative to that of other branches of government.”)

<sup>55</sup> VERISSIMO, Marcos P. Juízes Deferentes? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2012.

<sup>56</sup> Vide, a respeito, BARBER, N. A prelude to the separation of powers. **Cambridge Law Journal**, Cambridge, v. 60, n. 1, p. 59-88, mar. 2001. Vide também ARGUELHES, Diego W. LEAL, Fernando A. O argumento das capacidades institucionais: entre a banalidade, a irrelevância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011. Disponível em: <[http://direitoestado-sociedade.jur.puc-rio.br/media/01\\_Arguelhes\\_Leal.pdf](http://direitoestado-sociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf)>. Acesso em: 09/02/2017.

<sup>57</sup> Vide JORDÃO, Eduardo Ferreira; ROSE-ACKERMAN, Susan. Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review. **Administrative Law Review**, Washington, v. 66, p. 1-72, 2014. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5955&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5955&context=fss_papers)>. Acesso em: 09/02/2017.

Contudo, a intervenção existe na medida em que algo pode mudar no comportamento de atores judiciais, políticos e sociais no futuro. A fundamentação apresentada na decisão – e não contestada por nenhum dos ministros que votaram com o relator – permanece como uma arma carregada no repertório de jurisprudência do tribunal, podendo produzir efeitos no mundo de ao menos duas maneiras diferentes. Primeiro, em decisões futuras, considerando que os próprios ministros e outros podem recorrer ao “precedente” do ProUni para esclarecer qual a finalidade constitucionalmente aceitável (ou, no caso, constitucionalmente necessária) para este e outros programas sociais semelhantes.<sup>58</sup>

Segundo, para fora do tribunal, políticos podem adotar a justificativa mais ambiciosa apresentada como STF como forma de proteger seus programas sociais de declarações de inconstitucionalidade. Isto é, para antecipar uma intervenção futura do tribunal, desenharão certos programas sociais a partir dos objetivos *mais* ambiciosos que os ministros utilizaram em sua decisão.<sup>59</sup> No limite, e de forma mais geral, o próprio debate público e as próprias expectativas sociais em torno do ProUni e programas semelhantes podem ser afetados.

Como se vê, a tarefa institucional de controle de constitucionalidade não equivale inteiramente à tarefa institucional de demonstrar ou não deferência. Enquanto a tarefa de declaração de constitucionalidade tem por objetivo, a princípio, tão somente decidir se a norma atacada será mantida ou não no ordenamento jurídico, uma decisão que endossa a postura de deferência tem por objetivo manter a norma sob controle judicial inalterada, tal como formulada por seu autor. Uma declaração de constitucionalidade, por si só, não nos diz nada de decisivo quanto à pergunta mais ampla que é central no debate sobre deferência: os juízes alteraram o conteúdo das decisões tomadas pelos outros poderes?

O problema do “cripto-ativismo” por trás de declarações de constitucionalidade pode ser resultado de ações deliberadas de juízes que procuram intervir no conteúdo de políticas públicas com as quais discordam, mas sem assumir publicamente os custos políticos da declaração de inconstitucionalidade. O caso do ProUni, porém, sugere um outro cenário. Na tentativa de “salvar” a norma atacada, adequando-a aos dispositivos constitucionais mais genéricos disponíveis, acriticamente, os ministros acabam transformando, ainda que sutilmente, a substância da norma, por meio de uma alteração de sua finalidade.

<sup>58</sup> Vide, e.g., ARGUELHES, Diego W.; RIBEIRO, Leandro M. O Supremo Individual: Mecanismos de atuação individual dos ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, v.46, 2015. Para uma crítica à prática de tomar trechos soltos de votos e decisões como indicativo de “jurisprudência” do tribunal, ver LEAL, Fernando. “Uma jurisprudência que serve para tudo?”, in FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; FREIRE, Felipe Recondo (orgs.). **O Supremo em 2015**. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

<sup>59</sup> Essas implicações exigem que se compreenda o comportamento dos atores políticos ao redor do tribunal a partir de um modelo “estratégico”. Para uma discussão detalhada, vide ARGUELHES, Diego W.; RIBEIRO, Leandro M. O Supremo Individual: Mecanismos de atuação individual dos ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, v.46, 2015.

Esse “cripto-ativismo”, ainda que involuntário, foi alimentado pela recusa dos ministros em discutir o que os formuladores da política pública tinham em mente ao criá-la. O que ela visava a promover? Quais os indicadores de que estaria servindo bem ou mal a esses fins? Essas perguntas aparecem na discussão sobre a constitucionalidade da lei que criou o ProUni. Mas nenhuma delas é respondida com referência a elementos concretos, do processo de elaboração dessa política pública, que permitam aferir qual o plano por trás do programa. Sujeito a alguns limites impostos pelo próprio texto legal, no fim das contas, o intérprete pode arbitrar qual a finalidade que ele imagina que o programa deveria servir – um cenário em que dificilmente encontraremos deferência. Em casos assim, se queremos aproximar deferência e declaração de constitucionalidade, a cautela judicial exige que as preocupações concretas dos legisladores que formularam a política pública sejam ao menos levadas em conta na hora de determinar, para fins judiciais, qual a finalidade da norma em jogo.

## 5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sergio Campos de. **O avanço da privatização na educação brasileira**: o ProUni como uma nova estratégia para a transferência de recursos públicos para o setor privado. Niterói, 2016. 123 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Educação, Universidade Federal Fluminense, 2006. Disponível em: <[http://www.btdt.ndc.uff.br/tde\\_arquivos/2/TDE-2008-01-16T133941Z-1155/Publico/Dissert-Sergio%20Almeida.pdf](http://www.btdt.ndc.uff.br/tde_arquivos/2/TDE-2008-01-16T133941Z-1155/Publico/Dissert-Sergio%20Almeida.pdf)>. Acesso em: 09/02/2017.

ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. “Nos Termos do Voto do Relator”: Considerações acerca da fundamentação coletiva dos acórdãos do STF. **REI – Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, p. 263-297, jul. 2016.

AMARAL, D. P.; OLIVEIRA, Fatima Bayma de. O ProUni e a conclusão do ensino superior: questões introdutórias sobre os egressos do programa na zona oeste do Rio de Janeiro. **Ensaio** Rio de Janeiro, v. 19, n. 70, p. 21-42, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v19n70/v19n70a03.pdf>>. Acesso em: 09/02/2017.

ARGUELHES, Diego W. LEAL, Fernando A. O argumento das capacidades institucionais: entre a banalidade, a irrelevância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011. Disponível em: <[http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01\\_Arguelhes\\_Leal.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf)>. Acesso em: 09/02/2017.

ARGUELHES, Diego W.; RIBEIRO, Leandro M. O Supremo Individual: Mecanismos de atuação individual dos ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, v.46, 2015.

ARROYO, Miguel G. Políticas educacionais e desigualdades: à procura de novos significados. **Educação e Sociedade**, [s.l.], v. 31, n. 113, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v31n113/17>>. Acesso em: 09/02/2017.

ATALIBA, Geraldo. Revisão Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 28, n. 110, abr./jun., pp. 87-90, 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175836/000453390.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 09/02/2017.

BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BARBER, N. A prelude to the separation of powers. **Cambridge Law Journal**, Cambridge, v. 60, n. 1, p. 59-88, mar. 2001.

BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 3ª ed., 1999.

BINENBOJM, Gustavo. Aspectos processuais do controle abstrato da constitucionalidade no Brasil. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 6, p. 15-36, jul./dez. 1999. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1999/revdireito1999B/art\\_aspectosprocess.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1999/revdireito1999B/art_aspectosprocess.pdf)>. Acesso em: 09/02/2017.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, A. R. Entre política e expertise: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na Lei Geral de Telecomunicações. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 6, n. 21, p. 127-152, abr./jun. 2008.

BRUST, L. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 507-526, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n2/14.pdf>>. Acesso em: 09/02/2017.

CATANI, A. M.; HEY, Ana Paula; GILIOLI, Renato de Sousa Porto. Prouni: democratização do acesso às instituições de ensino superior? **Educar em Revista**, Curitiba, n. 28, p. 125-140, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/er/n28/a09n28.pdf>>. Acesso em: 09/02/2017.

CATANI, A.M.; HEY, A.P. A educação superior no Brasil e as tendências das políticas de ampliação de acesso. **Atos de pesquisa em educação**, Blumenau, v. 2, n. 3, p. 414-429, set./dez. 2007.

EASTERBROOK, Frank. What's so special about judges? **University of Colorado Law Review**, Boulder, vol. 61, p. 774-782, 1990. Disponível em: <[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2050&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2050&context=journal_articles)>. Acesso em: 09/02/2017.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

HERZ, Michael. Purposivism and institutional competence in statutory interpretation. **Michigan State Law Review**, East Lansing, n. 89, p. 89-122, 2009.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; ROSE-ACKERMAN, Susan. Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review. **Administrative Law Review**, Washington, v. 66, p. 1-72, 2014. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5955&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5955&context=fss_papers)>. Acesso em: 09/02/2017.

KERSTENETZKY, C. L. Políticas Sociais: Focalização ou Universalização? **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 26, n. 4, p. 564-574, out./dez. 2006.

LEAL, Fernando. “Uma jurisprudência que serve para tudo?”, in FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; FREIRE, Felipe Recondo (orgs.). **O Supremo em 2015**. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

LIMA, João Marcelo C. S. Compatibilizando meios com fins: é necessário regular a distribuição de bolsas do ProUni por curso? **Coleção Jovem Jurista**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 147-200. nov. 2015.

MANCIBO, Deise. “Universidade para todos”: a privatização em questão. **Pro-Posições**, Campinas, v. 15, n. 3, p. 75-90, set./dez. 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1946**. T. VI. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960.

NÉRI, Marcelo Cortes. Escolhas universitárias e performance trabalhista. In: IPEA. **Radar: tecnologia, produção e comércio exterior**. Brasília: IPEA, 2013. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/130703\\_radar27.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/130703_radar27.pdf)>. Acesso em 05 fev. 2017.

NOURSE, Victoria. Elementary Statutory Interpretation: Rethinking Legislative Intent and History. **Boston College Law Review**, vol. 55, p. 1614-1613. 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

POSNER, Richard. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, Bloomington, vol. 59, n. 1, 1983. Disponível em: <[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2855&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2855&context=journal_articles)>. Acesso em: 09/02/2017.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; RIBEIRO, Leandro Molhano; LIMA, João Marcelo C. S. A oferta de cursos do ProUni e mercado de trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 3, p. 119-139, set./dez., 2016. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/45019>>. Acesso em 09/02/2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan./jun. 2006. Disponível em: <[http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv\\_03\\_p191\\_210.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_03_p191_210.pdf)>. Acesso em: 09/02/2017.

\_\_\_\_\_. O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian, **Revista Estudos Institucionais**, v.2, 2016, pp 648-669.

\_\_\_\_\_. “Um Voto Qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal, **Revista Estudos Institucionais**, v.1, 2015, pp. 180-200.

SUBIRATS, Joan. Quais políticas públicas para qual crise? Transformação social e intervenção do Estado. In: COELHO, Maria Francisca Pinheiro; TAPAJÓS, Luziele Maria de Souza; RODRIGUES, Mônica (Org.). **Políticas sociais para o desenvolvimento**: superar a pobreza e promover a inclusão. Brasília: UNESCO, 2010.

SUNDFELD, Carlos, *et. al.* **Controle de constitucionalidade e judicialização**: o STF frente às sociedade e aos Poderes. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Disponível em: <[http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/controle\\_de\\_constitucionalidade\\_e\\_judicializacao.pdf](http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/controle_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf)>. Acesso em: 08/02/2017.

TEIXEIRA, Anderson V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>>. Acesso em 09/02/2017.

VERISSIMO, Marcos P. Juízes Deferentes? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2012.

VERMEULE, Adrian. Legislative history and the limits of judicial competence: the untold story of Holy Trinity Church. **Stanford Law Review**, vol. 50, n. 6, p. 1833-1896, jul. 1998.

VERMEULE, Adrian. Saving constructions. **The Georgetown Law Journal**, Washington, vol. 85, 1997.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; CARDOSO, E. L. C.; MACHADO, A.M.F. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, p. 21-44, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24371/23151>>. Acesso em 09/02/2017.

ZELINSKY, Edward. Commentary, Text, Purpose, Capacity and Albertson's: A Response to Professor Geier. **Florida Tax Review**, n. 2, 1996.



## Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional

### *Strategic litigation, stare decisis and opening the constitutional dialog in the judicial opinion bilding*

**RENATA DE MARINS JABER MANEIRO\***

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

**ELIANA PULCINELLI\*\***

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

**Recebido/Received:** 10.01.2017 / January 10<sup>th</sup>, 2017

**Aprovado/Approved:** 18.07.2017 / July 18<sup>th</sup>, 2017

#### Resumo

A pesquisa tem por objeto o exame do litígio estratégico à luz do sistema judicial de vinculação de precedentes, sem se afastar de um desejável diálogo constitucional com as instituições e seguimentos sociais. Para tanto, inicia-se com uma abordagem sobre a técnica de redirecionamento de reivindicações políticas ao Judiciário. Em seguida, o estudo percorre o desenvolvimento desta prática no Brasil e a sua ligação com a vinculação de precedentes, com base em uma interpretação construtiva dworkiniana. Verificada a necessidade de ampliar a visão de romance em cadeia

#### Abstract

*The survey's purpose is the examination of strategic litigation in the light of judicial precedent binding, without leaving a desirable constitutional dialogue with the institutions and social sectors. Therefore, it begins with an approach of the redirection technical policies claims to the Judiciary. Then, the study covers the development of this practice in Brazil and its connection with the stare decisis, based on a Dworkin constructive interpretation. The need to expand the vision of romance chain to cover the other authors of the constitutional novel is verified, the study is*

---

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: MANEIRO, Renata de Marins Jaber; PULCINELLI, Eliana. Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 193-219, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.50125.

\*Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Integrante do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional. Advogada. E-mail: renatajaber@gmail.com.

\*\* Doutora em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Professora Convidada de Direito Tributário na Fundação Getúlio Vargas *Law Program* (FGV DireitoRio). Professora de Direito Tributário no curso de graduação em Direito do IBMEC-RJ. Pós-graduada em Direito Administrativo e Administração Pública pela Universidade Estácio de Sá. Integrante do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional. Assessora de Órgão Julgador, vinculada à Assessoria Direta aos Desembargadores no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: elianapulcinelli@gmail.com.

para abranger os demais autores do romance constitucional, finaliza-se o estudo com proposta de algumas iniciativas a serem empreendidas na construção do provimento jurisdicional, e que possam auxiliar na abertura ao diálogo.

**Palavras-chave:** litígio estratégico; vinculação de precedentes; interpretação construtiva; romance constitucional; diálogo constitucional.

*finished with the proposal of some measures to be undertaken in the judicial opinion building, and which can assist in the dialogue opening.*

**Key words:** strategic litigation; stare decisis; constructive interpretation; constitutional romance; constitutional dialogue.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução: compreendendo a estratégia judicial de redirecionamento de reivindicações sociais e sua ligação com a vinculação de precedentes; **2.** A prática de litígio estratégico no Brasil, a questão da vinculação de precedentes, e interpretação construtiva dworkiniana; **3.** A expansão da interpretação construtiva para abranger um diálogo entre os autores do romance constitucional; **3.1.** O município de informações destinadas ao enriquecimento do quadro de instrução da decisão judicial por meio do diálogo; **3.2.** Deferência para com a interpretação dos órgãos públicos: abraçando a teoria do constitucionalismo administrativo; **3.3.** Técnicas processuais diferenciadas capazes de favorecer o diálogo com o Legislativo; **3.3.1.** Obstrução legislativa decorrente de pontos cegos e ônus inerciais; **3.3.2.** Obstrução legislativa decorrente de elevado desacordo moral; **4.** Considerações finais; **5.** Referências.

### 1. INTRODUÇÃO: COMPREENDENDO A ESTRATÉGIA JUDICIAL DE REDIRECIONAMENTO DE REIVINDICAÇÕES JUDICIAIS E SUA LIGAÇÃO COM A VINCULAÇÃO DE PRECEDENTES

O litígio estratégico é prática que objetiva veicular temas constitucionais que não tenham recebido o devido tratamento pelo poder público, e que, por envolver uma tática de transformação da realidade social, possui ponto de contato com a vinculação de precedentes. Por isso que é muito conhecida na experiência de países de tradição *common law*; embora seja possível identificar que essa estratégia está começando a ser utilizada no Brasil.

É bom salientar que não há pretensão de realizar abordagem sobre se o CPC-2015 incorporou ou não o sistema de precedentes, ou em que medida isso se deu; até porque os fundamentos básicos para sustentação de tal obrigatoriedade decorrem da própria Constituição, a partir da cláusula de segurança jurídica e isonomia que asseguram a integridade e coerência do sistema. Com base nesta última informação é que o trabalho será desenvolvido, preocupando-se com o problema da petrificação da interpretação constitucional, de forma a buscar fórmulas que possam auxiliar na contínua transformação e, portanto, evolução dos direitos fundamentais.

Para fins de uma conceituação, a *strategic litigation* é a utilização do espaço judicial como arena de deliberação política, a fim de oportunizar o debate público acerca de algum tema constitucional atrelado a direitos fundamentais, que não tenha

recebido o devido tratamento no Executivo ou Legislativo; podendo ser considerada bem-sucedida quando, ainda que a pretensão não seja acolhida pelo Judiciário, o assunto venha a produzir algum tipo de impacto na sociedade.<sup>1</sup> Diante disso, destaca-se as suas três principais características, quais sejam: (i) o redirecionamento das reivindicações sociais; (ii) a tematização do assunto; e, (iii) o mecanismo dialógico de devolução do debate à sociedade.

