



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 4 | N. 3 | SETEMBRO/DEZEMBRO 2017 | ISSN 2359-5639





# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

**JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH**

vol. 4 | n. 3 | setembro/dezembro 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)

Publicação eletrônica de acesso aberto

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

**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))

## DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

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

Quadrimestral.

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

ISSN: 2359-5639

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

CDU 342

CDD 341.2

Catalogação na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – SiBi

### Cobertura temática (classificação do CNPq):

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

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

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

**Revista classificada no estrato 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 quadrienal 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)

### **Editores Associados**

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

Prof. Dr. Juan Gustavo Corvalán (Universidad de Buenos Aires – Buenos Aires, Argentina)

### **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. Clémerson Merlin Cléve (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Prof. Dr. Christoph Bezemeck (Karl-Franzens-Universität Graz- 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. Dr. Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo – Palermo, Itália)

Prof. Dr. Mônica Clarissa Hennig Leal (Universidade de Santa Cruz do Sul – Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

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

Prof. Dr. Oran Doyle (University of Dublin – Dublin, Irlanda)

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

### **Secretaria Executiva**

Luzardo Faria

### **Equipe de Redação e Revisão**

Érico Prado Klein

Gustavo Miranda

Luzardo Faria

Matheus Oliveira Vasconcelos

Rennan Gustavo Ziemer da Costa

# Sumário

## Contents

### **Editorial: A liberdade entre Direito e justiça**

*Editorial: Freedom between law and justice*

DOI: 10.5380/rinc.v4i3.54861

**Daniel Wunder Hachem, Eneida Desiree Salgado .....**6

### **Constitutional reform in Brazil: lessons from Albania?**

*Reforma constitucional no Brasil: lições da Albânia?*

DOI: 110.5380/rinc.v4i3.54372

**Richard Albert, Juliano Zaiden Benvindo, Fabian Zhilla .....**11

### **Unconstitutional limbo: why the Smithsonian Institution may violate the separation of powers doctrine**

*Limbo inconstitucional: por que a Instituição Smithsonian pode violar a doutrina da separação dos poderes*

DOI: 10.5380/rinc.v4i3.50286

**Jaclyn Kurin .....**35

### **Consumer law in Constitution: a big mistake? The specific case of aviation in Brazil**

*Direito do consumidor na Constituição: um grande erro? O caso específico da aviação no Brasil*

DOI: 10.5380/rinc.v4i3.51532

**Delphine Aurelie Laurence Defossez .....**61

### **Essay on the constitutional promises of democracy and republic**

*Ensaio sobre as promessas constitucionais de democracia e república*

DOI: 10.5380/rinc.v4i3.54373

**Eneida Desiree Salgado .....**85

**La razón pública de las candidaturas independientes en Jalisco**

*The public reason of the independent candidatures in Jalisco*

DOI: 10.5380/rinc.v4i3.54371

**Teresa Magnolia Preciado Rodriguez .....101**

**Obamacare e a linguagem dos “direitos dos estados”: federalismo não cooperativo ou constitucionalismo “dinossauro”**

*Obamacare and the language of the “states’ rights”: uncooperative federalism or “dinosaur” constitutionalism*

DOI: 10.5380/rinc.v4i3.54376

**Anne Richardson Oakes, Ilaria Di-Gioia .....119**

**O STF e o ensino religioso em escolas públicas: pluralismo educacional, laicidade estatal e autonomia individual**

*The STF and the religious education in public schools: educational pluralism, secularity of state and personal autonomy*

DOI: 10.5380/rinc.v4i3.54375

**Cristina Silvia Alves Lourenço, Maurício Sullivan Balhe Guedes .....145**

**A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência**

*Legal protection of privacy and confidentiality in the digital era: doctrine, legislation and jurisprudence*

DOI: 10.5380/rinc.v4i3.51295

**Ana Paula Oliveira Ávila, André Luis Woloszyn .....167**

**Inconstitucionalidade superveniente: usos, desusos e mutações**

*Subsequent unconstitutionality: uses, disuses and mutations*

DOI: 10.5380/rinc.v4i3.50767

**Lucas Catib de Laurentiis .....201**

**Instruções para autores**

*Instructions for authors*

.....223

# Editorial

## Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v4i3.54861



Licenciado sob uma Licença Creative Commons

Licensed under Creative Commons

### A liberdade entre Direito e justiça

#### *Freedom between law and justice*

O ideal de liberdade, uma das premissas da modernidade, segue em xeque em pleno século XXI. As experiências históricas de totalitarismo e violência estatal e social não imunizaram os sistemas jurídicos dos perigos à autonomia individual e coletiva. Ao contrário, o acirramento das divergências, evidente nos tempos atuais, mostra os perigos de um retrocesso no que se refere à concretização e à proteção dos direitos de liberdade. O desafio, assim, não é apenas buscar a realização dos direitos de cunho social: é preciso manter a atenção às liberdades públicas. Em tempos de ódio e baixo sentimento constitucional, o debruçar-se sobre as dimensões concretas da liberdade é uma exigência para manter o horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito.

Essa temática é objeto da obra que será publicada nos próximos meses pela Editora Íthala, sob o título *Direito, Liberdade e Justiça*, coordenada pelos subscritores deste editorial, e que condensa os resultados das pesquisas realizadas pelos membros do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR nos anos de 2014 e 2015.<sup>1</sup> O livro mergulha em uma das temáticas mais caras às democracias contemporâneas: a liberdade em suas diversas dimensões e suas relações com o Direito e a justiça. Assim como a referida obra, a presente edição da **Revista de Investigações Constitucionais**

---

Como citar este editorial | *How to cite this editorial:* HACHEM, Daniel Wunder; SALGADO, Eneida Desiree. Editorial: A liberdade entre Direito e Justiça. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 3, p. 6-9, set./dez. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i3.54861

<sup>1</sup> SALGADO, Eneida Desiree; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito, liberdade e justiça**. Curitiba: Íthala, 2017.

mantém o alto nível de excelência acadêmica e rigor científico das edições anteriores, além de um elevado índice de internacionalização dos artigos.

Com o propósito de ampliar ainda mais a internacionalização da Revista, a partir deste número passam a integrar o nosso Corpo Editorial, na condição de Editores Associados, o Professor Richard Albert, da Boston College Law School (e, a partir de 2018, da University of Texas at Austin), e o Professor Juan Gustavo Corvalán, da Universidad de Buenos Aires. Ambos, destacados pesquisadores do Direito Público e amplamente respeitados pela comunidade jurídica internacional, participarão ativamente das tarefas de editoria da revista, atuando inclusive na organização de Dossiês Temáticos, novidade que será inaugurada no ano de 2018.

Neste número da **Revista de Investigações Constitucionais**, o terceiro do ano de 2017, publicamos artigos em 3 idiomas (inglês, espanhol e português), de autores vinculados a 12 instituições de ensino superior de 6 países diferentes: Estados Unidos da América, Reino Unido, Canadá, Albânia, México e de 6 diferentes unidades da República Federativa do Brasil, com representação das regiões Norte, Centro-Oeste, Sudeste e Sul: Amazonas, Distrito Federal, Paraná, Pará, Rio Grande do Sul e São Paulo. Dos trabalhos publicados, 88% são de Professores Doutores, 55% redigidos em língua estrangeira, 55% dos artigos são de autores estrangeiros e 93% dos autores são exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- Constitutional reform in Brazil: lessons from Albania?

**Richard Albert**

Professor at Boston College Law School (Newton, USA)

**Juliano Zaiden Benvindo**

Professor of Constitutional Law at Universidade de Brasília (Brasília-DF, Brasil)

**Klodian Rado**

Ph.D. candidate from Osgoode Hall Law School (Toronto, Canada)

**Fabian Zhilla**

Lecturer of Law and Ethics at the Canadian Institute of Technology (Tirana, Albania) and Fulbright Scholar at Center for European Studies, Harvard University (Cambridge, USA)

- Unconstitutional limbo: why the Smithsonian Institute may violate the separation of powers doctrine

**Jaclyn Kurin**

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

- Consumer law in Constitution: a big mistake? The Specific Case of Aviation in Brazil

**Delphine Aurelie Laurence Defossez**

Ph.D. candidate from Universidade de Brasília (Brasília-DF, Brasil)

- Essay on the constitutional promises of democracy and republic

**Eneida Desiree Salgado**

Adjunct Professor of Constitutional Law and Election Law at Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brazil)

- La razón pública de las candidaturas independientes en Jalisco

**Teresa Magnolia Preciado Rodríguez**

Doctora en Derecho Electoral por el Instituto Prisciliano Sánchez del Tribunal Electoral del Estado de Jalisco (Guadalajara, México)

- Obamacare e a linguagem dos “direitos” dos Estados: federalismo não cooperativo ou constitucionalismo “dinossauro”

**Anne Richardson Oakes**

Diretora do Center for American Legal Studies da Birmingham City University Law School (Birmingham, Reino Unido)

**Ilaria Di-Gioia**

Professora no Center for American Legal Studies da Birmingham City University Law School (Birmingham, Reino Unido)

- O STF e o ensino religioso em escolas públicas: pluralismo educacional, laicidade estatal e autonomia individual

**Cristina Sílvia Alves Lourenço**

Coordenadora da Pós-Graduação em Ciências Criminais e da Pós-Graduação em Direito Público do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA (Belém-PA, Brasil)

**Maurício Sullivan Balhe Guedes**

Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia (Manaus-AM, Brasil)

- A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência

**Ana Paula Oliveira Ávila**

Professora Titular de Direito Constitucional do UniRitter – Laureate International Universities  
(Porto Alegre-RS, Brasil)

**André Luis Woloszyn**

Mestre em Direito pelo UniRitter – Laureate International Universities (Porto Alegre-RS, Brasil)

- Inconstitucionalidade superveniente: usos, desusos e mutações

**Lucas Catib De Laurentiis**

Professor de Direito Constitucional e Teoria do Direito da PUC-Campinas (Campinas-SP, Brasil)

Curitiba, setembro de 2017.

**Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem**

Coordenador Editorial da Revista de Investigações Constitucionais

**Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Eneida Desiree Salgado**

Líder do NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR





## Constitutional reform in Brazil: lessons from Albania?

### *Reforma constitucional no Brasil: lições da Albânia?*

**RICHARD ALBERT\***

Boston College Law School (United States of America)  
richard.albert@bc.edu

**JULIANO ZAIDEN BENVINDO\*\***

Universidade de Brasília (Brasil)  
juliano@unb.br

**KLODIAN RADO\*\*\***

Osgoode Hall Law School (Canada)  
klodianrado@osgoode.yorku.ca

**FABIAN ZHILLA\*\*\*\***

Canadian Institute of Technology (Albania)  
fabian.zhilla@cit.edu.al

**Recebido/Received:** 07.08.2017 / August 7<sup>th</sup>, 2017

**Aprovado/Approved:** 20.08.2017 / August 20<sup>th</sup>, 2017

---

Como citar esse artigo/*How to cite this article:* ALBERT, Richard; BENVINDO, Juliano Zaiden; RADO, Klodian; ZHILLA, Fabian. Constitutional reform in Brazil: lessons from Albania? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 3, p. 11-34, set./dez. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i3.54372.

\* Professor at Boston College Law School (Newton, USA); as of January 1, 2018, Professor at the University of Texas at Austin School of Law (Austin, USA). Juris Doctor – J.D. (Yale University). Master of Laws – LL.M. (Harvard University). Bachelor of Civil Law – B.C.L. (Oxford University). E-mail: richard.albert@bc.edu.

\*\* Professor of Constitutional Law at University of Brasília (Brasília-DF, Brazil). PhD from Humboldt-Universität zu Berlin (Germany). CNPq Research Fellow (3087332015-0). E-mail: juliano@unb.br.

\*\*\* Ph.D. candidate from Osgoode Hall Law School (Toronto, Canada). Former judge in Albania. Master of Laws – LL.M. (King's College London, United Kingdom). Magistrate-Judge (School of Magistrates of Albania). Master of Laws – LL.M. (University of Tirana, Albania). E-mail: klodianrado@osgoode.yorku.ca.

\*\*\*\* Lecturer of Law and Ethics at the Canadian Institute of Technology (Tirana, Albania). Ph.D. in Law from King's College (London, United Kingdom). Fulbright Scholar at Center for European Studies, Harvard University. E-mail: fabian.zhilla@cit.edu.al.

## Abstract

Corruption is a fact of public life in Brazil. Since the country's transition to democracy, corruption has been a challenge for each presidential administration. The Brazilian judiciary has not escaped the corrupting influences in the region. One country whose challenges with judicial corruption are arguably even greater than Brazil's is Albania, a country for which we were appointed to act as Consultants to the Special Parliamentary Committee on the Reform of the Judicial System responsible for introducing major constitutional reforms aimed at curbing judicial corruption. Those reforms to the Albanian Constitution entered into force in 2016. Too little time has elapsed since then to evaluate whether these reforms will fulfil their purposes. And certainly much too little time has passed for us to know whether the reforms in Albania can be applied with any confidence elsewhere in the world where similar problems with judicial corruption continue to undermine democratic norms of transparency and accountability, namely in Brazil. We nonetheless believe it is useful to explain the Albanian constitutional reforms and to introduce them to readers in Brazil as available options for combating judicial corruption.

**Keywords:** Constitutional reform; Albania; Brazil; Judiciary; corruption.

## Resumo

*A corrupção é um fato da vida pública no Brasil. Desde a transição do país para a democracia, a corrupção tem sido um desafio para cada administração presidencial. O Judiciário brasileiro não escapou das influências corruptoras da região. Um país cujos desafios com a corrupção judicial são sem dúvida ainda maiores do que o Brasil é a Albânia, um país pelo qual fomos nomeados para atuar como Consultores da Comissão Parlamentar Especial sobre a Reforma do Sistema Judicial responsável pela introdução de grandes reformas constitucionais destinadas a travar a corrupção judicial. Essas reformas à Constituição albanesa entraram em vigor em 2016. Pouco tempo se passou desde então para avaliar se essas reformas atenderão aos seus propósitos. E certamente muito pouco tempo passou para que possamos saber se as reformas na Albânia podem ser aplicadas com alguma confiança em outros lugares do mundo, onde problemas similares com a corrupção judicial continuam a prejudicar as normas democráticas de transparência e responsabilidade, nomeadamente no Brasil. No entanto, acreditamos que seja útil explicar as reformas constitucionais albanesas e apresentá-las aos leitores no Brasil como opções disponíveis para combater a corrupção judicial.*

**Palavras-chave:** Reforma constitucional; Albânia; Brasil; Poder Judiciário; corrupção.

## CONTENTS

**1. Introduction – The Challenge of Constitutional Reform; 2. The Problem of Judicial Corruption in Brazil; 2.1. An Overview; 2.2. Two Types of Corruption; 2.3. The Challenges Ahead; 3. The Problem of Judicial Corruption in Albania; 3.1. Albanian Courts Before 2016; 3.2. An Overview of Judicial Corruption; 3.3. Piecemeal Efforts to Combat Judicial Corruption; 4. Constitutional Reform in Albania; 4.1. Reforming Existing Judicial Institutions; 4.2. Creating New Institutions; 4.3. Transitional Vetting; 5. Conclusion — An Albanian Strategy for Brazil? 6. References.**

## 1. INTRODUCTION – THE CHALLENGE OF CONSTITUTIONAL REFORM

Three simple but shocking facts demonstrate the depth of the corruption problem in Brazil: of the 65 members on the congressional commission that deliberated on President Dilma Rousseff's impeachment, 37 faced corruption or criminal charges of their own; 303 of Brazil's 513 congresspersons had been charged or were under investigation for serious crimes; and the same was true of 49 of the country's 81 senators.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BEVINS, Vincent., The Politicians Voting to Impeach Brazil's President are Accused of More Corruption than She is. **Los Angeles Times**, Los Angeles, 28 mar. 2016. Available at: < <http://www.latimes.com/world/mexico-americas/la-fg-brazil-impeach-20160328-story.html> >.

Corruption is, as Timothy Power and Matthew Taylor have written, 'a troubling constant in the Brazilian political system, with instances of corrupt behavior readily apparent at the federal, state, and municipal levels and across all branches of government'.<sup>2</sup> This is not a recent phenomenon. Since the country's transition to democracy, corruption has been a challenge for each presidential administration.<sup>3</sup>

The Brazilian judiciary has not escaped the corrupting influences in the region. A recent study has shown that courts in Brazil have been ineffective in combating corruption, finding that only 34 percent of all public officials dismissed in connection with corruption ever face criminal charges.<sup>4</sup> And even where public officials are charged, Brazilian courts convict them for corruption at very low rates.<sup>5</sup> Mariana Mota Prado and Lindsey Carson attribute these low conviction rates to plain error, onerous procedural rules and actual corruption inside the courts themselves.<sup>6</sup> Publish trust in the Brazilian judiciary is unsurprisingly low. One public opinion poll found that 60 percent of Brazilians have little or no confidence in their judges.<sup>7</sup> There is no clear roadmap for how to curb corruption, especially judicial corruption, in Brazil. Prado and Carson diagnose the problem and hint at its intractability for political actors in search of a fix:

*[T]he ultimate sanctioning authority in Brazil remains the judiciary, which possesses the power to review and overturn punishments imposed by other entities. As a result, Brazilian courts hold a monopoly power over the sanctioning of corruption in the country.<sup>8</sup>*

Brazil is of course not the only country to confront the challenge of judicial corruption. One country whose challenges on this front are arguably even greater than Brazil's is Albania, a former communist state that has struggled toward democracy since the collapse of the Soviet Union. Today Albania is a democratizing state with serious problems with judicial corruption.

<sup>2</sup>POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. Accountability institutions and political corruption in Brazil. **Corruption and democracy in Brazil**. Indiana: University of Notre Dame Press, 2011. p. 1.

<sup>3</sup>*Ibid.* p. 2-3.

<sup>4</sup>ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **OECD Integrity Review of Brazil: Managing Risks for a Cleaner Public Service**. OECD Public Governance Reviews (OECD Publishing 2, 2012). p. 86.

<sup>5</sup>CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: Potential lessons for institutional design. IRIBA Working Paper: 09. Manchester. UK, 2014. Available at: <[http://www.brazil4africa.org/wp-content/uploads/publications/working\\_papers/IRIBA\\_WP09\\_Brazilian\\_Anti-Corruption\\_Legislation\\_and\\_its\\_Enforcement.pdf](http://www.brazil4africa.org/wp-content/uploads/publications/working_papers/IRIBA_WP09_Brazilian_Anti-Corruption_Legislation_and_its_Enforcement.pdf)>. p. 18.

<sup>6</sup>*Ibid.*

<sup>7</sup>OECD ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. OECD Integrity Review of Brazil: Managing Risks for a Cleaner Public Service. OECD Public Governance Reviews (OECD Publishing 2, 2012). p. 87.

<sup>8</sup>See CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: Potential lessons for institutional design. IRIBA Working Paper: 09. Manchester. UK, 2014. Available at: <[http://www.brazil4africa.org/wp-content/uploads/publications/working\\_papers/IRIBA\\_WP09\\_Brazilian\\_Anti-Corruption\\_Legislation\\_and\\_its\\_Enforcement.pdf](http://www.brazil4africa.org/wp-content/uploads/publications/working_papers/IRIBA_WP09_Brazilian_Anti-Corruption_Legislation_and_its_Enforcement.pdf)>.

In 2015, two of us were appointed by the Hon. Fatmir Xhafaj, in his capacity as Chairman of the Special Parliamentary Committee on the Reform of the Judicial System in Albania, to serve as Consultants to the Committee as it deliberated on major constitutional reforms to the Albanian Constitution.<sup>9</sup> In the Spring of 2015, we were invited to submit written testimony on the official report entitled 'Analysis of the Justice System in Albania' and later in the Fall of 2015, we were again invited to make written submissions, this time delivered to the Office of the Technical Secretariat attached to the Ad Hoc Committee on Justice Reform on the 'Draft Law on Amendments to the Constitution of the Republic of Albania.'

Political actors in Albania ultimately arrived at an agreement to pass sweeping constitutional reforms that dramatically altered the 1998 Constitution. The principal focus of the reforms was judicial corruption—how to spot it, how to stop it, and how to prevent its return. The reforms were adopted in July 2016 and entered into force in August 2016.<sup>10</sup> Too little time has elapsed since then to evaluate whether these reforms will fulfill their purposes. And certainly much too little time has passed for us to know whether the reforms in Albania can be applied with any confidence elsewhere in the world where similar problems with judicial corruption continue to undermine democratic norms of transparency and accountability, namely in Brazil. We nonetheless believe it is useful to explain the Albanian constitutional reforms and to introduce them to readers in Brazil as available options for combating judicial corruption.

The truth, however, is that any successful effort to curb judicial corruption in Brazil will require more than constitutional reform. For the same reason that an undemocratic country could not become a democracy overnight simply by adopting the constitution and inferior laws of any given democracy, for instance Norway or Ireland, Brazil cannot rid itself of judicial corruption by adopting measures deployed in another country, with its distinct political culture and history. The challenge of curb corruption is therefore less of a challenge of constitutional reform than one of politico-cultural reform that requires deep democratization beyond metrics like voter turnout.

We begin, in Part I, by exploring the problem of judicial corruption in Brazil. In Part II, we outline the problem of judicial corruption in Albania and, in Part III, we explain why and how Albanian political actors finally resolved to address this problem with a major constitutional reform in 2016. We conclude with thoughts on whether the Albanian reforms will be successful, and what its success or failure might mean for other countries in search of answers to corruption.

---

<sup>9</sup> Judge Klodian Rado and Professor Richard Albert served separately as Consultants.

<sup>10</sup> See Law 76/16, 22 July 2016, "On Some Amendments of the Law no 8417, 21 October 1998 on 'The Constitution of Republic of Albania'(Amended)".

## 2. THE PROBLEM OF JUDICIAL CORRUPTION IN BRAZIL

Brazil, unlike Albania, has never known communist rule. The country did, however, live through a civil-military dictatorship from 1964 to 1985, not unlike many other countries in Latin America in that era. During that period, democratic institutions and the rule became even more eroded than they had already been as a result of the political and economic instability of the previous years.<sup>11</sup> Corruption was widespread and exacerbated by the lack of institutional transparency and accountability. Since Brazil's transition to a democratic constitution in 1988, institutional innovations and social improvements have helped generate relative political and economic stability.<sup>12</sup> Brazil has strengthened the rule of law, the judiciary has become more independent and checks on the separate branches of government have become real constraints on the exercise of their delegated powers, as a result of both institutional design and the creative energies of civil society.<sup>13</sup> Courts in particular have taken the leading role in pulling the country toward transparency and the rule of law, in the process becoming a guarantor of horizontal accountability while at the same playing an increasingly central role in policy development.<sup>14</sup>

### 2.1. An Overview

And yet corruption remains a serious challenge today in Brazil. Among other upper-middle-income economies,<sup>15</sup> Brazil ranks particularly poorly, scoring only 40 on the Corruption Perceptions Index scale of 0 to 100, with 0 representing the highest levels of corruption.<sup>16</sup> Although the recent Petrobras<sup>17</sup> and Odebrecht<sup>18</sup> scandals have affected the ranking, the reality is that Brazil had not fared much better in previous years, scoring 42 in 2013, 43 in 2012 and 2014 and 38 in 2015.<sup>19</sup> Despite the popularity of

<sup>11</sup> BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira: Mudança Constitucional, Autoritarismo e Democracia no Brasil Pós-1964**. Brasília: Edições Câmara, 2012.

<sup>12</sup> WEYLAND, K. The Growing Sustainability of Brazil's Low-Quality Democracy. In: HAGOPIAN, Frances; MAINWARING, Scott P. (Ed.). **The Third Wave of Democratization in Latin America: Advances and Setbacks**. Cambridge University Press, 2005. p. 90-94.

<sup>13</sup> HAGOPIAN, Frances. Paradoxes of Democracy and Citizenship in Brazil. **Latin American Research Review**, v. 46, n. 3, p. 216-227, 2011. p. 216-222; POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. (Eds.). **Corruption and Democracy in Brazil**. Indiana: University of Notre Dame Press, 2011. p. 4.

<sup>14</sup> TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy**: Courts and Policy Reforms in Democratic Brazil. Stanford University Press, 2008. p. 223.

<sup>15</sup> See World Bank Country and Lending Groups, online: <<https://datahelpdesk.worldbank.org/knowledgebase/articles/906519>>.

<sup>16</sup> See TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perception Index 2016**. Available at: <[http://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016](http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016)>.

<sup>17</sup> See BEAUCHAMP, Zack. Brazil's Petrobras Scandal, explained. **Vox**, 18 mar. 2016. Available at: <<http://www.vox.com/2016/3/18/11260924/petrobras-brazil>>.

<sup>18</sup> See GALLAS, Daniel. Brazil's Odebrecht Corruption Scandal. **BBC**, 7 mar. 2017. Available at: <<http://www.bbc.com/news/business-39194395>>.

<sup>19</sup> See TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perception Index 2016**. Available at: <<http://www.transparency.org/>>

individual judges, the judiciary as an institution is itself perceived as less than trustworthy, with only 29 percent of Brazilians expressing confidence in the judicial system.<sup>20</sup>

## 2.2. Two Types of Corruption

Two types of judicial corruption have revealed themselves in Brazil. We have seen ordinary corruption, meaning instances of bribery, embezzlement, influence peddling, patronage and nepotism. There is a great deal of anecdotal and empirical data on these and other incidents of ordinary corruption. These practices are symptomatic of a more structural cause of corruption in Brazil, a country with a long history of clientelism and limited checks on the judiciary. The relationship between law and politics has been shaped by clientelism and lax oversight of the judiciary.<sup>21</sup> To be sure, there has been some progress in reducing judicial corruption over the years but it has been minimal. Indeed, if the history of judicial corruption in Brazil proves anything it is that old habits die hard. Today, the judiciary remains an “eclectic mixture of judicial administration based on manifest indistinctness between public and private spheres.”<sup>22</sup>

In Brazil as in other democratizing states, the more deeply democracy takes root, the more difficult it becomes to carry out with much success the practices of ordinary corruption. It is here that the second type of corruption begins to gain ground. It is a more systemic and comprehensive form of corruption that is likewise “based on manifest indistinctness between public and private spheres.” Where ordinary corruption is defined by blatant breach of law, this more profound institutionalized corruption distorts the law and its democratic aspirations to shield itself from the external checks and norms required to curb corruption. Institutionalized corruption has complicated efforts to control it because its most powerful tool is the language of democracy: it commandeers principles like the separation of powers and judicial independence to strengthen judicial prerogatives and to shield the judiciary from intrusive oversight.

We can trace the roots of modern judicial corruption in Brazil to the Constituent Assembly of 1987-88. The judiciary succeeded in keeping its pre-democracy structures and functions virtually intact; there were few serious suggestions on reforming the judiciary.<sup>23</sup> The new Constitution formally conferred substantial authority and

---

news/feature/corruption\_perceptions\_index\_2016>.

<sup>20</sup> See Fundação Getúlio Vargas – FGV. **Relatório ICJ Brasil, 1º Semestre/2016**. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV), 2016. Available at: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil\\_1\\_sem\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>.

<sup>21</sup> See ALMEIDA, Frederico Normânia Ribeiro de. **A Nobreza Togada: As Elites Jurídicas e a Política da Justiça no Brasil**. São Paulo, 2010. 329 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

<sup>22</sup> SILVEIRA, Daniel Barile da. **Patrimonialismo E Burocracia: Uma Análise Sobre O Poder Judiciário Na Formação Do Estado Brasileiro**. Brasília, 2006. 302 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Universidade de Brasília. p. 20.

<sup>23</sup> KOERNER, Andrei. O Debate sobre a Reforma Judiciária. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 54, 1999. p. 12.

independence to judges, enhanced the power and mechanisms of judicial review and entrenched new human rights—all liberal democratic features we would expect to see in the new charter of a nascent democratic state. But the reality is different: under the new Constitution, the judiciary—and particularly the Supreme Court—is functionally the same as it was under the civil-military dictatorship.<sup>24</sup> Today, under the new Constitution, the “old” judiciary exerts internal control on new judges and on their selection and promotion, as well as more generally on the administration of justice in the country.

The impetus at Brazil’s refounding to create democratic institutions resulted in vast powers for the judiciary. The Constitution makes courts practically untouchable in their administrative and financial autonomy,<sup>25</sup> the result being that its operations, relationships and resources are shielded from much political oversight.<sup>26</sup> With the constitutionally-entrenched protection to conduct its affairs free from public view, the judiciary under the constitutional design of 1988 could quite readily make substantial transfers of public resources to private benefit.<sup>27</sup> The Constitution’s protections for an independent judiciary ensures that there is little outside knowledge about the court’s inner workings and deliberations on decisions involving the allocation of resources, promotion of judges and the administration of the trial calendar. Against this backdrop, efforts to increase transparency and accountability occasion strong resistance from judges’ associations on the argument that these efforts are a smokescreen to curtail judicial independence, to decrease the courts’ powers and to remove checks on the political branches.<sup>28</sup>

Even the law that governs the rules and procedures for a career as a judge is from the pre-democracy period.<sup>29</sup> Enacted in 1979 during the military regime, the judicial career law proclaims judicial independence and creates rules that make it more than an empty declaration: judges enjoy life tenure, they are unremovable without cause and their remuneration cannot be reduced.<sup>30</sup> The law also assures benefits for judges that exceed those given to any other category of career civil servant—benefits for which there are only internal mechanisms of control.<sup>31</sup> The judicial career law furthermore sets out judicial duties and ethical guidelines, and it also outlines prohibitions

<sup>24</sup> KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova: Revista de cultura e política**, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

<sup>25</sup> See Constitution of Brazil (1988), art. 99.

<sup>26</sup> See Koerner (n 23) p.12.

<sup>27</sup> See DA ROS, Luciano. O Custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. **Observatório de elites políticas e sociais do Brasil**. NUSP/UFPR, v. 2, n. 9, p. 1-15, 2015. Available at: <<http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v-2-n-9.pdf>>.

<sup>28</sup> VEJA SÃO PAULO. A Reação dos Marajás, 21 dec. 2016. Available at: <<http://veja.abril.com.br/brasil/a-reacao-dos-marajas>>.

<sup>29</sup> BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14 de Março de 1979.

<sup>30</sup> BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14 de Março de 1979, art 45, I.

<sup>31</sup> *Ibid.* at art 99.

and accompanying administrative sanctions for their violation.<sup>32</sup> However corruption cases have not yielded serious penalties for judges. A common administrative sanction has been forced retirement with the award of a proportionate wage based on years of service,<sup>33</sup> for some perhaps more of a reward than a penalty. Although indictments on corruption also ordinarily entail criminal charges, judges are very rarely prosecuted to the full extent of the law. Not satisfied, in the last years, the judiciary has even proposed changes on the legislation to both expand their privileges and make even more difficult external checks on its activities.<sup>34</sup>

### 2.3. The Challenges Ahead

There have nonetheless been efforts to curb judicial corruption. The most significant reform dates to 2004, when Brazilian Constitution was amended to create the National Council of Justice (CNJ).<sup>35</sup> This new institution is now responsible for overseeing the judicial system and both setting and enforcing high standards of transparency and efficiency. The CNJ has established rules requiring all courts and councils to publish information about their financial and budgetary management, any public tenders, their pay structure, as well as instructions for how to access even more information.<sup>36</sup> The CNJ has also undertaken to publish an annual report entitled **Justiça em Números** ("Justice in Numbers"), a new bank of data on judicial productivity, finance, human resources, management and performance, in addition to evaluative analysis of bottlenecks in the judicial process.<sup>37</sup> Another equally important innovation is the **Portal da Transparência** ("Transparency Portal"), easily accessible on the internet, where anyone can find daily updates on judicial budgets, including revenues and expenditures.<sup>38</sup> The role of CNJ is also investigative: it has examined allegations of fraud in connection with judicial selection and promotion, nepotism in court-related hiring, firing and advancement, and judicial remuneration.<sup>39</sup>

Despite the high expectations it raised for fighting judicial corruption, the CNJ has quite frankly failed to live up to its promise of being offering effective oversight

<sup>32</sup> *Ibid.* at art 35-48.

<sup>33</sup> *Ibid.* at arts 42, V.

<sup>34</sup> See KADANUS, Kelly. Proposta de nova Loman aumenta benefício dos magistrados, **Gazeta do Povo**, Curitiba, 5 jul. 2015. Available at: <[http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/proposta-de-nova-loman-aumenta-beneficos-dos-magistrados-7davvag4n9gqi4688re0vboey](http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/proposta-de-nova-loman-aumenta-beneficios-dos-magistrados-7davvag4n9gqi4688re0vboey)>.

<sup>35</sup> See BRASIL. Emenda Constitucional n 45, de 30 de Dezembro de 2004.

<sup>36</sup> Resolução n 102 de 15 de dezembro de 2009; Resolução n 151, de 05 de julho de 2012; Resolução n 215 de 16 de dezembro de 2015.

<sup>37</sup> CNJ. **Justiça em Números 2016: Ano Base 2015**. Brasília: CNJ, 2016. Available at: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>.

<sup>38</sup> See Portal da Transparência, online: <http://www.portaltransparencia.jus.br/despesas>.

<sup>39</sup> See CNJ. **Informativo de Jurisprudência - Coletânea das Decisões Atualizadas do CNJ**. Brasília: CNJ, 2014. Available at: <<http://www.cnj.jus.br/images/informativo-jurisprudencia/informativoJurisprudencia.abril2014.pdf>>.

of the judiciary. Perhaps the clearest reason for its failure is its composition: the CNJ is staffed predominantly by judges.<sup>40</sup> Many of its members have led industry associations oriented toward defending the corporate interests of judges,<sup>41</sup> and even those who are said to represent civil society are closely connected to the political leadership.<sup>42</sup> It should therefore come as no surprise that the CNJ has consistently ruled in favor of the corporate interests of the judiciary instead of using its resources and platform to curb recurring abuses in and around courts. There is another factor of note: the CNJ has no formal authority over the Supreme Court, leaving this body virtually unreviewable altogether. For all of its promise, then, the CNJ is neither designed nor administered in a way that would inspire confidence in its capacity to do what it was intended to do: to create and deploy strategies to foster much needed accountability and transparency of the country's judicial system.

There is good news in this otherwise bleak portrait. Brazil has improved its mechanisms to counter or at least to address corruption, specifically judicial corruption. Although ordinary corruption still exists across the country, it is not the most difficult challenge. It is instead the more encompassing form of entrenched and systemic corruption that continues to do the most damage in the country. In order to make any real progress in fighting this form of corruption, Brazil needs a broader of the very concept of judicial corruption in addition to a clearer understanding of how its manifestations spring from the judiciary's capacity to innovative its own ways to insulate itself from external review while simultaneously expanding its authority. The great paradox of judicial corruption in Brazil is that democracy has brought greater formal accountability and transparency but it has also empowered the judiciary to exercise its institutional powers and prerogatives to defeat its functional ambition of reducing corruption.

### 3. THE PROBLEM OF JUDICIAL CORRUPTION IN ALBANIA

As bad as judicial corruption may be in Brazil, it is arguably worse in Albania. Political actors in the country have recently adopted a major package of constitutional reforms largely intended to curb judicial corruption. There are high expectations for the reforms but it remains too early to know whether they will succeed in ridding if not reducing incidents of corruption in courts. It is worth learning from the Albanian experience to see whether and how Brazil might benefit from the constitutional lessons Albania may have to share with the world.

<sup>40</sup> Among its 15 members, two are chosen by the Brazilian Bar Association, one by the House of Representatives, and one by the Federal Senate. The other 11 members are either judges (9) or members of the Prosecutor's Office (2).

<sup>41</sup> See FRAGALE FILHO, Roberto. Conselho Nacional de Justiça: desenho institucional, construção de agenda e processo decisório. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, 2013. p. 981-983.

<sup>42</sup> *Ibid.* p. 987.

### 3.1. Albanian Courts Before 2016

Prior to the constitutional reform of 2016, Albania's judicial structure was a three-tiered system. Courts of first instance heard all types of cases—civil, criminal and administrative—with appellate courts hearing appeals directly from them. There were also courts dealing specifically with organized crime: a court of first instance and an Appeal Court of Serious Crimes. Finally, there was a High Court, the highest court in the hierarchy of the judicial structure. The High Court was divided into separate collegiums, each hearing appeals from appellate courts. Its jurisdiction was wide: it would hear corruption and criminal charges against the President, members of the executive and legislature, and judges of the High and Constitutional Courts. The High Court consisted of 17 judges appointed by the president with the consent of Parliament.<sup>43</sup>

For its part, the Constitutional Court stood outside of this judicial structure. Its primary duty was to guard the Constitution. Consisting of nine judges appointed the same way as their High Court counterparts,<sup>44</sup> the Constitutional Court's responsibilities included judicial review of national and subnational laws as well as international agreements. The Constitutional Court could also review the actions of the President and of parliamentarians.<sup>45</sup> There was a High Council of Justice (HCJ), otherwise known as the 'executive body of the judiciary' because it was responsible for all evaluations and promotions of first instance and appellate court judges. Two-thirds of the HCJ was proposed by the National Judicial Conference (NJC) and one-third earned its membership *ex officio* as representatives of the executive and legislature, namely the President, the chairman of the High Court, the Minister of Justice and three members elected by the Assembly. The NJC was known as the 'parliament' of judges; its members were selected in an election-like process and expected to defend the interests of the judges in the HCJ.<sup>46</sup>

Formally, the 1998 Albanian Constitution guaranteed judicial independence in terms of the administration of courts as well as their functions and financial security.<sup>47</sup> As to the judiciary's administrative functions, the Albanian Constitution stated quite clearly that the selection, nomination and promotion of justices would be governed by independent institutions such as the HJC, the NJC and the School of Magistrates. Judges were recruited from among graduates of the School of Magistrates,<sup>48</sup> an independent

<sup>43</sup> ALBANIA. Constitution of Albania (1998). Art. 141.

<sup>44</sup> *Ibid.* at art 124.

<sup>45</sup> *Ibid.* at art 131.

<sup>46</sup> *Ibid.* art. 147.

<sup>47</sup> *Ibid.* arts 135-147.

<sup>48</sup> The School of Magistrates is the only institution tasked with training future judges and prosecutors in Albania. To become a judge or prosecutor in Albania, persons must first be admitted to the School, which requires a bachelor of laws earned with distinction as well as a passing grade on a test given by the School. After acceptance to the School, admittees must complete a three-year full-time intensive theoretical and practical education in law in order to become a judge or prosecutor.

institution governed by a group of roughly 15 representatives from all corners of the legal community, only two of which were appointed by the Ministry of Justice.<sup>49</sup> The HCJ was entitled to recruit ten percent of the total number of judges among former judges who had not graduated from the School of Magistrates, assuming the fulfilled the eligibility requirements.<sup>50</sup> Under this judicial structure, judges could neither be tried nor prosecuted criminally without approval from the HCJ.<sup>51</sup> This package of safeguards was seen as the guarantor judicial immunity.

### 3.2. An Overview of Judicial Corruption

Studies from 2012 and 2014 show that courts in Albania are widely perceived to be the most corrupt public institution in the country.<sup>52</sup> The reason why surely includes a troubling lack of judicial independence and the widespread practice of bribery in the judiciary.<sup>53</sup> Judicial corruption has been a significant challenge in Albania's transition from communism to democracy since 1990, after 45 years of communism. Political actors purported to build democratic institutions—particularly during an intense period of institution-building between 1992 and 1998—but the executive branch sought with great success to control courts through both formal and informal strategies. Albania's low ranking on rule of law and transparency indicators reflects their success: Albania once had the worst rule of law ranking in the Western Balkans,<sup>54</sup> and it was only recently in 2016 that Albania moved from 110th to 83rd in Transparency International's Corruption Perception Index.<sup>55</sup> We should not be surprised that judicial independence in Albania has declined in recent years.<sup>56</sup> The point is clear, according to the European Commission: 'corruption remains prevalent in many areas and continues to be a serious problem'.<sup>57</sup>

<sup>49</sup> See Law no 8136, 31 July 1996 (amended by Law no 9414, dated 20 May 2005), "On the Magistrate School of the Republic of Albania", art 6.

<sup>50</sup> See Law no 9978, 18 February 2008, "On the Organization of Judicial Power in the Republic of Albania", art 11.

<sup>51</sup> ALBANIA. Constitution of Albania (1998). art 137.

<sup>52</sup> See SOUTH EAST EUROPEAN LEADERSHIP FOR DEVELOPMENT AND INTEGRITY. **2014 Report of South East European Leadership for Development and Integrity (SELDI)**: Anti-Corruption Reloaded: Assessment of South East Europe. Available at: <[http://seldi.net/fileadmin/public/PDF/Publications/RAR/SELDI\\_RAR.pdf](http://seldi.net/fileadmin/public/PDF/Publications/RAR/SELDI_RAR.pdf)>. p. 83; TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perception Index 2013**. Available at: <<http://www.transparency.org/gcb2013/report>>.

<sup>53</sup> See EUROPEAN COMMISSION REPORT. **Albania 2015 Progress Report**. Available at: <[https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key\\_documents/2015/20151110\\_report\\_albania.pdf](https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2015/20151110_report_albania.pdf)>.

<sup>54</sup> In a 2011 Freedom House report, Albania's judicial framework and independence fared worse than Montenegro and Macedonia, tied Croatia and Bosnia, yet performed better than Serbia and Kosovo. See Freedom House. **Nation in Transit 2011**. Available at: <[https://freedomhouse.org/sites/default/files/inline\\_images/NIT-2011-Release\\_Booklet.pdf](https://freedomhouse.org/sites/default/files/inline_images/NIT-2011-Release_Booklet.pdf)>.

<sup>55</sup> See TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perception Index 2016**. Available at: <[http://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016](http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016)>.

<sup>56</sup> See Freedom House. **Nation in Transit 2016: Albania**. p. 8. Available at: <[https://freedomhouse.org/sites/default/files/NIT2016%20Albania\\_1.pdf](https://freedomhouse.org/sites/default/files/NIT2016%20Albania_1.pdf)>.

<sup>57</sup> See EUROPEAN COMMISSION REPORT. **Albania 2016 Progress Report**. Available at: <[https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key\\_documents/2016/20161109\\_report\\_albania.pdf](https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2016/20161109_report_albania.pdf)>.

### 3.3. Piecemeal Efforts to Combat Judicial Corruption

Prior to the major constitutional reforms of 2016, Albania took modest steps to curb judicial corruption. The Code of Judicial Ethics, introduced in 2000, has had virtually no impact.<sup>58</sup> Parliament passed a new law on judicial power in 2008 in order to strengthen judicial independence but courts did not become truly independent.<sup>59</sup> Parliament also passed a law on conflicts of interest for public officials, including judges.<sup>60</sup> Yet the European Commission found this law wanting, noting that 'the law on conflicts of interest needs to be further clarified'.<sup>61</sup> Parliament thereafter revised the law in 2012 by strengthening the investigatory powers of the High Inspectorate for Declaration and Audit of Assets. In addition, six Joint Investigative Units (JIUs) were created to monitor economic crimes and corruption but they 'have inadequate human resources and technical equipment, as do most investigation and law enforcement agencies'.<sup>62</sup>

From 2012-14, the Ministry of Justice undertook several reforms of its own. The most significant was lifting judicial immunity.<sup>63</sup> Even still, there were no cases of successful prosecution of judges after their immunity was lifted. The Ministry of Justice, together with the HCJ, opened hotlines for citizens to file claims of corruption. Whistle-blower protections were enhanced, and Parliament created a specialized anti-corruption body to increase transparency.<sup>64</sup> These and other reforms seem to have had little effect on Albanians' perception of the judiciary, as judges are regarded as the most corrupt public officials,<sup>65</sup> and bribes continued to be paid in exchange for favorable decisions from prosecutors and judges.<sup>66</sup>

There are grave consequences to the massive scale of judicial corruption in Albania. It was one reason for postponing Albania's request for accession to the European Union. Stefan Fule, the EU's Enlargement Commissioner, declared in no uncertain terms in 2013 that 'there are five key priorities which stand between Albania and accession talks:

---

<sup>58</sup> *Ibid.* p. 57.

<sup>59</sup> See Law no 9978, dated 18 February 2008, "On the Organization of Judicial Power in the Republic of Albania".

<sup>60</sup> See EUROPEAN COMMISSION REPORT. **Albania 2007 Progress Report**. Available at: <[https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key\\_documents/2007/nov/albania\\_progress\\_reports\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2007/nov/albania_progress_reports_en.pdf)>.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> See EUROPEAN COMMISSION REPORT. **Albania 2012 Progress Report**. Available at: <[https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key\\_documents/2012/package/al\\_rapport\\_2012\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2012/package/al_rapport_2012_en.pdf)>.

<sup>63</sup> See FREEDOM HOUSE REPORT. **Nations in Transit, Albania 2013**. Available at: <<https://freedomhouse.org/report/nations-transit/2013/albania>>.

<sup>64</sup> See EUROPEAN COMMISSION REPORT, *supra* note 57, p. 17.

<sup>65</sup> See ALBANIAN CENTER FOR ECONOMIC RESEARCH (ACER); SOUTH-EAST EUROPE LEADERSHIP FOR DEVELOPMENT AND INTEGRITY (SELDI). **Corruption Assessment Report: Albania**. Available at: <[http://seldi.net/fileadmin/public/PDF/Publications/CAR\\_Albania\\_2016/Raporti\\_i\\_Vleresimit\\_te\\_Korrupsionit\\_2016.pdf](http://seldi.net/fileadmin/public/PDF/Publications/CAR_Albania_2016/Raporti_i_Vleresimit_te_Korrupsionit_2016.pdf)>. p. 3.

<sup>66</sup> See GAN BUSINESS ANTI-CORRUPTION PORTAL. **Albania Corruption Report 2016**. Available at: <<http://www.business-anti-corruption.com/country-profiles/albania>>.

corruption, organised crime, judiciary, administrative reform, human rights.<sup>67</sup> The next year, the Council of Europe released a report on judicial corruption in Albania that highlighted concerns about 'the reportedly high level of corruption in the judiciary which seriously impedes the proper functioning of the justice system and undermines public trust in justice and the rule of law in Albania'.<sup>68</sup> Albanians—and Albanian judges and prosecutors in particular—agreed that serious changes were necessary to finally do something about the pervasive corruption in courts. In 2014, over 90 percent of judges and prosecutors called for judicial reforms on a constitutional level to address this problem.<sup>69</sup>

## 4. CONSTITUTIONAL REFORM IN ALBANIA

Just last year in 2016 Parliament passed a major constitutional reform to address judicial corruption among other challenges facing public institutions.<sup>70</sup> The constitutional reform altered about one-third of the Albanian Constitution,<sup>71</sup> amending all existing judicial institutions and establishing new ones, resulting in significant changes to the judiciary and prosecution. With the support of the European Assistance Mission to the Albanian Justice System, the reform process began with a comprehensive analysis of the justice system, a detailed draft of a strategy and an action plan, and consultations with national and international experts.<sup>72</sup> A package of amendments was introduced in Parliament and thereafter approved; Albania is now endeavoring to implement the far-reaching judicial reforms. The reforms seek to address judicial corruption in three ways: by reforming existing judicial institutions, establishing new ones and vetting judges and prosecutors at all levels, including justices of the Constitutional Court.

### 4.1. Reforming Existing Judicial Institutions

Very little about the judiciary was left untouched by the 2016 constitutional reforms. The Constitutional Court, the High Court, the High Council of Justice and ordinary courts — all were affected by the reforms.

<sup>67</sup> FOX, Benjamin. Commission Backs Albania-EU Membership Talk. **EU Observer.com**, 16 oct. 2013. Available at: <<https://euobserver.com/enlargement/121805>>.

<sup>68</sup> See MUIŽNIEKS, Nils. **Report Following Visit to Albania**. p. 1. Available at: <[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/dsee/dv/07/07en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/dsee/dv/07/07en.pdf)>.

<sup>69</sup> See OPEN SOCIETY FOUNDATION OF ALBANIA. **Survey: Judges and Prosecutors on Constitutional Reforms**. Bulletin no 3, July-September 2014. Available at: <[https://www.osfa.al/sites/default/files/press\\_03\\_law\\_bulletin.pdf](https://www.osfa.al/sites/default/files/press_03_law_bulletin.pdf)>.

<sup>70</sup> See Law 76/16, 22 July 2016, "On Some Amendments of the Law no 8417, 21 October 1998" on "The Constitution of Republic of Albania (Amended)".

<sup>71</sup> Prior to the final Amendments, the Albanian Constitution had 174 articles. The reform introduced 47 articles that amended articles in the pre-reform constitution and also introduced completely new articles. In addition, a relatively long Appendix of an additional 10 articles was appended to the pre-reform constitution. See Law 76/16, 22 July 2016, "On Some Amendments of the Law no 8417, 21 October 1998 on 'The Constitution of Republic of Albania' (Amended)".

<sup>72</sup> See EURALIUS – The European Assistance Mission to the Albanian Justice System. **Justice Reform**. Available at: <<http://www.euralius.eu/en/library/justice-reform>>.

As to the Constitutional Court, the reforms clarified its exclusive constitutional jurisdiction and enhancing its autonomy as to finance and administration.<sup>73</sup> Furthermore, the Constitutional Court's composition was changed; formerly composed of nine members appointed by the President with the consent of Parliament,<sup>74</sup> the Court is now composed of three members appointed by the President, three elected by the Parliament and three elected by the High Court.<sup>75</sup> The reforms also seek to thwart political favoritism, creating a new Justice Appointments Council to generate what aspires to be a meritocratic ranking of candidates for judgeship—a ranking that must not only be consulted but also honored when political actors appointment decisions.<sup>76</sup> All new appointees must be ranked among the Council's top three candidates.<sup>77</sup> One of the most important reforms to the Court is a change to Article 126, which used to read that “a judge of the Constitutional Court cannot be criminally prosecuted without the consent of the Constitutional Court”.<sup>78</sup> Now, Article 126 states that “the Constitutional Court judge shall enjoy immunity in connection with the opinions expressed and the decisions made in the course of assuming the functions, *except where the judge acts based upon personal interests or malice*”.<sup>79</sup> The exception based on ‘personal interests’ and ‘malice’ makes it possible to investigate Constitutional Court judges for corruption where the circumstances warrant.

The High Court, for its part, no longer has original jurisdiction to adjudicate criminal charges against the President, the Prime Minister, members of the Council of Ministers, parliamentarians and judges of the High Court and Constitutional Court.<sup>80</sup> That power has been transferred to specialized courts.<sup>81</sup> Prior to the reforms, the President, with the consent of Parliament, appointed members of the High Court.<sup>82</sup> Now its members are appointed for a non-renewable nine-year term by the President on the recommendation of the High Judicial Council.<sup>83</sup> This strictly limited term helps to avoid possible corruption in the nomination process. There is an important restriction

<sup>73</sup> Constitution of Albania, art 124(2)(3) (as amended).

<sup>74</sup> *Ibid.* p. art 125 (pre-amendment).

<sup>75</sup> *Ibid.* p. art 125(1) (as amended).

<sup>76</sup> Unlike the pre-amendment Constitution that allowed the Parliament to select Constitutional Court judges by a simple majority of all 140 MPs, now the Parliament ‘shall appoint the Constitutional Court judges by three-fifth majority of its members’. See *ibid.* p. art 125(2) (as amended), which also stipulates that in the interest of meritocracy, if the Parliament ‘fails to appoint the judges, within 30 days of the submission of the list of candidates by the Justice Appointment Council, the first ranked candidate shall be deemed appointed’.

<sup>77</sup> The Justice Appointments Council is a new constitutional institution that was created in the judicial reform. See *ibid.* at art 149(d) (as amended); *ibid.* at art 125(1).

<sup>78</sup> *Ibid.* at art 125 (pre-amendment).

<sup>79</sup> *Ibid.* at art 126 (as amended) [emphasis added].

<sup>80</sup> *Ibid.* at art 141(1) (pre-amendment).

<sup>81</sup> *Ibid.* at art 135(2) (as amended).

<sup>82</sup> *Ibid.* at art 136.

<sup>83</sup> *Ibid.* at art 136(1).

on eligibility for appointment: High Court judges are to be selected from those judges who have at least 13 years of experience as judges.<sup>84</sup>

The reforms have also renamed the High Council of Justice to the High Judicial Council (HJC).<sup>85</sup> This institution is seen in Albanian scholarship and jurisprudence as “the government of the judiciary”.<sup>86</sup> Its main role is to “ensure the independence, accountability and appropriate functionality of the judicial power in the Republic of Albania”.<sup>87</sup> Only six of its 11 members are judges;<sup>88</sup> the other five must have high moral and professional integrity, and at least 15 years of professional experience.<sup>89</sup> Of these five laypersons, “two lay members shall be elected from the advocates, two from the corps of law professors and the School of Magistrates and one shall be from civil society”.<sup>90</sup> Prior to the reforms, nearly all judges on the HJC promoted themselves to higher positions in the judiciary, despite the obvious conflict of interest.<sup>91</sup> Now, no judges on the HJC can be promoted during their period of service on members of the HJC. And to further depoliticize the HJC, the President and Minister of Justice no longer have seats on the Council. The HJC now oversees the justices of the High Court and it is itself overseen by the Constitutional Court, which can suspend or altogether dismiss any member of the HJC.<sup>92</sup>

Moreover, the 2016 constitutional reforms now require all judges to graduate from the School of Magistrates.<sup>93</sup> All judges must also survive an investigation into their personal assets and background before any appointment.<sup>94</sup> The purpose here is to disqualify those whose backgrounds raise questions about their integrity and likelihood to support the values of transparency and the public interest underlying the constitutional reforms. Another point is worth highlighting: prior to the reforms, judges served for life (with the exception of Constitutional and High Court judges), and neither their

<sup>84</sup> *Ibid.* at art 136(3). Yet according to this article one-fifth of the judges may be selected from among those renowned jurists with no fewer than 15 years of experience as advocates, law professors or lecturers, senior employees in the public administration or in some other practice of law.

<sup>85</sup> *Ibid.* at art 147.

<sup>86</sup> See SUBASHI, Armando. ‘Te Merren Masa ndaj KLD’. **Vizion Plus**, 26 nov. 2016, available at: <[http://www.dailymotion.com/video/x3fn90a\\_te-merren-masa-ndaj-kld-news-lajme-vizion-plus\\_tv](http://www.dailymotion.com/video/x3fn90a_te-merren-masa-ndaj-kld-news-lajme-vizion-plus_tv)>.

<sup>87</sup> ALBANIA. Constitution of Albania (1998). Art 147(1) (as amended). For a more detailed list of its constitutional responsibilities, see *ibid.* at art 147(a)(1) (as amended).

<sup>88</sup> See *ibid.* at art 147 (as amended).

<sup>89</sup> *ibid.* at art 147(3) (as amended).

<sup>90</sup> *ibid.* at art 147(4).

<sup>91</sup> In the period 1998-2004 almost all judge-members of the High Council of Justice elevated themselves within the judiciary. See RADO, Klodian. Prohibiting Conflicts of Interest within the High Council of Justice. **Shekulli**, n. 203, 26 jul. 2004 p. 4. This practice continued after 2004 until just before the constitutional changes. See: The Scandal, How Two Married Partners in HCJ Were Promoted, **Panorama**, Tirane, 17 dec. 2016. Available at: <<http://www.panorama.com.al/skandali-si-u-promovuan-dy-bashkeshortet-e-kld-se>>.

<sup>92</sup> ALBANIA. Constitution of Albania (1998). Art 147(c) (as amended).

<sup>93</sup> For more information on the School of Magistrates of Albania, see online: <<http://www.magjistratura.edu.al/?lang=2#55>>.

<sup>94</sup> ALBANIA. Constitution of Albania (1998). Art 136(a) (as amended).

pay nor benefits could be reduced.<sup>95</sup> The reforms now say nothing about judicial tenure and they permit changes to salary and benefits in some instances.<sup>96</sup>

## 4.2. Creating New Institutions

In addition to reforming existing institutions, the 2016 constitutional reforms to combat judicial corruption created several new permanent judicial institutions to help achieve this goal.

The office of the High Justice Inspector (HJI) was established to fight corruption and increase external accountability of judges at all levels. Article 147(d) of the amended Constitution states that 'the High Justice Inspector shall be responsible for the verification of complaints against judges and prosecutors of all levels, members of the High Judicial Council, High Prosecutorial Council and Prosecutor General,' and specifies that the HJI 'shall also be responsible for inspecting the courts and prosecution offices as institutions.'<sup>97</sup> To reinforce external checks and to establish its impartiality, election to the HJI, for a single nine-year non-renewable term, requires a three-fifths vote in Parliament.<sup>98</sup> Its members can be disciplined and dismissed by the Constitutional Court.<sup>99</sup> The HJI does not on its own have the authority to dismiss or suspend judges and prosecutors. The only institution that has this authority of judges, with the exception of Constitutional Court judges, is the High Judicial Council.<sup>100</sup>

As previously mentioned, the Justice Appointments Council (JAC) is another new institution created in 2016. Its purpose is to establish a more meritocratic process for appointment. Composed of nine members selected by lot from the ranks of judges and prosecutors who are not involved in any disciplinary proceeding, the JAC's members serve a one-year term.<sup>101</sup> The JAC's role is to verify that candidates for the Constitutional Court and the High Justice Inspector position fulfill legal requirements for appointment as well as the equally important professional and moral criteria of competence and high character.<sup>102</sup> The JAC ranks candidates in an advisory ordering, though the ranking becomes binding where Parliament fails to reach a majority on a given appointment, in which case the candidate at the top of the JAC's list is deemed appointed to fill the given vacancy.<sup>103</sup> The reforms also establish external checks and

<sup>95</sup> *Ibid.* at art 138 (pre-amendments).

<sup>96</sup> See *ibid.* at art 138 (as amended).

<sup>97</sup> *Ibid.* at art 147(d)(1)(2).

<sup>98</sup> *Ibid.* at art 147(d)(3).

<sup>99</sup> *Ibid.* at art 147(e).

<sup>100</sup> *Ibid.* at art 147.

<sup>101</sup> *Ibid.* at art 149(d).

<sup>102</sup> *Ibid.* at art 149(d)(1).

<sup>103</sup> *Ibid.*

balancing on the JAC, including the appointment of an ombudsperson to observe the selection by lot of members of the JAC as well as its meetings and official business.<sup>104</sup>

The 2016 constitutional reforms to combat corruption also yield new specialized courts to deal with corruption at the highest ranks of the judiciary, the legislature and the executive, including the President.<sup>105</sup> The judges on these specialized courts are appointed by the HJC but they may be removed only with a two-thirds vote of the HJC. Judges on these specialized courts have significant powers but they must still pass an investigation into their professor and personal background: 'The candidates for judges and judicial civil servant in the specialized courts, as well as their close family members, prior to their appointment, must successfully pass a review of their assets and their background and shall consent to periodic reviews of their financial accounts and personal telecommunications, in accordance with the law.'<sup>106</sup>

### 4.3. Transitional Vetting

A necessary first step in the implementation of these far-reaching Albanian judicial reforms is to establish a general vetting process for judges and prosecutors at all levels, including justices of the Constitutional Court.<sup>107</sup> Accordingly, a number of temporary institutions and procedures were established in connection with the 2016 judicial reform; they will expire at the completion of vetting process, which is scheduled to be completed within 9 years.<sup>108</sup>

One of the most controversial features of the Albanian judicial reform is the country's reliance on external actors—the International Monitoring Operation ('IMO')—not only in the actual drafting of the reforms but also in their implementation.<sup>109</sup> The International Monitoring Operation will run for nine years. Its main role is to appoint International Observers to help establish vetting institutions, to monitor their activity, and to give recommendations.<sup>110</sup>

Two of the vetting bodies are the Independent Commission of Evaluation (ICE) and the Appeal Chamber (AC). All judges and prosecutors must undergo assessments

<sup>104</sup> *Ibid.* at art 149(d)(3).

<sup>105</sup> *Ibid.* at art 135(2) (as amended).

<sup>106</sup> *Ibid.* at art 135(4).

<sup>107</sup> See ZHILLA, Fabian. Keshilli i Emerimeve ne Drejtesi, Skandali Antikushtetues. **Panorama**, 2 feb. 2017. Available at: <<http://www.panorama.com.al/keshilli-i-emerimeve-ne-drejtesi-skandali-antikushtetues>>.

<sup>108</sup> ALBANIA. Constitution of Albania (1998). Arts 178-83 (as amended).

<sup>109</sup> *Ibid.* at Annex art. B, 'International Monitoring Operation' (as amended).

<sup>110</sup> *Ibid.*

of their assets,<sup>111</sup> background,<sup>112</sup> and proficiency.<sup>113</sup> These assessments are external procedures conducted first by ICE and then by the AC, and each is supported and monitored by the IMO.<sup>114</sup> In order to avoid conflicts, no member of ICE or the AC may have been a judge, prosecutor, legal advisor or legal assistant in the two years prior to their nomination to serve on either body.<sup>115</sup> Both institutions, ICE and AC, are court-like bodies. Under Article 179(b)(6), each of these two bodies operates independently of the other. ICE members have the equivalent status of a High Court judge,<sup>116</sup> and members of the AC sit within the Constitutional Court as an independent branch<sup>117</sup> and have the status of Constitutional Court judges.<sup>118</sup> ICE consists of four permanent first-instance panels of three members each,<sup>119</sup> whereas AC consists of seven judges that decide matters in five-judge panels.<sup>120</sup> Under the supervision and recommendations of the International Observers, ICE and the AC possess the exclusive constitutional competence to suspend or dismiss any judge sitting on any court in Albania, including the Constitutional Court, as well as any prosecutors, including the General Prosecutor.<sup>121</sup> As a safeguard, the 2016 constitutional reforms have also created two Public Commissioners who 'shall represent the public interest and may appeal the decision of the Commission'.<sup>122</sup> In addition, consistent with the expectations of the Council of Europe and the European Union, the Albanian Constitution now recognizes the right of suspended or dismissed judges and prosecutors to appeal their sanction to the European Court of Human Rights.<sup>123</sup>

## 5. CONCLUSION — AN ALBANIAN STRATEGY FOR BRAZIL?

Since the Albanian constitutional reforms have only recently come into force it is too early to predict with any reliability whether they will succeed in achieving their high ambitions. Yet even at this early stage, a few doubts about their successful implementation have arisen.

<sup>111</sup> *Ibid.* at Annex art D.

<sup>112</sup> *Ibid.* at Annex art DH.

<sup>113</sup> *Ibid.* at Annex arts E.

<sup>114</sup> *Ibid.* at Annex art B(1)(2).

<sup>115</sup> *Ibid.* at Annex art C(5), 'General provisions for the Commission and Appeal Chamber'.

<sup>116</sup> *Ibid.* at Annex art C(3).

<sup>117</sup> *Ibid.* at art 179(b)(5). See Constitutional Court of Albania. Decision V-2/17, p. 60. Available at: <[http://www.gjk.gov.al/templatess/NEModules/kerkesa\\_list/konsulto.php?id\\_kerkesa\\_vendimi=2376&language=Lng1](http://www.gjk.gov.al/templatess/NEModules/kerkesa_list/konsulto.php?id_kerkesa_vendimi=2376&language=Lng1)>.

<sup>118</sup> ALBANIA. Constitution of Albania (1998). Annex art C(3) (as amended).

<sup>119</sup> *Ibid.* at Annex art C(1), 'General provisions for the Commission and Appeal Chamber' (as amended).

<sup>120</sup> *Ibid.* at Annex art F(1), 'Appeal Chamber'.

<sup>121</sup> *Ibid.* at Annex art E, 'Disciplinary Measures'; *ibid.* at Annex art F, 'Appeal Chamber'.

<sup>122</sup> *Ibid.* at Annex art C(2), 'General provisions for the Commission and Appeal Chamber'.

<sup>123</sup> *Ibid.* at Annex art F(8), 'Appeal Chamber'.

Perhaps the biggest challenge is determine who will judge the constitutionality of the new laws passed pursuant to the constitutional reform. This is a concern because the justices of the Constitutional Court are themselves subject to the vetting process. The question was put directly to the Constitutional Court. The Court prudently decided to request an *amicus curiae* brief from the Venice Commission.<sup>124</sup> The Commission concluded that these were 'extraordinary circumstances', and that the principle of necessity dictated that the Court should adjudicate the constitutionality of the Vetting Law despite its conflict of interest.<sup>125</sup> The Albanian Constitutional Court ultimately upheld the constitutionality of the Vetting Law.<sup>126</sup> And yet the vetting institutions themselves may in some cases be staffed by professionals who were part of the previous communist regime,<sup>127</sup> insofar the reforms require that persons appointed to these vetting bodies have previously served no fewer than fifteen years in a high office of law or public administration.<sup>128</sup> This is a difficult problem that attends to countries in transition.<sup>129</sup>

The constitutional reforms must also overcome resistance from judges and prosecutors, many of whom oppose the new vetting process. Immediately after the reforms entered into force, the national associations of judges and prosecutors objected to the vetting process,<sup>130</sup> and one of the judges' associations joined forces with the opposition party to initiate a constitutional challenge to the Vetting Law.<sup>131</sup> This is a significant obstacle standing in the way of real reform. Although these sweeping constitutional reforms had been adopted by a unanimous vote,<sup>132</sup> there was and re-

<sup>124</sup> See *ibid.* at para 14. The Venice Commission, formally known as *The European Commission for Democracy through Law*, is the Council of Europe's advisory body on constitutional matters. The President of the Albanian Constitutional Court had requested, in a letter dated 28 October 2016, an *amicus curiae* brief from the Venice Commission on whether Law no 24/2016 on the "Transitional Re-Evaluation of judges and Prosecutors in the Republic of Albania" ("the Vetting Law") conformed to international standards, including those reflected in the European Convention on Human Rights.

<sup>125</sup> See Venice Commission, 109th Plenary Session, 9-10 December 2016, **Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court on the Law on the Transitional Re-evaluation of Judges and Prosecutors (The Vetting Law)**, CDL-AD(2016)036-e, available at: <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)036-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)036-e)>. The *amicus curiae* brief stated that "the disqualification of the constitutional judges because of the existence of a conflict of interest would result in the total exclusion of the possibility of judicial review of the Vetting Law in view of its conformity to the Constitution. This would undermine the guarantees ensured by a functioning judicial review of legislation. This situation could be considered by the Constitutional Court as an 'extraordinary circumstance' which may require departure from the principle of disqualification in order to prevent denial of justice". *Ibid.* p. 61.

<sup>126</sup> See Decision V-2/17, *supra* note 117.

<sup>127</sup> *Ibid.* at Annex art C(5), 'General provisions for the Commission and Appeal Chamber'.

<sup>128</sup> *Ibid.* at Annex art C(3), 'General provisions for the Commission and Appeal Chamber'.

<sup>129</sup> ZHILLA, Fabian. Procesi i "Vetting"-ut rezikon te "ngrije". **Panorama**, 7 feb. 2017. Available at: <<http://www.panorama.com.al/procesi-i-vetting-ut-rezikon-te-ngrije>>.

<sup>130</sup> See **Vettingu 'bashkon' gjyqtarët me PD, Unioni: Palë në Kushtetuese**. Tirane: Top Channel, 24 oct. 2016. Available at: <<http://top-channel.tv/lajme/artikull.php?id=338697>>; **Unioni i Gjyqtareve, Gati Ankimimi i Dyte ne Kushtetuese**, Tirane: Klan, 30 nov. 2016. Available at: <<http://tvklan.al/unioni-i-gjyqtareve-gati-ankimimi-i-dyte-ne-kushtetuese>>.

<sup>131</sup> See Decision V-2/17, *supra* note 117.

<sup>132</sup> See **Parlamenti Shqiptar Voton me 140 Vota Reformen ne Drejtesi**. Tirane: Radio Televizioni Shqiptar, 22 jul. 2016. Available at: <<http://rtsh.al/lajme/parlamenti-shqiptar-miraton-me-140-vota-reformen-ne-drejtesi>>.

mains pressure from political parties to keep their own judges in place without the careful vetting that the new reforms require—and also to appoint their own to the vetting bodies.

The role of International Monitoring Operation is therefore critical to the success of the constitutional reforms. The problem, however, is that its intrusive role in Albanian constitutional law and politics could be seen as undermining national sovereignty. Its role is different from the one played by Council of Europe and the European Union in Albania's constitutional reform: both of these international institutions were very involved in advising Albanian political actors during the drafting and adoption of the reforms. Their involvement was not without reason—Albania has an interest in demonstrating its willingness to meet their expectations because Albania is currently a candidate country for accession to the Union.<sup>133</sup> However the International Monitoring Operation will have oversight authority over the implementation of the reforms. How can a nation be sovereign if it subjects its internal procedures to external oversight? This, at least, is a collateral criticism raised by those opposed to the reforms. The Venice Commission has concluded that the involvement of these foreign actors—importantly with the consent of Albanian political actors—does not trample upon principles of national sovereignty.<sup>134</sup>

And so we are left with more questions than answers not only as to whether the reforms will succeed in Albania, but whether they suggest a way forward to curb judicial corruption in Brazil. One question, for Brazil, is whether political actors might accept advice from abroad to design strategies to combat judicial corruption and then, once adopted, to help enforce them. There are some possibilities for regional multi-lateral organizations that might play a role in Brazil similar to the one played by the Council of Europe, the European Union and now the International Monitoring Operation. One possibility is the Organization of American States (OAS) which incidentally held a ceremony recently in March 2017 to mark the twentieth anniversary of the ratification of the Inter-American Convention against Corruption.<sup>135</sup> If any external body can be seen as a legitimate actor in Brazilian domestic law and politics, it could well be the OAS.

---

<sup>133</sup> Albania became the 35th member state of the Council of Europe on 13 July 1995. See Council of Europe, "Albania— 47 States, One Europe", online: <<http://www.coe.int/ca/web/portal/albania>>. Albania has been an official candidate country for accession to the European Union since 24 June 2014. One of the requirements for eventual full membership in the Union is the harmonization of national laws with EU treaties, regulations and directives. See European Commission, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations – Albania. Available at: <[https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/albania\\_en](https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/albania_en)>.

<sup>134</sup> See Venice Commission, 105th Plenary Session, 18-19 December 2015, **Interim Opinion on the Draft Constitutional Amendments on the Judiciary of Albania** at paras 9, 131, CDL-AD(2015)045-e, online: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2015\)045-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2015)045-e); Venice Commission, 106th Plenary Session, 11-12 March 2016, Final Opinion on the Revised Draft Constitutional Amendments on the Judiciary of Albania (15 January 2016) at para 71, CDL-AD(2016)009-e, at para 71, online: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)009-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)009-e).

<sup>135</sup> ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **OAS Celebrates 20th Anniversary of the Inter-American Convention against Corruption.** 24 mar. 2017. Available at: <[http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=AVI-025/17](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=AVI-025/17)>.