A primeira, decorre da obstrução existente na via ordinária própria, seja pela ausência de elaboração ou implementação de políticas públicas por parte do Executivo, seja por omissão legislativa referente ao reconhecimento de novos direitos ou de minorias,<sup>2</sup> cujas funções não são exercidas por conveniência, dificuldades orçamentárias ou ausência de formação da maioria.

Já a segunda – tematização do assunto – consistente em conferir visibilidade sobre o objeto da reivindicação, seja para categorização co-originária como direito, seja para a densificação de seu conteúdo. O objetivo central é alavancar a oportunidade de um amplo debate na sociedade e, assim, alcançar o reconhecimento ou ampliação do conteúdo do direito pelas vias ordinárias próprias (Legislativo ou Executivo).

A terceira e última característica, diz respeito ao uso do litígio estratégico como mecanismo dialógico de devolução do debate aos canais democráticos, a fim de que ocorra a abertura ou reabertura do debate público e político. Para tanto, a depender da hipótese sob exame, o Judiciário poderá adotar uma postura mais proativa ou mais contida, mas sempre com o potencial de estabelecer posteriores interações em constante deliberação entre as instituições políticas e sociais<sup>3</sup>; ou seja, uma atuação permanente de provocações recíprocas a aprimorar o sentido e efetividade do texto constitucional<sup>4</sup>.

Cabe mencionar que a principal questão consiste em verificar se a via judicial foi utilizada como meio de reivindicação política, visando efeitos externos ao processo (impacto que a sentença possa gerar na sociedade), ou se foi utilizada como pretensão direta e exclusiva de garantia do direito fundamental *in natura*; este o ponto nodal de diferenciação entre litígio comum e estratégico.

Para além da lógica de garantia do direito *in natura* decorrente dos efeitos materiais e diretos de uma decisão judicial, prestigia-se os seus efeitos materiais indiretos e

<sup>1</sup> LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Eds.) **Encyclopedia of the American Constitution**. New York: Macmillan Publishing Company, 2000. p. 231-237.

<sup>2</sup> Importante esclarecer que aqui não está a se falar de minorias quantitativas, mas sim de grupos vulneráveis que não participam do exercício do poder político, social, econômico e/ou cultural (SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-161, abr./jun. 2013.).

<sup>3</sup> Mendes desenvolve teoria dialógica propositiva basicamente consistente na deliberação como fruto da última palavra provisória a ser dada pela Corte, e novas rodadas procedimentais a partir da resposta oferecida pelo Parlamento apta a revitalizar o tema e reiniciar os debates. (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. São Paulo, 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo).

<sup>4</sup> Vide: SILVA, Cecília de Almeida Silva et al. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. 1 ed. 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

simbólicos, os quais, de acordo com as lições de Rodríguez-Garavito<sup>5</sup>, podem ser identificados da seguinte forma: (i) materiais, são aqueles oriundos de modificações tangíveis na conduta de indivíduos ou grupos; (ii) simbólicos, implicam em transformação cultural ou ideológica, uma vez que consistente na mudança das ideias, percepções e concepções sociais com relação à matéria objeto do caso; (iii) diretos, são os que afetam os participantes do caso, tais como, as partes litigantes, os beneficiários e/ou os organismos estatais, todos destinatários da ordem judicial; e, (iv) indiretos, referentes a toda e qualquer consequência que não esteja estipulada na sentença, razão pela qual afetam não só as partes do processo, como também outros sujeitos sociais. Importa sublinhar que a presença de um deles não exclui a de outro, ao contrário, eles podem ocorrer concomitantemente.<sup>6</sup>

É possível dizer que a vinculação de precedentes é efeito material e direto da decisão judicial, como uma das estratégias pretendidas de transformação da realidade social, mas não a única. Sob essa perspectiva, torna-se ainda mais importante o que Barcellos<sup>7</sup> denominou de teste de universalização da decisão judicial que se pretende tomar, já que ela sempre exercerá impacto sobre situações semelhantes ou equiparáveis, sobretudo em um sistema de vinculação de precedentes.

Assim, nesta primeira parte introdutória do presente trabalho foi reservado esforços à compreensão do que se entende por litígio estratégico e o seu ponto de contato com a vinculação de precedentes.

Em seguida, a segunda etapa será destinada especialmente ao estudo do desenvolvimento desta prática no Brasil e a sua ligação com a vinculação de precedentes com base em uma interpretação construtiva dworkiniana; mas sem se descuidar da igual importância da respectiva superação, já que a transformação da realidade social é contínua, e não pode ser petrificada por uma decisão judicial.

Desse modo, verifica-se que a interpretação construtiva dworkiniana, com base na ideia de que as decisões judiciais devem ser consideradas como um romance em cadeia, pode auxiliar na transformação pretendida. Entretanto, para que temas constitucionais veiculados por intermédio de um litígio estratégico recebam o devido tratamento de acordo com a integridade do sistema jurídico do qual determinada sociedade faz parte, mister expandir essa interpretação construtiva, de molde a abranger os demais autores do romance constitucional – especialmente, porque a atribuição

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law review*, Austin, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, 2011. p. 1679-1680.

<sup>6</sup> Para a análise de efeitos eventualmente produzidos a partir do julgamento do MI 4.733, ainda que denegada a impetração, cf.: JABER MANEIRO, Renata de Marins; CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da. Constitucionalismo democrático e litígio estratégico: o caso do mandado de injunção n.º 4.733. *Direitos e Garantias Fundamentais I: XXV Encontro Nacional do Conpedi*, Curitiba, 2016. (no prelo).

<sup>7</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao básico. Precedentes, uniformidade, coerência e isonomia. Algumas reflexões sobre o dever de motivação. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI; Luiz Guilherme; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Orgs.). *Direito Jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 164.

de sentido ao Texto Fundante não é exclusividade do Judiciário –; o que significa um convite ao diálogo constitucional com as instituições e a sociedade, como uma forma contínua e aberta de solução de conflitos.

Finaliza-se, pois, o presente estudo com proposta de algumas iniciativas a serem empreendidas na construção do provimento jurisdicional que possam auxiliar na solução dos conflitos e, ao mesmo tempo, contribuir para a abertura desse diálogo.

## 2. A PRÁTICA DE LITÍGIO ESTRATÉGICO NO BRASIL, A QUESTÃO DA VINCULAÇÃO DE PRECEDENTES, E A INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DWORKINIANA

No contexto nacional, é possível identificar no campo da interpretação ou aplicação dos direitos relativos à orientação sexual e identidade de gênero a prática do litígio estratégico, porquanto o Supremo Tribunal Federal vem sendo frequentemente levado a se manifestar sobre tais temas, por intermédio de diversas demandas, como nos seguintes casos: (i) MI 4733<sup>8</sup>, impetrado sob a reivindicação de criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas; (ii) ADPF 132<sup>9</sup>, sob a postulação de reconhecimento da união homoafetiva; e (iii) REExt 845.779<sup>10</sup>, com a pretensão de indenização por danos morais decorrente de abordagem de transexual para utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu, em que foi reconhecida a existência de repercussão geral voltada à possibilidade ou não de uma pessoa ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente.

Impende notar que até mesmo os litígios individuais podem ter como pano de fundo essa estratégia de reivindicação política e transformação social da realidade para além do caso concreto, em que a parte move a primeira pedra no xadrez, servindo como instrumento impulsionador de novas demandas ou novos julgamentos no mesmo sentido; desde que todas possuam as características explicitadas no item anterior, assim como um liame entre elas.

Em verdade, principalmente no que se refere à hipótese voltada a novos direitos ou de minorias, a estratégia judicial é utilizada pelos atores sociais, que se agrupam de forma organizada e articulada, como ferramenta para reivindicar a atualização do sentido da Constituição perante o Judiciário em prol do reconhecimento ou reafirmação

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 4.733. Decisão Monocrática. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 23/10/2013. DJ: 25/10/2013. Para o aprofundamento da questão, sobretudo no que se refere ao MI 4733 como instrumento estratégico próprio do constitucionalismo democrático, consulte: JABER MANEIRO, Renata de Marins; CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da. Constitucionalismo democrático e litígio estratégico: o caso do mandado de injunção n.º 4.733. **Direitos e Garantias Fundamentais I: XXV Encontro Nacional do Conpedi**, Curitiba, 2016. (no prelo).

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. DJ: 14/10/2011.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 845779. Repercussão Geral. Rel. Min. Roberto Barroso. Decisão: 14/11/2014.

de seus direitos; buscando-se a transformação social ou a respectiva consolidação para além do caso concreto.<sup>11</sup>

Tudo isso confirma a tese de que a *strategic litigation* vem sendo utilizada no Brasil, como um conjunto de demandas judiciais sobre um determinado tema que têm por objetivo revitalizar e manter a discussão na sociedade, de forma que o Tribunal funciona como um catalizador do debate político, viabilizando o diálogo entre as instituições e a sociedade. Embora nossa matriz jurídica se ressinta – se comparada àquela em que o litígio estratégico teve a sua origem – da solidificação do desenvolvimento de um sistema de vinculação de precedentes, que é importante mecanismo judicial de transformação da realidade para além do caso concreto.

É possível, no entanto, que incorporemos no dia-a-dia das Cortes uma metodologia para o processamento e julgamento dos casos com a dinâmica exigida nessa forma diferenciada de litigar em juízo. A uma, porque de há muito que não existe mais uma distinção material entre as duas maiores famílias jurídicas do mundo contemporâneo e; a duas, porque em nosso sistema processual civil, percebe-se a incorporação gradativa de mecanismos referentes ao sistema de precedentes judiciais e, por via de consequência de uniformização e estabilização da jurisprudência, os quais se espriam por todas as instâncias jurisdicionais.

Há décadas Cappelletti<sup>12</sup> já identificava esse fenômeno de convergência entre *common law* e *civil law*, atribuindo-o ao “aumento da criatividade da jurisprudência” nos sistemas do direito posto, o que contribuiu para a superação paulatina do fosso eventualmente existente entre ambas.

Cada vez mais se verifica o peso conferido à jurisprudência em países de *civil lawyers*, sendo possível perceber que hodiernamente há uma diferença muito mais ligada ao aspecto formal do que propriamente substancial entre tais sistemas. Ainda sob a ótica de Cappelletti:

*para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao ‘terceiro poder’, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. (...) Não se trata, contudo, de um risco e de uma aventura despidos de promessas, se é verdade que semelhante fenômeno, no nosso mundo perigosamente dividido, já está conduzindo à aproximação*

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **RATJ - Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, v. 14, n. 2, dez. 2013. Disponível em <[http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=9173&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858)>. Acesso em 08 de novembro de 2014. p. 3-4; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina: Estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia**. São Paulo, 2012. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16052013-162225/pt-br.php>>. Acesso em 08 dez. 2016.

<sup>12</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Porto Alegre: Fabris, 1999. p.123.

*dos sistemas jurídicos, aproximação que, à distância, pode talvez abrir um capítulo mais luminoso na história fascinante da civilização jurídica.*<sup>13</sup>

Assim, fato é que a teoria dos precedentes obrigatórios se espraia cada vez mais sobre a seara do direito positivo, habitualmente oferecida como solução para o problema da indeterminação do direito, e que em última análise asseguram a integridade e coerência do sistema com fundamento na cláusula de segurança jurídica e isonomia<sup>14</sup>.

A rigor, quando se está diante da estratégia de litigação é preciso uma maior flexibilidade de interpretação, para que os Tribunais levem em consideração mudanças sociais que possam interferir no sentido constitucional. Questiona-se, pois, até que ponto a obrigatoriedade da aplicação do precedente poderia dificultar a superação da jurisprudência. Em outros termos: há preocupação em conciliar a prática da *strategic litigation* que busca a vinculação de precedentes como garantia de transformação da realidade social, e ao mesmo tempo garantir a respectiva continuidade ínsita à própria evolução dos direitos fundamentais.

A obrigatoriedade da vinculação dos precedentes pode tolher a criatividade judicial, na medida em que o juiz não poderá inovar nas suas decisões. Diz-se que o magistrado poderia ser impedido de demonstrar a evolução do seu posicionamento no decorrer do tempo e de decidir determinada questão jurídica da forma que achar a mais adequada àquele contexto social e temporal. Ou seja: se de um lado a obrigatoriedade do precedente é apontada como um dos fatores decisivos à transformação da realidade; de outro, poderia gerar uma imobilização da jurisprudência, o que impediria a evolução do Direito no decorrer do tempo, tornando-o inadequado às novas realidades sociais.

A solução da questão consiste na utilização de técnicas que permitam a sua mudança, uma vez que vinculação não pode significar imutabilidade. Dessa forma, excepcionalmente, os precedentes poderão ser modificados, em razão da transformação dos valores, desenvolvimento da ciência, surgimento de novas tecnologias, e tudo o mais que possa gerar a consequência de alterar o sentido da norma constitucional. Portanto, é permitido ao Judiciário a superação da sua própria jurisprudência em razão da evolução da sociedade; técnica, esta, denominada *overruling*<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Porto Alegre: Fabris, 1999. p.133-134.

<sup>14</sup> Nesse ponto, cabe destacar as lições de Raatz: "Costuma-se afirmar que, como o sistema do direito codificado não consegue dar conta de prever o que os juizes e Tribunais irão decidir, a saída seria a adoção de um sistema de precedentes vinculantes, mecanismo considerado capaz de garantir a segurança jurídica e a igualdade de todos perante os Tribunais". (RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 11, p. 217-237, nov. 2013. p. 217-237).

<sup>15</sup> No que se refere à vinculação vertical, Marinoni enxerga no *distinguishing* a única possibilidade para os Tribunais locais deixarem de seguir os "precedentes" firmados em julgamentos tomados pelos procedimentos da repercussão geral e recursos repetitivos, hoje disciplinados pelo art. 1.036 do CPC/2015 (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010). É bom salientar, no entanto, que o *distinguishing* não revela (ou pelo menos não deveria revelar) uma técnica de superação do precedente em si; devendo ser encarado como uma grave anomalia a enunciação do *distin-*

Diante disso, é possível dizer que a referida técnica de superação da jurisprudência decorre do próprio sistema de precedentes, independentemente de expressa previsão legal de seus mecanismos, porque advém da necessidade de uma análise integral e coerente dos julgados ao longo do tempo; esse o fundamento da tese de interpretação construtiva defendida por Dworkin, conforme se passa a expor.

Para o referido autor, o juiz deve “limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”.<sup>16</sup> São os princípios que dão força gravitacional aos precedentes, razão pela qual se a decisão anterior não estiver totalmente justificada por questões de princípios, ela não terá força gravitacional alguma.

Assim, o intérprete judicial deverá sempre estar atento às razões que fomentaram as decisões anteriores, analisando os precedentes registrados ao longo da evolução da própria sociedade. É com base nessa conexão entre passado e futuro que é possível apontar para existência de um “romance em cadeia”.

Sob essa perspectiva, o magistrado tem dupla responsabilidade de interpretar e criar, considerando que precisa ter em conta o que foi abordado anteriormente para compreender qual o gênero daquele romance e como conduzirá a história a partir daquele ponto em diante;<sup>17</sup> sendo que, “superada a tese anterior, há que se realizar toda uma construção argumentativa a justificar a alteração do entendimento”.<sup>18</sup>

Dworkin não nega as inúmeras controvérsias existentes no seio da jurisprudência e da doutrina. Ao contrário, destaca que os juízes divergem, ao menos em boa parte dos casos, não apenas sobre questões fáticas – isto é, se algum fato ou evento relatado efetivamente ocorreu – mas também sobre qual o sentido das normas jurídicas. Entretanto, mesmo reconhecendo as divergências quanto ao sentido das normas jurídicas defende que, ao se aplicar o método interpretativo por ele proposto, seja possível conferir à norma jurídica um sentido mais consistente na prática jurídica<sup>19</sup>.

Nesse caso, os juízes até podem divergir sobre qual o melhor sentido a ser atribuído à norma, pois podem ter concepções diversas a respeito de quais princípios informam nossa prática jurídica e em que medida devem ser levados em conta (peso dos princípios); embora, ao aceitarem o método do autor acima referenciado, já não mais estejam livres para decidir como quiserem.

---

*guishing* apenas para fugir do ônus argumentativo que a técnica de *overruling* está a exigir.

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

<sup>18</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI; Luiz Guilherme; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Orgs.). **Direito Jurisprudencial**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 20.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

A visão do direito como integridade introduz uma racionalidade na tomada de decisão judicial, capaz de, inclusive, impor ao juiz uma solução contrária àquela que seria adotada caso sua preferência prevalecesse. No ponto, cabe salientar que Dworkin<sup>20</sup> adota uma teoria interpretativa (inexistência de tensão democrática na realização da *judicial review*), motivo pelo qual entende que as divergências não são causadas imediatamente em razão da textura aberta das normas jurídicas, mas porque há fortes argumentos de que uma interpretação diversa seria mais coerente com os princípios e virtudes de nossa prática jurídica.