Second, Brazilian political actors and the people must consider whether the answer to fighting judicial corruption rests in the creation of new public institutions or in the disinfection of its existing institutions. The answer in Albania was a combination of both. New institutions were created to oversee existing ones, and the existing ones were reconfigured with new safeguards against corruption. The risk with creating new institutions is that it will give corrupting influences new points of entry into the country's judicial process and infrastructure. Yet the risk with leaving existing institutions in place with no new oversight body is that little might change.

The third question is one that the Brazilian case highlights more than any other: is liberal democracy itself the problem? The great paradox in Brazil is that the march to liberal democracy has given corrupting influences an argument and an accompanying vocabulary to limit any intrusion into the judiciary, and consequently to combat judicial corruption. The watchwords of modern liberal democracy are powerful constitutional and rhetorical barriers to actions that might violate the 'separation of powers' or 'judicial independence', even if those actions might be useful to achieving the end of curbing judicial corruption in the larger service of democracy. The kinds of constitutional reforms that were recently introduced in Albania would be resisted in Brazil by corrupting influences both because they could possibly help fight corruption but also because they do indeed appear to compromise judicial independence and the separation of powers in the sense that they impose checks on what courts can do. And yet can there be any other way but introducing some oversight of courts—either internal or external—to fight corruption?

We have sought in this paper to explore a problem of huge proportions in Brazil: judicial corruption. In light of our experience as Consultants to the constitutional reform process in Albania just last year to address the very same problem of judicial corruption in that country, we have endeavored to explain the problem of judicial corruption in Albania and how political actors have tried to address it with far-reaching constitutional reforms. We have taken the further step of asking whether Albania's recent constitutional reform holds any lessons for Brazil as it confronts its own quite serious challenges with judicial corruption. We have no answer as to whether Albania's reforms could work in Brazil. We have instead outlined the Albanian strategy and moreover raised a series of modest questions that Brazilians must ask themselves if they wish to pursue meaningful constitutional reform to finally curb judicial corruption.

## 6. REFERENCES

ALBANIAN CENTER FOR ECONOMIC RESEARCH (ACER); SOUTH-EAST EUROPE LEADERSHIP FOR DEVELOPMENT AND INTEGRITY (SELDI). **Corruption Assessment Report: Albania**. Available at: <[http://seldi.net/fileadmin/public/PDF/Publications/CAR\\_Albania\\_2016/Raporti\\_i\\_Vleresimit\\_te\\_Korrupsionit\\_2016.pdf](http://seldi.net/fileadmin/public/PDF/Publications/CAR_Albania_2016/Raporti_i_Vleresimit_te_Korrupsionit_2016.pdf)>.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A Nobreza Togada: As Elites Jurídicas e a Política da Justiça no Brasil**. São Paulo, 2010. 329 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira: Mudança Constitucional, Autoritarismo e Democracia no Brasil Pós-1964**. Brasília: Edições Câmara, 2012.

BEAUCHAMP, Zack. Brazil's Petrobras Scandal, explained. **Vox**, 18 mar. 2016. Available at: <<http://www.vox.com/2016/3/18/11260924/petrobras-brazil>>.

BEVINS, Vincent., The Politicians Voting to Impeach Brazil's President are Accused of More Corruption than She is. **Los Angeles Times**, Los Angeles, 28 mar. 2016. Available at: <<http://www.latimes.com/world/mexico-americas/la-fg-brazil-impeach-20160328-story.html>>.

CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: Potential lessons for institutional design. **IRIBA Working Paper: 09**. Manchester. UK, 2014. Available at: <[http://www.brazil4africa.org/wp-content/uploads/publications/working\\_papers/IRIBA\\_WP09\\_Brazilian\\_Anti-Corruption\\_Legislation\\_and\\_its\\_Enforcement.pdf](http://www.brazil4africa.org/wp-content/uploads/publications/working_papers/IRIBA_WP09_Brazilian_Anti-Corruption_Legislation_and_its_Enforcement.pdf)>.

CNJ. **Informativo de Jurisprudência - Coletânea das Decisões Atualizadas do CNJ**. Brasília: CNJ, 2014. Available at: <<http://www.cnj.jus.br/images/informativo-jurisprudencia/Informativo-Jurisprudencia.abril2014.pdf>>.

CNJ. **Justiça em Números 2016: Ano Base 2015**. Brasília: CNJ, 2016. Available at: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>.

DA ROS, Luciano. O Custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. **Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. NUSP/UFPR**, v. 2, n. 9, p. 1-15, 2015. Available at: <<http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>>.

EURALIUS – The European Assistance Mission to the Albanian Justice System. Justice Reform. Available at: <<http://www.uralius.eu/en/library/justice-reform>>.

EUROPEAN COMMISSION REPORT. **Albania 2007 Progress Report**. Available at: <[https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key\\_documents/2007/nov/albania\\_progress\\_reports\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2007/nov/albania_progress_reports_en.pdf)>.

EUROPEAN COMMISSION REPORT. **Albania 2012 Progress Report**. Available at: <[https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key\\_documents/2012/package/al\\_rapport\\_2012\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2012/package/al_rapport_2012_en.pdf)>.

EUROPEAN COMMISSION REPORT. **Albania 2015 Progress Report**. Available at: <[https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key\\_documents/2015/20151110\\_report\\_albania.pdf](https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2015/20151110_report_albania.pdf)>.

EUROPEAN COMMISSION REPORT. **Albania 2016 Progress Report.** Available at: <[https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key\\_documents/2016/20161109\\_report\\_albania.pdf](https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2016/20161109_report_albania.pdf)>.

FOX, Benjamin. Commission Backs Albania-EU Membership Talk. **EU Observer.com**, 16 oct. 2013. Available at: <<https://euobserver.com/enlargement/121805>>.

FRAGALE FILHO, Roberto. Conselho Nacional de Justiça: desenho institucional, construção de agenda e processo decisório. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, 2013.

FREEDOM HOUSE. **Nation in Transit 2011.** Available at: <[https://freedomhouse.org/sites/default/files/inline\\_images/NIT-2011-Release\\_Booklet.pdf](https://freedomhouse.org/sites/default/files/inline_images/NIT-2011-Release_Booklet.pdf)>.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. **Relatório ICJ Brasil, 1º Semestre/2016.** São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV), 2016. Available at: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil\\_1\\_sem\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>.

GALLAS, Daniel. Brazil's Odebrecht Corruption Scandal, **BBC**, 7 mar. 2017. Available at: <<http://www.bbc.com/news/business-39194395>>.

GAN BUSINESS ANTI-CORRUPTION PORTAL. **Albania Corruption Report 2016.** Available at: <<http://www.business-anti-corruption.com/country-profiles/albania>>.

HAGOPIAN, Frances. Paradoxes of Democracy and Citizenship in Brazil. **Latin American Research Review**, v. 46, n. 3, p. 216-227, 2011. p. 216-222.

KADANUS, Kelly. Proposta de nova Loman aumenta benefícios dos magistrados, **Gazeta do Povo**, Curitiba, 5 jul. 2015. Available at: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/proposta-de-nova-loman-aumenta-beneficios-dos-magistrados-7davvag4n9gqi4688re0vboey>>.

KOERNER, Andrei. O Debate sobre a Reforma Judiciária. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 54, p. 12, 1999.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova: Revista de cultura e política**, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

MUIŽNIEKS, Nils. **Report Following Visit to Albania.** Available at: <[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/dsee/dv/07/07en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/dsee/dv/07/07en.pdf)>.

Open Society Foundation of Albania. **Survey: Judges and Prosecutors on Constitutional Reforms.** Bulletin no 3, July-September 2014. Available at: <[https://www.osfa.al/sites/default/files/press\\_03\\_law\\_bulletin.pdf](https://www.osfa.al/sites/default/files/press_03_law_bulletin.pdf)>.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **OECD Integrity Review of Brazil: Managing Risks for a Cleaner Public Service.** OECD Public Governance Reviews (OECD Publishing 2, 2012).

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **OAS Celebrates 20th Anniversary of the Inter-American Convention against Corruption.** 24 mar. 2017. Available at: <[http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=AVI-025/17](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=AVI-025/17)>.

POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. **Accountability institutions and political corruption in Brazil. Corruption and democracy in Brazil.** Indiana: University of Notre Dame Press, 2011.

RADO, Klodian. Prohibiting Conflicts of Interest within the High Council of Justice. **Shekulli**, n. 203, 26 jul. 2004.

SILVEIRA, Daniel Barile da. **Patrimonialismo E Burocracia: Uma Análise Sobre O Poder Judiciário Na Formação Do Estado Brasileiro.** Brasília, 2006. 302 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Universidade de Brasília.

SOUTH EAST EUROPEAN LEADERSHIP FOR DEVELOPMENT AND INTEGRITY. **2014 Report of South East European Leadership for Development and Integrity (SELDI):** Anti-Corruption Reloaded: Assessment of South East Europe. Available at:<[http://seldi.net/fileadmin/public/PDF/Publications/RAR/SELDI\\_RAR.pdf](http://seldi.net/fileadmin/public/PDF/Publications/RAR/SELDI_RAR.pdf)>.

SUBASHI, Armando. 'Te Merren Masa ndaj KLD'. **Vizion Plus**, 26 nov. 2016, available at: <[http://www.dailymotion.com/video/x3fng0a\\_te-merren-masa-ndaj-kld-news-lajme-vizion-plus\\_tv](http://www.dailymotion.com/video/x3fng0a_te-merren-masa-ndaj-kld-news-lajme-vizion-plus_tv)>.

TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy: Courts and Policy Reforms in Democratic Brazil.** Stanford University Press, 2008.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perception Index 2016.** Available at: <[http://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016](http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016)>.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perception Index 2013.** Available at: <<http://www.transparency.org/gcb2013/report>>.

WEYLAND, K. The Growing Sustainability of Brazil's Low-Quality Democracy. In: HAGOPIAN, Frances; MAINWARING, Scott P. (Ed.). **The Third Wave of Democratization in Latin America: Advances and Setbacks.** Cambridge University Press, 2005.

ZHILLA, Fabian. Keshilli i Emerimeve ne Drejtesi, Skandali Antikushtetues. **Panorama**, 2 feb. 2017. Available at: <<http://www.panorama.com.al/keshilli-i-emerimeve-ne-drejtesi-skandali-antikushtetues>>.

ZHILLA, Fabian. Procesi i "Vetting"-ut rrezikon te "ngrije". **Panorama**, 7 feb. 2017. Available at: <<http://www.panorama.com.al/procesi-i-vetting-ut-rrezikon-te-ngrije>>.



## Unconstitutional limbo: why the Smithsonian Institution may violate the separation of powers doctrine

### *Limbo inconstitucional: por que a Instituição Smithsonian pode violar a doutrina da separação dos poderes*

JACLYN KURIN\*

George Mason University School of Law (United States of America)

jbkurin@gmail.com

Recebido/Received: 21.01.2017 / January 1<sup>st</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 20.08.2017 / August 20<sup>th</sup>, 2017

#### Abstract

With the opening of the National Museum of African-American History, people are once again coming in mass to the National Mall to see the Smithsonian's newest edition. And just about everyone in America knows of the Smithsonian—its name recognition is well over 90% in public surveys. Each year 30 million people visit the Smithsonian museums along the National Mall in Washington, D.C., the National Air and Space Museum, the National Museum of American History, and the National Museum of Natural History among them. But is that about to change? The Smithsonian is an odd government entity. Despite its private, non-profit status, the Smithsonian still receives federal funds, is chartered by an Act of Congress, employs a majority civil service staff, and operates through a board overseen by the Chief Justice of the Supreme Court, the Vice President, and legislators from the United States Senate and Congress. As such, the Smithsonian has been deemed a governmental entity in some instances and a private entity in others. However, with a new bill being introduced to Congress and recent Supreme Court precedent regarding government

#### Resumo

Com a abertura do Museu Nacional de História Afro-Americana, as pessoas estão novamente vindo em massa ao National Mall para ver a mais nova edição do Smithsonian. E quase todos americanos conhecem o Smithsonian – de modo que seu reconhecimento ultrapassa os 90% nas pesquisas públicas. Todos os anos, 30 milhões de pessoas visitam os museus Smithsonian ao longo do National Mall em Washington, D.C., o Museu Nacional do Ar e do Espaço, o Museu Nacional de História Americana e o Museu Nacional de História Natural. Mas algo pode mudar? O Smithsonian é uma peculiar entidade governamental. Apesar de sua natureza privada, sem fins lucrativos, o Smithsonian recebe recursos federais, e amparado por uma lei do Congresso, a maioria do pessoal empregado é agente público. Seu funcionamento é supervisionado pelo Presidente da Suprema Corte, pelo Vice-Presidente, e pelos parlamentares do Senado e do Congresso. Deste modo, o Smithsonian ora é considerado como entidade governamental, ora como entidade privada. No entanto, essa indecisão pode mudar, tendo em vista um Projeto de Lei apresentado no Congresso e novo precedente da Suprema Corte. Neste esteio, o Smithsonian

Como citar esse artigo/How to cite this article: KURIN, Jaclyn. Unconstitutional limbo: why the Smithsonian Institution may violate the separation of powers doctrine. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 3, p. 35-60, set./dez. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i3.50286.

\*Juris Doctor at George Mason University School of Law (Arlington, United States of America). E-mail: jbkurin@gmail.com.

instrumentalities, the Smithsonian may face dissolution of its current supervisory board less it run the risk of violating the separation of powers doctrine.

**Keywords:** unconstitutional; separation of powers; Smithsonian Institution; American Administrative Law; governmental entity.

*pode ter dissolvido seu atual conselho de supervisão, vedando que gera menos impacto na doutrina da separação dos poderes.*

**Palavras-chave:** *inconstitucionalidade; separação de poderes; Instituição Smithsonian; Direito Administrativo norteamericano; entidade governamental.*

## CONTENTS

**1. Introduction; 2. Establishment and description of the Smithsonian; 3. The Smithsonian's legal status; 4. Other government instrumentalities; 5. Analysis: does the Smithsonian violate the separation of powers; 5.1. The Formalist Objection; 5.2. From Exercising Executive and Legislative Functions to Affecting Private Rights; 5.3. Ineligibility of Appointment; 6. Conclusion; 7. References.**

### 1. INTRODUCTION

In July 2016, Congresswoman Eleanor Holmes Norton of the District of Columbia introduced Smithsonian Modernization Act that if passed, would change the composition of Smithsonian Institution's governing board—the Board of Regents—and increase transparency of internal operations and deliberations. Norton justified the legislation, saying there needs to be greater transparency and accountability of the Smithsonian's operations given that it expends taxpayer dollars. Norton was motivated to introduce the bill because of “[t]he recent history of mismanagement at the Smithsonian” under the former Secretary of the Smithsonian, Lawrence Small. Norton explained that the Board of Regents have significant “fiduciary responsibility[ies]” and the Smithsonian being “supported primarily by federal funds must be accountable to the American people.”<sup>1</sup>

But for Norton, transparency is not enough; the composition of the Board of Regents also needs to be reformed. Norton thinks Board of Regents should “be comprised entirely of private citizens, who can assist with fundraising, to replace highly-placed public officials currently serving on the board.”<sup>2</sup> Norton’s fundraising complaint seems largely superficial as the

Smithsonian raises more \$200 million in private funds annually. Nevertheless, Norton’s bill draws attention to the unique high-ranking U.S. officials who serve on the Board of Regents—the Vice President of the United States, the Chief Justice of the Supreme Court, three members of the U.S. Senate, three members of the House of Representatives, and nine citizen members.

<sup>1</sup> **Norton Introduces Bill to Increase Transparency & Accountability at the Smithsonian Institution**, NortonHouse.Gov (July 29, 2015). Available at: <<https://norton.house.gov/media-center/press-releases/norton-introduces-bill-to-increase-transparency-and-accountability-at>>.

<sup>2</sup> *Id.*; Smithsonian Modernization Act of 2015.

Although some legal scholars have in the past drawn attention to the unique composition of the Smithsonian's governing board, recent decisions regarding corporate agencies that constitute government instrumentalities bring to bear special attention in considering possible separation of powers problems for the Smithsonian especially in the context of a formalist analysis.

## 2. ESTABLISHMENT AND DESCRIPTION OF THE SMITHSONIAN

In 1826, James Smithson wrote his will in London. Smithson was the illegitimate son of an English aristocrat who made a fortune in investments in the early industrial revolution and also inherited money from his mother.<sup>3</sup> In his will, he left a bequest to his nephew, but noted that if his nephew died without leaving an heir, his fortune would go "to the United States of America, to found at Washington, under the name of the Smithsonian Institution, an Establishment for the increase & diffusion of knowledge among men."<sup>4</sup>

Smithson died in 1829, and it was only a few years later that officials in the U.S. were informed of the bequest, which amounted to about £100,000 or about \$500,000, which then was a large sum of money.<sup>5</sup> The U.S. Congress debated for some time whether or not to accept the funds.<sup>6</sup> Opponents pointed to the fact that accepting the funds and founding an institution as Smithson had specified was not something the Federal government had the constitutional power to do.<sup>7</sup> Supporters ingeniously argued that the U.S. could accept the bequest and establish the institution under the powers granted Congress of exclusive legislation over the District of Columbia,<sup>8</sup> where the Smithsonian would be established—even though its purpose would be for "among men" presumably everywhere.<sup>9</sup>

Congress passed a bill to acquire the Smithson bequest from England in 1835, and three years later, the funds came to the U.S. and were deposited in the U.S. Treasury. Several years of debate ensued in Congress with alternative proposals for what the Smithsonian should be and do—with some proposing a national library, others a national

<sup>3</sup> SMITHSONIAN INSTITUTION. General History. **Smithsonian Archives**. Available at: <<http://siarchives.si.edu/history/general-history>>.

<sup>4</sup> CURRIE, David P. The Smithsonian. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 70, n. 1, p. 65-71, jan./mar. 2003.

<sup>5</sup> SMITHSONIAN INSTITUTION. General History. **Smithsonian Archives**. Available at: <<http://siarchives.si.edu/history/general-history>>.

<sup>6</sup> SMITHSONIAN INSTITUTION. General History. **Smithsonian Archives**. Available at: <<http://siarchives.si.edu/history/general-history>>.

<sup>7</sup> SMITHSONIAN INSTITUTION. General History. **Smithsonian Archives**. Available at: <<http://siarchives.si.edu/history/general-history>>.

<sup>8</sup> UNITED STATES. **Constitution** art. I, § 8, cl. 17 (exercise exclusive Legislation in all Cases whatsoever, over such District).

<sup>9</sup> SMITHSONIAN INSTITUTION. General History. **Smithsonian Archives**. Available at: <<http://siarchives.si.edu/history/general-history>>.

university, an astrophysical observatory, a museum, and an agricultural research center. Finally, in 1846, Congress passed and President Polk signed into law the statue establishing the Smithsonian. Sections of that act are reproduced below:

*AN ACT TO ESTABLISH THE "SMITHSONIAN INSTITUTION" FOR THE INCREASE AND DIFFUSION OF KNOWLEDGE AMONG MEN.*

*James Smithson, esquire, of London, in the Kingdom of Great Britain, having by his last will and testament given the whole of his property to the United States of America, to found at Washington, under the name of the "Smithsonian Institution," an establishment for the increase and diffusion of knowledge among men; and the United States having, by an act of Congress, received said property and accepted said trust; Therefore, For the faithful execution of said trust, according to the will of the liberal and enlightened donor;*

*Be it Enacted By the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled. That the President and Vice-President of the United States, the Secretary of State, the Secretary of the Treasury, the Secretary of War, the Secretary of the Navy, the Postmaster-General, the Attorney General, the Chief Justice, and the Commissioner of the Patent*

*Office of the United States; and the mayor of the city of Washington, during the time for which they shall hold their respective offices, and such other persons as they may elect honorary members, be, and they are hereby constituted, an "establishment," by the name of the "Smithsonian Institution," for the increase and diffusion of knowledge among men; and by that name shall be known and have perpetual succession, with the powers, limitations, and restrictions, hereinafter contained, and no other...*

*And be it further enacted, That the business of the said Institution shall be conducted at the City of Washington by a board of regents, by the name of regents of the "Smithsonian Institution," to be composed of the Vice-President of the United States, the Chief Justice of the United States, and the Mayor of the City of Washington, during the time for which they shall hold their respective offices; three members of the Senate, and three members of the House of Representatives; together with six other persons, other than members of Congress, two of whom shall be members of the national institute in the City of Washington, and resident in the said city; and the other four thereof shall be inhabitants of States, and no two of them of the same State. And the regents to be selected as aforesaid shall be appointed immediately after the passage of this act-the members of the Senate by*

*the President thereof, the members of the House by the Speaker thereof, and the six other persons by Joint resolution of the Senate and House of Representatives...*

*And the said Regents shall meet in the City of Washington, on the first Monday of September next after the passage of this act, and organize by the election of one of their number as chancellor, who shall be the presiding officer of said board of regents, by the name of the Chancellor of the "Smithsonian Institution," and a suitable person as secretary of said Institution, who shall also be the secretary of said board of regents; ...*

*And be it further enacted, That, in proportion as suitable arrangements can be made for their reception, all objects of art and of foreign and curious research, and all objects of natural history, plants, and geological and mineralogical specimens, belonging, or hereafter to belong, to the United States, which may be in the city of Washington, in whosesoever custody the same may be, shall be delivered to such persons as may be authorized by the board of regents to receive them, and shall be arranged in such order, and so classed, as best [to] facilitate the examination and study of them, in the building so as aforesaid to be erected for the institution; ...*

*And be it further enacted, That the secretary of the board of regents shall take charge of the building and property of said institution, and shall, under their direction, make a fair and accurate record of all their proceedings, to be preserved in said institution; and the said secretary shall also discharge the duties of Librarian and of keeper of the museum, and may, with the consent of the board of regents, employ assistants; and the said officers shall receive for their services such sums as may be allowed by the board of regents, to be paid semi-annually on the first day of January and July; and the said officers shall be removable by the board of regents, whenever, in their judgment, the interests of the institution require any of the said officers to be changed.<sup>10</sup>*

Of note, the Smithsonian "Establishment" of which the President of the United States serves as the "presiding officer" has only rarely met – formally nine times in all, and for the last time in 1877.<sup>11</sup> The business of the Smithsonian is conducted by the Board of Regents. The founding act charged the Regents with the building of the

<sup>10</sup> UNITED STATES. **An Act to Establish the Smithsonian Institution for the Increase & Diffusion of Knowledge Among Men**, 9 Stat 102 (1846). Available at: <[http://siarchives.si.edu/sites/default/files/pdfs/9\\_Stat\\_102.pdf](http://siarchives.si.edu/sites/default/files/pdfs/9_Stat_102.pdf)>.

<sup>11</sup> Conference on the Future of the Smithsonian Institution is Held, Smithsonian Archives (1927). Available at: <[http://siarchives.si.edu/collections/siris\\_sic\\_11657](http://siarchives.si.edu/collections/siris_sic_11657)>. GOODE, George Brown (Ed.). **The Smithsonian Institution, 1846-1896, The History of its First Half Century**. New York: De Vinne Press, 1897.

institution's headquarters, now popularly known as the Castle. The Chancellor was in the first years of the Smithsonian the Vice President of the United States, but after a series of deaths, the office became, by custom occupied by the Chief Justice. The Secretary served as the executive officer of the Smithsonian, selected by the Regents, but not on the board. In its early years, the Smithsonian's budget came entirely from the funds left by Smithson. In the mid-1850s the Smithsonian received its first appropriated budget from the federal government. Given that the position of Mayor of the District of Columbia was superseded by the Governor in 1871 and that office abolished after 1874, the position was dropped from the Board of Regents in a 1894 amendment to the Smithsonian statute. In 1970, the statute was again amended so that nine, rather than six citizens served on the board.

Currently, the Smithsonian is a complex museum, research and educational organization.

It has grown to include 19 museums, most but not all of them authorized by Congress. It receives \$840 million in annual appropriations from Congress via the Interior and Related Agencies Subcommittee in the House and Appropriations Subcommittee on the Interior, Environment and Related Agencies Committee in the Senate. It also gets grants from government agencies like NASA, US AID, and the Department of Education. It receives gifts from donors, foundations and corporate sponsors amounting to over \$200 million. It runs businesses like Smithsonian magazine and a cable television channel that generate more than \$150 million in revenue annually. The funds that came with the Smithson bequest have grown to an endowment of over \$1 billion. Of its 6,500 employees, over 4,000 are federal employees paid with annually appropriate funds, the others are known as "trust-fund" employees, and they are paid with nonfederal, private funds and earned revenue.<sup>12</sup>

The Smithsonian's Board of Regents meets regularly, several times a year. Its powers include electing the Secretary, approving the submission of the federal budget to Congress, approving annual trust fund spending and the investment of the Smithsonian endowment, accepting gifts, designating names of galleries and museums, selecting sites of new museums, approving strategic and other plans, appointing members of museum boards, acquiring properties, and exercising other governance functions. All Regents serve as principal officers as they are entitled to one vote.<sup>13-14</sup> Approval or disapproval of any action is done by majority vote.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> SMITHSONIAN INSTITUTION. **Smithsonian Institution FY 2016 Budget Justification to Congress**. Available at: <<http://www.si.edu/content/pdf/about/fy2016-budgetrequest.pdf>>.

<sup>13</sup> See UNITED STATES. **Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads**. Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225, 1240 (2015) (Alito, J. concurring) ("ever multimember body heading agency must also be a principal officer [because] every member could cast the deciding vote with a particular decision."); Bylaws of the Board of Regents §2.06 (2014) 16 Bylaws of the Board of Regents §2.06 (2014).

<sup>14</sup> 20 U.S.C. § 44; Smithsonian Inst. Bylaws of the Board of Regents §2.09 (2014).

Regents may abstain from voting on an action. Eight members are required for quorum.<sup>17</sup>

### 3. THE SMITHSONIAN'S LEGAL STATUS

Congress, the Smithsonian itself, the Department of Justice Office of Legal Counsel<sup>15</sup> and even the courts have been hard pressed to take on the challenge of defining the Smithsonian exact legal status; for doing so can pose a nightmare in considering where in and out of the government it belongs, and whether or not its status violates the separation of powers.<sup>16</sup>

In 1927, former U.S. President Howard Taft, then serving as Chief Justice and also Smithsonian Chancellor, declared, "the Smithsonian Institution is not, and has never been considered a government bureau. It is a private institution under the guardianship of the Government."<sup>17</sup>

Taft's argument was reframed by the Office of Legal Counsel in 1976, which opined:

*The Smithsonian is an establishment created by Federal statutes in order to fulfill a basic trust obligation originating in the will of James Smithson. But it is so uniquely distinctive a fusion of public and private cooperation and of joint action by all three traditional branches of our government that it seems fairly evident that the Congress could not have meant it to be treated as a traditional agency.<sup>18</sup>*

The Office of Legal Counsel considered whether the Smithsonian was in the executive branch, but although the Vice President is a member of the Board of Regents, he is *ex officio* and not appointed to that post by the President and thus "under no executive power of control or appointment." If the Smithsonian were an "executive agency" the fact that fifteen of its seventeen members – the three senators, three representatives and nine citizens – were appointed by Congress would raise serious separation of

<sup>15</sup> UNITED STATES. **Memorandum for the Director**, Office of Personnel Management from Assistant Attorney General Ulman, 3 Op. O.L.C. 274, 277 (1979) ("The Smithsonian is *sui generis*: a fusion of a private and public body and a joint instrument, in a sense, of all three branches of the Government".)

<sup>16</sup> COLUMBIA. **Dong v. Smithsonian Inst.** United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. 125 F.3d 877, 877 (D.C. Cir. 1997) 125 F.3d 877, 879. ("Indeed, if the Smithsonian were to wield executive powers, the method by which its Regents are appointed would appear to violate the Constitution's separation of powers principles".)

<sup>17</sup> SMITHSONIAN INSTITUTION. **Memorandum to Peter Powers**, General Counsel, the Smithsonian Institution from Deputy Assistant Attorney General Ulman, 19 feb. 1976.

<sup>18</sup> SMITHSONIAN INSTITUTION. **Memorandum to Peter Powers**, General Counsel, the Smithsonian Institution from Deputy Assistant Attorney General Ulman, 19 feb. 1976.

powers issues since the Congress cannot appoint executive officers of the U.S. under Article II, Section II of the Constitution.

The Office of Legal Counsel also opined that the Smithsonian, given its function, could not be considered an “independent regulatory agency,” and “not the sort of instrumentality of the United States which the Congress intended to include” as either “administrative,” or “executive,” or “regulatory” at least in the context of particular laws.<sup>19</sup> The Office of Legal Counsel in 1976 wrote that “it could be argued that the Smithsonian is ... an arm of the Congress itself,” but has failed to take up or buttress that argument.<sup>20</sup> The best the Office of Legal Counsel could come up with is that the “bequest was accepted and has since been treated by the United States as a solemn testamentary trust independent of any traditional branch or role of government but operated as a responsibility of the Nation.”<sup>21</sup> In another opinion, the Office of Legal Counsel wrote, “The Smithsonian is *sui generis*: a fusion of a private and public body and a joint instrument, in a sense, of all three branches of the Government.”<sup>22</sup> Thus, in the mindset of one analyst, the practice of Constitutional avoidance about the Smithsonian’s status had been strictly abided.<sup>23</sup>

This practice has generally resulted in various opinions from the Office of Legal Counsel treating the Smithsonian’s legal status in the context of particular legislation.<sup>24</sup> The U.S.

Attorney General has found that the Smithsonian enjoys sovereign immunity from state and local regulation in some instances because the Smithsonian is “so closely connected” to the federal government.<sup>25</sup> The Smithsonian has federal sovereign immunity for some lawsuits, except those that Congress has explicitly authorized, which include FTCA, Copyright Act, the Tucker Act for contract, and discrimination under Title VII of the Civil Rights Act.<sup>26</sup> In *O’Rourke*, the Court found the FTCA did apply to the

<sup>19</sup> SMITHSONIAN INSTITUTION. **Memorandum to Peter Powers**, General Counsel, the Smithsonian Institution from Deputy Assistant Attorney General Ulman, 19 feb. 1976.

<sup>20</sup> SMITHSONIAN INSTITUTION. **Memorandum to Peter Powers**, General Counsel, the Smithsonian Institution from Deputy Assistant Attorney General Ulman, 19 feb. 1976.

<sup>21</sup> SMITHSONIAN INSTITUTION. **Memorandum to Peter Powers**, General Counsel, the Smithsonian Institution from Deputy Assistant Attorney General Ulman, 19 feb. 1976.

<sup>22</sup> SMITHSONIAN INSTITUTION. Memorandum for the Director, Office of Personnel Management from Assistant Attorney General Ulman. **Opinion of the Office of Legal Concern**, Washington, vol. 3, 1979.

<sup>23</sup> See, e.g., UNITED STATES. *O’Rourke v. Smithsonian Inst. Press*, 399 F.3d 113, 114 (2d Cir. 2005); SMITHSONIAN INSTITUTION. **Memorandum to Peter Powers**, General Counsel, the Smithsonian Institution from Deputy Assistant Attorney General Ulman, 19 feb. 1976.

<sup>24</sup> See KMIEC, Douglas W. The Status of the Smithsonian Institution Under the Federal Property and Administrative Services Act. **Opinion of the Office of Legal Concern**, Washington, vol. 12, 122-127, june 1988. Available at: <<https://www.justice.gov/file/24096/download>>.

<sup>25</sup> See SMITHSONIAN INSTITUTION. **Memorandum to Assistant General Counsel**, the Smithsonian Institution from Deputy Assistant Attorney General Moss, 25 apr. 1997.

<sup>26</sup> SMITHSONIAN INSTITUTION. **Legal Nature of the Smithsonian**. Available at: <[www.si.edu/OGC/legal history](http://www.si.edu/OGC/legal history)>.

Smithsonian because the definition of a federal agency "includes ... independent establishments of the United States."<sup>27</sup>

In *Cotton v. Adams*, the court found the Smithsonian was subject to FOIA because Congress had amended the definition of a qualifying agency "to include those entities which may not be considered agencies under section 551(1) of Title 5, U.S.Code, but which perform governmental functions and control information of interest to the public."<sup>28</sup> The court stated that "The Smithsonian is subject to the FOIA because it performs governmental functions as a center of scholarship and national museum responsible for the safekeeping and maintenance of national treasures." The court also found other factors indicative FOIA's applicability, including that "the Smithsonian receives federal funds for many of its operations, that it is chartered by an Act of Congress, and that it has a majority of civil service employees. Furthermore, the Smithsonian receives the benefits of agency status by virtue of the fact that it receives representation from the United States Attorney, absolute governmental immunity in libel suits, and other benefits in property transfers."<sup>29</sup>

In *Rivera v. Heyman*, the district court dismissed the plaintiff's claim that the Smithsonian had discriminated against him in violation of the Rehabilitation Act of 1973. The court, ruled that such lawsuits did not apply to the Smithsonian because at that time the Rehabilitation Act incorporated the Civil Rights Act's limited sovereign immunity waiver provision.<sup>30</sup> Under that provision, suits against the federal government extended only to "executive agencies as defined in Section 105 of title 5" or those listed in the Act.<sup>31</sup> In *Rivera* the court rule against the plaintiff because the Smithsonian was not a listed entity nor was the Smithsonian an "executive" agency because it lacked characteristics of being an establishment in the executive branch. Specifically, the Smithsonian didn't report to the President or perform an executive activity.<sup>32-33-34</sup>

<sup>27</sup> UNITED STATES. **O'Rourke v. Smithsonian Inst.** Press, 399 F.3d 113, 114 (2d Cir. 2005) The Court of Federal Claims held that the Smithsonian Institution fell within term "United States," for purposes granting the Court exclusive jurisdiction over copyright infringement because – more than two-thirds of Smithsonian's workforce were federal employees, Congress appropriated funds expressly for Smithsonian's preparation and publication of books, judgments against Smithsonian were paid from United States Treasury, Smithsonian was represented by federal attorneys, and persons responsible for Smithsonian's operations were either United States officials of highest rank or Congressional appointees.

<sup>28</sup> COLUMBIA. **Cotton v. Adams.** District Court for the District of Columbia - June 26. 1992. 798 F. Supp. 22, 24.

<sup>29</sup> COLUMBIA. **Cotton v. Adams.** District Court for the District of Columbia - June 26. 1992. 798 F. Supp. 22, 24.

<sup>30</sup> NEW YORK. **Rivera v. Heyman.** District Court for the Southern District of New York - 982 F. Supp. 932. October 7, 1997, 982 F. Supp. 932 (S.D.N.Y. 1997), *aff'd in part, rev'd in part*, 157 F.3d 101 (2d Cir. 1998).

<sup>31</sup> NEW YORK. **Rivera v. Heyman.** District Court for the Southern District of New York - 982 F. Supp. 932. October 7, 1997, 982 F. Supp. 932 (S.D.N.Y. 1997), *aff'd in part, rev'd in part*, 157 F.3d 101 (2d Cir. 1998).

<sup>32</sup> NEW YORK. **Rivera v. Heyman.** District Court for the Southern District of New York - 982 F. Supp. 932. October 7, 1997, 982 F. Supp. 932 (S.D.N.Y. 1997), *aff'd in part, rev'd in part*, 157 F.3d 101 (2d Cir. 1998).

<sup>33</sup> 42 USC § 2000e-16(a)

<sup>34</sup> 29 U.S.C. § 633a

However, the Smithsonian became subject to suits under Title VII and Rehabilitation Act when Congress amended the Workforce Investment Act, which added the Smithsonian to the list of federal government employers that are prohibited from engaging in such discrimination. Similarly, Congress amended the Age Discrimination in Employment Act, adding the Smithsonian to the list of entities prohibited from discriminating on account of age in Federal Government employment.

In *Dong*, a case involving the privacy rights of a Smithsonian employee of the Hirshhorn Museum and Sculpture Garden, the court found that the Smithsonian's was not an "agency" covered under the Privacy Act.<sup>35</sup> Similar to *Rivera*, the court reasoned that based on the definition of agency "it is plain that the Smithsonian is not an establishment in the executive branch." Additionally, the *Dong* Court held that the Administrative Procedures Act did not apply to the Smithsonian because it lacked "substantial independent authority to take final binding action affecting the rights and obligations of individuals, particularly by the characteristic procedures of rule-making and adjudication."<sup>36</sup>

Courts have similarly rejected the idea that the Smithsonian is not a government controlled corporation. In *Dong*, the court rejected that argument because the relevant section listed only corporations in the executive branch.<sup>37</sup> A federal corporation may however be considered a government instrumentality subject to coverage without being strictly established in the executive branch.<sup>38</sup> For example, the Tennessee Valley Authority is a government corporation, understood to be outside of the executive branch – it being essentially a government-run business. However, Assistant Attorney General Ulman found Section 461(a) of the Act, 42 U.S.C. § 661(a), authorizes the President to promulgate regulations implementing § 459 for the executive branch, including any wholly owned Federal corporation created by act of Congress, [and therefore] may cover payments for Federal workers' compensation payments from the Tennessee Valley Authority (TVA) retirement system.<sup>39</sup> Thus TVA may be a Federal instrumentality based on the view that the retirement system was established by a "under statutory authority to further its purposes by enhancing the welfare of its employees."<sup>40</sup>

<sup>35</sup> COLUMBIA. **Dong v. Smithsonian Inst.** United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. -, (D.C. Cir. 1997) 125 F.3d 877.

<sup>36</sup> COLUMBIA. **Dong v. Smithsonian Inst.** United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. -, (D.C. Cir. 1997) 125 F.3d 877.

<sup>37</sup> COLUMBIA. **Dong v. Smithsonian Inst.** United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. -, (D.C. Cir. 1997) 125 F.3d 877.

<sup>38</sup> See UNITED STATES. **Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225 (2015); UNITED STATES. **Lebron v. Nat'l R.R Passenger Corp.** Supreme Court Of The United States. 513 U.S. 374, 377-78 (1995).

<sup>39</sup> UNITED STATES. Memorandum for the Director, Office of Personnel Management from Assistant Attorney General Ulman. **Opinion of the Office of Legal Concern**, Washington, vol. 3, 274-242, 1979.

<sup>40</sup> UNITED STATES. Memorandum for the Director, Office of Personnel Management from Assistant Attorney General Ulman. **Opinion of the Office of Legal Concern**, Washington, vol. 3, 274-242, 1979.

#### 4. OTHER GOVERNMENT INSTRUMENTALITIES

The TVA opinion raises the question of how the status of other federal instrumentalities may bear on the status of the Smithsonian, its constitutionality and regard for the separation of powers.

Consider *Lebron v. National Railroad Passenger Corporation*, in which Michael Lebron, an artist, sued Amtrak because it rejected his lease of a billboard advertisement at Penn Station in New York. Lebron's advertisement consisted of a photo-montage depictions of war in Nicaragua including a Coors beer can and textual criticism of the Coors family for supporting the Contras, a right-wing counter-revolutionary group.<sup>41</sup> Lebron had signed a contract giving Amtrak approval as to the character, text, illustration, design, and operation of the advertisement. Amtrak deemed the artistic depiction on the billboard to be "political" and rejected the work. Lebron sued

Amtrak claiming the basis for the rejection violated the First Amendment. The case went to the Supreme Court over the issue of Amtrak's governmental status, with Lebron first claiming Amtrak was close to the government and then later a "government entity." The court, with Scalia writing for the majority, held that Amtrak was a government instrumentality, thus part of the Government for purposes of a First Amendment claim.<sup>42</sup> Although the Federal statute chartering Amtrak disavowed it was a government agency, the Court found the disclaimer is insufficient for exempting the Government from Constitutional restrictions where the government has used Amtrak as an instrument for government action. Thus, the court considered several factors in determining what about Amtrak's status that qualified it as a government instrumentality.

Scalia noted that "Amtrak was created by a special statute, explicitly for the furtherance of federal governmental goals." Six of the corporation's directors are appointed by the President of the United States – four of them with the advice and consent of the Senate. For Scalia, Amtrak "is established and organized under federal law for the very purpose of pursuing federal governmental objectives, under the direction and control of federal governmental appointees. It is in that respect no different from the so-called independent regulatory agencies such as the Federal Communications Commission or the Securities Exchange Commission, which are run by Presidential appointees with fixed terms." The directors, except for the Secretary of Transportation are "not, by the explicit terms of the statute, removable by the President for cause, and are not impeachable by Congress."<sup>43</sup>

If Amtrak's status is suggestive of some of the characteristics of the Smithsonian, another case, *Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads* asserts that a government

<sup>41</sup> UNITED STATES. **Lebron v. Nat'l R.R. Passenger Corp.** Supreme Court Of The United States. 513 U.S. 374, 377-78 (1995).

<sup>42</sup> UNITED STATES. **Lebron v. Nat'l R.R. Passenger Corp.** Supreme Court Of The United States. 513 U.S. 374, 377-78 (1995).

<sup>43</sup> 513 U.S. 374, 397-98.

instrumentality exercising vested power that affects private rights must comply with the constitutional separation of power requirements. In 2008, under the Passenger Rail Investment and Improvement Act, Congress gave Amtrak and the Federal Railroad Administration the authority to issue metrics and standards concerning the on-time and delayed performance of passenger railroad service on track caused by host railroads, like the members of The Association of Railroads. The Association sued the Department of Transportation—because it held all of Amtrak's preferred stock and most of its common stock, claiming it was unconstitutional for Congress to allow Amtrak as a private company to exercise authority over such standards. The District Court rejected the Association's claim, but the DC Circuit reversed on the separation of powers claim that a private corporation could not constitutionally be granted regulatory power. The Supreme Court vacated the Circuit ruling on the grounds that Amtrak was a governmental entity under the purposes of the Act.

Justice Kennedy, writing for the majority, noted that both the Respondent and the Court of Appeals relied upon statutory directives that Amtrak "shall be operated and managed as a for profit corporation" and is "not a department, agency, or instrumentality of the United States Government." §§ 24301(a)(2)-(3). But he rejected that assertion, noting the appointees to the Amtrak board of directors, and that it had received about \$1 billion a year from the federal government. Kennedy cited Lebron and wrote that, for purposes of Amtrak's status as a federal actor or instrumentality under the Constitution, the practical reality of federal control and supervision prevails over Congress' disclaimer of Amtrak's governmental status. Treating Amtrak as governmental for these purposes, moreover, is not an unbridled grant of authority to an unaccountable actor. The political branches created Amtrak, control its Board, define its mission, specify many of its day to day operations, have imposed substantial transparency and accountability mechanisms, and, for all practical purposes, set and supervise its annual budget. Accordingly, the Court holds that Amtrak is a governmental entity, not a private one, for purposes of determining the constitutional issues presented in this case.<sup>44</sup>

Kennedy asserted that "exercise of governmental power must be consistent with the design and requirements of the Constitution, including those provisions relating to the separation of powers."<sup>45</sup>

Though he concurs with Kennedy, Justice Thomas takes the matter further. He argues that "A determination that Amtrak acts as a government entity in crafting the metrics and standards says nothing about whether it properly exercises governmental power when it does so."

<sup>44</sup> UNITED STATES. **Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225.

<sup>45</sup> UNITED STATES. **Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225.

Thomas does not believe Amtrak is “properly constituted to exercise a power under one of the Vesting Clauses.”<sup>46</sup> To the extent Amtrak’s promulgation of metrics and standards rules for the private railroads to follow constitute legislative power, Thomas says it is unconstitutional. “Amtrak is not Congress.” Amtrak’s rules do not “comply with bicameralism and presentment” under Article I, § 7.”<sup>47</sup>

Justice Alito’s concurrence explains more about what constitutional restraints would qualify to make Amtrak remain subject to Presidential control.<sup>48</sup> “[A]ccountability demands that principal officer be appointed by the President, and this principle applies with special force to those who can ‘exercise significant authority’ without direct supervision.”<sup>49</sup> Alito acknowledges that “a multimember body may head an agency,” such as in the case of *Free Enterprise Fund*. But in such instances, Alito clarifies, that “those who head agencies must be principal officers.”<sup>50</sup> Alito says “because agency heads must be principal officers, ever multimember body heading an agency must also be a principal officer.” “[E]very member of a multimember body could cast the deciding vote with a particular decision.”<sup>51</sup> Therefore, because “anyone who has the unilateral authority to tip a final decision one way or the other cannot be an inferior officer.”<sup>52</sup>

Alito discounts the notion that Amtrak’s president could be an inferior officer. But even entertaining the idea the Amtrak president was, there would still be constitutional defects.<sup>53</sup> Under Art. II § 2, cl. 2, Congress would be able to vest the head of a department with the authority to appoint of an inferior officer. However, “it is not clear that Amtrak is a Department.”<sup>54</sup>

Members of Congress, with power over the Smithsonian’s legislation and budget also sit on its Board of Regents. Given the arguable need for a federal instrumentality to comply with the separation of powers, the case of *Metro. Washington Airports Auth. (MWAA) v. Citizens for Abatement of Aircraft Noise, Inc.*, may be instructive. MWAA, concerned with the operation of District of Columbia area airports, challenged the constitutionality of a review board created by legislation transferring control of airports from Congress to a local authority. The Federal Government has a strong and continuing

<sup>46</sup> UNITED STATES. **Dep’t of Transp. v. Ass’n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225. at 1253 (Thomas, J. concurring).

<sup>47</sup> UNITED STATES. **Dep’t of Transp. v. Ass’n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225. at 1254 (Thomas, J. concurring).

<sup>48</sup> UNITED STATES. **Dep’t of Transp. v. Ass’n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225. at 1240 (Alito, J. concurring)

<sup>49</sup> UNITED STATES. **Dep’t of Transp. v. Ass’n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225. at 1240 (Alito, J. concurring)

<sup>50</sup> UNITED STATES. **Dep’t of Transp. v. Ass’n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225 at 1239.

<sup>51</sup> UNITED STATES. **Dep’t of Transp. v. Ass’n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225 at 1239.

<sup>52</sup> UNITED STATES. **Dep’t of Transp. v. Ass’n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225 at 1239.

<sup>53</sup> UNITED STATES. **Dep’t of Transp. v. Ass’n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225 at 1239.

<sup>54</sup> UNITED STATES. **Dep’t of Transp. v. Ass’n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225 at 1239.

interest in the efficient operation of the airports, which are vital to the smooth conduct of Government business conditioned the transfer to the Airport Authority provided that legislators had voting rights on Board of Review, which had authority over air transportation decisions.<sup>55</sup>

The Supreme Court stated that for a separation of powers analysis, it is unnecessary to determine as the Court of Appeals did, that the Board of Review exercised "quintessentially executive power" by making 'key operational decisions' affecting a local public airport (public entity). It is sufficient to conclude that Congress exceeded its constitutional authority in its manner of inserting itself into the execution of the airport affairs. Specifically, by requiring members of Congress be on the Board of Review, capable of vetoing particular plans regarding the operation or management of airport failed to comply with legislative power constraints of bicameralism and presentment.<sup>56</sup>

Congress' conditioning of transfer of District of Columbia area airports to local authority upon creation of Board of Review composed of congressmen and having veto power over decisions of local authority's directors violated separation of powers. The Court stated that "if the power is executive, the Constitution does not permit an agent of Congress to exercise it." The Court then turned to analyze whether Congress exercising veto power over the airport's board of directors's decision was an unconstitutional exercise of legislative power. The Court stated that "if the power is legislative, Congress must exercise it in conformity with the bicameralism and presentment requirement."<sup>57</sup>

## 5. ANALYSIS: DOES THE SMITHSONIAN VIOLATE THE SEPARATION OF POWERS?

### 5.1. The Formalist Objection

The doctrine of separation of powers reflects a view that the Constitution restricts the exercise of Federal Government power that may be judicially redressible. The two prominent views for separation of powers analysis are functionalism and formalism.

Functionalists believe that "Congress is substantially free reign to innovate as long as the particular scheme satisfies the functional aims of the constitutional structure taken as a whole."<sup>58</sup>

<sup>55</sup> UNITED STATES. **Metro. Washington Airports Auth. v. Citizens for Abatement of Aircraft Noise**. Supreme Court of United States. Inc., 501 U.S. 252, 266 (1991).

<sup>56</sup> UNITED STATES. **Metro. Washington Airports Auth. v. Citizens for Abatement of Aircraft Noise**. Supreme Court of United States. Inc., 501 U.S. 252, 266 (1991).

<sup>57</sup> UNITED STATES. **Metro. Washington Airports Auth. v. Citizens for Abatement of Aircraft Noise**. Supreme Court of United States. Inc., 501 U.S. 252, 266 (1991) at 276.

<sup>58</sup> MANNING, John F. Separation of Powers As Ordinary Interpretation. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 124, p. 1942-2040, 1939.

Functionalist are interested in maintaining a “workable government.” The “primary concern is whether the challenged government scheme disrupts the proper balance between coordinate branches.” The problem with Functionalism, as one scholar notes, is that the approach “guards against sudden grasps of power, but not against step-by-step encroachment that result in large power grabs.”<sup>59</sup>

Formalism, on the other hand, invokes a strict textualist approach to the Constitution. A formalist will enforce what he regards as the text’s formal lines of separation.” A challenged exercise of government power is checked against Constitutional “procedural requirements,” such as the Vesting and Appointments Clauses. The “Constitution draws sharply defined and judiciable enforceable lines among the three distinct government branches.” Formalists also believe the Constitution’s structure within the document support a “free standing separation of powers.” Therefore, the challenged arrangement must affect powers in a manner or degree that is constitutionally prohibited.”<sup>60</sup> Although a formalist analysis may be more restrictive on government arrangements and possibly less supportive of realistic means for governance or the New Deal administrative state, the advantages of formalism is that the adherence to Constitutional text is more reliable. The analysis construes the Constitution in a manner that gives notice of prohibited behavior and thus promotes more consistent rulings, and reliance in devising a statutory scheme or other exercise of Vested federal government power. Accordingly, this paper applies a formalist analysis in reviewing challenged government action discussed below.

Determining whether a branch of the Federal Government or its delegate violates the separation of powers turns on whether the Constitution forbids allocating “legislative, executive, or judicial powers of the Federal Government” stemming from the Vesting Clauses “to an ineligible entity.”<sup>61</sup>

Justice Thomas analyzes a separation of power by applying the non-delegation doctrine.

Justice Thomas says that “[t]he Constitution does not vest the Federal Government with an undifferentiated governmental power” but instead “identifies three types

---

<sup>59</sup> STRAUSS, Peter. Formal & Functional Approaches to Separation of Powers Questions – A Foolish Inconsistency? **Cornell Law Review**, New York, vol. 72, n. 3, p. 488-526, mar. 1987. p. 513.

<sup>60</sup> MANNING, John F. Separation of Powers As Ordinary Interpretation. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 124, p. 1942-2040, 1939. Manning explains — This aspect of formalism makes itself felt in so-called “encroachment” cases, which deal with the claim that Congress has violated the separation of powers through its regulation or oversight of the executive or judicial powers. Because the Necessary and Proper Clause, as noted, gives Congress at least some authority to prescribe—and thus to shape and channel—the means by which all the branches carry their powers into execution, one cannot demonstrate impermissible legislative encroachment merely by showing that a statute regulates or structures the exercise of another branch’s powers. Rather, the challenged arrangement must somehow affect those powers in a manner or to a degree that the Constitution otherwise prohibits.

<sup>61</sup> In short, the “private non delegation doctrine” is merely one application of the provisions of the Constitution that forbid Congress to allocate power to an ineligible entity, whether governmental or private. UNITED STATES. **Dep’t of Transp. v. Ass’n of Am. Railroads**. Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225 at 1225.

of governmental power and in the Vesting Clauses, commits them to three branches of Government." Article I § 1 vests all legislative powers in the Congress.<sup>62</sup> And under Article II § 1, the executive power vests in the President of the United States.<sup>63</sup> Thomas says "[t]hese grants are exclusive ... [and w]hen the Government is called upon to perform a function that requires an exercise of legislative, executive, or judicial power, only the vested recipient of that power can perform it."<sup>64</sup>

Additionally Thomas notes that the Constitution not only "allocate[es] power among the different branches[,] but it also "identifies certain restrictions on the *manner* in which those power are to be executed."<sup>65</sup> The Constitution requires, in Article I, § 7 cl. 2, that Congress exercise its legislative power through the manner of bicameralism and presentment. The Article states that "[e]very Bill which shall have passed the House of Representatives and the Senate, shall, before it become a Law, be presented to the President of the United States; If he approve he shall sign it, but if not he shall return it..."<sup>66</sup>

Thomas says that "the Constitution is less specific about how the President shall exercise [executive] power, it is clear that he may carry out his duty to take care that the laws be faithfully executed with the aid of subordinates."<sup>67</sup>

Congress improperly delegates power when it "authoriz[es] an entity to exercise power in a manner inconsistent with the Constitution."<sup>68</sup> Congress "improperly delegates legislative power to itself when it authorizes itself to act without bicameralism and presentment."<sup>69</sup> Congress also acts in a manner inconsistent with the Constitution when it "authorizes the exercise of executive power" to "individuals or groups outside the President's control to perform a function that requires the exercise of that power."<sup>70</sup>

Thomas recognizes that in some cases "[i]t may never be possibly perfect to distinguish between legislative and executive power, but that does not mean we may look the other way when the Government asks us to apply a legally binding rule that is not enacted by Congress pursuant to Article I."<sup>71</sup>

<sup>62</sup> UNITED STATES. **Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225 at 1225.

<sup>63</sup> UNITED STATES. **Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1240 (Thomas, J. concurring)

<sup>64</sup> UNITED STATES. **Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225 at 1225.

<sup>65</sup> UNITED STATES. **Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225 at 1225.

<sup>66</sup> UNITED STATES. **Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225 at 1225

<sup>67</sup> UNITED STATES. **Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225, 1253 (2015) (Thomas, J. concurring).

<sup>68</sup> UNITED STATES. **Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225, 1253 (2015) (Thomas, J. concurring).

<sup>69</sup> UNITED STATES. **Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. (citing INS v. Chadha, 462 U.S. 919, 959 (1983)).

<sup>70</sup> UNITED STATES. **Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. (citing Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Bd., 561 U.S. 477 (2010)).

<sup>71</sup> UNITED STATES. **Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. at 1251-52 (2015) (Thomas, J. concurring).

In instances where the court is uncertain whether the power at issue is executive or legislative, the Court has analyzed the power from both perspectives.

According to Justice Thomas, it should matter little whether the Smithsonian is labeled a federal agency, a trust instrumentality, or private entity. The ultimate question whether the government created “entity is properly constituted to exercise a power under one of the Vesting clauses.”<sup>72</sup> If it is not “properly constituted to do so, it is no better qualified to be an agent of that power than a purely private entity.”<sup>73</sup> Thus, the question is whether the Board of Regents properly constituted to exercise a power under one of the Vesting Clauses?

The analysis has two steps. The first is to classify the power the legislation purports to authorize the entity (government instrumentality) to exercise. Second would be to “determine whether the Constitution’s requirements for the exercise of that power have been satisfied.”<sup>74</sup> According to Justice Thomas the:

*first constraint is illustrated by the Court’s holdings in Springer v. Philippine Islands, 277 U.S. 189 (1928), and Bowsher v. Synar, 478 U.S. 714 (1986). Springer involved the validity of Acts of the Philippine Legislature that authorized a committee of three—two legislators and one executive—to vote corporate stock owned by the Philippine Government. Because the Organic Act of the Philippine Islands incorporated the separation-of-powers principle, and because the challenged statute authorized two legislators to perform the executive function of controlling the management of the government-owned corporations, the Court held the statutes invalid.<sup>75</sup>*

*The second constraint is illustrated by our decision in Chadha. That case involved the validity of a statute that authorized either House of Congress by resolution to invalidate a decision by the Attorney General to allow a deportable alien to remain in the United States. Congress had the power to achieve that result through legislation, but the statute was nevertheless invalid because Congress cannot exercise its legislative power to enact laws without following the bicameral and presentment procedures specified in Article I.<sup>76</sup>*

<sup>72</sup> UNITED STATES. **Dep’t of Transp. v. Ass’n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. at 1251-52 (2015) (Thomas, J. concurring).

<sup>73</sup> at 1251-52 (2015) (Thomas, J. concurring).

<sup>74</sup> UNITED STATES. **Dep’t of Transp. v. Ass’n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct., 1253 (2015) (Thomas, J. concurring).

<sup>75</sup> UNITED STATES. **Dep’t of Transp. v. Ass’n of Am. Railroads.** Supreme Court of the United States. 135 S. Ct., 1253 (2015) (Thomas, J. concurring).

<sup>76</sup> 135 S. Ct. 1225 (citing UNITED STATES. **Lebron v. Nat’l R.R. Passenger Corp.** Supreme Court Of The United States. 513 U.S. 374, 377-78 (1995)).

In *Dong*, the court said in dicta it was concerned about having members of the judicial and legislative branches serving on the Smithsonian's governing board because if the Institution was an executive branch establishment this could constitute a violation of the separation of powers.<sup>77</sup>

## 5.2. From Exercising Executive and Legislative Functions to Affecting Private Rights

The status of a number of actions by the Smithsonian and its Board of Regents indicate possible separation of powers problems inherent in the work of the Smithsonian.

In 1988, the Office of Legal Counsel offered its opinion that the Smithsonian was as an executive agency under the Federal Property and Administrative Services Act ("Property Act"), 40 U.S.C. §§ 471-544<sup>78</sup> The Property Act is administered under the General Services Administration and establishes procedures for the management of governmental property. According to Section 3, the Property Act applies to "executive agencies" and to "federal agencies"<sup>79</sup> defined as:

- (a) *The term "executive agency" means any executive department or independent establishment in the executive branch of the Government, including any wholly owned Government corporation.*
- (b) *The term "Federal agency" means any executive agency or any establishment in the legislative or judicial branch of the Government (except the Senate, the House of Representatives, and the Architect of the Capitol and any activities under his direction).*

As the Office of Legal Counsel noted, "it has long been understood that transactions with the Smithsonian involving federal property or appropriated funds are subject to federal property and contract law."<sup>80</sup> Both the Smithsonian and Office of Legal Counsel agree the Property Act applies to the Smithsonian. The Smithsonian took the position that it was not an executive agency, but rather a Federal agency for the

<sup>77</sup> COLUMBIA. **Dong v. Smithsonian Inst.** United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. 125 F.3d 879 (D.C. Cir. 1997).

<sup>78</sup> KMIEC, Douglas W. The Status of the Smithsonian Institution Under the Federal Property and Administrative Services Act. **Opinion of the Office of Legal Counsel**, Washington, vol. 12, 122-127, june 1988. Available at: <<https://www.justice.gov/file/24096/download>>. p. 124.

<sup>79</sup> 40 U.S.C. §§ 471-544.

<sup>80</sup> Act of Dec. 30, 1982, Pub. L. No. 97-394, 96 Stat. 1966, 1991-92 (1982) (provisions for appropriations to the Smithsonian presume the applicability of the procurement provisions of the Property Act); 45 Comp. Gen. at 686-88; 12 Comp. Gen. 317 (1932).

purposes of The Property Act. Because Congress did not specify the status of the Smithsonian for the Property Act and the legislative history was silent, the Office of Legal Counsel in its analysis found the strongest evidence in the fact that The Property Act repealed the Smithsonian's prior statutory authority for certain property exchanges and replaced it with a provision applicable only to executive agencies.<sup>81</sup>

If the Property Act places the Smithsonian more firmly in the executive branch with regard to its source of funds, spending and acquisition of property, the court's consideration of *Cotton* buttresses that notion. In *Cotton*, the court considered the Smithsonian in terms of its governmental functions and found that it serves as "a center of scholarship and national museum responsible for the safekeeping and maintenance of national treasures."<sup>82</sup> The court considered that the Smithsonian received federal funds for many of its operations and has a majority of civil service employees. The Smithsonian employs more than 4,000 civil service staff – the other 2,000 are trust fund employees. The Smithsonian's federal workers in the competitive service are paid for with federally appropriated funds, while the trust fund workers are paid with funds from business activities, gifts, grants, contracts and payout from the Smithsonian endowment. As Picard notes, "by definition, the competitive service includes "all civil service positions in the executive branch."<sup>83</sup>

Who then oversees the Smithsonian workforce? Seemingly, by its founding charter, the trust-funded, non-civil service Smithsonian Secretary hired by the Board of Regents. But if the Regents are exercising executive power, they would seem to lack the requisite condition of having employees, particularly its executive branch civil service staff being subject to the President's control.

This issue became interesting during one of the Smithsonian's major controversies. In 1995, the Smithsonian's National Air and Space Museum planned an exhibition of the Enola Gay—the plane that dropped the atomic bomb on Hiroshima, leading to the end of World War II and ushering in the nuclear age. Veterans groups were shown the script of the exhibit in the planning stage and were incensed by what they saw as overly kind treatment of the Japanese as victims and the demonization of American forces and leaders in the decision to drop the bomb. They protested to members of Congress and to President Clinton. 81 members of Congress signed a letter calling for the dismissal of the Air and Space Museum director Martin Harwitt.<sup>84</sup> President Clinton as

<sup>81</sup> KMIEC, Douglas W. The Status of the Smithsonian Institution Under the Federal Property and Administrative Services Act. **Opinion of the Office of Legal Concern**, Washington, vol. 12, 122-127, June 1988. Available at: <<https://www.justice.gov/file/24096/download>>. p. 124.

<sup>82</sup> COLUMBIA. **Cotton v. Adams**. District Court for the District of Columbia - June 26. 1992. 798 F. Supp. 22, 24.

<sup>83</sup> 5 U.S.C. § 2102 (a)(1) (2006).

<sup>84</sup> HIRSCH, Arthur. Smithsonian Cancels Exhibit on Atomic Bomb. **Baltimore Sun Times**, Baltimore, Jan. 31, 1995. Available at: <[http://articles.baltimoresun.com/1995-01-31/features/1995031159\\_1\\_heyman-atomic-enola-gay](http://articles.baltimoresun.com/1995-01-31/features/1995031159_1_heyman-atomic-enola-gay)>.

the head of the executive branch had no removal authority, no ability to fire Harwitt nor dismiss Heyman. In the end, Harwitt resigned.<sup>85</sup>

For Regents, the process of removal is more complex and rare. There is only one instance where a Regent was removed from his position.<sup>86</sup> Congress removed the Regent by joint resolution. This was during the Civil War. The Regent was a member of the House of Representatives and the reason for his expulsion was for providing "aid and comfort to enemies of the government."<sup>87-88</sup>

If there are issues with executive functions, the Smithsonian has also ventured into what seem like legislative matters. The Board of Regents has promulgated standards and directives that decree what may be accepted into the national collections, rules about what kind of donations may be accepted and so on without necessarily having explicit legislative authority to do so. These may be regarded as somewhat minor infractions, but sometimes they emerge as contentious. For example, most of the Smithsonian's national museums have been created by Congressional legislation, but the Smithsonian has itself created the Cooper-Hewitt Smithsonian Design Museum and the Anacostia Community Museum without legislation, earning Congressional criticism.

This seeming Smithsonian infringement on legislative authority emerged in a controversy in 1985 where the former Smithsonian Secretary S. Dillon Ripley had negotiated a \$5 million gift from the Government of Saudi Arabia for support of a Center for Islamic Arts and Culture to be part of the Smithsonian International Center, to be located in the Smithsonian's newly built Quadrangle building complex adjacent to its Castle headquarters on the National Mall and largely underground.<sup>89</sup> The Smithsonian's plan was for the Quadrangle to house the National Museum of African Art, the Sackler Gallery of Asian Art and the International Center. Ripley's plan was to couple the Saudi gift with appropriated federal funds to support the enterprise, and in the Smithsonian agreement with the Saudis, the Smithsonian agreed to rename a gallery the Asian and African Gallery.<sup>90</sup> Sidney Yates, the chair of the House subcommittee on appropriations overseeing the Smithsonian's federal budget the arrangement, and renaming something approved by Congress came as a surprise to him and were unacceptable. The

<sup>85</sup> Official Resigns Over Exhibit of Enola Gay, **New York Times** (May 3, 1995), Available at: <<http://www.nytimes.com/1995/05/03/us/official-resigns-over-exhibit-of-enola-gay.html>>.

<sup>86</sup> H.R.J. Res. 21, 37th Cong. (1868).

<sup>87</sup> H.R.J. Res. 21, 37th Cong. (1868).

<sup>88</sup> SMITHSONIAN. 20 U.S.C. §§ 44-80; **Smithsonian Inst. Bylaws of the Board of Regents** §§ 1.01-6.06 (2014); **Smithsonian Directives** (2013).

<sup>89</sup> BATTIATA, Mary. Saudi Gift Controversy at the Smithsonian. **Washington Post**, Washington, 9 oct. 1985. Available at: <<https://www.washingtonpost.com/archive/lifestyle/1985/10/09/saudi-gift-controversy-at-themsmithsonian/ac61fda89bf5-4398-9b-78-296ed18e7678/>>.

<sup>90</sup> BATTIATA, Mary. Saudi Gift Controversy at the Smithsonian. **Washington Post**, Washington, 9 oct. 1985. Available at: <<https://www.washingtonpost.com/archive/lifestyle/1985/10/09/saudi-gift-controversy-at-themsmithsonian/ac61fda89bf5-4398-9b-78-296ed18e7678/>>.

Regents agreed to renege on the deal, and returned the Saudi gift.<sup>91</sup> The Washington Post opined that the controversy could “be attributed to the Smithsonian’s unique, quasi-federal status,” as well as Ripley’s ruling style which Congressional critics charged was “Kremlinesque” as he failed to “tell Capitol Hill too much about what it was doing.”<sup>92</sup>

The question is whether or not these indiscretions really amount to much legally. For Scalia, dissenting in *Mistretta v. United States*, declared that, “where no government power is at issue, there is no strict constitutional impediment to a branchless agency...”<sup>93</sup> Scalia dissented on the formation of a Sentencing Commission because “[t]he lawmaking function of the Sentencing Commission is completely divorced from any responsibility for execution of the law or adjudication of private rights under the law.”<sup>94</sup> “[T]he Commission neither exercises any executive power on its own, nor is subject to control of the President ...”<sup>95</sup> “The only functions it performs...are data collection and intragovernmental advice giving and educational [activities] ...similar to the functions performed by congressional agencies and even congressional staff [that] neither determine nor affect private rights, and do not constitute an exercise of government power.”<sup>96</sup>

Courts and the Office of Legal Counsel have seized on the similar notion that the work “currently exercised by the presently existing congressional agencies” such as the “functions undertaken by the Library of Congress, the basic accounting tasks of the Government Accounting Office, and all of the duties of the Architect of the Capitol can comfortably be described as in aid of the legislative process.”<sup>97</sup> Even the Smithsonian’s and its bureaus’ activities, the Office of Legal Counsel claims, “fit under a broad construction” of providing aid to the legislative branch. In short, the Office of Legal Counsel opines, that the exercise of powers by such agencies “may be deemed constitutionally harmless.”<sup>98</sup>

So, does the Smithsonian exercise government power that might affect private rights?, because that was indeed the issue in *Dep’t of Transp.*, where Amtrak with FRA

<sup>91</sup> BATTIATA, Mary. Saudi Gift Controversy at the Smithsonian. **Washington Post**, Washington, 9 oct. 1985. Available at: <<https://www.washingtonpost.com/archive/lifestyle/1985/10/09/saudi-gift-controversy-at-the-smithsonian/ac61fda89bf5-4398-9b78-296ed18e7678/>>.

<sup>92</sup> BATTIATA, Mary. Saudi Gift Controversy at the Smithsonian. **Washington Post**, Washington, 9 oct. 1985. Available at: <<https://www.washingtonpost.com/archive/lifestyle/1985/10/09/saudi-gift-controversy-at-the-smithsonian/ac61fda89bf5-4398-9b78-296ed18e7678/>>.

<sup>93</sup> UNITED STATES. **Mistretta v. United States**. Supreme Court of United States. 488 U.S. 361, 423 (1989) (Scalia, J., dissenting).

<sup>94</sup> UNITED STATES. **Mistretta v. United States**. Supreme Court of United States. 488 U.S. at 420 (1989).

<sup>95</sup> UNITED STATES. **Mistretta v. United States**. Supreme Court of United States. 488 U.S. at 420 (1989).

<sup>96</sup> UNITED STATES. **Mistretta v. United States**. Supreme Court of United States. 488 U.S. at 420-412 (1989). (emphasis added)

<sup>97</sup> DELLINGER, Walter. The Constitutional Separation of Powers Between the President and Congress. **Opinion of the Office of Legal Concern**, Washington, vol. 20. p. 124-181, may 1996. Available at: <[https://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/1996/05/31/0p-olc-v020-p0124\\_0.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/1996/05/31/0p-olc-v020-p0124_0.pdf)>. p. 172.

<sup>98</sup> DELLINGER, Walter. The Constitutional Separation of Powers Between the President and Congress. **Opinion of the Office of Legal Concern**, Washington, vol. 20. p. 124-181, may 1996. Available at: <[https://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/1996/05/31/0p-olc-v020-p0124\\_0.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/1996/05/31/0p-olc-v020-p0124_0.pdf)>. p. 172.

was exercising government power by creating a regulatory standard that affected private rights. When a government instrumentality performs a function that determines or affects private rights or the prerogatives of the other branches," that entity is exercising government powers.<sup>99</sup>

The Smithsonian has historically exercised such powers with regard to excavations and the collection of both antiquities and objects of natural history. The Antiquities Act of 1906 provided a federal mechanism for the retrieval of these objects on federal land.<sup>100</sup> Many of the sites were Native American historic and prehistoric sites. Excavating on those sites required a permit, and such permits were originally issued only by the Smithsonian Institution.<sup>101</sup> This had the advantage of professionalizing archaeology early on by restricting such activities to competent scholars and scientists. But it also restricted access and availability of Native items to their tribes and tribal members. Other laws through the 20th century authorized the Smithsonian to "cooperate with any State, educational institution, or scientific organization in the United States to continue independently or in cooperation anthropological researches among the American Indians and the natives of lands and the excavation and preservation of archaeological remains.<sup>102</sup> Such provided that "all such cooperative work and division of the result thereof shall be under the direction of the Secretary of the Smithsonian Institution."<sup>103</sup> "Where lands under the jurisdiction of the Bureau of Indian Affairs or the National Park Service, cooperative work would proceed under regulations and conditions as the Secretary of the Interior may provide."<sup>104</sup>

This role of the Smithsonian extended to lands that might be flooded by Government built dams with consequences for private property. "The Secretary of the Smithsonian Institution is authorized to cooperate with any State, educational institution, or scientific organization in the United States for continuing paleontological investigations, and the excavation and preservation of fossil remains, in areas which will be flooded by the construction of Government dams or otherwise be made unavailable

---

<sup>99</sup> See UNITED STATES. *Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads*. Supreme Court of the United States. 135 S. Ct. 1225, 1253 (2015); UNITED STATES. *Mistretta v. United States*. Supreme Court of United States. 488 U.S. 361, 425 n3 (1989) (Scalia, J., dissenting) In his dissent, Justice Scalia argued – There are of course agencies within the Judicial Branch (because they operate under the control of courts or judges) which are not themselves courts, see, e.g., 28 U.S.C. § 601 et seq. (Administrative Office of the United States Courts), just as there are agencies within the Legislative Branch (because they operate under the control of Congress) which are not themselves Senators or Representatives, see, e.g., 31 U.S.C. § 701 et seq. (General Accounting Office). But these agencies, unlike the Sentencing Commission, exercise no governmental powers, that is, they establish and determine neither private rights nor the prerogatives of the other Branches. They merely assist the courts and the Congress in their exercise of judicial and legislative powers. *Mistretta*, 488 U.S. at 425 n3 (Scalia, J., dissenting).

<sup>100</sup> UNITED STATES. **The Antiquities Act**, 1900-06 (codified 16 U.S.C. §§ 431-433 (2009))

<sup>101</sup> UNITED STATES. **The Antiquities Act**, 1900-06 (codified 16 U.S.C. §§ 431-433 (2009))

<sup>102</sup> 20 U.S.C. § 69.

<sup>103</sup> 20 U.S.C. § 70.

<sup>104</sup> 20 U.S.C. § 70.

for such investigations because of such construction.<sup>105</sup> Even now, with the passage of the National Museum of the American Indian Act in 1989 which applies solely to the Smithsonian,<sup>106</sup> and the Native American Graves Protection and Repatriation Act (NAGPRA), passed in 1990,<sup>107</sup> the Department of Interior relies on discretionary standards developed and promulgated by the Smithsonian to make decisions about repatriation of human materials, sacred and funerary objects to Native peoples.<sup>108</sup> To the extent that the Smithsonian engages in these types of activities and establishes standards affecting private rights, it is either an impermissible exercise of executive power—assuming it is a legislative agency; but if it is in the legislative branch then it is an impermissible exercise of legislative power because the Regent resolution process fails to comply with the bicameralism and presentment requirement.

### 5.3. Ineligibility of Appointment

The most obvious violation of the separation of powers is the membership on the Board of Regents, particularly with regard to its Congressional members. According to the U.S. Constitution:

*No Senator or Representative shall, during the Time for which he was elected, be appointed to any civil Office under the Authority of the United States, which shall have been created, or the Emoluments whereof shall have been increased during such time; and no Person holding any Office under the United States, shall be a Member of either House during his Continuance in Office.<sup>109</sup>*

The question then becomes, does being a Regent of the Smithsonian qualify as holding any Office under the United States?

According to DOJ, “The most common problem under the Ineligibility Clause arises from legislation that creates a commission or other entity and simultaneously requires certain ...members be Representatives or Senators, either *ex officio* or by selection or nomination by congressional leadership.”<sup>110</sup> Although advisory or purely ce-

<sup>105</sup> 20 U.S.C. § 78.

<sup>106</sup> UNITED STATES. National Museum of the American Indian Act, **Public Law**. 101-185, 103 Stat. 1336 (Nov. 28, 1989).

<sup>107</sup> UNITED STATES. Native American Graves Protection and Repatriation Act, **Public Law**. 101-601, 104 Stat. 3048 (Nov. 16, 1990).

<sup>108</sup> MITTAL, Anu K. **Key Federal Agencies' and the Smithsonian Institution's efforts to Identify and Repatriate Indian Human Remains and Objects**. Available at: <<http://www.gao.gov/assets/130/126466.pdf>>.

<sup>109</sup> UNITED STATES. Constitution. art. I, § 6, cl. 2

<sup>110</sup> DELLINGER, Walter. The Constitutional Separation of Powers Between the President and Congress. **Opinion of the Office of Legal Concern**, Washington, vol. 20. p. 124-181, may 1996. Available at: <[https://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/1996/05/31/olc-v020-p0124\\_0.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/1996/05/31/olc-v020-p0124_0.pdf)>. p. 160.

remonial roles are permissible, appointing a currently serving member of Congress to a role in which he would perform executive functions would violate the Ineligibility Clause.<sup>111</sup> Given that the Smithsonian Congressional Regents are appointed respectively by the President of the Senate and the Speaker of the House, i.e., their role as Regents would violate the ineligibility clause to the extent the duties of the Regents were regarded as performing executive functions.

According to DOJ “designating a member of Congress to serve on a commission with any executive functions, even in what was expressed a purely ceremonial role, may render the delegation of significant governmental authority to the commission unconstitutional as a violation of the anti-agrandizement principle.”

Both *MWAA* and *Springer* struck down on general separation of powers principles provisions that envisioned the presence of legislators on managerial boards of public entities engaged in proprietary activities.<sup>112</sup>

Interestingly enough, the same problem might not obtain for judges and particularly the Chief Justice who serves on the Board of Regents. In *Mistretta v. United States*, “the principle of separation of powers does not absolutely prohibit Article III judges from serving on commissions...”<sup>113</sup>

## 6. CONCLUSION

The Smithsonian cannot survive a formalist critique of its status as a violation of the separation of powers. While the Smithsonian is clearly a government entity, and as it itself describes an “instrumentality” of the U.S., its powers are unclear. Its powers cannot be clearly described as judicial, legislative or executive. Its connection to the Vesting clauses is also unclear. While they perhaps tend toward the executive, the Smithsonian governing Board of Regents has no direct connection with the President of the United States. Though the President is legally the presiding officer of the “establishment, that body exercises no power and has not met in almost 90 years. Furthermore, no one on the Board of Regents, nor the Secretary of the Smithsonian is appointed by the President. The composition of the Board of Regents is problematic, particularly members of Congress. Norton’s idea for the reformation of the Board, which would mean Congress appointing all private individuals to the Board of Regents would eliminate the latter problem. Alternatives might be reforming the Smithsonian to make it more clearly federal and executive, like the National Archives and Record Administration that has a

<sup>111</sup> DELLINGER, Walter. The Constitutional Separation of Powers Between the President and Congress. **Opinion of the Office of Legal Concern**, Washington, vol. 20. p. 124-181, may 1996. Available at: <[https://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/1996/05/31/olc-v020-p0124\\_0.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/1996/05/31/olc-v020-p0124_0.pdf)>. p. 160.

<sup>112</sup> Currie (“as an original matter one might argue that the separation of power provisions with which we are concerned ... apply only to the business of governing, not to government-run business.”).

<sup>113</sup> UNITED STATES. ***Mistretta v. United States***. Supreme Court of United States. 488 U.S. 361, 404 (1989)

similar mission or putting the Smithsonian under say the Department of the Interior in the executive branch, or placing it under the Congress, like the Library of Congress. But these alternatives remain unexplored and would involve a radical reformulation of the Smithsonian's functions and certainly its board. More appropriately, the Smithsonian is likely to continue as has for 170 years, an early form of encroachment on the three branches theory of government, a bundle of contradictions and compromises based upon historical idiosyncrasy and convenience, bereft of principle, but none-the-less effective as the world's largest and most popular museum, educational and research complex.

## 7. REFERENCES

- BATTIATA, Mary. Saudi Gift Controversy at the Smithsonian. **Washington Post**, Washington, 9 oct. 1985. Available at: <<https://www.washingtonpost.com/archive/lifestyle/1985/10/09/saudi-gift-controversy-at-the-smithsonian/ac61fda89bf5-4398-9b78-296ed18e7678/>>.
- CURRIE, David P. The Smithsonian. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 70, n. 1, p. 65-71, jan./mar. 2003.
- DELLINGER, Walter. The Constitutional Separation of Powers Between the President and Congress. **Opinion of the Office of Legal Concern**, Washington, vol. 20. p. 124-18, may 1996. Available at: <[https://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/1996/05/31/op-olc-v020-p0124\\_0.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/1996/05/31/op-olc-v020-p0124_0.pdf)>.
- GOODE, George Brown (Ed.). **The Smithsonian Institution, 1846-1896, The History of its First Half Century**. New York: De Vinne Press, 1897.
- HIRSCH, Arthur. Smithsonian Cancels Exhibit on Atomic Bomb. **Baltimore Sun Times**, Baltimore, jan. 31 1995. Available at: <[http://articles.baltimoresun.com/1995-01-31/features/1995031159\\_1\\_heyman-atomic-enola-gay](http://articles.baltimoresun.com/1995-01-31/features/1995031159_1_heyman-atomic-enola-gay)>.
- KMIEC, Douglas W. The Status of the Smithsonian Institution Under the Federal Property and Administrative Services Act. **Opinion of the Office of Legal Concern**, Washington, vol. 12, 122-127, june 1988. Available at: <<https://www.justice.gov/file/24096/download>>.
- MANNING, John F. Separation of Powers As Ordinary Interpretation. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 124, p. 1942-2040, 1939.
- MITTAL, Anu K. **Key Federal Agencies' and the Smithsonian Institution's efforts to Identify and Repatriate Indian Human Remains and Objects**. Available at: <<http://www.gao.gov/assets/130/126466.pdf>>.
- SMITHSONIAN INSTITUTION. General History. **Smithsonian Archives**. Available at: <<http://siarchives.si.edu/history/general-history>>.
- SMITHSONIAN INSTITUTION. **Legal Nature of the Smithsonian**. Available at: <[www.si.edu/OGC/legal-history](http://www.si.edu/OGC/legal-history)>.

SMITHSONIAN INSTITUTION. Memorandum for the Director, Office of Personnel Management from Assistant Attorney General Ulman. **Opinion of the Office of Legal Concern**, Washington, vol. 3, 1979.

SMITHSONIAN INSTITUTION. **Smithsonian Institution FY 2016 Budget Justification to Congress**. Available at: <<http://www.si.edu/content/pdf/about/fy2016-budgetrequest.pdf>>.

STRAUSS, Peter. Formal & Functional Approaches to Separation of Powers Questions – A Foolish Inconsistency? **Cornell Law Review**, New York, vol. 72, n. 3, p. 488-526, mar. 1987.

UNITED STATES. Memorandum for the Director, Office of Personnel Management from Assistant Attorney General Ulman. **Opinion of the Office of Legal Concern**, Washington, vol. 3, 274-242, 1979.



## Consumer law in Constitution: a big mistake? The specific case of aviation in Brazil

### *Direito do consumidor na Constituição: um grande erro? O caso específico da aviação no Brasil*

DELPHINE AURELIE LAURENCE DEFOSSEZ\*

Universidade de Brasília (Brasil)

delphine.defossez@live.be

<http://orcid.org/0000-0001-7285-0491>

Recebido/Received: 30.03.2017 / March 30<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 07.08.2017 / August 7<sup>th</sup>, 2017

#### Abstract

Globalisation, alongside with the growth in trade and wealth has influenced the considerable development of consumer law over the last 50 years. In some countries, consumer rights have been embraced at the highest Constitutional level. For instance, in Brazil, consumer protection has been given a constitutional value. This constitutional value has been reinforced by the approach taken by the Federal Supreme Court of Brazil with regard to that nation's Consumer Code (CDC). In spite of the existence of a specific federal agency with its own rules to govern civil aviation, the services rendered by airline companies are also subject to the Consumer Code. For an obscure reason, and even though logic would favor application of the Montreal Convention, Brazilian judges prefer to apply the Brazilian Consumer Code to international air service, in cases involving consumers. The conflict between the Montreal Convention and the CDC is limited to one area, which is one of the most important areas regulated by the Convention, namely the civil

#### Resumo

A globalização, ao lado do crescimento do comércio e da riqueza, influenciou o considerável desenvolvimento do Direito do Consumidor durante os últimos 50 anos. Em alguns países, o Direito do Consumidor é regulado em nível constitucional. Por exemplo, no Brasil, a proteção do consumidor foi determinada como um valor constitucional. Este valor constitucional foi reforçado pela abordagem levada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil em relação ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC) daquela nação. Apesar da existência de uma agência federal específica com suas próprias regras, os serviços feitos por companhias de linha aérea estão também sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, apesar da existência de uma agência federal específica com suas próprias regras. Por uma razão obscura, e embora a lógica favorecesse a aplicação da Convenção de Montreal, os juízes brasileiros preferem aplicar o CDC ao serviço aéreo internacional, em casos que envolvem os consumidores. O conflito entre a Convenção de Montreal e o CDC é limitado a uma área que é um das mais importantes

Como citar esse artigo/How to cite this article: DEFOSSEZ, Delphine Aurelie Laurence. Consumer law in Constitution: a big mistake? The specific case of aviation in Brazil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 3. p. 61-83, set./dez. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i3.51532.

\* Ph.D. candidate from Universidade de Brasília (Brasília-DF, Brasil). LL.M in comparative international and european law, at European University Institute, Florence, Italy. LLM in international maritime and commercial law, Swansea University. E-mail: [delphine.defossez@live.be](mailto:delphine.defossez@live.be).

responsibility of the carrier. This paper demonstrates that the inclusion of consumer rights as constitutional rights does not improve the standard of consumer protection but instead put a heavy burden on airlines and in the case of the CDC even creates legal uncertainty.

**Key-words:** Aviation; CDC; consumer rights; fundamental rights; Constitution.

*entre aquelas reguladas pela Convenção: a responsabilidade civil do portador. Este artigo demonstra que a inclusão de direitos de consumidor como direitos constitucionais não melhora o padrão de proteção de consumidor, mas, ao revés, põe um fardo pesado em linhas aéreas e no caso do CDC cria até mesmo insegurança jurídica.*

**Palavras-chave:** Aviação; CDC; direito do consumidor; direitos fundamentais; Constituição.

## CONTENTS

**1. Introduction; 2. Consumer law as universal human right: a utopia?; 3. Recognition of consumer rights as fundamental rights at international and national level; 4. Constitutional rights: European and Brazilian approach; 4.1. The European approach; 4.2. The Brazilian approach; 5. International treaties in the Brazilian system; 6. The specific case of the *Código de Proteção e Defesa do Consumidor* (CDC) in aviation and the role of the Brazilian courts; 7. Conclusion; 8. References.**

### 1. INTRODUCTION

Globalisation, alongside with the growth in trade and wealth has influenced the considerable development of consumer law over the last 50 years. As a result, numerous regulations have been adopted to ensure a fair balance between professional suppliers and individuals. In some countries, consumer rights have been embraced at the highest Constitutional level. For instance, in Brazil, consumer protection has been given a constitutional value. This constitutional value has been reinforced by the approach taken by the Federal Supreme Court of Brazil with regard to that nation's Consumer Code (CDC).<sup>1</sup>

Brazil is not the only country having done so. Indeed, awareness of consumer rights as basic rights started with a message to the US Congress by the then President John F. Kennedy in March 1962.<sup>2</sup> President John F. Kennedy outlined four fundamental consumer rights.<sup>3</sup> Although this declaration had no impact on the US Constitution and had no specific value, this speech had some repercussion elsewhere. This speech contributed to the emergence of new social and legal phenomena. Currently, consumer protection is ensured by some provisions in 47 countries, the majority of which are developing countries or had their constitution drafted in time of economic harshness.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990

<sup>2</sup> Public Papers of the United States. J. F. Kennedy – Public Messages, Speeches and Statements of the President, 1.1.– 31.12. pp. 235–240, United States. Office of the Federal Register. U.S. Govt. Print. Off., 1962; KINGSEPP, Margus. The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights. *Juridica International Law Review*, Ulikooli, vol. 19, p. 49–58, 2012. p. 49.

<sup>3</sup> Public Papers of the United States. J. F. Kennedy, Op. Cite 2.

<sup>4</sup> ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON. Characteristics of National Constitutions, Version 2.0. Comparative Constitutions Project, 2014. Available at: <<https://www.constituteproject.org/search?lang=en&key=conright>>.

The European Union has a somewhat different approach to consumer protection. Indeed, since the Single European Act, the Union guarantee a high level of consumer protection, as embodied in the Charter of Fundamental Rights and the European treaties. Additionally, Article 12 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) only sets as a general objective that "Consumer protection requirements shall be taken into account in defining and implementing other Union policies and activities." Therefore, although there are references in the 'constitution' of the European Union, the references are so vague that a large room of maneuver is left to the Union institutions and the Member States.<sup>5</sup>

Although embodied in several constitutions, the discussion of the substantive meaning of consumer protection as a new type of fundamental rights has rather been modest. The main purpose of this paper is to assess whether the inclusion of extensive provisions on consumer protection, such as in Brazil, has a negative impact, especially on aviation. To answer the main question, the extent to which consumer protection is recognized as fundamental rights at international and national level will be explored. In the case of aviation, it will be demonstrated that the inclusion of consumer rights as Constitutional rights does not improve the standard of consumer protection but instead put a heavy burden on airlines and in the case of the CDC even creates legal uncertainty. The legal uncertainty that the CDC creates for foreign airlines has led to an increase in flight tickets and the closure of some routes that were not considered lucrative enough. The approach taken by the Federal Supreme Court is dangerous on another level as it does not respect the principle of reciprocity and disregards the international obligations contained in treaties. Although in every constitution contains enumerated and unenumerated rights, a major constitutional issue is linked to the question of whether courts have authority to enforce rights that are not actually directly granted by the Constitution itself.<sup>6</sup> A subquestion is whether, even though the right has been enumerated in a very broad abstract way, courts may give prevalence over international treaties. In the case of aviation in Brazil, the declaration of basic consumer rights as Constitutional rights is more associated with changes for the worse.

## 2. CONSUMER LAW AS UNIVERSAL HUMAN RIGHT: A UTOPIA?

"To counterbalance market inequalities, there have been continuous attempts to create global ethical values through a declaration of fundamental consumer rights."<sup>7</sup>

<sup>5</sup> The Treaty of the European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) are never referred to as the constitution of the European Union. However in practice, the Treaties fulfill the same role as a constitution.

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled. **University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 81, p. 381- 432, 1992. p. 381.

<sup>7</sup> KINGSEPP, Margus. The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights. **Juridica International Law Review**, Ülikooli, vol. 19, p. 49-58, 2012. p. 50.

Human rights as a concept traditionally refer to the notion human beings that possess universal rights. These rights are commonly regarded as 'inalienable fundamental rights to which a person is inherently entitled simply because she or he is a human being'.<sup>8</sup> In other words, human rights are universal rights flowing from the simple fact that a person is a human being. Some authors advocate the idea that consumer is a basic human condition and therefore basic consumer rights should be recognised.<sup>9</sup>

Deutch has tried to demonstrate that consumer rights possess the three main characteristics of human rights and that they had the potential to become soft human rights.<sup>10</sup> Those characteristics are: first, there is a universal acceptance of consumer rights as there is increasing international recognition of consumer rights in international treaties. Second, consumer rights to fair trade, safe products, and access to justice are granted to maintain human dignity and well-being, notwithstanding the economic market impact. Third, consumer rights are similar to other accepted human rights in that they are intended to protect individuals from arbitrary infringements by governments. This last characteristic is problematic as consumer rights inevitably require governmental intervention and are directed against companies, not governments.<sup>11</sup> Although in Brazil some have tried to use the Consumer Code (CDC) to complain about taxation issues, no courts have ever accepted to apply the CDC to taxation matters. In a consumer relationship, governments are not involved, except to remedy market failures, as it is a private relationship between a consumer and a seller.<sup>12</sup>

It is true that a number of aspects of consumer activities are falling within human rights protection. For instance, product liability guarantees that human health and physical integrity, which is part of the broader fundamental right to life, is respected.<sup>13</sup> However, in most of the case consumer law is only indirectly connected to human right issues, such as discrimination or child labour. To push the boundaries of human rights is a risky move as at the end every human activity can be indirectly linked to a human right issue.

Since nearly all human activities can be indirectly linked to human right issues, a distinctive feature of human rights, that is widely accepted, has been added. Such rights should satisfy fundamental interests and needs, which if violate or neglect could

<sup>8</sup> SEPULVEDA M. et al. **Human Rights Reference Handbook**. Costa Rica: University for Peace, 2004, p. 3.

<sup>9</sup> DEUTCH, Sinai. Are consumer rights human rights? **Osgood Hall Law Journal**, North York, vol. 32, n. 3, p. 537-578, oct./dec. 1994. p. 551-552.

<sup>10</sup> DEUTCH, Sinai. Are consumer rights human rights? **Osgood Hall Law Journal**, North York, vol. 32, n. 3, p. 537-578, oct./dec. 1994. p. 551-552.

<sup>11</sup> BENOHR, I.; MICKLITZ, Hans. Consumer protection and human rights. In: HOWELLS, I.; RAMSAY, T. (Ed.). **Handbook of Research on International Consumer Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010. p. 25.

<sup>12</sup> For a deeper discussion about market failures, see BOURGOIGNIE, T. **Foundations, features and instruments of European Union consumer law and policy**. Louvain: Université Catholique de Louvain, 1996. p. 3-4.

<sup>13</sup> HARDING, C.; KOHL, U.; SALMON, N. **Human Rights in the Market Place**: The Exploitation of Rights Protection by Economic Actors. Aldershot: Ashgate, 2008. p. 69.

cause death or dire suffering. Violation of consumer rights rarely creates such tragic consequences. Human rights are also often abstract, while consumer rights are laid down in legislations that are relatively clear-cut.

Consumer is not a new concept, since the starting of civilisation there has been trading and therefore suppliers and buyers. Even though globalisation has changed some of the realities, at the time of the first human right declarations, no one deemed fit to include such rights. The changes have not been so radical to explain this sudden need of considering consumer protection as a fundamental right. By considering consumer protection as a fundamental right, the legislators overprotect consumers and creates a disequilibrium in the market. Legislators start to interfere in the market making harder for companies to compete or even survive.

Even in the UN International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which forms part of the International Bill of Human Rights, Article 11 (1) only refers to the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing, and housing, and to the continuous improvement of living conditions.<sup>14</sup> These goals indirectly refer to consumer protection. However, even the UN has refused to include consumer protection as fundamental rights. Therefore, consumer right protection as a universal fundamental right is a utopia.

### **3. RECOGNITION OF CONSUMER RIGHTS AS FUNDAMENTAL RIGHTS AT INTERNATIONAL AND NATIONAL LEVEL**

At international level, no hard law has been enacted. However, some guidelines, which provide a set of basic consumer protection, has been introduced and embodied in the 1985 UN Guidelines for Consumer Protection.<sup>15</sup> Eight fundamental consumer rights are listed which include protection of basic needs, the right to be informed, to safety, to choice, to redress, to consumer education, to a healthy and sustainable environment and finally the right to be heard. The right to sustainable consumption was added in 1999.

The guidelines provide a policy framework for implementation of national law, as the government has agreed. Even though the rights embodied are not mandatory, the guidelines have significantly influenced international legal thinking.

At EU level, consumer protection as fundamental rights is an exception. Indeed, neither the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms nor the European Social Charter mentions consumer rights explicitly.<sup>16</sup> Only Article 11

<sup>14</sup> UNITED NATIONS. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. Available at <<http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>>.

<sup>15</sup> UNITED NATIONS. **Guidelines for Consumer Protection** (as expanded in 1999). New York: United Nations, 2003.

<sup>16</sup> Council of Europe. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (as amended by protocols 11 and 14). Available at <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CL=ENG> (most recently ac-

of European Social Charter indirectly refers to consumer right by referring to the right of health protection. In the Charter of Fundamental Rights names, among other rights, consumer rights, especially Article 38. Some even try to rely on Article 6 of the European Convention on Human Rights, the right to life, to argue that consumer protection should have a fundamental right value.<sup>17</sup>

The only reference in the EU treaties can be found in Article 2 of the Treaty on the European Union (TEU) as an indirect reference and directly in Article 12 TFEU. The European Council issued in 1975 a special program for consumer protection and information policy and then various other successors.<sup>18</sup> All these documents have served as a basis for the growing corpus of directives and regulations in the area of consumer protection. For instance, the right to protection of health and safety is clearly regulated in the General Product Safety Directive.<sup>19</sup> The right to claim damages is addressed mainly by the Product Liability Directive.<sup>20</sup> Various directives are aimed at the protection of consumers against unfair commercial practices and unfair contract terms.

#### 4. CONSTITUTIONAL RIGHTS: EUROPEAN AND BRAZILIAN APPROACH

A constitution is the backbone of any modern legal system. Under Kelsen's theory, an act gains its normative meaning from a higher legal norm. At some point, a norm has not been authorized by any other legal norm but is presupposed to be legally valid. Kelsen called the normative content of this presupposition the basic norm. The constitution is always the basic norm.<sup>21</sup>

The exercise of a State's power is based on a legal infrastructure, which is anchored in a constitution that guarantees minimum rights to the population.<sup>22</sup> These rights are preserved by institutional mechanisms based on the concept of the Rule of Law. Constitutional right must be based on a valid Constitutional norm that grants such

cessed on 28.5.2012); Council of Europe. European Social Charter (as revised in 1996). Available at [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/default_en.asp) (most recently accessed on 28.5.2012).

<sup>17</sup> KINGISEPP, Margus. The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights. *Juridica International Law Review*, Ülikooli, vol. 19, p. 49-58, 2012. p. 51 MENENDEZ, A. J. Some elements of a theory of European fundamental rights. In: MENENDEZ, A. J.; ERIKSEN E. O. **Arguing Fundamental Rights**. New York: Springer, 2006. p. 163.

<sup>18</sup> Council Resolution of 14.4.1975 on a preliminary programme of the European Economic Community for a consumer protection and information policy. – OJ C-092, 25.4.1975.

<sup>19</sup> Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council of 3.12.2001 on general product safety. – OJ L 11, 15.1.2002, p. 417.

<sup>20</sup> Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products. – OJ L 210, 7.8.1985

<sup>21</sup> KELSEN, H. **General Theory of Law and State**. Cambridge: Harvard University Press, 1945; KELSEN, H. **Introduction to the Problems of Legal Theory**. Wotton-under-Edge: Clarendon Press, 2002.

<sup>22</sup> Not all modern societies have a Constitution to limit the sovereign's power. For example, in the U.K. the Parliament is seen as the sovereign, having the power to change any rules that exist in its political system. See DICEY, A. V. **The Law of the Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

right. "Only norms according to which Constitutional rights are granted are taken to be Constitutional-rights norms."<sup>23</sup> Any discussion on fundamental rights presupposes a distinction between Constitutional and non-fundamental rights, referring to the hierarchy of norms lying at the very root of any legal system. When a right receives a constitutional value, it is hard to change it.

#### 4.1. The European approach

A constitutional comparison of the law of the various Member States reveals very divergent approaches to consumer rights and their incorporation in the states systems. These differences are often the result of the approaches taken toward welfare systems embodied in the constitutions. The approaches to welfare systems are often linked to fundamental right recognition and determine the recognition of consumer protection as a fundamental right or not.<sup>24</sup>

Three models can be distinguished within the European context: the protective model, the moderate model and the liberal model. The protective model is characterized by the inclusion within the constitution of extensive fundamental social rights. Often the provisions embodying these rights are instructions to the state when enacting further measures to enable citizens to exercise the rights concerned.<sup>25</sup> The moderate model combines a liberal approach with the definition of rights. Often this system includes policy clauses to oblige governments to stimulate the labour market. Finally, in the liberal model, social rights are not included in the constitutions.

In most European Member States, consumer rights are fixed in ordinary legislation, following either the moderate model or the liberal model.<sup>26</sup> Most Member States, such as Germany, Finland, Great Britain, Sweden, and Estonia, do not have provisions on consumer rights in their constitutions and are far from awarding consumer rights the status of fundamental rights. For instance, the UK and Austria have a liberal model. Indeed, both countries follow a very liberal attitude toward economy which is difficulty reconcilable with the adoption of specific social rights. Especially in the UK were no formal constitution was enacted. It was clear for the legislators of these two countries that fundamental social rights did not need to be enshrined in a constitution for the state to assure basic social services. The moderate model is applied in Germany and France. Social rights are protected through a welfare state clause in the German Basic Law, which

<sup>23</sup> KINGISEPP, Margus. The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights. *Juridica International Law Review*, Ülikooli, vol. 19, p. 49-58, 2012. p. 52; ALEXY, R. **A Theory of Constitutional Rights**. Oxford University Press, 2004, p. 19.

<sup>24</sup> BUTT, M.; KUEBERT J.; SCHULTZ C. **Fundamental Social Rights in Europe**. Luxembourg: European Parliament, 1999. Available at: <[http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104_en.pdf)>.

<sup>25</sup> BUTT, M.; KUEBERT J.; SCHULTZ C. **Fundamental Social Rights in Europe**. Luxembourg: European Parliament, 1999. Available at: <[http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104_en.pdf)>. p. 33.

<sup>26</sup> BRUGGEMEIER, G. et al. **Fundamental Rights and Private Law in the European Union I** – a Comparative Overview. Cambridge: Cambridge University Press 2010. p. 651-652.

must be respected in any action that the public authorities are taking. In none of the constitutions of these two countries, consumer protection is specifically mentioned.

Other Member States, mostly Mediterranean countries which are famous for their strong social rights influence, such as Spain, Italy and Portugal but also Eastern European countries, have incorporated fundamental or basic consumer rights in their national constitution. The Constitutional courts of these countries have also been proactive in maintaining a comprehensive protection of their citizens, through the careful reading of the consumer rights provisions.

The Constitution of the Portuguese Republic of 1982 acknowledges consumer rights in its Article 60 (1).<sup>27</sup> Even though consumer rights are embodied in Article 60(1), the Article only refers to the right to good quality of the goods and services consumed, to training and information but also the protection of health, safety, and their economic interests and finally to reparations for damages.<sup>28</sup> Consumers also have an institutional guarantee, embodied in Article 60(3), of procedural rights. Consumer protection was elevated to basic rights through this constitutional provision. This provision was the basis for the Consumer Protection Law of Portugal of 1981.

According to Article 51 (1) of the Constitution of Spain of 1978, the public authorities is obliged to guarantee the protection of consumers and must take effective measures to safeguard their safety, health and legitimate economic interests.<sup>29</sup> The second paragraph of the same Article stipulates that “the public authorities shall promote the information and education of consumers and users, foster their organization, and hear them on those matters affecting their members (...)"

Although it has constitutional value, the provision only indicates the principles that the state should bear in mind while enacting policies but does not provide rights for individuals.<sup>30</sup> The article provides for basic consumer rights, such as information, education and health, which was the basis for the Law for the Defence of Consumers and Users of 1984.

Various Central and Eastern European countries, especially the ones influenced by German law, such as Poland or Hungary, social rights were inserted in the new constitutions but still followed the principle of the social market economy, making it difficult to classify the country between moderate liberal than protective. Poland also

<sup>27</sup> HOWELLS, Geraint G.; RAMSAY, I.; WIHELMSSON Thomas. **Handbook of Research on International Consumer Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010. p. 37.

<sup>28</sup> Constitution of the Portuguese Republic, seventh revision (2005). Available at <<http://www.en.parlamento.pt/Legislation/CRP/Constitution7th.pdf>>.

<sup>29</sup> The article states that: “The public authorities shall guarantee the protection of consumers and users and shall, by means of effective measures, safeguard their safety, health and legitimate economic interests.”

<sup>30</sup> SCHULTE-NOLKE H.; TWIGG-FLESNER C.; EBERS C. **EC Consumer Law Compendium – the Consumer Acquis and Its Transposition in the Member States**. Munich: Sellier European Law Publishers, 2008. p. 70; FERRERES-COMELLA, A.; AYO-FERRANDIZ, Spain. Consumers protection/product liability legal framework in Spain. **Mondaq**, nov. 2003. Available at <<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=23461>>.

has framework provisions indicating the principles of state policy in Article 76 of the Polish Constitution. The Polish Constitutional Court has had the opportunity to test the compliance of Polish law with the principles of consumer protection.<sup>31</sup> However, according to Letowska, judges are still reluctant to apply the new consumer provision added in the Polish Constitution. The Lithuanian Constitution has a similar provision, Article 46, which states that "[...] The State shall defend the interest of consumer".<sup>32</sup> Central and Eastern European countries had no tradition of consumer protection and therefore most of the provisions enacted in these constitutions are, at least partially, based on European law. Constitutional courts in Central Europe are giving a strong importance to the role of human rights.<sup>33</sup> Surprisingly, even in the newer constitutions, no catalogue of subjective consumer rights was provided. Such catalogue remains the peculiarity of the Portuguese Constitution.

Even with specific provisions elevating social rights to the level of basic rights, Portugal is bound to implement and apply European law and international law. Portugal protects consumers in a similar manner as Brazil. However, there are no instances of Portugal setting aside European or international law on the basis of their Constitution. Indeed, the Portuguese Constitution contains a provision giving prevalence to international and European law.<sup>34</sup>

## 4.2. The Brazilian approach

Brazil follows the protective model as the Brazilian Constitution enshrines various consumer rights provisions. The Federal Constitution of Brazil was adopted by the National Constituent Assembly in 1988. In fact, the National Congress stopped functioning as a legislative body and dedicated itself for nearly a year to the writing of the Brazilian Federal Constitution. The 1988 Federal Constitution is a complex document, full of self-executing dispositions. It did not follow the path of previous constitutions. Indeed, some articles, sections, and subsections were removed and some were added.

The Brazilian Constitution formally protects a vast array of fundamental human rights. As Keith S. Rosenn put it, Article 5, alone, 'impressively appears to protect virtually every form of known human right'.<sup>35</sup> The concept of human rights is probably the

<sup>31</sup> LETOWSKA, E. The Constitutional aspect of consumer protection in Poland. In : REICH N.; THEVENOZ, L. *Droit de la consommation – Konsumentenrecht – Consumer law*. Zurich: Liber amicorum Bernd Stauder, 2006. p. 227 et seq.

<sup>32</sup> The full article is: "Lithuania's economy shall be based on the right of private ownership, freedom of individual economic activity and initiative. The State shall support economic efforts and initiative that are useful to society. The State shall regulate economic activity so that it serves the general welfare of the Nation. The law shall prohibit monopolisation of production and the market and shall protect freedom of fair competition. The State shall defend the interest of consumer"

<sup>33</sup> SADURSKI, Wojciech. **Solange, chapter 3: Constitutional Courts in Central Europe- Democracy- European Union**. Firenze: European University Institute, 2006.

<sup>34</sup> Made clear in the Case C- 348/89, Mecanarte [1991] I - 3299

<sup>35</sup> ROSENN, K. S. Brazil's New Constitution: An Exercise in Transient Constitutionalism for a Transitional Society. **American Journal of Comparative Law**, Oxford, vol. 38 , n. 4, 1990. p. 778.

most thoroughly protected in the Brazilian Constitution than in the legislation of any other country in the world.<sup>36</sup> This can be deducted from the wording of the preamble of the Constitution which explicitly states that its main objective is to "institute a democratic state for the purpose of ensuring the exercise of social and individual rights, liberty, security, well-being, development, equality and justice as supreme values of a fraternal, pluralist and unprejudiced society, founded on social harmony and committed, in the internal and international orders, to the peaceful settlement of disputes".

Undoubtedly, Article 5 is the most impressive article on the protection of fundamental rights. On top of the long list of fundamental rights that are enumerated, a clause within Article 5 adds that rights explicitly mentioned do not preclude others derived from the ideal of 'democratic state under the rule of law' (*Estado Democrático de Direito*), or from any international conventions entered into by the government.

Article 5 of the Constitution is the most important, for the topic at hand. Article 5(1) (V) and (X) are the basis of the CDC. Article 5 (1) (V) states that: "All persons are equal before the law, without any distinction whatsoever, Brazilians and foreigners residing in the country being ensured of inviolability of the right to life, to liberty, to equality, to security and to property, on the following terms: (CA No. 45, 2004) [...] V – the right of reply is ensured, in proportion to the offense, as well as compensation for property or moral damages or for damages to the image"; Article 5 (1) (X) continues "X – the privacy, private life, honour and image of persons are inviolable, and the right to compensation for property or moral damages resulting from their violation is ensured."

The Brazilian legislator wanted to make sure to explicitly forbid any amendment to the Constitution aimed at abolishing, among other things, the individual rights and guarantees of the citizen that are explicitly or implicitly mentioned in the constitutional text, a stone clause was added in Article 60. Therefore, fundamental rights in Brazil are extremely well protected and consumer rights are strongly embodied in the Constitution.

To be able to later discuss the problem of the CDC, the place of international treaties in the Brazilian legal system must be analysed.

## 5. INTERNATIONAL TREATIES IN THE BRAZILIAN SYSTEM

Similarly to all countries<sup>37</sup>, the Brazilian Constitution is superior to all other laws, including international treaties, as made clear by the Federal Supreme Court in *Da Silva Couto v. Iberia-Líneas Aéreas de España S/A*.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> ROSENN, K. S. Judicial Review in Brazil: Developments under the 1988 Constitution. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, Los Angeles, vol. 7, 2000. p. 315.

<sup>37</sup> See for instance: BRICKER, J. W.; WEBB, C. Treaty Law vs. Domestic Constitutional Law. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, vol. 29, n. 4, p. 529-550, aug. 1954.

<sup>38</sup> RE no. 172720-RJ, Feb. 6, 1996, R.T.J. 162-03/1093. "The fact that the Warsaw Convention contains rules limiting the com-

Article 4 of the Brazilian Constitution governs Brazil's international relations under the following ten principles:

- I – national independence;*
- II – prevalence of human rights;*
- III – self-determination of the peoples;*
- IV – non-intervention;*
- V – equality among the states;*
- VI – defense of peace;*
- VII – peaceful settlement of conflicts;*
- VIII – repudiation of terrorism and racism;*
- IX – cooperation among peoples for the progress of mankind;*
- X – granting of political asylum.*

Article 4 further states: "the Federative Republic of Brazil shall seek economic, political, social, and cultural integration of the peoples of Latin America, in order to form a Latin-American community of nations." However, nowhere in the Constitution is the place of international law as a source of domestic law discussed. This omission was criticized by various authors as a missed opportunity by Brazilian legislators to choose between one of the two theories and create legal certainty with regard to international norms.<sup>39</sup> This omission is also having heavy repercussions in the aviation field, as the most important international treaties on the matters are regarded as ordinary laws.

Article 5(2) stipulates that "the rights and guarantees established in this Constitution do not preclude others arising out of the regime and principles adopted by it, or out of international treaties to which the Federative Republic of Brazil is a party." However, at the same time, Article 102 requires the Federal Supreme Court to safeguard the Constitution and the obligations provided by it. Specifically, Article 102 III (b) grants the Federal Supreme Court, on extraordinary appeal, the power to "declare[ ] the unconstitutionality of a treaty or a federal law." The Federal Supreme Court, under Article 105 III (a), can judge, on special appeal, a decision that is contrary to a treaty or federal law, or which denies the effectiveness of such instruments. The power of federal judges is further extended with respect to international treaties in Article 109 III. Under this Article, federal judges have the competence to institute legal proceedings in "cases

---

penalty of material damages does not exclude the possibility to grant moral damages. This possibility is amplified by the discomfort, embarrassment, boredom, and humiliation suffered by a passenger whose suitcase has been lost. For this reason, and following the observation made by the Political Letter of the Republic, Articles 5 V and X override treaties and conventions ratified by Brazil" RE No. 172720-9-RJ, Min. Marco Aurélio, DJ, 21.02.1997.

<sup>39</sup> BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 452.

based on a treaty or a contract of the Republic with a foreign State or international organization."

Although the position of international treaties seems clear, in the area of aviation, the conflict between the *Código de Proteção e Defesa do Consumidor* (CDC) and the Montreal Convention has not yet been settled.

## 6. THE SPECIFIC CASE OF THE *CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR* (CDC) IN AVIATION AND THE ROLE OF THE BRAZILIAN COURTS

Article 2 of the CDC defines a consumer as a legal or physical person that uses the product or service as an end consumer.<sup>40</sup> However, the article allowing the Brazilian courts to rely on the CDC is Article 3. This article refers to the service provider, which can be either a national or a foreigner. "Service" is defined in Article 3(2) in such broad terms that any type of service would fall within its definition.

With regard to international transportation, a specific article was added to the Constitution. Indeed, Article 178(1) states that "[t]he law shall provide for the regulation of air, water and ground transportation, and it shall, in respect to the regulation of international transportation, comply with the agreements entered into by the Union, with due regard to the principle of reciprocity." Brazil has ratified both the Warsaw and the Montreal Conventions, which apply to liability cases involving international transportation by air. The Warsaw Convention established a fault-based system of responsibility and a limitation of liability for air carriers. The Montreal Convention of 1999 modernized the Warsaw system and consolidated it into a single document while retaining the limitation of liability. In Brazil, the liability of air carriers for damages was regulated by the Civil Code in conjunction with Article 84 do *Decreto no. 16.983*, 1925. Then the *Código Brasileiro do Ar* de 1938 (Decreto-Lei no. 483, de 08.06.1938) was enacted but later replaced by the *Novo Código Brasileiro do Ar* de 1967 (Decreto-Lei no. 32, de 18.11.1966). The Warsaw Convention was transposed in the *Código Brasileiro de Aeronáutica* de 1986 (Lei no. 7.565, de 19.12.1986). However, none of these laws provide an answer for delayed flights, canceled flights, or denied boarding. Consequently, the approach taken by Brazilian courts to raise the Brazilian Consumer Code to the level of a superior law is, therefore, contrary to the requirement of this Article.<sup>41</sup> Furthermore, such an approach violates the principle of reciprocity.

<sup>40</sup> Passengers are within the definition as made clear in two 2009 cases: *Silva v. C.A. Viagens Ltda.*, T.J.S.C., Ap. Civ. No. 2008.024456-5, Relator: Des. Fernando Carioni, 25.11.2008, and *América Latina Companhia de Seguros v. Deustche Lufthansa AG*, STJ-AgRg No. REsp 262687/SP no. 2000/0057696-4, Relator: Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves, 15.12.2009.

<sup>41</sup> The argument of Air France in Extraordinary Appeal (Recurso Extraordinário) No. 636331 was heavily based on conflict.

When the Brazilian Constitution was enacted, it provided in its Article 5 V and X for moral damages, little did we know that this provision would be so widely used. The *Código de Proteção e Defesa do Consumidor* (Consumer Code, or CDC) is based on Article 5 of the Constitution. Despite the existence of federal laws and a specific federal agency (ANAC) with its own rules to govern civil aviation, the services rendered by airline companies are subject to the Consumer Code. For an obscure reason, and even though logic would favor application of the Montreal Convention, Brazilian judges prefer to apply the Brazilian Consumer Code to international air service, in cases involving consumers. The main argument to apply the CDC instead of the Conventions is based on the fact that the obligation to fully compensate, as introduced in Article 6 VI, is a basic right of consumers. Therefore, the limitation of liability cuts directly against this principle and should be disappplied in cases involving consumers.

The conflict between the Montreal Convention and the CDC is limited to the civil responsibility of the carrier, which is one of the most important areas regulated by the Convention. No apparent conflict of norms between the two regimes exists when no consumer relationship is involved, as the CDC will not shelter typical commercial relationships. The conflict of norms is evident when analyzing cases dealing with delay, cancellation, luggage loss, etc.<sup>42</sup>

The Consumer Code brought important modifications to the Brazilian legal order. The Warsaw system was already incompatible with Brazilian law,<sup>43</sup> but this incompatibility was nothing compared to the changes brought by the Code. Indeed, the Code established the principles of integral refund and objective responsibility. These two principles are rooted in the Brazilian Constitution,<sup>44</sup> as are principles of economic order.<sup>45</sup> The Code is considered the exclusive law applicable to consumers' cases. A decision of the Federal Supreme Court attests to such an approach with regard to airline tickets.<sup>46</sup> The same holds true for lost luggage, which entitles the owner of the luggage to a minimum compensation of R\$ 4.000 which respects the 1000 SDRs of Article 19 of the Montreal Convention.<sup>47</sup> As a result, the compensation offered by Brazilian courts

<sup>42</sup> In a report from the secretariat for consumers of the Ministry of Justice, it was not excluded that the CDC would apply in accidents as well. See Ministério da Justiça Secretaria Nacional do Consumidor Gabinete da Secretaria, Ofício Circular N. 5762-2012/Senacol/MJ, Sept. 2012.

<sup>43</sup> The liability was much higher in the Warsaw Convention than in the Code. Under the Brazilian Code of Air, the damages are calculated in Obrigações do Tesouro Nacional, not in SDR. NORONHA, Fernando. A Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo por Dano a Pessoas, Bagagens e Cargas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 44, p. 168-184, out./nov. 2002, p. 173.

<sup>44</sup> Art. 5 XXXII (Braz.).

<sup>45</sup> *Id.* art. 170 V.

<sup>46</sup> Varig S/A v. Jardim, RE No. 351750, Relator: Min. Marco Aurélio, 17.03.2009, R.J.S.P. 57-384/137.

<sup>47</sup> In 2012, this equaled approximately 1,600 euros. See, e.g., Eboli v. TAP Air Portugal, T.J.R.J., Ap. Civ. No. 0033664-97.2012.8.19.0001, Relator: Des. Andre Ribeiro, 25.10.2012. For other judgments of the same court, see Empresas Aéreas – Extravio, Violiação E Furto De Bagagens, Banco do Conhecimento, [http://www.tjrf.jus.br/documents/10136/31308/responsabilidade\\_civil\\_empresas\\_aereas\\_extravio\\_violacao\\_furto\\_bagagens.pdf](http://www.tjrf.jus.br/documents/10136/31308/responsabilidade_civil_empresas_aereas_extravio_violacao_furto_bagagens.pdf).

are tremendously higher than the Conventions establish. According to Article 19 of the Montreal Convention establishes the higher limit at 4150 SDR (equivalent to R\$18.000). For instance, in a decision of the 6th Civil Court of Belo Horizonte, the court ordered the air carrier Gol to compensate R\$ 30.000 in moral damages to a passenger and her two children for negligent service offered by the company.<sup>48</sup> The judge took into account the upsets that the family suffered during a trip from Belo Horizonte to Lisbon in September 2006. According to the family, after many difficulties, they managed to travel to their destination, but on a different itinerary than the one contracted for. Besides the change in itinerary, the company only paid part of the altered tickets, meals, transport, and telephone expenses.

Looking at the figure, it seems that Brazilian courts are respecting the Convention, although not directly referring to it. However according to the Convention itself, Article 19 establishes that: "The carrier is liable for damage occasioned by delay in the carriage by air of passengers, baggage or cargo. Nevertheless, the carrier shall not be liable for damage occasioned by delay if it proves that it and its servants and agents took all measures that could reasonably be required to avoid the damage or that it was impossible for it or them to take such measures." Since the conventions are silent regarding the measure of damages for delay, the matter is left to be decided by the competent court to which the case is referred to. The *lex fori* determines the conditions under which damage due to delay may be compensated.<sup>49</sup>

Divergent approaches have been taken. For instance, courts in the US interpret this Article as only related to material damages<sup>50</sup> while in the EU the Court of Justice of the European Union has established that the article could cover immaterial damages as well.<sup>51</sup> However, one common denominator is that within the 4150 SDRs everything should be included the new flights, the telephone expenses, etc. Rarely is moral damages granted unless the passengers demonstrate that the delay resulted in lost.<sup>52</sup> The consensus at international level is that consequential loss is compensated only when the passengers establish causality between delay and damage. Moral and psychological damages resulting from the delay are not compensable.<sup>53</sup> However, in Brazil, moral damages are the basis of compensation. More problematic, by only applying the CDC, Brazilian courts do overlook the second part of Article 19 of the Montreal Convention

<sup>48</sup> In 2006, this amount equaled approximately 12,000 euros. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil** São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>49</sup> MILLER, Georgette. **Liability in international air transport Deventer**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1977. p. 160.

<sup>50</sup> Campbell v. Air Jamaica Ltd., No. 11-CV-23233, 2012 WL3562126 (S.D. Fla. August 17, 2012); *Verdesca ex rel., v. American Airlines, Inc.*, 3:99-CV-2022-BD, 2000 WL 1538704, (N.D. Texas Nov. 17, 2004)

<sup>51</sup> Case C-63/09, *Axel Walz v Clickair SA*, paragraph 29.

<sup>52</sup> GIEMULLA, Elmar; SCHMID, Ronald. **Montreal Convention Commentary**. The Hague: Kluwer Law International, 2006.

<sup>53</sup> For instance: *Barrett v United Airlines* No 92 C 5578 (ND, III, 1994) 1994, WL 419637

which lift the carriers liability and requires the carrier to “[...] proves that it and its servants and agents took all measures that could reasonably be required to avoid the damage or that it was impossible for it or them to take such measures”, leaving airlines with few defences.

Indeed, unlike the Warsaw and the Montreal Convention, the CDC does not require any fault for the service provider to be held liable to the consumer, according to Article 14.<sup>54</sup> Exclusions of liability are embodied in the third paragraph of that article. The burden of proof is on the service provider invoking one of the exemptions, namely that the fault is solely due to the passenger or that there is no defect on the side of the service provider.<sup>55</sup> Surprisingly, the CDC does not refer to force majeure or Act of God, adopting a similar system as maritime or road conventions.<sup>56</sup> Articles 25<sup>57</sup> and 51<sup>58</sup> restrict greatly any limitation of liability that the carrier could try to invoke. This omission is in direct contradiction with the extraordinary circumstances provisions embodied in both the Warsaw and Montreal Conventions.<sup>59</sup> This omission renders the CDC stricter than the other systems.

On top of being stricter on the defenses available, Article 22 imposes a certain threshold on companies offering services to the public.<sup>60</sup> Additionally, if a company fails to meet the required standards, it is obliged to fully and integrally compensate the consumer for both material and immaterial damages.<sup>61</sup> Article 39 of the CDC prohibits any situation that leaves the consumer in excessive disadvantage. Therefore, if any alteration to a flight occurs before the check-in time, airlines are required to contact passengers by all possible means available, such as e-mail, telephone, and on-site contact. To avoid running afoul of Article 39, airline companies must seek confirmation that passengers have knowledge of the alteration. Article 39 put an obligation far beyond the obligations under the Conventions.

<sup>54</sup> *Id.* art. 14: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes e inadequadas sobre a fruição e risco.”

<sup>55</sup> *Id.*: “I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; ou II – a culpa é exclusiva do consumidor ou do terceiro.”

<sup>56</sup> The same exclusions exist in the CMR or in The Hague or Hague Visby Convention. All of these conventions deal with the carriage of goods.

<sup>57</sup> *Id.* art. 25 : “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuem a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.”

<sup>58</sup> *Id.* art. 51 : “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis . . .”

<sup>59</sup> Warsaw Convention, art. 20; Montreal Convention, arts. 19 & 20.

<sup>60</sup> CDC, *supra* note 4, art 22 : “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

<sup>61</sup> *Id.* art. 6: “São direitos básicos do consumidor: . . . VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”

The relationship between the CDC and the Montreal Convention, with regard consumer issues, is complicated and was discussed by the Federal Supreme Court in 2014.<sup>62</sup> Although Judges Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, and Teori Zavascki favored the prevalence of Articles 17(2) and 19 of the Convention over the application of the CDC, nothing changed.<sup>63</sup> By using the Code instead of the Convention, the Brazilian courts ensure that their nationals are overly well protected. Indeed, the Brazilian Consumer Code offers extensive protection to consumers. At the same time, the Code gives Brazilian judges jurisdiction to hear any case involving a Brazilian consumer, even if all of the elements tend to favor another jurisdiction.<sup>64</sup> For instance, a Brazilian flying with Alitalia to Florence but due to a strike in Italy is blocked in Rome for a few hours can claim under the CDC according to Article 1, although all the elements scream Italy.

The argument is that the Brazilian Consumer Code is based on a Constitutional principle, and according to the Federal Supreme Court in *da Silveira Gois v. Leão Trindade*,<sup>65</sup> laws flowing from the Constitution have the capacity to override treaties and conventions with regard to consumer questions. The Court went further and stated that in the case of conflict, the *lei posteriori* prevails.<sup>66</sup> Accordingly, the Montreal Convention should prevail over the CDC, as it entered into force nearly 20 years after the CDC. However, in the rest of the judgment, and perhaps because it realized that air carrier liability would then be limited, the Tribunal went on and explained that laws deriving from the Constitution are supreme.

This type of reasoning cuts against the principle of the *lex specialis derogat lex generalis* embodied in Article 2(2) of the Law of Introduction to the Brazilian Civil Code.<sup>67</sup> Even though the CDC is considered as a specific law it was not enacted to regulate aviation issues specifically nor does it specifically refer to aviation.<sup>68</sup> The main argument for the use of the CDC rather than the Warsaw Convention, in cases involving flight delays or cancellations, was that the Warsaw Convention was appropriate for its time

<sup>62</sup> Joined cases S.T.F.-Recurso Extraordinário, RE No. 636331 e Recurso Extraordinário com Agravo ARE No. 766618, 08.05.2014. See Press Release, Federal Supreme Court, Suspended Judgment on Compensation Rule in International Air Transport, May 8, 2014, <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=266374>. In *Air Canada v. Giardulli*, ARE No. 766618-SP, Relator: Min. Roberto Barroso, 13.11.2013, a passenger who suffered a 12-hour delay on an international flight was granted R\$ 6000 for moral damages. This decision was contested by Air Canada, which argued that the parameters of the Montreal Convention should have applied.

<sup>63</sup> S.T.J.-ES, APL 003550342013800024, Relator: Samuel Meira Brasil Junior, 26.4.2016. The decision against Alitalia was upheld on appeal, with the court stating that the CDC prevailed.

<sup>64</sup> CDC, art. 1.

<sup>65</sup> RE No. 80004-SE, Relator: Min. Xavier de Albuquerque, 29.12.1977, R.T.J. 83-3/809.

<sup>66</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil** São Paulo: Atlas, 2010. p. 320.

<sup>67</sup> Decreto-Lei No. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. The previous name was Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

<sup>68</sup> "Ressalta-se, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor (Lei No. 8.078/90) é norma especial de ordem pública, de caráter cogente e de observância obrigatória, aplicando-se integralmente a toda relação de consumo." Translation: "[i]t results that the CDC is a specific law that has the force of public order and therefore which is mandatory to obey. The law is entirely and totally applicable to all consumer relationships." See Circular No. 5762-2012, *supra* note 5.

but did not fit modern reality. The objective of the Convention was predominantly economic, which was fundamental for the development of civil aviation, while the objective of the CDC is the protection of consumers. Therefore, the two instruments had different objectives, leading to the CDC being considered more appropriate to regulate cases involving consumers. Indeed, the social function carried out by consumption relationships introduced by the CDC is important to be examined in conjunction with other legislative instruments.<sup>69</sup> The argument was that the Brazilian Consumer Code had been enacted after Código Brasileiro do Ar and, therefore, relying on the principle that newer law derogates older law, judges applied the Brazilian Consumer Code.<sup>70</sup> However, such an argument is not viable with regard to the much newer Montreal Convention. Indeed, the Montreal Convention entered into force after the CDC and is a more specific law. Still, the Brazilian judiciary takes a constitutional approach resulting in the prevalence of the CDC.<sup>71</sup>

Having looked at all the above reasons, it can be easily concluded that the constitutional argument used to set aside international conventions and apply the Consumer Code is imaginative. This approach is also based on the theory followed by the country with regard to international law. Indeed, international law does not determine which theory, monism or dualism, is to be preferred; the only requirement is that international law is respected. Consequently, it is left to every State to decide which is the most suitable, according to its legal traditions. It is not the role of international law to determine this aspect of legal enforcement.<sup>72</sup>

The major problem of the Brazilian approach – putting aside that it disregards two principles of international law, namely *lex posterior derogat legi anteriori* and *lex specialis derogat lex generalis* – is that it neglects the principle of reciprocity and legal certainty. Indeed, the nature of the airlines' activities is *per se* risky. The Warsaw and Montreal Conventions instituted a system whereby companies are made aware of the amount of compensation that a failure to safely carry passengers or their baggage will be required from them, leading to legal certainty. The European regulation<sup>73</sup> follows the same principle, even though, as explained *supra*, in the case of the EU it is rather the passengers that are left without the certainty of being compensated.<sup>74</sup> More

<sup>69</sup> PINHO, Rodrigo C. Rebello. **O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor**. Available at: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_consumidor/doutrinas/VARIG%20Consumidor](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/VARIG%20Consumidor)>.

<sup>70</sup> FARES, Ali Taleb. Novo Panorama da Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo. **Revista Brasileira de Direito Aerospacial**, Rio de Janeiro, n. 97, sept. 2016. Available: <<http://www.sbdia.org.br/revista/Anterior/1731.htm>>.

<sup>71</sup> S.T.J-Recurso Especial, AgRg No. AREsp 388975 MA 2013/0289400-6, Relator: Min. Marco Buzzi, 17.10.2013.

<sup>72</sup> CASSSESE, Antonio. **International Law in a Divided World**. Oxford : Oxford University Press, 1986. p. 21–22.

<sup>73</sup> Regulation (EC) No. 261/2004 of the European Parliament and of the Council, Establishing Common Rules on Compensation and Assistance to Passengers in the Event of Denied Boarding and of Cancellation or Long Delay of Flights, and Repealing Regulation (EEC) No. 295/91, 2004 O.J. (L 46) 1.

<sup>74</sup> Fewer than one percent of the passengers eligible for compensation are indeed compensated. See *Know Your Rights*, AirHelp, <https://www.getairhelp.com/en/know-your-rights> (last visited 20 November, 2016).

importantly, the principle of reciprocity is stepped upon by Brazilian courts, in violation of Article 178 of the Constitution. Indeed, Iberia Airlines in Brazil has no clue of the amount of compensation it can be ordered to pay, while TAM in Spain knows exactly the maximum amount that it could be required to compensate. This has created a disturbing imbalance on the international level, disadvantaging major airline companies operating in Brazil. Brazil prefers to adopt a position of overprotecting social welfare rather than following the principle of reciprocity.<sup>75</sup>

Finally, Brazil's approach conflicts with Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties,<sup>76</sup> which states that a Contracting State cannot invoke national law as justification to avoid the application of provisions of an international treaty. The only exception allowed by Article 27 does not apply in this case. Brazil acceded not long ago to this Convention,<sup>77</sup> well after the CDC entered into force. The Vienna Convention renders null and void the argument that the CDC is a superior law and international treaties are merely normal law.

## 7. CONCLUSION

Most constitutions specify that treaties ratified by the State are part of domestic law without the need for further action from the State.<sup>78</sup> Under both monist and dualist theory, the determination of whether actions are legal or not is based on both national rules and international norms.<sup>79</sup> International law still remains supreme, even in dualist systems. States cannot explain the non-fulfilment of their international obligations by relying on national law,<sup>80</sup> although national laws that contradict international law remain in force. The derogation of international obligations on the basis of national law is contrary to Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.<sup>81</sup> Indeed, if every State could avoid its international obligations on basis of national law, then there would be no purpose in enacting treaties which are there to harmonise the system previously existent.

<sup>75</sup> See *Varig S/A v. Jardim*, RE No. 351750 (holding that "[a]fastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor." Translation: "[t]he specific provisions of the Código Brasileiro da Aeronáutica and the Warsaw Convention should be disregarded when the application of such provisions imply social retrocession or dishonor of the rights guaranteed by the Consumer Code").

<sup>76</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties art. 27, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

<sup>77</sup> Legislative Decree 583/2012.

<sup>78</sup> FELDMAN, David. Monism. Dualism and Constitutional Legitimacy. **Australian Year Book of International Law**, Sydney, vol. 20, 1999. p.105.

<sup>79</sup> KOOIJMANS, P. **Internationaal Publiekrecht in Vogelvlucht**. Winschoterdiep: Wolters-Noordhoff, 1994. p. 82.

<sup>80</sup> LAUTERPACHT, H. **The Development of International Law by International Court**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. p. 262.

<sup>81</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties art. 27, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331, <http://www.worldtradelaw.net/misc/vienaconvention.pdf>.

When the monist theory is followed in its purest form, States are not required to translate international law into national law in order for the international law to be applicable. In addition to being directly applicable, international law is given primacy under the purest form of the monist theory.<sup>82</sup> The international law will be incorporated and automatically effective just by the simple act of ratification. The U.S. system, which is not a purely monist system, but rather a mixture of both monist and dualist systems, in Article VI of the U.S. Constitution elevates treaties as part of the Supreme Law of the Land.

Then we have Brazil, which has proclaimed itself "moderate monist." Alfred Verdross developed the moderate monist theory; however, in his conception, international law is primary.<sup>83</sup> Nonetheless, as has been demonstrated, the position of Brazil's Supreme Federal Court in respect to the Consumer Code runs counter to the principle of primacy of international law.

While the Brazilian Constitution elevates consumer protection to a constitutional right, protecting a value through a higher norm, the Supreme Federal Court elevated the status of the Consumer Code to that of a superior law, exceeding the original status given to the protection of consumers and giving to a value the importance of a norm. By doing that, the Supreme Federal Court has confused values, the protection of consumers, with international obligations, the norm, and achieved the wrong balance.

Although it has been argued that the inclusion of fundamental consumer rights in national constitutions would raise the standard of living, such inclusion has a negative effect on the market that might be unable to sustain the changes in economic and financial circumstances.<sup>84</sup> Centuries ago, Plato already warned the danger that could arise if norms are not differentiated from values or conventions. Norms protect values but the two are different and should not be confused.<sup>85</sup> The norms enacted in the Constitution should not be mixed with values, in this case the protection of the consumer. Including consumer rights in the Constitution makes it hard for the market to then evolve to fit the new realities it is facing, even though economic welfare is important and is partly related to consumer welfare.<sup>86</sup> Such position is exemplified by use of the CDC instead of the Montreal Convention in Brazil, leading to legal uncertainty for airline companies and pricier tickets for consumers. It also seems that the Brazilian

<sup>82</sup> AUST, Antony, **Modern Treaty Law and Practice**. 2<sup>nd</sup> ed, Cambridge University Press, 2007, p.183-87

<sup>83</sup> VERDROSS, Alferd. **Die Einheit Des Rechtlichen Weltbildes auf der Grundlage der Volkerrechtsverfassung**. Tübingen: Mohr, 1923.

<sup>84</sup> BENOHR, I.; MICKLITZ, Hans. Consumer protection and human rights. In: HOWELLS, I.; RAMSAY, T. (Ed.). **Handbook of Research on International Consumer Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010. p. 25.

<sup>85</sup> MARBACK, Richard. Plato's Dream of Sophistry 1999).

<sup>86</sup> PETERSMANN, E. U. Taking human dignity, poverty and empowerment of individuals more seriously: Rejoinder to Alston. **European Journal of Constitutional Law**, Firenze, vol. 13, n. 4, 2002. p. 849.

Federal Court itself has confused values with international obligations, endangering the principle of reciprocity in favour of consumer protection.

The Brazilian legislature and judiciary went above and beyond to protect consumers and follow the unenumerated rights approach. Unenumerated rights are natural rights. Natural rights are legal rights inferred from other legal rights that are embodied in codified law but are not expressly enumerated in that law.<sup>87</sup> Unenumerated rights are important insofar as the positively enumerated rights could not be maintained without them.<sup>88</sup> Indeed, the Brazilian Constitution refers three times to consumer protection in a more abstract way. However, the Brazilian judiciary has interpreted, relying on the pure theory of law, these broad articles as requiring special laws to be enacted, and granting such special laws the status of superior law, which is reinforced by Article 1 of the CDC.

Granting consumer protection a constitutional status is dangerous as it might end up in a similar situation as in Brazil whereby the principle of reciprocity with regard to international treaties is not respected, leading to legal uncertainty. Moreover, the reasoning on which the prevalence of the CDC is based, namely that the CDC is flowing from Article 5 of the Brazilian Constitution and therefore is a superior law, violates the principle of the *lex specialis derogat lex generalis* embodied in Article 2(2) of the Law of Introduction to the Civil Code. The main argument for the use of the CDC rather than the Warsaw Convention is that the Convention was appropriate for its time but does not fit modern reality. The objective of that Convention was predominantly economic, which was fundamental for the development of civil aviation, while the objective of the CDC is consumer protection. Therefore, the two instruments have different objectives, leading to the CDC being more appropriate to govern cases involving consumers. Indeed, the social function carried out by consumption relationships introduced by the CDC is important to be examined in conjunction with other legislative instruments.

For aviation at least, Constitutions with heavy consumer rights render the countries less competitive as the burden on the companies are extremely high.

## 8. REFERENCES

- ALEXY, R. **A Theory of Constitutional Rights**. Oxford University Press, 2004.
- BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

<sup>87</sup> DWORKIN, Ronald. Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled. **University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 81, p. 381- 432, 1992.

<sup>88</sup> ROGGE, O. John. Unenumerated Rights. **California Law Review**, Berkeley, vol. 47, n. 5, p. 787-827, 1959; ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

BENOHR, I.; MICKLITZ, Hans. Consumer protection and human rights. In: HOWELLS, I.; RAMSAY, T. (Ed.). **Handbook of Research on International Consumer Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010.

BOURGOIGNIE, T. **Foundations, features and instruments of European Union consumer law and policy**. Louvain: Université Catholique de Louvain, 1996.

BRICKER, J. W; WEBB, C. Treaty Law vs. Domestic Constitutional Law. **Notre Dame Law Review**, Notre Dame, vol. 29, n. 4, p. 529-550, aug. 1954.

BRUGGEMEIER, G. et al. **Fundamental Rights and Private Law in the European Union I** – a Comparative Overview. Cambridge: Cambridge University Press 2010.

BUTT, M.; KUEBERT J.; SCHULTZ C. **Fundamental Social Rights in Europe**. Luxembourg: European Parliament, 1999. Available at: <[http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104_en.pdf)>.

CASSESE, Antonio. **International Law in a Divided World**. Oxford : Oxford University Press, 1986.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil** São Paulo: Atlas, 2010.

DEUTCH, Sinai. Are consumer rights human rights? **Osgood Hall Law Journal**, North York, vol. 32, n. 3, p. 537-578, oct./dec. 1994.

DICEY, A. V. **The Law of the Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

DWORKIN, Ronald. Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled. **University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 81, p. 381- 432, 1992.

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

FARES, Ali Taleb. Novo Panorama da Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, Rio de Janeiro, n. 97, sept. 2016. Available: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1731.htm>>.

FELDMAN, David. Monism. Dualism and Constitutional Legitimacy. **Australian Year Book of International Law**, Sydney, vol. 20, 1999.

FERRERES-COMELLA, A.; AYO-FERRANDIZ, Spain. Consumers protection/product liability legal framework in Spain. **Mondaq**, nov. 2003. Available at <<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=23461>>.

GIEMULLA, Elmar; SCHMID, Ronald. **Montreal Convention Commentary**. The Hague: Kluwer Law International, 2006.

HARDING, C.; KOHL, U.; SALMON, N. **Human Rights in the Market Place: The Exploitation of Rights Protection by Economic Actors**. Aldershot: Ashgate, 2008.

- HOWELLS, Geraint G.; RAMSAY, I.; WIHELMSSON Thomas. **Handbook of Research on International Consumer Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010.
- KELSEN, H. **General Theory of Law and State**. Cambridge: Harvard University Press, 1945.
- KELSEN, H. **Introduction to the Problems of Legal Theory**. Wotton-under-Edge: Clarendon Press, 2002.
- KINGISEPP, Margus. The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights. **Juridica International Law Review**, Ülikooli, vol. 19, p. 49-58, 2012.
- KOOIJMANS, P. **Internationaal Publiekrecht in Vogelvlucht**. Winschoterdiep: Wolters-Noordhoff, 1994.
- LAUTERPACHT, H. **The Development of International Law by International Court**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- LETOWSKA, E. The Constitutional aspect of consumer protection in Poland. In : REICH N.; THEVENOT, L. **Droit de la consommation – Konsumentenrecht – Consumer law**. Zurich: Liber amicorum Bernd Stauder, 2006.
- MENENDEZ, A. J. Some elements of a theory of European fundamental rights. In: MENENDEZ, A. J.; ERIKSEN E. O. **Arguing Fundamental Rights**. New York: Springer, 2006.
- MILLER, Georgette. **Liability in international air transport** Deventer. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1977.
- NORONHA, Fernando. A Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo por Dano a Pessoas, Bagagens e Cargas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 44, p. 168-184, out./nov. 2002.
- PETERSMANN, E. U. Taking human dignity, poverty and empowerment of individuals more seriously: Rejoinder to Alston. **European Journal of Constitutional Law**, Firenze, vol. 13, n. 4, 2002.
- PINHO, Rodrigo C. Rebello. **O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor**. Available at: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_consumidor/doutrinas/VARIG%20Consumidor](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/VARIG%20Consumidor)>.
- ROGGE, O. John. Unenumerated Rights. **California Law Review**, Berkeley, vol. 47, n. 5, p. 787-827, 1959.
- ROSENN, K. S. Brazil's New Constitution: An Exercise in Transient Constitutionalism for a Transitional Society. **American Journal of Comparative Law**, Oxford, vol. 38 , n. 4, 1990.
- ROSENN, K. S. Judicial Review in Brazil: Developments under the 1988 Constitution. **Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas**, Los Angeles, vol. 7, 2000.
- SADURSKI, Wojciech. **Solange, chapter 3: Constitutional Courts in Central Europe- Democracy- European Union**. Firenze: European University Institute, 2006.

SCHULTE-NOLKE H.; TWIGG-FLESNER C.; EBERS C. **EC Consumer Law Compendium – the Consumer Acquis and Its Transposition in the Member States**. Munich: Sellier European Law Publishers, 2008.

SEPULVEDA M. et al. **Human Rights Reference Handbook**. Costa Rica: University for Peace, 2004.

UNITED NATIONS. **Guidelines for Consumer Protection** (as expanded in 1999). New York: United Nations, 2003.

UNITED NATIONS. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. Available at <<http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>>.

VERDROSS, Alferd. **Die Einheit Des Rechtlichen Weltbildes auf der Grundlage der Volkerrechtsverfassung**. Tübingen: Mohr, 1923.





## Essay on the constitutional promises of democracy and republic

### *Ensaio sobre as promessas constitucionais de democracia e república*

ENEIDA DESIREE SALGADO\*

Universidade Federal do Paraná (Brasil)  
desisalg@gmail.com

Received/Received: 07.08.2017 / August 7th, 2017

Approved/Approved: 20.08.2017 / August 20th, 2017

#### Abstract

This essay aims at explaining what the democratic and republican principles declared in the Brazilian Constitution represent – or could represent. First, the work considers the notion of a Constitution and its models, combined with the concept of rule of law. The author goes further and examines the idea of freedom, as it changes depending on the constitutional model followed, be it derived from the French or the American Revolution. Presenting the preoccupations of different experts regarding a constitutional system, the essay compares their arguments before considering the elements of the Brazilian Constitution and its preamble. In this context, it is made clear the influence of Brazilian History in the understanding of the meaning of democracy and republic in the country. Furthermore, concepts such as "individual", "citizen", "citizenship", "government", "equality", "communitarianism", "solidarity", "common good", "vote", among others, are all presented and understood through the lenses of the Brazilian Constitution and constitutional doctrine to build a wide-ranging yet comprehensible notion of democracy and republic in Brazil.

#### Resumo

Este ensaio busca explicar o que os princípios de democracia e república declarados na Constituição Brasileira representam – ou podem representar. Primeiro, o trabalho considera a ideia de Constituição e seus modelos, combinados com o conceito de Estado de Direito. A autora também examina o conceito de liberdade, que se altera dependendo do modelo constitucional seguido, seja derivado da Revolução Francesa ou dos Estados Unidos da América. Ao apresentar as construções de diferentes especialistas com respeito a um sistema constitucional, o ensaio compara seus argumentos antes de considerar os elementos da Constituição Brasileira e seu preâmbulo. Neste contexto, resta evidente a influência da História Brasileira na compreensão do significado de democracia e república no país. Ainda, conceitos como "indivíduo", "cidadão", "direitos e deveres do cidadão", "governo", "igualdade", "comunitarismo", "solidariedade", "bem comum", "voto", entre outros, são trabalhados e entendidos através das lentes da Constituição Brasileira e da doutrina constitucional para construir uma ampla e compreensível noção de democracia e república no Brasil.