Assim, há dois pressupostos que seriam comuns à atitude interpretativa de uma prática social: (i) a prática não apenas existe, mas tem uma finalidade segundo o valor, interesse, propósito ou princípio que leve em conta; e (ii) as regras da prática social devem ser compreendidas, aplicadas ou modificadas segundo essa finalidade.<sup>21</sup> Seguindo essa esteira de raciocínio, Streck salienta:

*Parece despidendo referir que o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Isso porque a pretensão de buscar respostas definitivas é, ela mesma, anti-hermenêutica, em face do congelamento de sentidos que isso propiciaria. Ou seja, a pretensão a esse tipo de resposta não teria condições sequer de garanti-la. Em outras palavras, corre-se o risco de produzir uma resposta incorreta. [...] a busca da resposta correta ou de um resultado correto somente pode advir de um processo de autocorreções reiteradas, que constituem um aprendizado prático e social ao longo da história institucional do direito.<sup>22</sup>*

Essa atitude interpretativa procura atribuir um significado à prática que permita vê-la sob sua melhor luz e, então, reestruturá-la a partir dessa nova compreensão de sentido; isto é: “A interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova interpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior”<sup>23</sup>. Dessa forma, a interpretação construtiva dworkiniana procura tornar uma prática melhor possível em face de sua finalidade, como um misto de criação e descoberta do significado.

Por sua vez, importante considerar que o litígio estratégico é uma ferramenta do constitucionalismo dialógico (conjunto de teorias dialógicas que procuram tratar do problema da tensão democrática da *judicial review* a partir do diálogo entre as

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 344

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

instituições e/ou sociedade)<sup>24</sup>; tendo em vista que, ao invés da atuação judicial monológica de solução de conflitos, pressupõem um sistema interativo de realce da divergência, com o objetivo de ampliação do debate sobre questões constitucionais sensíveis, que não se limita à arena judicial, mas se estende à arena política e social.

Sob essa ótica, quando o juiz estiver diante de um tema de direitos fundamentais objeto de um litígio estratégico, deverá considerar não só as decisões judiciais em cadeia sobre aquele tema, com base no que o próprio Judiciário entende por evolução da sociedade; como também, e principalmente, levando em consideração a interpretação do sentido da Constituição realizado pela própria sociedade e suas instituições políticas.<sup>25</sup> A construção argumentativa é importante para a criação da *ratio decidendi* e futura vinculação do precedente, mas também para respectiva superação da jurisprudência e/ou abertura aos diálogos constitucionais como garantia da integridade do sistema; o que não raro poderá significar uma maior deferência para com as escolhas políticas.

A rigor, como cada juiz deve se ver como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia quando for proferir uma decisão para um determinado caso – de maneira que tenha sempre em mente que os inúmeros precedentes representam a própria evolução – é sua função “continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora”<sup>26</sup>. E, além de considerar tais argumentos sob uma visão global, avaliando sua finalidade e como se comportou a prática jurídica até aquele momento; deve igualmente abrir o campo do diálogo com os demais autores do “romance constitucional”, especialmente porque não é exclusivamente no ambiente pretoriano que se dá a interpretação do Texto Fundante.

Assim, há de ser realizada uma compreensão do sentido constitucional que considere a subsistência dos argumentos que serviram à construção dos precedentes e também outros elementos fáticos que exsurgem tanto na prática dos demais braços especializados do Poder, quanto aqueles que orbitam a percepção da própria sociedade sobre o direito vindicado. Dessa forma, ao proferir a sua decisão, o magistrado

<sup>24</sup> Sobre o tema de diálogos constitucionais, cf.: BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, New York, v. 71, n. 3, p. 1-85, nov. 2005. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=852884](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884)>. Acesso em 10 mar. 2015. p. 39-40. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=852884](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884)>. Acesso: 10 dez. 2015; SILVA, Cecília de Almeida Silva et al. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 23-33; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-161, abr./jun. 2013.

<sup>25</sup> Segundo Marinoni: “o verdadeiro significado da transformação da função jurisdicional está em que, ao se subordinar a lei aos direitos fundamentais, impôs-se ao juiz, além do dever de raciocinar a partir de princípios que projetam figuras não precisas, a necessidade de considerar questões de ordem moral, política e econômica que estão inseridas no tecido aberto das disposições constitucionais, o que amplia a latitude do espaço judicial para expressar o significado do direito e resolver o caso litigioso”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos precedentes**. Justificativa do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 55).

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 238.

terá condições de avaliar, inclusive, como ela irá se posicionar no futuro, a partir de sua atuação como um dos “romancistas”.

### 3. A EXPANSÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA PARA ABRAN- GER O DIÁLOGO ENTRE OS AUTORES DO ROMANCE CONSTITU- CIONAL

Essa prática de litigar estrategicamente nos Tribunais, portanto, atrai necessariamente um maior ônus argumentativo quando da construção do provimento jurisdicional pelos magistrados, seja para traduzir na tomada de decisão o sentido constitucional capaz de dar adequadamente a resposta até então pendente nas outras esferas de poder, seja para promover a superação da interpretação pretérita da Corte, por meio do *overruling*.

A atuação do Judiciário demanda, pois, nesse contexto, uma construção do *ruling* que possa superar o conflito levado ao escrutínio da instância judicante por meio de um aprendizado por agregação, que pressupõe um exercício de síntese e, posteriormente, o desenvolvimento de novos argumentos. Dessa forma, importante estabelecer padrões de natureza metodológica para essa nova modalidade de análise judicial de acordo com a natureza e conteúdo do direito exigido pelos litigantes estratégicos.

Ademais, se nesse contexto censura-se a atuação judicial monológica de solução de conflitos para a proliferação de decisões com o componente transformativo almejado pela *strategic litigation*, uma alternativa que se descortina para a formação do juízo de convencimento do juiz – inclusive como metodologia apta a construção da resposta adequada àquela provocação estratégica – pode se firmar em elementos prévios à tomada de decisão e que necessariamente auxiliam na abertura dialógica com os autores não judicantes do “romance constitucional”.

Essa abertura para a realidade dos fatos, por meio do diálogo, funciona como elemento legitimador dessas difíceis providências de atualização de sentido do texto constitucional. Gargarella<sup>27</sup> e Nino<sup>28</sup>, apostam ambos – embora sob prismas teóricos diversos – na democracia deliberativa como ingrediente indispensável do processo de tomada de decisões, pois é ela que constrói o elo entre o Estado de Direito e a vontade popular de autorregulação.

Igualmente, o uso de ferramentas processuais – sejam aquelas integrantes do arsenal tradicional, sejam as provenientes de uma atuação judicial construtivista – que aproximem o discurso jurídico abstrato da situação fática envolvida nos autos, são componentes legitimadores.

<sup>27</sup> GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

<sup>28</sup> NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

A despeito de outras iniciativas de cariz instrumental e estruturante das quais se possa valer o Judiciário, a partir do amadurecimento que advirá necessariamente do processamento e julgamento de demandas intentadas estrategicamente, é possível identificar: (i) o municiamento de informações destinadas ao enriquecimento do quadro de instrução da decisão judicial, (ii) a adesão à exegese do constitucionalismo administrativo, e (iii) utilização de técnicas processuais capazes de favorecer o diálogo com o legislativo. Decerto, essas são iniciativas que reforçam a legitimidade desses provimentos, especialmente porque contribuem para a abertura dialógica e, ao mesmo tempo, calibram o conteúdo do *decree*, tanto no que se refere à atribuição de conteúdo ao direito vindicado, quanto ao impacto que será produzido na sociedade, ainda que a pretensão autoral não seja acolhida pelo Tribunal.

### 3.1. O municiamento de informações destinadas ao enriquecimento do quadro de instrução da decisão judicial por meio do diálogo

A relevância de o magistrado municiar-se de elementos fáticos, está intimamente ligada à circunstância de que em demandas em que atores sociais litigam organizadamente, o foco de cogitação do julgador deve se ampliar para além do objeto do pedido deduzido no caso concreto, especialmente no que diz respeito às possíveis interferências recíprocas existentes entre as eventuais ações do poder público (legislativas e administrativas). Em regra, isso não se dá na realidade dos Tribunais brasileiros, porquanto boa parte dos magistrados revela desconhecer os efeitos em cadeia que a sua intervenção num determinado tema que importe no reconhecimento de um direito fundamental – especialmente os de natureza social ou econômica – pode provocar em outra ação estatal com ela correlacionada, ou mesmo no impacto que essa escolha jurisdicional gerará na sociedade.

Isso demonstra que, não raro, há um efetivo descompasso entre a realidade fática e a atuação das Cortes, que desconsideram elementos relevantes para a adequação da decisão judicial que sirva como instrumento de efetivação do câmbio social pretendido pelos litigantes estrategistas. Inúmeras amostras dessa reverberação nefasta de um provimento judicial atécnico e individualista/monológico podem ser identificados, por exemplo, no campo da adjudicação do direito à moradia<sup>29</sup> e na tutela do meio ambiente equilibrado em detrimento da otimização das ações de gerenciamento urbano<sup>30</sup>; ainda que estes casos não configurem um litígio estratégico propriamente

<sup>29</sup> O tema da judicialização do direito à moradia é explorado por VALLE, Vanice Regina Lírio do; GOUVÊA, Carina Barbosa. Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial. In: **XXIII Encontro Nacional do CONPEDI**, Florianópolis, 2014. Direitos sociais e políticas públicas I, CONPEDI, 2014. p. 219-245.

<sup>30</sup> Vale citar, como exemplo o deferimento pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em setembro de 2012, no bojo do Processo 0047967-22.2012.8.19.0000, de pedido liminar formulado pelo Estado e pelo Município do Rio de Janeiro para garantir a suspensão dos efeitos das antecipações de tutelas concedidas em ações civis públicas referentes a obras nas encostas de áreas de risco, até o julgamento das respectivas apelações, após a sentença de mérito, em caso de interposição

dito, por ausência das respectivas características, mas que também demandariam o municiamento de informações a serem obtidas por intermédio do diálogo.

Note-se que não é unicamente pelo eventual comprometimento desmedido de recursos financeiros que uma medida judicial pode se revelar equivocada, porquanto, a insuficiência de conhecimento em matéria técnica sobre determinado tema também pode conduzir a uma inadequação da prestação jurisdicional. O grau de acerto do provimento judicial está diretamente relacionado à presença, no processo decisório, de elementos que orbitam outras esferas de poder e outros ambientes sociais, técnicos e econômicos.

Mas como superar esse quadro? Como salienta Nieto<sup>31</sup>, onde termina o conhecimento teórico – que opera de forma analítica e abstrata – começa a prudência, que conduz ao conhecimento prático e trabalha sinteticamente e com individualização, possibilitando o transitar do intelecto para a vida.

Daí que a suplantação dessa dificuldade deve passar primeiro pelo reconhecimento prudente de que o juiz nem sempre terá, numa atitude solipsista<sup>32</sup>, a melhor e definitiva resposta para o caso concreto. Em segundo, pela reflexão também ponderada de que, se a interpretação e aplicação do direito tem por objetivo um resultado concreto, estes processos podem e devem se valer tanto de conceitos próprios de outras disciplinas no campo teórico, como, em se cuidando de temas de grande apelo moral, considerar argumentos que permeiem o seio da sociedade plural e multifacetada em que vivemos; sob pena de condução ao afastamento da realidade pela hipervalorização de conceitos exclusivamente jurídicos e herméticos.

Convém observar que os provimentos jurisdicionais têm, via de regra, efeito progressivo na tutela de tais garantias, tornando efetiva, em alguma medida, a pauta valorativa constitucional de proteção dos direitos dos indivíduos. No entanto, a despeito de ser possível realmente verificar uma repercussão positiva do atuar da instância judicante na concretização dos valores e fins constitucionais, não há como fechar os olhos para o fato de que pode também existir um potencial regressivo originado justamente da assunção pelo magistrado de uma postura substitutiva quando acaba inibindo movimentos naturais de ampliação da proteção ao próprio direito tutelado. Isso

---

do recurso. A questão de fundo que levou ao pleito do Estado e da Comuna foi o fato de o *Parquet* ter ajuizado mais de uma centena de ações civis públicas em face dos dois requerentes, obrigando-os a executarem diversas medidas. Alegam os entes federados que “a complexidade das obras e o elevado grau de especialização que se exige para a realização das intervenções de geotécnica são fatores que obstam a execução de todas as obras ao mesmo tempo, por insuficiência de recursos técnicos (material, máquinas) e humanos (mão de obra qualificada), além da necessidade de se licitarem as intervenções que serão realizadas”. Ademais, conforme notícia veiculada no sítio eletrônico do próprio Tribunal, “[...] exigir o cumprimento das liminares poderia, a um só tempo, comprometer o cuidadoso planejamento de todas as intervenções em referência e, ainda, impor às Fazendas municipal e estadual gravíssimos prejuízos orçamentário-financeiros, cujo montante poderia ser destinado à concretização de políticas sociais relevantes como educação, saúde, habitação e a própria mitigação dos riscos geológicos”. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/97801>>. Acesso em 23 out. 2016.

<sup>31</sup> NIETO, Alejandro; GORDILLO, Agustín. **Limitaciones del conocimiento jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 19.

<sup>32</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decidido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

porque, ao elaborar uma decisão judicial autoritativa, despreza a sua falta de *expertise* no campo econômico e técnico; desconsidera a existência de prioridades no que diz respeito à elaboração e implementação de programas de políticas públicas estabelecidas com critérios de escolhas razoáveis pelo Poder Executivo; ou, ainda, não leva em conta a percepção da sociedade sobre os aspectos morais e culturais do tema.

O potencial regressivo das decisões judiciais pode se manifestar, como salienta Valle<sup>33</sup>: (i) pelo arrefecimento do debate público; (ii) pela desconsideração da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; ou mesmo (iii) pela reprodução indiscriminada de padrões culturais aos jurisdicionados. Liebenberg<sup>34</sup>, por seu turno, aponta para esta anomalia decorrente da atuação substitutiva, no sentido de que tal permuta indevida de papéis entre os Poderes Executivo – quem, por princípio, deve promover as escolhas públicas – e o Judiciário, pode levar ao embotamento do próprio conteúdo do direito social que se pretende proteger ou ampliar a zona de proteção por via da *strategic litigation*. Ou seja, sob a pretensão de conferir a melhor garantia ao bem tutelado, a decisão judicial leva ao seu enfraquecimento.

De um lado, o poder público dificilmente alocará mais recursos do que aqueles necessários ao atendimento do mínimo exigido pela decisão judicial, concentrando seus esforços em empreitadas diversas; de outro, o jurisdicionado, que, em tese, poderia se ver atendido por um conjunto de atuações de espectro mais abrangente, acaba por ser tolhido dessa possibilidade.

E não é só. Quando o Judiciário, por exemplo, julga como plenamente adequada uma linha de atuação estatal mínima – seja porque se substituiu ao administrador público, seja porque simplesmente não domina o conteúdo de determinado direito social – incorre no risco de comprometer o campo de debate democrático entre a Administração e os grupos representativos da sociedade sobre a conformação daquele mesmo direito, especialmente porque, por meio de embates próprios na arena de discussão política, seria possível chegar consensualmente a uma definição conteudística mais abrangente.

Vê-se, portanto, que esse modelo de comutação constatado ordinariamente no atuar dos magistrados brasileiros reclama uma mudança, ou minimamente um arejamento, para que os provimentos jurisdicionais em matéria de proteção dos direitos socioeconômicos se tornem cada vez mais adequados e aptos a contribuir para o diálogo democrático; sobretudo em um litígio que tem em foco uma estratégia de redirecionamento de reivindicações sociais e políticas.

<sup>33</sup> VALLE, Vanice Regina Lirio do. Mercantilização dos direitos fundamentais e potencial regressivo das decisões judiciais. In: **V Congresso Brasileiro de Direito Processual**, Salvador, 2014. Constituição, processo e cidadania. Brasília: Gomes & Oliveira Livraria & Editora, 2014. p. 265-306.

<sup>34</sup> LIEBENBERG, Sandra. **Socio-economic rights**: adjudication under a transformative constitution. Claremont: Juta & Co. Ltd., 2010. p. 41-42.

Uma possível saída para mitigar essa dificuldade pode estar na consulta às instituições que promovem (ou deveriam promover) políticas públicas e aos indivíduos beneficiários dessas ações, assim como às entidades da sociedade civil que tenham envolvimento com a matéria; com vista à realização do escrutínio do acerto ou não das opções que determinaram as condutas do poder público ou mesmo as suas justificativas para uma eventual omissão.

Decerto, isso não significa que existirá como resultado desse processo dialógico uma única decisão judicial e a mais adequada para a resolução do caso concreto, mas sim que podem haver variadas soluções aptas a conduzir para o acerto da judicialização da política pública sindicada, todas elas compreendidas na construção do romance constitucional.

### **3.2. Deferência para com a interpretação dos órgãos públicos: abraçando a teoria do constitucionalismo administrativo**

Em se tratando especificamente de litígios estratégicos que envolvam direitos cuja densificação de seu conteúdo dependa da elaboração ou implementação de políticas públicas, vale registrar, como anuncia Chayes<sup>35</sup>, que o direito à participação no processo não está mais atado à antiga percepção do modelo tradicional. A rígida disciplina do processo civil vem sendo gradativamente flexibilizada, e se torna cada vez mais difícil traçar a linha entre quem deve ou pode participar da reivindicação e aqueles que dela merecem ser afastados.

Ainda sob a ótica do referido autor, no âmbito da *public law litigation*, como a apreciação do caso se dá de maneira prospectiva, a atitude casual do modelo tradicional em relação ao *fact-finding* não é mais tolerável.<sup>36</sup> O impacto dos julgamentos demanda um procedimento mais confiável para estabelecer todos os elementos que compõem o litígio, reconhecendo-se uma relação complexa e intrínseca entre a avaliação de seus aspectos fáticos e a consequência legal.

Assim, se de um lado o foco de cogitação do julgador merece ser ampliado para compreender os exatos contornos da lide e como se promove o agir estatal, ouvindo outros agentes envolvidos de alguma forma na celeuma levada ao escrutínio judicial; de outro, há de se cogitar igualmente sobre a possibilidade de o magistrado, como fundamento de suas razões de decidir, considerar com certa deferência às escolhas do gestor público, porquanto a instância executiva também atua como co-autora da interpretação constitucional. Isso porque, como salienta Valle:

<sup>35</sup> CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 89, n. 7, p. 1.281-1.316, may 1976. p. 1290.