**Keywords:** Brazilian constitutionalism; democracy; republic; rule of law; freedom.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo brasileiro; democracia; república; Estado de Direito; liberdade.

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: SALGADO, Eneida Desiree. Essay on the constitutional promises of democracy and republic. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 3, p. 85-100, set./dez. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i3.54373.

\* Adjunct Professor of Constitutional Law and Election Law at Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brazil). Doctor in Public Law, 2010, Universidade Federal do Paraná. E-mail: desisalg@gmail.com.

The Brazilian Constitution of 1988 establishes a democratic and republican rule of law as a fundamental political decision<sup>1</sup> and as a legal norm of supreme hierarchy<sup>2</sup>.

According to constituent power theory and its legal fictions, the constitution establishes the state from the beginning, ab ovo, configuring a political framework based on the structure of power and its limitation. This configuration is determined by the guarantee of rights, by the organization of sovereignty among government institutions and by the determination of ends to be pursued by both state authorities and society.<sup>3</sup>

The notion of constitution is inextricably linked to the notion of freedom and liberties. Its formulation in a formal document, written and protected against daily changes, reveals the intention to protect a set of rights and guarantees, as well as demonstrates the establishment of the organization and functioning of the state.

Maurizio Fioravanti presents different theoretical models adapted to constitutions derived from the French and the American Revolution and, later, the development of the concept of rule of law in Europe. While in the French Revolution the doctrine assumed freedom as individualist, statist and anti-historicist, in the American Revolution it combined individualistic, historicist, and anti-statist elements. The rule of law, developed from the nineteenth century on, eliminates the individualist element and keeps the combination of statist and historicist theories.<sup>4</sup>

Historicism assumes a perspective about freedoms that is originated out of the imperative force of rights, which has been confirmed over time in history, and goes beyond the contingent political will. The purpose of the combination with politics is to protect historically acquired positions, so that initial legal positions are not established based on an agreement of wills, which ignores historical rights. This conception does not fit in with the full notion of constituent power. According to the author, the individualistic model places the individual as the holder of rights, in a way that they have the constitutions as instruments to guarantee these rights and individual freedoms. The state law originates from the contractualism and is the only recognized authority. The limitation of individual rights arises from other individual rights and not from a social demand. The constituent power is primary and fundamental. Finally, the statist approach sees the state as a condition for the birth of rights and freedoms. The pact, derived from the contractualist theory, substitutes the contract in a way that the state,

<sup>1</sup> SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. Chicago: Duke University Press, 2008. § 3.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Chapter X.

<sup>3</sup> For Maurice Hauriou, the formation of constitutions comes from the juridical virtue of the constituent power, combined with the freedom of subjects and with an objective idea: "There is a foundation of power, which achieves an objective idea and from which the citizens have taken over in conditions such that the foundation is not revocable and that power is not bound by its own will, but by that of the subjects and by the ascendant of the objective idea". (HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927. p. 19.)

<sup>4</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne**. Le libertà fondamentali. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1995. p. 17.

which originates from this pact, is taken as absolutely necessary for the existence of the political structure. Power and freedom are born together, they are not opposed.<sup>5</sup>

The combinations of these elements reflect the conception of freedom and rights, the notion of state, and the notion of constitution. The content of different constitutions shows evidences of these models and their incorporation. Contemporary constitutionalism, a concept that arose from the American Revolution, adopts a normative text of superior hierarchy in a formal document. Its primary content encompasses aspects related to limitation and organization of power and related to institutions of sovereignty, with the creation of a state whose action is linked to the law.<sup>6</sup>

Eduardo García de Enterría stresses that the notion of constitution originated in the French Revolution and in the American Revolution with a defined content out of certain assumptions. Its existence, according to article 16 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen<sup>7</sup>, relates to the protection of individual rights and to the separation of powers in three branches, and its birth must come from popular or community will.<sup>8</sup>

This notion of constitution was lost during most of the nineteenth century.<sup>9</sup> Hence, its origin and content no longer characterize the constitution, which became "a mere logical demand of the unity of system of laws", in any state, at any time, and in any regime. This concept becomes formalized and abstract.<sup>10</sup> The indispensability of certain contents, however, seems to reappear in the second decade of the twentieth century, with the idea of state tasks imposed by the constitutional text.

Maurice Hauriou lists three elements of constitutional matter. First, the moral, political and social ideas. Second, the law of the constitution. And third, the constitutional organization of powers. In addition, the author mentions three moral, political and constitutional beliefs that are the power of the constitutional system. Such beliefs include: 1) The individualist order, which limits the sovereignty of the state and has as principle the idea that "everyone lives their lives, taking responsibility of the risks and dangers"; 2) The doctrine of power, divided into minority power and majority power. The first is related to the political elite and to the institutions, whereas the second is

<sup>5</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1995. p. 18-28; 28-41; 41-49.

<sup>6</sup> 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>7</sup> Art. 16: "A society in which the observance of the law is not assured, nor the separation of powers defined, has no constitution at all".

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1983. p. 41.

<sup>9</sup> About that notion of constitution, see: 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>.

<sup>10</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1983. p. 42-43.

legitimized by popular election; and 3) Political freedom, conceived as the participation of each citizen as individual, instead of the nation as product of a collective development.<sup>11</sup>

The constitution, for Karl Loewenstein, must contain distributions of functions into different government institutions, mechanisms of cooperation between the holders of power, mechanisms to resolve impasses between them (related to sovereignty of the people in democratic constitutionalism) and methods of adaptation to social changes. In the author's view, the constitution also covers a recognized sphere of self-determination with guarantees that ensure it.<sup>12</sup> On the other hand, Georges Burdeau gives emphasis to the part of the constitutional text which designates the rulers, establishing their legitimacy, their authority, and determining their responsibility.<sup>13</sup>

The models of state that aim at reducing social inequalities begin to incorporate other elements related to the guarantee of rights of equality in their constitutions.<sup>14</sup> From this perspective, it is likely impossible to dissociate the terms "welfare state" from "democratic state" and "rule law", says Manuel Aragón<sup>15</sup>, because the elements of this defining formula are interrelated and mutually defined.<sup>16</sup>

The Brazilian Constitution brings in its set of fundamental political decisions the design of state and of democracy. It establishes the distribution of functions among the government institutions, provides individual rights and guarantees, determines legal provision for its modification within certain limits and settles rules for the legitimacy of the exercise of political power. Moreover, the constitutional text in the preamble<sup>17</sup> and

<sup>11</sup> HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927. p. 12-15; 49; 113; 187; 203. For the author, the minority power limits the majority power, except in its the performance of this revolutionary action, associated with self-defense, rights of resistance to oppression and insurrection, and rights of dissension and rights of active resistance (p. 204-209).

<sup>12</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976. p. 153-154. For the author, constitutionalism represents the demand for the government responsibility (p. 71).

<sup>13</sup> BURDEAU, Georges. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Madrid: Editora Nacional, 1981. p. 79; 91.

<sup>14</sup> 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>; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 39-62, abr./jun. 2015.

<sup>15</sup> ARAGON, Manuel. La eficacia jurídica del principio democrático. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, a. 8, v. 24, p. 9-45, sep./dec. 1985.

<sup>16</sup> RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La cláusula del Estado Social de Derecho y los derechos fundamentales sociales. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 155-183, ene./jun. 2015.

<sup>17</sup> "We, the representatives of the Brazilian People, convened in the National Constituent Assembly to institute a democratic state for the purpose of ensuring the exercise of social and individual rights, liberty, security, well-being, development, equality and justice as supreme values of a fraternal, pluralist and unprejudiced society, founded on social harmony and committed, in the internal and international orders, to the peaceful settlement of disputes, promulgate, under the protection of God, this Constitution of the Federative Republic of Brazil." BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Tradução de Istvan Vajda, Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres e Vanira Tavares de Souza. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2013.

in Article 1<sup>18</sup> presents the constitutive political positions<sup>19</sup>, which frames the design of state and of the conception of democracy and republic.

Thus, the Brazilian Constitution establishes the rule of law as the foundation of contemporary citizenship, as well as a sense of democracy, a conception of political representation (indicating the framework of that relationship), and a republican ideal, based on a strong notion of freedom and equality, with the assumption of rights and duties of citizenship. For Paulo Bonavides, the Constitution is "the home of justice, freedom, legitimate powers, and it is also the palace of fundamental rights. It is therefore the house of principles, the seat of sovereignty"<sup>20</sup>.

It is a qualified rule of law, which does not harmonize with any legal content. Public authorities and individuals are subject to the law regularly elaborated, as long as the constitutional values and principles have been observed and substantially considered.<sup>21</sup> As Luigi Ferrajoli argues, this qualified dimension of the rule of law also implies a change in the nature of democracy, which is now limited and supplemented by fundamental rights.<sup>22</sup>

According to Jürgen Habermas, the democratic constitutional state is framed as an order desired by the people and legitimized by free opinion formation and will, which allows the recipients of the legal system to see themselves as its authors. The state performance in the fulfillment of its constitutional tasks, relying on the law to handle factual inequality, makes the realization of equal rights possible. Thus, the breadth of this action expands the possibility of democratic self-legislation, intensifying society's capacity of self-conduction.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> "Article 1. The Federative Republic of Brazil, formed by the indissoluble union of the states and municipalities and of the Federal District, is a legal democratic state and is founded on: I – sovereignty; II – citizenship; III – the dignity of the human person; IV – the social values of labour and of the free enterprise; V – political pluralism. Sole paragraph. All power emanates from the people, who exercise it by means of elected representatives or directly, as provided by this Constitution". BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Tradução de Istvan Vajda, Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres e Vanira Tavares de Souza. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2013.

<sup>19</sup> Ronald Dworkin refers to the notion of comprehensive political theory as a systematic set of concrete and abstract political positions, formed by constitutive political positions (positions valued for their own sake, which can merge with other constitutive political positions) and derivative political positions (which are means to affect the constitutive political positions, and which can be protected and absolute). DWORKIN, Ronald. **Liberalismo, Constitución y Democracia**. Buenos Aires: La isla de la luna, 2003. p. 12-15. no. 1.

<sup>20</sup> BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 520-549. p. 520.

<sup>21</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 167-224, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43660>.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 13-29. p. 19.

<sup>23</sup> HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional e o futuro da democracia. In: \_\_\_\_\_. **A Constelação pós-nacional**. Ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 75-142. For the author, in a democracy informed by discursive ethics, "only the rules that are consented by all participants involved in a practical discourse can require validation". Furthermore there are conditions for the discourse: the agreement must be motivated by epistemic reasons, there can be no coercion in the acceptance of the presumed consequences and of the side effects, everyone must be enabled to present their arguments and the arguments must be honestly made. (HABERMAS, Jürgen. Uma visão genealógica do teor cognitivo da moral. In: \_\_\_\_\_. **A Inclusão do outro**: Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2004. p. 13-62. p. 49; 58-60). Celso Luiz Ludwig explains: "the foundation of the Ha-

The constitution begins to incorporate a political, social and legal project, which is not neutral nor does it require obedience towards its form, but acts "directly due to the statement of a framework of values that interprets the deep fabric of society"<sup>24</sup>. However, it is neither a matter of forming, in the constitutional text, an ideal of a good life, nor imposing it on citizens. From a republican perspective, there is the choice of objective values, which allows individuals to carry out their projects and their lives, as long as it does not prevent the others from doing so.<sup>25</sup>

The constitution must ensure the protection of the fundamental rights of any person, going beyond the representation of a pretended general will or a segment of it.<sup>26</sup> As Luigi Ferrajoli states, the constitution guarantees the right of everyone, even regarding popular will, to ensure the coexistence of various interests in a heterogeneous society.

These constitutional promises of recognition, belonging and participation conflict with the national mentality, which is strongly individualistic.

The lack of popular participation in the proclamation of the Brazilian republic is evidenced by historians. José Murilo de Carvalho, for instance, presents different views on the republican model to be adopted, on the republican "traditions" in dispute and on the struggle to create the "myth of origin", through stories, heroes and symbols. The author uses the term of Aristides Lobo to claim that the people were "petrified" and surprised while witnessing the birth of the Republic.<sup>27</sup>

Maria Garcia claims that during the insurrections and uprisings of the end of the eighteenth century and the first half of the nineteenth century in Brazil – such as *Inconfidência Mineira*, *Inconfidência Baiana* (*Revolta dos Alfaiates*), *Revolução Pernambucana*, *Confederação do Equador*, *Cabanada*, *Revolução dos Farrapos* and *Sabinada* – it was possible to identify republican demands<sup>28</sup>. Nonetheless, the author states that after the proclamation of the Republic of Brazil, the "different Brazilian republics" demonstrated

bermasian discursive ethics takes into account that only universalizable interests can serve as a basis for the validation of norms. Discursive ethics is based on the assumption that norms are rationally validable. The norms about which there is consensus, obtained through the practical discourse, are the valid ones. It is not, however, any form of consensus. The consensus is obtained following the criterion of universalization." (LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da liberdade: paradigmas da filosofia da liberdade e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 110-111).

<sup>24</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 181.

<sup>25</sup> For Emerson Gabardo, the Brazilian Constitution brings an ideal of good life related to the happiness of individuals and guaranteed by a series of constitutional devices, such as the minimum wage and the provision of services by the State. This ideal, however, does not hurt the freedom of the individual, because it relies on objective concepts and values (GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 325-372).

<sup>26</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Princípios constitucionais fundamentais – uma digressão prospectiva. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). *Princípios constitucionais fundamentais*. Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005. p. 327-342.

<sup>27</sup> CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas*: o imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. It is also worth checking the analysis of the journalist Hélio Silva (SILVA, Hélio. *1889: a República não esperou o amanhecer*. Porto Alegre: L&PM, 2005).

<sup>28</sup> Raymundo Faoro externalizes this impression in his analysis on the formation of Brazilian politics (FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. 3. ed, rev. São Paulo: Globo, 2001. p. 303 and ss.).

"the discontinuity of the democratic process, its gaps and shortcomings and, at the same time, the untying between institutions established in the name of republican regime, in its popular bases and roots."<sup>29</sup>

Nevertheless, it is possible to affirm that the constitutional democratic movement that culminates in the Brazilian Constitution of 1988 promotes the foundation of a republic.<sup>30</sup> From the new constitutional framework, Brazilian society, which suddenly and by chance became republican, has a normative substrate through which it is possible to affirm that the Brazilian state is founded on a republican ideal and it enables the development of an *idem sentire de republica*<sup>31</sup>.

The notion of republic is not opposed to monarchy. In an eighteenth-century writing, Edmund Burke argues that the English monarchy is not only ensured by non-violation of the law by the prince, but requires that the monarch's discretionary powers "should all be exercised upon public principles and national grounds, and not on the likings or prejudices, the intrigues or policies, of a court". Burke emphasizes that everyone – parliamentarians, judges and the king – is "trustee of the people", "because no power is given for the sole sake of the holder".<sup>32</sup> The notion of public principles as a criterion for legitimacy of political action is linked to the republican ideal. Their enemies are not confused with the king.

Philip Pettit argues that the republican thinking about citizenship and government is based on a notion of trust and also maintains that the role of government is to promote citizen's freedom. Trust in authorities derives from a conviction on their acting according to the legal rules and with a cooperative arrangement, which is seen as a civic virtue, thus impersonal and personal at the same time. Although impersonal trust is ensured by some mechanisms such as limited terms, separation of power in three branches, and democratic control, the republican relationship between rulers and the rest of the population always assumes virtue and trustworthiness on both citizens and rulers. To the citizens, claims the author, there is an eternal vigilance: without it, there is no hope for public virtue;<sup>33</sup> for there to be freedom, a civic virtue is necessary, and it

<sup>29</sup> GARCIA, Maria. **A República no Brasil**. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização / Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985. p. 21; 44.

<sup>30</sup> To see more about the characteristics of Brazilian Constitution of 1988: BERCOVICI, Gilberto. Revolution trough Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40249>.

<sup>31</sup> Jürgen Habermas defends the idea that the formation of the democratic constitutional state requires self-determination of people. "In case the people, however, who understood themselves authoritatively, had not become a nation of self-conscious citizens, the driving force to a political and legal overhaul like that would be missing, and also the vital force to the republic formally instructed". The idea of nation fills this gap, being "capable of integrating the moral consciences" (HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional europeu – sobre o passado e o futuro da soberania e da nacionalidade. In: \_\_\_\_\_. **A Inclusão do outro**. Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2004. p. 127-151. p. 135).

<sup>32</sup> BURKE, Edmund. Pensamientos sobre las causas del actual descontento. In: \_\_\_\_\_. **Textos políticos**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1942. p. 259-293. p. 268; p. 274.

<sup>33</sup> PETTIT, Philip. Republican Theory and Political Trust. In: BRAITHWAITE, Valerie; LEVI, Margaret (Ed.). **Trust and Governance**. New York: Russell Sage Foundation, 1998. p. 295-314.

requires availability to participate in government and determination for the exercising of an eternal vigilance in relation to rulers<sup>34</sup>.

It is possible to relate the republican ideal as a sharing of values to the concept of *Verfassung*. It is understood as a historical-existential condition and as a community of people who articulate themselves allowing the construction of a political community, and, therefore, of the state. *Verfassung* assumes a set of values that informs the legal system and the actions of the public authorities.

However, these values, as António Manuel Hespanha asserts, are neither dense nor thick. There is an agreement among the thin and minimum values: all of them agree with the democratic idea, but not with its content. According to Antonio D'Atena, the fundamental common value of all rules is the equality of citizens.

For Zygmunt Bauman, the republican idea does not impose a correct model of life, but promotes "the empowerment of citizens to freely discuss the models of life of their preference and execute them. The republic is a broadening, not a reduction of options – its goal is to increase, not to limit individual freedoms"<sup>35</sup>. Aristotle states that the best government is "the government in which every individual finds the best way to live happily"<sup>36</sup>. This aspect of the republican ideal is supported by constitutions such as the Brazilian Constitution of 1988<sup>37</sup>.

The republican ideal reflects the value of equality. This value, a good to be pursued, is constitutionally based on a principle of equality, which is an initial good with normative content that guides actions and has a normative force.<sup>38</sup> Moreover, the requirement for equality is essential for the deliberative design of an epistemic theory of democracy: equal voice and equal voting are preconditions for the characterization of a substantive equality<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> PETTIT, Philip. Republican Political Theory. In: FLEURBAEY, Marc; SALLES, Maurice; WEYMARK, John A. (Ed.). **Justice, Political Liberalism, and Utilitarianism**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 389-410: "The price of liberty is civic virtue, then, where that includes both a willingness to participate in government and a determination to exercise eternal vigilance in regard to the governors" (p. 389).

<sup>35</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 190. There is, however, a necessity of paying attention on one of the author's remarks. The Republican idea denies the need of historical memory and establishes itself as a common good factory based on human capacity to criticize, reason and judge, assuming the triple freedom of speech, expression and association. It also places universal happiness as supreme purpose of the republic. The danger of the republic is to make a wrong commitment, and its purpose is to ensure a positive freedom to its citizens, combining individual freedom against interference and the citizen's right to intervene, such as mortar that unites the republican community (p. 166-169).

<sup>36</sup> ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 59.

<sup>37</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 367.

<sup>38</sup> The distinction drawn by Gustavo Zagrebelsky is taken here. The values allow the action or judgment in relation to the result sought at the end, while the principles establish the legitimate content of actions or judgments that pursue values from directions, without precise indication of the action or of the judgment (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, Firenze, t. 1, n. 31. p. 865-897, 2002).

<sup>39</sup> NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1996. p. 92.

This is not a liberal vision of equality which considers the subjects as equal owners of their own body, as equal towards the social contract, equal citizens in Rousseau and equal members of the nation, as Pietro Costa claims. The author emphasizes that, in this context, the defense of human rights against the power also means the defense of freedom against equality. Equality, for liberalism, is a formal and legal equality. It composes citizenship only to the extent that it allows everyone to become holders of rights. This is the only equality compatible with its notion of freedom.<sup>40</sup>

Freedom, in republican thinking, is seen as non-domination. Non-domination does not exclude the interference. It only excludes arbitrary, substantial or procedural interference, even if it is a potential interference<sup>41</sup>, emphasizes Philip Pettit. The absence of domination allows everyone to be equal, without needing to show deference to or fear one another. The republican law does not restrict nor compromises freedom. It only conditions freedom. In addition to that, the meaning of the republican ideal implies a notion of distributive justice: the maximum distribution of freedom, considered as non-domination, requires a commitment to redistribution, averting factors that enable domination.<sup>42</sup>

As stated by Sérgio Cardoso, the republican idea assumes "a common equalizer space, defined by the implication of all citizens into the system of political decisions", extrapolating the requirement of political democracy in order to achieve "economic, social and cultural democratization".<sup>43</sup>

Roberto Gargarella dedicates his studies to the analysis of contemporary republicanism, which arises at the end of the twentieth century and ends up combining liberal and communitarian critiques. To the author, this current of thought defends civic values (such as gender equality, integrity, solidarity, commitment to others, among other values) and a strong idea of freedom – which requires a set of political and economic conditions in order to happen. The state, therefore, must act to ensure those conditions, but always under the effective control of citizens. Gargarella's concern with republicanism is the possibility of intervention at the individual sphere, from the requirement of certain moral posture, with an ideal of excellence that reaches individual autonomy. It is possible, however, to have a commitment without vigorous moral

<sup>40</sup> COSTA, Pietro. **Democrazia politica e Stato costituzionale**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006. p. 27-28.

<sup>41</sup> Newton Bignotto states that "for new republicans, a citizen must not only not suffer interference in their independence (negative freedom), but also have the institutional guarantee that this will not occur" (BIGNOTTO, Newton. *Humanismo cívico hoy*. In: \_\_\_\_\_. **Pensar a República**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000. p. 49-69. p. 56). It is worth repeating that it is not a question of interference, but of arbitrary interference, which configures domination.

<sup>42</sup> PETTIT, Philip. Republican Political Theory. In: FLEURBAEY, Marc; SALLES, Maurice; WEYMARK, John A. (Ed.). **Justice, Political Liberalism, and Utilitarianism**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 389-410.

<sup>43</sup> CARDOSO, Sérgio. Notas sobre a tradição do 'governo misto'. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000. p. 27-48. p. 29.

conception, assuming values “institutionally circumscribed” – it is a commitment to the public good, even though each individual could live as they wish.<sup>44</sup>

The idea of equality assumed by the Brazilian Constitution indicates different readings, which extrapolate the notion of formal equality and adjust to the notion of freedom<sup>45</sup>. It is not possible, at any moment, to exhaust the requirement of an “equality before the law”. The social setting of the state requires an effective action in order to foster equal conditions of life, of political participation and of personal achievement.

This is not a communitarian constitution<sup>46</sup>, but a republican constitution, which combines liberal and egalitarian elements. The state and the constitution are not axiological neutral, but they do not impose a closed content for values they elected through democratic deliberation.<sup>47</sup>

The objectives of the Federative Republic of Brazil, expressed in article 3 of the Brazilian Constitution, are: to build a free, just and solidary society; to ensure national development; to eradicate poverty and marginalization; to reduce social and regional inequalities; and to promote the well-being of all, without discrimination of origin, race, sex, color, age, and others. These objectives can also be understood as a demand to treat all citizens with equal consideration and respect.

The adjective “solidary” refers to a relationship of belonging to a community and to the joint responsibility for acts and targets of society. The task of eradicating poverty and marginalization highlights the need to recognize everyone as citizens, which is justified by the improvement of democratic institutions. There seems to be no doubt in relation to the other objectives: none of them value or disvalue conceptions of life and of individual morality.

<sup>44</sup> GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 183-221. Another important issue raised by the author is the primacy of common rights over individual rights, defended by republicanism.

<sup>45</sup> Sérgio Cardoso argues that republican claims constitute the remains of the left-wing political culture. These claims started after the abandonment of the requirement of the means of production socialization, as well as the requirement for social wealth and the democratization of social and political life (CARDOSO, Sérgio. *Notas sobre a tradição do 'governo misto'*. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000. p. 27-48. p. 27).

<sup>46</sup> Roberto Gargarella criticizes communitarians and their view that not all the ideals of the good life are equally valuable (GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [1999]. p. 141 and ss.). Furthermore, Gargarella brings the position of Joseph Raz, to whom “the fact that the state acts motivated by certain ideals of common good does not imply assuming there is only one plausible moral conception (on the contrary – Raz adds –, perfectionism is compatible with a ‘value pluralism’ – having the idea that there are multiple forms of life that differ from one another and all of them are precious)” (p. 167).

<sup>47</sup> This critic is valid unless a weak perspective of communitarianism is adopted, such as Gisele Cittadino. The author claims that communitarianism is compatible with multiple social identities, with an idea of justice under shared values (provided that they are weakly shared) and with a view of the Constitution that brings content as a social project. Under this point of view, the author argues that there is a “communal constitutionalism” in Brazil, from the establishment of an ethical foundation for the legal system and from the establishment of values of equality and dignity as a priority. In addition, the author argues that the Brazilian Constitution of 1988 brings a communal language (CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000).

The common good<sup>48</sup> of Brazilian society is defined by article 3 and by other provisions of the Brazilian Constitution, which are measuring criterion of legitimacy and of legality of state actions. The common good does not interfere with individual freedom. Its demands relate to a notion of equality, but not to a total equality. It is through a notion of common good that the realization of political community is possible.

The republican model of democracy does not presuppose a moral objective truth once it is open to discussion of the purposes and the means of political society. This model, however, imposes the citizens' cooperation<sup>49</sup>. Also at the heart of the republican idea is the visibility of the political decision. According to Jônatas Machado, the republican government is characterized by the public statement, the right to vote and the freedom of speech<sup>50</sup>. It is still possible to perceive the connection between state agents and functions in the republican ideal. Such connection consists of an unsurpassed relationship between their competence and tasks, all constitutionally determined, in addition to individual self-determination.<sup>51</sup>

Geraldo Ataliba claims that the republican principle is the most important in the constitutional framework. The republic is the synthesis of all institutions, and it implies the representation of people while exercising public functions. The republican principle requires commitment of the rulers to the institutions and to the function they exert. The republic still requires free expression of minorities and the existence of institutional opposition channels. Ataliba argues that there are three basic principles of the republican institutions: legality, equality and the intangibility of civil freedom.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Newton Bignotto underlines that "the notion of public good can seem abstract, the idea that the best of all is the sum of private interests also lacks the objectivity alleged by some theorists" (BIGNOTTO, Newton. *Humanismo cívico hoje*. \_\_\_\_ (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000. p. 49-69. p. 64). In addition, if the lack of concreteness is an obstacle to the defense of a value or a principle, one cannot say that the Brazilian State defends freedom and equality, or that constitutionalism guarantees democracy. Then, the term "rule of law" should be completely discarded. Moreover, it is worth mentioning Zygmunt Bauman's remark on disbelief in the existence of a common good and its aftermath: "With the art of negotiating common interests and shared destiny falling into disuse, seldom if ever practised, half-forgotten or never properly mastered, with the idea of 'the common good' (let alone 'the good society') branded suspect, threatening, nebulous or addle-brained, seeking security in a common identity rather than in an agreement on shared interests emerges as the most sensible, naymost effective and profitable, way to proceed; but concerns with identity and its defence against pollution make the idea of common interests, and most notably negotiated common interests, all the more incredible and fanciful, and the ability and will to pursue them all the less likely to appear" (BAUMAN, Zygmunt. **Liquid modernity**. Cambridge: Polity Press, 2000. p. 106).

<sup>49</sup> For Andrea Greppi, this conception of Carlos Santiago Nino approaches John Stuart Mill's perfectionism and the virtuous citizen model of Rousseau. Still, Greppi claims that Nino establishes his valuable citizenship model without considering the tangible will of individuals (GREPPY, Andrea. *Consenso e imparcialidad. Sobre la justificación moral de la democracia en el pensamiento de C. S. Nino*. In: ROSENKRANTZ, Carlos; VIGO, Rodolfo L. (Comp.). **Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino**. Ciudad de Mexico: Fontamara, 2008. p. 229-259. p. 252-253).

<sup>50</sup> MACHADO, Jônatas E. M. **Liberdade de expressão**. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 52; 61.

<sup>51</sup> Eduardo García de Enterría points out that the content of the Constitution, popularly established, determines that "The power agents will be agents and servants of society and not their owners and, on their part, these functions must be defined as limited, especially through the establishment of areas exempt from power, reserved for private autonomy (freedom and fundamental rights)". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1983. p. 44-45).

<sup>52</sup> ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. The author states that the principles of the republic and the federation "exercise chapter functions of transcendental importance, determining how to interpret the rest". These principles are also reaffirmed by numerous other constitutional provisions, and shape a very strict core of the Constitution (ATALIBA, Geraldo. *Eficácia dos princípios constitucionais – Repúblia – Periodicidade e alternância – Reeleição das*

Equal access to elective positions of power as an element of the republican principle is the emphasis of Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mârtires Coelho and Paulo Gustavo Gonçalves Branco. A constitutional republic assumes equality of conditions, without any distinctions in the endowment and access to power and public office, provided that constitutional and legal conditions are fulfilled.<sup>53</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello is concerned with the legal content of the equality principle, affirming the imposition of unequal treatment when there is relevant discriminant factor. Yet, this distinction must cohere with real difference, and be consistent with constitutional values and principles.<sup>54</sup>

The notion of "constitution-project" or "*constituzione-indirizzo*" relates not only to the assignment of tasks to the state, but also to the imposition of duties upon citizens. From the understanding of the constitution as a system of values, not only the state has its power limited by the pursuit of certain purposes, but also society begins to be seen as *universitas*. In this perspective, each member of society plays a role on the execution of a collective enterprise.<sup>55</sup>

One established aspect of the republican ideal in its relationship with the citizen is compulsory voting. Its acceptance, however, is not peaceful regarding the democratic principle and the idea of freedom. For Celso Antônio Bandeira de Mello, "the compulsory vote discredits both quality and effective representation of the elected rulers". It does so by devaluing the decision to vote and by making manipulation easier.<sup>56</sup>

Maurizio Fioravanti refers to voting as function while explaining the statist model of freedom. In this perspective, the state appears as source of rights. Thus, the choice of representatives neither means the exercise of individual freedom nor constitutes a transfer of power. For the exercise of this function, "that [function] of designating, in the public interest and on the basis of state law, those who will have the task of expressing the sovereignty of the state in the law"<sup>57</sup>.

The republican ideal and the welfare state are demanding of citizens. They determine a more active attitude than the classic liberal position. Both the republican

---

mesas do Legislativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 55-56, p. 166-170, jul./dez. 1980.).

<sup>53</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mârtires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008. p. 147.

<sup>54</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 21.

<sup>55</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne**. Le libertà fondamentali. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1995. p. 136; 139

<sup>56</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Representatividade e democracia. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coords.). **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 41-53. p. 43.

<sup>57</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne**. Le libertà fondamentali. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1995. p. 47: "... Which is to designate, in the public interest and on the basis of the positive state right, those who will have the power to express the sovereignty of the state in the form of law".

ideal and the welfare state require a sense of belonging and destiny sharing, a growing concern with the collectivity and economic and objective solidarity.

The individual, then, is required to choose candidates and their minimum surveillance. The periodic voting, which either approves or disapproves rulers or adheres to a particular application, is not enough for democracy. Active citizenship becomes a claim, a democracy that goes beyond the election, a democracy that generates public opinion past the results of polls and referenda.

The citizen is required to take a leading role, not only in defense of their rights, but also "in the fulfillment of their duties and obligations"<sup>58</sup>, consisting of an effective action. In addition to citizen duties, the republican principle requires a constitutional sense<sup>59</sup>, a sharing of values that allows the setting of a legal community – even if the values are thin.

Contemporarily, the matter of citizenship is embedded in market logic. Theorists discuss users and rights against the state, but republican duties are excluded from general speech. Such exclusion is possibly due to either the emptying effect of politics or to the disbelief in democracy.<sup>60</sup>

## REFERENCES

- ARAGON, Manuel. La eficacia jurídica del principio democrático. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, a. 8, v. 24, p. 9-45, sep./dec. 1985.
- ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ATALIBA, Geraldo. Eficácia dos princípios constitucionais – República – Periodicidade e alternância – Reeleição das mesas do Legislativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 55-56, p. 166-170, jul./dec. 1980.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

<sup>58</sup> MONTUFAR, Cesar. Antipolítica, representación y participación ciudadana. Ecuador, **Quito Debate**, n. 62, Aug. 2004. Available at: <[www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1126.htm](http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1126.htm)>. Accessed: 03 March 2009. The author refers to four lines of action: demand and expansion of rights and guarantees; control, surveillance and petition; collaboration with authority and institutional strengthening; and political innovation.

<sup>59</sup> For Carmen Lúcia Antunes Rocha, Brazil suffers from "one of the worst plagues that can erode the legal and democratic practice of a society: ignoring or not experiencing constitutional sense" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A Constituição segundo a lei eleitoral ou a lei eleitoral segundo a Constituição. **Paraná Eleitoral**, Curitiba, n. 30, oct.1998).

<sup>60</sup> "(...) the other side of individualization seems to be the corrosion and slow disintegration of citizenship" (p. 36). "If the individual is the citizen's worst enemy, and if individualization spells trouble for citizenship and citizenship-based politics, it is because the concerns and preoccupations of individuals qua individuals fill the public space to the brim, claiming to be its only legitimate occupants, and elbow out from public discourse everything else. The 'public' is colonized by the 'private'; 'public interest' is reduced to curiosity about the private lives of public figures, and the art of public life is narrowed to the public display of private affairs and public confessions of private sentiments (the more intimate the better). 'Public issues' which resist such reduction become all but incomprehensible" (BAUMAN, Zygmunt. **Liquid modernity**. Cambridge: Polity Press, 2000. p. 37).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Representatividade e democracia. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coords.). **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 41-53.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Liquid modernity**. Cambridge: Polity Press, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. Revolution trough Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40249>.

BIGNOTTO, Newton. Humanismo cívico hoje. \_\_\_\_ (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000. p. 49-69.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 520-549.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Tradução de Istvan Vajda, Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres e Vanira Tavares de Souza. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2013.

BURDEAU, Georges. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Madrid: Editora Nacional, 1981.

BURKE, Edmund. Pensamientos sobre las causas del actual descontento. In: \_\_\_\_\_. **Textos políticos**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1942. p. 259-293.

CARDOSO, Sérgio. Notas sobre a tradição do 'governo misto'. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000. p. 27-48.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas**: o imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 167-224, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43660>.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

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.

COSTA, Pietro. **Democrazia politica e Stato costituzionale**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 39-62, abr./jun. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Liberalismo, Constitución y Democracia**. Buenos Aires: La isla de la luna, 2003.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do patronato político brasileiro. 3. ed, rev. São Paulo: Globo, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 13-29.

FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne**. Le libertà fondamentali. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1995.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1983.

GARCIA, Maria. **A República no Brasil**. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização / Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GREPPI, Andrea. Consenso e imparcialidad. Sobre la justificación moral de la democracia en el pensamiento de C. S. Nino. In: ROSENKRANTZ, Carlos; VIGO, Rodolfo L. (Comp.). **Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino**. Ciudad de Mexico: Fontamara, 2008. p. 229-259.

HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional e o futuro da democracia. In: \_\_\_\_\_. **A Constelação pós-nacional**. Ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 75-142.

HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional europeu – sobre o passado e o futuro da soberania e da nacionalidade. In: \_\_\_\_\_. **A Inclusão do outro**. Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2004. p. 127-151.

HABERMAS, Jürgen. Uma visão genealógica do teor cognitivo da moral. In: \_\_\_\_\_. **A Inclusão do outro**: Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2004. p. 13-62.

HAURIQU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia da liberação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MACHADO, Jônatas E. M. **Liberdade de expressão**. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008.

MONTUFAR, Cesar. Antipolítica, representación y participación ciudadana. Ecuador, **Quito Debate**, n. 62, Aug. 2004. Available at: <[www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1126.htm](http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1126.htm)>. Accessed: 03 March 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Princípios constitucionais fundamentais – uma digressão prospectiva. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). **Princípios constitucionais fundamentais**. Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005. p. 327-342.

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>.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1996.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofía do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PETTIT, Philip. Republican Political Theory. In: FLEURBAEY, Marc; SALLES, Maurice; WEYMARK, John A. (Ed.). **Justice, Political Liberalism, and Utilitarianism**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 389-410.

PETTIT, Philip. Republican Theory and Political Trust. In: BRAITHWAITE, Valerie; LEVI, Margaret (Ed.). **Trust and Governance**. New York: Russell Sage Foundation, 1998. p. 295-314.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. A Constituição segundo a lei eleitoral ou a lei eleitoral segundo a Constituição. **Paraná Eleitoral**, Curitiba, n. 30, oct.1998.

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. La cláusula del Estado Social de Derecho y los derechos fundamentales sociales. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 155-183, ene./jun. 2015.

SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. Chicago: Duke University Press, 2008.

SILVA, Hélio. **1889: a República não esperou o amanhecer**. Porto Alegre: L&PM, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin). **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, Firenze, t. 1, n. 31, p. 865-897, 2002.



## La razón pública de las candidaturas independientes en Jalisco

### *The public reason of the independent candidatures in Jalisco*

TERESA MAGNOLIA PRECIADO RODRIGUEZ\*

Centro Universitario de Tonalá (Mexico)

magnoliap@gmail.com

Recebido/Received: 07.08.2017 / August 7<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 26.08.2017 / August 26<sup>th</sup>, 2017

#### Resumen

En la actualidad el tema de las candidaturas independientes es uno de los más importantes aunque debilitados en la vida política de México. Su trascendencia en la reforma constitucional del 2014, desde la desaparición en la Ley Electoral de 1946, es indiscutible. La participación en el voto activo mediante esa figura durante el último proceso electoral 2014-2015, donde participaron un total de 118 candidatos independientes en conjunto tanto a nivel federal como local, y de donde solamente 6 resultaron electos, resultó un avance en la democracia participativa social. Jalisco fue precisamente uno de los Estados donde un candidato independiente obtuvo el triunfo como Diputado Local, lo que podría dar muestras del comportamiento y la cultura política que ejercen las candidaturas independientes en la entidad. Ahora bien, la idea de una sociedad democrática conlleva la justificación de que los ciudadanos ejercen sus derechos político electorales – votar y ser votado – desde una razón pública mediante la cual ejercen su poder político.

#### Abstract

*At the moment, the issue of independent candidacies is one of the most important but weakened in the political life of Mexico. Its transcendence in the constitutional reform of 2014, since the disappearance in the Electoral Law of 1946, is indisputable. Participation in the active vote through that figure during the last electoral process 2014-2015, where a total of 118 independent candidates participated at both the federal and local levels, and from which only 6 were elected, resulted in an advance in participatory social democracy. Jalisco was precisely one of the states where an independent candidate obtained the victory in the local congress, which could show the behavior and the political culture that the independent candidacies exercise in the entity. However, the idea of a democratic society entails the justification that citizens exercise their political electoral rights - vote and be voted - from a public reason by which they exercise their political power. In the end, the latter will be the objective of the study, the analysis of public reason as part of a new political culture,*

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: PRECIADO RODRIGUEZ, Teresa Magnolia. La razón pública de las candidaturas independientes en Jalisco. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 3, p 101-118, set./dez. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i3.54371.

\* Profesora Investigadora del Centro Universitario de Tonalá (Tonalá, México). Doctora en Derecho Electoral por el Instituto Prisciliano Sánchez del Tribunal Electoral del Estado de Jalisco (Guadalajara, México). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. E-mail: magnoliap@gmail.com.

Al final, este último será el objetivo del estudio, el análisis de la razón pública como parte de una nueva cultura política, que se desprende del ejercicio del Diputado independiente de Jalisco, Pedro Kumamoto desde su elección, lo que permitirá identificar los retos que al respecto está afrontando y que se verá replicado en las subsecuentes candidaturas independientes que se presenten.

**Palabras-clave:** Candidato independiente; sociedad democrática; razón pública; Derecho Político; Jalisco.

*which emerges from the exercise of the Independent local congressman, Pedro Kumamoto since his election, which will identify the challenges that the Respect it is facing and that will be replicated in the subsequent independent candidacies that appear.*

**Keywords:** *Independent candidate; democratic society; public reason; Political Law; Jalisco.*

## SUMARIO

**1.** Introducción; **2.** La razón pública según Rawls; **3.** Antecedentes recientes para la reincorporación de las candidaturas independientes en México; **3.1.** Caso Tamaulipas, María del Rosario Elizondo Salinas (1998); **3.2.** Caso Michoacán, Manuel Guillén Monzón (2001); **3.3.** Caso Estados Unidos Mexicanos, Jorge Castañeda Gutman (2004); **3.4.** Caso Yucatán, Adonaí Avilés Sierra (2007); **4.** De la reforma constitucional 2014, a la participación de candidatos independientes en el proceso electoral 2015; **5.** Las candidaturas independientes en Jalisco; **6.** Conclusiones; **7.** Referencias.

## 1. INTRODUCCIÓN

El proceso de transformación de la cultura política en nuestro país es evidente. Se vislumbra una participación ciudadana – si bien no generalizada, si individualizada – sedienta de una apertura democrática que les permita ser y sentirse parte de las decisiones públicas que les afectan.

El cansancio de la ciudadanía por los gobernantes corruptos y el secuestro de los partidos políticos en los espacios de representación, son una parte fundamental de este cambio de paradigma electoral, donde el resurgimiento de las candidaturas independientes después de 68 años se consideró un avance en el proceso democrático.

En 1911 la Ley Electoral, conocida como *Ley Madero*, contemplaba el acceso al poder a través de aspirantes independientes<sup>1</sup>. Posteriormente, la Constitución de 1917, consagró el derecho a participar a cargos de elección popular tanto a candidaturas independientes como a través de partidos políticos<sup>2</sup>, sin embargo, la desaparición en el artículo 60 de la Ley Electoral del derecho a registrar candidatos independientes se dio formalmente en 1946, cuando la única opción de acceder a cargos de elección popular era mediante el registro de candidatos por parte de los partidos políticos, iniciando así,

<sup>1</sup> SANTIAGO CAMPOS, Gonzalo. Las candidaturas independientes en México. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, vol. 33, p. 65-99, jul./dic. 2014, p. 71. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740003.pdf>>.

<sup>2</sup> MEXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. **Diario Oficial de la Federación**, Órgano provisional de la República Mexicana, Ciudad de México, 05 feb. 1917. Tomo V, p. 152. Disponible en: <[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM\\_orig\\_05feb1917.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf)>.

la partidocracia donde estos son reconocidos como entidades de interés público para el ejercicio del poder<sup>3</sup>.

Desde la reforma electoral del 2007, el tema era considerado ya por especialistas y académicos como una asignatura pendiente. Meixieiro y Pliego<sup>4</sup>, traen múltiples debates y propuestas previas, en el 2012 con la reforma constitucional en materia político electoral, una de las inclusiones fue precisamente la de los *Candidatos Independientes*, considerándolos como opción de ejercer el derecho político electoral para acceder a un cargo de elección popular – voto pasivo –, sin el requisito de pertenecer a un partido político, lo que generará con ello una pluralidad de candidatos que permita impulsar la democracia política en el país.

La participación en el voto activo mediante esa figura durante el último proceso electoral 2014-2015, donde participaron un total de 118 candidatos independientes en conjunto tanto a nivel federal como local, y de donde solamente 6 resultaron electos, resultó un avance en la democracia participativa social. Jalisco fue precisamente uno de los Estados donde un candidato independiente obtuvo el triunfo como Diputado Local, lo que podría dar muestras del comportamiento y la cultura política que ejercen las candidaturas independientes en la entidad

Esta nueva forma de ver y participar de los ciudadanos, mediante candidaturas donde se ven y se miden de manera libre e igual, es parte de una cultura política liberal, que poco a poco se irá convirtiendo en la base de un nuevo modelo representativo que le da legitimidad y donde el punto central de esta participación ciudadana, será no una visión particular, sino una razón pública sustentada en principios y valores constitucionales elementales de aportar en la consolidación de la democracia.

Así, el principal objetivo del trabajo será analizar la razón pública como parte de una nueva cultura política, que se desprende del ejercicio del Diputado independiente de Jalisco, Pedro Kumamoto, desde su elección, lo que permitirá identificar los retos que al respecto está afrontando y que se verá replicado en las subsecuentes candidaturas independientes que se presenten.

## 2. LA RAZÓN PÚBLICA SEGÚN RAWLS

La transición hacia una sociedad democrática y organizada que se vive en la actualidad, conlleva a la colaboración de ésta en la política, ya sea en lo particular; en el ámbito familiar o bien desde la conformación de grupos políticos, donde el objetivo

<sup>3</sup> SANTIAGO CAMPOS, Gonzalo. Las candidaturas independientes en México. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, vol. 33, p. 65-99, jul./dic. 2014, p. 71. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740003.pdf>>.

<sup>4</sup> MEIXIEIRO NÁJERA, Gustavo; PLIEGO MORENO, Iván H. **Reformas electorales en México: evolución y pendientes**. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública: Ciudad de México, 2010. Disponible en: <[http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/240059/675217/file/Docto\\_91\\_Reformas\\_electorales\\_Mexico\\_2010.pdf](http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/240059/675217/file/Docto_91_Reformas_electorales_Mexico_2010.pdf)>. p. 22.

conlleva a una razón pública: la de participar en la toma de decisiones, como señala Rawls.<sup>5</sup>

Ahora bien, es importante distinguir tal y como Rawls lo hace, que no necesariamente todas las razones son razones públicas, en tal caso, es una característica de todo pueblo democrático, donde todos sus ciudadanos comparten esta calidad de manera igualitaria<sup>6</sup>, por lo que para tal efecto, se identifican tres maneras en que puede darse esta razón pública:

*como la razón de los ciudadanos como tales, es la razón de lo público; su sujeto es el bien del público y sus asuntos son los de la justicia fundamental, y su naturaleza y contenido son públicos, dados por los principios e ideales que expresa la concepción de la sociedad acerca de la justicia política, y conducidos a la vida de todos sobre esta base.*<sup>7</sup>

Es decir, al final de cuentas, no toda participación social tiene una razón pública, como su nombre lo indica, lo público lo identifica, pero la justicia y el cumplimiento de los principios e ideales que toda sociedad democrática deben tener arraigados, es lo que lo justifica como tal, por tanto, para ser considerada como razón publica, debe ser de justicia política fundamental, y que se exprese mediante principios y valores debidamente consensados para todos los ciudadanos que participan en igualdad de circunstancias.

En tal sentido, esta razón es la de los ciudadanos, pero no actuando aisladamente sino como un colectivo que ejerce poder para hacer modificaciones a las constituciones e imponer sus leyes: "la razón pública no se aplica a todas las cuestiones políticas, sino sólo a aquellas que implican lo que podemos llamar "elementos constitucionales esenciales" y cuestiones de justicia básica."<sup>8</sup>

Existen otro tipo de razones, las sociales, aquellas que pertenecen al "trasfondo cultural" dice Rawls<sup>9</sup>, estas razones devienen de eventos académicos, civiles o religiosos, pues su fin aunque se traten cuestiones políticas, no es precisamente el cumplimiento o defensa de cuestiones constitucionales esenciales o de justicia básica y por lo tanto no se incluyen dentro de una razón pública; mientras que por el contrario, podrá incluir cuestiones de razón pública, cuando los ciudadanos participen en foros públicos en defensa de las cuestiones políticas como parte de su derecho pasivo, es decir en

<sup>5</sup> RAWLS, John. **Liberalismo político**. 7. reimp. Ciudad de México: UNAM, 2013. p. 359.

<sup>6</sup> RAWLS, John. **Liberalismo político**. 7. reimp. Ciudad de México: UNAM, 2013. p. 204.

<sup>7</sup> RAWLS, John. **Liberalismo político**. 7. reimp. Ciudad de México: UNAM, 2013. p. 204.

<sup>8</sup> RAWLS, John. **Liberalismo político**. 7. reimp. Ciudad de México: UNAM, 2013. p. 205.

<sup>9</sup> RAWLS, John. **Liberalismo político**. 7. reimp. Ciudad de México: UNAM, 2013. p. 210.

época de precampañas y campañas electorales, cuando militantes de partidos políticos, o bien candidatos independientes se presenten a la presentación y defensa de su plataforma electoral. También se aplica en el derecho activo, cuando los ciudadanos emiten su voto, pues con este acto se configura uno de los elementos constitucionales esenciales y los asuntos de justicia básica de los que se hablaban, la emisión del sufragio universal, libre, directo y secreto.

El ideal que tiene Rawls de las cuestiones constitucionales básicas que debe estar presentar para ser consideradas una razón pública, es de dos tipos:

*a) Principios fundamentales que especifiquen la estructura general de gobierno y el proceso político; los tres poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial; el alcance del gobierno de la mayoría, y*

*b) Derechos y libertades básicas de la ciudadanía, en pie de igualdad, que la mayoría legislativa ha de respetar: por ejemplo, el derecho a votar y a participar en la política, la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento y de asociación, así como las protecciones del estado de derecho.<sup>10</sup>*

Específicamente los segundos se refieren a los derechos y libertades básicas:

*La libertad de conciencia y la libertad de asociación, y los derechos políticos de la libertad de expresión, el derecho a votar y el de presentarse como candidato a un puesto de elección popular se caracteriza más o menos de igual manera en todos los regímenes fundamentados en la libertad.<sup>11</sup>*

En tal sentido, más que *elementos* constitucionales básicos, es preciso referirse a principios constitucionales básicos, los cuales hablando en materia electoral, son los de libertad e igualdad de participación; sufragio universal, libre, directo y secreto; el pluralismo político y la equidad en la contienda, cuyo cumplimiento es el objetivo de la razón pública contenida en nuestra constitución.

Por lo tanto, para considerar una razón como pública, deberá incluir una “concepción de política liberal” que consta de dos partes:

*a) primera, los principios sustantivos de justicia para la estructura básica, y*

<sup>10</sup> RAWLS, John. **Liberalismo político**. 7. reimp. Ciudad de México: UNAM, 2013. p. 217.

<sup>11</sup> RAWLS, John. **Liberalismo político**. 7. reimp. Ciudad de México: UNAM, 2013. p. 217.

b) *segunda, las directivas de indagación: principios de razonamiento y reglas de evidencia a la luz de las cuales los ciudadanos tendrán que decidir si se aplican adecuadamente esos principios sustantivos, e identificarán las leyes y las políticas que mejor los satisfagan.*<sup>12</sup>

Esta concepción no es otra cuestión, sino la identificación de los elementos y valores constitucionales a la luz de los cuales se deberán aplicar y en su caso razonar de manera justa todas las decisiones fundamentales en que los ciudadanos formen parte. Esta concepción deberá ser así, no solamente entendida y adoptada por todos los participantes, sino en su caso, defendida por ellos mismos.<sup>13</sup>

En este sentido, la razón publica que sugiere Rawls de la incorporación a nivel constitucional de la figura de las candidaturas independientes, tiene su sustento precisamente en hacer efectivos los principios constitucionales de votar y ser votado, en todo caso, como a decir de Bobbio, pasar de una “[...] democracia política en sentido estricto a la democracia social”.<sup>14</sup>

Una democracia social, sería lo que Pedro Salazar Ugarte puede considerar como democracia moderna, toda vez que bajo la concepción de una participación social “todos los individuos tienen la misma dignidad, lo que los habilita, en igualdad de condiciones, para conocer y tomar parte de los asuntos públicos”.<sup>15</sup>

Como sabemos, uno de los fines de la democracia es la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones. Sin embargo, México no se encuentra entre los países con mejor desarrollo democrático, la pobreza, la falta de empleos, la violencia, la inseguridad, el narcotráfico, la corrupción y la gran cantidad de violaciones a derechos y libertades de los ciudadanos, entre muchos otros temas, que afectan a la población desde hace décadas, han generado un marcado descontento social con sus gobernantes. Esto sin dudas, se ha visto de alguna manera reflejado en las urnas: la exigencia pasiva que ha detonado el ausentismo durante los procesos electorales; la emisión del llamado “voto de castigo”, cuyo resultado visible ha sido la alternancia en las cúpulas del poder, y la búsqueda de opciones distintas a las proporcionadas por los partidos políticos acaparadores de la democracia, es decir, la incorporación de las candidaturas independientes en las legislaciones, lo que sin duda ha servido de catalizador para vislumbrar una nueva cultura política en la sociedad.

La sensación generalizada de malestar por parte de los ciudadanos por el control que los partidos políticos han ejercido durante años, es un reto que toda democracia

<sup>12</sup> RAWLS, John. **Liberalismo político**. 7. reimp. Ciudad de México: UNAM, 2013. p. 213.

<sup>13</sup> RAWLS, John. **Liberalismo político**. 7. reimp. Ciudad de México: UNAM, 2013. p. 216.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. 3. ed. 7. reimp. Ciudad de México: UNAM, 2012. p. 63.

<sup>15</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional: una radiografía teórica**. Ciudad de México: UNAM, 2006. p. 125.

moderna debe enfrentar. Como señala Brewer-Carias<sup>16</sup>, el discurso político no sólo ha sido deficiente, sino que además ha erosionado la práctica de la democracia representativa, pues sus ciudadanos no se sienten representados, ni tampoco participan en la toma de decisiones de manera activa.

Partir de la democracia representativa que conocemos cuyo modelo implica como lo indica Ludlow “[...] el pueblo no se gobierna, pero elige, en su conjunto, a los representantes que los gobiernen y decidan las políticas y actos legislativos del pueblo”<sup>17</sup>, y que implica el desarrollo de una democracia indirecta que en contraposición a la democracia directa donde todo el pueblo participa en la polis, en este caso, se eligen a través del sufragio, a aquellos que en representación de todos, podrán actuar con libertad en aras de los intereses generales.

Sin embargo, la experiencia de varios gobiernos bajo este sistema de democracia representativa, nos ha enseñado lo frágil que es y cuyas problemáticas observamos como señala Bobbio que inciden directamente en la participación social que realmente importa: “la falta de participación ciudadana extensa en los procesos electorales y la insuficiencia de una cultura participativa comprometida”<sup>18</sup>.

De lo anterior, es claro que el debate existente en el ejercicio de la democracia: representación vs participación, como principios básicos de los derechos político-electorales del ciudadano que indicen en la constitución de una verdadera razón pública para incorporada las candidaturas.

La idea de participación ciudadana como elemento democrático ha sido consensada como un mecanismo de acceso para influir en la toma de decisiones, es decir, la incorporación de procedimientos que permitan al pueblo incidir en la construcción de la cosa pública, así como de legitimación de las acciones del gobierno, pero que no han logrado el efecto esperado, tal y como indica Miguel Ángel Garita, éste se encuentra en una crisis pues se ha reducido:

*prácticamente al hecho electoral y que constriñe el desarrollo pleno de consultas populares directas, acompañado de unos partidos políticos y unas instituciones públicas que se encuentran cada vez con más problemas para la canalización de las demandas ciudadanas,...*

<sup>16</sup> BREWER-CARIAS, Allan. La democracia representativa y la falacia de la llamada “Democracia Participativa” In: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Coord.). **Estudios de Derechos Electorales**: Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral. Ciudad de México: UNAM, 2011.

<sup>17</sup> LUDLOW, Dunia. Democracia participativa y gobernanza. In: MYERS GALLARDO, Alfonso, et al., (coords.). **La democracia a debate: perspectivas sobre democracia y gobernanza**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2015. p. 55.

<sup>18</sup> LUDLOW, Dunia. Democracia participativa y gobernanza. In: MYERS GALLARDO, Alfonso, et al., (coords.). **La democracia a debate: perspectivas sobre democracia y gobernanza**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2015. p. 55.

Por su parte, la participación social, va más allá de la sola concepción de instrumentos para que el ciudadano sea escuchado, implica una verdadera inclusión del ciudadano en la toma de decisión mediante su participación en las cúpulas del poder, de manera individual y en igualdad de circunstancias que los que acceden mediante la vía plural. Como diría Brewer-Carias,

*No hay otra forma de perfeccionar la democracia y hacerla más participativa y más representativa, que no sea acercando el Poder al ciudadano, lo que sólo puede llevase a cabo descentralizando política y territorialmente el Poder del Estado y llevarlo hasta la más pequeña de las comunidades; es decir, distribuyendo el Poder en el territorio nacional.*<sup>19</sup>

Para Bobbio, transitar de una democracia política a una democracia social, donde la inclusión del ciudadano en la toma de decisiones se dé desde su faceta de individuo como tal, es lo que verdaderamente justifica la consolidación de una democracia. Para tal efecto, esta participación ciudadana deberá realizarse de manera ascendente donde les permita impactar desde abajo, desde los niveles más básicos del desarrollo social: como padre, como estudiante, como profesor, como trabajador, etc.<sup>20</sup>

Así, las candidaturas independientes como una nueva forma de democracia representativa social, implica precisamente el respeto legislativo de aquellos derechos y libertades básicas de la ciudadanía, es decir, la de votar y ser votado. Esta razón pública a la que alude Rawls significa también que nuestro sistema democrático tenga reglas muy claras en cuanto al sistema representativo que lo integra, por tanto, la incorporación de las candidaturas independientes implican transitar hacia un modelo de democracia social, mediante la incorporación de nuevas figuras donde el individuo que cumpla los requisitos que la ley establece como tal, pueda verdaderamente participar como ciudadano en las cúpulas del poder.

### 3. ANTECEDENTES RECIENTES PARA LA REINCORPORACIÓN DE LAS CANDIDATURAS INDEPENDIENTES EN MÉXICO

Desde que en 1946 desapareció la figura de las candidaturas individuales en la legislación electoral del país, la única posibilidad de acceder a puestos de representación era mediante la postulación por un partido político. Sin embargo, a partir de 1998 se presentaron algunos casos aislados sobre candidaturas independientes, mismos que

<sup>19</sup> BREWER-CARIAS, Allan. La democracia representativa y la falacia de la llamada "Democracia Participativa" In: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Coord.). **Estudios de Derechos Electorales**: Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral. Ciudad de México: UNAM, 2011. p. 35.

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. 3. ed. 7. reimpr. Ciudad de México: UNAM, 2012. p. 63.

sirvieron de base para la consolidación a partir del 2012 de una nueva forma de participación ciudadana, las candidaturas independientes tal y como se encuentran hoy reguladas. Nos referiremos brevemente a cuatro casos ampliamente conocidos<sup>21</sup>:

### 3.1. Caso Tamaulipas, María del Rosario Elizondo Salinas (1998)

Obtuvo el cargo de presidente municipal de Jiménez, Tamaulipas, bajo la denominación *candidata no registrada*, derrotando al candidato de PRI.<sup>22</sup>

La resolución del Juicio de Inconformidad interpuesto, declaró válida la elección bajo el argumento que de respetar la voluntad plasmada de la ciudadanía en el voto, al señalar que la falta de emisión del voto a favor de un partido político, no lo limita, restringe o suspende. Así mismo, en cuanto a la posibilidad de votar por un candidato no registrado, se estimó mediante una argumentación histórica, que es una opción del elector, al no simpatizar con las corrientes políticas registradas, proponer una persona de su agrado para integrarse a los poderes públicos mediante el voto de las masas.<sup>23</sup>

### 3.2. Caso Michoacán, Manuel Guillén Monzón (2001)

En el 2001 el Consejo General del Instituto Electoral de Michoacán le negó el registro como candidato independiente a gobernador del Estado, por lo que se presentó en la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Juicio para la Protección de los Derechos Político Electorales.<sup>24</sup>

La resolución de la Sala, innovadora para su época, realiza una interpretación de la norma electoral de manera extensiva y favorecedora a los derechos humanos, al señalar lo siguiente:

*a. La Constitución no consagra ni un derecho absoluto a ser votado ni tampoco un derecho a ser registrado como candidato independiente.*

*b. El derecho político-electoral del ciudadano a ser votado es un derecho fundamental de base constitucional y configuración legal.*

<sup>21</sup> SANTIAGO CAMPOS, Gonzalo. Las candidaturas independientes en México. **Revista Derecho del Estado, Bogotá**, vol. 33, p. 65-99, jul./dic. 2014. p. 71. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740003.pdf>>. p. 81-92.

<sup>22</sup> SANTIAGO CAMPOS, Gonzalo. Las candidaturas independientes en México. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, vol. 33, p. 65-99, jul./dic. 2014. p. 71. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740003.pdf>>. p. 81.

<sup>23</sup> SANTIAGO CAMPOS, Gonzalo. Las candidaturas independientes en México. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, vol. 33, p. 65-99, jul./dic. 2014. p. 71. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740003.pdf>>. p. 81-82.

<sup>24</sup> SANTIAGO CAMPOS, Gonzalo. Las candidaturas independientes en México. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, vol. 33, p. 65-99, jul./dic. 2014. p. 71. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740003.pdf>>. p. 84-85.

*c. Ninguna disposición constitucional establece, en forma alguna, que los partidos políticos tengan el monopolio de la postulación de candidaturas (por mayoría relativa) para cargos de elección popular ni, mucho menos, que al efecto estén prohibidas las candidaturas independientes o no partidistas.*

*d. En cuanto a la postulación de candidatos por parte de los partidos políticos, el tribunal estableció que sólo en la postulación de candidatos a diputados federales y senadores por el principio de representación proporcional hay disposiciones expresas y claras que confieren este derecho en exclusiva a los partidos políticos.*<sup>25</sup>

### 3.3. Caso Estados Unidos Mexicanos, Jorge Castañeda Gutman (2004)

Uno de los casos de mayor trascendencia, fue la candidatura a Presidente de los Estados Unidos Mexicanos de Jorge Castañeda Gutman, quién fuera del periodo electoral solicito al entonces Instituto Federal Electoral (IFE) su registro para las elecciones 2006. Esperadamente el IFE negó el registro bajo el argumento –entre otros– de exclusividad de los partidos políticos para postular y registrar candidatos.<sup>26</sup>

Después de las instancias nacionales correspondientes, el asunto llegó hasta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien resolvió de manera diferenciada la existencia de una violación al derecho de protección judicial de los derechos fundamentales por parte del Estado Mexicano, toda vez que México no contaba con un recurso efectivo alguno que posibilitara a las personas cuestionar la regulación legal del derecho político a ser elegido previsto en la Constitución Política y en la Convención<sup>27</sup>, pero por otro lado, estimó que México no violó ni su derecho político a ser elegido de conformidad con el artículo 23.1, ni el de igualdad ante la ley estipulado en el 24, ambos de la Convención Americana.<sup>28</sup>

Si bien, Castañeda Gutman ya no tuvo la posibilidad de participar como candidato independiente, el resultado fue favorable para el pueblo mexicano al instaurarse el JDC como recurso efectivo conforme a la Convención.

<sup>25</sup> SANTIAGO CAMPOS, Gonzalo. Las candidaturas independientes en México. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, vol. 33, p. 65-99, jul./dic. 2014. p. 71. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740003.pdf>>. p. 85.

<sup>26</sup> SANTIAGO CAMPOS, Gonzalo. Las candidaturas independientes en México. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, vol. 33, p. 65-99, jul./dic. 2014. p. 71. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740003.pdf>>. p. 86; MEIXIEIRO NÁJERA, Gustavo; PLIEGO MORENO, Iván H. **Reformas electorales en México: evolución y pendientes**. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública: Ciudad de México, 2010. Disponible en: <[http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/240059/675217/file/Docto\\_91\\_Reformas\\_electorales\\_Mexico\\_2010.pdf](http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/240059/675217/file/Docto_91_Reformas_electorales_Mexico_2010.pdf)>. p. 21.

<sup>27</sup> SANTIAGO CAMPOS, Gonzalo. Las candidaturas independientes en México. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, vol. 33, p. 65-99, jul./dic. 2014. p. 71. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740003.pdf>>. p. 86-88.

<sup>28</sup> MEIXIEIRO NÁJERA, Gustavo; PLIEGO MORENO, Iván H. **Reformas electorales en México: evolución y pendientes**. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública: Ciudad de México, 2010. Disponible en: <[http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/240059/675217/file/Docto\\_91\\_Reformas\\_electorales\\_Mexico\\_2010.pdf](http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/240059/675217/file/Docto_91_Reformas_electorales_Mexico_2010.pdf)>. p. 22.

### 3.4. Caso Yucatán, Adonaí Avilés Sierra (2007)

Contendió y resultó ganador como candidato independiente para ocupar el cargo de presidente municipal de Yobaín del Estado de Yucatán.<sup>29</sup>

En Juicio de Revisión Constitucional Electoral la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, una vez abierto paquetes y llevando el recuento de los votos correspondientes, ratificó la sentencia previa señalando que las operaciones que sustentan el llenado del acta de escrutinio y cómputo son correctas, que las anotaciones incorrectas puede constituirse por descuido o distracción y no necesariamente por error o dolo y que si bien el recuento es una atribución extraordinaria de tribunal, ésta se realizaría únicamente agotados previos todos los recursos y cuando la gravedad de la controversia fuere trascendente para el sentido del fallo.<sup>30</sup>

## 4. DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 2014 A LA PARTICIPACIÓN DE CANDIDATOS INDEPENDIENTES EN EL PROCESO ELECTORAL 2015

La reforma constitucional en materia político electoral del 2012, se reglamenta con la regulación en 2014 de candidaturas independientes en la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, donde se establece su participación en las elecciones para Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, en estos últimos casos sólo por el principio de mayoría relativa (Arts. 357 y 362).<sup>31</sup>

Como se observa de los anteriores casos, hasta antes de la mencionada reforma constitucional, la forma en que los ciudadanos de manera individual podrían participar de las tomas de decisión de manera directa, era prácticamente a través de los mecanismos de participación ciudadana que las entidades federativas contemplaban: plebiscito, referéndum, la y la iniciativa popular; sin embargo, esta visión empezó a cambiar, con la búsqueda de una participación más directa en los procesos, la cual fue permeando poco a poco a través primeramente foros, consultas y propuestas desde el ámbito académico y social primeramente, hasta ser reconocida está necesidad en el debate político y avalada a nivel constitucional. Con ello, una nueva etapa de la cultura política en nuestro país se está empezando a forjar, con los cimientos de una nueva visión de la

<sup>29</sup> SANTIAGO CAMPOS, Gonzalo. Las candidaturas independientes en México. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, vol. 33, p. 65-99, jul./dic. 2014. p. 71. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740003.pdf>>. p. 83.

<sup>30</sup> SANTIAGO CAMPOS, Gonzalo. Las candidaturas independientes en México. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, vol. 33, p. 65-99, jul./dic. 2014. p. 71. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740003.pdf>>. p. 83-84.

<sup>31</sup> MEXICO. Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIE), de 15 de mayo de 2014. **Diario Oficial de la Federación**, DF, 23 mayo 2014. Segunda y Tercera Secciones. p. 1-33. Disponible en: <[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/LGIE/LGIE\\_orig\\_23may14.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/LGIE/LGIE_orig_23may14.pdf)>.

participación ciudadana indispensable para el desarrollo de un proceso democrático, siendo esta la razón pública que lo sustenta.

Como sabemos, los mecanismos de participación ciudadana posibilitan o hacen posible el acceso de la ciudadanía a la participación política, por lo tanto, un pueblo democrático será el que permita o tenga el mayor número de participación de su sociedad, materializando con ello el ejercicio del pueblo en el poder.<sup>32</sup>

En este sentido, Rosas Hernández señala que la regulación de las candidaturas independientes pueden garantizar una verdadera participación de la ciudadanía, que cansados o sin opciones entre los partidos políticos, deciden tomar en sus manos la forma de incidir en los procesos democráticos, transitando de una democracia participativa, hacia una deliberativa, donde la voz del pueblo es escuchada a través de un instrumento constitucionalmente garantizado.<sup>33</sup>

Este instrumento garantiza el ejercicio del derecho a ser votado como señala Beatriz Vázquez:

*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>34</sup>

Así entonces, es claro que el candidato independiente, tal y como lo establece el Diccionario Electoral del Instituto Nacional de Estudios Políticos, será todo aquel aspirante a un cargo de elección popular ajeno a toda filiación de partido político<sup>35</sup> interesado por participar activamente en beneficio de su sociedad mediante la toma de decisiones activa, directa y responsable.

Bajo esta figura, durante las elecciones de 2015, se postularon 133 candidatos independientes, aunque sólo 6 de ellos resultaron ganadores en sus respectivas contiendas electorales. Candidatos como Jaime Rodríguez "El Bronco" en Nuevo León; Pedro Kumamoto en el Congreso Local de Jalisco; Alfonso Martínez en el Ayuntamiento

<sup>32</sup> ROSA HERNÁNDEZ, Gonzalo Julián. Formas de participación ciudadana: El plebiscito. In: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Coord.). **Estudios de Derecho Electoral: Memorias del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral**. Ciudad de México: UNAM, 2011. p. 117.

<sup>33</sup> ROSA HERNÁNDEZ, Gonzalo Julián. Formas de participación ciudadana: El plebiscito. In: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Coord.). **Estudios de Derecho Electoral: Memorias del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral**. Ciudad de México: UNAM, 2011. p. 190.

<sup>34</sup> VÁZQUEZ GASPAR, Beatriz. Panorama general de las candidaturas independientes. **Contorno Centro de Prospectiva y Debate apud GAMBOA MONTEJANO, Claudia; VALDÉS ROBLEDO, Sandra. Candidaturas Independientes. Estudio Conceptual, de Antecedentes, Jurisprudencia, Iniciativas presentadas en la LX y LXI Legislaturas, de Derecho Comparado y Opiniones Especializadas. Servicio de Investigación y Análisis: Análisis de Política Interior**, 2011. p. 5.

<sup>35</sup> DE LA ROSA, Carlos; LÓPEZ, Ximena; MORENO, Mireya; MARTÍNEZ, Santiago; VEGA, Rafael. **Candidaturas independientes rumbo a 2018**. Disponible en: <<http://cidac.org/candidaturas-independientes-rumbo-al-2018/>>.

de Morelia; Manuel Clouthier, quien obtuvo una diputación federal por Culiacán, Sinaloa; César Valdés para Alcalde de García, Nuevo León y Alfonso Martínez en Comonfort, Guanajuato<sup>36</sup>, son las formulas ganadoras durante el proceso electoral 2015 – 2016, mediante las cuales el pueblo ha expresado su deseo de una nueva cultura democrática donde el ciudadano común sea el principal contendiente electoral.

## 5. LAS CANDIDATURAS INDEPENDIENTES EN JALISCO

En el resurgimiento de las candidaturas independientes en Jalisco para el proceso electoral local ordinario 2014 - 2015, tras la convocatoria emitida por el Instituto Electoral y de Participación Ciudadana, para los ciudadanos jaliscienses interesados en postular su candidatura independiente a Diputados Locales por el Principio de Mayoría Relativa, o a Municipales, se presentaron diez candidatos para Presidentes Municipales de Guadalajara, Puerto Vallarta, Valle de Juárez, Tonalá, Tomatlán, Tuxpán y Zapopan, así como cinco aspirantes a Diputados locales de los distritos, 8, 9, 10, 12, tal y como se advierte de la siguiente tabla:

Nombre del aspirante a candidato independiente	Cargo para el que se pretende postular	Número de firmas a recabar	Registros de apoyos ciudadanos
René Pérez Valencia	Presidente Municipal para Puerto Vallarta, Jalisco	3,789	Presentado: 3,225 Procedente: 2,899
José Francisco Sánchez Peña	Presidente Municipal para Puerto Vallarta, Jalisco	3,789	Presentados: 6,122 Procedente: 5,427
José Zepeda Contreras	Presidente Municipal para Valle de Juárez, Jalisco	94	Presentados: 484 Procedentes: 433
Luis Romeo Colosio Miranda	Presidente Municipal para Zapopan, Jalisco	17,923	<b>No presentó</b>
Javier Ruiz Cabrera	Presidente Municipal para Tonalá, Jalisco	5,780	Presentados: 7,792 Procedentes: 6,447
Macario Miguel Ángel Calzada Tejeda	Presidente Municipal para Puerto Vallarta, Jalisco	3,780	<b>No presentó</b>
Francisco José Arias Rama	Presidente Municipal para Tomatlán, Jalisco	466	Presentados: 485 Procedentes: 425

<sup>36</sup> DE LA ROSA, Carlos; LÓPEZ, Ximena; MORENO, Mireya; MARTÍNEZ, Santiago; VEGA, Rafael. **Candidaturas independientes rumbo a 2018**. Disponible en: <<http://cidac.org/candidaturas-independientes-rumbo-al-2018/>>.

Nombre del aspirante a candidato independiente	Cargo para el que se pretende postular	Número de firmas a recabar	Registros de apoyos ciudadanos
Guillermo Cienfuegos Pérez	Presidente Municipal para Guadalajara, Jalisco	23,887	Presentados: 27,919 Procedentes: 22,899
Gregorio Ballesteros Franco	Presidente Municipal para Zapopan, Jalisco	17,923	Mediante escrito registrado con el No de Folio 00957, presento desistimiento a la entrega de cédulas de apoyo ciudadano que había entregado con número de folio 00956.
Jesús Osvaldo Silva Magaña	Presidente Municipal para Tuxpan, Jalisco	502	Presentados: 2,569 Procedentes: 2,099
José Pedro Kumamoto Aguilar	Diputado Local Propietario por el Distrito Electoral número 10	5,477	Presentados: 8,781 Procedentes: 6,485
Armando Daniel Cervantes Aguilera	Diputado Local Propietario Electoral número 12	4,056	Presentados: 515 Procedentes: 439
Adriana Herminia Higareda de Anda	Diputada Local Propietaria por el Distrito Electoral número 8	3,946	<b>No presentó</b>
Zahida Ivonne Ramírez Salcedo	Diputada Local Propietaria por el Distrito Electoral número 9	4,124	<b>No presentó</b>
Gerónimo Daniel Piña Rivas	Diputado Local Propietario por el Distrito Electoral número 8	3,946	<b>No presentó</b>

Fuente (Instituto Electoral de Participación Ciudadana, En Línea)

Como se advierte, de los quince aspirantes presentados, sólo cinco cumplieron con el requisito de recabar – y rebasar– el número de firmas mínimas que el Instituto Electoral Local estableció, mientras que de los diez restantes, cinco no presentaron firmas de apoyo, cuatro no alcanzaron el número de firmas mínimas para que procediera su registro, y un caso en particular se desistió.

Al final del proceso electoral, el que logró llegar a la última etapa de la contienda fue el candidato a Diputado Local por el Distrito 10, correspondiente a Zapopan, donde la ciudadanía aún y con la evidente juventud –o quizás precisamente por ella– decidió con 57,000 votos, era la mejor elección para que los representara.

Pedro Kumamoto, con apenas 25 años, egresado del ITESO, se destacó durante su campaña electoral por demostrar una candidatura como un ciudadano, con principios, valores e ideales del trabajo en equipo, del trabajo en sociedad, con la convicción de que las cosas grandes se empiezan con detalles insignificantes, donde si todos pon un poco de su parte, se creará nueva cultura en donde nuevas generaciones con ideales, con propósitos bien definidos y preocupados por su entorno social sean los que dirigen la política nacional. Slogan evidentemente dirigido a los jóvenes, resultó certero para lograr convencer al número suficiente de ciudadanos en ese distrito de todas las edades, lo que le permitió llegar como primer candidato independiente al Congreso del Estado de Jalisco.

¿El éxito de su campaña? Las redes sociales, las aplicaciones y herramientas tecnológicas sin dudas. El equipo de trabajo que este candidato integro, básicamente con gente joven, se enfocó a lo que la nueva generación sabe: utilizar las redes sociales para comunicarse, así el WhatsApp, Twitter, Facebook, su sitio web, el Telegram y el Google Drive, se convirtieron en los elementos clave de su estrategia digital, la cual implicaba utilizar el menor recurso económico posible para alcanzar a un gran número de personas mediante una mayor innovación tecnológica.<sup>37</sup>

En este sentido, es evidente el desarrollo de una nueva cultura política donde el eje de participación serán sin duda los jóvenes en el acceso a las cúpulas del poder, mediante esta figura de candidaturas independientes. El uso de las tecnologías, de nuevas formas de comunicarse, de entenderse y entender el contexto social que los rodea, así como el trabajo en equipo será una parte importante para la consolidación de ésta figura política. El trabajo del ahora diputado, es referente lo que se puede lograr y en ese sentido ha tratado de dejar el mensaje en todas sus presentaciones en eventos no sólo políticos y académicos.

Se revisaron cinco entrevistas de Pedro Kumamoto, de donde se desprenden los elementos clave que enfrentó: los obstáculos se encontraron la obtención de las firmas necesarias para participar como candidato independiente en un tiempo record de quince días; su participación sin contar con expertos en política; los falsos comentarios para demeritar su participación y la "forma de hacer política" ya en el congreso por parte de los partidos políticos.

Como logros, se mencionó entre otros, la creación de una red de ciudadanos; una forma de actuar desde lo micro para impactar a lo macro; el apoyo de más de 120 personas para recabar firmas; la participación ciudadana para ayudar a arreglar jardines y parques, así como la instauración de una oficina ciudadana que permita acercarse a la comunidad.

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ LABASTIDA, Javier. Kumamoto y su estrategia digital: - dinero + innovación. **ALTONIVEL**, Ciudad de México, jun. 2015. Disponible en <<http://www.altonivel.com.mx/51572-la-estrategia-digital-que-dio-el-triunfo-a-kumamoto.html>>.

Las propuestas que le dieron el aval ante el electorado se destacan, la creación de asociaciones vecinales; la política al servicio de la comunidad; la transparencia en su cargo; la donación del 70% de su salario para proyectos ciudadanos; la participación en comisiones del congreso y específicamente a presidir la de participación ciudadana.

Finalmente, la participación juvenil, se reflejó en la consolidación de un grupo de trabajo joven, expertos en las nuevas tecnologías que usan las redes sociales como medio de comunicación y difusión, lo que les permitió lograr más con menos recursos, donde ahora la apuesta es su participación para competir por los fondos donados con la presentación de proyectos ciudadanos y acercarse a la comunidad para conocer sus problemáticas.

Por la juventud y origen del Diputado Kumamoto, el inicio de su campaña fue a través de razón social en asociaciones y espacios académicos que albergaron y dieron impulso a esta nueva cultura política ciudadana, dirigida y lograda por jóvenes deseosos de formar parte de la toma de decisiones. En todo caso, si bien este inicio podría no entenderse como una “razón pública” como lo conceptualiza Rawls, una vez que utilizó estas plataformas sociales para difundir su candidatura primeramente y luego al ganar la diputación donde sus propuestas y discursos son parte de la política del Estado, basadas en la libertad e igualdad de participación, así como el pluralismo político que la constitución señalada, se entiende que nos encontramos en una nueva etapa de la política liberal.

Las propuestas bajo las cuales opera actualmente los trabajos del Diputado independiente giran en torno a los siguientes lineamientos:

1. *Política para los ciudadanos*
2. *Derrocar la partidocracia*
3. *Legislar con políticos*
4. *Extender los Derechos Humanos*
5. *Reorientar el tema de vialidad*
6. *Inequidad y desarrollo social*
7. *Renuncia del 70% de su salario*
8. *Regresar a rendir cuentas*

Las iniciativas de ley como la “3 de 3 de Transparencia mexicana”, “Eliminación del fuero”, “Creación de mecanismos de participación social”, “Presupuesto participativo” o la actual “Sin voto no hay dinero”, responden a los anteriores compromisos, luchar contra la corrupción y las copulas de poder, así como devolver el poder y la toma de decisiones al pueblo.

El primer candidato independiente en Jalisco, da muestras del proceso de transición democrático hacia la concepción del liberalismo político delineado por Rawls,

pues en ellos se reconoce constitucional y legalmente los elementos y valores a partir de los cuales los ciudadanos podrán participar de las decisiones políticas fundamentales de una manera justa y en calidad de iguales.

## 6. CONCLUSIONES

La aceptación e incorporación de la figura de candidaturas independientes a nivel nacional y local, se justifica a través del paso del tiempo como una reclamo de la sociedad en general, participar activamente en la toma de decisiones sin la intervención de un partido político ha sido su razón, convirtiéndose en pública en virtud de un ideal de justicia y cumplimiento de los principios que toda sociedad democrática deben tener arraigados: la participación ciudadana en igualdad de condiciones y la consolidación de un pluralismo político que permita que todos se vean reflejados.

La justificación de esta razón pública desde la concepción de Rawls, es precisamente el cumplimiento de un principio constitucional, *la democracia representativa* que deberá transformarse en una *democracia social* donde el ciudadano se vea incluido en la toma de decisiones de manera individual y con las mismas oportunidades de tomar parte en las decisiones públicas.

La participación de candidatos independientes durante el proceso electoral 2015 – 2016 en Jalisco, tuvo su primer reto con la búsqueda de firmas de apoyo para su registro, lo que sin duda seguirá siendo el principal obstáculo que tendrán que enfrentar los próximos interesados.

El caso del candidato independiente y ahora primer Diputado Local Pedro Kukamoto, da muestras del avance que se traduce en el cumplimiento de la equidad en la contienda con sus pares avalados por partidos políticos: registro de firmas de apoyo para logar su candidatura, financiamiento mecanismos de difusión de su plataforma y acceso a espacios en radio y televisión. Sin embargo, esto mismo ha dado pie a la conformación de una cultura política basada en la era digital, donde el reto será no para los candidatos sino principalmente para los legisladores, ¿Cómo regular el tiempo en el ciberespacio, si este tiene su propia lógica, tiempos y elementos?

Finalmente el trabajo en Jalisco a partir de esta nueva concepción de participación ciudadana: las candidaturas independientes, fue buscar nuevos mecanismos para que toda la sociedad formará parte fundamental en la toma de decisiones por sí mismo y no sólo a partir de sus representantes. La fórmula ganadora en el Distrito 10 con el Diputado Kumamoto, ha dado una esperanza para que un mayor número de candidatos decidan registrarse mediante esta figura, por lo tanto, el siguiente reto será más bien de los jaliscienses, identificar qué proyectos son los verdaderamente independientes y que buscan una verdadera pluralidad política, será imperante para que este tránsito democrático siga en camino.

## 7. REFERENCIAS

- BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. 3. ed. 7. reimp. UNAM: Ciudad de México, 2012.
- BREWER-CARIAS, Allan. La democracia representativa y la falacia de la llamada “Democracia Participativa” In: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Coord.). **Estudios de Derechos Electoral**: Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral. UNAM: Ciudad de México, 2011.
- GAMBOA MONTEJANO, Claudia; VALDÉS ROBLEDO, Sandra. Candidaturas Independientes. Estudio Conceptual, de Antecedentes, Jurisprudencia, Iniciativas presentadas en la LX y LXI Legislaturas, de Derecho Comparado y Opiniones Especializadas. **Servicio de Investigación y Análisis: Análisis de Política Interior**, 2011.
- LUDLOW, Dunia. Democracia participativa y gobernanza. In: MYERS GALLARDO, Alfonso, *et al.* (Coords.). **La democracia a debate: perspectivas sobre democracia y gobernanza**. Salamanca: Universidad de Salamanca, España: 2015.
- MEIXIEIRO NÁJERA, Gustavo; PLIEGO MORENO, Iván H. **Reformas electorales en México: evolución y pendientes**. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública: Ciudad de México, 2010. Disponible en: <[http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/240059/675217/file/Docto\\_91\\_Reformas\\_electorales\\_Mexico\\_2010.pdf](http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/240059/675217/file/Docto_91_Reformas_electorales_Mexico_2010.pdf)>.
- RAWLS, John. **Liberalismo político**. 7. reimp. UNAM: Ciudad de México, 2013.
- RODRÍGUEZ LABASTIDA, Javier. Kumamoto y su estrategia digital: - dinero + innovación. **ALTO NIVEL**, Ciudad de México, jun. 2015. Disponible en <<http://www.altonivel.com.mx/51572-la-estrategia-digital-que-dio-el-triunfo-a-kumamoto.html>>.
- ROSA HERNÁNDEZ, Gonzalo Julián. Formas de participación ciudadana: El plebiscito. In: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Coord.). **Estudios de Derecho Electoral: Memorias del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral**. UNAM: Ciudad de México, 2011.
- SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional: una radiografía teórica**. UNAM: Ciudad de México, 2006.
- SANTIAGO CAMPOS, Gonzalo. Las candidaturas independientes en México. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, vol. 33, p. 65-99, jul./dic. 2014. p. 71. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740003.pdf>>.



## Obamacare e a linguagem dos “direitos dos estados”: federalismo não cooperativo ou constitucionalismo “dinossauro”\*

*Obamacare and the language of the “states’ rights”:  
uncooperative federalism or “dinosaur” constitutionalism*

ANNE RICHARDSON OAKES\*\*

Birmingham Law School (Reino Unido)

anne.oakes@bcu.ac.uk

ILARIA DI-GIOIA\*\*\*

Birmingham Law School (Reino Unido)

ilaria.di-gioia@bcu.ac.uk

Received/Received: 07.08.2017 / August 07<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 23.08.2017 / August 23<sup>th</sup>, 2017

### Resumo

A oposição legislativa dos estados às reformas do sistema de saúde do Presidente Obama nos convida para uma atenção renovada sobre a dinâmica da partição de Poder e sobre a distribuição da soberania na Constituição Federal dos Estados Unidos. Entre 2010 e o início de 2016, 22 legislaturas de estados promulgaram leis e medidas defafiando ou excluindo-se das amplas reformas de saúde relacionadas com as disposições obrigatórias da Patient Protection and Affordable Care Act (Lei de Proteção e Cuidado de Saúde de Baixo Custo).

### Abstract

*State legislative opposition to President Obama’s health-care reforms invites renewed attention to the dynamics of power sharing and the allocation of sovereignty in the U.S. federal constitution. Between 2010 and early 2016, 22 state legislatures enacted laws and measures challenging or opting out of broad health reforms related to mandatory provisions of the Patient Protection and Affordable Care Act (PPACA). Some scholars have seen in these bills a resurgence of the doctrine of nullification, discredited*

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: OAKES, Anne Richardson; DI-GIOIA, Ilaria. Obamacare e a linguagem dos “direitos dos estados”: federalismo não cooperativo ou constitucionalismo “dinossauro”. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 3, p 119-143, set./dez. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i3.54376.

\* Texto originalmente publicado sob o título *Uncooperative Federalism or Dinosaur Constitutionalism: The Affordable Care Act and the Language of States Rights* na Rivista “*Nomos. Le attualità nel diritto*”, Roma, n. 1, p. 1-20, 2017. Tradução por Carolina de Freitas Chehab, graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), e revisão por Ricardo Perlingeiro, Doutor em Direito, Professor da Faculdade de Direito da UFF e Desembargador Federal do TRF2; Alexandre Arruda, Doutorando do Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa da UFF e Juiz Federal no Rio de Janeiro; e Renato Pessanha, Juiz Federal no Rio de Janeiro. E-mail: anne.oakes@bcu.ac.uk.

\*\* Diretora do Center for American Legal Studies da Birmingham City University Law School (Birmingham, Reino Unido). Doutora em Direito pela Birmingham City University Law School.

\*\*\* Professora e Doutoranda em Direito no Center for American Legal Studies da Birmingham City University Law School (Birmingham, Reino Unido). E-mail: ilaria.di-gioia@bcu.ac.uk.

ao Paciente e Cuidados Acessíveis - PPACA). Alguns acadêmicos têm visto esses projetos de lei como uma ressurgência da 'doctrine of nullification', desacreditada em razão de conexões históricas, especificamente com aquelas da secessão, Jim Crow e Resistência Massiva. Outros têm uma visão mais matizada e argumentam que as chamadas "Leis de Liberdade aos Cuidados de Saúde" foram pragmaticamente concebidas para desencadear desafios à PPACA que podem funcionar dentro da estrutura contemporânea da ortodoxia constitucional. O presente artigo analisa a linguagem das Leis de Liberdade aos Cuidados de Saúde e as compara com as resoluções da Resistência Massiva para inquirir se os estados assimilaram, a partir das lições do passado, o desenvolvimento de estratégias mais bem-sucedidas para desafiar o escopo indesejado da lei e regulamentação federal.

**Palavras-chave:** direito à saúde; federalismo; Obamacare; cooperação; Estados Unidos.

*because of its historical associations, specifically with those of secession, Jim Crow and Massive Resistance. Others take a more nuanced view and argue that the so called "Health Care Freedom Acts" were pragmatically designed to trigger challenges to the PPACA that can work within the contemporary framework of constitutional orthodoxy. This paper analyses the language of the Health Care Freedom Acts and compares them with the Massive Resistance resolutions to enquire whether states have learned from the lessons of the past to develop more successful strategies for challenging the unwanted reach of federal law and regulation.*

**Keywords:** right to health; federalism; Obamacare; cooperative; United States.

O presente artigo é uma reflexão sobre a natureza da oposição dos estados à Lei PPACA (2010), popularmente conhecida como *Lei de Cuidados Acessíveis* ou simplesmente *Obamacare*. A Lei, sancionada pelo Presidente Obama em 23 de março de 2010, representou a revisão regulatória mais significativa do sistema de saúde americano desde a aprovação do *Medicare* e do *Medicaid* em 1965, mas uma impugnação constitucional multiestadual ao *individual mandate*<sup>1</sup> e a expansão do *medicaid* começaram apenas alguns minutos após o Presidente ter sancionado a Lei. No momento em que o caso chegou à Suprema Corte dos EUA, vinte e seis estados e seus Procuradores e/ou Governadores se uniram a dois cidadãos particulares, além do *National Federation of Independent Business* (NFIB), em uma ação judicial que, de acordo com o Juiz Distrital Sênior da Flórida, Vinson, foi "não exatamente sobre o sistema de saúde como um todo. [Foi] principalmente sobre o nosso sistema federalista, e isso levanta questões muito importantes com relação ao papel constitucional do governo federal."<sup>2</sup>

Na ocasião, a decisão da Suprema Corte americana no caso *NFIB versus Sebelius*<sup>3</sup> manteve a previsão legal do *individual mandate*. No entanto, a Corte derrubou as disposições legais complementares que requeriam dos estados a expansão da cobertura

<sup>1</sup> Nota dos tradutores: *individual mandate* refere-se à obrigatoriedade imposta pela lei à maioria dos americanos de contratar um seguro saúde, sob pena de sanção pecuniária.

<sup>2</sup> Ver ESTADOS UNIDOS. United States District Court. N.D. Miami. **Florida ex rel. Bondi v. U.S. Dept of Health & Human Services**, 780 F. Supp. 2d, 1256, 1263. Miami, 31 janeiro 2011 (ajuizada pelo Procurador Geral da Flórida, Bill McCollum, no Distrito do Norte da Flórida, e chamados ao processo inicialmente o Procurador Geral de Idaho, Lawrence Wasden, e o Procurador Geral de Utah, Shurtleff, mais onze outros procuradores gerais. No mesmo dia, o Procurador Geral da Virginia, Kenneth Cuccinelli, ajuizou ação no Distrito Leste da Virginia, desafiando a constitucionalidade das previsões legais do *individual mandate* da ACA: United States District Court, Eastern District of Virginia. **Commonwealth v. Sebelius**. No. 3:10-CV-00188-HEH, Virginia, 23 de março de 2010.

<sup>3</sup> ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. **National Federation of Independent Business v. Sebelius**. 567 U.S. \_\_\_, 132 S. Ct. 2566, Washington, 28 junho 2012.

do *Medicaid* até 133% (efetivamente 138%) do nível de pobreza federal com os fundamentos de que eram inconstitucionalmente coercitivas. A Lei impunha uma sanção aos estados que se recusassem a expandir o *Medicaid* sob a forma de confisco da totalidade dos fundos existentes do *Medicaid*, mas, conforme escreveu o Presidente da Suprema Corte, Roberts, o Congresso "não tem autoridade para ordenar que os estados criem normas de acordo com suas instruções. O Congresso pode oferecer concessões aos estados e exigir que os mesmos cumpram com suas condições complementares, mas estados devem ter uma escolha genuína sobre o aceite da oferta."<sup>4</sup>

As decisões da Suprema Corte americana, no caso *NFIB versus Sebelius*<sup>5</sup> e nos casos que o acompanharam<sup>6</sup>, receberam uma considerável atenção: menos amplamente percebidas são a extensão e a natureza da atividade legislativa estadual pela qual as legislaturas estaduais têm procurado fazer oposição à lei e proteger seus cidadãos e funcionários públicos de serem forçados ao cumprimento de suas disposições. Entre os anos de 2010 e o início de 2016, 22 legislaturas estaduais haviam promulgado leis e medidas que desafiavam ou excluíam os estados das amplas reformas de saúde referentes às disposições obrigatórias da *Lei de Proteção ao Paciente e Cuidados Acessíveis (ACA)*.<sup>7</sup> Nesse período, um número expressivamente maior de medidas foi considerado, mas a maioria foi deixada de lado, principalmente porque usavam terminologia associada às doutrinas de nulificação, intercessão e secessão dos direitos dos estados, as quais não eram ouvidas desde a resistência massiva dos estados sulistas que se seguiu à ordem de não segregação da Suprema Corte americana no caso *Brown versus Board of Education*.<sup>8</sup>

As legislaturas estaduais se inspiraram em projetos de lei modelos a partir de duas fontes principais: o *American Legislative Exchange Council* (Conselho de Intercâmbio Legislativo Americano - ALEC)<sup>9</sup> e o *Tenth Amendment Center* (Centro da Décima

<sup>4</sup> ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. **National Federation of Independent Business v. Sebelius**. 567 U.S. \_\_\_, 132 S. Ct. 2566, Washington, 28 junho 2012, p. 2608. A decisão foi altamente fracionada; deixando escopo para a questão se na visão de Roberts aqueles estados devem ter o direito de autoexclusão sem perderem seus fundos pré-existentes do *Medicaid* constitui a posição (*holding*) da corte; uma vez que esta atraiu apenas três juízes (Roberts, C.J., Breyer & Kagan, J.J.). Quatro outros juízes (Scalia, Kennedy, Thomas, e Alito, J.J.) objetivaram a disposição total do *Medicaid* em dissidência, mas não se uniram à opinião de Roberts. Para uma discussão sobre o desdobramento do voto, ver: SOLUM, L. B. How NFIB v. Sebelius Affects the Constitutional Gestalt. *Washington University Law Review*. Washington, v. 91, n.1, 2013. p. 1 - 58.

<sup>5</sup> ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. **National Federation of Independent Business (NFIB) v. Sebelius**. 567 U.S. \_\_\_, 132 S. Ct. 2566, Washington, 28 de junho de 2012.

<sup>6</sup> Em 25 de junho de 2015 a Suprema Corte dos EUA votou 6-3 para manter os subsídios do seguro de saúde para as pessoas que adquiriram seus seguros por meio de um *exchange* de seguro de saúde federal. A decisão judicial em *King v. Burwell* significa que entre 6 e 7 milhões de pessoas continuarão a receber seus subsídios securitários.

<sup>7</sup> MT, ID, WY, ND UT AZ KS OK TX, MO, AR, LA, IN, TN, AL, OH, VA, NC, SC, GA, FL, NH. Ver figuras e mapas disponíveis em NCSL: CAUCHI, Richard. State Laws and actions challenging certain health reforms. **National Conference of State Legislatures**. Washington, 12 abr. 2016.

<sup>8</sup> ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483. Washington, 17 maio 1954 (*Brown I*) sustentou que a própria segregação violava a Cláusula de Proteção da Igualdade da Décima Quarta Emenda; o *desegregation mandate* veio um ano depois no caso **Brown v. Board of Education of Topeka**, 349 U.S. 294, Washington, 31 maio 1955 (*Brown II*).

<sup>9</sup> ALEC [é uma organização] sem fins lucrativos com financiamento amplamente oriundo de empresas como Exxon Mobil, fun-

Emenda - TAC). Ambas as organizações promovem a oposição dos estados à ACA com argumentos justificativos que fazem referência à Décima Emenda e às doutrinas dos direitos dos estados (*doctrines of states' rights*), mas suas retóricas, bem como a linguagem destes projetos de lei, *são significativamente diferentes e, além disso*, mudaram de modo significativo ao longo de um período de seis anos. Em parte, isso ocorre devido aos resultados dos desafios jurídicos à ACA cuja base e forma elas ajudaram a criar. Ambas agora advogam a não cooperação estadual com o governo federal, mas a TAC continua a utilizar a linguagem de nulificação, e são as sutilezas da filosofia subjacente que este artigo busca, neste ponto, abordar.<sup>10</sup>

Os comentários acadêmicos sobre o fenômeno têm se dividido. Alguns acadêmicos descrevem um renascimento de argumentos constitucionais que pareciam estar mortos há muito tempo, como, por exemplo, o constitucionalismo “zumbi” ou “dinossauro”, que de fato já eram inoperáveis mesmo antes de serem arguidos.<sup>11</sup> Outros, como é o caso do comentarista constitucional notavelmente respeitado, Sanford Levinson, têm uma visão mais pragmática ou, como Levinson a denomina, funcionalista; a linguagem utilizada pode ser antiga, mas os problemas políticos com os quais se confrontam são diretamente concernentes aos trabalhos do séc. XXI do federalismo norte-americano, e, nessa medida, são contemporâneos e novos.<sup>12</sup> No entanto, a questão permanece: podem os argumentos políticos expressos em termos de direitos dos estados, particularmente aqueles que invocam a retórica de Calhoun e a história da Resistência Massiva, suprimir a conexão com a história de raça nos Estados Unidos?

No outono de 2014, o Presidente Obama foi entrevistado pelo jornalista e comentarista político David Remnick, e fez essa observação. Alguns conservadores, admitiu, poderiam genuinamente considerar que o governo federal fosse muito poderoso, muito distante e demasiadamente burocrático e que, como consequência, deveria haver um reequilíbrio de poder em favor dos estados. Todavia, observou, há uma “filosofia devotada na história dos direitos dos estados no contexto do movimento dos direitos

dações empresariais como a Charles G. Koch Charitable Foundation, ou associações de comércio como a PhRMA da indústria farmacêutica. Ver: GRAVES, Lisa. A CMD report on Alec's funding and spending. **The Center for Media and Democracy's PR Watch**. Wisconsin, 13 Jul. 2011. “Uma vez que o TAC não está registrado como organização sem fins lucrativos, há pouca informação disponível sobre suas finanças, mas parece funcionar principalmente como uma organização baseada em internet com afiliados na maioria dos estados” – Ver: TABACHICK, Rachel. Nullification, Neo-Confederates, and the Revenge of the Old Right. **Political research Associates**, 22 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.politicalresearch.org/tag/tenth-amendment-center/#sthash.vqbYH2bs.dpuf>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

<sup>10</sup> **Tenth Amendment Center**. Disponível em: <<http://tenthamendmentcenter.com/>>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>11</sup> Ver: WILENTZ, Sean. States of Anarchy: America's Long, Sordid Affair with Nullification. **New Republic**, 30 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.tnr.com/article/politics/the-essence-anarchy>>. Acesso em: 25 abr. 2017. Ver ainda: JOST, Timothy S. Can the States Nullify Health Care Reform? **New England Journal of Medicine**, Boston, v. 362. 2010. p. 869. (afirmando que as medidas estaduais recentes que desafiam a legislação federal sobre cuidados de saúde “só puro teatro político” em busca de um objetivo que “é constitucionalmente impossível”).

<sup>12</sup> LEVINSON, Sandford. The 21st Century Rediscovery of Nullification and Secession. In: \_\_\_\_\_ (Ed.) **Nullification and Secession in Modern Constitutional Thought**. Kansas: University Press of Kansas, 2016. p. 10-52. Ver ainda: DINAN, John. Contemporary Assertions of State Sovereignty and the Safeguards of American Federalism. **Albany Law Review**, New York, v. 74, n. 4, p. 1635-1667, sept. 2011. p. 1637.

civis, a Guerra Civil e Calhoun." Pode-se dizer que aqui há uma história consideravelmente longa... Penso que é importante para os conservadores reconhecerem e responderem a alguns dos problemas que são apresentados por aquela história...<sup>13</sup>

Considerando tal observação como um ponto de partida, este artigo compara a linguagem de projetos de lei contrários à PPACA em face das resoluções da Resistência Massiva para, primeiramente, considerar até que ponto os estados aprenderam, a partir daquelas lições do passado, a desenvolver estratégias mais bem sucedidas para desafiar o alcance indesejado da regulamentação federal e, em segundo lugar, como devemos avaliar essas estratégias em termos de suas contribuições para a dinâmica do federalismo norte-americano contemporâneo.

Começamos com uma breve visão geral das medidas de oposição do legislativo estadual. De acordo com a Base de Dados Legislativa de Cuidados Acessíveis (*Affordable Care Act Legislative Database*) da Conferência Nacional das Legislaturas Estaduais (National Conference of State Legislatures) NCSL, as 22 leis e medidas estaduais se referem aos desafios ou à autoexclusão dos estados quanto à ampla reforma de saúde, inclusive a PPACA, seguindo um número de abordagens gerais, embora com uma linguagem jurídica variando de estado para estado e incluindo, ainda, leis e emendas constitucionais, bem como resoluções estaduais vinculantes e não vinculantes.<sup>14</sup> O site identifica propostas amplas com medidas estaduais individuais tipicamente incorporando pelo menos três. Dessa forma, nove legislaturas estaduais adotaram resoluções não vinculantes ou memoriais ao governo federal. Arizona, Arkansas, Georgia, Missouri, Montana, New Hampshire, Carolina do Norte, Utah e Wyoming têm leis que restringem ainda mais o cumprimento da PPACA sem uma aprovação do legislativo estadual. Dezoito estados estabelecem que o governo estadual não implementará ou não aplicará deveres que requeiram a aquisição de seguro pelos indivíduos ou pagamentos pelos empregadores e impedem que as agências estaduais e seus funcionários imponham multas e sanções. Alabama, Georgia, Indiana, Kansas, Missouri, Oklahoma, Carolina do Sul, Utah e Texas promulgaram leis autorizando a adesão a convenções de saúde interestaduais, com o objetivo de conferir a um grupo de estados a responsabilidade primária para a regulação de produtos e serviços de saúde dentro de suas fronteiras (exceto militares). A maioria das medidas também incluiu esta disposição: "Cada estado-membro (...) pode suspender, pela legislação, a obrigatoriedade de todas as leis, normas, regulamentos e decisões federais relacionados aos Cuidados de Saúde que sejam incompatíveis com as

<sup>13</sup> Barack Obama, citado por David Remnick em Going the Distance: On and Off the Road with Barack Obama. **The New Yorker**, New York, 27 jan. 2014.

<sup>14</sup> A base de dados para projetos de leis considerados entre 2011-2013 está disponível em Health Reform: 2011-2013 State Legislative Tracking Database, **NCSL**. Disponível em: <<http://www.ncsl.org/research/health/health-reform-database-2011-2013-state-legislation.aspx>>. Acesso em: 30 maio 2017. A base de dados para projetos de leis considerados em 2014 está disponível em Healthcare Reform - 2014 Legislative Database, **NCSL**. Disponível em: <<http://www.ncsl.org/research/health/new-health-reform-database.aspx>>. Acesso em: 30 maio 2017.

leis" adotadas pelo estado-membro como parte de uma convenção. A criação de qualquer convenção interestadual não é vinculante sem a aprovação do Congresso, até o momento não experimentada em relação à saúde, e, por si só, não obrigará o bloqueio à implementação da PPACA;<sup>15</sup> o objetivo, sobretudo, é a afirmação expressiva acerca da responsabilidade primária para uma importante área de regulamentação tradicionalmente considerada como encontrando-se dentro da competência do estado.

Medidas legislativas estaduais adicionais de oposição incluem a não expansão do *Medicaid*, a não participação nas disposições de *health exchange* ou de mercado, incluindo regulamentação e/ou restrição das funções de corretores e outros que auxiliam os consumidores na seleção de seguro de saúde em *exchanges* ou mercados (mais de uma dúzia de Estados têm leis desta natureza promulgadas) e bloqueando os benefícios de saúde individuais, principalmente com relação à contracepção. No entanto, a opção nuclear e o foco deste artigo são o projeto de lei de nulificação.

Contextualizemos. Os projetos de lei de nulificação, assim propriamente chamados, partem da alegada inconstitucionalidade de uma medida ou lei federal; a legislatura estadual acredita que uma medida é inconstitucional e aprova um projeto de lei para nulificar seus efeitos dentro de suas fronteiras. O termo é geralmente combinado com a palavra interposição (*interposition*) e ambos reivindicam suas origens nas Resoluções da Virgínia e de Kentucky de 1798 e de 1799 esboçadas por James Madison e Thomas Jefferson, respectivamente, em resposta às Leis do Estrangeiro e Sedição promulgadas como uma medida de "tempo de guerra" por um Congresso Federalista e sancionadas pelo Presidente Adams.<sup>16</sup>

Uma discussão pormenorizada dos detalhes daquilo que o Centro da Décima Emenda e o proponente da nulificação Thomas W. Wood chamam de 'os Princípios de 98' vai além do escopo do presente artigo.<sup>17</sup> Em resumo, podemos observar que a nulificação e a interposição, embora geralmente combinadas, são, de fato, diferentes. A nulificação representa a ideia de que um estado pode declarar uma lei federal, que considere inconstitucional, nula e sem efeito dentro de suas fronteiras. A interposição afirma o direito dos estados de interpor sua própria autoridade entre seus cidadãos e

<sup>15</sup> Utah revogou a maior parte de sua convenção estadual em 2014.

<sup>16</sup> Thomas Jefferson, Kentucky Resolutions (10 Nov. 1798 e 14 Nov. 1799), reimpresso o volume 5 (KURLAND, Phillip B.; LERNER, Ralph (Eds). **The Founders' Constitution**. Indianápolis: Liberty Fund, 1987. p. 131-135.) [doravante Jefferson, Kentucky Resolutions]; James Madison, Virginia Resolutions Against the Alien and Sedition Acts (21 Dec. 1798), reimpresso em RAKOVE, Jack N. (Ed.). **James Madison, Writings**. New York: Literary Classics of the United States, 1999. p. 589-591 [doravante Madison, Virginia Resolutions].

<sup>17</sup> Ver: WOODS Jr. Thomas E. **Nullification: How to Resist Federal Tyranny in the 21st Century**. Washington: Regnery, 2010. p. 15; ver ainda: DI-GIOIA, Ilaria. When Liberty Subverts Federalism: Is Nullification of Federal Law Legitimate? **Edinburgh Student Law Review**, Edinburgh, v.4, p. 155-168, 2015; READ, James H.; ALLEN, Neal. Living, Dead, and Undead: Nullification Past and Present. In: LEVINSON (Ed.) **Nullification and Secession in Modern Constitutional Thought**. Kansas: University Press of Kansas, 2016. p. 91, nota 12; CLAIBORNE Jr. Robert S. Why Virginia's Challenges to the Patient Protection and Affordable Care Act Did Not Invoke Nullification. **University of Richmond Law Review**, Richmond, v. 46, n. 3, p. 917, 2012.

as leis inconstitucionais, e buscar o apoio de outros estados para fazerem o mesmo.<sup>18</sup> No entanto, típico do discurso de Calhoun e dos defensores contemporâneos, o termo "interposição" é *usado de modo intercambiável com "nulificação"*.<sup>19</sup> Apoiar ambos é uma teoria de soberania de estado como um contrapeso ao poder do governo federal e uma explicação da estrutura constitucional americana que enxerga a relação entre os estados e o governo federal em termos de um pacto ou contrato. A teoria do pacto oferece mais do que um entendimento histórico sobre o que a união é e de onde esta se originou; pactos têm termos de compromissos, provendo parâmetros pelos quais as reclamações do estado podem ser deduzidas e, de modo correspondente, solucionadas. O significado foi assimilado por John Calhoun e implantada inicialmente em oposição aos estatutos tarifários de 1828 que ameaçavam ruir a economia do Sul, baseada no algodão, e, subsequentemente, em justificativa da secessão plena (*full-blown*).<sup>20</sup> O regulamento de nulificação da Carolina do Sul foi transformado em lei em 24 de novembro de 1832, mas, apesar do amplo apoio à *intenção*, nenhuma outra legislatura estadual acompanhou tal liderança. Outra tentativa de anular a lei federal ocorreu em 1855, quando a Suprema Corte de Wisconsin decidiu que a Lei federal de Escravo Fugitivo (*Fugitive Slave*) era inconstitucional. Em apelação à Suprema Corte dos Estados Unidos, a decisão foi revertida<sup>21</sup> e a linguagem de nulificação, interposição e direitos dos estados não foi novamente ouvida até voltar à tona após a decisão de 1954 da Suprema Corte no caso *Brown v. Board of Education*, e a chamada Resistência Massiva (*Massive Resistance*) que se seguiu.<sup>22</sup> Liderados pela Virginia, oito estados adotaram resoluções de nulificação e interposição que tomaram emprestadas diretamente de Calhoun.<sup>23</sup> Arkansas chegou a emendar a sua Constituição. No Texas, um referendo "para invocar alguma forma de interposição para travar a invasão federal sobre os direitos

<sup>18</sup> HAGLEY, Judith A. *Massive Resistance; The Rhetoric and the Reality*. *New Mexico Law Review*, Albuquerque, v. 27, n. 167, p. 167-221, 1997; DRAHOZAL, Christopher R. *The Supremacy Clause*, Westport: Greenwood, 2004. p. 46 (Nulificação é a ideia de que os estados podem declarar leis federais como inconstitucionais, enquanto que a interposição "é um conceito mais variável, eventualmente sinônimo de nulificação, em outras situações, algo menos do que a nulificação, mas mais do que um mero protesto"). A interposição não é um "desafio categórico por um estado individual," mas a interposição permite que os estados "busquem apoio de outros membros do pacto [ou outros estados]". MCKAY, Robert B. *With All Deliberate Speed: A Study of School Desegregation*. *New York University Law Review*, New York, v. 31, n. 991, 1956. p. 1038.

<sup>19</sup> Ver: READ, James H.; ALLEN, Neal. *Living, Dead, and Undead: Nullification Past and Present*. In: LEVINSON (Ed.). *Nullification and Secession in Modern Constitutional Thought*. Kansas: University Press of Kansas, 2016. p. 104-106 (fazendo referência a John Calhoun, James Kilpatrick, o estrategista da oposição sulista à decisão Brown e Thomas E Woods Jr. do TAC).

<sup>20</sup> A legislatura da Carolina do Sul usou a argumentação de Calhoun para anular a Tarifa de 1832, que tinha, anteriormente, substituído a Tarifa de Abominações (Tariff of Abominations).

<sup>21</sup> ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court, *Ableman v. Booth*, 62 U.S. 506, Washington, 1858.

<sup>22</sup> Ver: HAGLEY, Judith A. *Massive Resistance; The Rhetoric and the Reality*. *New Mexico Law Review*, Albuquerque, v. 27, n. 167, p. 167-221, 1997.

<sup>23</sup> A cronologia foi a seguinte: 1º de fevereiro de 1956: resolução colegiada de Virginia; 2 de fevereiro de 1956: resolução colegiada do Parlamento do Alabama; 14 de fevereiro de 1956: resolução colegiada da Carolina do Sul; 29 de fevereiro de 1956: resolução concorrente do Senado do Mississippi nº 125, adotada; 18 de abril de 1956; Emenda Constitucional de interposição de Arkansas adotada em 29 de maio de 1956: resolução de interposição da Louisiana, 2 de maio de 1957: resolução de interposição da Flórida.

dos Estados" recebeu um voto afirmativo.<sup>24</sup> A legislatura da Carolina do Norte aprovou uma "resolução de protesto" contra a decisão que impedia a segregação no caso *Brown*, tendo "derrotado os esforços para fortalecer a resolução em uma [decisão] de interposição e recusou um plano para suavizar suas palavras".<sup>25</sup> A Câmara dos Deputados do Tennessee adotou uma resolução de interposição, mas o Senado não a ratificou.<sup>26</sup> Consideraremos os textos destas resoluções/emendas constitucionais com mais detalhes logo abaixo. Nesta fase, simplesmente notamos que, em termos constitucionais, eles não poderiam sobreviver à decisão da Suprema Corte no caso *Cooper v. Aaron*<sup>27</sup>, como foi amplamente explicado por um tribunal federal de três membros em *Bush v. Orleans Parish Sch. Bd.*: "interposição não é uma doutrina constitucional. Se levada a sério, é um desafio ilegal à autoridade constitucional".<sup>28</sup> A Corte abordou diretamente a teoria do pacto:

*A interposição é um conceito amorfó baseado na proposição de que os Estados Unidos são um pacto de estados, em que qualquer um destes pode interpor sua soberania contra a execução, dentro de suas fronteiras, de qualquer decisão da Suprema Corte ou lei do Congresso, independentemente do fato de a constitucionalidade da lei ter sido estabelecida por decisão da Suprema Corte. Diante de uma interposição, a lei ou decisão teria, então, que esperar a aprovação por Emenda Constitucional antes da aplicação dentro do estado que procede a tal interposição. Na essência, a doutrina nega a obrigação constitucional do estado em respeitar as decisões da Suprema Corte das quais discorda. A doutrina pode ter tido alguma eficácia sob os artigos da Confederação. No fracasso deles, entretanto, "com o objetivo de formar uma União mais perfeita", o povo e não os estados, deste país ordenou e estabeleceu a Constituição. Assim, a pedra fundamental*

<sup>24</sup> DEALEY, J.B. Texas Almanac: 1958-1959. **Texas**: Dallas Morning News, 1958. p. 451-455. Disponível em: <<https://texashistory.unt.edu/ark:/67531/metaph117139/m1/453/?q=interposition>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

<sup>25</sup> Ver: **Southern School News**, v. 3, n. 2, Tennessee, ago. 1956.

<sup>26</sup> VANDERBILT UNIVERSITY. **Race Relations Law Reporter**. v. 2. Nashville: Vanderbilt University, 1956. p. 228-282; p. 481-483.

<sup>27</sup> ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. **Cooper v. Aaron**, 358 U.S. 1, 17-18, Washington, 12 Setembro 1958: devemos responder a premissa das ações do Governador e da Legislatura que não estão vinculadas pela nossa explanação no caso *Brown*. É necessário apenas recordar alguns princípios constitucionais que são consolidados na doutrina. 'Artigo VI da Constituição torna a Constituição a 'Lei máxima da Terra.' Em 1803, o Presidente da Suprema Corte, Marshall, falando em nome de uma Corte unânime, se referindo à Constituição como 'a lei fundamental e suprema da nação, declarou no notável caso de *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177 (2 L. Ed. 60), que 'Enfaticamente é de alcada, bem como uma obrigação, do poder judiciário dizer o que é a lei.' Esta decisão declarou o princípio básico que a justiça federal é suprema na interpretação da norma constitucional, e este princípio, desde então, vem sendo respeitado por esta Corte e pelo País como um aspecto permanente e indispensável do nosso sistema constitucional. Segue que a interpretação da Décima Quarta Emenda, enunciada por esta Corte no caso *Brown* é a lei suprema do país, e o Art. VI da Constituição confere efeito vinculante sobre os estados' ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos estados.' Cada legislador estadual e cada funcionário público são solemnemente obrigados, por juramento conforme o Art. VI, cl. 3, 'a defender esta Constituição.' ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. **Cooper v. Aaron**, 358 U.S. 1, 17-18, Washington, 12 de Setembro de 1958.

<sup>28</sup> ESTADOS UNIDOS. U.S. District Court for the Eastern District of Louisiana, **Bush v. Orleans Parish School Board**, 188 F.Supp. 916, Louisiana, 30 de novembro de 1960.

*da tese de interposição, de que os Estados Unidos são um pacto de estados, foi rejeitada no preâmbulo da Constituição.*<sup>29</sup>

Em última instância, a questão era de autoridade, ou seja, sobre quem, segundo a Constituição, deveria ter a palavra final sobre questões de constitucionalidade. Para isso, haveria apenas uma resposta: a Suprema Corte dos Estados Unidos, em vez de qualquer autoridade legal, é o último juiz da constitucionalidade.<sup>30</sup> A Lei de Interposição da Louisiana (*Louisiana's Interposition Act*), que pretendia interpor a soberania do estado contra a execução da decisão de *Brown*, enquanto pendente uma alteração na legislação local por uma Emenda Constitucional, era inválida, e o pacote de medidas de segregação relacionado com esta lei deveria cair.<sup>31</sup>

Como observou o Tribunal de Bush, "ao longo da história recente deste país, o modelo da interposição foi levantado sempre que um estado desaprovava fortemente alguma ação do governo central".<sup>32</sup> É reivindicável, como o estatuto da Louisiana e os defensores contemporâneos da tensão de nulificação observaram, que as doutrinas têm antecedentes que são benignos.<sup>33</sup> Essas reivindicações, entretanto, são as resoluções da Massive Resistance que seguiram a decisão de *Brown II*, em maio de 1955<sup>34</sup>, decisão que lançou a sombra de Jim Crow, e é para seus textos que agora nos voltamos.

A Resolução de Interposição e Nulificação do estado da Virginia era típica daqueles que a seguiram. Começou com uma "resolução firme de manter e defender a Constituição dos Estados Unidos e a Constituição deste estado contra todas as tentativas,

<sup>29</sup> ESTADOS UNIDOS. U.S. District Court for the Eastern District of Louisiana, *Bush v. Orleans Parish School Board*, 188 F.Supp. 916, Louisiana, 30 de novembro de 1960, p. 922-923 (citando ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. *Martin v. Hunter's Lessee*, 1 Wheat. 304, 324, 14 U.S. 304, 324, 4 L.Ed. 97, Washington, 20 de março de 1816).

<sup>30</sup> ESTADOS UNIDOS. U.S. District Court for the Eastern District of Louisiana, *Bush v. Orleans Parish School Board*, 188 F.Supp. 916, Louisiana, 30 de novembro de 1960, p. 925.

<sup>31</sup> ESTADOS UNIDOS. U.S. District Court for the Eastern District of Louisiana, *Bush v. Orleans Parish School Board*, 188 F.Supp. 916, Louisiana, 30 de novembro de 1960, p. 925.

<sup>32</sup> ESTADOS UNIDOS. U.S. District Court for the Eastern District of Louisiana, *Bush v. Orleans Parish School Board*, 188 F.Supp. 916, Louisiana, 30 de novembro de 1960, p. 923.

<sup>33</sup> Notadamente por Thomas E. Woods, Jr. do Centro da Décima Emenda: Ver WOODS Jr., Thomas E. *Nullification: How to Resist Federal Tyranny in the 21st Century*. Washington: Regnery 2010. p. 78-81. Woods se refere ao caso de Sherman Booth, considerado culpado por um tribunal federal sobre a violação da Lei do Escravo Fugitivo. A Corte Suprema do estado do Wisconsin sentenciou sua soltura, declarando inconstitucional a Lei do Escravo Fugitivo, mas foi veementemente repreendido pela Suprema Corte dos EUA. Ver ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court, *Ableman v. Booth*, 62 U.S. 506, 526. Washington, 1858: "Nenhum juiz ou tribunal estadual, depois de ser judicialmente notificado de que a parte foi recolhida à prisão sob a autoridade dos Estados Unidos, tem o direito de intervir com esta, ou requerer que esta seja trazida perante eles." Woods cita a resolução da legislatura do estado do Wisconsin no sentido de que a ação da Suprema Corte dos EUA era "sem autoridade, nula e sem efeito". WOODS Jr. Thomas E. *Nullification: How to Resist Federal Tyranny in the 21st Century*. Washington: Regnery, 2010, p. 8. Embora a Suprema Corte do Wisconsin tenha sido a única corte suprema estadual a declarar inconstitucional a Lei do Escravo Fugitivo, a anulação do júri ocorreu quando os jurados se recusaram a condenar as pessoas que ajudaram o escravo fugitivo, ver COLLISON, Gary. *This Flagitious Offense: Daniel Webster and the Shadrach Rescue Cases, 1851-1852*. *New England Quarterly*, Cambridge, v. 68, p. 609-625, 1995. A nulificação legislativa ocorreu em Vermont, em novembro de 1850, quando a legislatura estadual aprovou uma "Lei de Habeas," determinando que funcionários do judiciário e das forças policiais de Vermont ajudassem os escravos fugitivos capturados, tornando, de fato, a Lei do Escravo Fugitivo, inaplicável em Vermont.

<sup>34</sup> Determinando que diretorias de escolas estaduais com a supervisão do tribunal federal desmontassem seus duplos sistemas "o mais rápido possível".

externas ou internas, de minar a dupla estrutura da União e de destruir esses princípios fundamentais incorporados em nossa lei básica, pelos quais os poderes delegados do governo federal e os poderes reservados dos respectivos estados têm sido protegidos e assegurados há muito tempo". Seguiram-se então as exposições que se tornaram os princípios básicos dos argumentos dos direitos dos estados; ou seja, que os poderes do Governo Federal resultam unicamente do pacto no qual os estados são partes; que seus poderes são limitados por esse pacto aos poderes enumerados; que todos os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem proibidos por esta aos estados, são reservados aos estados, respectivamente, ou ao povo; e que a Suprema Corte não tem poder para emendar a Constituição.<sup>35</sup> Então chegamos ao ponto que é o mais importante da questão. O poder de operar escolas separadas sendo um poder reservado aos estados exercitável "sem interposição dos tribunais federais nos termos da Constituição Federal", de modo que a decisão de Brown de 17 de maio de 1954 "impôs à Constituição uma interpretação, com efeito de uma Emenda a esta, cuja interpretação o estado da Virgínia enfaticamente reprova", a Assembleia Geral da Virgínia, "consciente da resolução que adotou em 21 de dezembro de 1798, [...] novamente afirma este princípio fundamental: Que sempre que o Governo Federal tentar o exercício *deliberado, palpável e perigoso* de poderes que não lhe foram conferidos, os estados-parte do pacto têm o direito e estão obrigados a interpor..."<sup>36</sup>

De modo presciente para *Sebelius* e para nossos propósitos, Virgínia, então, expressa preocupação sobre a invasão federal:

*assistimos, com crescente preocupação, já que o poder delegado ao Congresso para regular o comércio entre os vários estados foi estendido a um poder para controlar as empresas locais distantes do comércio interestadual; temos testemunhado (...) a crescente tendência de ler, em um poder de estabelecer impostos para o bem-estar geral, um poder de confiscar os ganhos do nosso povo para fins não relacionados com o bem-estar geral como o concebemos; temos ficado consternados com os decretos judiciais que permitem que a propriedade privada seja tomada para usos que claramente não são usos públicos; estamos perturbados com o esforço, agora em curso, para distorcer o poder de prover a defesa comum, por alguma alquimia Fabiana, no poder de construir escolas locais.*<sup>37</sup>

<sup>35</sup> VANDERBILT UNIVERSITY. **Race Relations Law Reporter**. v. 1. Nashville: Vanderbilt University, 1956. p. 445-447.

<sup>36</sup> VANDERBILT UNIVERSITY. **Race Relations Law Reporter**. v. 1. Nashville: Vanderbilt University, 1956. p. 445-447. Colocamos em itálico as palavras "*deliberado, palpável e perigoso*" para enfatizar o empréstimo destes termos da Resolução da Virgínia de 1798. A mesma linguagem está presente nas resoluções que vieram posteriormente.

<sup>37</sup> VANDERBILT UNIVERSITY. **Race Relations Law Reporter**. v. 1. Nashville: Vanderbilt University, 1956. p. 447.

Finalmente, espelhando a Resolução Kentucky de 1798, o estado da Virgínia apela a seus estados irmãos e solicita, respeitosamente, que se juntem a ele para tomar as medidas apropriadas, conforme ajustado, (por Emenda Constitucional) [acerca d]"a questão do poder contestado aqui afirmado", enquanto pendente, ele resolve, "tomar todas as medidas apropriadas honrosa, legal e constitucionalmente disponíveis, para resistir a esta invasão ilegal sobre os nossos poderes soberanos".<sup>38</sup>

Virgínia usou a linguagem da interposição; outros estados tomaram-na emprestado da oposição de Calhoun aos estatutos tarifários de 1828 para declarar a decisão de Brown "nula, inválida e sem efeito" (Alabama); "inconstitucional, inválida e sem nenhum efeito legal dentro do (...) Mississippi." (Mississippi); "Nula, inválida e sem efeito" (Geórgia<sup>39</sup>, Flórida<sup>40</sup>, Alabama<sup>41</sup>) ou usou a linguagem de ambos; por exemplo, o Arkansas ("... o estado de Arkansas tomará as medidas apropriadas e aprovará leis opondo-se de todas as maneiras admitidas pela Constituição às decisões inconstitucionais de dessegregação (...) da Suprema Corte dos Estados Unidos, incluindo a interposição da soberania do estado de Arkansas até o fim da nulificação destas e de todas as invasões deliberadas, palpáveis e perigosas ou a invasão sobre os direitos e poderes não delegados aos Estados Unidos nem proibidos aos estados pela Constituição dos Estados Unidos (...)").<sup>42</sup> A legislatura da Louisiana recuou de "seus golpes"; sua resolução "declara(ou) solenemente a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos (...) de estar violando a Constituição dos Estados Unidos e o estado da Louisiana; e, declaramos, ainda, nossa forte intenção de realizar todas as medidas apropriadas, honrosa e constitucionalmente, disponíveis a nós, para anular essa invasão ilegal sobre os direitos dos vários estados (...)".<sup>43</sup>

Ao contrário de Calhoun e da Carolina do Sul, em 1828, as legislaturas pararam repentinamente de ameaçar a secessão, mas sustentaram todas as suas reivindicações sob as premissas dos direitos soberanos do estado e da invasão federal ilegal, que Brown era uma "tentativa deliberada, palpável e perigosa"<sup>44</sup> de mudar a verdadeira intenção e o significado" da Constituição, e um estado tinha tanto o direito quanto o dever de resistir à emenda ilegal da Corte até que a questão fosse resolvida por uma Emenda Constitucional válida. Voltamos agora à atividade legislativa estadual do século XXI

<sup>38</sup> VANDERBILT UNIVERSITY. **Race Relations Law Reporter**. v. 1. Nashville: Vanderbilt University, 1956. p. 447.

<sup>39</sup> VANDERBILT UNIVERSITY. **Race Relations Law Reporter**. v. 1. Nashville: Vanderbilt University, 1956. p. 438.

<sup>40</sup> VANDERBILT UNIVERSITY. **Race Relations Law Reporter**. v. 2. Nashville: Vanderbilt University, 1956. p. 707.

<sup>41</sup> VANDERBILT UNIVERSITY. **Race Relations Law Reporter**. v. 2. Nashville: Vanderbilt University, 1956. p. 437.

<sup>42</sup> Emenda Constitucional do Arkansas – texto disponível em **Race Relations Law Reporter**, Nashville: Vanderbilt University, v. 1, p. 116, 1956. Ver ainda: p. 707-708: uma resolução para declarar [a decisão Brown] "nula, inválida e sem efeito; declarar que uma disputa de poderes surgiu entre o estado da Flórida e a Suprema Corte dos Estados Unidos; invocar a doutrina de interposição; e para outras finalidades."

<sup>43</sup> VANDERBILT UNIVERSITY. **Race Relations Law Reporter**. v. 1. Nashville: Vanderbilt University, 1956. p. 755.

<sup>44</sup> Lei da Carolina do Sul de 14 de fevereiro de 1956, *ibid.*, p.443; Resolução do Parlamento da Georgia nº. 185 1956 Sessão Legislativa da Assembleia Geral da Georgia; *ibid.*, p. 438; Alabama, *ibid.*, p. 437; Arkansas; Florida, *ibid.*, p. 708.

que não se limita a PPACA, mas se estende para um espectro de questões que incluiu a desriminalização do uso da maconha medicinal e a oposição à implementação da Lei REAL ID de 2005 e às leis federais de controle de armas,<sup>45</sup> mas agora se espalha ainda mais para assumir questões como o estado de vigilância, a “militarização” da polícia e as restrições à produção comercial de cânhamo. Consideramos essas questões brevemente. Por agora, consideramos especificamente o ponto de vista do estudioso do federalismo, John Dinan, que critica aqueles que vinculam tais práticas àquelas dos estados do sul nos anos de 1830 e 1950, confundindo a natureza contemporânea das afirmações sobre a soberania do estado e seu potencial como respostas legítimas aos excessos do governo federal.<sup>46</sup>

Acadêmicos, pede ele,

*não apreciaram plenamente a vitalidade continuada desses tipos de afirmações da soberania do estado, em parte, porque eles muitas vezes não entenderam os recentes desafios estaduais à lei federal e o que pretendem alcançar. Os partidários e críticos acadêmicos de modo idêntico têm sido cúmplices nesse mal-entendido, com os críticos buscando comprehensivelmente deslegitimar as medidas estaduais recentes, associando-as à repudiada doutrina da nulificação, especialmente como praticada pelos estados sulistas nos anos de 1830 e 1950 e alguns partidários igualmente dispostos a abraçarem o rótulo da nulificação de um desejo de associá-lo com a doutrina jeffersoniana de nulificação invocada na década de 1790. No entanto, quando examinamos atentamente estas recentes medidas de soberania dos estados, é evidente que elas participam de algo que não é, sobretudo, a nulificação.<sup>47</sup>*

Abordamos essa reivindicação com referência específica à oposição à PPACA em 2014, ano em que as legislaturas de 26 estados consideraram em torno de 120 projetos de lei de oposição e 37 projetos de lei foram promulgados em lei em 10 estados. A análise do conteúdo dos projetos de lei sugere uma classificação em três grupos da seguinte forma:

<sup>45</sup> Ver, por exemplo: TENTH AMENDMENT CENTER. **State of the Nullification Movement:** Report on the Growth of State-Level Resistance to Federal Power, 2015.

<sup>46</sup> DINAN, John. Contemporary Assertions of State Sovereignty and the Safeguards of American Federalism. **Albany Law Review**, New York, v. 74, n. 4, p. 1635-1667, sept. 2011. p. 1666-1667.

<sup>47</sup> DINAN, John. Contemporary Assertions of State Sovereignty and the Safeguards of American Federalism. **Albany Law Review**, New York, v. 74, n. 4, p. 1635-1667, sept. 2011. p. 1666-1667.

*1. Os projetos de lei que declaram inconstitucional a PPACA e sua disposição central "o individual mandate" e, portanto, inaplicável dentro do estado. Esses projetos de lei usam a linguagem de nulificação e nós os denominamos "projetos de lei de nulificação propriamente ditos".*

*2. Projetos de lei que estabelecem medidas para proibir as agências estaduais ou empregados de implementarem o individual mandate dentro do estado. Esses projetos de lei pressupõem a constitucionalmente respeitável anti-commandeering doctrine, segundo a qual o governo federal não pode impor obrigações direcionadas, afirmativas ou coercitivas aos legisladores estaduais ou aos funcionários públicos.<sup>48</sup> Eles não usam a linguagem de nulificação, mas fazem declarações de soberania estatal e afirmações de direitos, liberdades e responsabilidades dos cidadãos dentro do estado, em grande parte com o objetivo de estabelecer as bases para os desafios dos tribunais federais para a PPACA por motivos constitucionais.*

*3. Projetos de lei que estabelecem autoridade para aderir a um pacto interestadual para vários estados que se opõem à regulamentação federal sobre assuntos de saúde que são propriamente de competência dos estados. Salvo na medida em que esses projetos de lei geralmente incluem declarações de oposição ou incompatibilidade da lei estadual com a lei federal, como mencionado acima, esses projetos de lei não são relevantes para a presente discussão e são incluídos aqui apenas para completude.<sup>49</sup>*

O projeto de lei do Senado da Carolina do Sul nº 147/2013 é um retrato dos projetos de lei do primeiro grupo, que declara que a ACA "não é autorizada pela Constituição dos Estados Unidos e viola o seu verdadeiro significado e intenção, como foi determinado pelos Fundadores e Ratificadores e é inválida neste estado, não é reconhecida por este estado, é especificamente rejeitada por este estado, e é nula e sem efeito neste estado".<sup>50</sup> A maioria dos projetos de lei de nulificação foi proposta pelos estados do Sul, com Tennessee, Oklahoma e Geórgia na linha de frente (respectivamente, 14, 12 e 10 projetos de lei). Apesar do número considerável de projetos de lei de nulificação da ACA, nenhum destes foi promulgado na sua forma original. Em muitos

<sup>48</sup> Ver: BALLOTPEDIA. **Rejection of Unconstitutional Federal Actions Amendment**. Proposition 122, Wisconsin, 2014. Disponível em: <[https://ballotpedia.org/Arizona\\_Rejection\\_of\\_Unconstitutional\\_Federal\\_Actions\\_Amendment,\\_Proposition\\_122\\_\(2014\)](https://ballotpedia.org/Arizona_Rejection_of_Unconstitutional_Federal_Actions_Amendment,_Proposition_122_(2014))>. Acesso em: 8 maio 2017.; Ver ainda: ADLER, Matthew D. *The Supreme Court's Federalism: Real or Imagined*. **Annals of American Academy of Political & Social Science**, Thousand Oaks, v. 574, 2001. p. 158.

<sup>49</sup> Utah revogou a maior parte de sua convenção estadual em 2014.

<sup>50</sup> Seção 38-71-2120. Os projetos de lei como muitos outros projetos de lei de nulificação em outros estados morreram nas comissões.

casos, os projetos de lei nem sequer chegaram à fase de discussão, em outros a linguagem foi moderada e o projeto de lei de nulificação foi transformado em uma declaração de soberania. As ausências notáveis são do Texas e da Flórida. Cinco dos estados que propõem projetos de lei de nulificação costumavam fazer parte da Confederação, e todos os estados que propõem projetos de lei de nulificação são “vermelhos”, ou seja, republicanos.

A Proposta 122 do Arizona é ilustrativa do segundo grupo, aprovada na eleição geral de 4 de novembro de 2014. A proposta emendou o art. 2o, Seção 3o da Constituição do Arizona para declarar a capacidade do estado de “exercer sua autoridade soberana para restringir as ações de seus recursos humanos e o uso de seus recursos financeiros para propósitos que são consistentes com a Constituição” e que “este estado e todas as subdivisões políticas deste estado estão proibidos de usar qualquer recurso humano ou financeiro para executar, administrar ou cooperar com a ação ou programa federal designado”.

Os projetos de lei tipo 3 são incluídos apenas para fins de classificação. Nossa foco será agora, especificamente, nos tipos 1 e 2, e, observamos em relação ao primeiro que, embora 23 estados tenham considerado projetos de lei que busquem anular a validade legal da PPACA, nenhum dos projetos de lei se tornou lei na sua forma original. A experiência de Dakota do Norte é didática aqui. S. 2309 S. na sua forma original previa que:

*1. (...) as leis federais conhecidas como (PPACA) (...)*

*Não são autorizadas pela Constituição dos Estados Unidos e violam o seu verdadeiro significado e intenção como foi determinado pelos fundadores e ratificadores e são declaradas inválidas neste estado, não podem ser reconhecidas por este estado, são especificamente rejeitadas por este estado e são consideradas como sendo nulas neste estado.*

*2. A Assembleia Legislativa deve aprovar todas as medidas necessárias para impedir a aplicação da Lei de Proteção ao Paciente e Assistência aos Cuidados Acessíveis e da Lei de Reconciliação de Cuidados de Saúde e Educação de 2010 neste estado.*

*3. Qualquer funcionário público, agente ou funcionário do governo dos Estados Unidos ou qualquer empregado de uma empresa que preste serviços ao governo dos Estados Unidos que executar ou tentar executar um ato, uma decisão, uma lei, um estatuto, uma norma ou regulamentação do governo dos Estados Unidos em violação a esta Lei será considerado culpado em um crime de classe C.*

*4. Qualquer funcionário ou empregado público deste Estado que executar ou tentar executar um ato, uma decisão, uma lei, um estatuto, uma norma ou regulamentação do governo dos Estados Unidos em violação a esta Lei será culpado de um delito de classe A.<sup>51</sup>*

No momento em que a disposição legal chegou ao 'livro de estatutos', a linguagem foi significativamente atenuada e a penalidade criminal fora removida. A versão atual agora afirma mais moderadamente:

*1. (...) As leis federais conhecidas como (PPACA) (...) provavelmente não são autorizadas pela Constituição dos Estados Unidos e podem violar seu verdadeiro significado e intenção, como foi determinado pelos fundadores e ratificadores.*

*2. A Assembleia Legislativa considerará a promulgação de qualquer medida necessária para impedir a execução da (PPCA).*

*3. Nenhuma disposição legal da (PPCA) pode interferir na escolha individual de um médico ou seguradora, salvo disposição em contrário previstas nas leis deste estado.<sup>52</sup>*

O primeiro esboço reproduziu o primeiro modelo de projeto de lei de nulificação publicado pelo Centro da Décima Emenda (TAC), mencionado anteriormente, mas foi atenuado em um comitê para responder às objeções de que a linguagem de nulificação estava constitucionalmente desacreditada.<sup>53</sup> Por razões semelhantes, os projetos de lei do tipo 2, moldados de acordo com o modelo do Conselho de Intercâmbio Legislativo Americano (*American Legislative Exchange Council's*) (ALEC), "liberdade de escolha na Lei de Cuidados à Saúde", são os que, em geral, obtiveram apoio parlamentar. Promovido pelo ALEC como "De que modo o seu estado pode bloquear o pagador único e proteger os direitos dos pacientes", estes agora chamados de projetos de leis sobre a liberdade de cuidados à saúde reuniram considerável interesse legislativo estadual durante o período de 2009 a 2012, e a linguagem destes projetos reflete a Proposição 101 do Arizona, que, por pouco, foi derrotada em 2008, mas foi aprovada na votação de novembro de 2010. A

<sup>51</sup> NORTH DAKOTA. Senate Bill 2309, 62d Legislative Session, 2011.

<sup>52</sup> NORTH DAKOTA. Senate Bill 2309, 62d Legislative Session, 2011 (ênfase adicionada). Disponível em: <[www.legis.nd.gov/assembly/62-2011/documents/11-0742-02000.pdf](http://www.legis.nd.gov/assembly/62-2011/documents/11-0742-02000.pdf)>. Acesso em: 21 dez. 2016.

<sup>53</sup> Ver Minutas da comissão permanente do Senado, **Conference Committee** 18 de abril de 2011. Em 4/18/2011 Rep. Kasper explicou que, embora em sua opinião pessoal a ACA não fora autorizada pela Constituição dos EUA, as palavras "provável" e "pode" seriam necessárias para a sobrevivência do projeto de lei: "[Eu] concordaria, mas, de vez em quando fazer estas declarações ousadas em um momento como este pode não ser a coisa certa a ser dita para a sobrevivência do projeto de lei". Rep. Ruby destacou que uma linguagem mais sutil teria deixado espaço para algum tipo de resultado na esfera da corte superior.

redação da Lei da liberdade à saúde de Idaho (*Idaho Health Freedom Act*), promulgada em 17 de março de 2010 (antes de a PPACA ser transformada em lei) é típica:

*(1) O poder de exigir ou regulamentar a escolha de uma pessoa no modo de garantir os serviços de saúde, ou de impor uma penalidade relacionada a isso, não está na Constituição dos Estados Unidos da América e, portanto, é um poder reservado às pessoas de acordo com a Nona Emenda, e aos vários estados de acordo com a Décima Emenda. O estado de Idaho exerce o seu poder soberano para determinar a política pública do estado de Idaho com relação ao direito de todas as pessoas que residem no estado de Idaho em escolher o modo de garantir serviços de saúde, livre da imposição de penalidades ou de ameaça pelo Governo Federal dos Estados Unidos da América a esse respeito.*

*(2) Declara-se, com isto, que (...) cada pessoa dentro do estado de Idaho é e será livre para escolher ou recusar escolher qualquer modo de garantir serviços de saúde sem penalidade ou ameaça de penalidade pelo governo federal dos Estados Unidos da América.<sup>54</sup>*

O TAC, que se autoproclama como “a fonte principal da nação para a educação constitucional e o ativismo de nulificação”, já não promove mais os projetos de lei que confrontam diretamente a cláusula da supremacia. Em vez disso, seu modelo de “projeto de lei de nulificação” é chamado de “projeto de lei *anti-commandeering*” e, depois de mencionar a reserva da Décima Emenda de poderes estaduais e o “excesso” da PPACA federal que “ridiculariza a garantia de James Madison no ‘Federalist’#45 de que os “poderes delegados” ao Governo Federal são “poucos e definidos”, enquanto que os dos estados são “numerosos e indefinidos”, proíbe os funcionários ou contratados das agências estatais, sujeitos às sanções civis, de

*1. Executar qualquer ato federal, lei, decisão, norma ou regulamentação do governo federal dos Estados Unidos concebido para conferir efeito à Lei de Proteção do Paciente e Cuidados Acessíveis, assinado pelo Presidente Barack Obama em 23 de março de 2010.*

*2. Prover apoio material, participação ou assistência em qualquer forma, com qualquer agência federal ou empregado envolvido na execução de qualquer ato federal, lei, decisão, norma ou regulamentação do governo federal dos Estados Unidos, concebido para conferir efeito à Lei de Proteção do Paciente e Cuidados Acessíveis.*

---

<sup>54</sup> IDAHO STATUTES. **Title Health and Safety**, § 39-9003 (adicionado em 2010).