<sup>36</sup> CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 89, n. 7, p. 1.281-1.316, may 1976. p. 1296-1297.

*Afinal, é no plano das questões diárias postas à Administração que se empreende ao ajuste entre as enunciações constitucionais e a riqueza das circunstâncias apresentadas no cadinho do convívio social. O imperativo de ofertar resposta às demandas sociais exige da Administração um exercício criativo de densificação do texto constitucional, sem os benefícios da não-resposta como alternativa – a exemplo do que se dá em favor do Legislativo.<sup>37</sup>*

Trata-se aqui da apropriação crítica e adequada ao nosso sistema de jurisdição constitucional, da doutrina estadunidense que debate o constitucionalismo administrativo<sup>38</sup>, compreendido como o processo<sup>39</sup> realizado pelas autoridades administrativas de interpretação e de atualização de sentido do Texto Fundante no desenvolver das suas atribuições institucionais típicas de regulamentar ou executar um comando normativo com vista à elaboração, implantação ou fiscalização de políticas públicas; tarefa desempenhada, por vezes, até involuntariamente, mas que envolve inexoravelmente, a consideração dos aspectos concretos e técnicos<sup>40</sup>.

Para Ross<sup>41</sup>, o constitucionalismo administrativo se revela como um processo de solução de celeumas envolvendo normas jurídicas que resvalam em questões constitucionais mais profundas, contribuindo para o desenvolvimento do conteúdo daquele preceito fundamental e, ao mesmo tempo, traduz-se num mecanismo apto para a promoção da adaptação do próprio sentido constitucional em momentos de transformação, especialmente no que tange às mudanças na economia, estruturas sociais, tecnologia e valores públicos.

Essa atualização de sentido constitucional pode se dar por três formas diversas: (i) interpretando cláusulas abertas ou ambíguas; (ii) extraindo a essência da previsão por meio da derivação de outros princípios insertos na Carta Base; e (iii) aplicando esses mesmos textos ou axiomas a situações concretas. O autor ainda assinala a circunstância de que as Cortes, em regra, tendem a desprezar essa interpretação promovida na instância executiva, quando, em verdade, deveriam conferir-lhe deferência; pois ela

<sup>37</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **O papel da adjudicação como mecanismo social de composição de conflitos**. (mimeo, cedido pela autora). p. 11.

<sup>38</sup> Por todos: ROSS, Bertrall L. Embracing Administrative Constitutionalism. **Boston University Law Review**, Boston, vol. 95, n. 2, p. 519-585, mar./apr. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2575399>>. Acesso em 14 jul. 2015; METZGER, Gillian E. Administrative Constitutionalism. **Texas Law Review**, Austin, vol. 91, jun. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2269773>>. Acesso em 20 jul. 2015.

<sup>39</sup> Sob o prisma de Bremer, esse processo se dá naturalmente no desenrolar diuturno das atividades do gestor público e não guarda uma relação de dependência com a circunstância de terem sido criadas agências reguladoras; cuida-se, na visão da autora, de um direito administrativo não escrito. (BREMER, Emily S. The Unwritten Administrative Constitution (2012). **Florida Law Review**, Gainesville, v. 66, n. 3, p. 1.215-1.273, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2143161>>. Acesso em 20 jul. 2015.).

<sup>40</sup> Nesse sentido: METZGER, Gillian E. Administrative Constitutionalism. **Texas Law Review**, Austin, vol. 91, jun. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2269773>>. Acesso em 20 jul. 2015.

<sup>41</sup> ROSS, Bertrall L. Embracing Administrative Constitutionalism. **Boston University Law Review**, Boston, vol. 95, n. 2, p. 519-585, mar./apr. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2575399>>. Acesso em 14 jul. 2015. *passim*.

externa uma dimensão aplicativa e experimentalista que, embora distante da matriz de ação judicial, pode contribuir positivamente para o processo de *decision-making*.<sup>42</sup>

A importância de considerar de forma reverente as escolhas promovidas pela Administração na forma de conduzir uma determinada política pública também é consignado por Valle, quando sustenta que é especialmente no âmbito da aplicação dos comandos normativos constitucionais – sejam regras ou princípios – que o gestor público encontrará

*espaço e oportunidade para o exercício de algum nível de experimentalismo – aquele mesmo atributo que se aponta como relevante ao adequado enfrentamento no modelo adjudicativo, das complexas questões postas pelos desafios de efetividade de direitos fundamentais, que se revelam progressivamente competitivos entre si. A função administrativa é por definição, adaptável e resiliente sob pena de infidelidade constitucional; diferentemente do que se põe com a função judiciária, que nos termos do já apontado, reclama estabilidade de reiteração de seus mesmos outcomes.*<sup>43</sup>

Ocorre que, em regra, a maior dificuldade apontada para o Judiciário abraçar o constitucionalismo administrativo se funda, não no pressuposto de que a interpretação resultante da prática executiva atribua um sentido equivocado (inconstitucional) ao texto, mas sim, no de que esta seria ilegítima.

Contudo, se se reconhece a legitimidade da instância judicante para exercer a *judicial review* em prol da primazia da Constituição e do projeto transformador da Carta Base, exercício este que se dá, em regra, numa inflexão autoritativa; porque repelir a possibilidade de assentir que a Administração Pública também detenha esta legitimação para promover o processo interpretativo, que – se comparado ao das Cortes, apresenta *timing* mais célere, se dá num ambiente de conexão mais estreita com a sociedade – considera com maior grau de acuidade os padrões por ela exigidos para a conformação da política pública<sup>44</sup>?

É da natureza da função jurisdicional – promotora da segurança jurídica – a tendência à conservação e estabilidade. As Cortes, quando interpretam cláusulas vagas ou ambíguas, normalmente optam por fazê-lo de forma consistente com valores previamente estabelecidos na jurisprudência e, por isso, as adaptações se processam, não raro, com uma tendência a prestigiar o entendimento pretoriano já consolidado<sup>45</sup>;

<sup>42</sup> ROSS, Bertrall L. Embracing Administrative Constitutionalism. *Boston University Law Review*, Boston, vol. 95, n. 2, p. 519-585, mar./abr. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2575399>>. Acesso em 14 jul. 2015. p. 524.

<sup>43</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **O papel da adjudicação como mecanismo social de composição de conflitos**. (mimeo, cedido pela autora). p. 12.

<sup>44</sup> ROSS, Bertrall L. Embracing Administrative Constitutionalism. *Boston University Law Review*, Boston, vol. 95, n. 2, p. 519-585, mar./abr. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2575399>>. Acesso em 14 jul. 2015. p. 525.

<sup>45</sup> ROSS, Bertrall L. Embracing Administrative Constitutionalism. *Boston University Law Review*, Boston, vol. 95, n. 2, p. 519-585, mar./abr. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2575399>>. Acesso em 14 jul. 2015. p. 538.

sobretudo quando se está diante de um sistema de vinculação de precedentes sem a proficiente abertura dialógica que aqui se defende. Assim, a partir da doutrina do constitucionalismo administrativo, é possível afirmar que a atribuição de sentido aos textos e princípios da Constituição pelos órgãos públicos alcança um nível de oxigenação bem maior do que aquela presente no âmbito exclusivo do Tribunal; razão pela qual, a deferência judicial para com as escolhas administrativas é circunstância que se demonstra favorável ao diálogo que se pretende na *strategic litigation*.

A ideia da proposta ora lançada tem por escopo chamar a atenção para a circunstância de que não deve o Judiciário se arvorar na condição de único detentor da legitimidade interpretativa e, numa postura retirada e hermética, desprezar os elementos que integram e orbitam os contornos fáticos de uma demanda – sobretudo quando o seu objeto se traduz em uma estratégia de reivindicação política originariamente pleiteada perante a Administração – sob pena de conferir a ela uma solução adjudicativa inadequada ou inexecutável.

No âmbito de nossas Cortes, convém destacar que o rompimento dessa barreira ao diálogo no processo de elaboração do sentido da Constituição não se mostra como tarefa simples; a medida em que, sobretudo no que se refere ao litígio estratégico, envolve necessariamente o conhecer da facticidade que integra e tangencia a *quaestio*, com vista à verificação quanto à existência ou não de alguma iniciativa estatal destinada à elaboração ou implementação do direito fundamental exigido judicialmente, ou mesmo relativa ao adequado escrutínio da escolha apriorística do gestor. Tal atuar sindicante demanda uma cogitação amplíssima do julgador, inclusive sobre as mencionadas relações de interferências recíprocas existentes entre as diversas ações do poder público e os eventuais reflexos do provimento judicial vindouro; a exigir, via de regra, não só um exame factual, mas também uma análise de prognose.

### 3.3. Técnicas processuais diferenciadas capazes de favorecer o diálogo com o Legislativo

No campo de litígios estratégicos que envolvam o redirecionamento de reivindicações sociais decorrentes da obstrução da via legislativa ordinária, cabe a mesma construção teórica realizada nos subitens anteriores relativamente à necessidade de uma decisão judicial que – ainda que proferida com base em um sistema de precedentes obrigatórios – valorize a abertura dialógica; embora aqui se cogite especificamente do diálogo entre Judiciário e Legislativo.<sup>46</sup>

<sup>46</sup> O presente item não tem por pretensão realizar um estudo das teorias de diálogos constitucionais (ver nota 24), mas tão somente propor algumas técnicas processuais diferenciadas que possam contribuir para a construção de um provimento jurisdicional que, embora vinculante, possua uma abertura dialógica desejável, sobretudo em temas constitucionais veiculados por intermédio de um litígio estratégico.

Convém observar que o litígio estratégico possui em si um paradoxo, porque tem por objetivo a transformação da realidade social sem se importar com a forma pela qual ela será alcançada – se pela via ordinária própria ou judicial substitutiva – e isso repercute na seguinte circunstância: ao mesmo tempo que busca a vinculação do precedente, se favorável; não se descarta de devolver o debate às instituições e sociedade, levando em conta a evolução dos direitos fundamentais e a respectiva necessidade de continuidade de transformação.

Levando em conta tal informação, pretende-se buscar algumas técnicas processuais diferenciadas que possam favorecer o diálogo com o Legislativo na construção do provimento jurisdicional em sede de litígio estratégico; e, assim, auxiliar na redução dos efeitos colidentes desse paradoxo. Para tanto, faz-se mister apontar uma primeira distinção entre, de um lado, (i) a obstrução legislativa decorrente dos pontos cegos e ônus inerciais, e, de outro, (ii) aquela proveniente de elevado desacordo moral. Trata-se, pois, de circunstâncias distintas cujas técnicas dialógicas não poderão ser as mesmas, e por isso serão tratadas em separado.

### **3.3.1. Obstrução legislativa decorrente de pontos cegos e ônus inerciais**

A espécie de obstrução de que trata o presente subitem ocorre em hipóteses até então não vislumbradas ou consideradas custosas pelo Legislativo.

Tanto no caso em que a obstrução decorre de ausência de uma clara definição da norma constitucional, seja em razão de uma alteração formal, seja em decorrência de uma nova interpretação judicial, ou, ainda, pela modificação de alguma circunstância fática que alavanque a necessidade de densificação do direito (pontos cegos); quanto na situação em que o Legislativo permanece inativo em situação que supõe um ônus que na realidade não pode se apresentar como causa legítima para a inação (ônus inerciais); cabe ao Tribunal assumir uma postura de deferência para com a função institucional legislativa sem, contudo, deixar de atuar nos limites de sua competência.

Na experiência sul-africana, é possível apontar o caso *Fourie*<sup>47</sup>, em que a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade de lei local que vedava o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas; e, concomitantemente, decidiu pela devolução da matéria ao Legislativo, no prazo de um ano, sob pena de valer a aplicação da interpretação constitucional judicial em favor das minorias às situações que viessem a ocorrer a partir de então. É interessante trazer à baila a hipótese para demonstrar que a enunciação de um determinado critério decorrente da interpretação judicial, associado a um prazo para deliberação política, além de servir como estímulo ao Legislativo, à proporção que isto se apresente em maior consonância com os interesses políticos em

<sup>47</sup> Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005).

jogo; assume também uma função pedagógica, à medida que indica em linhas gerais os parâmetros considerados constitucionalmente razoáveis.

Segundo Valle<sup>48</sup>, esse tipo de modulação dos efeitos temporais da decisão judicial se demonstra como uma técnica a serviço do diálogo com o Legislativo, sendo que encontra o seu fundamento de validade em dispositivo expressamente previsto no ordenamento jurídico pátrio, qual seja, o art. 27 da Lei 9868/99. Entretanto, a eventual concretização desse diálogo seria posterior ao julgamento definitivo do litígio estratégico, o que impediria a aplicação – ao menos de forma direta – do superveniente critério legislativo aos casos anteriores que tivessem se valido da decisão judicial.

Assim, o que se pretende propor é a oportunização do diálogo institucional durante o julgamento do litígio estratégico, antes mesmo do proferimento do provimento jurisdicional final<sup>49</sup>; pois, assim, será possível a aplicação do critério objeto de deliberação legislativa, em uma clara demonstração não somente de deferência, mas, acima de tudo, comprometimento com a restauração da responsabilidade política – evitando-se as implicações democráticas de uma atividade judicial adjudicativa<sup>50</sup>.

Sugere-se, portanto, um julgamento bipartite em que na primeira fase caberá ao Tribunal o exame da configuração ou não da inadequada obstrução legislativa em razão dos pontos cegos ou pesos inerciais. Em caso positivo, enunciará um comando com as respectivas diretrizes a serem eventualmente utilizadas como interpretação constitucional judicial; bem como, determinará a suspensão do processo por prazo determinado para livre manifestação legislativa, sob pena de aplicação do critério judicial quando da retomada do julgamento.<sup>51</sup>

Por fim, cabe mencionar que a despeito dessa técnica de enunciação e suspensão poder ser utilizada indiscriminadamente para a superação tanto dos pontos cegos, como dos ônus inerciais, visto que em ambos os casos há o objetivo de servir como mecanismo de advertência e impulsionamento ao diálogo; é possível ocorrer uma ponderação no que se refere à duração em si do prazo, sendo justificável uma ampliação

<sup>48</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 78-81, set./dez. 2014.

<sup>49</sup> Silva et al já advertia o fato de a doutrina estrangeira tão somente cogitar do diálogo constitucional pós decisão judicial, sendo que a interação entre os Poderes ao longo do processo de construção da decisão judicial não poderia ser descartada, uma vez que contribui para antecipação dos benefícios democráticos advindos desse diálogo. (SILVA, Cecília de Almeida Silva et al. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 101, NR 221).

<sup>50</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **O papel da adjudicação como mecanismo social de composição de conflitos**. (mimeo, cedido pela autora).

<sup>51</sup> A sugestão tem por base algo muito próximo do que ocorreu no julgamento do MI 943 (BRASIL. STF. MI 943-DF. Pleno. Min. Rel. Gilmar Mendes. Julgamento: 06/02/2013. Publicação: 30/04/2013. Acesso: 06 set. 2014), sobre ausência de regulamentação legislativa do direito fundamental ao aviso prévio proporcional, em que o STF julgou procedente o pedido para declarar o dever constitucional de legislar, e suspendeu o julgamento para posterior análise dos variados critérios de proporção sugeridos pelos ministros; ato contínuo, o Legislativo, verificando o risco de enunciação judicial de um parâmetro desfavorável aos interesses de seus eleitores, agiu rapidamente e aprovou a lei antes mesmo do julgamento definitivo do referido writ. Sobre o tema, cf.: JABER MANEIRO, Renata de Marins. Mandado de injunção e jurisdição dialógica: algumas considerações a partir do caso do MI 943. **Direitos e Garantias Fundamentais I: Encontro Internacional do Conpedi, Montevidéu, 2016**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 25-41.

quando se estiver diante da primeira hipótese, eis que nesse caso, não raro, a deliberação dependerá de um período mínimo para maturação e formação do consenso.

### 3.3.2. Obstrução legislativa decorrente de elevado desacordo moral

Entre as causas corriqueiras de obstrução deliberativa do poder político estão também as questões de elevado desacordo moral, em que o Judiciário por intermédio de um litígio estratégico pode ser chamado a decidir, funcionando como um agente articulador do debate público, a partir do momento em que devolve a matéria às instituições políticas e sociais.

É justamente essa abertura ao debate que vai permitir a evolução de entendimento e, aos poucos, a diminuição das controvérsias sobre o tema. Isso se afina com a proposição de Mendes<sup>52</sup> consistente na deliberação como fruto da última palavra provisória a ser dada pela Corte, e novas rodadas procedimentais a partir da resposta oferecida pelo Parlamento apta a revitalizar o tema e reiniciar os debates; bem como, com a ideia de interpretação constitucional em contínuo intercâmbio entre os participantes do diálogo.

Convém observar que nesses casos de elevado desacordo moral, embora se esteja cogitando do diálogo institucional com o Legislativo, a própria sociedade assume um papel importante na evolução da interpretação da constituição e formação de possíveis acordos para deliberação política em matéria objeto do litígio estratégico.

Para que seja possível uma melhor noção do que se pretende propor, cabe antes a demonstração de um caso ocorrido no Direito estrangeiro que – a despeito de *prima facie* fazer supor a lógica do diálogo institucional que se teria por frustrada – em se aprofundando a análise, há a compreensão do *status* revelador da sociedade como um todo (instituições políticas e seguimentos sociais) na função propulsora do diálogo ao longo do tempo.