3. Utilizar quaisquer ativos, fundos estatais ou fundos alocados pelo estado para as entidades locais em ou após (DATE), no todo ou em parte, para aplicar em qualquer atividade que auxilie uma agência federal, agente federal ou órgão de prestação de serviços ao governo federal na execução de qualquer ato, lei, decisão, norma ou regulamentação federal do governo federal dos Estados Unidos concebido para conferir efeito à Lei de Proteção ao Paciente e Cuidados Acessíveis.<sup>55</sup>

O que devemos fazer em relação a isto e, especificamente, ao argumento de John Dinan de que o que vemos aqui representa a mecânica do federalismo em trabalho? O primeiro ponto é este. A alegação de Dinan foi feita especificamente em relação aos projetos de lei das legislaturas estaduais que legalizam a maconha medicinal e se opõem à implementação da Lei do REAL ID (exigindo que as licenças de condução emitidas pelo estado estejam conforme os padrões federais uniformes).<sup>56</sup> Estes projetos de lei, argumenta ele, *não invocam a nulificação que ele descreve como uma “doutrina desacreditada incompatível com os princípios constitucionais subjacentes ao sistema federal americano”*.<sup>57</sup> Em vez disso, deveriam ser devidamente considerados como mecanismos pelos quais os estados podem “conversar” com Washington quando o governo federal implementa regulamentos e diretrizes que determinam encargos fiscais ou administrativos aos estados sem prestar atenção ou prover respeito suficientes às reservas ou preocupações dos mesmos.<sup>58</sup> Em outras palavras, são uma ferramenta legítima da resposta efetiva do estado às percepções da invasão federal.

Embora este artigo tenha tido como objetivo a oposição legislativa estadual à PPACA, certamente estamos diante de um caso que se encaixa em um padrão de áreas em expansão sobre a preocupação estadual que agora encontra expressão usando táticas semelhantes.<sup>59</sup> O TAC agora lista como alvos para seus autodesignados “projetos de lei de nulificação” as seguintes áreas de interesse do estado em ordem decrescente de prioridade: a Lei Federal de Alimentos, Medicamentos e Cosméticos (que controla o acesso aos medicamentos experimentais),<sup>60</sup> os mecanismos do “estado de vigilância”, (especificamente o uso de drones, ALPRs e *stingrays*), restrições federais sobre a produção comercial de cânhamo, regulamentações federais de controle de armas, fi-

<sup>55</sup> TENTH AMENDMENT CENTER. **Model Legislation:** Nullify Obamacare in 4 steps. Disponível em: <<http://tenthamendmentcenter.com/legislation/obamacare/>>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>56</sup> Ver ainda: DINAN, John. How States Talk Back to Washington and Strengthen American Federalism. **Policy Analysis**, Washington, n. 744, n. 3, dec. 2013.

<sup>57</sup> DINAN, John. How States Talk Back to Washington and Strengthen American Federalism. **Policy Analysis**, Washington, n. 744, n. 3, dec. 2013.

<sup>58</sup> DINAN, John. How States Talk Back to Washington and Strengthen American Federalism. **Policy Analysis**, Washington, n. 744, n. 3, dec. 2013.

<sup>59</sup> VANDERBILT UNIVERSITY. **Race Relations Law Reporter**. v. 1. Nashville: Vanderbilt University, 1956. p. 755.

<sup>60</sup> TENTH AMENDMENT CENTER. **State of the Nullification Movement**, 2015.

nanciamento federal de armamento de grau militar para a polícia local e a legalização da maconha para uso pessoal. A oposição ao "Obamacare" agora ocupa o sétimo lugar com "outras questões", incluindo "Sound Money" - ou seja, a concorrência da moeda apoiada por ouro e prata do estado com notas e oposição do *Federal Reserve* aos padrões educacionais de *Common Core*. O ALEC, que anteriormente promoveu "Projetos de Lei de Liberdade aos Cuidados em Saúde" e agora antecipa a sua anulação sob um regime *Trump*, removeu estes [assuntos] de sua página na Internet.

O segundo ponto diz respeito à doutrina *anti-commandeering* anunciada pela Suprema Corte no caso *Printz v. United States* para o caso de o Congresso não poder obrigar os estados a promulgarem ou imporem um programa regulatório federal.<sup>61</sup> É claro, como vimos anteriormente, que os projetos de lei de nulificação propriamente ditos não terão sucesso nas legislaturas estaduais. O TAC agora chama seus projetos de lei de *anti-commandeering* e os equipara a "nulificação" baseado no fato de que, em termos práticos, o que é importante é o efeito real.<sup>62</sup> Uma vez que, como afirmam, a maioria dos atos federais ou programas exige uma parceria federal/estadual para realmente levá-los adiante, os projetos de lei que proíbem a participação do estado podem tornar esses atos ou programas "quase impossíveis" de serem impostos; de fato, se não [estiver] na lei, o resultado é a nulificação.<sup>63</sup> A nulificação, nesse sentido, se torna uma prática, *não uma ideologia, de modo que, como afirmam Dinan e o TAC, a ligação com a Massive Resistance e o legado de Calhoun estão fora de lugar.*

O terceiro ponto é o seguinte: o próprio caso *Printz* envolveu um desafio às disposições legais da Lei Federal de Prevenção da Violência com Revólver (*Brady Handgun Violence Prevention Act*) (Lei Brady), exigindo que os funcionários públicos responsáveis pela aplicação da lei local verificassem os antecedentes dos potenciais compradores de revólveres, a depender do estabelecimento de um sistema nacional. Ao considerar esta cláusula inconstitucional, o juiz Scalia, por maioria, escreveu:

*hoje afirmamos que o Congresso não pode lograr essa proibição recrutando diretamente os funcionários públicos dos estados. O Governo Federal não pode emitir diretivas que exijam que os estados tratem de problemas específicos, nem mandar que os funcionários públicos dos estados, ou aqueles de suas subdivisões políticas, administrem ou façam cumprir um programa federal regulatório. Não importa se a criação de políticas está envolvida, e não é necessária uma ponderação caso a caso dos encargos ou*

<sup>61</sup> ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. **Printz v. United States**. 521 U.S. 898, Washington, 27 de junho de 1997.

<sup>62</sup> TENTH AMENDMENT. **Model Legislation**: Nullify Obamacare in 4 steps. Disponível em: <<http://tenthamendmentcenter.com/legislation/obamacare/>>. Acesso em: 30 maio2017.

<sup>63</sup> TENTH AMENDMENT CENTER. **State of the Nullification Movement**, 2015

*benefícios; tais comandos são fundamentalmente incompatíveis com o nosso sistema constitucional de dupla soberania.*<sup>64</sup>

Aqui, argumentamos, está o conflito. O juiz Scalia afirma que um sistema de "soberania dupla" nas disposições constitucionais é "incontestável"<sup>65</sup> mas, como sugerem os professores Read e Allen, a ausência das palavras "soberano" e "soberania" do texto da Constituição confere apoio a uma forte inferência de que "aqueles que formularam, ratificaram e emendaram o documento não concordaram entre si sobre o que seria a soberania e onde ela estaria na Constituição".<sup>66</sup> O juiz Scalia procurou pela resposta "na compreensão histórica e na prática da estrutura constitucional e na jurisprudência desta Corte".<sup>67</sup> Em termos do primeiro [ponto/argumento], de acordo com este artigo e com o entendimento do Presidente Obama, a linguagem da soberania do estado é manchada pelas práticas do passado e isso, provavelmente, pode ser irremediável.<sup>68</sup> Um estudo do último está além do escopo atual deste artigo. Isso deixa a estrutura da Constituição e a afirmação do Professor Dinan de que os estados estão trabalhando dentro da separação vertical de poderes para explorar as opções constitucionais abertas a estes para combater os excessos do governo federal.

Em um artigo recente na *Prospect*, Adam Tomkins argumentou que o estilo de federalismo americano está "sucumbindo"<sup>69</sup>, distorcido por um desequilíbrio de poder do século XXI em favor do governo federal que agora deixa pouco a fazer para os estados:

*O alcance do governo americano não apenas na economia, mas na política social, continuou a crescer, não encolher. Do aborto ao casamento gay, do Obamacare ao controverso "nenhuma criança deixada para trás" do governo americano às políticas de educação "cada aluno é capaz", há cada vez menos para os estados fazerem. O Arizona não consegue controlar sua longa fronteira com o México, mesmo quando os controles de imigração que ele determina estão em conformidade com a lei federal: está impedido de executá-los pelo fato de que o Congresso "tomou conta".*<sup>70</sup>

<sup>64</sup> ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. **Printz v. United States**. 521 U.S. 935, Washington, 27 de junho de 1997 (grifo nosso).

<sup>65</sup> ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. **Printz v. United States**. 521 U.S. 935, Washington, 27 de junho de 1997.

<sup>66</sup> READ, James H.; ALLEN, Neal. Living, Dead, and Undead: Nullification Past and Present. In: LEVINSON (Ed.). **Nullification and Secession in Modern Constitutional Thought**. Kansas: University Press of Kansas. 2016. p. 99.

<sup>67</sup> ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. **Printz v. United States**, 521 U.S. 905, Washington, 27 de junho de 1997.

<sup>68</sup> Barack Obama, citado por David Remnick em Going the Distance: On and Off the Road with Barack Obama. The New Yorker, 27 jan. 2014.

<sup>69</sup> TOMKINS, Adam. British, American and European Politics: Federal Flaw. **Prospect Magazine**, n. 247, out. 2016. Disponível em: <<https://www.prospectmagazine.co.uk/magazine/federal-flaw-federalism-constitution-europe>>.

<sup>70</sup> TOMKINS, Adam. British, American and European Politics: Federal Flaw. **Prospect Magazine**, n. 247, out. 2016. Disponível em:

Nessa perspectiva, não é apenas a linguagem da soberania do estado, mas o seu próprio conceito que está desatualizado a ponto de ter se tornado irrelevante. Quando, como ele sugere, “atualmente, alguns legisladores norte-americanos influentes pensam que os estados são pouco mais do que uma relíquia do passado, e que são aglomerados de cidades e cidades-regiões que são as potências econômicas”, as “questões vivas na política americana” agora são: “os estados podem sobreviver? E eles podem sobreviver tendo algo significativo para fazer?”<sup>71</sup>

Esta é, por si só, uma visão ideológica. Os “professores de direito liberais de Yale”, aos quais Tomkins se refere, compartilham, com o declaradamente ideológico TAC, o entendimento de que, como explica o Professor Heather Gerken:

*[o] governo federal não tem recursos suficientes para lidar com a imigração, fazer cumprir suas próprias leis de drogas, implementar suas políticas ambientais, construir sua própria infraestrutura ou administrar seu sistema de saúde. Pelo contrário, confia nos estados para fazerem grande parte deste trabalho. Chamamos esses acordos entre os estados e o governo federal de “federalismo cooperativo”. Mas esquecemos que eles criam muitas oportunidades para o que Jessica Bulman-Pozen e eu chamamos de “federalismo não cooperativo”?*<sup>72</sup>

Desse ponto de vista, os recursos e os mecanismos de fiscalização do aparelho regulatório estadual estão longe de serem irrelevantes, mas, como observa o colega do professor Gerken, num contexto de partidarismo político polarizado, o federalismo e os direitos dos estados, por si só, não têm validade. *É uma questão profundamente ideológica se a oposição estadual à PPACA tem um lugar legítimo como uma tática apropriada do federalismo contemporâneo:* “sem uma apreciação da influência partidária, as dinâmicas consideradas fundamentais para o nosso sistema federal são obscuras.”<sup>73</sup> A PPACA foi conquista da assinatura (*signature achievement*) de um presidente democrata e a oposição do estado foi partidária desde o primeiro dia; nenhum republicano apoiou sua aprovação e nenhum funcionário estadual democrata se uniu ao desafio legal multiestadual. Como estamos no início do mandato do presidente Trump e progressistas temem o pior para o futuro, não apenas sobre a PPACA, mas, ainda mais

---

<<https://www.prospectmagazine.co.uk/magazine/federal-flaw-federalism-constitution-europe>>.

<sup>71</sup> TOMKINS, Adam. British, American and European Politics: Federal Flaw. **Prospect Magazine**, n. 247, out. 2016. Disponível em: <<https://www.prospectmagazine.co.uk/magazine/federal-flaw-federalism-constitution-europe>>.

<sup>72</sup> GERKEN, Heather. We’re About to See States’ Rights Used Aggressively Against Trump. **Vox**, New York, 20 jan. 2017 (referindo-se a Jessica BULMAN-POZEN, Jessica; GERKEN, Heather K. Uncooperative Federalism. **The Yale Law Journal**, Connecticut, v. 118, n. 7, p. 1256-1310, may 2009).

<sup>73</sup> BULMAN-POZEN, Jessica. Partisan Federalism. **Harvard Law Review**. Cambridge, v. 127, n. 4, p. 1077-1079, 2014.

profundamente, ao que poderia ser chamado de uma agenda de igualdade, podemos esperar que a linguagem dos direitos dos estados com suas táticas associadas de nulificação e interposição sejam implementadas para uma agenda liberal?

A teoria da nulificação, escrevem os Professores Read e Allen, ganha força:

*[...] não por ser uma boa teoria constitucional, mas pelo simples fato de que é uma teoria constitucional – direcionada para atores não jurídicos, usando uma linguagem que eles entendem, dentro de uma comunidade política fundada na premissa de que a Constituição expressa, em última análise, a vontade do povo. Aqueles que usam argumentos constitucionais, mesmo os fracos, têm uma vantagem sobre os que completamente negligenciam os argumentos constitucionais. A teoria da nulificação contemporânea prospera neste vazio.<sup>74</sup>*

Como os professores Bulman-Pozen e Gerken ressaltam, os argumentos tradicionais dos direitos dos estados se encaixam em um modelo de federalismo em que estados autônomos rivalizam com o governo federal a partir de uma posição de *outsider*.<sup>75</sup> O modelo alternativo de “federalismo cooperativo” atribui aos estados apenas um papel subserviente como “*insiders* de apoio - servos e aliados do governo federal”, como Bulman-Pozen e Gerken colocam, sem nenhuma “razão totalmente desenvolvida das maneiras em que os estados, no papel de ‘servos federais’, podem ainda resistir às obrigações federais, as maneiras nas quais a integração – e não apenas a autonomia – pode autorizar os estados a desafiarem a autoridade federal.”<sup>76</sup> Se as conotações negativas dos desafios estaduais à autoridade federal devem ser descartadas, é necessária uma nova teorização constitucional com uma estrutura conceitual e vocabulário novos que não podem apenas acomodar, mas conferir valor ao desafio, dissidência e até mesmo à resistência em nível estadual. O “federalismo não cooperativo” de Bulman-Pozen e Gerken, que celebra a força do estado no coração do Estado regulador federal, oferece justamente esse modelo, não apenas por causa de suas conclusões “contraintuitivas” sobre a atual doutrina do federalismo do Supremo Corte:

*Em nossa opinião, um forte compromisso com o federalismo não cooperativo levá-lo-ia a concluir que a Suprema Corte tem duas doutrinas centrais de federalismo opostas.*

<sup>74</sup> READ, James H. & ALLEN, Neal. Living, Dead, and Undead: Nullification Past and Present. In: LEVINSON (Ed.). **Nullification and Secession in Modern Constitutional Thought**, Kansas: University Press of Kansas. 2016. p. 124.

<sup>75</sup> BULMAN-POZEN, Jessica; GERKEN, Heather K. Uncooperative Federalism. **The Yale Law Journal**, Connecticut, v. 118, n. 7, p. 1256-1310, may 2009. p. 1258.

<sup>76</sup> BULMAN-POZEN, Jessica; GERKEN, Heather K. Uncooperative Federalism. **The Yale Law Journal**, Connecticut, v. 118, n. 7, p. 1256-1310, may 2009. p. 1264.

*Em vez de proibir o commandeering e interpretar expansivamente a preemption como faz agora, uma Corte atenta ao federalismo não cooperativo deve permitir o commandeering e limitar o preemption.<sup>77</sup> Ao promover a integração e sobreposição nas esferas regulatórias, essa doutrinária 180 facilitaria a dissidência estatal ao mesmo tempo em que estimula o compromisso federal com os desafios estatais.<sup>78</sup>*

Dado o atual equilíbrio político na Suprema Corte e o provável impacto dos futuros candidatos presidenciais, estamos tentados a dizer que, atualmente, isso é para “inglês ver”. Retornamos, portanto, ao ponto em que começamos este artigo e as observações do presidente Obama sobre a história negativa dos argumentos dos direitos dos estados. Essa história precisava ser resolvida, continuou ele, “para que [os oponentes] entendam se estou preocupado em deixar para os estados [a responsabilidade de] expandir o Medicaid, o que pode simplesmente não ser, porque eu sou esse cara com fome de poder em Washington que quer esmagar os direitos dos estados, mas, por outro lado, porque somos um país e eu acho que será importante para todo o país ter a certeza de que as pessoas pobres no Mississippi, e não apenas em Massachusetts, estejam saudáveis”<sup>79</sup>.

É exatamente este o ponto. A atual atividade legislativa estadual de oposição pode ser, em termos constitucionais, não mais do que “um protesto, uma válvula de escape através da qual os legisladores explodiram para aliviar suas tensões”<sup>80</sup>, mas política, embora essas estratégias possam ser, como diz o Professor Jost: “a reforma de cuidados à saúde diz respeito apenas à política, exceto na medida em que se trata ainda da moralidade da igualdade de tratamento para todos”<sup>81</sup>. A responsabilidade recai sobre aqueles que agora se encontram em oposição para enfrentar esse caso.

## REFERÊNCIAS

ADLER, Matthew D. The Supreme Court's Federalism: Real or Imagined. **Annals of American Academy of Political & Social Science**, Thousand Oaks, v. 574, 2001.

<sup>77</sup> Nota dos tradutores: *preemption* é a invalidação da lei do estado em conflito com a lei federal (VERCHICK, Robert R. M.; MENDELSON, Nina A. Preemption and theories of federalism. In: BUZBEE, W. (Ed.). **Preemption choice: The theory, Law, and Reality of Federalism's Core question**. Cambridge: Cambridge University Press. 2009. p. 13-32). É através do *Commandeering* que o Congresso compelle os governos dos estados a promulgar, aplicar ou administrar políticas federais. (COAN, Andrew B. Commandeering, Coercion, and the deep structure of American Federalism. **Boston University Law Review**, Boston, v. 95, n. 1, p. 2-34, 2015).

<sup>78</sup> BULMAN-POZEN, Jessica; GERKEN, Heather K. Uncooperative Federalism. **The Yale Law Journal**, Connecticut, v. 118, n. 7, p. 1256-1310, may 2009. p. 1295.

<sup>79</sup> Barack Obama, citado por David Remnick em Going the Distance: On and Off the Road with Barack Obama. **The New Yorker**, 27 jan. 2014.

<sup>80</sup> ESTADOS UNIDOS. U.S. District Court for the Eastern District of Louisiana, **Bush v. Orleans Parish School Board**, 188 F.Supp. 916, 926, Louisiana, 30 de novembro de 1960 (citando ESTADOS UNIDOS. U.S. District Court N. D. Alabama, **Shuttlesworth v. Birmingham Board Education**, 162 F. Supp. 372, 381, Alabama, 9 de maio de 1958).

<sup>81</sup> JOST, Timothy S. Can the States Nullify Health Care Reform? **The New England Journal of Medicine**, Boston, v. 362 , p. 869-871, 2010.

BALLOTPEDIA. **Rejection of Unconstitutional Federal Actions Amendment.** Proposition 122, Wisconsin, 2014. Disponível em: <[https://ballotpedia.org/Arizona\\_Rejection\\_of\\_Unconstitutional\\_Federal\\_Actions\\_Amendment,\\_Proposition\\_122\\_\(2014\)](https://ballotpedia.org/Arizona_Rejection_of_Unconstitutional_Federal_Actions_Amendment,_Proposition_122_(2014))>. Acesso em: 8 maio 2017.

BULMAN-POZEN, Jessica; GERKEN, Heather K. Uncooperative Federalism. **The Yale Law Journal**, Connecticut, v. 118, n. 7, p. 1256-1310, may 2009.

BULMAN-POZEN, Jessica. Partisan Federalism. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 127, n. 4, p. 1077-1079, 2014.

CAUCHI, Richard. State Laws and actions challenging certain health reforms. **National Conference of State Legislatures**. Washington, 12 abr. 2016. Disponível em: <[http://www.ncsl.org/research/health/state-laws-and-actions-challenging-ppaca.aspx#ND\\_2011law](http://www.ncsl.org/research/health/state-laws-and-actions-challenging-ppaca.aspx#ND_2011law)> . Acesso em: 25 abr. 2017.

CLAIBORNE JR., Robert S. Why Virginia's Challenges to the Patient Protection and Affordable Care Act Did Not Invoke Nullification. **University of Richmond Law Review**, Richmond, v. 46, n. 3, p. 917-957, 2012.

COAN, Andrew B. Commandeering, Coercion, and the deep structure of American Federalism. **Boston University Law Review**, Boston, v. 95, n. 1, p. 2-34, 2015. Disponível em: <<http://www.bu.edu/bulawreview/files/2015/02/COAN.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2017.

COLLISON, Gary. This Flagitious Offense: Daniel Webster and the Shadrach Rescue Cases, 1851-1852. **New England Quarterly**, Cambridge, v. 68, p. 609-625, 1995.

DEALEY, J.B. Texas Almanac: 1958-1959. **Texas**: Dallas Morning News, 1958. p. 451-455. Disponível em: <<https://texashistory.unt.edu/ark:/67531/metapth117139/m1/453/?q=interposition>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

DI-GIOIA, Ilaria. When Liberty Subverts Federalism: Is Nullification of Federal Law Legitimate? **Edinburgh Student Law Review**, Edinburgh, v. 4, p. 155-168, 2015.

DINAN, John. Contemporary Assertions of State Sovereignty and the Safeguards of American Federalism. **Albany Law Review**, New York, v. 74, n. 4, p. 1635-1667, sept. 2011.

DINAN, John. How States Talk Back to Washington and Strengthen American Federalism. **Policy Analysis**, Washington, n. 744, n. 3, dec. 2013.

DRAHOZAL, Christopher R. **The Supremacy Clause**. Westport: Greenwood, 2004.

GRAVES, Lisa. A CMD report on Alec's funding and spending. **The Center for Media and Democracy's PRWatch, Wisconsin**, 13 Jul. 2011. Disponível em: <<http://www.prwatch.org/news/2011/07/10887/cmd-special-report-alecs-funding-and-spending>>. Acesso em: 30 maio 2017.

GERKEN, Heather. We're About to See States' Rights Used Aggressively Against Trump. **Vox**, New York, 20 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.vox.com/the-big-idea/2016/12/12/13915990/federalism-trump-progressive-uncooperative>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

HAGLEY, Judith A. Massive Resistance; The Rhetoric and the Reality. **New Mexico Law Review**, Albuquerque, v. 27, n. 167, p. 167-221, 1997.

IDAHO STATUTES. **Title Health and Safety**, §39-9003. Disponível em: <[JOST, Timothy S. Can the States Nullify Health Care Reform? \*\*The New England Journal of Medicine\*\*, Boston, v. 362, p. 869-871, 2010.](https://legislature.idaho.gov/statutesrules/idstat>Title39/T39CH90/SECT39-9003/</a>>. Acesso em: 8 abr. 2017.</p></div><div data-bbox=)

KURLAND, Phillip B. & LERNER, Ralph eds. **The Founders' Constitution**. Indianápolis: Liberty Fund, 1987.

LEVINSON, Sandford. The 21st Century Rediscovery of Nullification and Secession. In: \_\_\_\_\_ (Ed.) **Nullification and Secession in Modern Constitutional Thought**. Kansas: University Press of Kansas, 2016. p. 10-52.

MCKAY, Robert B. With All Deliberate Speed: A Study of School Desegregation. **New York University Law Review**, New York, v. 31, n. 991, 1956.

NORTH DAKOTA. Senate Bill 2309, 62d Legislative Session, 2011. Disponível em: <[www.legis.nd.gov/assembly/62-2011/documents/11-0742-02000.pdf](http://www.legis.nd.gov/assembly/62-2011/documents/11-0742-02000.pdf)>. Acesso em: 21 dez. 2016.

RAKOVE, Jack N. (Ed.). **James Madison, Writings**. New York: Literary Classics of the United States, 1999.

READ, James H. & ALLEN, Neal. Living, Dead, and Undead: Nullification Past and Present. In: LEVINSON (Ed.) **Nullification and Secession in Modern Constitutional Thought**, Kansas: University Press of Kansas, 2016.

REMNICK, David. Going the Distance: On and Off the Road with Barack Obama. **The New Yorker**, 27 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.newyorker.com/magazine/2014/01/27/going-the-distance-david-remnick>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

SOLUM, Lawrence B. How NFIB v. Sebelius Affects the Constitutional Gestalt. **Washington University Law Review**, Washington, v. 91, n. 1, p. 1-58, 2013.

TABACHNICK, Rachel. Nullification, Neo-Confederates, and the Revenge of the Old Right. **Political research Associates**, 22 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.politicalresearch.org/tag/tenth-amendment-center/#sthash.vqbYH2bs.dpuf>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

TENTH AMENDMENT CENTER. **Model Legislation**: Nullify Obamacare in 4 steps. Disponível em: <<http://tenthamendmentcenter.com/legislation/obamacare/>>. Acesso em: 30 maio 2017.

TENTH AMENDMENT CENTER. **State of the Nullification Movement**: Report on the Growth of State-Level Resistance to Federal Power, 2016. Disponível em: <<http://tenthamendmentcenter.com/report/>>. Acesso em: 8 maio 2017.

TOMKINS, Adam. British, American and European Politics: Federal Flaw. **Prospect Magazine**, n. 247, out. 2016. Disponível em: <<https://www.prospectmagazine.co.uk/magazine/federal-flaw-federalism-constitution-europe>>.

VANDERBILT UNIVERSITY. **Race Relations Law Reporter**. v. 1. Nashville: Vanderbilt University, 1956.

VANDERBILT UNIVERSITY. **Race Relations Law Reporter**. v. 2. Nashville: Vanderbilt University, 1957.

VERCHICK, Robert R. M.; MENDELSON, Nina A. Preemption and theories of federalism. In: BUZBEE, W. (Ed.). **Preemption choice**: The theory, Law, and reality of federalism's Core question. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 13-32. Disponível em: <[http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1067&context=book\\_chapters](http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1067&context=book_chapters)>. Acesso em: 30 maio 2017.

WILENTZ, Sean. States of Anarchy: America's Long, Sordid Affair with Nullification. **New Republic**, 30 mar. 2010. Disponível em:<<http://www.tnr.com/article/politics/the-essence-anarchy>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

WOODS Jr., Thomas E. **Nullification**: How to Resist Federal Tyranny in the 21st Century. Washington: Regnery, 2010.





## O STF e o ensino religioso em escolas públicas: pluralismo educacional, laicidade estatal e autonomia individual

### *The STF and the religious education in public schools: educational pluralism, secularity of state and personal autonomy*

CRISTINA SÍLVIA ALVES LOURENÇO\*

Centro Universitário do Estado do Pará (Brasil)  
cristinaalveslourenco@hotmail.com

MAURÍCIO SULLIVAN BALHE GUEDES\*\*

Universidade da Amazônia (Brasil)  
mauricio.sullivan@hotmail.com  
Recebido/Received: 07.08.2017 / August 7<sup>th</sup>, 2017  
Aprovado/Approved: 27.08.2017 / August 27<sup>th</sup>, 2017

#### Resumo

O presente artigo estuda o problema proposto no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439, de autoria da Procuradoria Geral da República. Versa a demanda a respeito do polêmico acordo entre o Estado brasileiro e a Santa Sé, que consiste na expressão categórica pela via do Decreto Legislativo que o ensino religioso católico constitui disciplina regular de matrícula

#### Abstract

*This paper studies the problem proposed under the direct unconstitutionality action nº 4439, filed by the Attorney General of the Republic. It is regarding the controversial agreement between the Brazilian State and the Holy See, which is the categorical expression by means of Legislative Decree that Catholic religious education must be a regular discipline of voluntary enrollment on primary education*

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: LOURENÇO, Cristina Sílvia Alves; GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. O STF e o ensino religioso em escolas públicas: pluralismo educacional, laicidade estatal e autonomia individual. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 3. p. 145-165, set./dez. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i3.54375.

\* Coordenadora da Pós-Graduação em Ciências Criminais e da Pós-Graduação em Direito Público do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA (Belém-PA, Brasil). Doutora em Direito Penal pela Universidade de Sevilha (Espanha). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Diretora Geral da Escola Superior de Advocacia do Pará. Membro da Comissão de Estudos Penais da OAB/PA. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PA. Membro do Conselho de Política Criminal e Penitenciária vinculado à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Governo do Estado do Pará. Membro do Conselho de Justiça e Direitos Humanos vinculado à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Governo do Estado do Pará. Professora Convidada do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professora de Direito Penal e Criminologia da Graduação e Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA, da Faculdade Estácio/FAP e da Faculdade FIBRA. E-mail: cristinaalveslourenco@hotmail.com.

\*\* Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia (Manaus-AM, Brasil). Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABCONST e da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional – ABDPC. Extensão em Direito Constitucional Avançado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Open Course in Constitutional Law pela Universidade de Yale. Advogado Constitucionalista. E-mail: mauricio.sullivan@hotmail.com.

facultativa no ensino fundamental das escolas públicas. O parquet argumenta que tal situação vai de encontro ao ditame constitucional da laicidade estatal e aponta descompasso frente a configuração plural do direito à educação constitucionalmente delineada. Após considerações doutrinárias, foi possível concluir que a laicidade aparece como limite à interferência estatal no âmbito da intimidade-autonomia da pessoa, daí a necessidade de um ensino religioso não-confessional. Na ausência de um plano pedagógico que comporte um ensino plural, não há o que falar na possibilidade de oferta da disciplina.

*in public schools. The parquet argues that this situation goes against the constitutional rule of the secularity of state and points the mismatch forwards the plural configuration of the right to education as outlined in the Constitution. After doctrinal considerations, it was concluded that the secularity appears as limit face state interference within the intimacy-autonomy of the personal sphere, hence the need for a non-denominational religious education. In the absence of a pedagogical plan that presents a plural education, there is nothing to talk about the possibility of offering the course.*

**Palavras-chave:** Ensino religioso; escolas públicas; pluralismo educacional; laicidade estatal; autonomia individual.

**Keywords:** Religious education; Public schools; Educational pluralism; Secularity of state; Personal autonomy.

## SUMÁRIO

**1.** Tema e problema. **2.** O direito à educação e o pluralismo educacional. **3.** A laicidade estatal como pressuposto de existência do pluralismo educacional. **4.** Autonomia individual como expressão da dignidade da pessoa humana. **5.** Por uma proposta de conclusão. **6.** Referências.

### 1. TEMA E PROBLEMA

Em 02 de agosto de 2010, a Procuradoria-Geral da República – PGR propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4439) para questionar o acordo firmado entre o Estado brasileiro e a Santa Sé. Tem por objeto o art. 11, §1º do Decreto n. 7107/2010 que dispõe: “O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (...).”

Em síntese, a Procuradoria Geral da República – PGR argumenta que apesar de não ser viável – em nome da laicidade estatal – a adoção de uma perspectiva que impeça ou limite em demasia o ensino religioso em escolas públicas, também não é possível fazer uma leitura unilateral do art. 210, §1º da Constituição<sup>1</sup> onde a escola pública acabe transformada em um espaço de catequese e proselitismo religioso de qualquer ordem.

Defende o *parquet* que<sup>2</sup>:

1. A escola pública não é lugar para o ensino confessional, interconfessional ou ecumônico, pois ainda que não voltado à promoção de uma confissão específica, existe o propósito de “inculcar” nos alunos princípios e valores religiosos “partilhados pela

<sup>1</sup> Art. 210, § 1º: “O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”.

<sup>2</sup> A peça inicial pode ser consultada no sítio eletrônico do STF: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 29 de nov. de 2015.

maioria", no que acarretaria prejuízo a visões ateístas, agnósticas ou de religiões "com menor poder na esfera sociopolítica".

2. Um modelo ideal de operacionalização, segundo o qual a única forma de compatibilizar o caráter laico do estado brasileiro com o ensino religioso nas escolas públicas seria com a adoção do formato não confessional – em que o conteúdo programático da disciplina consistisse da exposição das doutrinas, das práticas, da história e de dimensões sociais das diferentes religiões, bem como de posições não religiosas – tais como o ateísmo e o agnosticismo – sem qualquer preferência tomada pelo educador, os quais, por sua vez, devem ser professores regulares da rede pública de ensino, e não pessoas vinculadas à igrejas ou confissões religiosas.

Pede, para conformar a questão, que o Supremo Tribunal Federal – STF adote a técnica da interpretação conforme a Constituição do art. 33, *caput* e §§ 1º e 2º da Lei 9.394/96<sup>3</sup> para assentar que o ensino religioso em escolas públicas só pode ser ministrado quando de natureza não confessional.

Com relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, foi convocada audiência pública com representantes de entidades educacionais e religiosas para exposição e debate do objeto da demanda. Realizada em 15 de junho de 2015, contou com posicionamentos que podem ser destacados em três grandes grupos, a saber: (i) os totalmente contrários ao ensino religioso em escolas públicas, entendimento manifestado por Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE, Confederação Israelita do Brasil – CONIB, Convenção Batista Brasileira – CBB e Federação Espírita Brasileira – FEB; (ii) os que são contrários ao ensino de natureza confessional, que se viram representados pelo Conselho Nacional de Secretários de Educação – CONSED; (iii) e os que são totalmente a favor do ensino confessional ou ecumênico, voz da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB e da Federação das Associações Muçulmanas do Brasil – FAMBRAS.

O presente estudo tem por finalidade contribuir para o debate em torno do problema *ensino religioso em escolas públicas*, e, para tanto, faz uso de abordagem metodológica indutiva, onde foi possível alcançar uma regra geral a partir do caso específico. Os argumentos suscitados pela PGR na inicial da ADI 4439 são problematizados com elementos da teoria dos direitos fundamentais e o âmbito de proteção dos interesses envolvidos em juízo, quais sejam, liberdade religiosa, estado laico, pluralismo educacional e autonomia individual do aluno em cursar ou não a disciplina. Para então, ao fim, atingir uma proposta de modelo funcional para o problema em questão.

<sup>3</sup> Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. § 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. § 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.

## 2. O DIREITO À EDUCAÇÃO E O PLURALISMO EDUCACIONAL

O direito à educação é fetiche institucional desde a primeira vez em que apareceu escrito no texto constitucional brasileiro de 1934<sup>4</sup>. Desde então pronunciado como de claro âmbito prestacional do Estado em solidariedade com a família e a sociedade em geral, a educação no Brasil foi objeto de grandes projetos legislativos com ideário revolucionário, e até mesmo do mero controle militar repressivo, com o processo de sucateamento do ensino público e dos marcos de lei e ordem<sup>5</sup> – doutrinação *militaresca* que nesse particular se opunha ao ensino de caráter emancipatório e plural.

O Estado Constitucional quando voltado a um modelo de justiça social é de especial relevância quando do trato da materialização do direito à educação, isto pois:

*“cada esfera de la vida social se ve influida em mayor o menor medida por la actividad estatal”, no que a “existencia material de todos depende considerablemente de los efectos queridos, asumidos o inevitables de la política estatal”, sendo que “facultades personales y el mérito no bastan para el logro de los propios objetivos existenciales”, é necesario “apoyo estatal, a menudo de instituciones estatales para poder realizar a la libertad constitucionalmente garantizada de ejercer una profesión y para obtener la formación necesaria a tal fin<sup>6</sup>.*

Daí a necessidade de um sólido arcabouço constitucional que seja capaz de materializar os ditames do Estado Social e permitir, assim, um sistema educacional minimamente bem estruturado e de qualidade, que permita a realização de perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos sociais<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Art 149: “A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos poderes públicos, cumprindo a estes proporcional-a a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no país, de modo que possibilite eficientes factores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana”

<sup>5</sup> REGO, Antonio Carlos Pojo do. **O congresso brasileiro e o regime militar:** 1964-1985. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 63-98.

<sup>6</sup> BENDA, Ernst (et. al.) (orgs.). **Handbuch des verfassungsrechts der bundesrepublik deutschland**. Berlim: Walter de Gruyter & Co., 1994. p. 526.

<sup>7</sup> “A perspectiva subjetiva corresponde à noção dos direitos sociais como direitos exigíveis em juízo, sob a forma de direitos subjetivos. A despeito das dificuldades que aí se impõem, constata-se uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido do reconhecimento de um direito subjetivo ao mínimo existencial, concebido como garantia (fundamental) das condições materiais mínimas à vida com dignidade, isto é, uma vida saudável e, portanto, com certa qualidade. (...) Já a perspectiva objetiva das normas de direitos sociais reflete o estreito laíme desses direitos com o sistema de fins e valores constitucionais a serem respeitados e concretizados por toda a sociedade. (...) impõe ao Estado o dever de permanente realização dos direitos sociais, além de permitir às normas de direitos sociais operarem como parâmetro, tanto para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, quanto para a criação e desenvolvimento de instituições, organizações e procedimentos voltados à proteção dos direitos sociais, o que inclui a garantia de um procedimento justo e eficaz que os assegure e a vedação a medidas de cunho retrocessivo” (SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 6º, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. (Coords.). **Comentários à Constituição Do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 533-548).

O art. 205 da Constituição dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, e visa o pleno desenvolvimento da pessoa e o preparo para o exercício da cidadania, além da qualificação para o trabalho<sup>8</sup>. Também no corpo constitucional, o art. 214 determina que legislação própria deve estabelecer o Plano Nacional de Educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades e que tem por finalidade: (i) erradicar o analfabetismo; (ii) universalizar o atendimento escolar; (iii) melhorar a qualidade do ensino; (iv) formar para o trabalho; (v) a promoção humanística, científica e tecnológica do país; (vi) aplicação dos recursos públicos em educação conforme proporção ao Produto Interno Bruto do país. Para materializar o ditame constitucional, foi estabelecido um complexo normativo (legislações ordinárias e planos nacionais para o desenvolvimento) que apresenta na Lei de Diretrizes e Bases da Educação o núcleo infraconstitucional do sistema de proteção e eficácia, enquanto que o Plano Nacional de Educação funciona como princípio informativo e meta de realização.

Em 25 de junho de 2014, a Lei nº 13.005 promulgou o primeiro Plano Nacional de Educação decenal do Brasil, e estabeleceu vinte metas a serem cumpridas num plano interfederalizado para o aperfeiçoamento do ensino no país, todas as quais passam a compor o núcleo mínimo de proteção do direito à educação. Destaca-se a meta nove: “elevar a taxa de alfabetização da população de quinze anos ou mais para 93,5 por cento até 2015 e, até o final da vigência deste PNE, erradicar o analfabetismo absoluto e reduzir em 50 por cento o analfabetismo funcional”<sup>9</sup>.

Ao lado do direito fundamental à saúde<sup>10</sup>, o direito à educação é também comum espaço proativo de atuação dos tribunais superiores para a garantia dos efeitos constitucionalmente delineados, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, nessa matéria – para fins exemplificativos – que: é inconstitucional a cobrança de taxa para matrícula ou rematrícula no ensino superior em universidades federais<sup>11</sup>, que resultou na edição da Súmula Vinculante nº 12; é direito fundamental e indisponível dos cidadãos e por

<sup>8</sup> “O verbo educar deriva etimologicamente dos vocábulos latinos *educare* e *educere*. O primeiro remete aos processos de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do ser humano. Tem como alvo a melhor inserção individual e social. Significa, neste contexto, criar, alimentar, subministrar o necessário para o aperfeiçoamento da personalidade. A expressão *educere*, de outra mão, contém sentido mais introversivo. Refere-se às habilidades internas ou inatas do educando. Segundo esta última concepção, a formação do educando dependerá do dinamismo com o qual ele lida com suas aptidões interiores. As duas ideias de educação equivalem a duas correntes teóricas diversas. O nativismo adere às noções correlacionadas ao *educere*, ao passo que os empiristas filiam-se à noção de *educare*” (VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60).

<sup>9</sup> Cf. GOMES, Ana Valeska Amaral; BRITTO, Tatiana Fonseca de. **Plano nacional de educação: construção e perspectivas**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

<sup>10</sup> Cf. CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>11</sup> BRASIL. STF. RE 500.171, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 13.08.2008, Plenário. *DJE* de 24 de out. de 2008.

isso o dever do Estado é propiciar meios adequados para o seu exercício, no que a omissão administrativa importa afronta à Constituição<sup>12</sup>; é direito público subjetivo de crianças até cinco anos de idade disporem de vagas em creches e pré-escolas sob a tutela do poder estatal sem prévia avaliação administrativa<sup>13</sup> meramente discricionária; é constitucional a política de cotas raciais para acesso ao ensino superior<sup>14-15</sup>; dentre muitos outros.

No plano internacional, diversos são os pactos, convenções e tratados – dos quais o Brasil é signatário – que incluem a educação como direito humano de todo e qualquer indivíduo, apresentado como de caráter universal – é fator indispensável para o desenvolvimento da pessoa e do país, seja a nível social ou mesmo científico-tecnológico. É dizer, “não há país no mundo que não garanta, em seus textos legais, o acesso de seus cidadãos à educação básica”, isto, pois “a educação escolar é uma dimensão fundamental da cidadania, e tal princípio é indispensável para políticas que visem à participação de todos nos espaços sociais e políticos e à (re)inserção no mundo profissional”<sup>16</sup>.

Porém, não somente: insistir no conjunto solidário Estado-sociedade-família para materialização da educação no espaço cívico, é meio próprio de reconhecer que há uma *interligação necessária* entre os *sentidos* constitucionalmente atribuídos ao instituto jurídico *educação*. Isto é, os objetivos e princípios informadores – preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pleno desenvolvimento, qualificação para o trabalho

<sup>12</sup> BRASIL. STF. RE 594.018, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23.06.2009. Plenário. *DJE* de 07 de ago. De 2009.

<sup>13</sup> “A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito do seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impõs o próprio texto da CF. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental” (ARE 639.337-Agr, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23 de ago. de 2011, Segunda Turma, *DJE* de 15 de set. de 2011).

<sup>14</sup> “Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estas certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. (...) A adoção de tais políticas, que levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, integra o próprio cerne do conceito de democracia. (...) No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade. E na parte dispositiva: Isto posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e preveem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF”. ADPF 186. Cópia impressa.

<sup>15</sup> Cf. FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa no ensino superior brasileiro**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008.

<sup>16</sup> SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 159.

– são de ordem antropológica-cultural, política e profissional<sup>17</sup>, configuração somente possível de obter êxito num contexto de participação solidária, no qual o Poder Público, a sociedade em geral, e a família do cidadão estejam de mãos dadas voltados a garantir o melhor sistema possível<sup>18</sup> para o pleno desenvolvimento da pessoa<sup>19</sup>, capaz de abranger a maior quantidade possível de aspectos da vida escolar, desde a formação dos professores<sup>20</sup>, até o comportamento do aluno<sup>21</sup>. O resultado tem impacto direto no livre desenvolvimento da personalidade do cidadão<sup>22</sup> e no desenvolvimento do país<sup>23</sup>.

Na Constituição brasileira, o Estado Social de típica prestação pública fundado num modelo marxista solidário (art. 6º) convive com a livre iniciativa enquanto fundamento da ordem econômica (art. 170), é também o espaço em que a propriedade é garantida (art. 5º, XXII) mediante o cumprimento da função social (art. 5º, XXIII), onde a proteção ao meio ambiente equilibrado (art. 225, *caput*) divide espaço com o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), dentre tantas outras contradições ideológicas aparentes. Tal configuração só é possível porque o Brasil é estruturado e fundado como uma República federativa de ordem pluralística (art. 1º, V), no sentido de permitir uma pluralidade de concepções políticas que buscam respaldo constitucional na representação de seus interesses<sup>24</sup>, bem como em visões diversas de mundo político-institucional ou de caminhos diferentes para alcançar um bem comum público.

A proposital confusão ideológica do texto constitucional reflete de modo perceptível na estruturação do direito à educação quando estabelece o pluralismo de

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 801.

<sup>18</sup> Cabe a ressalva: “Apesar da conotação de direito social, que assume explicitamente, o direito à educação deve também ser reconhecido em seu caráter ou dimensão de uma clássica liberdade pública. E este é o motivo pelo qual se tem falado, até aqui, de direito fundamental à educação e acesso, e não de liberdade de acesso e de liberdade de aprender, evitando a confusão de conteúdos e dimensões” (TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 878).

<sup>19</sup> “A consecução prática dos objetivos da educação, só se realizará em um sistema educacional democrático, em que a organização da educação formal (via escola) concretize o direito ao ensino, informado por princípios com ele coerentes, que, realmente foram acolhidos pela Constituição (...)” (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 801).

<sup>20</sup> Cf. GATTI, Bernardette Angelina et. at. (Orgs.) **Por uma política nacional de formação de professores**. São Paulo: UNESP, 2013.

<sup>21</sup> Cf. FREIRE, Paulo. **Pedagogy of freedom: ethics, democracy, and civic courage**. Nova York: Rowman & Littlefield, 1998.

<sup>22</sup> Cf. GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. Direito à igualdade e livre desenvolvimento da personalidade: construindo a democracia de tripló vértice. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, vol. 10, n. 56, p. 210-227, mar./abr. 2014.

<sup>23</sup> Cf. SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>24</sup> “Na sua origem – e durante muito tempo – o significado da expressão “pluralismo político” veiculava ideia absolutamente distinta da que hoje possui. Se entende o pluralismo político como a manutenção da divergência e do conflito, inerentes à natureza democrática das sociedades que assim se reivindicam, o pluralismo fortalecia a ideia da fragmentação de poder. Em outras palavras, por pluralismo entendia-se a diversidade de poderes, de comandos ou mesmo de sistemas jurídicos, podendo ou não conviver em esferas de maior ou menor abrangência territorial (...). Materializando sua condição democrática e dirigente, a racionalidade da Constituição Federal de 1988 refere-se internamente ao pluralismo político não somente como princípio fundamental, materializando-o, porém, nos seus arts. 5º e 17, quando estes explicitam a liberdade de manifestação do pensamento, bem como as exigências para a formação dos agrupamentos político-partidários, atores primeiros da representação e pluralismo políticos (...)” (LIMA, Martonio Mont’alverne Barreto. Comentário ao art. 1º, V. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135-136).

ideias e concepções pedagógicas e a coexistência de instituições públicas e privadas<sup>25</sup> como princípio norteador do ensino (art. 206, III):

O princípio do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas está compreendido no princípio da liberdade de ensinar e divulgar o pensamento, visto que a ideia mesma de liberdade implica o respeito à diversidade de pensamento. São diversos os aspectos que envolvem o princípio do pluralismo, desde o reconhecimento das diferenças regionais e sociais, disposto no art. 3º da Constituição, passando pelas garantias do ensino religioso facultativo e das línguas indígenas maternas no ensino fundamental, constantes do art. 210, § 1º e 2º da Constituição, e pelo ensino da História do Brasil a partir das contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro, especialmente das matrizes indígena, africana e europeia (...)<sup>26</sup>.

Para além disso, o pluralismo pode ser *ideológico* que “designa a variedade de crenças, de concepções éticas e de valores que os indivíduos ou os grupos têm por fundamentais”<sup>27</sup>, e *institucional* que se refere ao desenvolvimento das autonomias individuais e o “reconhecimento dos direitos das ‘formações sociais’, quais sejam, a família, as confissões religiosas, comunidades de trabalho, a escola, etc.”<sup>28</sup>. Ao consagrar tal modelo:

*A Constituição opta, pois, pela sociedade pluralista, que respeita a pessoa e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista, que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas. O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos. Optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos. O problema do pluralismo está, precisamente, em construir o equilíbrio entre as tensões múltiplas, e por vezes contraditórias; em conciliar a sociabilidade e o particularismo; em administrar os antagonismos e evitar divisões irredutíveis (...). De tudo isso se deduz a importância de ter a Constituição conjugado a concepção de uma sociedade pluralista com as de uma sociedade livre, justa, fraterna e solidária (preâmbulo e art. 3º, I), pois, se o pluralismo é uma concepção liberal, o solidarismo, de fundo socialista, aponta para uma realidade humanista de fundo igualitário, que supõe a superação dos conflitos, e, assim, fundamenta a integração social, que evita antagonismos irredutíveis que destroem o princípio pluralista. Forma-se, assim, uma*

<sup>25</sup> “A existência de instituições públicas e privadas de ensino também revela uma perspectiva pluralista, pois, por mais que as escolas privadas estejam sob fiscalização do Poder Público, elas podem, dentro do marco constitucional, desenvolver e inovar no tocante a métodos de ensino e propostas pedagógicas, assim como quanto à abordagem do ensino e da pesquisa que realizam” (MALISKA, Marcos Augusto. Comentário ao art. 206, III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1966-1968).

<sup>26</sup> MALISKA, Marcos Augusto. Comentário ao art. 206, III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1966-1968.

<sup>27</sup> BURDEAU, Georges. **Traité de science politique**. 2. ed. t. VIII. Paris: LGDJ, 1977. p. 144.

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 803.

*sociedade integrada (...). Se tais pressupostos faltarem, o pluralismo resultará desastroso e não se manifestará como um princípio democrático*<sup>29</sup>.

Só é possível crer na manutenção de uma sociedade plural dentro de um sistema constitucional capaz de materializar a educação enquanto direito fundamental igualmente pluralista, que forme um *ser político* qualificado em todas as esferas possíveis de realização da vida pública e privada – ao fim de ordenar o caos ideológico típico de um modelo democrático crítico<sup>30</sup>, aberto, livre e, portanto, laico.

### 3. A LAICIDADE ESTATAL COMO PRESSUPOSTO DE EXISTÊNCIA DO PLURALISMO EDUCACIONAL

Por ser temática de ordem sensível ao íntimo das pessoas, não pode ser tratada de modo maniqueísta<sup>31</sup>, judaico-cristão<sup>32</sup>, falacioso e tendencioso a uma determinada religião, vez que resulta em incursões de mera opinião e que por isso mesmo fogem do caráter científico da escrita<sup>33</sup>, algo que a doutrina sobre o tema precisa evoluir, sob pena de parecer folhetim que expressa a credo do autor<sup>34</sup>. Da mesma forma que não podem partir da revisão bibliográfica da doutrina lusitana ou espanhola, vez que ambas são fortemente influenciadas – até os dias atuais – pela Igreja Católica<sup>35</sup>. A liberdade religiosa como ponto de partida e manutenção de todo sistema jurídico de

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 803-804.

<sup>30</sup> Conforme Zagrebelsky: "A democracia crítica quer tirar o povo da pacifidade e também da mera reatividade. Quer fazer dele uma força ativa, capaz de iniciativa e, portanto, de projetos políticos elaborados por si mesmo. Em resumo: quer um povo que seja sujeito da política, não objeto ou instrumento (...). A autoridade do povo, na democracia crítica, não depende de supostas qualidades sobre-humanas, como a onipotência e a infalibilidade. Depende, ao contrário, da razão exatamente oposta, ou seja, admitir que o povo de maneira geral e todos os homens são necessariamente limitados e falíveis (...). Para a democracia crítica nada é mais insensato que a divinização do povo expressa pela máxima *Vox populi, vox dei*, uma verdadeira forma de idolatria política. Essa grosseira teologia democrática condiz com as concepções triunfais e acríticas do poder do povo, as quais, como já vimos, são apenas adulações interesseiras" (ZAGREBLESKY, Gustavo. **Crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 131-135).

<sup>31</sup> A oposição entre modelos de certo ou errado; bem ou mal; bom ou ruim, etc., resulta num paradoxo de natureza *ad eternum*, pois o argumento perde racionalidade e se torna inócuo no espaço público, sem força cogente de ordem construtiva, ou seja, vazio. Em sentido próximo, cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>32</sup> Por todos, ver: MACHADO, Jônatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa**: entre o teísmo e o (neo)ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>33</sup> Por todos, ver como exemplo: COUTINHO, Júlia Maia de Menezes; MELO, Silvana Paula Martins de. Universalismo, relativismo ou multiculturalismo? análise acerca da aplicação dos direitos humanos no mundo islâmico sob a perspectiva da banalidade do mal em hannah arendt. In: HOLANDA, Ana Paula Araújo de et. al. (Orgs.). **Direitos humanos**: histórico e contemporaneidade. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 299-318.

<sup>34</sup> Por todos, ver como exemplo desse fenômeno: SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>35</sup> Como exemplo de pesquisa neste sentido, ver: SILVA, Fabiana Maria Lobo da. Liberdade religiosa e o ensino religioso nas escolas públicas de um estado laico: perspectiva jusfundamental. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 52, n. 206, p. 271-298, abr./jun. 2015.

natureza laica é fruto do estado liberal (burguês)<sup>36</sup>, e é um dos componentes do mito do *Direito*<sup>37</sup>. Propor constitucionalmente uma organização estatal sem religião oficial<sup>38</sup> e ir além ao declarar a liberdade de crença (e descrença)<sup>39</sup>, implica em congregar os cidadãos a um projeto de estado sem privilégios por força do mero credo de um grupo de pessoas, ainda que majoritário no seio da sociedade<sup>40</sup>. Já se foi o tempo em que eram exigidos certificados de catolicidade para o exercício da advocacia ou de qualquer outra profissão<sup>41</sup>.

Ainda no mesmo sentido, a escolha do constituinte originário brasileiro é justificada pois:

*A religião é um dos fenômenos que dificulta a internacionalização do direito, especialmente nos hard cases diretamente ligados aos direitos humanos, como no caso do aborto e da eutanásia, por terem relação com os domínios da vida. Vários são os mecanismos ou formas de internacionalização do direito, mas em qualquer delas se verifica que, quando o tema que se pretende internacionalizar se relaciona de forma mais direta com a religião, há uma dificuldade maior no processo.*<sup>42</sup>

A religião é fenômeno que aproxima somente aqueles que compartilham de uma crença determinada, do contrário, provoca o *desacordo moral razoável*<sup>43</sup>, tensão

<sup>36</sup> Cuida-se do “primeiro Estado jurídico” que “alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa”. “A burguesa formulou os princípios filosóficos de sua revolta social (...) [e] nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas no momento em que apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe. Foi essa a contradição mais profunda na dialética do Estado Moderno” (BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 42).

<sup>37</sup> “O Estado de Direito implica uma confiança absoluta depositada no direito, a crença nas virtudes da dogmática jurídica para atingir os objetivos que se lhe atribuí, em fazer prevalecer os valores aos quais se está vinculado: é pela transformação em direitos subjetivos que serão preservadas as liberdades (...). O Estado de Direito se assenta assim no fetichismo da regra: a norma jurídica tende a ser tomada como a própria realidade, capaz de fazer advir o que enuncia (...). Essa confiança depositada no Direito não é somente de ordem racional (...) e é precisamente nesse ponto que o mito vem substituir a realidade, dando ao Estado de Direito todo o seu alcance: o Estado de Direito não se reduz, de fato, a uma construção racional, a um desenho formal, mas ele se apoia sobre um investimento afetivo; e é essa mística que faz com que ele não seja somente um artifício, uma fórmula misticificadora, mas sim uma coerção efetiva, tanta para os destinatários quanto para os produtores da norma” (CHEVALLIER, Jacques. **L'état de droit**. 5. ed. Paris: Montchrestien, 2010. p. 52-53).

<sup>38</sup> A Constituição brasileira determina: Art. 19 – É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – Estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvenção-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

<sup>39</sup> É o que faz a Constituição brasileira: Art. 5o, VI – É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

<sup>40</sup> O que neste sentido significa dizer que a liberdade religiosa *pode* ser tratada como um direito fundamental de natureza contramajoritária.

<sup>41</sup> Cf. VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015. p. 28.

<sup>42</sup> DINIZ, Geilza Fátima Cavalcante. **Direitos humanos e liberdade religiosa**. Brasília: Senado Federal, 2014. p. 210.

<sup>43</sup> Cf. FREITAS, Joana Teixeira de Mello. O desacordo moral razoável na sociedade plural do estado democrático de direito. **Revista USCS**, São Caetano do Sul, ano X, n. 17, p. 39-51, jul./dez. 2009.

paradoxal, sem resolução que possa pender para um dos lados conflitantes, daí a necessidade de afastá-la do espaço público, o que visa manter um mínimo razoável de harmonia e liberdade conforme a moral individual dentro do âmbito de conformação da juridicidade pública<sup>44</sup>, o que Waldron designaria como um desacordo filosófico sobre o bem em uma sociedade pluralística<sup>45</sup>.

A questão central é que *"religious beliefs aren't reasonable, [they] are categorical, it's not a matter of being reasonable"*<sup>46</sup>, e por tal motivo, a acomodação da crença religiosa no espaço público – seja por meio da produção legislativa ou da argumentação jurídica – é de problemática severa para fins de preservação da *razão pública*<sup>47</sup>, vez a dificuldade de universalização quando dentro de uma sociedade pluralística (de conflito ideológico).

A preocupação com o fenômeno religioso foi introduzida – no plano constitucional – em larga escala em textos do século XIX<sup>48</sup>, onde era possível notar um padrão franco-americano de separação total entre Estado e Igreja<sup>49</sup> que se opunha ao modelo

<sup>44</sup> Sobre o desacordo moral razoável e o papel da Corte Constitucional defronte tal circunstância, afirma Luís Roberto Barroso: "Pessoas bem-intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas Constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margens a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete. Esse fenômeno se revela em questões que são controvérdias em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, interrupção da gestação, pesquisa com células-tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, em meio a muitas outras. Nessas matérias, como regra geral, o papel do direito e do estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças" (BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 261).

<sup>45</sup> WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 2004. p. 149-150.

<sup>46</sup> U.S. Supreme Court. Justice Scalia. Case Holt v Hobbs, 574 U.S., 2015. p. 05.

<sup>47</sup> Ao contrário do que a expressão "razão pública" possa sugerir, o sentido é extraído do pensamento de Alexy (e não de Rawls): "A regra geral de fundamentação está numa relação muito estreita com as condições ideais da situação ideal de fala. Quem fundamenta algo admite aceitar o outro, ao menos no que se refere à fundamentação, como interlocutor com os mesmos direitos que ele, e admite não exercer pessoalmente coerção nem apoiar-se na coerção exercida por outros. Também, pretende poder defender sua asserção frente a qualquer um. Os jogos de linguagem em que não se admite cumprir pelo menos estas exigências não podem ser considerados fundamentações (...). As exigências de igualdade de direitos, universalidade, e ausência de coerção podem-se formular com três regras (...): (i) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso; (ii) todos podem problematizar e introduzir qualquer asserção no discurso – todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades; (iii) não se pode impedir a nenhum falante de exercer seus direitos estabelecidos em (i) e (ii) mediante coerção existente dentro ou fora do discurso" (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 132-133).

<sup>48</sup> É bem verdade que a Constituição americana de 1787 já apresentava preocupação com a liberdade religiosa e a secularização do Estado, é o texto da primeira emenda – "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances" – e no mesmo sentido, na França, a Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 – art. 10: "Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei" – preocupação que se seguiu com a Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793 e na Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen de 1795.

<sup>49</sup> Modelo parcialmente seguido pela Constituição brasileira de 1891: Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 3º Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commun. (...) § 6º Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos. (...) § 7º Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União, ou o dos Estados. A representação diplomática do Brasil junto à Santa Sé não implica violação deste princípio.

espanhol (que ainda era fortemente influenciado pela história inquisitiva<sup>50</sup>) de Estado confessio,<sup>51</sup> que hodiernamente apresenta raízes profundas no constitucionalismo italiano, em especial na forma de diálogo entre Igreja e Estado, mesmo que formalmente separados<sup>52</sup>.

Iniciado ao final do Século XVII<sup>53</sup>, a contínua expansão do processo de secularização da Europa levou a Corte Europeia de Direitos Humanos – com competência para preservar a normatividade da Convenção Europeia de Direitos Humanos – a se manifestar a respeito da temática visando a melhor delimitação entre os espaços de influência da religião, no que restou claro que<sup>54</sup>:

*(...) freedom of thought, conscience and religion, which went hand in hand with pluralism, was one of the foundations of a "democratic society" and that in its religious dimension that freedom was an essential part of any believer's identity, as well as being a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. It had already held that freedom to manifest one's religious beliefs included an individual's right not to reveal his faith or his religious beliefs and not to be obliged to act or refrain from acting in such a way that it was possible to conclude that he did or did not have such beliefs – and all the more so when aptitude to exercise certain functions was at stake. In this case, the Court held that there had been a violation of Article 9 of the Convention, finding that requiring the applicants to reveal their religious convictions in order to be allowed to make a solemn declaration had interfered with their freedom of religion, and that the interference was neither justified nor proportionate to the aim pursued. The Court also held that there had been a violation of Article 13 (right to an effective remedy) of the Convention<sup>55</sup>.*

<sup>50</sup> Cf. VIDAL-ROBERT, Jordi. Long-run effects of the Spanish inquisition. **Working Paper Series**, Conventry, n. 192, p. 01-59, june 2014.

<sup>51</sup> "La confesionalidad del Estado, consagrada en el artículo 12 de la Constitución de 1812, ha planteado problemas de interpretación dada la aparente incongruencia con el carácter rupturista y liberal del texto gaditano. Por una parte, suscitaba la cuestión de la intolerancia religiosa, aunque este concepto, en el mundo hispano de los inicios del siglo XIX, no fue el mismo que en el mundo anglosajón debido principalmente a la existencia de una comunidad católica hispana monolítica desde el siglo XVI. Para que se diese tolerancia tenía que existir una conciencia de pluralidad. Además, en los inicios del liberalismo, intolerancia significó desunión, ilegitimidad y guerra civil. La tolerancia religiosa no se planteaba realmente como un problema pues el exclusivismo católico parecía natural y perfectamente compatible con el constitucionalismo y las políticas liberales (...) (MANSO, Ana Isabel Gozález. Tolerancia religiosa y modelo de iglesia en España en la primera mitad del siglo XIX. **Historia Constitucional**, Oviedo, n. 15, p. 113-15, 2014. MANSO, Ana Isabel Gozález. Tolerancia religiosa y modelo de iglesia en España en la primera mitad del siglo XIX. Historia Constitucional, Oviedo, n. 15, p. 113-15, 2014).

<sup>52</sup> Cf. ARGOLAS, Davide. A liberdade religiosa em itália: vinho novo em odres velhos. **Espaço Jurídico Journal Of Law**, Chapecó, vol. 15, n. 02, p. 363-386, jul./dez. 2014.

<sup>53</sup> HOBBSAWN, Eric J. **A era das revoluções:** 1789-1848. 35. ed. São Paulo-Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. p. 341.

<sup>54</sup> São diversos os casos que envolvem a temática que estão sob a jurisdição da corte, dentre eles destacam-se: Ouardiri v. Switzerland, 28 june, 2011; Sinan Isik v. Turkey, 2 feb., 2010; Wasmuth v. Germany, 17 feb, 2011; Alexandridis v. Greece, 21 feb., 2008; kokkinakis v. Greece, 25 may, 1993; Hasan and Chaush v. Bulgaria, 26 oct., 2000; Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia, 10 jun. 2010; Francesco Sessa v. Italy, 3 april, 2012; dentre outros.

<sup>55</sup> ECHR. **Case Dimitras v. Greece**. Judgement of june 3rd, 2013.

No plano internacional, o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que: Art. 13: 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

E vai além ao determinar a autonomia laica dos estudantes e do poder familiar:

*Art. 13: 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.*

O plano normativo acima parece integrar, por força do art. 5º § 2º da Constituição<sup>56</sup>, os direitos e garantias fundamentais – norma materialmente constitucional – e que deve funcionar, *in casu*, como um desdobramento/complemento lógico do art. 210, § 1º<sup>57</sup>, no que a leitura do dispositivo deve constar da seguinte forma:

*A disciplina “religião” no ensino fundamental de escolas públicas é matéria de matrícula facultativa, sendo direito dos pais (e dever do estado) verem os filhos receberem educação (também) conforme a sua própria convicção religiosa, dentro de um conteúdo mínimo previamente fixado pela autoridade competente.*

Tal configuração somente é possível de existir no Estado laico:

1. Isto pois, existe interesse jurídico dos pais na melhor formação possível para os filhos, *dentro daquilo que é constitucionalmente delineado*. Ou seja, podem (e devem) exigir do Poder Público que seja ofertada a disciplina *ensino religioso* – a qual será de

<sup>56</sup> Art. 5º, § 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>57</sup> Art. 210, § 1º: “O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”.

matrícula facultada – que no seu conteúdo obrigatoriamente terá ensinamentos, visões de mundo, posições ideológicas e construções intelectuais conforme a crença dos pais. Por se tratar de aluno do ensino fundamental, não há o que cogitar em exercício especial de direito fundamental à liberdade de escolha quanto a cursar ou não a disciplina, repousando neste particular ao ato de vontade dos pais, ao menos *prima facie*. O direito subjetivo do aluno, neste plano, é *receber um ensino de natureza plural*, conforme os ditames constitucionais.

2. É de se perceber que a complexidade dos grupos sociais existentes no Brasil permite com que sejam compartilhados, vivenciados e experimentados no dia a dia fragmentos culturais de diversas congregações religiosas, no que o sentimento religioso será diversificado conforme a visão de mundo desenvolvida no seio de cada família, fazendo com que seja *virtualmente impossível* que pais de formações diferentes e em momentos distintos da vida (entre outras peculiaridades) concordem quanto a ensinamentos, visões de mundo, posições ideológicas e construções intelectuais as quais, no plano religioso, devam ser apreendidas por todas as pessoas que cursam o ensino fundamental.

3. Daí a necessidade de um plano pedagógico que seja capaz de abraçar os mais diversos ensinamentos de tal ordem do conhecimento, vez que o direcionamento a uma só doutrina da religião, além de ferir o plano constitucional por apresentar o pensamento de mão única, é atentatório ao direito subjetivo dos pais (em permitir com que os filhos recebam educação conforme a sua própria convicção religiosa) e das crianças (em receber um ensino de natureza pluralística), o que faria com que o Estado descumprisse com o seu dever. Não cabe ao Estado, portanto, interferir de tal forma, vez que abalaria a dignidade das pessoas enquanto *autonomia individual* para beneficiar uma ou outra religião no plano da mera doutrinação escolar, que se difere, pois, da sala de aula *plural, ideologicamente caótica*.

#### 4. AUTONOMIA INDIVIDUAL COMO EXPRESSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com razão em parte, aponta o Min. Barroso que, “após a Segunda Grande Guerra, a dignidade tornou-se um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, materializado em declarações de direitos, convenções internacionais e constituições”<sup>58</sup>. De fato, a dignidade da pessoa humana aparece consagrada em diversas declarações e convenções internacionais de direitos<sup>59</sup>. Porém, a utilização do termo não aparece so-

<sup>58</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 212-213

<sup>59</sup> Por exemplo, Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 1), Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas (art. 15, 1), Declaração sobre Educação e Formação em Direitos Humanos (art. 50, 1), Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (art. 1), Convenção Internacional de Proteção das Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (art. 19, 2), Con-

mente em textos constitucionais ocidentais. Ao contrário, são diversas as constituições que, mundo afora, expressam a preocupação em preservar o entendimento do que esteja caracterizado como dignidade, elevando tal conceito ao patamar jurídico-constitucional<sup>60</sup>. A proteção à dignidade da pessoa humana é o fundamento ético mínimo de validade compartilhado por quase todos os ordenamentos jurídicos constitucionalmente organizados no pós-Segunda Guerra, por isso mesmo, integra o núcleo do constitucionalismo contemporâneo<sup>61</sup>.

Jeremy Waldron<sup>62</sup> compila as principais vertentes doutrinárias sobre o tema da seguinte forma:

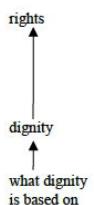


fig. 1

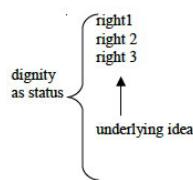


fig. 2

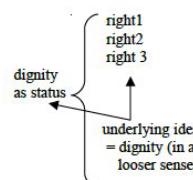


fig. 3

A figura 1 representa o fundamento de validade que resulta na dignidade da pessoa humana, funcionaria como uma fonte de direitos, na qual todos os demais (vida, liberdades em geral, etc.) estariam fundamentados por ela. Tal argumentação, explica o autor, é bastante comum na teoria *divina* (judaico-cristã) dos direitos humanos, defendida por um grupo de acadêmicos que entendem que a dignidade é um atributo divino aos seres humanos. Neste sentido, o fundamento de validade seria o valor divino concedido para a espécie.

A figura 2 apresenta a dignidade enquanto status, uma condição inseparável da humanidade. Trata-se de afirmar que existe uma relação intrínseca entre o ser humano e a dignidade. A dignidade da pessoa humana funcionaria como fundamento de validade enquanto condicionante de existência dos demais direitos, ou seja, a razão e finalidade destes seria satisfazê-la. Porém, esta não necessariamente seria a ideia

venção Internacional sobre os Direitos da Criança (art. 28, 2), Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (preâmbulo), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (preâmbulo), dentre outras.

<sup>60</sup> São exemplos as Constituições do Afeganistão (art. 24), China (art. 38), Azerbaijão (art. 13, III), Iraque (art. 37, 10, a), Irã (art. 20, 6), Bahrein (art. 18), Cazaquistão (art. 45), Paquistão (art. 14), Kuwait (art. 29), Tailândia (section 4), Arménia (art. 13), Turquia (art. 17), Suécia (art. 29), Finlândia (art. 19), Suíça (art. 79), Montenegro (art. 25), Polónia (art. 30), Roménia (art. 1º, 3), Rússia (art. 7º), Sérvia (art. 19), Japão (art. 24), Holanda (art. 11), África do Sul (art. 10), dentre outras.

<sup>61</sup> GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. A constituição do plano político ao normativo: base teórica para a construção do neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 03, n. 06, 2014.

<sup>62</sup> WALDRON, Jeremy. Is dignity the foundation of human rights? *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, New York, p. 1-29, 2013.

subjacente a todos os direitos. Neste cenário, a dignidade da pessoa humana aparece como um direito fundamental autônomo.

A figura 3 aponta ao cenário em que a dignidade enquanto conceito jurídico seria uma condição humana baseada num entendimento filosófico-humanista, o qual também fundamentaria os demais direitos. Dessa forma, existiria uma correlação entre a dignidade e todos os demais direitos humanos no sentido de integração e satisfação mútua, coexistência hierárquica e concorrência normativa, até “transmitir a ideia de que todos os direitos são co-fundados”<sup>63</sup>.

Existe um consenso mínimo de que o conceito jurídico de dignidade humana apresentaria três status categóricos: (1) todos os seres humanos apresentam um valor intrínseco (característica interna); (2) o valor intrínseco de cada um deve ser reconhecido e respeitado pelos demais (característica externa); (3) o Estado deve existir para a satisfação do indivíduo (característica dos estado-limitado)<sup>64</sup>. Cuida-se de afirmar a existência de um entendimento consolidado na doutrina de que a dignidade da pessoa humana é constituída pelos elementos: *ontológico*, que reconhece o valor intrínseco do ser humano; *relacional-comportamental* que impõe a conduta de reconhecimento e respeito aos seres humanos uns para com os outros; e *estatal*, que vincula o Estado a ter o mesmo respeito e consideração pela dignidade de todos os seres humanos.

Na doutrina brasileira, Ingo Sarlet<sup>65</sup> conceitua da seguinte maneira:

*(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.*

Também dentro dessa concepção, leciona o Min. Barroso<sup>66</sup> que:

<sup>63</sup> WALDRON, Jeremy. Is dignity the foundation of human rights? **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**, New York, p. 1-29, 2013.

<sup>64</sup> MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. **The European Journal of International Law**, Firenze, vol. 19, n. 05, p. 931-944, 2008.

<sup>65</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 9a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73.

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 112.

*Para finalidades jurídicas, a dignidade da pessoa humana pode ser dividida em três componentes: valor intrínseco, que se refere ao status especial do ser humano no mundo; autonomia, que expressa o direito de cada pessoa, como um ser moral e como um indivíduo livre e igual, tomar decisões e perseguir o seu próprio ideal de vida boa; e valor comunitário, convencionalmente definido como a interferência social e estatal legítima na determinação dos limites da autonomia pessoal.*

O *valor intrínseco* da pessoa humana vincula os particulares, o Estado e o próprio indivíduo a reconhecer e proteger um status diferenciado na convivência social. É uma espécie de direito-dever de tratamento e consideração para consigo e perante aos demais. A *autonomia* precisa ser entendida enquanto ação ou omissão de autodeterminação pessoal que não possa causar prejuízo à bem jurídico alheio, em conformidade com os ditames constitucionais e a legislação pertinente. *Valor comunitário* expressa um dever da máquina estatal de legislar o mínimo possível na esfera íntima das pessoas, conforme os ditames de proporcionalidade e razoabilidade, em adequação aos direitos fundamentais e bens jurídicos relevantes de proteção. O valor comunitário limita a autonomia individual na mesma proporção em que esta limita o primeiro. A relação é circular. Quanto maior for a expressão comunitária, menor será a liberdade do cidadão nas ações em conformidade com o ordenamento jurídico<sup>67</sup>.

Essas considerações são especialmente relevantes no estudo dos chamados casos controversos, que envolvem a ingerência estatal no âmbito íntimo das pessoas, onde o “papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que os indivíduos realizem escolhas autônomas”<sup>68-69</sup>. Daí o que leva Glensy a dizer que “*the right to dignity best reflects, more than any other right, the essence of being human*”<sup>70</sup>, vez que comporta no núcleo de proteção aspectos caracterizadores da pessoa

<sup>67</sup> GUEDES, Maurício Sullivan Balhe; LOURENÇO, Cristina Sílvia Alves. A dignidade da pessoa humana em processos criminais no stf: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário. In: CONPEDI (Org.). **Direito Penal, Processo Penal e Constituição I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1. p. 80-101.

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 102.

<sup>69</sup> Neste sentido, a ADPF 54 é a mais emblemática manifestação do Supremo Tribunal Federal pró autonomia individual diante uma proibição estatal, quando a Corte: “Sublinhou que o tema envolveria a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. No ponto, relembrou que não haveria colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. [...] Ressaltou que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se coadunaria com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde” (BRASIL. *Informativo 661*. out. de 2012). Julgado em 12 de abril 2012, o STF aplicou a técnica da interpretação conforme a Constituição aos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal, para fins de afastar a interpretação que poderia levar à criminalização da conduta de antecipação da gestação na hipótese de feto com anencefalia. Caso onde a autonomia limitou o valor comunitário do indivíduo. Se na análise do valor intrínseco a jurisprudência do STF demonstra a compreensão de que a dignidade da pessoa humana seria um direito fundamental autônomo, quando em questão a autonomia e o valor comunitário, a interpretação parece admitir ponderação de bens, aproximando-se de uma configuração principlógica ao fundamento da República brasileira.

<sup>70</sup> GLENSY, Rex D. The right to dignity. **Columbia Human Rights Law Review**, New York, vol. 43, n. 1, p. 65-142, oct./dec. 2011.

humana – projetos de vida, sonhos, realizações, etc. Neste sentido, a dignidade humana leva a um círculo de constante interação entre os valores intrínseco e comunitário e a autonomia individual de forma a completar a razão e o alcance do instituto jurídico.

Com tais considerações, é possível notar que a disponibilidade do ensino religioso de nível fundamental em escolas públicas é expressão da autonomia dos pais e dos alunos, vez que o conteúdo da disciplina deve ser capaz de transmitir – em alguma medida – a livre crença religiosa dos pais educada no seio familiar para os filhos. A matrícula facultativa, parece, nesse caso, uma forma de controle externo do ensino ministrado em escolas públicas, isto é, não confiando no plano de ensino da matéria, podem os pais optar pela não matrícula do filho.

O ensino ou não da disciplina reflete na apreensão de conhecimento do aluno, e tem, portanto, resultado no valor intrínseco – *vez que a religião atua na forma como o ser humano se percebe no mundo* – e comunitário – *pois atua também de modo a interferir no comportamento/convívio da pessoa no mundo* – da pessoa humana. Porém, a questão central reside na influência que o problema pode exercer na dignidade enquanto autonomia – que significa, *prima facie tomar decisões conforme suas experiências e convicções plenas de vida*, aspecto este fortemente determinado pela religião que a pessoa tem para si.

Caso o Estado não seja capaz de ofertar um ensino de natureza plural, contendo os mais diversos valores da maior quantidade de religiões existentes, melhor não ofertar a disciplina, visto que o direcionamento a uma ou outra religião poderia atuar de modo a conduzir a crença do aluno para doutrina determinada, o que teria reflexo direto na autonomia individual que nesta configuração restaria violada por ação – pela oferta de somente uma visão de mundo na disciplina ensino religioso – e omissão – ao não fornecer uma pluralidade de doutrinas da religião – do próprio Estado.

## 5. POR UMA PROPOSTA DE CONCLUSÃO

O presente estudo cuidou de temática extremamente sensível no âmbito jurídico brasileiro, a liberdade religiosa não somente integra o corpo dos direitos e garantias fundamentais da Constituição – como também costuma aflorar sentimentos e emoções incompatíveis com o caráter científico da pesquisa. Dentro desse universo de inúmeras variáveis possíveis, o trabalho se concentrou no problema “ensino religioso em escolas públicas” tendo por parâmetro os argumentos suscitados pela Procuradoria Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439, ainda sem decisão de mérito<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> O desenvolvimento do estudo foi concluído em 08 de fevereiro de 2016. Para eventual manifestação da Suprema Corte, consultar: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

Ao longo da jornada, foi possível demonstrar que a configuração do direito fundamental à educação apresenta no seu cerne o *pluralismo*. Tal conceito possui diversas concepções doutrinárias e desdobramentos sociais, no que concerne ao sistema educacional, implica num conjunto de visões de mundo que devem obrigatoriamente estar contidas no plano de ensino, no que veda a expressão de uma única forma de pensar.

Ao reconhecer que o ser humano não poderia restar preso a uma só ideologia, filosofia ou visão de mundo, foi instituído no Brasil – por escolha política – o “respeito à liberdade e apreço à tolerância” como um dos princípios estruturantes (art. 3º, IV da Lei 9.394/96) de uma educação plural. Nesse contexto, a laicidade aparece como limite a interferência estatal no âmbito da intimidade-autonomia da pessoa, daí a necessidade de um ensino religioso não-confessional. Na ausência de um plano pedagógico que comporte um ensino plural, não há o que falar na possibilidade de oferta da disciplina: a sala de aula não pode ser meio de pregação ou doutrinação, é, ao contrário, espaço da liberdade criativa e da autonomia do indivíduo.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARGIOLAS, Davide. A liberdade religiosa em itália: vinho novo em odres velhos. **Espaço Jurídico Journal Of Law**, Chapecó, vol. 15, n. 02, p. 363-386, jul./dez. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BENDA, Ernst et. al. (Orgs.). **Handbuch des verfassungsrechts der bundesrepublik deutschland.** Berlim: Walter de Gruyter & Co., 1994.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BURDEAU, Georges. **Traité de science politique.** 2. ed. t. VIII. Paris: LGDJ, 1977.
- CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à saúde:** paradigmas procedimentais e substanciais da constituição. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTINHO, Júlia Maia de Menezes; MELO, Silvana Paula Martins de. Universalismo, relativismo ou multiculturalismo? análise acerca da aplicação dos direitos humanos no mundo islâmico sob a perspectiva da banalidade do mal em hannah arendt. In: HOLANDA, Ana Paula Araújo de et. al. (orgs.). **Direitos humanos: histórico e contemporaneidade**. vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 299-318.

CHEVALLIER, Jacques. **L'état de droit**. 5. ed. Paris: Montchrestien, 2010.

FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa no ensino superior brasileiro**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcante. **Direitos humanos e liberdade religiosa**. Brasília: Senado Federal, 2014.

FREIRE, Paulo. **Pedagogy of freedom**: ethics, democracy, and civic courage. Nova York: Rowman & Littlefield, 1998.

FREITAS, Joana Teixeira de Mello. O desacordo moral razoável na sociedade plural do estado democrático de direito. **Revista USCS**, São Caetano do Sul, ano X, n. 17, p. 39-51, jul./dez. 2009.

GATTI, Bernardette Angelina et. al. (Orgs.) **Por uma política nacional de formação de professores**. São Paulo: UNESP, 2013.

GOMES, Ana Valeska Amaral; BRITTO, Tatiana Fonseca de. **Plano nacional de educação**: construção e perspectivas. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. A constituição do plano político ao normativo: base teórica para a construção do neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 03, n. 06, 2014.

GUEDES, Maurício Sullivan Balhe; LOURENÇO, Cristina Sílvia Alves. A dignidade da pessoa humana em processos criminais no stf: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário. In: CONPEDI (Org.). **Direito Penal, Processo Penal e Constituição I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 80-101.

GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. Direito à igualdade e livre desenvolvimento da personalidade: construindo a democracia de triplo vértice. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, vol. 10, n. 56, p. 210-227, mar./abr. 2014.

GLENSY, Rex D. The right to dignity. **Columbia Human Rights Law Review**, New York, vol. 43, n. 1, p. 65-142, oct./dec. 2011.

HOBSBAWN, Eric J. **A era das revoluções: 1789-1848**. 35. ed. São Paulo-Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2015.

LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Comentário ao art. 1º, V. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. (Coords.). **Comentários à Constituição do brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa**: entre o teísmo e o (neo)ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. Comentário ao art. 206, III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANSO, Ana Isabel Gozález. Tolerancia religiosa y modelo de iglesia en España en la primera mitad del siglo XIX. **Historia Constitucional**, Oviedo, n. 15, p. 113-15, 2014.

MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. **The European Journal of International Law**, Firenze, vol. 19, n. 05, p. 931-944, 2008.

REGO, Antonio Carlos Pojo do. **O congresso brasileiro e o regime militar: 1964-1985**. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 6º, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 533-548.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Fabiana Maria Lobo da. Liberdade religiosa e o ensino religioso nas escolas públicas de um estado laico: perspectiva jusfundamental. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 52, n. 206, p. 271-298, abr./jun. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIDAL-ROBERT, Jordi. Long-run effects of the Spanish inquisition. **Working Paper Series**, Conven-try, n. 192, p. 01-59, june 2014.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015.

WALDRON, Jeremy. Is dignity the foundation of human rights? **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**, New York, p. 1-29, 2013.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2011.





## A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência

### *Legal protection of privacy and confidentiality in the digital era: doctrine, legislation and jurisprudence*

ANA PAULA OLIVEIRA ÁVILA\*

UniRitter – Laureate International Universities (Brasil)

anapaula.avila@icloud.com

<http://orcid.org/0000-0001-5430-3099>

ANDRÉ LUIS WOLOSZYN\*\*

UniRitter – Laureate International Universities (Brasil)

alwi.war@gmail.com

Recebido/Received: 19.03.2017 / March 19<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 18.07.2017 / July 18<sup>th</sup>, 2017

#### Resumo

O presente artigo trata da tutela constitucional do sigilo de dados e das comunicações na web face aos direitos à privacidade e à intimidade dos usuários. Analisa o tratamento dispensado a este sigilo na doutrina, na legislação e na jurisprudência brasileira, examinando a Lei de Interceptação Telefônica, a Lei Complementar 105/2001 e o Marco Civil da Internet e, após, as divergências jurisprudenciais acerca da matéria, particularmente nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Conclui-se que as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro não são suficientemente claras e objetivas com relação às novas tecnologias de comunicação eletrônicas e digitais, fator

#### Abstract

*The present article analyzes the constitutional protection of data confidentiality and the communications on the web in the light of the rights to privacy and to intimacy of the users. It aims at analyzing the treatment given to confidentiality in the Brazilian doctrine, legislation and jurisprudence, examining the Telephone Interception Law, the Lei Complementar 105/2001 and, also, the jurisprudential differences concerning the subject, focusing on decisions from the Brazilian Supreme Court. It was concluded that the existing norms in the Brazilian legal system are not sufficiently clear and objective regarding new technologies of electronic and digital*

Como citar esse artigo/How to cite this article: ÁVILA, Ana Paula Oliveira; WOLOSZYN, André Luis. A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 3, p. 167-200, set./dez. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i3.51295.

\* Professora Titular de Direito Constitucional do UniRitter – Laureate International Universities (Porto Alegre-RS, Brasil). Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: anapaula.avila@icloud.com.

\*\* Mestre em Direito pelo UniRitter – Laureate International Universities (Porto Alegre-RS, Brasil). Analista de Inteligência na Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (SAE). E-mail: alwi.war@gmail.com.

que contribui para a ocorrência sistemática de abusos e violações e, consequentemente, para a redução da eficácia plena de proteção a estes direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; sigilo; privacidade; hermenéutica constitucional; era digital.

*communication, a factor that contributes for the systematic occurrence of abuses and violations; and, consequently, for the reduction of the full effectiveness to protect these fundamental rights.*

**Keywords:** *Human rights; confidentiality; privacy; constitutional interpretation; digital era.*

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** Vida privada e intimidade: configuração; **2.1.** Uma questão de direitos humanos e fundamentais; **2.2.** Privacidade, intimidade, sigilo: estremendo conceitos; **3.** A tutela jurídica do sigilo no Brasil; **3.1.** A proteção constitucional; **3.2.** A legislação infraconstitucional; **4.** Privacidade e sigilo nos tribunais; **5.** Considerações finais; **6.** Referências bibliográficas.

### 1. INTRODUÇÃO

No final dos anos 90, Manuel Castells anteviu com clareza que a internet seria, nas décadas seguintes, o mais importante canal de interconexão global, afirmando que quase tudo estaria conectado a sistemas invariavelmente abertos a pessoas e instituições.<sup>1</sup> O avanço da tecnologia digital nas duas últimas décadas pelo incremento de novas e múltiplas formas de comunicação na web é, de fato, a grande marca do século XXI. O acesso instantâneo, a praticidade no uso de aplicativos para celulares, a transmissão de mensagens texto, o uso do e-mail, da voz via internet, o armazenamento de quantidades significativas de dados pessoais e informações constitui-se em uma revolução na história da humanidade.

Essa realidade, contudo, potencializou paradoxos e inúmeros desafios para a ciência jurídica em geral e para os direitos humanos, em particular, definidos como um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar a vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e dignidade.<sup>2</sup> Nesta perspectiva, a vulnerabilidade dos usuários cresceu na mesma proporção da inovação tecnológica, especialmente em relação à vida privada e à intimidade, possibilitando a violação ou a quebra de sigilo de qualquer tipo de comunicações ou dados, sejam eletrônicos ou digitais, retirando seu pretenso caráter privativo. Essa vulnerabilidade apresenta-se, de um lado, no plano fático: o trânsito de informações pela rede aumenta a invasão de e-mails, correspondências e telefonemas indesejados a endereços privativos do usuário, e aplicativos inteligentes assimilam as preferências comerciais, rotinas, e até os trajetos diários dos usuários de tecnologia.

<sup>1</sup> CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 69

<sup>2</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 19.

Com efeito, o resumo do relatório do Centro Criptológico Nacional da Espanha (CCN) que trata das *ciberamenazas mundiais 2015/ tendências 2016*, distribuído a todos os centros de estudos tecnológicos internacionais, estima que:

*En los próximos años, el volumen y los datos personales que se recompilarán abarcarán todo tipo de información personal: nombre, dirección, número de teléfono, correo electrónico, historial de compras, sitios más visitados, comportamientos cotidianos (lo que comemos, vemos y escuchamos), nuestro peso, presión sanguínea, medicación, hábitos de sueño o el ejercicio que hacemos que tendrá un enorme valor económico. Las informaciones poderán hacerse por acuerdos consentidos o por medios ilícitos.<sup>3</sup>*

Essa vulnerabilidade também foi agravada no plano jurídico, âmbito em que a vida privada e a intimidade das pessoas tem experimentado frequente relativização – inclusive nas mais altas instâncias do Poder Judiciário, encarregadas da proteção dos direitos e garantias fundamentais individuais. Tome-se como ilustração as decisões judiciais que, nos últimos anos, produziram as seguintes orientações: (a) não se considera atentatório à privacidade e à intimidade dos servidores públicos o acesso do público às informações relativas ao valor dos seus vencimentos (STF, CNJ); (b) está dispensada a autorização do biografado (que era legalmente requerida pelo Código Civil) para a publicação de sua biografia por terceiros (STF); (c) o empregador pode acessar os e-mails da conta corporativa do empregado (TST); e (d) mais recentemente, em fevereiro de 2016, reconheceu-se a possibilidade de acesso, pela Receita Federal, a dados bancários dos contribuintes independentemente de autorização judicial. Noutra banda, a CPI dos Crimes Cibernéticos, que recentemente divulgou seu relatório final, propõe que a identidade de qualquer usuário por trás de um número IP seja revelada pelos provedores de internet à polícia e ao Ministério Público sem a necessidade de ordem judicial.

Parece, assim, claro que as restrições à privacidade e à intimidade podem ocorrer tanto por parte de governos e instituições públicas, como de empresas privadas, ou mesmo de *hackers*, pessoas comuns que dominem essas tecnologias – e para tanto apropriam-se dos conhecimentos disponíveis na própria rede. O problema acentua-se com a popularização desses meios, somados à dinâmica evolução tecnológica que se mostra significativamente maior do que a capacidade do ser humano em absorvê-la.

Neste contexto, Gagliano assim se manifesta:

*Com o avanço tecnológico, os atentados à intimidade e à vida privada, inclusive por meio da rede mundial de computadores (Internet), tornaram-se muito comuns. Não*

<sup>3</sup> Centro Criptográfico Nacional da Espanha CNN CERT IA – 09/16, Ciberamenazas 2015/tendências 2016. p. 30.

*raro determinadas empresas obtêm dados pessoais do usuário (profissão, renda mensal, hobbies), com o propósito de ofertar os seus produtos, veiculando a sua publicidade por meio dos indesejáveis spams, técnica ofensiva à intimidade e à vida privada.<sup>4</sup>*

Costa Júnior vai além quando afirma que a revolução tecnológica digital promoveu um processo de corrosão das fronteiras da intimidade, em que a devassa da vida privada tornou-se mais aguda e inquietante. Avalia que esta revolução avança, muitas vezes, desprovida de diretrizes morais, acarretando uma deformação progressiva desses direitos fundamentais numa escala de assédio crescente.<sup>5</sup>

Embora o sigilo de dados, correspondência e comunicações reste assegurado nas diversas esferas do sistema global de proteção e defesa dos direitos humanos – quer convencionais ou extraconvencionais – e tenha sido incorporado nos textos constitucionais dos países onde vige o constitucionalismo democrático, o maior desafio dos tempos atuais, conforme adverte Bobbio, é saber exatamente como garantir os em um sistema global digital caracterizado pela inexistência de fronteiras materiais.<sup>6</sup>

O discurso de Frank La Rue, relator especial da ONU sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão, defende que a liberdade de expressão não pode ser assegurada sem o respeito à privacidade das comunicações, destacando:

*A vigilância de comunicações deve ser considerada como um ato altamente intrusivo que, potencialmente, interfere com os direitos à liberdade de expressão e privacidade e ameaça as bases de uma sociedade democrática. A legislação deve estipular que a vigilância de comunicações só deve ocorrer nas circunstâncias mais excepcionais e exclusivamente sob a supervisão de uma autoridade judicial independente.<sup>7</sup>*

No Brasil, em especial, a vulnerabilidade do sistema de telecomunicações e de segurança e defesa cibernética é uma realidade que motivou a criação de duas Comissões Parlamentares de Inquérito. A CPI da Espionagem em 2013, no Senado Federal e a

<sup>4</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. **Novo curso de Direito Civil:** abrangendo o código de 1916 e o novo Código Civil (2002). 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 106.

<sup>5</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só:** tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 22.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Elsevier, 2004. p. 25.

<sup>7</sup> RODRIGUEZ, Katitza. **Internet Surveillance and Free Speech:** the United Nations Makes the Connection. 2013. Disponível em: <<https://www.eff.org/deeplinks/2013/06/internet-and-surveillance-UN-makes-the-connection>>. Acesso em: 15 abr. 2014. Tradução livre.

CPI dos Crimes Cibernéticos em 2015,<sup>8</sup> na Câmara dos Deputados. O Relatório Final da CPI da Espionagem ratifica esta posição, apontando para a necessidade de uma nova legislação infraconstitucional mais ampla que regule, inclusive, o fornecimento de dados de empresas ou cidadãos brasileiros a organismos estrangeiros.<sup>9</sup> Contudo, como veremos, ambos os relatórios são alvos de críticas à medida que, no afã de compensar a vulnerabilidade dos usuários da rede, terminam por avançar sobre a privacidade e a liberdade de expressão dos próprios usuários.

Esse quadro geral justifica a importância do objeto do presente ensaio, que é o resgate e a ressignificação jurídica dos direitos à privacidade, à intimidade e ao sigilo em face da tecnologia. Para tanto, nossa análise dedica-se, primeiro, a delimitar o âmbito de proteção da vida privada e da intimidade, para após analisar a doutrina, a legislação e a jurisprudência acerca do sigilo de dados e das comunicações na *web*. Lançou-se mão da revisão bibliográfica e jurisprudencial para a coleta dos dados necessários à pesquisa, os quais serão apresentados para análise dialética (afirmação/refutação), no intuito de apontar incoerências entre o dever de proteção e as práticas institucionais envolvendo esses direitos. Com efeito, o objetivo do trabalho, para além de traçar uma descrição do âmbito de proteção desses direitos, é responder se os atos praticados pelas autoridades responsáveis estão avançando ou retrocedendo na proteção da privacidade para, ao final, sugerir eventuais correções de curso que façam valer ao indivíduo aquilo que o ordenamento constitucional lhe garante.

## 2. VIDA PRIVADA E INTIMIDADE: CONFIGURAÇÃO

Os direitos à vida privada e à intimidade são duas grandes heranças do pensamento liberal dos séculos XVII e XVIII. Fazem parte do núcleo de direitos relacionado às liberdades individuais, sendo, portanto, protegidos nas esferas constitucionais de numerosos países e em praticamente todos os documentos relevantes de proteção aos direitos humanos.

### 2.1. Uma questão de direitos humanos e fundamentais

O artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem expressa que “ninguém deverá ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação”. Assevera ainda que “contra tais intromissões ou ataques todas as pessoas têm o direito à proteção da lei”.

<sup>8</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório Final da CPI dos Crimes Cibernéticos**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarIntegra?codteor=1447125](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1447125)>. Acesso em: 12 set. 2016.

<sup>9</sup> BRASIL. Senado Federal. **Relatório Final da CPI da Espionagem**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=148016&tp=1>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

A seu turno, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950 estabelece:

*Art. 8º - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e construir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.*

No mesmo diapasão, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, com efeito vinculativo a partir de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa enfatiza:

*Art. 8º - Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. Esses dados devem ser objeto de um tratamento legal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.<sup>10</sup>*

Em 1966 foi celebrado o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, resguardando em seu artigo 17 a proteção da privacidade, *verbis*: “Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou legais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”.<sup>11</sup>

No mesmo sentido segue o art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada no ano de 1969 em São José da Costa Rica:

*Art. 11 – Proteção da honra e da dignidade.*

<sup>10</sup> BRASIL, Ministério Públíco Federal, Secretaria de Cooperação Internacional. **Tratados de direitos humanos:** Sistema Internacional de proteção aos direitos humanos, Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, vol. 4, Brasília, 2016. p. 11.

<sup>11</sup> BRASIL. Ministério Públíco Federal, Secretaria de Cooperação Internacional. **Tratados de direitos humanos:** Sistema internacional de proteção aos direitos humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, vol. I, Brasília, 2016. p. 146.

§1º - *Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.*

§2º - *Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.*<sup>12</sup>

Vê-se que os direitos à privacidade e à intimidade são protegidos por diversos dispositivos legais internacionais e regionais, de caráter geral, cabendo aos estados-membros o detalhamento jurídico de como e de que forma esta proteção será efetivada.

No Brasil a matéria está tutelada no artigo 5º, inc. X, da Constituição Federal de 1988, o qual tornou “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Vida privada e intimidade são conceitos que geralmente operam sobre o mesmo recorte, porém, devem ser discriminados para a melhor definição do âmbito de proteção do direito protegido naquele dispositivo.

## 2.2. Privacidade, intimidade, sigilo: estremendo conceitos

Uma primeira pesquisa etimológica revela que “privatus” – raiz dos termos privado, privacidade, *privée*, *privacy*, *privato* e *privatezza* – significa privado, particular, próprio, pessoal e individual.<sup>13</sup> O termo serve a uma significação bastante ampla, do que é demonstrativo a ideia de *privacy* no direito norte-americano, expressando as pretensões individuais de proteção legal derivada do direito a ser deixado só ou em paz (*right to be alone*) e contra a disseminação de informações de caráter pessoal.<sup>14</sup> O direito à vida privada seria assim um direito da personalidade de concepção mais ampla, dentro qual se situa a esfera da intimidade.

Na lição de René Ariel Dotti, a vida privada diz respeito a opções pessoais, envolve aspectos sobre os quais a pessoa não deseja ou almeja qualquer publicidade, seja nas relações de trabalho, familiares ou mesmo comunitárias.<sup>15</sup> Nesta linha, Marcelo Cardoso Pereira<sup>16</sup> afirma que a vida privada seria, em uma primeira aproximação, tudo o que não pertença ao âmbito da intimidade, mas que, por sua vez, não transparece à esfera pública. Essa dissociação segue a linha argumentativa de Hannah Arendt, in-

<sup>12</sup> BRASIL. Ministério Pùblico Federal, Secretaria de Cooperação Internacional. **Tratados de direitos humanos:** Sistema internacional de proteção aos direitos humanos, Convenção Americana de Direitos Humanos, vol. III, Brasília, 2016. p. 51.

<sup>13</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 268.

<sup>14</sup> MARTINS, Luciana Mabilia. O direito civil à privacidade e à intimidade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 344.

<sup>15</sup> DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 67.

<sup>16</sup> PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na internet.** Curitiba: Juruá, 2003. p. 112.

dicando que, com o surgimento da cidade-estado, a pessoa humana passa a possuir duas ordens de existência, uma pública e a outra privada, havendo diferenciações entre aquilo que lhe é próprio e o que lhe é comum.<sup>17</sup> O conceito de vida privada expressa a individualidade do homem “não só diante de outros indivíduos e da sociedade, mas também diante do Estado”<sup>18</sup> referindo-se também a sua autonomia privada e ao livre desenvolvimento da personalidade.

A intimidade, derivada do “*intimus*”, significa íntimo, interior, e em relação a ela não cabe qualquer publicidade, pois a esfera de intimidade é alheia à qualquer relação com terceiros. Seria, para Martins, “o mais exclusivo dos direitos da privacidade” e, para Dotti, o âmbito mais restrito da vida privada, essencial à vida do indivíduo.<sup>19</sup>

Em conhecido trabalho sobre o tema, Tércio Sampaio Ferraz Jr. aduz que

*intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada, que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum (...)) Nestes termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as situações de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja publicidade constrange.*<sup>20</sup>

Conquanto a privacidade e a intimidade sejam conceitos correlatos, a diferença entre eles está “na particularidade de que a intimidade exclui qualquer forma de comunicação com uma segunda pessoa”, ao passo que a privacidade se compactua com algum tipo de comunicação com terceiros, mas que exclua qualquer publicidade. Assim se dá, por exemplo, com o sigilo bancário – que envolve o cliente e o banco –, e com o sigilo fiscal – que envolve a Fazenda Pública e o contribuinte.<sup>21</sup>

A imagem de círculos concêntricos serve para referir o sentido amplo da vida privada, representada pelo círculo maior, e o aspecto restrito da intimidade, representada por um círculo menor no interior daquele. Essa imagem faz lembrar a teoria das esferas de proteção proposta por Robert Alexy, para quem a intimidade é a esfera de âmbito mais íntimo, intangível da liberdade humana, e portanto, inviolável, compreendendo

<sup>17</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 33.

<sup>18</sup> MARTINS, Luciana Mabilia. O direito civil à privacidade e à intimidade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 344.

<sup>19</sup> MARTINS, Luciana Mabilia. O direito civil à privacidade e à intimidade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 344; DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 68.

<sup>20</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 88. p. 439-459, jan./dez. 1993. p. 78.

<sup>21</sup> RIBEIRO, Marcelo Miranda. A era do controle tributário e o Direito Fundamental à privacidade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 11. p. 279-300, jan./jun. 2012. p. 293.

os assuntos mais secretos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido à sua natureza extremamente reservada. Já a esfera privada inclui assuntos que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ainda assim excluindo do restante da comunidade. Por último, a esfera social, que inclui tudo aquilo que não for atribuído a esfera privada.<sup>22</sup>

No sentido amplo da vida privada cabem, igualmente, outros bens jurídicos que a Constituição tornou objeto de proteção, tais como a honra e a imagem (no próprio inciso X do art. 5º), a inviolabilidade do domicílio (inciso XI), o sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e de comunicações telefônicas (inciso XII), bens jurídicos que não só estão abrangidos pelo conteúdo de “vida privada” como, em alguns casos, estarão situados dentro da própria esfera de intimidade do indivíduo.

No contexto de inovação tecnológica das comunicações via *web*, particularmente o *sigilo* que a Constituição deixa sobre os bens que compõem a esfera de privacidade do indivíduo é posto em xeque. Não trataremos aqui da exposição da intimidade e da imagem por vontade própria do titular nas redes sociais, fenômeno encetado pelo próprio indivíduo que abre mão da sua privacidade – algo que, por si só, mereceria um estudo de natureza antropológica que extrapola em larga medida os objetivos da presente pesquisa. Trataremos de violações à privacidade não desejadas pelo indivíduo, sobretudo em relação a sua intimidade, aos seus dados pessoais e comunicações, cujo sigilo tem sido flexibilizado pelo próprio Parlamento e pelos tribunais.

Tanto o STF quanto o Legislativo tem sido confrontados com questões nas quais a privacidade entra em rota de colisão com outros direitos tutelados na Constituição, notadamente os direitos à liberdade de expressão e de informação e, mais recentemente, o “interesse público”. Em casos mais exacerbados, a própria segurança nacional exige a flexibilização do sigilo que a Constituição garante sobre os dados e comunicações do indivíduo e merece ser considerada. Abrem-se, assim, oportunidades para a ponderação e relativização da garantia do sigilo.

No caso do Parlamento, diante da necessidade de regulamentação de questões que geram conflitos de natureza social, essa ponderação se exerce com a chamada “liberdade de conformação do Poder Legislativo”, indicando que existe uma margem de discricionariedade na deliberação parlamentar sobre a tutela legal a ser dispensada a determinados bens. Evidentemente, essa margem de conformação legislativa deve ser exercida dentro dos limites expressos no texto constitucional, razão por que o controle de constitucionalidade das leis emanadas do Parlamento pode ser chamado a cumprir seu papel garantidor da supremacia da Constituição.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 360-361.

Além disso, a aplicação dessas leis pode ser contestada no Poder Judiciário, seja em razão de defeitos presentes na própria lei (o legislador extrapolou os limites constitucionais formais ou materiais que informam o regramento da matéria), seja para a solução de conflito concreto com outros bens que contam com igual proteção abstrata pela Constituição.

A este respeito, lembra Canotilho que determinados direitos fundamentais acabam colidindo com outros bens constitucionalmente protegidos, encontrando limites constituídos pelo direito de outras pessoas e limites da própria ordem social, estando a todo momento em conflito.<sup>23</sup> Em se tratando do tema da quebra de sigilo das comunicações e dados eletrônicos e digitais, temos um ponto de discussão que transcende às noções tradicionais de esfera pública e privada – conceitos que, nesta era tecnológica, perderam suas fronteiras mais evidentes, dando azo a muitas incertezas. Pela dinâmica dessas tecnologias, consideradas questões de segurança nacional pelos países que as dominam, a tendência é de que violações e abusos na quebra de sigilo se intensifiquem, ensejando que a matéria seja encaminhada à pauta do Legislativo e também dos tribunais. Diante desta tendência, cumpre investigar com maior profundidade este aspecto vinculado à privacidade e à privacidade, que é a inviolabilidade do sigilo sobre os dados pessoais e as comunicações do indivíduo, tanto no aspecto legal quanto na sua concretização no âmbito dos tribunais.

### 3. A TUTELA JURÍDICA DO SIGILO NO BRASIL

Sigilo é o segredo que não pode nem deve ser revelado. Quando se alude a correspondência postal, isto é, o sigilo de cartas e documentos postados nos correios, o conceito de sigilo “assenta na violação destas cartas, para que os funcionários não se tornem senhores dos segredos ou das coisas íntimas que nele se encontram”.<sup>24</sup> Por analogia, poderíamos estender este mesmo conceito para os dados e comunicações na web. Com efeito, no universo da web, em face da dialética que se estabelece entre o público e o privado e da real possibilidade da “morte” da privacidade, há um debate internacional genuíno sobre os limites entre o sigilo que é necessário preservar e o sigilo ilegal que viola direitos humanos e o estado democrático de direito.<sup>25</sup>

Uma compreensão abrangente da questão do sigilo implica, antes de mais, a análise de seu significado à luz das normas constitucionais, para em seguida examinarmos se a regulamentação da matéria em nível infraconstitucional foi elaborada de modo coerente, ou não, em face da Constituição.

<sup>23</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 644.

<sup>24</sup> SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 231.

<sup>25</sup> Considere-se o discurso de Navi Pillay, Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos, proferido durante a abertura da 25ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em março de 2014. Disponível em: <[www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)>.

### 3.1. A proteção constitucional

A palavra sigilo aparece nos textos constitucionais brasileiros desde a Constituição Imperial de 1824, a qual se referia ao “segredo inviolável das cartas”. A partir da Constituição de 1891, passa a ser utilizada a expressão sigilo na tutela da inviolabilidade da correspondência, prática seguida nas Constituições de 1934 e 1946. A partir do texto constitucional de 1967, o legislador deu maior amplitude a este direito quando acrescentou ao texto o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

De um modo geral, tanto na legislação constitucional como em leis ordinárias a expressão sigilo está relacionada a deveres de preservação e proteção contra a inviolabilidade. Seu fundamento baseia-se, exclusivamente, na proteção do segredo contra qualquer forma de publicidade ou divulgação.

A Constituição Federal de 1988, na esteira dos tratados e convenções de âmbito internacional sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, reconhece e garante os direitos à intimidade e à privacidade no rol dos direitos fundamentais.<sup>26</sup> O art. 5º, inciso X, da CF/88 disciplina a questão assegurando que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” prevendo o direito de “indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação”. Logo adiante, o inciso XII, com maior ênfase, trata do direito a privacidade das comunicações quando expressa que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

A vinculação com a privacidade se estabelece à medida que os dados pessoais são documentos que contém informações sobre a vida privada de determinado indivíduo, como seria o caso de suas movimentações bancárias (sigilo bancário), das declarações de imposto de renda (sigilo fiscal), dos registros de ligações telefônicas (sigilo telefônico), entre outras informações de caráter pessoal. Em princípio, terceiros (nem mesmo o poder público) não podem ter acesso a esses dados sem o consentimento do indivíduo, que tem a prerrogativa de decidir sobre a sua exibição e uso.<sup>27</sup>

Vale lembrar que essas reservas se situam no catálogo de direitos e garantias individuais não passíveis de exclusão do texto constitucional, eis que são consideradas cláusulas pétreas em conformidade com o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da CF/88. Portanto, à luz deste dispositivo, tanto o poder constituinte derivado como o legislador

<sup>26</sup> Sarlet esclarece a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos. O primeiro refere-se àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de um determinado Estado, enquanto que o segundo diz respeito àqueles direitos previstos em documentos internacionais, que se referem a posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, possuem valor universal. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 33).

<sup>27</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais, Direitos de Personalidade, Intimidade, Privacidade, honra e imagem**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 133.

ordinário estão vinculados à proteção – e não à violação ou desconfiguração – dos bens em questão, salvo nas hipóteses em que o próprio texto permite sua restrição.

Com efeito, na parte final do inciso XII há uma cláusula de exclusão constitucional,<sup>28</sup> pela qual o constituinte retira do âmbito da inviolabilidade o sigilo das comunicações telefônicas. A hipótese está sujeita a um princípio de reserva jurisdicional, eis que a violação do sigilo das comunicações telefônicas só pode ser autorizada por ordem de um juiz imparcial, no curso de investigação criminal. Apesar da clara linguagem, a norma tem se prestado a acaloradas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

A parte final do inciso XII, para alguns, excluiria da proteção do sigilo apenas os dados e a comunicação telefônica, de modo que permaneceriam invioláveis apenas as hipóteses de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas. Tal interpretação desafia a literalidade do dispositivo ao desconsiderar o fragmento “salvo, no último caso”, o que só pode referir às comunicações telefônicas. A isso se deve o grande dissenso em torno da matéria, conforme se depura em Burrowes:

[...] a disposição constitucional, ao mesmo tempo que garante a inviolabilidade da correspondência, dos dados, das comunicações telegráficas e telefônicas, abre uma única exceção, relativa a estas últimas. Isso quer dizer, no nosso entender, que com relação às demais formas indicadas pela Constituição (correspondência, dados e comunicações telegráficas) a inviolabilidade é absoluta. A posição da Constituição não é a melhor, levando a consequência da impossibilidade de se legitimar, por lei, a apreensão da correspondência, dos dados e do conteúdo das comunicações telegráficas, mesmo em caso de particular gravidade.<sup>29</sup>

Essa é a mesma leitura de inúmeros estudiosos na matéria, tais como Celso Ribeiro Bastos, considerando que a quebra de sigilo é permitida apenas com relação a hipótese das comunicações telefônicas porque em relação a outros tipos de comunicação, o texto constitucional não faz qualquer ressalva.<sup>30</sup> Além do alcance da proteção do sigilo, também se discute a exigência de autorização judicial fundamentando eventual quebra de sigilo, tema sobre o qual o Supremo Tribunal Federal já se manifestou

<sup>28</sup> Robert Alexy aduz que as restrições diretamente constitucionais correspondem a formulação resumida de uma regra que transforma o direito *prima facie* decorrente em não-direitos definitivos. A regra expressa pela cláusula restringe a realização do princípio constitucional, porém por trás do nível de tal regra, o nível do princípio mantém-se inalterado. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos humanos**. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 286-287).

<sup>29</sup> BURROWES, Frederick. A proteção constitucional das comunicações de dados; internet, celulares e outras tecnologias. **Revista Jurídica Brasília**, Brasília, vol. 9, n. 87, 2007. p. 14.

<sup>30</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição Brasileira**: promulgada em 05 de outubro de 1988. v. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 81.

em alguns casos, ao examinar a possibilidade de quebra de sigilo fiscal por Comissões Parlamentares de Inquérito e a quebra de sigilo bancário pela Fazenda Nacional dispensando autorização judicial – casos que serão examinados na segunda parte.

É lógico que, em 1988 (portanto onze anos antes das previsões de Castells, de 1999), o Constituinte não teria como antever o alcance que a internet teria em relação às comunicações, em especial, como rede pública. Isso se deve principalmente ao fato de que, naquela época, sua utilização ainda era restrita às redes privadas, em particular, às empresas e centros acadêmicos.<sup>31</sup> Portanto, ainda não estava popularizada, numa fase ainda anterior ao atual caráter de universalidade da rede.

Diante disso, cumpre responder se as interpretações “autênticas” (oficiais, pelo STF) que ampliam o alcance da violação do sigilo configuram uma verdadeira mutação constitucional, pela qual o sentido do texto da norma interpretada é atualizado em face das inovações tecnológicas presentes no âmbito de incidência da norma,<sup>32</sup> ou se se tratam de modificação constitucional, situação em que o Tribunal, a pretexto de interpretar a norma, termina por alterar sua configuração inicial, algo que somente seria aceitável mediante exercício de poder constituinte derivado – e, mesmo assim, dentro das limitações reconhecidas nas cláusulas pétreas.<sup>33</sup>

Neste particular, o debate acadêmico e jurídico travado entre o originalismo e o interpretativismo na aplicação das normas constitucionais terá seus reflexos. A primeira corrente preconiza a aplicação do texto tal como desejado pelos “pais fundadores”, delimitada aos objetivos que o constituinte tinha por escopo ao elaborar a norma do modo como elaborou. Nesse sentido, a restrição do sigilo seria possível somente mediante autorização judicial e em relação às comunicações telefônicas. Para a segunda, “a Constituição é um documento vivo que tem que ser atualizado para fazer frente a novas circunstâncias e sensibilidades”<sup>34</sup>

Dentro desta segunda linha de pensamento, “a Constituição não pode levar em conta somente o que os próprios autores pretendem dizer, mas também a prática jurídica e política do passado”<sup>35</sup> Se enveredarmos por este argumento, considerando a época recente em que ocorreu a popularização das tecnologias digitais, as práticas jurídicas e políticas do passado não atenderiam à tutela a que nos referimos porque simplesmente não estavam desenvolvidas em paridade com a (r)evolução tecnológica.

<sup>31</sup> BURROWES, Frederick. A proteção constitucional das comunicações de dados; internet, celulares e outras tecnologias. **Revisão Jurídica Brasília**, Brasília, vol. 9, n. 87, 2007. p. 21.

<sup>32</sup> AVILA, Ana Paula O.; RIOS, Roger R. Mutação Constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo. **Revista Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, vol. 07, n. 13. p. 21-47, 2016. p. 24; 29.

<sup>33</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. p. 23.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 6.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 14.

O problema da inovação é sempre uma questão do presente e do futuro, o que demonstra a complexidade do tema, exigindo soluções a partir de conceitos do passado (CF/88) que orientam uma regulamentação infraconstitucional para os problemas de hoje e do amanhã. Daí surgem os questionamentos quanto à legislação elaborada para densificar o dispositivo em tela (art. 5º, inc. XII), os quais passaremos a examinar, e também quanto à jurisprudência, que esperamos responder em seguida.

### 3.2. A legislação infraconstitucional

Da necessidade de uma regulamentação, em especial, da parte final do inciso XII do art. 5º da CF, sobreveio a Lei nº 9.296/96, conhecida como Lei de Interceptação Telefônica, base legal para solicitações judiciais de interceptações do fluxo de comunicações telefônicas.

Esta norma regula a quebra de sigilo telefônico e foi concebida com uma norma de excepcionalidade, estipulando os casos em que a quebra do sigilo não será admitida: (a) quando houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; (b) nos casos em que a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; e (c) quando o fato que está sendo investigado constituir infração penal punida com pena máxima de detenção.

A regulamentação da matéria opta, claramente, por um critério de proporcionalidade na utilização do meio (escuta telefônica) restritivo da privacidade do indivíduo, à medida que implica o emprego excepcional da escuta, i.e., somente para crimes mais graves, assim considerados aqueles punidos com pena de reclusão, e somente quando outros meios não forem suficientes para a prova da autoria ou participação em atividade criminosa. Não poderia ser de outro modo: tratando-se a privacidade e o correlato sigilo das comunicações telefônicas de um direito fundamental, sua restrição deve operar-se na estrita medida necessária (princípio da proibição do excesso) e de modo adequado, necessário e proporcional em sentido estrito (princípio da proporcionalidade).

O princípio da proporcionalidade tem servido ao Poder Judiciário como instrumento para o controle dos atos do poder público que restringem direitos fundamentais, como é o caso da norma que regulamenta a parte final do inciso XII do art. 5º da CF/88. Segundo Humberto Ávila, o postulado da proporcionalidade se aplica

*a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (entre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outros meios menos restritivo dos direitos fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido*

estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).<sup>36</sup>

A invasão à privacidade, sob a forma da quebra do sigilo, é a medida concreta destinada à promoção de uma finalidade: a determinação da autoria de crimes sujeitos à pena de reclusão. Não se questiona a adequação da medida para a promoção da finalidade: a escuta de conversas relacionadas ao ilícito cuja autoria se deseja apurar, sem o conhecimento dos investigados, é inequivocamente apto para a promoção do fim. Só haveria a declaração de invalidade da medida normativamente autorizada nos casos em que o meio fosse manifestamente incompatível com a promoção do fim,<sup>37</sup> o que claramente não ocorre no caso em exame.

Quanto ao critério da necessidade da escuta telefônica, o exame da medida implicaria o reconhecimento da existência de outros meios alternativos à quebra do sigilo, que “possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados”.<sup>38</sup> Nesse sentido, a lei foi bastante coerente ao supor a excepcionalidade da medida, de modo a autorizar o seu emprego somente quando outras formas menos comprometedoras dos direitos constitucionais do acusado não forem suficientes para a determinação da autoria.

Além disso, o legislador ponderou a questão atribuindo uma importância tal à privacidade e ao sigilo, que não se justifica a sua restrição para a apuração de ofensas menos graves, assim consideradas aquela puníveis apenas com a pena de detenção. Este particular aspecto vinculado à necessidade da medida imbrica-se com o último critério de exame das medidas restritivas de direitos, a proporcionalidade em sentido estrito, o qual “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”.<sup>39</sup> Este critério, por um lado, evitaria um engessamento das próprias condições para a autorização da quebra de sigilo, pois, se é certo que ela não cabe para crimes de menor potencial ofensivo (puníveis apenas com detenção), é também certo que as condições serão diversas em se tratando de crimes gravíssimos, tais como os atos de terrorismo, cuja relevância e gravidade, em países como os Estados Unidos, justificam maior extensão e profundidade da quebra do sigilo para qualquer tipo de dado ou comunicação, que vão muito além das comunicações telefônicas. Por outro lado, o caráter de excepcionalidade da medida permanecerá orientando sua aplicação, no sentido de se evitar a banalização da quebra de sigilo

<sup>36</sup> AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 205.

<sup>37</sup> AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 213. Conferir, a propósito: STF, Pleno, RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, 25/05/2012.

<sup>38</sup> AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 214.

<sup>39</sup> AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 217.

naqueles casos em que faltar uma razão de segurança nacional a justificar a extensão da medida para além das situações reguladas na Constituição e na lei.

No intuito de preservar ainda mais a proteção do sigilo das comunicações, especificamente em procedimentos investigatórios, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 59/08-CNJ, disciplinando a forma como a autoridade policial deverá encaminhar a solicitação ao Poder Judiciário e como deve ser conduzida pelos servidores da justiça até chegar ao magistrado.

A celeuma jurídica relaciona-se ao parágrafo único do art. 1º, o qual amplia esta interceptação do fluxo de comunicações entre sistemas de informática e telemática, algo que alguns juristas, como Vicente Greco Filho,<sup>40</sup> defendem ser flagrantemente inconstitucional porque a expressão “no último caso” refere-se apenas às comunicações telefônicas e não a outros tipos de comunicação.

A *contrario sensu*, Lenio Streck sustenta a constitucionalidade da extensão sob o argumento de que “o parágrafo único, ao estender a possibilidade de interceptação também ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, apenas especificou que a lei também atingirá toda e qualquer variante de informações que utilizem a modalidade de comunicações telefônicas”.<sup>41</sup>

A discussão faz necessário, primeiro, compreender o conceito técnico de telemática. Os termos “sistemas de informática” e “telemática” são definidos como um conjunto de tecnologias da informação e da comunicação resultante da junção entre os recursos das telecomunicações (telefonia, satélite, cabo, fibras óticas) e da informática (computadores, periféricos, softwares e sistemas de rede) que possibilita o processamento de grande quantidade de dados.<sup>42</sup> Isso equivaleria a dizer que o parágrafo em questão abrange todas as formas de comunicação na *web*, incluindo dados, seja sob a forma de som, imagem ou fotografia digital, cuja inviolabilidade é garantida na Constituição.

Em relação aos dados, o Decreto nº 97.057, de 10 de novembro de 1988, dispõe sobre conceitos de telecomunicações, define-os no art. 6º, nº 23, como sendo a informação sistematizada, codificada eletronicamente, especialmente destinada a processamento por computador e demais máquinas de tratamento racional e automático da informação. Já o nº 158 do referido artigo expressa que uma transmissão de dados é caracterizada pela especialização na transferência de dados de um ponto a outro. Sendo assim, o fluxo de comunicações, em um sistema de informática e telemática,

<sup>40</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 10.

<sup>41</sup> STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 46-47.

<sup>42</sup> Telemática. In: **Dicionário informal**. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/telem%C3%A1tica/>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

constitui-se em uma forma de comunicação de dados, restando assegurada sua inviolabilidade à luz do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988.

De fato, pela letra da Constituição, somente estaria autorizada a quebra do sigilo telefônico nas hipóteses legalmente definidas e, mesmo assim, mediante autorização judicial em face da reserva de jurisdição adotada pela norma constitucional. Nestes termos, a tentativa do legislador ordinário de ampliar o sentido da norma constitucional redonda na deformação desta, gerando insegurança jurídica. No entanto, parece-nos plenamente justificável que a quebra de sigilo alcance aqueles *dados equiparáveis a conversas telefônicas*, como as comunicações de voz que se estabelecem via internet por meio de recursos como o “*Skype*”, “*WhatsApp*” e outros aplicativos assemelhados de mensagens instantâneas que permitem a transmissão de voz. Isso seria um resultado possível mediante o emprego de analogia, de modo que, nesses casos, a jurisprudência pode e deve avançar para atualizar o texto em face do novo contexto tecnológico, numa autêntica (e legítima) mutação constitucional.

No que diz com a proteção do sigilo de dados, duas leis devem ser mencionadas. A primeira é a Lei Complementar nº 105 de 2001, dando ao Fisco e outros órgãos do Poder Executivo o acesso direto a dados do contribuinte que constem do acervo de informações de instituições financeiras, independentemente de autorização judicial, sendo que a lei estabelece que, uma vez detentores das informações desejadas, deverão mantê-las em sigilo:

*Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade; administrativa competente.*

*Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.*

A LC 105/2001 teve sua constitucionalidade contestada perante o Supremo Tribunal Federal, por ter estendido a quebra do sigilo aos dados e por ter eliminado a necessidade de autorização judicial. Esse julgamento será examinado em pormenor na seção seguinte.

A segunda lei que deve ser analisada é o Marco Civil da *Internet*,<sup>43</sup> considerado uma resposta aos crescentes problemas envolvendo violações de dados e comunicações que afetam a vida privada e intimidade dos cidadãos. Na elaboração do marco, o legislador infraconstitucional buscou soluções de plena eficácia para disciplinar o uso das novas tecnologias de comunicação digitais, calcado nos princípios de universalidade, neutralidade e descentralização da rede mundial de computadores.

Sob o ponto de vista dos direitos humanos, muitos objetivos – especialmente os de proporcionar uma maior inclusão social, liberdade de expressão, e o fomento à cultura digital – podem ser considerados como excepcionais avanços. Mas é preciso dizer que o marco civil não traz soluções para todas as questões da internet, e sim, estipula um mínimo necessário de princípios para que futuros esforços legislativos se foquem em temas mais específicos.

Na verdade, existem muitos conflitos entre as normas previstas no marco civil em relação à tutela constitucional e a legislações infraconstitucionais que necessitam de estudos mais aprofundados em razão da dinâmica da rede. No aspecto da proteção à privacidade e a inviolabilidade de sistemas online, por exemplo, as regras são conflitantes com o texto constitucional. Outro ponto que merece destaque é que esta legislação não traz o devido respaldo legal para os crimes cibernéticos, situação agravada pelas dificuldades encontradas para que provedores de conteúdo atendam as requisições judiciais.

No que toca à privacidade, já no art. 3º, incisos I e II, a lei objetiva promover o princípio da privacidade e a proteção dos dados pessoais, na forma da lei.<sup>44</sup> Nessa perspectiva, as normas do capítulo II, que tratam dos direitos e garantias dos usuários, em especial o art. 7º, incisos I, II e III, assemelham-se ao texto constitucional, assegurando “a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e o direito à sua proteção e a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (inciso I), a “inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial” (inciso II), e “inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial” (inciso III).

Em que pesem as semelhanças, o conjunto destoa do texto constitucional ao permitir a violação das comunicações via internet, mesmo que por ordem judicial, nas hipóteses que a forma da lei estabelecer, uma vez que a Constituição só exclui o sigilo

<sup>43</sup> BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>44</sup> Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

(...)

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

na hipótese de comunicação telefônica. O alcance da quebra de sigilo vai, portanto, muito além da autorização constitucional.

Identifica-se, pela análise comparativa destes dispositivos, aquilo que Alexy classifica como um conflito entre regras, em que “duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios”.<sup>45</sup> Ainda, conforme o autor, este conflito só poderá ser solucionado com a introdução de uma cláusula de exceção, como ocorreu no texto constitucional, caso contrário, em relação ao Marco Civil da Internet, as regras do art. 7º, incisos II e III, poderão ser declaradas inválidas.

Outra questão contraditória diz respeito ao parágrafo 1º do art. 10 do Marco Civil, o qual determina a obrigação do provedor responsável pela guarda dos registros a disponibilizá-los somente mediante ordem judicial. A Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que regulamenta os crimes de lavagem de dinheiro, foi alterada pela Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, e em seu art. 17-B prevê que a autoridade policial e o Ministério Público, exclusivamente, terão acesso aos dados cadastrais do investigado armazenados pelos provedores de internet que informe a qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de ordem judicial. Neste caso, a lei anti-lavagem de capitais tende a prevalecer na situação de conflito com o marco civil da internet pelo critério da especificidade, já que não existe um desnívelamento hierárquico entre elas. Contudo, em face da Constituição, é inequívoco que a dispensa de autorização judicial aumenta o grau de restrição ao direito à privacidade (sigilo) de modo não expressamente autorizado pelo texto constitucional.

Observa-se, assim, o descompasso diante da proteção que a Constituição confere à privacidade e ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, à medida que somente autoriza a restrição ao sigilo das comunicações telefônicas e, mesmo assim, com necessária autorização judicial em caso de investigação criminal. As leis ordinárias, como visto, estendem a possibilidade de quebra de sigilo aos dados e comunicações via internet mediante autorização judicial que resta, em alguns casos, dispensada. Posto deste modo a questão, resta saber como o STF está avaliando essas normas ao interpretar o inc. XII do art. 5º da CF/88.

#### 4. PRIVACIDADE E SIGILO NOS TRIBUNAIS

Quanto à quebra de sigilo das comunicações, o Supremo Tribunal Federal (STF) mantém posições divergentes na defesa da constitucionalidade da restrição aos direitos de privacidade e ao sigilo, invocando, na maioria dos julgados, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.<sup>46</sup> Para compreender a posição dos tribunais supe-

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos humanos**. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 92

<sup>46</sup> O Ministro Gilmar Mendes, no Acordão do HC nº 96.056/PE, aduz que o princípio da proporcionalidade alcança as denomi-

riores, fez-se um estudo de caso a partir da base de dados nos sítios de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça a partir do argumento “privacidade, sigilo de dados, violação”. Foram encontrados 34 acórdãos, inicialmente operando-se a exclusão das decisões que tinham por objeto a definição de competência do órgão público; questões processuais sobre o cabimento ou não do tipo de recurso interposto; e o debate sobre o *habeas data* ser o meio viável para a obtenção de dados ou não, uma vez que o *habeas data* é utilizado pelo próprio interessado em obter informações pessoais. Restaram 14 acórdãos do STF, que foram agrupados segundo a identidade dos pedidos envolvidos, e deles foram selecionados os 8 (oito) mais expressivos da evolução da jurisprudência sobre o tema para a análise individualizada que segue.

Permeando a questão está a concepção vigente no STF de que, de um modo geral, os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto, podendo ceder em face de outros direitos considerados mais relevantes, do interesse público ou social e da justiça, além de situações excepcionais, quando esses direitos e garantias sirvam de escudo para acobertar condutas criminosas.

Esse pano de fundo está bem sintetizado na decisão do RE 535.478/SC, de 2008, em que a relatora, Min. Ellen Gracie, asseverou que o tema da proteção aos sigilos bancário e fiscal fora “expressamente abordado pelo STJ no sentido de que o direito à intimidade e privacidade não é direito absoluto, devendo ceder ante à prevalência do direito público sobre o privado, na apuração de fatos delituosos ou na instrução de processos criminais”.<sup>47</sup> Em seguida, no ano de 2010, segue a mesma linha o voto do Ministro Celso de Melo no HC 103.236:

*Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a*

nadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes, nem pela explicação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais e determinar qual deles prevalece na situação concreta. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 96.056. Relator Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 28/06/2011. Publicado em 07/05/2012.)

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 535.478/SC, Rel. Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgado em 28/10/2008. Publicado em 21/11/2008.

*proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmônica das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.*<sup>48</sup>

Como se pode observar, a discussão sobre a inexistência de direitos absolutos recai em situações excepcionais em que o comportamento de determinadas pessoas acaba afetando o comportamento e os direitos de outrem e, num sentido mais amplo, a própria vida comunitária, além de colidir com o interesse público de manter a paz social, calcado no princípio das liberdades públicas.

Expressões como “interesse público”, “interesse social”, “bem da comunidade” são frequentes na justificativa de restrições a direitos fundamentais e configuram conceitos jurídicos indeterminados, sempre abertos a alguma margem de discricionariedade na sua concretização pelo operador do direito. A posição expressa pelo STF, sobre razões de interesse público ou mesmo exigências derivadas do princípio da convivência das liberdades, confirma essa premissa e demonstra que sua interpretação pode ser variável conforme o regime político adotado em um Estado, ou conforme o momento político e institucional vivido pela nação. No que tange às restrições à privacidade, observa-se que essa situação que dá margem a alguma subjetividade do intérprete pode ser vista como uma forma de censura e é frequentemente utilizada em países como a China, Irã, Egito, Turquia e Coréia do Norte como justificativa para bloquear sites da internet e invadir a privacidade e a intimidade dos cidadãos por meio do monitoramento da rede e de e-mails pessoais.

A fim de possibilitar maior controle sobre esse componente subjetivo, o próprio STF determina que a quebra de sigilo sempre deve ser precedida de respectiva fundamentação para impedir o seu uso indiscriminado e abusivo. Segundo o magistério do Ministro Celso de Mello, em voto no *Habeas Corpus* nº 84.758-GO,

*a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. É que, se assim não fosse, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada e de devassa indiscriminada da esfera de intimidade das pessoas, o que daria ao Estado, em desconformidade com os postulados que informam o regime democrático, o poder absoluto de vasculhar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos alheios. Para que a medida excepcional da quebra de sigilo bancário não se descharacterize em sua finalidade legítima, torna-se imprescindível que o ato estatal que a decrete, além de adequadamente fundamentado, também indique,*

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 103.236. Rel. Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 14/06/2010. Publicado em 03/09/2010.

*de modo preciso, dentre outros dados essenciais, os elementos de identificação do correntista (notadamente o número de sua inscrição no CPF) e o lapso temporal abrangido pela ordem de ruptura dos registros sigilosos mantidos por instituição financeira.<sup>49</sup>*

Neste caso, em particular, a Lei Complementar nº 105/2001, regulada pelo Decreto nº 3.724/2001, além de prever a quebra do sigilo de dados sigilosos, amplia o acesso a eles para outros órgãos da administração pública, no caso específico, a autoridade fazendária, sem que haja a necessidade de autorização judicial para fins processuais na esfera administrativa.

O ponto controverso em relação à lei recai na possibilidade do sigilo de dados ser quebrado por procedimentos da autoridade administrativa sem a devida autorização judicial, no caso da Receita Federal, em face da tutela constitucional sobre o sigilo, além do art. 197, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, que desonera o informante de prestar informações sobre fatos que deva manter em segredo por força de lei, em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão. Soma-se a isso o caráter de retroatividade da medida, uma vez que estende a pesquisa a movimentações financeiras realizadas nos últimos cinco anos.

Por conta disso, inicialmente o STF reconheceu a inconstitucionalidade da lei complementar no Recurso Extraordinário nº 389.808-PR, julgado no ano de 2010, afastando a possibilidade de acesso direto da Receita Federal aos dados bancários do contribuinte e concluindo que as exceções derogatórias de direitos fundamentais devem emanar apenas de órgãos do Poder Judiciário e, excepcionalmente, das Comissões Parlamentares de Inquérito. Em seu voto, o relator Ministro Marco Aurélio entendeu que “a quebra do sigilo sem autorização judicial banaliza o que a Constituição Federal tenta proteger, a privacidade do cidadão”. A principal linha argumentativa deu-se no sentido de considerar que só é possível o afastamento do sigilo bancário de pessoas naturais e jurídicas a partir de ordem emanada do Poder Judiciário:<sup>50</sup>

*SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS*

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.758. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. Julgado em 25/05/2006. Publicado em 16/06/2006.

<sup>50</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF nega quebra de sigilo bancário de empresa pelo Fisco sem ordem judicial. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=168193>> Acesso em: 15 abr. 2016.

– RECEITA FEDERAL. Conflita com a *Carta da República* norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.<sup>51</sup>

A decisão reiterou que “não se pode transferir a atuação deste [do Judiciário], reservada com exclusividade por cláusula constitucional, a outros órgãos, sejam da administração federal, sejam da estadual, sejam da municipal” e também que o Ministério Público, no uso de suas prerrogativas institucionais, não está autorizado a requisitar documentos fiscais e bancários sigilosos diretamente ao Fisco e às instituições financeiras, sob pena de violar os direitos e garantias constitucionais da intimidade da vida privada dos cidadãos.<sup>52</sup>

Contudo, verificando outros julgados, sobressaem algumas exceções, tais como o Mandado de Segurança nº 21.729-4, em que a Corte abriu uma exceção relativa a atuação direta do Procurador-Geral da República, fiscal da lei e titular da ação penal pública, no tocante a investigação concernente a verbas públicas. Esta posição encontra-se no voto do Ministro Marco Aurélio:

*Proclamou-se, a época, que ao Banco do Brasil não caberia negar ao Ministério Público informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário público, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público.*

As exceções foram sendo paulatinamente ampliadas, e o recente MS 33.340/DF, julgado em 26/05/2015, é expressivo dessa orientação. No caso, que teve repercussão na mídia, o STF autorizou o Tribunal de Contas da União a acessar dados relativos a empréstimos do BNDS, banco que opera com recursos públicos, para o Grupo JBS/Fribol. Em que pese reconhecer que “a divulgação irresponsável de dados sigilosos de sigilosos de uma sociedade empresária pode, por razões naturais, inviabilizar a exploração de uma atividade econômica ou expor, indevidamente, um grupo econômico”,

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 389.808/PR. Rel. Min. Marco Aurélio. Pleno. Julgado em: 15/12/2010. Publicado em: 10/05/2011.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 389.808/PR. Rel. Min. Marco Aurélio. Pleno. Julgado em: 15/12/2010. Publicado em: 10/05/2011. Fundamentos presentes também nas decisões da AC 33/PR-MC (Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe de 10/2/11) e RE 389.808/PR (Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 10/5/11), concluindo que a posição que prevalecia no STF, por maioria de votos, era que o acesso pelo Fisco aos dados bancários do contribuinte constitua matéria sujeita à reserva de jurisdição.

a decisão deu-se pela relativização do direito à privacidade e à intimidade “quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos”. O voto do Relator, Min. Luiz Fux, é taxativo:

*Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos.<sup>53</sup>*

A repercussão do caso na mídia devia-se à suspeita de favorecimento de políticos e partidos pela concessão de crédito a empresas privadas com valores oriundos de fundos geridos pelo Poder Público, tais como aqueles do BNDS. O acórdão examinou o acesso aos dados pelo TCU, órgão vinculado ao Poder Legislativo, independentemente de autorização judicial, e concluiu que seria possível com base na proporcionalidade, sendo considerado adequado (porque “sem eles [os documentos fornecidos pelo banco] tornar-se-ia impossível avaliar se os atos do BNDS são válidos e aceitáveis”), necessário (porque “a medida do TCU é a que menos gera prejuízo para os destinatários do controle”) e proporcional em sentido estrito (porque “os benefícios para a sociedade, advindos do fornecimento das informações necessárias para o controle do BNDES, são maiores que as desvantagens para aquele que entrevê o sigilo de sua sociedade empresarial passar às mãos de um órgão estatal controlador responsável e dotado de estatura constitucional”).<sup>54</sup>

A virada na orientação jurisprudencial veio em 24 de fevereiro de 2016, no julgamento da ADI 2859/DF, relatada pelo Min. Dias Toffoli. Parece razoável admitir que um argumento do parecer do Procurador-Geral da República foi o articulador do entendimento adotado, a fim de permitir o acesso direto da Fazenda Nacional aos dados bancários do contribuinte independentemente de autorização judicial. O acórdão cita trecho do parecer da Procuradoria, afirmando que “a afronta à garantia do sigilo bancário, como dito, compreendida no âmbito de proteção do inciso X do artigo 5º da Carta da República, não ocorre com o simples acesso a esses dados, mas verdadeiramente com a circulação desses dados”. A esse respeito, o Relator assevera que os artigos 5º e 6º da Lei

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 33.340/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 26/05/2015. Publicado em 03/08/2015.

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 33.340/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 26/05/2015. Publicado em 03/08/2015.

Complementar 105/2001, embora autorizem o acesso direto de órgãos administrativos a dados sigilosos, em nenhum momento permitem a circulação dos dados bancários, muito pelo contrário: tais dispositivos determinam, de modo expresso, a permanência do sigilo sobre as informações obtidas. Sendo assim, cuida-se apenas de transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que também detém a obrigação de sigilo.<sup>55</sup>

Segundo a decisão, como se trata de “mera transferência de informações”, não se pode desconsiderar a possibilidade de utilização dos dados pelo Fisco, e não se pode dizer que essa utilização desnatura o caráter sigiloso da movimentação bancária, razão por que inexiste a violação de privacidade. Para Dias Toffoli, o conhecimento da notícia ou da informação não implica, por si só, violação da privacidade, desde que a informação não seja divulgada a terceiros, sendo isso garantido por disposições da própria Lei Complementar que determinam proteções ao sigilo das informações.

Numa segunda linha argumentativa, Toffoli justifica a legitimidade do Fisco para obter informações bancária dos contribuintes na razoabilidade, lembrando que, por imposição legal e sem necessidade de autorização judicial, o ente já possui acesso às informações do conjunto maior de patrimônio do contribuinte, que são declaradas à Secretaria da Receita Federal. Seria, assim, incongruente que o Fisco pudesse acessar o conjunto maior do patrimônio do contribuinte (bens e rendas) e não pudesse acessar o conjunto menor (movimentações financeiras). Além disso, fica subentendido o princípio da eficiência quando o relator destaca que o instrumento fiscalizatório instituído nos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 “se mostra de extrema significância ao efetivo combate à sonegação fiscal no país”, sendo necessário para que o Estado cumpra seu papel de agente fiscalizador. A leitura atenta do julgado revela a referência recorrente a este argumento da otimização da fiscalização pela administração tributária, indo de encontro com a advertência de James Marins: “a atividade de fiscalização [...] deve contar com mecanismos e instrumentos aptos a otimizar a arrecadação, mas sem que haja – jamais – o sacrifício das garantias individuais que alicerçam o ordenamento jurídico constitucional e tributário”<sup>56</sup>.

Acompanhando o voto do Relator pela constitucionalidade do acesso a dados bancários pelo Fisco independentemente de autorização judicial, o Min. Luís Roberto Barroso acrescenta que, no seu entendimento, o sigilo de informações financeiras não se encontra no núcleo essencial do direito à intimidade, sendo, assim, passível de restrição razoável pelo legislador, principalmente com o objetivo de compatibilizá-lo com o dever fundamental de pagar tributos, a isonomia tributária e a capacidade

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2859/DF. Rel. Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgada em 24/02/2016. Publicada em 21/10/2016.

<sup>56</sup> MARINS, James. **Defesa e vulnerabilidade do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2009. p. 22.

contributiva.<sup>57</sup> Em acréscimo, o Min. Teori Zavaski afirmou em seu voto que todos os contribuintes já têm obrigação de fornecer informações bancárias ao Fisco [no momento da declaração para o importo de renda], “que serve de base para o ajuste anual, de modo que, ao se afirmar que há uma reserva de intimidade em relação a essas informações, ter-se-ia que afirmar que há uma reserva de intimidade também em relação às demais informações exigidas pelo Fisco”. Finalmente, Min. Zavaski ressaltou que, no caso das pessoas jurídicas, não há que se falar em privacidade.<sup>58</sup> A partir dos conceitos fixados na primeira parte deste estudo, parece-nos que tem razão Barroso e Zavaski ao excluírem os dados financeiros do âmbito da intimidade, o qual expressa uma esfera mais privada e exclusiva do indivíduo, alheia às relações estabelecidas com terceiros. No entanto, ainda assim, pertencem a esfera maior da privacidade, sendo informações existentes para uso privativo, o que, no entanto, pode ser flexibilizado para otimizar a atividade do Fisco na visão da maioria dos Ministros. Restam, porém, dois óbices a superar na literalidade do texto constitucional: a extensão da quebra do sigilo autorizada para as comunicações telefônicas para os dados, e a dispensa da autorização judicial que o texto exige de modo expresso.

A análise do inteiro teor do acórdão revela uma série de argumentos de natureza mais pragmática, no sentido de que a mudança de orientação do STF seria “crucial para a efetiva repressão às organizações criminosas, ao narcotráfico, à lavagem de dinheiro, ao terrorismo, não raro crimes de matiz internacional, tendo este último mostrado recentemente a sua face mais cruel nos atentados em Paris de novembro de 2015”, conforme averbou o então Presidente da Corte, Min. Lewandowski, em seu voto; ou então que a medida é salutar para otimizar a atividade fiscalizatória da Receita Federal nos termos “dos mais recentes compromissos internacionais assumidos pelo Brasil” (voto do Min. Dias Toffoli).

Restaram vencidos os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, para quem a possibilidade de acesso direito a dados bancários pelos órgãos públicos sem autorização judicial é de inconstitucional. Em que pese a expressiva maioria da Corte em sentido contrário, parece-nos que essa divergência expressa o melhor direito. Com efeito, conquanto a orientação majoritária atenda aos ditames da eficiência na fiscalização, o fato é que a redação textual do dispositivo que protege a privacidade e o sigilo dos dados, ao autorizar somente a quebra do sigilo telefônico e, mesmo assim, reservada à autorização judicial, torna evidente que houve uma modificação constitucional operada no âmbito da interpretação constitucional – algo bastante questionável na teoria constitucional.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2859/DF. Rel. Min. Dias Toffoli. Pleno. Julgada em 24/02/2016. Publicada em 21/10/2016, voto do Min. Luís Roberto Barroso.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2859/DF. Rel. Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgada em 24/02/2016. Publicada em 21/10/2016, voto do Min. Teori Zavaski.