Assim é que na experiência canadense há o emblemático caso *Vriend*<sup>53</sup> – a respeito de um professor de uma escola religiosa privada que foi demitido após dizer ao patrão que era *gay* – em que a Corte Constitucional considerou aplicável a garantia de não discriminação profissional também em relação à orientação sexual. Apesar do inicial clamor público e político contra a referida decisão, não foi utilizado qualquer procedimento formal de reação.

No ponto, cumpre esclarecer que o Canadá possui um mecanismo denominado cláusula não obstante, que é colocado à disposição do Legislativo para oferecer

<sup>52</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. São Paulo, 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

<sup>53</sup> *Vriend v. Alberta*, 1 S.C.R. 493 (1998).

substituição à decisão judicial.<sup>54</sup> Cabe destacar que, embora não tenha ocorrido a utilização de uma resposta dialógica formal, o Tribunal funcionou como verdadeiro agente articulador do debate, onde o tema ganhou destaque na mídia, nos seguimentos religiosos e nos mais variados grupos sociais, o que tornou possível a redução de desacordos sobre a matéria; inclusive, com relação a novos debates sobre a extensão de benefícios, redefinição de casamento, etc.<sup>55</sup>

Portanto, para além do à época polêmico reconhecimento da garantia de não discriminação de orientação sexual nas relações de trabalho, a decisão produziu ao longo do tempo outras consequências, tais como: efeito indireto de aprovação de medidas legislativas e sociais direcionadas ao reconhecimento e extensão de benefícios ao companheiro do mesmo sexo; e efeito simbólico de criar ambiente propício ao incremento do debate público, inclusive sobre reconhecimento de união homoafetiva e, também, nova definição do instituto do casamento.

O referido caso representa um típico exemplo de como uma decisão judicial pode produzir um verdadeiro diálogo no seio das *instituições* políticas e sociais, servindo para impulsionar o debate público e proporcionar um (re)equilíbrio entre opinião pública e incorporação na linguagem do direito ao longo do tempo pelo Legislativo.

Para que seja possível a concretização desse tipo de diálogo sugere-se a utilização da técnica de clarificação dos limites de interpretação e enunciação de um parâmetro judicial em linhas gerais, com fixação de um prazo mínimo para uma nova rodada procedimental (litígio estratégico em que se veicule o mesmo tema), caso não ocorra incorporação política do câmbio social; aplicável tão somente aos casos de competência originária da Suprema Corte, excluindo-se os casos em que o assunto houver chegado ao STF por via difusa, já que o litígio estratégico pode ser veiculado em demanda individual.<sup>56</sup>

Seguindo essa esteira propositiva de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal julgará improcedente o pedido, exercendo tão somente uma função de desbloqueio ao esclarecer pontos passíveis de serem submetidos ao novo consenso legislativo; bem como, função pedagógica no sentido de já se apontar possíveis parâmetros considerados constitucionalmente razoáveis em futura deliberação política. E, assim, devolve-se

<sup>54</sup> Sobre o mecanismo dialógico formal canadense, cf.: SILVA, Cecília de Almeida Silva et al. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

<sup>55</sup> BATEUP, Christine. Expanding the conversation: American and Canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. **Temple International and Comparative Law Journal**, New York, vol. 37, n. 6, p. 1-66, nov. 2006. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=947867](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947867)>. Acesso: 06 abr. 2015. p. 49-53.

<sup>56</sup> O litígio estratégico não pode ser encarado com a incidência das velhas fórmulas aplicáveis ao litígio comum, como a lógica de dar a cada um o que é seu, bem como a vedação ao *non liquet*, tendo em vista que se trata de redirecionamento de reivindicações sociais que possuem o seu *locus* originalmente adequado à deliberação política institucional. Ocorre que, em se tratando de demandas individuais de controle difuso, nem sempre será tarefa fácil identificar as características de um litígio estratégico associadas ao liame entre demandas da mesma natureza que veiculem o mesmo tema, como explicitado no item 3. Por isso, optou-se em restringir a presente proposta às demandas de competência originária do STF, e nisso se inclui não só as ações diretas, como também o mandado de injunção ou demais ações constitucionais que se revistam dessa característica estratégica.

o debate à sociedade com fixação de um prazo mínimo que entender razoável a eventual reexame judicial da questão, por intermédio de uma nova demanda também de competência originária do Tribunal Constitucional; o que significa que esses critérios gerais judiciais não serão aplicados nessa primeira rodada, como também não terão efeitos vinculativos, já que não fazem parte da *ratio decidendi*<sup>57</sup>.

Trata-se de uma técnica que estimula o debate público e pré-determina a partir de quando poderá ser ajuizada perante a Corte uma nova demanda sobre o mesmo tema; ocasião em que possivelmente a questão já estará mais madura para que seja iniciada uma nova rodada procedimental, agora com a aplicação das técnicas de enunciação e suspensão descritas no subitem anterior – por óbvio, caso não mais perdure o elevado desacordo moral. Vale dizer, a decisão anterior serviu tão somente como estímulo ao debate na sociedade e redução de desacordos sobre a interpretação constitucional a ser originariamente realizada pelo Legislativo.

Por fim, cabe ainda mencionar que isso não impede a possibilidade de julgamento de improcedência sem aplicação de qualquer técnica que contribua com a redução de desacordos morais sobre o assunto, quando houver razões jurídicas o suficiente para rechaçar a nova interpretação que se pretende conferir pelos litigantes estratégicos.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa destinou-se a tratar do tema de litígio estratégico à luz do sistema de precedentes obrigatórios, e, diante da constatação de que essa prática tem por objetivo a transformação da realidade social, verificou-se que isso poderia ocorrer não só pela vinculação de precedentes, mas também a partir de um amplo debate entre as instituições políticas e seguimentos sociais; este último, inclusive, mais desejável, já que traduz o reconhecimento ou ampliação do conteúdo do Direito pelas vias ordinárias próprias.

Por sua vez, levando em conta que esse câmbio social ocorre de forma gradual e contínua, preocupou-se com o problema da petrificação da interpretação constitucional, cogitando, assim, da aplicação da teoria de interpretação construtiva dworkiniana consistente em considerar o conjunto de precedentes sobre determinada matéria como um romance em cadeia; o que significa que a integridade do sistema jurídico depende de um processo de autocorreções reiteradas ao longo do tempo, por intermédio de técnicas de superação dos precedentes.

No entanto, para que os temas constitucionais sensíveis veiculados na *strategic litigation* recebam o devido tratamento de acordo com a acima referenciada integridade

<sup>57</sup> Sobre o tema da *ratio decidendi* dos precedentes, cf.: SOARES, Marcos José Porto. A *ratio decidendi* dos precedentes. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, v. 22, n. 85, p. 39-73, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74476>>. Acesso: 29 abr. 2016.

do sistema, mister expandir essa interpretação construtiva, de molde a abranger os demais autores do romance constitucional. Isso porque, nesses casos, o Judiciário estará sendo chamado a deliberar sobre assunto que não era originariamente de sua alçada; e, assim, considerando que as instituições políticas e sociais podem e devem se arvorar na condição de intérpretes da Constituição, essa ampliação da interpretação construtiva dworkiniana para abranger os demais autores constitucionais quer significar uma abertura dialógica na construção do provimento jurisdicional.

Daí a sinalização que se empreende no sentido de que há uma insuficiência do modelo institucional do Judiciário brasileiro para lidar com o litígio estratégico, porquanto demonstram as Cortes que não caminham, mas deveriam caminhar, em direção a adoção de práticas que mitiguem o distanciamento da realidade e cambiem não apenas o perfil da sociedade, mas sejam capazes de privilegiar uma adjudicação mais democrática do que autoritária, provimento típico exigido em demandas em que os autores se organizam estrategicamente para buscar a resposta que os outros braços organizados do poder até então lhe negaram.

No ponto, cabe enfatizar que embora o litígio estratégico seja um importante instrumento de transformação da realidade social, sem a concretização do diálogo pode acabar servindo como ferramenta de autoritarismo judicial, além do potencial regressivo que essa decisão monológica poderia gerar.

Assim é que no último item buscou-se propor algumas iniciativas a serem empreendidas na construção do provimento jurisdicional que possam auxiliar na abertura desse diálogo constitucional antes mesmo de findo o julgamento, tais como: (i) o municiamento de elementos fáticos com consulta às instituições políticas e seguimentos sociais; (ii) deferência para com a interpretação constitucional dos órgãos da Administração Pública; (iii) aplicação de técnicas de enunciação e suspensão, como forma de exortar o diálogo com o Legislativo, nos casos cuja obstrução tenha decorrido de pontos cegos ou ônus inerciais. E, excepcionalmente, após o julgamento, (i) a aplicação de técnicas de clarificação e enunciação direcionadas a novas rodadas procedimentais a longo prazo, quando se estiver diante de questões de elevado desacordo moral. Esta última, a única hipótese em que não ocorreria a vinculação do precedente.

Em última análise, a pesquisa teve como pano de fundo o exame sobre a possibilidade de aplicação de técnicas dialógicas na construção do provimento jurisdicional dentro de um sistema de vinculação de precedentes; o que se demonstrou perfeitamente possível a partir da ideia de expansão da interpretação construtiva para abranger todos os autores do Romance Constitucional. Dessa forma, constitui provocação para a continuação dessa linha de pesquisa, não só a busca de novas iniciativas capazes de contribuir com a abertura dialógica na construção do provimento jurisdicional, em sede de litígio estratégico; como também a investigação daquelas adequadas ao julgamento do *public law litigation* em geral.

## 5. REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao básico. Precedentes, uniformidade, coerência e isonomia. Algumas reflexões sobre o dever de motivação. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARI-NONI; Luiz Guilherme; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Orgs.). **Direito Jurisprudencial**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, n. 3, p. 1-85, nov. 2005. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=852884](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884)>. Acesso em 10 mar. 2015.

BATEUP, Christine. Expanding the conversation: American and Canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. **Temple International and Comparative Law Journal**, New York, vol. 37, n. 6, p. 1-66, nov. 2006. Disponível em: < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=947867](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947867)>. Acesso: 06 abr. 2015.

BREMER, Emily S. The Unwritten Administrative Constitution (2012). **Florida Law Review**, Gainesville, v. 66, n. 3, p. 1.215-1.273, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2143161>>. Acesso em 20 jul. 2015.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina: Estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia**. São Paulo, 2012. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16052013-162225/pt-br.php>>. Acesso em 08 dez. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Porto Alegre: Fabris, 1999.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 89, n. 7, p. 1.281-1.316, may 1976.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

JABER MANEIRO, Renata de Marins; CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da. Constitucionalismo democrático e litígio estratégico: o caso do mandado de injunção n.º 4.733. **Direitos e Garantias Fundamentais I**: XXV Encontro Nacional do Conpedi, Curitiba, 2016. (no prelo).

JABER MANEIRO, Renata de Marins. Mandado de injunção e jurisdição dialógica: algumas considerações a partir do caso do MI 943. **Direitos e Garantias Fundamentais I: Encontro Internacional do Conpedi**, Montevidéu, 2016. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Eds.) **Encyclopedia of the American Constitution**. New York: Macmillan Publishing Company, 2000.

LIEBENBERG, Sandra. **Socio-economic rights: adjudication under a transformative constitution**. Claremont: Juta & Co. Ltd., 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos precedentes**. Justificativa do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI; Luiz Guilherme; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Orgs.). **Direito Jurisprudencial**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. São Paulo, 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

METZGER, Gillian E., Administrative Constitutionalism. **Texas Law Review**, Austin, vol. 91, jun. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2269773>>. Acesso em 20 jul. 2015.

NIETO, Alejandro; GORDILLO, Agustin. **Limitaciones del conocimiento jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 11, p. 217-237, nov. 2013.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socio-economic rights in Latin America. **Texas Law review**, Austin, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, 2011.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **RATJ - Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, v. 14, n. 2, dez. 2013. Disponível em <[http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=9173&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858)>. Acesso em 08 de novembro de 2014.

ROSS, Bertrall L. Embracing Administrative Constitutionalism. **Boston University Law Review**, Boston, vol. 95, n. 2, p. 519-585, mar./apr. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2575399>>. Acesso em 14 jul. 2015.

SILVA, Cecília de Almeida Silva *et al.* **Diálogos Institucionais e Ativismo**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-161, abr./jun. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOARES, Marcos José Porto. A ratio decidendi dos precedentes. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, v. 22, n. 85, p. 39-73, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74476>>. Acesso: 29 abr. 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Mercantilização dos direitos fundamentais e potencial regressivo das decisões judiciais. In: **V Congresso Brasileiro de Direito Processual**, Salvador, 2014. Constituição, processo e cidadania. Brasília: Gomes & Oliveira Livraria & Editora, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. O papel da adjudicação como mecanismo social de composição de conflitos. (mimeo, cedido pela autora).

VALLE, Vanice Regina Lírio do; GOUVÊA, Carina Barbosa. Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial. In: **XXIII Encontro Nacional do CONPEDI**, Florianópolis, 2014. Direitos sociais e políticas públicas I, CONPEDI, 2014.





## Decadência administrativa e atos inconstitucionais: uma análise a partir do recurso extraordinário nº 817.338

### *Administrative decadence and unconstitutional acts: an analysis from the extraordinary appeal n ° 817.338*

**WILLIAN ROSSATO\***

Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)  
will\_rossato@hotmail.com

**JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM\*\***

Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)  
jscristovam@gmail.com

**Recebido/Received:** 17.03.2017 / March 17<sup>th</sup>, 2017

**Aprovado/Approved:** 18.07.2017 / July 18<sup>th</sup>, 2017

#### Resumo

A questão da decadência dos atos administrativos no caso de inconstitucionalidade é analisada a partir da análise do Recurso Extraordinário nº 817.338 – que aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF). Nele se discute a possibilidade de anulação de ato administrativo pela Administração Pública, caso evidenciada violação direta a texto constitucional, mesmo se decorrido o prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99. Aqui, não cabe verificar a (in)constitucionalidade da Portaria nº 2.340/03, expedida pelo Ministro da Justiça em 09 de dezembro de 2003, sua suposta carência de pressuposto de validade (motivo) e a afronta direta ou indireta ao artigo 8º do Ato das Disposição

#### Abstract

*The article addresses the issue of the decadence of administrative acts in case of unconstitutionality, based on the analysis of the Extraordinary Appeal nº 817.338 – awaiting judgment in the Supremo Tribunal Federal (STF) – Supreme Court – which discusses the possibility of annulment of an administrative act by the Public Administration, once a direct violation of the constitutional text is verified, even if the decadential period provided for the article 54 of the Federal Law nº 9.784/99 has elapsed. Here, it's not intended to verify the (un) constitutionality of the Administrative Rule nº 2.340/03 issued by the Minister of Justice on december 9, 2003, nor it's alleged lack of validity assumption (motive) and the direct or indirect affront to the article 8 of*

Como citar esse artigo/How to cite this article: ROSSATO, Willian; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Decadência administrativa e atos inconstitucionais: uma análise a partir do recurso extraordinário nº 817.338. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 221-241, mai./ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.51282.

\*Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil). E-mail: will\_rossato@hotmail.com.

\*\*Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil). Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil), com período sanduíche em Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP-UTL-Portugal). Mestrado e Graduação pela mesma Instituição. Professor Visitante na *Ecole Nationale D'Administration* (França). Professor Visitante na Universidade Técnica de Lisboa (Portugal). E-mail: jscristovam@gmail.com.

Constitucionais Transitórias (ADCT). Pretende-se sim discutir se esse ato, caso reconhecido como inconstitucional, poderia ter seus efeitos estabilizados pelo tempo, em observância ao disposto no inciso XXXVI, do artigo 5º da Constituição Federal, a partir do debate sobre a extensão do dever-poder de a Administração Pública anular seus próprios atos, bem como os efeitos da decadência sobre atos tidos como nulos, anuláveis ou inconstitucionais. Cumpre apontar que, ante as particularidades do caso e a ausência de outros precedentes específicos, o Recurso Extraordinário nº 817.338 poderá ser primeiro caso em que o Supremo Tribunal Federal enfrentará, efetivamente, o conflito entre a tutela da confiança *versus* o império da ordem constitucional. O método de abordagem será o dedutivo, pelo método de procedimento comparativo e pela técnica de pesquisa bibliográfica e documental, com análise da legislação envolvida, da doutrina sobre o tema e dos precedentes do STF que se mostram importantes ao desenvolvimento do trabalho.

*the Transitory Constitutional Provisions' Act. Nevertheless, the article aim to discuss whether this acts, if recognized as unconstitutional, could have their effects stabilized over time, in compliance with the provisions of the subsection XXXVI of the article 5 of the Federal Constitution, based on the debate on the extension of the duty-faculty of the Public Administration to annul its own acts, as well as the effects of the decadence within acts considered nulls, voids or unconstitutional. It should be pointed out that, given the particularities of the case and the absence of other specific precedents, the Extraordinary Appeal nº 817.338 may be the first case in which the Supreme Court will effectively confront the conflict between the custody of trust versus the empire of the constitutional order. The method of approach will be the deductive, by the method of comparative procedure and the technique of bibliographical and documentary research, with the analysis of the legislation involved, the doctrine on the subject and the precedents of the STF that are important for the development of the work.*

**Palavras-chave:** decadência administrativa; inconstitucionalidade; direito adquirido; segurança jurídica; Supremo Tribunal Federal.

**Keywords:** administrative decadence; unconstitutionality; vested right; legal certainty; Supremo Tribunal Federal.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução **2.** Sobre a problemática da decadência dos atos administrativos e a prerrogativa de autotutela da administração pública; **2.1.** A prescrição e a decadência dos atos administrativos e seus desdobramentos jurídicos; **2.2.** Sobre a anulação de atos administrativos inconstitucionais já fulminados pela decadência; **3.** A posição do Supremo Tribunal Federal na resolução de casos semelhantes; **3.1.** Particularidades e similitudes entre a matéria do Recurso Extraordinário nº 817.338 e os Mandados de Segurança impetrados por notários e registradores; **3.2.** O conflito entre a decadência administrativa e os atos inconstitucionais: o uso dos precedentes para solução de casos semelhantes; **4.** Considerações Finais; **5.** Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Na extensa lista de processos que ostentam relevante interesse para a comunidade jurídica e sociedade brasileira em geral, e que aguardam julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), um deles é o Recurso Extraordinário nº 817.338, atualmente sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli. No caso em comento, entre outras matérias, o STF decidirá se a Administração Pública detém a prerrogativa de anular seus próprios atos – quando inconstitucionais –, mesmo se decorrido o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

A situação fática subjacente remonta a ditadura militar de 1964, mais precisamente em outubro daquele mesmo ano, 6 (seis) meses após a tomada de poder pelos militares. Naquele conturbado cenário sociopolítico que se desenhava,<sup>2</sup> no intento de combater possíveis movimentos organizados por militares alinhados ao Presidente João Goulart, o Ministério da Aeronáutica expediu a Portaria nº 1.104/64, determinando a exclusão dos cabos da Força Aérea com mais de 08 (oito) anos de serviço.<sup>3</sup>

Quase 40 (quarenta) anos depois, no ano de 2002, após amplo debate junto aos salões da Comissão de Anistia, do Congresso Nacional e do STF, a Portaria nº 1.104/64 foi reconhecida como ato de exceção de caráter exclusivamente político, motivo pelo qual a Comissão de Anistia editou a Súmula Administrativa nº 2002.07.0003.<sup>4</sup> Ato contínuo, em 09 de dezembro de 2003, um ano após a edição daquela súmula, a Comissão de Anistia emitiu a Portaria nº 2.340, que reconheceu Nemis da Rocha como anistiado político.

Contudo, já em 2011, por meio da nota nº 317/2011 do GTRI (Grupo de Trabalho Interministerial), a Administração Pública concluiu pela necessidade de abertura de processo de anulação da anistia concedida, tendo em vista a ausência de elementos comprobatórios da perseguição política, requisito alegado como indispensável à concessão de anistia política nos termos do artigo 2º da Lei nº 10.559/2002.<sup>5</sup>

Em 2012, depois do contraditório da parte interessada, o Ministério da Justiça editou a Portaria nº 1.960, que anulava a Portaria Ministerial nº 2.340 da Comissão de Anistia, sob os seguintes fundamentos: (i) a Portaria nº 1.104/64 não poderia ter sido considerada como um ato de exceção em termos abstratos, dissociado do panorama factual, notadamente quando o reconhecimento da condição de anistiado político ao cidadão cujo comportamento fosse antagonístico em relação à doutrina instalada no poder; (ii) a Portaria nº 2.340 da Comissão de Anistia não avaliou os fatos que poderiam evidenciar e comprovar a motivação política, como ato de exceção, ensejador do

<sup>2</sup> Sobre o tema: "Medidas tomadas pelos militares vitoriosos em 1964 implementaram reformas organizacionais que retomavam o ideal de Góis de imunizar as Forças Armadas contra as divisões políticas. Além dos expurgos dos opositores, intensificou-se o controle hierárquico e ideológico sobre os oficiais, expandiram-se os serviços de inteligência, reformou-se o sistema de promoção e reforma, de modo a impedir a permanência, por muito tempo, de oficiais na ativa no mesmo posto". CARVALHO, José Murilo. Vargas e os Militares: aprendiz de feiticeiro. In: D'ARAÚJO, Maria Celina (Coord.). **As instituições brasileiras da Era Vargas**. Rio de Janeiro: Editora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 80.

<sup>3</sup> Imediatamente anterior a Portaria nº 1.104, "a Portaria nº 1.103 de 08 de outubro de 1964 tratava da expulsão de cabos e taifeiros integrantes da diretoria da ACAFAB das fileiras da FAB; a portaria 1.104, sob a superficialidade de administrativismo, afasta preventivamente praças, cabos e sargentos que de outra forma não poderiam ser expulsos, em face da estabilidade; por sua vez, imediatamente posterior, a portaria nº 1.105 substituiu um oficial encarregado de um IPM tratado na Portaria nº 773 (que, por sua vez, versava sobre atividades comunistas e subversivas levadas a cabo no clube dos suboficiais e sargentos da Aeronáutica). A sequência das portarias editadas já sob a égide do estado autoritário reflete fortemente o ambiente político social em que foram editadas e o real motor ideológico de suas elaborações". Parecer Final: revisão e anulação de portarias ministeriais ex-cabos da FAB atingidos pela portaria nº 1.104-GM3/1964. Brasília, dezembro de 2010. p. 55.

<sup>4</sup> Súmula Administrativa nº 2002.07.0003: A Portaria nº 1.104, de 12 de outubro de 1964, expedida pelo Senhor Ministro de Estado da Aeronáutica, é ato de exceção, de natureza exclusivamente política.

<sup>5</sup> Art. 2º São declarados anistiados políticos aqueles que, no período de 18 de setembro de 1946 até 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política foram:

desligamento do interessado dos quadros da Força Aérea Brasileira; (iii) do contexto fático probatório colacionado pelo interessado em processo administrativo, não se verificou quaisquer indícios de que tenha sofrido perseguição política; (iv) a violação direta à Constituição das portarias que ensejaram a concessão de anistias políticas com fundamento exclusivo na Portaria nº 1.104/64.

Diante desse quadro, o interessado Nemis da Rocha impetrou mandado de segurança junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) alegando, entre outros, que o dever-poder de a Administração Pública anular seus próprios atos estaria fulminado pela decadência. A tese restou acolhida pelo STJ, porquanto “eventual equívoco da Comissão de Anistia ao editar a Súmula Administrativa 2002.07.0003 importaria em mera ofensa indireta à Constituição Federal, o que não desafia exame de (in)constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e, muito menos, por esta Corte”.<sup>6</sup>

Irresignados com o resultado, a União e o Ministério Público Federal interpuseram Recurso Extraordinário, objeto desse estudo, com a alegação de que não caberia o reconhecimento da decadência no caso, já que esse instituto não pode desguarnecer a força normativa da Constituição Federal, ante a alegada inconstitucionalidade da Portaria nº 2.340 da Comissão de Anistia. No intuito de afastar a decadência, a União alegou “ofensa direta (não apenas reflexa) ao artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que seria justamente o único alicerce jurídico que poderia legitimar a concessão de anistia aos militares que foram atingidos, concretamente, por algum ato de exceção decorrente de motivação exclusivamente política, ao contrário do caso dos autos”.<sup>7</sup>

Passada essa apertada sinopse fática, passa-se ao problema central desse estudo: o debate acerca da extensão dos efeitos do tempo sobre aqueles atos administrativos tidos por inconstitucionais. Afinal, pode um ato administrativo inconstitucional ser fulminado pela decadência? Qual o entendimento dos tribunais sobre esse tema? A posição do STF em casos assemelhados, relacionados ao conflito entre a segurança

<sup>6</sup> MANDADO DE SEGURANÇA. REVISÃO DE ANISTIA CONCEDIDA COM BASE NA PORTARIA 1.104-GMS/1964. DECADÊNCIA DO ATO DE ANULAÇÃO. NOTAS E PARECERES DA AGU QUE NÃO SE PRESTAM À CARACTERIZAÇÃO DE MEDIDA IMPUGNATIVA NOS TERMOS DO § 2º DO ART. 54 DA LEI 9.784/99. MATÉRIA EXAMINÁVEL NA VIA MANDAMENTAL. AFRONTA AO ART. 8º DA CF/88. VIOLAÇÃO REFLEXA. PRECEDENTES DO STF. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O poder-dever de a Administração rever seus próprios atos, mesmo quando eivados de ilegalidade, encontra-se sujeito ao prazo decadencial de cinco anos, ressalvada a comprovação de má-fé por parte do anistiado político, nos termos do previsto no art. 54, caput, da Lei 9.784/99 c.c. 37, § 5º, da Constituição da República, ou a existência de flagrante inconstitucionalidade. 2. Nos termos do art. 54, § 2º, da Lei 9.784/99, “Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato” [...]. (STJ - MS: 19616 DF 2012/0275033-2, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 22/05/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/06/2013).

<sup>7</sup> Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

jurídica e a segurança do direito, mostra-se adequada e aponta uma possível resposta ao caso?

Para responder a essas indagações parte-se de uma análise doutrinária sobre o tema, a fim de estabelecer as bases teóricas para os comentários e críticas que se buscam realizar – sem se deixar de atentar a *ratio decidendi* utilizada pelos tribunais pátrios para a resolução de casos semelhantes.

O estudo trilha pelo debate sobre a decadência administrativa e o dever-poder que a Administração Pública detém de anular seus próprios atos, bem como a controvérsia acerca da anulação de atos administrativos inconstitucionais já fulminados pela decadência. Em seguida, passa-se ao debate sobre o entendimento dos tribunais pátrios a respeito da controvérsia e a extensão de sua aplicabilidade ao Recurso Extraordinário nº 817.338, com as respectivas considerações finais acerca da temática abordada.

## 2. SOBRE A PROBLEMÁTICA DA DECADÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A PRERROGATIVA DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em linhas gerais, a doutrina especializada reputa inválidos todos aqueles atos administrativos que apresentam alguma desconformidade às normas que os regulam, seja por inobservância de seus pressupostos seja por oposição a disposições normativas constitucionais e infraconstitucionais. Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello:<sup>8</sup>

*No campo do direito público, por exemplo, as leis e os atos normativos em geral, que são atos jurídicos de natureza especial, são nulos (=inválidos) quando infringem normas jurídicas de hierarquia superior, seja de forma ou de fundo. É o que acontece nos casos de inconstitucionalidade das leis e de inconstitucionalidade ou ilegalidade de atos normativos infralegais (decretos e regulamentos, por exemplo).*

Com efeito, tanto na hipótese de antijuridicidade por desconformidade do ato perante seus pressupostos de validade ou da violação de alguma norma constitucional ou infraconstitucional, a invalidade da atividade administrativa decorre da inobservância de disposições jurídicas. Isso porque os pressupostos dos atos administrativos são prescritos em lei, de forma que o seu descumprimento importa em violação a ordem jurídica posta.<sup>9</sup>

Portanto, a antijuridicidade dos atos administrativos se perfaz tanto internamente, se violados os seus pressupostos de validade, quanto externamente, quando a

<sup>8</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato Jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 90.

<sup>9</sup> Nas exatas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é antitética à de conformidade com o Direito (validade)”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 469.

invalidade decorre da incongruência do ato em relação a uma norma hierarquicamente superior.

Todavia, não cabe falar propriamente em gradação de invalidade dos atos administrativos. No campo da invalidade dos atos administrativos, o direito brasileiro não os classifica como mais ou menos antijurídicos. De fato, há sim uma gradação do repúdio atribuído ao respectivo vício, podendo a ordem normativa admitir saná-lo com maior ou menor intensidade. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:<sup>10</sup>

*É precisamente esta diferença quanto à intensidade da repulsa que o Direito estabeleça perante atos inválidos o que determina um discrimen entre atos nulos e atos anuláveis ou outras distinções que mencionam atos simplesmente irregulares ou que referem os chamados atos inexistentes.*

Desta forma, seriam nulos aqueles atos administrativos absolutamente insanáveis (insuscetível de convalidação), cujos efeitos de sua invalidação, em regra, retroagem a origem (*ex tunc*). Os atos ditos anuláveis, por sua vez, seriam todos aqueles atos passíveis de convalidação, porquanto o ordenamento jurídico não os repudia por inteiro, e cujos efeitos da invalidação, regra geral, não retroagem (*ex nunc*).

Para ilustrar, pode-se dizer que na categoria dos atos nulos estariam os atos administrativos tidos como inconstitucionais,<sup>11</sup> os atos assim definidos pela lei,<sup>12</sup> bem como, em geral; aqueles cujos pressupostos objetivos,<sup>13</sup> teleológicos ou lógicos<sup>14</sup> encontram-se de alguma forma viciados. Os atos anuláveis seriam aqueles cujos pressupostos subjetivos e formais encontram-se eivados de vícios, mas de forma a permitir sua válida e regular correção, suprimidos aqueles vícios que os maculavam.

A invalidação de um ato administrativo corresponde à supressão de um ato administrativo antijurídico, de forma a restaurar a liceidade da ordem jurídica estabelecida. Em verdade, o processo de invalidação dos atos administrativos se diferencia, em particular, da anulação dos atos jurídicos *stricto sensu*, vez que o primeiro estende o controle da legalidade dos atos jurídicos para além das sentenças judiciais desconstitutivas. Isso porque, é integrado ao processo de invalidação dos atos

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 469.

<sup>11</sup> Neste sentido: TJSC - AC 300204/SC 2005.030020-4, Relator Des. Nicanor da Silveira, Data de Julgamento: 04/05/2006, Primeira Câmara de Direito Público.

<sup>12</sup> Ainda que sem o melhor rigor técnico, o artigo 2º da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular) elenca 5 (cinco) hipóteses em que atos lesivos ao patrimônio da Administração Pública seriam considerados nulos, sendo que nem todos os vícios elencados seriam efetivamente insuscetíveis de convalidação (competência e forma, por exemplo).

<sup>13</sup> Neste sentido: TJMG - AC 10486130022487001/MG, Relator Des. Renato Dresch, Data de Julgamento: 19/03/2015, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/03/2015.

<sup>14</sup> Neste sentido: REsp 1134493/MS, Relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, Publicado no DJe em 30/03/2010.

administrativos a prerrogativa de autotutela que a Administração Pública detém de anular seus próprios atos.

Cumpra destacar, ainda, a preocupação que se deve ter com a retroatividade dos efeitos da anulação do ato administrativo contra os cidadãos de boa-fé,<sup>15</sup> sendo a presunção de legitimidade inerente aos atos do Poder Público. Em geral, a desconstituição do ato administrativo não poderá afetar os efeitos favoráveis aos cidadãos de boa-fé,<sup>16</sup> ante a legítima expectativa de validade e regularidade dos atos praticados pela Administração Pública.

## 2.1. A prescrição e a decadência dos atos administrativos e seus desdobramentos jurídicos

O debate em torno da decadência dos atos administrativos traz a lume a problemática dos efeitos do tempo nas relações jurídico-administrativas. Como fato jurídico, a decadência tem por finalidade precípua a estabilização das relações jurídicas estabelecidas entre os sujeitos de direito. Trata-se de uma limitação temporal estabelecida frente à inatividade prolongada de determinada faculdade jurídica, a qual, por sua vez, provoca uma legítima situação jurídica frente a uma coletividade indeterminada. Em outras palavras, pode-se dizer que a decadência acaba por concretizar uma expectativa de direito (situação fática que perdura), de forma a não perpetuar indeterminadamente a incerteza sobre as respectivas faculdades jurídicas.

De outro ângulo, a decadência pode ser compreendida como o resultado do conflito de dois interesses juridicamente tutelados: de um lado, teríamos a justeza de determinadas decisões e seu controle de legalidade; de outro, a segurança das relações juridicamente consolidadas pelo tempo. Ademais, são diversas as hipóteses dispostas em nosso ordenamento em que se pretere a anulação de atos jurídicos manifestamente ilícitos aos efeitos decorrentes da decadência. Basta atentar ao disposto nos artigos 178 e 179 do Código Civil<sup>17</sup> – os quais discriminam ao menos 7 (sete) hipóteses de negócios

<sup>15</sup> Neste sentido: TJDF - APC 20060110350480/DF, Relatora Des. Ana Cantarino, Data de Julgamento: 21/05/2008, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 12/06/2008.

<sup>16</sup> Para um estudo panorâmico sobre o princípio da boa-fé no Direito Administrativo, consultar: ALVES, José Ricardo Teixeira. A tutela da boa-fé objetiva no Direito Administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1917, set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11783>>. Acesso em: 10 fev. 2017; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 271-275; GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

<sup>17</sup> Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

jurídicos anuláveis fulminados pela decadência – ou a leitura conjunta dos artigos 53 e 54 da Lei nº 9.784/99,<sup>18</sup> que regula em 5 (cinco) anos o prazo para a Administração Pública anular seus próprios atos eivados de ilegalidade.

Pode-se dizer que o tempo acaba por “convalidar” as nulidades que contaminam atos jurídicos *lato sensu*. Neste sentido, Aureliano Guimarães, citado por Ary de Azevedo Franco, assim lecionava:<sup>19</sup>

*Ora, assentar-se que a base dos institutos jurídicos reside no interesse geral – organização, conservação e aperfeiçoamento da sociedade – não significa, é certo, que toda a prescrição é justa, equitativa, representa uma conquista de puro direito. Os homens fazem a lei e a lei nem sempre representa a solução científica e melhor das necessidades por ela visadas. As próprias sentenças, ao declararem o direito debatido, nem sempre são felizes. Mas entre o mal resultante de uma prescrição que proteja o contrário ao direito e o mal maior da não-existência das prescrições; entre o mal de uma sentença que não atribua o direito àquele que o não tinha e o mal muito maior da insegurança e do desrespeito à ordem geral e à sociedade, não há a escolher: deverá sempre prevalecer o interesse geral. Encarada por esta face, perde a questão toda a sua nebulosidade; e, se em alguns casos, a prescrição conduz resultados que não seriam de se desejar, na grande maioria presta os relevantes serviços a que foi chamada a prestar à sociedade, à sua estabilidade e harmonia.*

Não obstante, é imprescindível a própria noção de prescrição – fato jurídico semelhante à decadência, em que as pretensões autorais<sup>20</sup> são fulminadas pela inércia de seu titular em exercê-las – o império do tempo sobre a invalidade de atos ilícitos. Isso porque, diferentemente da decadência, que, em regra, regula a extinção de direitos potestativos,<sup>21</sup> a prescrição decorre da inércia do titular de uma pretensão jurídica, seja esta oriunda de atos ilícitos lesantes ou não.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

<sup>19</sup> GUIMARÃES, Aureliano. Apud FRANCO, Ary de Azevedo. **A prescrição extintiva no Código Civil Brasileiro** (Doutrina e Jurisprudência). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 16-17.

<sup>20</sup> Sobre o tema: “A ideia de pretensão adotada pelo Código Civil Brasileiro tem relação com a noção de Windscheid, com o fim de transpor ao Direito Privado a actio, oriunda do antigo Direito comum. Trata-se do conceito de direito subjetivo processual, considerado a partir da possibilidade de processo.” TARTUCE, Flávio. Direito civil. Prescrição. Conceito e princípios regentes. Início do prazo e teoria da actio nata, em sua feição subjetiva. Eventos continuados ou sucessivos que geram o enriquecimento sem causa. Lucro da atribuição. Termo a quo contado da ciência do último ato lesivo. Análise de julgado do Superior Tribunal de Justiça e Relação com eventos descritos. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 70, p. 98-126, 2016. p. 98.

<sup>21</sup> Entende-se por direitos potestativos, aqueles direitos subjetivos - exercidos por meio de tutelas constitutivas, reconstitutivas ou desconstitutivas - que impõem aos seus opositores um estado de sujeição irresistível.

<sup>22</sup> Convém esclarecer que, em sua acepção clássica, as pretensões dispensam a verificação de um dano ou a configuração de um ilícito para existirem. Em verdade, basta a exigibilidade de uma obrigação para que se perfaçam seus pressupostos. Desta forma, tais quais os atos ilícitos lesantes, dívidas quesíveis – cujas datas para o seu adimplemento se encontram fixadas, ou não, no instrumento do contrato – também se encontram sujeitas à prescrição, por exemplo.

Contudo, não se pode adotar exatamente esta noção de prescrição junto à esfera das relações jurídico-administrativas, porquanto, tanto nos casos de prescrição, quanto nos casos de decadência, estes fatos jurídicos se encontram vinculados aos atos administrativos expedidos pela própria Administração Pública. Em verdade, tanto os cidadãos quanto a Administração Pública podem ter seu direito reparatório fulminado pelo tempo, frente aos atos administrativos que lhes causaram danos. Inclusive, em relação à Administração Pública, a prescrição não exsurge propriamente de sua inércia em se defender de um direito que se entende prejudicado, mas da sua omissão frente ao exercício de uma pretensão substantiva que lhe é própria. Nessa mesma esteira parece ensinar Celso Antônio Bandeira de Mello, pautado na doutrina de Weida Zancaner, no sentido de que a prescrição administrativa mais se assemelha à decadência:<sup>23</sup>

*Trata-se, pura e simplesmente, da omissão do tempestivo exercício da própria pretensão substantiva (não adjetiva) da Administração, isto é, de seu dever-poder; logo, o que estará em pauta, in casu, é o não exercício, a bom tempo, do que corresponderia, no Direito Privado, ao próprio exercício do direito. Donde, configura-se situação de decadência, antes de prescrição, como já observava Weida Zancaner.*

Em síntese, com relação à Administração Pública (excluídos os cidadãos), a decadência e a prescrição podem ser compreendidas como fatos jurídicos pelos quais os respectivos direitos potestativos são extintos pelo tempo, de modo que estes institutos se diferenciariam em razão da tutela jurídica que buscam limitar temporalmente: quanto à decadência, o direito de extinguir, modificar e criar relações jurídicas; em relação à prescrição, o direito de reparação dos prejuízos sofridos, de ressarcimento pelos lucros que deixou de auferir (enriquecimento sem causa) e de punir administrativamente aqueles que praticaram ilícitos.

## **2.2. Sobre a anulação de atos administrativos inconstitucionais já fulminados pela decadência**

Os artigos 53 e 54 da Lei nº 9.784/99 dispõem, respectivamente, sobre o dever da Administração Pública em anular seus próprios atos e sobre a decadência do direito da Administração Pública em ver anulados aqueles atos viciados.

Sobre a decadência administrativa, do referido artigo 54 retira-se três cenários distintos: Primeiramente, deixando a Administração Pública de proceder a invalidação daqueles atos tidos como viciados no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, e verificando-se que do ato que se busca invalidar decorrem efeitos favoráveis aos seus destinatários (suporte fático abstrato); opera-se a decadência

<sup>23</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1077.

deste seu direito (preceito). Numa segunda hipótese, inexistindo qualquer prejuízo aos cidadãos de boa-fé (suporte fático abstrato); a Administração Pública tem o dever de invalidar o ato administrativo contaminado, sem quaisquer óbices temporais (preceito). Por fim, se verificada a má-fé do beneficiário do ato eivado de vício (suporte fático abstrato), a Administração Pública tem o dever de invalidar este ato, sem previsão de obstáculo temporal.

Percebe-se, pois, que a norma dispõe de dois regimes temporais distintos para a invalidação dos atos administrativos: no primeiro caso, o exercício do dever-poder de invalidação dos atos administrativos dá-se de forma limitada; nos dois últimos a invalidação dos atos administrativos nulos pela Administração Pública não encontra muro temporal.

Com efeito, a decadência do dever-poder de invalidação da Administração Pública se opera justamente como forma de resguardar o cidadão de boa-fé, que desfruta legitimamente dos efeitos do ato viciado. A concorrência do tempo nesta hipótese serve a estabilizar a relação jurídica existente, ainda que viciada, porquanto não pode o cidadão de boa-fé ser prejudicado por vícios incorridos pela própria Administração Pública. Nas palavras de Anderson Shreiber:<sup>24</sup>

*A administração Pública, note-se, tem o dever de rever seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, mas deve adotar todas as cautelas para evitar ou atenuar os danos que possam ser causados, por conta disso, àqueles que, de boa-fé, confiaram no sentido do seu comportamento inicial.*

Cabe ressaltar que, na hipótese do ato administrativo inválido não provocar quaisquer prejuízos aos seus destinatários – estejam estes de boa ou má-fé – ou, provocando, estando estes de má-fé, a Administração Pública não encontra quaisquer óbices temporais para exercer seu dever-poder de invalidação. Na primeira hipótese, porque não caberia ao direito tutelar dano inexistente, ainda menos frente à manutenção de atos irregulares; em segundo lugar, porquanto o cidadão de má-fé não detém legítima expectativa de que o ato administrativo se perpetue no tempo, dado que, contribuindo para os vícios do ato, ainda desfruta dos seus efeitos favoráveis.

Assim, a decadência serviria à tutela do direito adquirido do cidadão frente à Administração Pública, pelo que atos administrativos inválidos, em geral, poderiam ser fulminados pela decadência. Tutela-se, portanto, a confiança que os cidadãos depositam na Administração Pública, que não pode agir contra fato próprio (*nemo potest venire contra factum proprium*).

---

<sup>24</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório:** tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.214.

Contudo, essa posição não está de tudo estabilizada nem na doutrina e nem na jurisprudência nacional. Há autores, como Nelson Borges, que afirmam ser “absolutamente impossível a aquisição de direitos *contra legem*”,<sup>25</sup> ou contrárias a disposições constitucionais, porquanto a existência de direitos subjetivos se encontra condicionada ao disposto, objetivamente, em lei.

Para outros autores, nem todos os atos administrativos viciados poderiam ser contemplados pelos efeitos da decadência. Nesse sentido, leciona Arnaldo Rizzardo que somente aqueles atos tidos como anuláveis poderiam ser contemplados pelos efeitos da decadência, porquanto:<sup>26</sup>

*[...] os atos nulos não possuem existência jurídica. A todo o tempo se reconhece a prerrogativa ou dever de extirpá-los, e declará-los inexistentes, pois insanáveis. Exemplifica-se com a destinação de uma verba pública sem a autorização legislativa, ou a previsão orçamentária. Nesse enfoque, pode-se afirmar que o prazo de decadência do art. 54, já transcrito, restringe-se aos atos anuláveis, isto é, aos atos com vícios de sujeitos e de forma, desde que esta não venha imposta pela lei.*

Contudo, a Lei nº 9.784/99 não traz nenhuma diferenciação entre atos administrativos nulos, anuláveis ou inconstitucionais, para efeitos de decadência. Na jurisprudência, o STF já se manifestou favorável à decadência de atos administrativos reputados como nulos no Mandado de Segurança 24.268-1 de Minas Gerais.<sup>27</sup>

Na mesma linha, o entendimento adotado pelo STJ quando do julgamento do Mandado de Segurança 19.616/DF mostra-se favorável à aplicação da decadência frente a atos administrativos nulos. No caso, o STJ reconheceu que só se afastariam os efeitos da decadência, se entendido que a Portaria nº 1.104/64 violou frontalmente a Constituição Federal. Em outros termos, a violação indireta do artigo 8º do ADCT configuraria vício de motivo, nulificando a Portaria nº 1.104/64 – o que por si só não afasta a decadência administrativa.

De fato, o estudo da decadência dos atos administrativos nulos perpassa, necessariamente, pelo conflito entre dois interesses juridicamente tutelados: de um lado, a estabilidade e a segurança das relações jurídicas,<sup>28</sup> as quais se expressam pelo exercício

<sup>25</sup> BORGES, Nelson. **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: considerações. Curitiba: Juruá, 2000. p. 49.

<sup>26</sup> RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardissonne. **Prescrição e Decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 509.

<sup>27</sup> No caso, discutia-se se a habilitação irregular da impetrante na qualidade de beneficiária do INSS, porquanto “na data do óbito do instituidor do benefício, ocorrido em 11 de março de 1974, a impetrante era casada e, portanto, não faria jus ao deferimento de seu pleito”, poderia ser estabilizada pelos efeitos da decadência. Reconheceu-se a possibilidade de aplicação do princípio da segurança jurídica de forma integral, vez que não se poderia sujeitar a segurada à instabilidade desarrazoada dos atos praticados pela Administração Pública. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.268-1/MG. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrado: União. Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 05/02/2004.

<sup>28</sup> Sobre o tema: “Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos

da decadência e o direito adquirido, tutelados pelo artigo 6º, § 2º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro<sup>29</sup> e pelo artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal.<sup>30</sup> Doutro, a anulação de atos absolutamente incompatíveis com a própria ordem jurídica, os quais, por este mesmo motivo, atentam contra a legalidade em sentido amplo, a estabilidade e a segurança do direito positivo.<sup>31</sup>

Como visto, o debate em torno do Recurso Extraordinário nº 817.338 é sobremaneira complexo e deve pautar-se pela análise objetiva das linhas argumentativas que apontam numa ou noutra direção, sob o risco de se travestir de objetividade uma decisão essencialmente subjetiva. Não se pode negar que o socorro a critérios hermenêuticos fundados na teoria da ponderação dos interesses, razoabilidade, proporcionalidade e adequação, ainda que pareça uma alternativa sedutora, traz a armadilha do seu elevado grau de subjetivismo.<sup>32</sup>

A linha de análise desse estudo partirá da recuperação de outras decisões do STF em casos semelhantes (conflito entre a segurança jurídica<sup>33</sup> e a segurança do direito), com o debate sobre outros possíveis parâmetros interpretativos passíveis de aplicação à resolução caso aqui analisado.

### 3. A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA RESOLUÇÃO DE CASOS SEMELHANTES

Entre os diversos precedentes sobre a matéria em discussão, o STF já teve a oportunidade de se posicionar sobre o conflito entre a decadência dos atos administrativos e seu controle de constitucionalidade em algumas raríssimas ocasiões. Nesse sentido, cabe recuperar o julgamento de Mandados de Segurança impetrados por notários

---

negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu". SILVA, José Afonso. *Constituição e Segurança Jurídica*. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 17.

<sup>29</sup> Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. [...] § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.

<sup>30</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

<sup>31</sup> Para ilustrar: "A segurança do direito é a que exige a positividade do direito". SILVA, José Afonso da. *Constituição e Segurança Jurídica*. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 16.

<sup>32</sup> Para um estudo sobre a teoria dos princípios e os limites à tese ponderacionista, bem como sobre as máximas da razoabilidade e da proporcionalidade, consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 39-242.

<sup>33</sup> Para estudo sobre o tema, consultar: ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016; SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2004. p. 36.

e registradores, contra ato expedido pelo Conselho Nacional de Justiça que anulou a investidura daqueles agentes públicos.<sup>34</sup>

Em resumo, com a entrada em vigor da Constituição de 1988, modificou-se a forma de ingresso aos serviços notariais e de registro concedidos pelo Poder Público, que passou a depender de prévia aprovação em concurso público. Nessa esteira, o § 3º do artigo 236 da Constituição Federal<sup>35</sup> derogou as disposições inscritas no artigo 208 da Constituição Federal de 1967,<sup>36</sup> que garantiam aos registradores e notários substitutos, na vacância do cargo, o direito de efetivação como titulares na serventia em que se encontravam lotados, uma vez observados os seguintes pressupostos: (i) encontrarem-se exercendo a atividade registradora/notarial, numa mesma serventia, por pelo menos 5 (cinco) anos; (ii) cumprirem o pressuposto anterior até o dia 31 de dezembro de 1983; (iii) ocorrer a vacância do cargo de titular.

Nada obstante a nova ordem constitucional, diversos Tribunais de Justiça persistiram na investidura de registradores e notários como titulares, na esteira do superado artigo 208 da Constituição de 1967, com a expedição de portarias e decretos de efetivação como titulares de registradores e notários substitutos, que assim persistiram por mais de 5 (cinco) anos.

Todavia, nos idos dos anos 2000 o Conselho Nacional de Justiça passou a revisar todos estes atos administrativos – anulando-os, sob o discurso da inconstitucionalidade –, o que ensejou a impetração de múltiplos Mandados de Segurança pelos respectivos notários e registradores.

Em síntese, as alegações dos impetrantes eram as seguintes: (i) a violação do direito adquirido, porquanto investidos em momento anterior à vigência da Lei nº 8.935/94, que supostamente teria regulamentado o § 3º do artigo 236 da Constituição Federal, frente à alegada carência de autoaplicabilidade do dispositivo constitucional; (ii) a consequente desnecessidade de se realizar concurso público para investidura no cargo de notário ou registrador extrajudicial, frente ao suposto direito adquirido que detinham; (iii) a decadência do ato administrativo tido como supostamente inconstitucional, porquanto transcorridos mais de 5 (cinco) anos desde a investidura destes servidores como notários e registradores; nos termos do artigo 54 da Lei nº 9.784/99.

No STF, o entendimento se consolidou no sentido de negar provimento ao pleito dos impetrantes, porquanto “situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial, sem a devida submissão a concurso público,

<sup>34</sup> Neste sentido: Ag. Reg. em MS 32.129/DF; Ag. Reg. em MS 28.273/DF; Ag. Reg. em MS 28.371/DF; MS 26.820/DF; MS 28.279/DF.

<sup>35</sup> Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. [...] § 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

<sup>36</sup> Art. 208. Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983. (Redação da pela Emenda Constitucional nº 22, de 1982).

não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei nº 9.784/99, sob pena de subversão das determinações insertas na Lei Maior do País, a Constituição Federal”<sup>37</sup> Em verdade, da atenta análise da *ratio decidendi* daqueles precedentes pode-se concluir pela convergência dos seguintes fundamentos: (i) por ser o Conselho Nacional de Justiça o órgão responsável pelo controle dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, deve-se preterir a aplicação da Lei nº 9.784/99 em favor de seu Regimento Interno. Desta forma, em que pese a referida norma nada mencionar acerca dos efeitos da decadência perante atos administrativos inconstitucionais, o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 91, parágrafo único,<sup>38</sup> dispõe que não se aplicam os efeitos da decadência àqueles atos administrativos que afrontarem diretamente a constituição; (ii) a impossibilidade de configuração de direito adquirido, uma vez que a vacância do cargo de registrador/notário compreende o suporte fático abstrato do artigo 208 da Constituição Federal de 1967, e que o artigo 236, §3º da Constituição Federal de 1988 é dotado de autoaplicabilidade. Em outros termos, se a vacância do cargo se deu durante a vigência da Constituição Federal de 1988, não há que se falar em direito adquirido, mas tão somente em uma frustrada expectativa de direitos; (iii) inaplicabilidade do princípio da proteção da confiança<sup>39</sup> no caso, porquanto “a edição de leis de ocasião para a preservação de situações notoriamente inconstitucionais, ainda que subsistam por longo período de tempo, não ostentam o caráter de base da confiança a legitimar a incidência” daquele princípio.

### 3.1. Particularidades e similitudes entre a matéria do Recurso Extraordinário nº 817.338 e os Mandados de Segurança impetrados por notários e registradores

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 28.279/DF. Impetrante: Euclides Coutinho. Impetrado: PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 200810000013747). Relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 05/11/2009.

<sup>38</sup> Art. 91. O controle dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário será exercido pelo Plenário do CNJ, de ofício ou mediante provocação, sempre que restarem contrariados os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição, especialmente os de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas dos Estados. *Parágrafo único.* Não será admitido o controle de atos administrativos praticados há mais de cinco (5) anos, salvo quando houver afronta direta à Constituição.

<sup>39</sup> Sobre o tema: “Para que possa ser empregado, o princípio da proteção da confiança exige um comportamento ou ato estatal capaz de criar uma expectativa legítima no seu destinatário. Essa primeira condição diz respeito, portanto, à necessidade de existência de uma base da confiança (*Existenz einer Vertrauensgrundlage*). Trata-se do comportamento, omissão ou ato normativo estatal (lei, decreto, portaria, decisão judicial, práticas da Administração etc.) que origina a confiança. É o que vai servir para introduzir a confiança na mente dos particulares. [...] A base da confiança é, em linhas gerais, a medida estatal que atinge o particular. Independentemente da forma adotada, a manifestação de vontade do Estado é imprescindível para a existência de uma confiança digna de tutela”. ARAUJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009. p. 83.

Antes da análise crítica sobre os argumentos que permeiam os já referidos mandados de segurança, há que verificar a compatibilidade do seu objeto com o disposto no Recurso Extraordinário nº 817.338, suas peculiaridades e semelhanças. Há que se investigar a extensão, bem como a aplicabilidade ou não dos fundamentos utilizados naqueles precedentes para a resolução do Recurso Extraordinário nº 817.338.

De início, cabe reconhecer a ampla similitude do núcleo básico de discussão entre o referido Recurso Extraordinário e aqueles precedentes em ações mandamentais. Em verdade, ainda que os assuntos sejam diversos – o primeiro cuida da verificação concreta de perseguição política para concessão de anistia; o segundo debate a exigência de concurso público para titularização de cartórios extrajudiciais –, ambos os julgados discutem, essencialmente, a possibilidade de um ato administrativo inconstitucional ter seus efeitos estabilizados por força da decadência.

Quanto às particularidades, por sua vez, três pontos devem ser levantados. Primeiro, tem-se que há diferença de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais supostamente violadas. Enquanto o artigo 236, § 3º da Constituição Federal é dotado de autoaplicabilidade, com eficácia plena e imediata, o artigo 8º do ADCT tem sua eficácia limitada, dependendo de norma integrativa infraconstitucional para que produza seus efeitos (Lei nº 10.559/02). Em segundo lugar, os atos administrativos impugnados pelo Conselho Nacional de Justiça violavam frontalmente o disposto no artigo 236, § 3º da Constituição Federal, ao passo que a portaria que concedeu anistia aos cabos da Força Aérea pode eventualmente importar em ofensa indireta (reflexa) ao artigo 8º do ADCT, vez que a eficácia normativa do dispositivo está concentrada na Lei nº 10.559/02 que o integra. Em terceiro lugar, não se pode olvidar que os órgãos de expedição dos respectivos atos administrativos se distinguem, o que pode indicar diferenças no procedimento administrativo aplicável num e noutro caso. Enquanto os atos de investidura dos registradores e notários se deram no seio do Conselho Nacional de Justiça, submetidos ao seu Regimento Interno; a concessão de anistia decorreu de ato administrativo expedido por órgão do Poder Executivo federal, com base na Lei nº 9.784/99.

Disso se retira que a aplicação das razões de decisão dos precedentes mandamentais para o Recurso Extraordinário nº 817.338 encontra, ao menos, dois pontos sensíveis. Primeiramente, pode-se questionar sobre a efetiva configuração de violação direta à Constituição pela Portaria nº 2.340/03, expedida pelo Ministro da Justiça. Isso porque, o simples reconhecimento de violação à Lei nº 10.559/02 implicaria na nulidade da Portaria nº 2.340, por carência de motivo, mas não propriamente sua inconstitucionalidade. Em outros termos, tem-se que a violação reflexa ao texto constitucional não teria o condão de afastar os efeitos da decadência em favor da Administração Pública, porquanto não seja formalmente inconstitucional, ainda que antijurídico.<sup>40</sup>

<sup>40</sup> Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar, quando do julgamento dos seguintes recursos: MS 18.728/DF, 18.606/DF, 18.682/DF e 18.590/DF.

De outra banda, cabe reconhecer que os procedimentos anulatórios dos referidos atos administrativos são regulados por normas distintas. Como visto, enquanto o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça afasta expressamente a decadência no caso de atos inconstitucionais, aparentemente não haveria igual previsão no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, vez que o referido regramento não faz distinção alguma quanto aos atos nulos, anuláveis ou inconstitucionais para fins de decadência.

Nesta senda, em que pese as semelhanças guardadas entre os precedentes das ações mandamentais aqui estudados e o cerne do debate que alimenta o Recurso Extraordinário nº 817.338, as suas particularidades não indicam a aplicação indistinta dos primeiros como razão de decisão para o segundo.

### **3.2. O conflito entre a decadência administrativa e os atos inconstitucionais: o uso dos precedentes para solução de casos semelhantes**

Embora não pareça adequada a aplicação indistinta dos precedentes formados nas ações mandamentais supramencionadas, como parâmetro exclusivo ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 817.338, não se pode negar a sua relevância para a resolução do caso em questão.

Primeiramente, cumpre observar que aqueles precedentes não deixaram de reconhecer a “necessidade de fixação de prazos decadenciais para o exercício do dever-poder de autotutela, sendo a estabilização das relações jurídicas pelo decurso do tempo consequência necessária do princípio da segurança jurídica”.<sup>41</sup> Todavia, naqueles casos a tutela da confiança fora absolutamente desconsiderada, porquanto totalmente ausentes os requisitos necessários à sua configuração.

Isso porque o STF entendeu que, diante de atos administrativos tidos como manifestamente inconstitucionais, seus beneficiários não poderiam desconhecer seus vícios, o que rechaçaria a tutela da confiança. Igualmente, se o destinatário de boa-fé é o sujeito que ignora os vícios do ato administrativo de que se beneficia, tem-se que, ante a hipótese de flagrante inconstitucionalidade, seus beneficiários habitariam o campo da má-fé. Desta forma, seja pela ausência de pressupostos necessários à configuração de legítima confiança em favor dos destinatários, seja pela má-fé havida no caso, estaria afastada a decadência administrativa.

Por outro lado, essa solução somente teve cabimento no caso porque a investidura de registradores e notários não submetidos a concurso público representa afronta literal ao texto constitucional, o que não parece ocorrer no caso do Recurso Extraordinário nº 817.338. Conforme já observado, o artigo 8º do ADCT não detinha eficácia plena e imediata, dependendo de norma infraconstitucional integrativa para produzir

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.820/DF. Impetrante: JOSÉ CARLOS ZAMBUJA. Impetrado: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 395). Relator Min. Luiz Fux, julgado em 02/04/2014.

efeitos (Lei nº 10.559/02). Tanto pior que, da leitura do mencionado dispositivo, não se depreende, necessariamente, que somente perseguidos políticos fariam *jus* a anistia. Esta seria apenas uma das interpretações possíveis. Em verdade, uma análise extensiva da norma parece admitir que todos aqueles atingidos por atos de exceção, em decorrência de motivação exclusivamente política, poderiam ser anistiados.

Com efeito, não se pode admitir que simples alegações reflexas ou indiretas de inconstitucionalidade dos atos administrativos sejam aptas a afastar os efeitos da decadência, ou fazer com que a má-fé de seus beneficiários possa ser perquirida a partir de qualquer espécie de “presunção indireta”. O julgamento do Recurso Extraordinário nº 817.338 pode confrontar diretamente o debate entre a segurança jurídica e a tutela da confiança *versus* o império da legalidade constitucional, ou tocar apenas lateralmente esse debate, a partir da construção de razões para decidir que acabem por tangenciar o núcleo argumentativo aqui estabelecido.

Embora reconhecido que a Portaria nº 2.340/2003 viola o artigo 8º do ADCT, essa inconstitucionalidade não seria suficientemente direta e flagrante, a ponto de amparar um decreto de nulidade que afastasse a aplicação do artigo 54 da Lei nº 9.784/99. No caso, consideradas a estabilização da situação jurídica, a confiança depositada pelos destinatários no ato administrativo e os prejuízos aos destinatários da atividade questionada, parece prevalecer o império da confiança legítima e a decadência administrativa.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O entendimento doutrinário assentado sustenta que a Administração pública não possui só o poder, mas o dever de anular seus próprios atos quando viciados. Contudo, não há no caso uma prerrogativa ilimitada, de forma que seu exercício estaria condicionado temporalmente pelos efeitos da decadência.

Ainda que não exista uma gradação formal de invalidade dos atos administrativos antijurídicos (anuláveis, nulos e inconstitucionais), mostra-se corrente a posição pela modulação dos efeitos de decisões desconstitutivas conforme o nível de “reprovabilidade” dos atos administrativos inválidos que se intende anular: (i) aos nulos e inconstitucionais, regra geral, os efeitos de sua invalidação retroagiriam a sua origem, e não seriam estes passíveis de convalidação e, até para alguns, decadência; (ii) aos atos anuláveis, os efeitos de sua invalidação, em regra, não retroagiriam (*ex nunc*), cabível a convalidação.

A exceção à retroatividade de decisões desconstitutivas de atos administrativos nulos tem respaldo na tutela da confiança, cujos postulados não permitiriam prejudicar os cidadãos que, de boa-fé, se beneficiaram de atos viciados emanados pela própria Administração Pública.

A decadência, como uma das decorrências da tutela da confiança, busca, entre outros, a estabilização de uma situação jurídica pelos efeitos do tempo. Na seara administrativa, não é por outro motivo que somente os beneficiários de boa-fé possam gozar dos efeitos que dela decorrem, conforme o disposto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99. Isso porque o cidadão de boa-fé detém legítima expectativa de que os atos praticados pela Administração Pública se deram de forma lícita e que, portanto, validamente se perpetuariam no tempo.

Como visto, o problema posto no Recurso Extraordinário nº 817.338 perpassa pelo confronto entre dois interesses constitucionalmente tutelados: de um lado, a segurança jurídica (tutela da confiança); do outro, a segurança do direito (império da ordem constitucional).

No caso, ainda que inegável o relevo dos precedentes das ações mandamentais, tem-se que não seriam aplicáveis de forma indistinta ao Recurso Extraordinário nº 817.338, vez que: (i) a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais supostamente violadas se difere; (ii) no caso daqueles “precedentes” haveria violação direta à Constituição Federal, enquanto, no caso objeto desse estudo, apenas violação reflexa; (iii) os órgãos expedidores dos atos administrativos se diferenciam, motivo pelo qual o procedimento administrativo aplicável num e noutra caso são diversos.

Pesou sobremaneira nos precedentes analisados o fato de que o STF entendeu que, diante de atos administrativos tidos como manifestamente inconstitucionais, seus beneficiários não poderiam desconhecer seus vícios, motivo pelo qual a tutela da confiança não se operaria. Desta forma, a desconsideração dos efeitos da decadência não exsurgiria propriamente da violação a dispositivo constitucional, ou da ilegalidade do ato. Mas da aberrante e notória antijuridicidade destes atos, os quais, de forma alguma, poderiam ser ignorados por seus beneficiários.

Em síntese, colhe-se dos precedentes do STF que não caberia dizer que mera inconstitucionalidade reflexa de atos administrativos seja apta a afastar os efeitos da decadência, ou criar qualquer meio análogo a uma espécie de má-fé por decorrência da manifesta ofensa à ordem constitucional, remanescendo nessas situações a prevalência do império da tutela da confiança legítima dos cidadãos frente à autotutela administrativa.

## 5. REFERÊNCIAS

ALVES, José Ricardo Teixeira. A tutela da boa-fé objetiva no Direito Administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1917, set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11783>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

ARAUJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BORGES, Nelson. **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: considerações. Curitiba: Juruá, 2000.

BRASIL. **Parecer final**: revisão e anulação de portarias ministeriais ex-cabos da FAB atingidos pela portaria nº 1.104-GM3/1964. Brasília, dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça - **MS: 19.616** DF 2012/0275033-2, Impetrante: Nemis da Rocha. Impetrado: Ministério da Justiça e União. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 22/05/2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **MS 18.590/DF**. Impetrante: Antônio Carlos Nunes De Lima. Impetrado: União. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27/11/2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **MS 18.606/DF**. Impetrante: João Cirino da Silva. Impetrado: União. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 11/09/2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **MS 18.682/DF**. Impetrante: Augusto Cesar Correa De Amorim - INTERDITO. Impetrado: União. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27/11/2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **MS 18.728/DF**. Impetrante: José Gomes Eiras. Impetrado: Ministro de Estado Da Justiça. Relatora Min. Eliana Calmon, julgado em 10/04/2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp** nº 1134493 / MS. Recorrente: Osmair Socorro dos Santos. Recorrido: Waldecyr Bizagio e Outro. Relator Min. Herman Benjamin - Segunda Turma, julgado em 15/12/2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MS 24.268-1/MG**. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrado: União. Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 05/02/2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MS 26.820/DF**. Impetrante: JOSÉ CARLOS ZAMBUJA. Impetrado: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 395). Relator Min. Luiz Fux, julgado em 02/04/2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MS 28.279/DF**. Impetrante: Euclides Coutinho. Impetrado: PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 200810000013747). Relator Min. Ellen Gracie, julgado em 05/11/2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **AC 20060110350480**. Apelante: Distrito Federal. Apelado: Osni Ataide Cavalcante, Relatora Des. Ana Cantarino, Data de Julgamento: 21/05/2008.

CARVALHO, José Murilo. Vargas e os Militares: aprendiz de feiticeiro. In: D'ARAÚJO, Maria Celina (Coord.). **As instituições brasileiras da Era Vargas**. Rio de Janeiro: Editora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1999.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

FRANCO, Ary de Azevedo. **A prescrição extintiva no Código Civil Brasileiro** (Doutrina e Jurisprudência). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato Jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **AC 10486130022487001**. Apelante: Município de Peçanha. Apelada: Vivian Maria Soares. Relator Des. Renato Dresch, julgado em 10/03/2015.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardissonne. **Prescrição e Decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AC 300204**. Apelante: Divinamir de Oliveira Pinto. Apelado: Estado de Santa Catarina. Relator Des. Nicanor da Silveira, julgado em 04/05/2006.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2004, p. 36.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

TARTUCE, Flávio. Direito civil. Prescrição. Conceito e princípios regentes. Início do prazo e teoria da *actio nata*, em sua feição subjetiva. Eventos continuados ou sucessivos que geram o enriquecimento sem causa. Lucro da atribuição. Termo a quo contado da ciência do último ato lesivo.

Análise de julgado do Superior Tribunal de Justiça e Relação com eventos descritos. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 70, p. 98-126, 2016.





# Instruções para autores

## *Instructions for authors*

### 1. SUBMISSÃO DE ARTIGOS

As propostas de artigos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões, por meio de cadastro no Sistema Eletrônico de Revistas da UFPR e acesso mediante login e senha a ser realizado **neste link**. Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

### 2. QUALIFICAÇÃO DOS AUTORES

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D.), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

### 3. INEDITISMO E EXCLUSIVIDADE

Os textos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

## 4. IDIOMAS

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

## 5. APRESENTAÇÃO DO TEXTO E ELEMENTOS PRÉ-TEXTUAIS

**5.1.** Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

**5.1.** As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

**5.2.** No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

**5.3.** Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

**5.4.** No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

**5.5.** A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

**5.5.1.** Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

**5.5.2.** Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

**5.5.3.** Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

**5.5.4.** Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

**5.5.4.1.** Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

**5.5.4.2.** Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando

mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

**5.5.4.3.** Indicação de endereço de e-mail para contato.

**5.5.4.4.** Recomenda-se aos autores que informem o número de identificação ORCID (para maiores informações **clique aqui**). O identificador ORCID pode ser obtido no **registro ORCID**. Você deve aceitar os padrões para apresentação de iD ORCID e incluir a URL completa (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>). Nesse caso, tal informação deverá constar logo abaixo da indicação do e-mail de contato.

**5.5.4.5.** Os quatro elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

**5.5.4.6.** Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-currículo, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-currículo do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

**5.5.5.** Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra "Resumo" escrita no idioma do artigo.

**5.5.6.** Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão "Palavras-chave" redigida no idioma do artigo.

**5.5.7.** Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra "Abstract". No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

**5.5.8.** Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão "Keywords". No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

**5.5.9.** Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

**5.5.10.** Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

**5.5.11.** Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

**5.5.12.** Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

**5.6.** Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

**5.7.** Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

## **6. METODOLOGIA CIENTÍFICA**

**6.1.** As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

**6.1.1.** O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

**6.1.2.** Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

**6.1.3.** As referências deverão constar da seguinte forma:

**6.1.3.1. Livros:** SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

**6.1.3.2. Capítulos de livros coletivos:** SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem negrito. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto e vírgula (Org. ou Coord.). **Título da obra ou coletânea em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de "p."].

Exemplo: SALGADO, Eneida Desiree; COUTO, Mariele Pena de. Uma proposta para o controle social: um olhar prospectivo sobre a transparência e a probidade. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas:** homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 149-164.

**6.1.3.3. Artigos em revistas:** SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem negrito. **Título da Revista em negrito**, cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil’s administrative justice system in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014.

**6.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação:** SOBRENOME, Nome. **Título do trabalho em negrito**: subtítulo sem negrito. Cidade, ano. número de folhas seguido de “f”. Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

**6.1.4.** Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

**6.1.4.1. Autor:** SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

**6.1.4.2. Edição:** deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e “ed.”. Exemplo: 2. ed.

**6.1.4.3. Ano:** grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

**6.1.5.** Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

**6.1.5.1.** Ausência de cidade: substituir por [s.l.].

**6.1.5.2.** Ausência de editora: substituir por [s.n.].

**6.1.5.3.** Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

**6.2.** As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores.

**6.2.1.** Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

**6.2.2.** Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

**6.2.3.** Fica vedado o uso do op. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

**6.2.4.** Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

## 7. REDAÇÃO

**7.1.** Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

**7.2.** No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

**7.3.** As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

## 8. ARTIGOS RESULTANTES DE PESQUISAS FINANCIADAS

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados 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.