Nesse tema, alguns esclarecimentos são necessários. Alterações “informais” da Constituição – i.e., aquelas operadas pela via interpretativa, em oposição àquelas operadas por emenda constitucional – ocorrem sempre que a jurisprudência fixa uma nova compreensão e concretização do dispositivo (texto), que permanece vigente em sua redação original. É uma forma de atualização necessária em face das alterações verificadas no mundo dos fatos que configuraram um novo contexto de aplicação das normas. Isso corresponde ao fenômeno da “mutação constitucional”, algo que garante, ao mesmo tempo, a estabilidade da Constituição e sua capacidade para ser adaptada a novas exigências sem que sejam necessárias alterações formais no texto. Contudo, conforme advertem Ávila e Rios,

*parece intuitivo que, por mais “plástico” que seja o sistema, nem todo resultado interpretativo há de ser por ele tolerado. Com efeito, do reconhecimento de que a ciência do direito e a jurisprudência operam com juízos valorativos, não se pode deduzir que haja um campo livre para as convicções morais subjetivas dos operadores do direito. Nesse sentido, se a mutação é remédio ou veneno, é algo que dependerá da dose. Não se pode ignorar os cuidados necessários para que o Tribunal, lançando mão de recursos interpretativos, chegue a soluções hermenêuticas em oposição ao sentido literal do texto, agindo como se estivesse investido do poder constituinte reformador<sup>59</sup>*

Percebe-se na decisão majoritária uma dissociação evidente em face do texto constitucional, desafiando os limites hermenêuticos à fixação do seu sentido. A propósito, registra Konrad Hesse que

*o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. (...) Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito.<sup>60</sup>*

Torna-se claro que o STF foi além dos limites do texto e operou, no caso, uma modificação constitucional, investindo-se na prerrogativa do constituinte derivado.

<sup>59</sup> AVILA, Ana Paula O.; RIOS, Roger R. Mutação Constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo. **Revista Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, vol. 07, n. 13. p. 21-47, 2016. p. 30.

<sup>60</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. p. 23.

É certo que os argumentos articulados em detrimento do cidadão para beneficiar o Fisco, assim como o grau de proteção que deve ser conferido a esses dados que não integram o âmbito da intimidade, renderiam uma boa discussão em torno do núcleo essencial da privacidade. Porém, no constitucionalismo democrático, o *locus* mais adequado para essa discussão seria na hipótese em que a Corte examinasse uma eventual emenda constitucional, emanada do poder constituinte derivado, que alterasse o inciso XII do artigo 5º para estender as hipóteses de quebra de sigilo aos dados bancários e dispensar a autorização judicial. A análise do núcleo essencial seria indispensável para aquilatar se a reforma cuida, ou não, de abolir uma cláusula pétreia, já que os direitos e garantias individuais estão previstos no art. 60, 4º, inc. IV, da Constituição Federal.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo inicial deste trabalho era resgatar o significado dos direitos à privacidade, intimidade e o sigilo em face dos avanços proporcionados pela sempre inovadora tecnologia. Neste aspecto, deve-se à doutrina o conceito de cada um dos termos empregados no art. 5º, inc. X, da Constituição, os quais, embora imbricados, não são equivalentes. A dissociação quanto ao grau de exclusividade ajuda a delimitar as fronteiras entre o que é íntimo, aquilo interior e exclusivo do indivíduo, que não se deseja levar ao conhecimento de terceiros (tal como o segredo no diário íntimo), e o que é privado, aquilo que não esteja no âmbito da intimidade por dizer respeito às relações que o indivíduo estabelece no âmbito familiar, laboral ou comunitário, mas que estejam resguardadas de qualquer publicidade indesejada pelo indivíduo.

Como vimos, a imagem de círculos concêntricos expressa o sentido amplo, correspondente à vida privada representada pelo círculo maior, e o aspecto restrito da intimidade, representada por um círculo menor no interior daquele. Ao observarmos a tutela que o bem jurídico privacidade recebe na legislação e na jurisprudência e suas tendências de flexibilização desse conceito, essa imagem terá relevo na determinação do que seja o núcleo essencial da privacidade: a intimidade. A delimitação de um núcleo essencial dos direitos fundamentais é indispensável para aquilatar a adequação da conformação legislativa e jurisprudencial da norma constitucional em face dos problemas concretos, uma vez que, protegido por cláusulas pétreas, o núcleo essencial dos direitos fundamentais não poderia ser atingido nem mesmo por normas de estatura constitucional, como seriam as emendas constitucionais.

A definição desses aspectos permite, por exemplo, afirmar com elevado grau de segurança que os dados financeiros concernentes ao indivíduo não pertencem ao âmbito da sua intimidade (núcleo essencial) e sim ao âmbito da privacidade, eis que são dados concernentes às relações estabelecidas entre o indivíduo e as instituições correspondentes (bancos, receita federal, empregador). Contudo tratam-se de informações

para uso privativo, razão pela qual o direito também tutela o sigilo sobre elas como uma decorrência lógica da proteção da privacidade. Porque essas informações estão *fora* do núcleo essencial, o sigilo sobre elas até poderá ser flexibilizado, mas como já existe um regime constitucional para a questão, surge a questão da forma a ser empregada na restrição do sigilo pelos intérpretes da Constituição, aí incluídos o Legislativo e o Judiciário.

Com efeito, a tutela do sigilo tem amparo constitucional, no art. 5º, inc. XII, porém, o dispositivo remonta a uma época em que a internet não tinha seu uso ampliado e não havia o acesso fácil, rápido e universal a uma quantidade infinidável de informações. Os sistemas de informação não se comunicavam, e nem as pessoas, como se comunicam hoje. A telefonia celular foi disponibilizada ao mercado quase dez anos depois da promulgação do texto constitucional, e os aplicativos alternativos de comunicação digital somente vinte anos após. Ao tempo da elaboração da norma havia um predomínio da correspondência epistolar, hoje predominam as mensagens eletrônicas e *e-mails*.

Parece, então, razoável considerar que a questão do sigilo de dados e das comunicações, face às novas tecnologias digitais como a internet, envolvendo mensagens de dados, textos e voz via aplicativos, não está devidamente tutelada na Constituição e, como consequência, o desenvolvimento do direito à privacidade e à intimidade das pessoas pelo legislador e pela jurisprudência termina por avançar os limites do texto constitucional. Ratifica esta posição o fato de que, paradoxalmente, a legislação destinada a proteger a privacidade tende a restringir a proteção do sigilo de dados, permitindo o acesso a informações sigilosas do indivíduo (quando a Constituição autoriza apenas o acesso às comunicações telefônicas) e eliminando a exigência de autorização judicial (quando a Constituição impõe a reserva de jurisdição). A seu turno, vimos que as decisões judiciais alternam orientações sobre este tema, e valem-se da analogia, muitas vezes numa zona de significação fluida, e também de muitas normas de conteúdo mais ambíguo, tais como aquelas que expressam o “interesse público”, o “bem comum”, a “eficiência”, o “combate ao crime” etc.

A preocupação legítima do legislador infraconstitucional em preencher as lacunas deixadas pela Lei Maior, adaptando-as ao ambiente social, por vezes, implica na deformidade e desvirtuamento da norma, como no caso do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96 que trata da interceptação telefônica. De modo semelhante, pode-se afirmar que a Lei Complementar nº 105/2001 e a Lei nº 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da *Internet*, e tida como uma lei de princípios gerais, não correspondem à exigência de proteção do sigilo de dados e das comunicações na *web*, particularmente, em relação a práticas adotadas pelas empresas que mantém o armazenamento de dados e informações fora do território brasileiro e frente aos crimes cibernéticos. Ao mesmo tempo em que o fundamento da inviolabilidade constitucional do sigilo das

comunicações está em assegurar sua não-manipulação pelo Estado, de modo a transformar a quebra de sigilo em um instrumento de devassa indiscriminada na intimidade das pessoas, o Marco Civil da *Internet* permite, ao Estado, a possibilidade praticamente ilimitada da quebra de sigilo em toda e qualquer comunicação em rede, mesmo que existam cláusulas de excepcionalidade.

Assim, de acordo com o que pudemos observar neste estudo para otimizar, pela via legislativa, a proteção do sigilo das comunicações digitais e a consequente tutela dos direitos à vida privada e à intimidade dos usuários, sugerimos (a) a mudança do texto constitucional no tocante ao art. 5º, inciso XII, incluindo as comunicações digitais constando cláusula de exclusão para permitir sua violabilidade por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (b) a elaboração de uma legislação infraconstitucional específica que disponha sobre os crimes cibernéticos; (c) a revogação do art. 17-B da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro, alterada pela Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, o qual prevê que a autoridade policial e o Ministério Público, exclusivamente, terão acesso aos dados cadastrais do investigado armazenados pelos provedores de internet que informe a qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de ordem judicial; (d) a alteração no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal (conhecida como a lei de interceptação telefônica) retirando-se do texto as expressões sistemas de informática e telemática e incluindo sistemas eletrônicos e digitais.

Apesar de todas as contradições e falta de reparos legislativos, enquanto os dispositivos acima permanecerem vigentes, algumas orientações interpretativas podem ser assentadas, sobretudo na concretização jurisprudencial dos dispositivos legais em jogo. São diretrizes que podem auxiliar tanto o legislador quanto o julgador, que são órgãos do Estado encarregados de desenvolver – mas, antes disso, de defender – os preceitos constitucionais protetivos do cidadão.

Primeiramente, é de admitir-se, por analogia, a quebra de sigilo, sempre mediante autorização judicial e em caso de investigação criminal, de outras comunicações que não sejam estritamente “telefônicas” no sentido tradicional, mas sejam eletrônicas ou digitais que cumpram idêntica função, tais como os aplicativos de transmissão de voz simultânea ou por mensagem.

Em segundo lugar, embora a Constituição somente autorize a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, a discussão sobre a extensão da quebra de sigilo a determinados tipos de dados, tais como os dados financeiros, é legítima e invoca a delimitação do núcleo essencial da privacidade, que é a intimidade. Porém, para dar cumprimento aos princípios fundamentais da segurança jurídica e do devido processo legal, o âmbito em que esta discussão deveria ser travada é o do poder constituinte

reformador, que poderia, de modo democrático, alterar o dispositivo, desde que seja preservado o núcleo essencial do direito à privacidade. À medida que as informações tenham sido fornecidas a terceiros (por exemplo, ao banco, à receita), deixam de pertencer ao âmbito mais exclusivo da intimidade individual e, por tal razão, contam com menor proteção jurídica. A jurisprudência está trilhando esse caminho, porém, ao divergir textualmente da Constituição, não deixa de provocar a insegurança jurídica e dar margem a que novas restrições não autorizadas passem a ocorrer. Nesse sentido, o desenvolvimento do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal analisada na terceira parte do nosso estudo expressa um retrocesso na proteção da privacidade e do correlato sigilo.

Finalmente, não é legítima a dispensa de autorização judicial para a violação do sigilo de dados. Neste caso, autorizar que órgãos da Administração Pública acessem diretamente dados protegidos por sigilo à revelia de uma autoridade judicial significa uma divergência frontal à norma constitucional. Não por acaso os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, hoje os mais experientes na Corte, são irredutíveis neste ponto. A conclusão é corroborada por outros dispositivos da própria Constituição, que compõem um conjunto de garantias do cidadão contra abusos e arbitrariedades: as normas que estabelecem que nenhuma lesão ou ameaça de lesão será excluída da apreciação do Poder Judiciário e a exigência do devido processo legal (CF, art. 5º, incisos XXXV e LIV, respectivamente).

A indispensável autorização judicial para a restrição de um direito fundamental não se trata de mera formalidade. No Estado Democrático de Direito, o Judiciário é o último reduto do cidadão contra as ações arbitrárias do Estado e das autoridades públicas. Seus membros não são periodicamente eleitos, gozam de estabilidade, independência funcional e possuem cargos vitalícios, de modo que não devem satisfação a qualquer pessoa ou a quaisquer interesses políticos, governamentais ou não. Devem, sim, obediência estritamente à Constituição e às leis validamente promulgadas. São terceiros desinteressados, condição singular de sua posição imparcial em um litígio. O mesmo já não se pode dizer do Fisco, ou do Ministério Público, a quem a lei e a jurisprudência do STF tendem a permitir o livre acesso a dados sigilosos do cidadão.

A persistirem decisões do tribunal constitucional com evidente desprezo às disposições textuais da constituição, suscitam-se graves problemas de ilegitimidade democrática, ilegalidade e segurança jurídica (déficit democrático na instituição de obrigações ao cidadão não previstas previamente por lei), de modo que o “guardião” da Constituição assume outra condição – a de “dono” –, destituindo do povo brasileiro da titularidade do poder constituinte.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos humanos**. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- AVILA, Ana Paula O.; RIOS, Roger R. Mutação Constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo. **Revista Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, vol. 07, n. 13, p. 21-47, 2016.
- AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição Brasileira**: promulgada em 05 de outubro de 1988, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório Final da CPI dos Crimes Cibernéticos**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarIntegra?codteor=1447125](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1447125)>. Acesso em: 12 set. 2016.
- BRASIL. Senado Federal. **Relatório Final da CPI da Espionagem**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=148016&tp=1>>. Acesso em: 26 jul. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2859/DF. Rel. Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgada em 24/02/2016. Publicada em 21/10/2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 103.236. Rel. Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 14/06/2010. Publicado em 03/09/2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.758. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. Julgado em 25/05/2006. Publicado em 16/06/2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 96.056. Relator Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 28/06/2011. Publicado em 07/05/2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 33.340/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 26/05/2015. Publicado em 03/08/2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 535.478/SC, Rel. Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgado em 28/10/2008. Publicado em 21/11/2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 389.808/PR. Rel. Min. Marco Aurélio. Pleno. Julgado em: 15/12/2010. Publicado em: 10/05/2011.
- BURROWES, Frederick. A proteção constitucional das comunicações de dados; internet, celulares e outras tecnologias. **Revista jurídica Brasília**, Brasília, vol. 9, n. 87, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan./dez. 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. **Novo curso de Direito Civil**: abrangendo o código de 1916 e o novo Código Civil (2002). 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

MARINS, James. **Defesa e vulnerabilidade do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais, Direitos de Personalidade, Intimidade, Privacidade, honra e imagem**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Luciana Mabília. O direito civil à privacidade e à intimidade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na internet**. Curitiba: Juruá, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RIBEIRO, Marcelo Miranda. A era do controle tributário e o Direito Fundamental à privacidade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 11, p. 279-300, jan./jun. 2012.

RODRIGUEZ, Katitza. **Internet Surveillance and Free Speech: the United Nations Makes the Connection**. 2013. Disponível em: <<https://www.eff.org/deeplinks/2013/06/internet-and-surveillance-UN-makes-the-connection>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF nega quebra de sigilo bancário de empresa pelo Fisco sem ordem judicial. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=168193>> Acesso em: 15 abr. 2016.



## Inconstitucionalidade superveniente: usos, desusos e mutações

### *Subsequent unconstitutionality: uses, disuses and mutations*

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS\*

Pontifícia Universidade Católica de Campinas (Brasil)  
lucas.laurentiis@gmail.com

Recebido/Received: 19.02.2017 / February 19<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 23.08.2017 / August 23<sup>th</sup>, 2017

#### Resumo

O texto aborda a noção e as características do vício de inconstitucionalidade sob a ótica do problema da inconstitucionalidade superveniente. Assim, em um primeiro momento da exposição, são abordados os conceitos e as diferentes visões relacionadas a esse problema, para em uma segunda passagem ser apresentada uma visão crítica acerca de tais posicionamentos. Posteriormente, são tematizados os problemas técnicos desse tema para, enfim, serem apresentadas novas perspectivas e usos da noção analisada. O método de análise empregado no texto é o analítico-dedutivo, no qual busco apresentar as características dogmáticas e as possíveis aplicações dos conceitos analisados. Por fim, o objetivo do texto é contribuir para dirimir dúvidas e solucionar problemas antigos do tema em questão, assim como contribuir para a construção de uma nova perspectiva a esse respeito.

**Palavras-chaves:** inconstitucionalidade superveniente; jurisprudência constitucional; processo constitucional; mutação constitucional; controle de constitucionalidade.

#### Abstract

*The text addresses the notion and characteristics of the concept of unconstitutionality from the point of view of the problem of supervenient unconstitutionality. Thus, in a first moment of the exhibition, the concepts and the different visions related to this problem are approached, so that in a second passage a critical vision about such positions will be presented. Subsequently, the technical problems of this theme are addressed, in order to present new perspectives and uses of the notion analyzed. The analytical method used in the text is the analytic-deductive, in which I try to present the dogmatic characteristics and the possible applications of the analyzed concepts. Finally, the purpose of the text is to contribute to resolve doubts and solve old problems of the subject in question, as well as contribute to the construction of a new perspective in this regard*

**Keywords:** supervenient unconstitutionality; constitutional jurisprudence; constitutional process; constitutional mutation; judicial review.

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: LAURENTIIS, Lucas Catib de. Inconstitucionalidade superveniente: usos, desusos e mutações. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 3. p. 201-221, set./dez. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i3.50767.

\* Professor de Direito Constitucional e Teoria do Direito da PUC-Campinas (Campinas-SP, Brasil). Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Foi pesquisador assistente do Max-Planck Institut Freiburg e da Albert-Ludwigs Universität Freiburg. E-mail: lucas.laurentiis@gmail.com.

## SUMÁRIO

**1. Introdução; 2. Diferentes conceitos teóricos e doutrinários; 3. Avaliação crítica; 4. Problemas técnicos; 5. Decisões interpretativas; 6. Novas aplicações e perspectivas; 7. Conclusões; 8. Referências.**

### 1. INTRODUÇÃO

Ideias, conceitos e palavras têm vida. Nascem, são utilizados e aplicados, geram grandes debates e, depois de muito esforço intelectual, dedicação profissional, idas e vindas de atores e intérpretes, eles perecem, perdem importância e, finalmente, morrem. No mundo jurídico há diversos exemplos disso. Assim como o direito civil, o direito penal e o processual têm exemplos de instrumentos, conceitos e noções, que antes eram fonte e objeto de intensa controvérsia, o direito constitucional também tem seus casos e exemplos. Um deles é a inconstitucionalidade superveniente. *Vexata quaestio* para uns,<sup>1</sup> causa da inexistência da lei ou ato normativo para outros,<sup>2</sup> a revogação de leis incompatíveis com normas constitucionais posteriores, também denominada de inconstitucionalidade superveniente, foi tema de intenso e recorrente debate na doutrina e jurisprudência constitucionais.<sup>3</sup>

Não foi o puro dilettantismo teórico que animou esse debate. Ao contrário, é justamente o momento de mudança da ordem constitucional que suscita a questão: afinal, o que ocorre com as leis incompatíveis com a nova ordem constitucional? São muitas as respostas para essa questão, como se explicita a seguir. Esse era o período de nascimento da problemática envolvendo a recepção de leis pela nova Constituição. Mas, hoje, essa questão tem outros significados. Ela sofreu uma mutação. Afinal, quando a ordem constitucional como um todo se encontra em constante e permanente mudança, toda lei ou ato normativo constitucional é potencialmente incompatível com a norma constitucional futura e toda norma criada com a pecha da inconstitucionalidade, no futuro poderá se tornar compatível com a Constituição. Fenômenos inversos, mas interligados, que serão analisados nesse texto.

### 2. DIFERENTES CONCEITOS TEÓRICOS E DOUTRINÁRIOS

A qualificação jurídica de normas contrárias a paradigmas constitucionais cronologicamente posteriores sempre despertou a atenção daquele que se dedica ao estudo da inconstitucionalidade. Isso não só pela gravidade de suas consequências,

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1020; 1021.

<sup>2</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 175.

<sup>3</sup> Nos clássicos da teoria do controle de constitucionalidade brasileiro, abordando tal questão: NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 600; LEAL, Victor Nunes. **Leis complementares da Constituição. Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 7, jan./mar. 1947. p. 390.

mas também pela complexidade de sua solução. Prova disso é que as dificuldades enfrentadas pelo estudiosos são tantas e tamanhas que alguns, sem querer menosprezar sua importância, indicam que a única solução possível para o problema encontra-se na opção discricionária do constituinte. Tudo se ressolveria em uma questão de escolha da autoridade e de política judiciária<sup>4</sup>. Na Itália do pós segunda-Guerra essa tese encontrou fundamentos políticos e históricos importantes, pois, mesmo após a promulgação da Constituição de janeiro de 1948, a magistratura daquele país se negava a absorver os princípios democráticos da nova ordem constitucional, e se apegava ao instrumental jurídico promulgado na vigência do regime fascista<sup>5</sup>. Em tais circunstâncias e em um país em que a jurisdição constitucional se mostra concentrada, a reação natural da Corte constitucional foi a ampliação da competência de controle, de forma a que se submeta também as normas anteriores ao parâmetro constitucional ao controle de inconstitucionalidade.<sup>6</sup>

Não há como negar que a configuração instrumental e institucional do sistema de controle de constitucionalidade tem influência direta e decisiva na construção da noção de inconstitucionalidade superveniente. Mas a tarefa da dogmática constitucional não se resume à descrição pura e simples do sistema de controle, suas características e peculiaridades. Ao contrário, a boa dogmática deve ser uma via de questionamento e reflexão, acerca das possibilidades, dificuldades e potencialidades da configuração constitucional.<sup>7</sup> Justamente por isso, mesmo que se reconheça que as opções de política judiciária são os primeiros fundamentos da construção dogmática, não é possível restringir a reflexão a esse ponto. É preciso questionar, racionalizar e orientar, pois só assim se constrói o verdadeiro sentido da instituição.

Uma análise de tal problemática exige que seus elementos mais simples sejam tematizados. Aferir a natureza do confronto entre paradigmas constitucionais e normas que lhe são temporalmente anteriores é uma operação intelectual que pressupõe fundamentalmente a análise de três ideias. Primeiro, é necessário determinar as noções de inconstitucionalidade e revogação de normas. Segundo, deve-se questionar se tais

<sup>4</sup> Foi o que Gustavo Zagrebelsky sustentou na seguinte passagem de sua obra: "Buoni argomenti si può essere invocati a favore dell'una come dell'altra tesi, cosicché si puo forse dire che la soluzione alla fine accolta dipese più da una scelta strategica politico-costituzionale" (ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Bologna: Mullino, 1988. p. 142). Não se deve confundir, contudo, o tema da inconstitucionalidade superveniente com a denominada "inconstituzionalità sopravvenuta", que segundo a doutrina italiana mais recente é uma forma de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Apresentando tal distinção: DIACO, Danilo. **Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra Legge fondamentale e diritto costituzionale vivente**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/studi/diaco.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2016.

<sup>5</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 161; MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 123.

<sup>6</sup> Para uma argumentação similar acerca do desenvolvimento histórico da questão aqui debatida, cf. PESTALOZZA, Christian. **Verfassungsprozeßrecht**. München: C.H. Beck'sche, 1991. p. 125.

<sup>7</sup> Acerca do conceito e função da dogmática constitucional, ver: JESTAEDT, Matthias. **Die Verfassung hinter der Verfassung**. München: Ferdinand Schöningh. p. 17 e ss.

conceitos podem coexistir. Por fim, se eles não puderem coexistir, será necessário indagar se há e qual é sua relação de precedência.

Primeiro ponto. A inconstitucionalidade é conceito jurídico que designa duas realidades distintas, mas relacionadas. Sob o ângulo da relação normativa, a inconstitucionalidade é a relação de desconformidade de um ato jurídico com o parâmetro constitucional a que este se encontra submetido<sup>8</sup>. Por isso, afirmou Jorge Miranda que a constitucionalidade e a “inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não sua base”<sup>9</sup>. Mas esse conceito não se confunde com a sanção de inconstitucionalidade, “que é a consequência estabelecida pela Constituição para a sua violação: a providência prescrita pelo ordenamento para a sua restauração, a evolução do vício rumo à saúde constitucional”<sup>10</sup>. Finalmente, a revogação é a sucessão de normas no tempo, determinada pela opção política do legislador. Sua consequência não é a invalidação da norma revogada e sim a imediata é a supressão da eficácia da legislação pretérita<sup>11</sup>.

No que diz respeito à possibilidade da convivência desses conceitos, José Gomes Canotilho sustentou não haver entre eles uma relação de exclusão, pois, a seu ver, “se a revogação deriva ou é provocada por contrariedade com a Constituição então a contrariedade é ela mesma premissa da revogação”<sup>12</sup>. Em Portugal, a doutrina constitucional amplamente majoritária conta com argumentos dogmáticos importantes para sustentar tal ponto de vista.<sup>13</sup> E a Comissão Constitucional da Assembleia Constituinte que promulgou a Constituição Portuguesa de 1976 decidiu, por maioria de votos, que “o direito ordinário anterior a 1976, que se havia tornado desconforme pela

<sup>8</sup> Cf. MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional*. t. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 132; RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47-48.

<sup>9</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 10.

<sup>10</sup> RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção...* Op. Cit. p. 63. No mesmo sentido, afirmou Carlos Blanco de Moraes que a “sanção é pois, a forma assumida, no plano repressivo, por um determinado valor negativo” (MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional*. t. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 188). Sobre o mesmo tema, na doutrina alemã: PRÜMM, Hans Paul. *Verfassung und Methodik*. Berlin: Duncker und Humblot, 1977. p. 130.

<sup>11</sup> Cf. RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 69. Já o Direito Administrativo apresenta uma noção específica de revogação no que diz respeito aos atos administrativos, segundo a qual: “A revogação tem lugar quando uma autoridade, no exercício da competência administrativa, conclui que um dado ato ou relação jurídica não atendem ao interesse público e, por isso, resolve eliminá-los a fim de prover de maneira mais satisfatória às conveniências administrativas” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p. 442).

<sup>12</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.306.

<sup>13</sup> Nesse sentido, mas com argumentos diversos, conferir: MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional...* Op. Cit. p. 166-169; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade...* Op. Cit. p. 115 e ss; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. 6. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 335 e ss.

subsequente publicação da Constituição, padecia de vício de inconstitucionalidade material superveniente”<sup>14</sup>

Seguindo essa linha de raciocínio, o texto da Constituição Portuguesa vigente dispõe no art. 282, n.º 2, que, verificado o vício de “inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última”. E a jurisprudência do Tribunal Constitucional não poderia ter outro sentido que não o de afirmar que o ato jurídico materialmente inconstitucional e anterior à Constituição “está em tudo sujeito ao regime geral da fiscalização da constitucionalidade previsto na Constituição (salvo no que respeita aos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade)”<sup>15</sup>.

Já em terras brasileiras, a despeito de a figura da inconstitucionalidade superveniente nunca ter sido aceita pela jurisprudência constitucional,<sup>16</sup> sempre houve quem advogasse a favor desse conceito. O primeiro deles foi Castro Nunes, que contestou a possibilidade de a revogação de leis promulgadas em regimes jurídicos anteriores à constituição decorrerem da aprovação de um novo texto constitucional. Em suas palavras: “A teoria da ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade. Quando se diz que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a anterior, supõem-se no cotejo leis do mesmo nível. Mas se a questão está em saber se uma norma pode continuar a viger em face das regras ou princípios de uma Constituição, a solução negativa só é revogação por efeito daquela anterioridade; mas tem uma designação peculiar a esse desnível das normas, chama-se declaração de inconstitucionalidade”<sup>17</sup>. Na literatura constitucional recente, Gilmar Ferreira Mendes seguiu a mesma linha de argumentação, sustentando que “o princípio da *lex posterior derogat priori* pressupõe, fundamentalmente, a existência de densidade normativa idêntica ou semelhante estando, primordialmente, orientado para a substituição do direito antigo pelo direito novo. A Constituição não se destina, todavia, a substituir normas do direito ordinário”<sup>18</sup>. De tais premissas, retira-se a seguinte conclusão: uma vez que não se pode atribuir força derogatória à Constituição, para que seja preservada sua autoridade, não há outra saída

<sup>14</sup> Cf. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**, *Op. Cit.* p. 120.

<sup>15</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 82/84. No mesmo sentido conferir os seguintes acórdãos daquele Tribunal Constitucional: n.º 13/83 e n.º 201/86.

<sup>16</sup> Contra, afirmando que o Supremo Tribunal Federal admitia o controle pela via abstrata da recepção de normas pré-constitucionais, ver: MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires. **Curso de direito constitucional**, *Op. Cit.* p. 1166. Contudo, como esses mesmos autores reconhecem, nos precedentes por eles citados, o Supremo Tribunal Federal considerou, em preliminar ao mérito do processo, que a arguição da inconstitucionalidade de lei pré-constitucional pela via abstrata não é compatível com o sistema de controle brasileiro. Não parece ser esse o caso, pois o fato de essa questão ter sido analisada em preliminar processual ou no mérito da demanda, não altera em nada o fato de que a orientação da jurisprudência constitucional brasileira é no sentido de considerar a incompatibilidade entre Constituição e leis anteriores como um caso de recepção.

<sup>17</sup> NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**, Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 602. Já na literatura espanhola e de forma semelhante: ENTERRIA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**, Madri: Civitas, 1985, pp. 83 e ss.

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 273.

senão admitir que o conflito normativo entre normas constitucionais e leis que lhe são anteriores é um caso de inconstitucionalidade por derrogação.<sup>19</sup>

Mas o argumento principal, de quem procura fundamentar a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade principal em relação a leis e atos normativos anteriores aos parâmetros constitucionais vigentes, busca fundamento nas ideias de segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais. Nessa linha, tal modalidade de controle seria mais um fator de estabilização dos entendimentos judiciais acerca da aplicação e interpretação das normas constitucionais. Em texto específico a respeito desse tema, afirmou, nesse sentido, Renato Gugliano Herani que “a persistência da eficácia de leis pré-constitucionais incompatíveis com a Constituição representa risco à supremacia constitucional, na mesma intensidade, quiçá mais gravoso, do aferido diante da afronta de lei pós-constitucional à Constituição vigente”.<sup>20</sup> Argumento esse que é encontrado, com pequenas variações, nas afirmações de Luís Guilherme Maninoni, para quem “a circunstância de a ação direta produzir efeitos *erga omnes* e vinculantes daria segurança e proporcionaria estabilidade em relação à norma editada anteriormente ao texto constitucional em vigor”.<sup>21</sup> E tais afirmações são amparadas – dizem seus defensores – por um fato institucional: a criação da Arguição de descumprimento de preceito fundamental busca justamente suprir essa “falha” do sistema abstrato de controle de constitucionalidade brasileiro e, assim, toda e qualquer questão legal, seja ela decorrente da aplicação de leis pré ou pós constitucionais, estariam sujeitas ao crivo da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>22</sup>

### 3. AVALIAÇÃO CRÍTICA

Tendo em conta as características fundamentais do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a tese que identifica a não recepção de leis e atos normativos com a declaração de inconstitucionalidade não pode ser aceita. Isso pelas seguintes razões. Primeiro, no que tange ao aspecto puramente teórico, há incompatibilidade entre as noções de inconstitucionalidade e revogação: enquanto a ideia de revogação pressupõe a sucessão de leis no tempo, a inconstitucionalidade, sanção que é, pressupõe e só pode ocorrer quando há a concomitância temporal da existência das leis e atos normativos sancionados e dos parâmetros constitucionais. Afinal, sem que seja possível ao legislador antever o desvio do curso do processo legislativo, que causa o defeito

<sup>19</sup> Cf. BITTENCOURT, Lucio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**, Rio de Janeiro: Forense, 1948. p. 131.

<sup>20</sup> HERANI, Renato Gugliano. Direito pré-constitucional e a crise do Supremo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 182. p. 107-120, 2009. p. 115.

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.091. Em linha similar, afirmando que a jurisprudência do STF acerca da matéria acarreta sérias dificuldades práticas: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2012. p. 224.

<sup>22</sup> Adotando essa linha de argumentação: MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 56.

do produto desse processo, não se pode falar de uma conduta inválida do autor da lei e, consequentemente, não se pode conceber a possibilidade da sanção de nulidade, que, no direito brasileiro, sempre acompanha o vício de inconstitucionalidade. Nas palavras eloquentes de Paulo Brossard, esse raciocínio foi assim sintetizado: "O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. Existiu, deixou de existir. Muito menos a Constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda. De resto, só por adivinhação poderia obedecê-la, uma vez que futura e, por conseguinte, ainda inexistente".<sup>23</sup>

Segundo ponto: o argumento que sustenta ser impossível que a Constituição revogue leis que lhe são anteriores tem pouco ou nenhum sentido. Na verdade, se o caráter normativo e a noção de aplicabilidade imediata das normas constitucionais forem realmente levados em consideração, a conclusão será justamente a contrária<sup>24</sup>. Afinal, se toda norma infraconstitucional é dotada de força derogatória, com mais razão a Constituição será dotada do mesmo atributo<sup>25</sup>. E há mais, pois a negação da força derogatória das normas constitucionais também é incompatível com a simples constatação de que em inúmeras Constituições existem cláusulas derogatórias do direito infraconstitucional anterior. Na Lei Fundamental de Bonn há um exemplo no art. 123, n.º 1, segundo o qual "leis anteriores à reunião constituinte permanecem, a menos que contrariem a Lei Fundamental". Na história constitucional brasileira, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891 dispunha, de forma semelhante, que "continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime" (art. 83, CF/1891).<sup>26</sup> Se as normas constitucionais não tivessem força derogatória, esses dispositivos constitucionais não teriam sentido, ou utilidade.<sup>27</sup>

Terceiro ponto. Atribuir efeitos abstratos e vinculantes às decisões de órgãos e Cortes constitucionais não é uma opção teórica ou doutrinária. É uma escolha constitucional, que necessita de base normativa explícita. Por serem exceções à regra da

<sup>23</sup> BROSSARD, Paulo. A Constituição e as leis anteriores. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, n. 180. p. 126-127, 1992. p. 125. Similar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Rep. 1.012/SP, rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 95/980; Rep. 946, rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ, 82/44. Enfim, na mesma linha, Marcelo Neves observou que a lei inconstitucional, apesar de inválida, pertence ao sistema jurídico, e a lei incompatível com "norma constitucional superveniente submeteu-se também, apesar de sua inferioridade hierárquica, à aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*" (NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**, São Paulo: Saraiva, 1988 p. 96).

<sup>24</sup> Cf. acerca do caráter obrigatório e da força normativa das normas constitucionais: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, *Op. Cit.* p. 81; HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991, passim.

<sup>25</sup> Nesse sentido, afirmou Rui Medeiros que a "insistência na impossibilidade de uma norma constitucional posterior revogar uma norma legal anterior equivaleria, neste contexto, à negação do caráter normativo da Constituição. Ora, 'a Constituição não é apenas uma superlei, mas é também ela mesma uma lei'. Por isso, não se pode excluir que a Constituição contenha também disposições em si idôneas à revogação de normas preexistentes" (MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**, *Op. Cit.* p. 116).

<sup>26</sup> Outras Constituições brasileiras têm dispositivos semelhantes, dentre elas: a CF de 1934 (art. 187) e a CF de 1937 (art. 183). Cf, a esse respeito: RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**, *Op. Cit.* p. 73.

<sup>27</sup> Em sentido contrário: HERANI, Renato Gugliano. Direito pré-constitucional e a crise do Supremo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 182. p. 107-120, 2009. p. 112.

repartição das funções judicial e legislativa, ditos efeitos não surgem de puras conlamações pela preservação da segurança jurídica ou da estabilidade de decisões judiciais. Eles precisam de fundamento constitucional.<sup>28</sup> Se é assim, não tem sentido dizer que a não recepção de leis pré-constitucionais deveria ser considerada como um caso de inconstitucionalidade superveniente única e exclusivamente para que as ações típicas de controle abstrato – leia-se: a Ação direta de inconstitucionalidade e sua coirmã Ação declaratória de inconstitucionalidade – possam ser manejadas para o controle de normas anteriores à promulgação da Constituição. Tais instrumentos processuais são destinados, segundo decisão expressa do constituinte brasileiro, ao controle do vício de inconstitucionalidade. Sendo assim, ampliar seu objeto, aceitando que ele contemple também o controle de normas anteriores à Constituição, significa alterar o conteúdo do texto constitucional, sem que tenha sido realizado o procedimento de emenda necessário para tanto. E não se concebe como e em que medida uma agressão ao texto constitucional pode ser fundamentada com a louvação da segurança jurídica ou estabilidade dos precedentes judiciais.

Ao contrário do que sustenta parte da doutrina,<sup>29</sup> essa conclusão é confirmada pelo fato de se admitir o controle da recepção normativa pela via do controle incidental de constitucionalidade. Aqui é preciso lembrar dois aspectos de tal modalidade de controle de constitucionalidade. Primeiro: a via incidental, que no Brasil é comumente confundida com a difusão da competência de controle, a inconstitucionalidade é simples e tão somente um dos argumentos que sustentam a conclusão a que quer chegar o autor da demanda. E justamente por isso, é equivoco afirmar que a declaração incidental de inconstitucionalidade faz coisa julgada, pois a solução dessa questão prejudicial não integra a sentença e, por isso, não pode ser imunizada pela coisa julgada.

Segundo: em decorrência de tal conclusão, não há a possibilidade de se tolher o direito do autor de uma demanda discutir seja a inconstitucionalidade seja a recepção normativa em face do novo Texto constitucional. Afinal, uma vez admitido tal impedimento, o que ocorreria seria, na verdade, a vedação de acesso do demandante à tutela jurisdicional do direito por ele pleiteado. E a Constituição Federal assegura, de forma inequívoca, o acesso do jurisdicionado ao poder judiciário e, com isso, consagra o direito à tutela jurisdicional efetiva. Conclusão: em decorrência da própria configuração sistemática do modo de controle incidental de constitucionalidade, será sempre possível discutir a recepção normativa em demandas individuais ou coletivas nas quais essa

<sup>28</sup> Nessa linha, a conhecida afirmação do Ministro Moreira Alves, para quem: “O controle de constitucionalidade in abstracto (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o incidenter tantum) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos na própria Constituição, como consectário, aliás, do princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado” (RE 91.740-RS, Min. rel. Xavier de Albuquerque, RTJ 93/461-2)

<sup>29</sup> Sustentando que, por admitir a apreciação de recurso extraordinário contra toda e qualquer decisão que contrarie a Constituição Federal, o artigo 102, III, a, do atual Texto constitucional seria a prova de que o controle de quaisquer incompatibilidades normativas, sejam elas geradas por normas anteriores ou posteriores à promulgação da atual Constituição, configuraria um juízo de inconstitucionalidade: MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional*, *Op. Cit.* p. 265.

questão incida como prejudicial lógica. Mas disso não se pode inferir que a recepção possa quer discutida em demandas abstratas, em que a constitucionalidade é discutida como questão principal e mérito, pois, como já foi aqui afirmado, nesse caso o objeto da demanda é delimitado pelo próprio texto constitucional, sem que se possa ampliá-lo sem agressão à decisão do poder constituinte.

Finalmente, uma última questão. Como foi antes observado, há inúmeros autores que entendem que a arguição de descumprimento de preceito fundamental veio suprir uma “lacuna”, deficiência, ou “vazio” do sistema de controle de jurisdicional de constitucionalidade brasileiro.<sup>30</sup> Mas, como se afirmou no parágrafo anterior, não há uma real ausência, ou lacuna, nesse caso. O que existe, na verdade, é o desejo de grande parte dos autores nacionais em atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência para o exercício do controle, pela via principal e abstrata, da recepção de leis e normas anteriores à promulgação do texto constitucional. Contudo, a dogmática pode questionar e criticar uma opção do constituinte, mas não lhe é dado substituir essa decisão. Nesse ponto, mais uma vez o que importa, portanto, é observar a função e o objetivo atribuído pelo texto constitucional aos instrumentos em questão. E uma vez que se constate que as ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade têm por objeto a aferição do vício de inconstitucionalidade, a conclusão a que se chega é que nessa sede é impossível discutir a recepção normativa. Não há lacuna aqui. Há, isso sim, a simples decisão do poder constituinte.

Porém, o que realmente surpreende nessa discussão não é a insistência da literatura em desconsiderar a dicção constitucional. Mais grave e preocupante é a vacilação e a incerteza do Supremo Tribunal Federal, que ao mesmo tempo continua negando a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de normas anteriores à Constituição, mas aceita que se questione a recepção quando o instrumento manejado no controle principal é a arguição de descumprimento de preceito fundamental.<sup>31</sup>

Tal fato não é só surpreendente, mas inusitado, pois, considerando que tal qual se encontra regulada pela legislação, a chamada arguição autônoma de descumprimento de preceito fundamental nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade subsidiária,<sup>32</sup> chega-se a um contrassenso. Ou se está diante, nesse caso, de uma exceção implícita, pois não expressamente declarada pela Corte, da jurisprudência

<sup>30</sup> Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**,... Op. Cit. p. 225.

<sup>31</sup> Recentemente, admitindo o questionamento da recepção normativa via arguição de descumprimento de preceito fundamental, ver a ementa da ADPF 291, relatada pelo ministro Roberto Barroso, onde se lê: “No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no nomen iuris e no caput do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo” (j. 28 de outubro de 2015).

<sup>32</sup> Cf. nesse sentido, dentre muitos: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análise à luz da Lei no 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. p. 27.

do Supremo Tribunal Federal, que afasta a possibilidade da impugnação abstrata da não recepção normativa;<sup>33</sup> ou então o que há aqui é a declaração cabal de que, ao menos nesse caso, a arguição de descumprimento de preceito fundamental não pode ser considerada como uma ação subsidiária da ação direta de constitucionalidade, pois se esta nunca foi cabível em casos de não recepção, aquela sempre será a ação principal para a discussão de casos envolvendo essa matéria.<sup>34</sup> Em ambos os casos, a jurisprudência consolidada pela Corte constitucional seria desrespeitada.

Não bastassem essas dúvidas, resta saber se e com qual legitimidade um órgão que exerce atividade jurisdicional, como o Supremo Tribunal Federal, pode declarar, com efeitos gerais, a não recepção de uma norma, em virtude da promulgação de uma nova Constituição. Afinal, se tal ato equivale, em sua natureza e efeitos, à revogação da lei em questão e se revogar é uma atividade típica do poder legislativo, fica a questão: como é possível que, nessa hipótese, o Supremo Tribunal Federal atue como típico legislador, sem que a separação dos poderes estatais seja violada?

Não se desconsidera que a ideia de separação de poderes tem diversos matizes e variantes,<sup>35</sup> nem mesmo que nos casos em que a própria Constituição atribui a um órgão jurisdicional o exercício de atividade legiferante, como hoje parece ocorrer com as súmulas vinculantes, a separação de poderes não é violada. Contudo, o que temos no caso da revogação de normas por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental é a expansão da competência da Corte constitucional pela via da legislação ordinária, legislação essa que conta com a complacência da jurisprudência dessa mesma Corte. Não é de se espantar, assim, que em uma série de julgamentos de arguições de descumprimento em que se discutiu a recepção de normas, o Supremo Tribunal Federal assume a função de autêntico legislador e, com base em argumentos de conveniência, modifica e suplanta a legislação em vigor.<sup>36</sup> Sem que a questão da competência para a declaração da não recepção normativa seja definitivamente

<sup>33</sup> Na mesma linha, mas com fundamentos distintos e sustentando que o valor, ou importância, da norma constitucional violada, determinaria a preferência da arguição de descumprimento em relação à ação direta: TAVARES, André; RAMOS; ROTHENBURG, Walter Cláudius (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei no 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 225; PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André; RAMOS; ROTHENBURG, Walter Cláudius (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei no 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

<sup>34</sup> Com a mesma observação: LAURENTIIS, Lucas Catib de. *Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 222.

<sup>35</sup> Para uma exposição acerca das diversas variantes da ideia de divisão de poderes: ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 113, n. 3. p. 633-729, 2000.

<sup>36</sup> Exemplos de julgamentos dessa natureza, dentre outros: ADPF 54, rel. Min. Marco Aurélio, j. 12 de abril de 2012; ADPF-MC 378, rel. Min. Edson Fachin, rel. para o acórdão Roberto Barroso, j. 17 de maio de 2015. Crítico a esse respeito, mas sem se atentar para as causas sistemáticas desse fenômeno: MARTINS, Leonardo. *Notas sobre o julgamento da ADPF 130 ("Lei de imprensa") e princípios de uma ordem da comunicação social compatível com a Constituição Federal*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, abr. 2009.

solucionada, esse espaço de criação legislativa estará sempre aberto, e a Corte constitucional sempre estará apta a ultrapassar a linha que divide jurisdição e legislação.

#### 4. PROBLEMAS TÉCNICOS

Consequência direta do reconhecimento da impossibilidade de se realizar o juízo de não recepção em sede de controle abstrato é o seu justo contrário: não se admite, em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, que normas inconstitucionais em sua origem sem constitucionalizadas por Constituições posteriores ou emendas constitucionais.<sup>37</sup> A lógica de tal orientação está nos mesmos fundamentos que levam à exclusão da possibilidade de se discutir a recepção em sede de controle abstrato de constitucionalidade: se a norma controlada é inconstitucional, esse vício se manifesta em seu ato de criação e, assim, tanto é impossível que uma lei criada com a pecha da inconstitucionalidade se torne constitucional em um momento posterior de sua existência, quanto não se pode admitir que a norma constitucional em sua origem seja posteriormente considerada inconstitucional em virtude da criação de novo parâmetro de controle. Preliminar lógica da declaração da sanção de inconstitucionalidade,<sup>38</sup> o vício da norma controlada é congênito e acompanha sua criação.

Um segundo aspecto, que decorre do anterior, tem relação com a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de não recepção. Quanto a esse ponto, a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segue, mais uma vez, uma lógica linear: admite-se que os efeitos da declaração do vício de inconstitucionalidade, que em regra atingem, no sistema de controle brasileiro, a norma ou lei questionada desde seu nascimento, sejam modulados quando presentes as razões e o quórum de votação exigido em lei.<sup>39</sup> Isso não ocorre quando a norma questionada é anterior ao parâmetro constitucional, pois nesse caso os efeitos temporais da declaração de não recepção têm início com a promulgação da nova norma constitucional – na terminologia consagrada pela dogmática brasileira, tais efeitos são, portanto, naturalmente *ex nunc*. Daí que não se faz necessário modular os efeitos da decisão de não recepção para que eles sejam prospectivos. E isso nem mesmo seria possível, pois o requisito mais do evidente da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é a existência do vício de inconstitucionalidade. Mas, como aqui já foi observado, não há tal vício quando se está em questão a recepção de normas anteriores à Constituição.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Exemplificativo dessa orientação: ARE AgR 683.849, rel. Min. Roberto Barroso, primeira turma, j. em 9 de setembro de 2016.

<sup>38</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **La pregiudizialità costituzionale**. Milão: Giuffrè, 1957. p. 34.

<sup>39</sup> Acerca do conceito e requisitos da modulação temporal da declaração de inconstitucionalidade: DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal: modulação dos efeitos temporais no controle da constitucionalidade. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-221.

<sup>40</sup> Nessa linha, na jurisprudência constitucional: RE 438.025-AgR, rel. Min. Celso de Mello, DJ 25 de agosto de 2006; RE 248.892, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 31 de março de 2000; e RE 370.734-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22 de abril de 2005.

Enfim, dois últimos aspectos técnicos, com soluções similares. Como se sabe, a reserva de plenário é regra de procedimento que condiciona a eficácia da declaração de inconstitucionalidade prolatada por órgãos colegiados.<sup>41</sup> Instrumento tradicional do direito brasileiro desde a sua criação na Constituição Federal de 1934, a reserva de plenário ou, na terminologia norte-americana, *full bench*, deve ser acionada sempre que o órgão fracionário do Tribunal verificar a possibilidade de ser declarada a nulidade, em razão da verificação da inconstitucionalidade, da lei questionada.<sup>42</sup> Mais uma vez, essa hipótese exige, como pressuposto lógico da aplicação do instituto, a possibilidade de incidir sobre a norma questionada a sanção de inconstitucionalidade. E se é assim, não tem sentido exigir que esse instrumento seja aplicado em casos de não recepção normativa, caso em que inexiste o vício da lei questionada. Com razão, portanto, o Supremo Tribunal Federal tem afastado a necessidade de se acionar o mecanismo da reserva de plenário quando se está em discussão a recepção de leis ou atos normativos.<sup>43</sup> E o mesmo ocorre com a resolução senatorial, editada em casos de declaração, em última instância da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, caso em que a Constituição vigente é explícita ao exigir a presença do vício de inconstitucionalidade para que esse instrumento seja acionado.<sup>44</sup>

## 5. DECISÕES INTERPRETATIVAS

Aspecto ainda pouco explorado da questão aqui debatida diz respeito à relação entre o juízo de recepção e as técnicas interpretativas de decisão. Entendidas como espécie do gênero sentenças manipulativas, essas técnicas decisórias passaram a ser aplicadas em larga escala pela jurisprudência brasileira a partir da década de noventa. Dentre elas, certamente a mais popular é a interpretação conforme a Constituição. Cumpre, então, questionar: a interpretação conforme a Constituição seria aplicável nas causas em que seja discutida a recepção de normas infraconstitucionais? Ao menos no que tange ao modo abstrato de controle, a resposta deve ser negativa. O fundamento dessa conclusão reside no próprio conceito da interpretação conforme a Constituição. Como foi exposto, no direito brasileiro, não é admissível o controle abstrato da constitucionalidade da recepção de normas anteriores à Constituição e, nesse âmbito,

---

Contra, ainda em sede jurisprudencial, sustentando a possibilidade de modulação de efeitos ainda que em sede de aferição da recepção normativa, ver o voto do Min. Gilmar Mendes, no AI 582.280, rel. Min. Celso de Mello, j. 18 de dezembro de 2006.

<sup>41</sup> Cf., por todos: BITTENCOURT, Lucio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis...** *Op. Cit.* p. 45.

<sup>42</sup> Hoje a reserva de plenário é regulada pelos artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil, que pouco alterou a matéria tal qual se encontrava no Código de 1973.

<sup>43</sup> Nessa linha: AI 851.849-AgR, rel. Min. Luiz Fux, DJe 27 de maio de 2013; AI 831.166-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 29 de abril de 2011.

<sup>44</sup> Afinal, nos termos do artigo 52, X, da CF/1988, compete ao Senado “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

a interpretação conforme é uma técnica de controle de constitucionalidade.<sup>45</sup> Dessa forma, a aplicação de tal técnica estará, nessa hipótese, *a priori* afastada.

Já no que diz respeito ao controle incidental da constitucionalidade, a dificuldade em se admitir a aplicação da interpretação conforme a Constituição decorre da incompatibilidade de um dos limites de tal técnica com o juízo de recepção de normas anteriores à Constituição. Isso porque, tal qual concebida pela jurisprudência e doutrina dominantes no Brasil,<sup>46</sup> a interpretação conforme a Constituição deve respeitar o limite da vontade do Legislador. Todavia, dado que o Legislador pré-constitucional não poderia pressupor a superveniência de novo ordenamento constitucional, dificilmente sua vontade seria dirigida ao sentido da nova Constituição<sup>47</sup>. Por isso, diz parte da doutrina, seria preciso pressupor que a interpretação conforme a Constituição não pode ser aplicada nas lides em que se discuta a revogação de normas pelo novo ordenamento constitucional<sup>48</sup>. Esse não parece ser, todavia, o entendimento correto.

Isso porque, admitida a tese que afasta a interpretação conforme a Constituição dos juízos incidentais de recepção normativa, seria necessário supor inúmeras exceções a essa regra. A primeira delas diria respeito às normas que, aplicadas com frequência no novo ordenamento constitucional, foram tacitamente aceitas pelo Legislador presente. Assim, se “o legislador pós-constitucional apreciou o direito precedente e confirmou sua vigência”<sup>49</sup>, a vontade do Legislador pré-constitucional será atualizada perante a nova ordem constitucional. É o que ocorre, por exemplo, quando o legislador altera, por diversas vezes, a redação de uma lei pré-constitucional.<sup>50</sup> A presunção, nesse caso, deveria ser invertida, pois essa atuação faz pressupor que o legislador pós-constitucional teve oportunidade para apreciar a constitucionalidade das normas pré-constitucionais. Se não as revogou e, ao contrário, alterou diversos dispositivos dessas leis, pressupõe-se que sua vontade passa a afirmar a constitucionalidade de tais normas. É um caso de atualização tácita, não da própria lei, mas da vontade do legislador.

<sup>45</sup> Nesse sentido, exemplificativo e paradigma da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal: Rp. 1417, rel. Min. Moreira Alves, j. 9 de dezembro de 1987. Na literatura, a esse respeito: LAURENTIIS, Lucas Catib de. **Interpretação conforme a Constituição...** *Op. Cit.* p. 49 e ss.

<sup>46</sup> Para uma visão crítica a esse respeito, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 626.

<sup>47</sup> Em sentido semelhante, conferir: MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** *Op. Cit.* p. 314; GUSY, Christoph. **Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht.** Berlin: Duncker und Humblot, 1985. p. 215.

<sup>48</sup> Em sentido contrário, na doutrina nacional, Elival da Silva Ramos sustentou, com grande precisão conceitual, que a presunção de constitucionalidade das leis é “uma regra de interpretação aplicável tanto às leis posteriores à Constituição, de maneira a evitar-lhes a *inconstitucionalidade*, quanto às leis anteriores à Constituição, de modo a que se lhes evite a *revogação*” (RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis:** vício e sanção... *Op. Cit.* p. 206).

<sup>49</sup> MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** *Op. Cit.* p. 127.

<sup>50</sup> É o caso, por exemplo, dos Códigos de Processo Penal e Penal brasileiros. Mesmo que dita legislação seja anterior à Constituição de 1988, inúmeras alterações legislativas de tais Leis sobrevieram à promulgação desta Constituição. Seria, portanto, irrealista pensar que a constitucionalidade dessas leis seja um tema desconhecido ou ignorado pelo legislador presente.

Verificadas tais hipóteses, seria então possível a aplicação da interpretação conforme a Constituição nos juízos incidentais de revogação de leis pela Constituição.

Ademais seria ainda preciso pressupor que, na falta da determinação da vontade do legislador histórico, a vontade que guia a aplicação da interpretação conforme a Constituição é a do legislador objetivo. Por isso, se o novo sentido do texto constitucional fosse “admitido pela letra do preceito e não contrarie o sentido objetivo da lei”<sup>51</sup>, seria também preciso admitir a realização da interpretação conforme a Constituição nessas hipóteses. Uma vez que a determinação da vontade subjetiva do legislador é dificultada pela passagem do tempo, o parâmetro interpretativo de tais leis passaria a ser simplesmente a vontade objetiva do legislador. Dessa forma, mesmo que se admita que a interpretação conforme a Constituição não seja aplicável em juízos incidentais de recepção normativa, leis aprovadas em épocas distantes e, com elas, todas aquelas em que não fosse possível determinar a vontade histórica do legislador que as tenha criado, poderiam ter, em regra, seu sentido atualizado em conformidade com o novo paradigma constitucional. Nessas hipóteses seria então admissível a utilização da interpretação conforme a Constituição.

Vê-se, então, que as exceções àquela regra – não aplicação da interpretação conforme a Constituição em juízos incidentais de recepção normativa – são tantas que poucos casos restarão nos quais não se admitirá a aplicação dessa técnica nessas hipóteses de controle de constitucionalidade. É, assim, preferível admitir que, a não ser que a vontade clara e manifesta do legislador histórico contrarie os parâmetros interpretativos da nova ordem constitucional, a interpretação conforme a Constituição será aplicável nos juízos incidentais de recepção. Com efeito, a vontade do legislador histórico é um elemento que limita a possibilidade de utilização da interpretação conforme a Constituição. Admitir o contrário seria, com efeito, possibilitar que a interpretação conforme a Constituição seja uma via aberta à subversão ou modificação do sentido implícito de normas infraconstitucionais. Por isso, para que não reste qualquer possibilidade de manipulação ou alteração do sentido da lei pelos órgãos judiciários via interpretação conforme a Constituição, é preciso afastar a aplicabilidade dessa técnica nos casos em que a vontade do legislador histórico seja incompatível com os parâmetros constitucionais atuais.

## 6. NOVAS APLICAÇÕES E PERSPECTIVAS

Considerada a configuração sistemática da doutrina e jurisprudência brasileiras a respeito do fenômeno da inconstitucionalidade superveniente, seria possível afirmar que esse conceito teria um papel marginal da literatura e de pouca ou nenhuma importância para a jurisprudência constitucional. Ledo engano. Hoje, mais do que nunca,

<sup>51</sup> MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** Op. Cit. p. 314.

a questão da inconstitucionalidade superveniente volta a ter força prática e importância teórica. Cumpre, então, investigar as causas desse retorno e averiguar quais as características e efeitos da nova feição dessa figura controversa. Basicamente, são duas as causas que modificam o sentido e o significado prático da inconstitucionalidade superveniente.

A primeira delas reside nas modificações ocorridas na própria sistemática de controle incidental. E quanto a esse aspecto, o que se observou desde a aprovação das derradeiras reformas ao Código de Processo Civil de 1973, que implantaram a sistemática de julgamento por amostragem e regulamentaram a repercussão geral, é uma tendência a tornar gerais os efeitos decorrentes da decisão de inconstitucionalidade, movimento que chegou a ser visto como causa de uma autêntica mutação constitucional no que tange ao papel exercido pelo Senado Federal na atribuição de efeitos gerais à decisão incidental de inconstitucionalidade.<sup>52</sup> Mas em julgamento em que essa tese foi especificamente debatida, o Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de uma mutação constitucional que retire do Senado a competência para atribuir eficácia geral às decisões incidentais de controle de constitucionalidade: no caso, foi condicionada a expansão dos efeitos da decisão incidental à aprovação de sumula vinculante.<sup>53</sup>

Ocorre que, mesmo que tal investida contra a função constitucional do Senado Federal não tenha sido plenamente vitoriosa, fato é que o novo Código de Processo Civil criou uma série de instrumentos processuais voltados a estabilizar a jurisprudência constitucional e tornar vinculante as decisões proferidas por órgãos jurisdicionais de cúpula em sede de controle incidental de constitucionalidade. É o que se convencionou chamar de sistema de precedentes brasileiro. Nesse contexto, uma vez que se admite a constitucionalidade de tais instrumentos processuais,<sup>54</sup> o debate acerca da possibilidade do controle da recepção constitucional perde sentido prático: afinal, salvo no que diz respeito à vinculação de órgãos administrativos,<sup>55</sup> não há distinção

<sup>52</sup> Adotando essa tese, dentre outros: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 245.

<sup>53</sup> Rcl 4335, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 20 de março de 2014. No mesmo sentido de tal decisão e acerca da relação entre súmula vinculante e a proposta de revisão do papel do Senado Federal, ver: LEAL, Roger Stiefelmann. A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art. 52, X, da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 179-201, v. 261, 2012.

<sup>54</sup> Debatendo a respeito da constitucionalidade da criação, via legislação ordinária, de tais instrumentos de vinculação e estabilização da jurisprudência: BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 571. Explicita e diretamente, sustentando que a criação de instrumentos de vinculação da atividade jurisdicional por meio de lei ordinária é inconstitucional: NERY, Nelson; NERY, Rosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1912.

<sup>55</sup> No que tange às especificidades e diferenças do efeito vinculante do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade em comparação com o que ocorre com a sistemática da repercussão geral, "é correto afirmar que em relação à repercussão geral, segundo o disposto no CPC, a orientação decorrente dos pronunciamentos do STF incide apenas – como já se observou acima – sobre os "Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais" que sobrestararam recursos extraordinários ou vierem a recorrê-los a posteriori para efetuar o necessário juízo de admissibilidade" (LEAL, Roger Stiefelmann. A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira... Op. Cit. p. 194).

significativa entre o efeito vinculante das ações diretas de controle principal e o efeito das decisões proferidas pela sistemática de repercussão geral. E, assim, o fato de a recepção ser discutida em sede principal ou incidental perde muito de seu apelo prático.

Dadas essas condições, não tarda para o renascimento da questão da inconstitucionalidade superveniente. Dois casos, ambos com repercussão geral já reconhecida, indicam a nova importância assumida por essa noção. No primeiro deles discute-se a “inconstitucionalidade superveniente” do adicional de dez pontos porcentuais devido pelo empregador ao Fundo de garantia do trabalhador, adicional esse que foi instituído com a finalidade específica de recompor a perda inflacionária a que foi submetido o Fundo. Ocorre que, passados quase duas décadas da criação de tal adicional, tal finalidade – recomposição das perdas inflacionárias – já foi atingida e as verbas arrecadadas passaram a ser dirigidas a outros fins, como o financiamento de programas habitacionais. Daí que se discuta se e como o tributo em questão nasceu inconstitucional e se tornou inconstitucional em virtude da passagem do tempo e do valor já arrecadado. Nas palavras do recorrente, tal hipótese configuraria um caso de inconstitucionalidade superveniente em virtude de perda superveniente do objeto da tributação.<sup>56</sup>

Porém, apesar da utilização da nomenclatura da “inconstitucionalidade superveniente”, esse caso envolve um fenômeno completamente diferente. A questão de fundo, aqui, é a seguinte: em que medida a alteração das condições de fato – no caso, a destinação da verba arrecadada em virtude da instituição do adicional ao valor a ser recolhido para o Fundo de garantia para finalidades não contempladas no ato de sua criação – pode tornar inconstitucional o tributo antes considerado constitucional. O pressuposto dessa análise está na concepção do Fundo de garantia por tempo de serviço como tributo causal, equivalente às contribuições.<sup>57</sup> Firmada essa premissa, resta saber se, no caso, o desvio da finalidade determinada no ato da instituição do tributo em causa é tal a ponto de gerar a “inconstitucionalidade superveniente” de sua cobrança. Está em jogo, portanto, a avaliação das condições atuais em que o adicional do Fundo de garantia é cobrado, algo substancialmente diverso do fenômeno verificado quando há a substituição posterior do parâmetro constitucional, que gera a incompatibilidade da lei anterior. Nesse caso, há a modificação do parâmetro constitucional; naquele, a alteração da lei, ou norma, controlada. Esse caso trata, portanto, de um falso cognato da inconstitucionalidade superveniente em seu modelo clássico e, sendo assim, ele não encerra nenhum impedimento técnico para que se realize a sua discussão em sede de controle principal.

Finalmente, pende de julgamento a controvérsia acerca da possibilidade de se “constitucionalizar” a concessão inconstitucional de benefícios fiscais por parte de

<sup>56</sup> RE 878.313 RG/SC, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 9 de setembro de 2015.

<sup>57</sup> Nesse sentido: REsp 1.143.094/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 9 de dezembro de 2009.

Estados federados. O caso envolve a concessão de remissão de créditos tributários decorrentes da declaração de inconstitucionalidade de benefícios fiscais concedidos em desacordo com o procedimento exigido pela Constituição, sobretudo no que tanque à existência de acordo interestadual no âmbito do Confaz. Uma vez que tal remissão foi submetida a tal procedimento, o vício originário que afeta a validade do benefício concedido unilateralmente deixaria de existir.<sup>58</sup> Seria esse um caso de declaração da “constitucionalidade superveniente”, que comprovaria a possibilidade teórica e prática de seu contrário, a inconstitucionalidade superveniente? Nesse caso, ao contrário do que ocorre com o anterior, há realmente uma alteração na situação de fato e também da interpretação da norma constitucional paramétrica, que em um primeiro momento levava à conclusão inexorável da inconstitucionalidade do benefício fiscal concedido, em um segundo momento, com a integração normativa decorrente do acordo firmado pelos Estados interessados, passa a indicar a ausência do vício de inconstitucionalidade.

Na visão do relator desse caso, Ministro Marco Aurélio, isso indica que os entes federados estariam “modulando os efeitos”, em nível temporal, da declaração de inconstitucionalidade antes realizada pelo Supremo Tribunal Federal, o que desaguaria em duas questões: o executivo estadual está autorizado a modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos e, caso a resposta seja afirmativa, a decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo tribunal federal em sede de controle principal estaria sujeito a tal modulação?<sup>59</sup>

Porém, essa abordagem da questão parece fugir do foco, pois o ponto central do debate nesse caso não é se e em que condições o vício de inconstitucionalidade pode ou deve ser convalidado, mas sim se os entes federados, que tinham agido em desacordo com o parâmetro constitucional, podem, em um momento posterior, transigir no que diz respeito à implementação das consequências do julgamento de sua ação anterior. E, nesse sentido, não há como fugir da conclusão de que, ao cumprir com as exigências constitucionais para a concessão de benefícios fiscais, os estados envolvidos estão também autorizados a remir os débitos decorrentes da inconstitucionalidade de sua ação anterior. Afinal, a competência impositiva do tributo em questão foi concedida a eles, Estados, e, com a autorização dos demais entes federados reunidos para deliberação conjunta, passa a ser possível a concessão do benefício antes contestado. Contudo, essa análise indica, mais uma vez, que se trata aqui de uma falsa inconstitucionalidade superveniente, pois a norma julgada constitucional no segundo momento – a remissão, que conta com a concordância de todos os entes federados envolvidos – não é a mesma da declaração anterior de inconstitucionalidade – o benefício fiscal concedido em desacordo com o procedimento exigido pela Constituição. Por

<sup>58</sup> RE 851.421 RG/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 21 de maio de 2015.

<sup>59</sup> RE 851.421 RG/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 21 de maio de 2015. p. 7.

isso mesmo não se pode falar aqui de declaração posterior de constitucionalidade da lei inconstitucional; afinal, não se trata, nesses casos, da mesma norma. E, pela mesma razão, não se pode falar também de modulação temporal da declaração de inconstitucionalidade originária.

## 7. CONCLUSÕES

As conclusões desse texto não são nada animadoras para aqueles que defendem, ou defenderam, a equiparação dos regimes jurídicos da inconstitucionalidade e recepção de normas anteriores à Constituição. Isso porque, após apresentar as propostas de superação de tal distinção, foram expostas as críticas a tal movimento doutrinário, o que levou à conclusão segundo a qual, na atual configuração do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, não é possível identificar não recepção com a declaração da inconstitucionalidade normativa. Nesse ponto, foi ainda observado que a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é errante quanto à fixação dos contornos dogmáticos de tais conceitos, vez que ora ela afasta a possibilidade do questionamento da recepção via instrumentos abstratos de controle de constitucionalidade, ora admite tal demanda, como se observa no caso da propositura de arguições de descumprimento de preceito fundamental. De todos os possíveis e imagináveis, esse é o pior dos mundos para a dogmática constitucional: aquele em que a jurisprudência da Suprema corte adequa a estrutura e a função dos instrumentos de controle aos nomes das ações que lhe são propostas, esquecendo-se, com isso, que a denominação deve se adequar ao objeto, não o contrário.

Em uma terceira passagem do texto, a tese apresentada foi posta a prova no que diz respeito a diversas técnicas de controle de constitucionalidade, chegando-se, com isso, à conclusão de que instrumentos como a resolução suspensiva do senado ou a cláusula de reserva de plenário não devem ser acionados em demandas em que seja discutida a recepção normativa. Enfim e especificamente no que diz respeito às técnicas interpretativas de decisão, foi observado que, pelas mesmas razões que afastam a utilização de instrumentos de controle principal – ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade – das demandas em que se discuta a não recepção, a interpretação conforme a Constituição também não pode ser utilizada em tais demandas. Isso porque, em tal situação, tal técnica manipulativa é um instrumento de controle de constitucionalidade, que, como visto, é incompatível com o juízo de recepção. Já no que diz respeito ao controle incidental, concluiu-se que a interpretação conforme a Constituição poderia ser aplicada em demandas que discutam a não recepção.

Finalmente, foram expostos e analisados novos casos que envolveriam novas facetas do fenômeno da não recepção. Concluiu-se, contudo, que apesar da utilização

da denominação “inconstitucionalidade superveniente” em tais julgados, o fenômeno nelas observado constitui um caso de modificação, seja na situação de fato ou na interpretação, da norma objeto de controle. E isso afasta tais demandas de uma das características principais da não recepção: nesse caso, ocorre a alteração do parâmetro de controle, modificação essa que acarreta a incompatibilidade posterior da norma questionada com a Constituição. Os casos aqui expostos tratam de um fenômeno completamente diverso: neles se discute a possibilidade de o mesmo texto normativo comportar diferentes normas que, vistas no decorrer do tempo, acarretam diferentes juízos de inconstitucionalidade. Nesses casos também se observa, portanto, que há uma falsa identificação entre não recepção e inconstitucionalidade.

## 8. REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 113, n. 3, p. 633-729, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BITTENCOURT, Lucio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1948.
- BROSSARD, Paulo. A Constituição e as leis anteriores. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, n. 180, p. 126-127, 1992.
- BUENO, Cassio Scarpinela. **Novo Código de processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro. **La pregiudizialità costituzionale**. Milano: Giuffre, 1957.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal: modulação dos efeitos temporais no controle da constitucionalidade. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-221.
- DIACO, Danilo. **Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra Legge fondamentale e diritto costituzionale vivente**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/studi/diaco.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2016.
- GUSY, Christoph. **Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht**. Berlin: Duncker und Humblot, 1985.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1985.

HERANI, Renato Gugliano. Direito pré-constitucional e a crise do Supremo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 182, p. 107-120, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

JESTAEDT, Matthias. **Die Verfassung hinter der Verfassung**. München: Ferdinand Schöningh, 2009.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **Interpretação conforme a Constituição**: conceito, técnicas e efeitos. São Paulo: Malheiros, 2012.

LEAL, Victor Nunes. Leis complementares da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 7, jan./mar. 1947.

LEAL, Roger Stiefelmann. A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art. 52, X, da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 261, p. 179-201, p. 2012.

MARTINS, Leonardo. Notas sobre o julgamento da ADPF 130 (“Lei de imprensa”) e princípios de uma ordem da comunicação social compatível com a Constituição Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, abr. 2009.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MORAIS, Carlos Blanco. **Justiça constitucional**. t. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. 6. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NERY, Nelson; NERY, Rosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PESTALOZZA, Christian. **Verfassungsprozeßrecht**. München: C.H. Beck'sche, 1991.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudio (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei no 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

PRÜMM, Hans Paul. **Verfassung und Methodik**. Berlin: Duncker und Humblot, 1977.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudio (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei no 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Bologna: Mullino, 1988.



# 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 x 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

**5.1.** As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

**5.2.** No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

**5.3.** Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

**5.4.** No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

**5.5.** A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

**5.5.1.** Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

**5.5.2.** Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

**5.5.3.** Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

**5.5.4.** Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

**5.5.4.1.** Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

**5.5.4.2.** Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando

mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

**5.5.4.3.** Indicação de endereço de e-mail para contato.

**5.5.4.4.** Recomenda-se aos autores que informem o número de identificação ORCID (para maiores informações [clique aqui](#)). O identificador ORCID pode ser obtido no **registro ORCID**. Você deve aceitar os padrões para apresentação de iD ORCID e incluir a URL completa (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>). Nesse caso, tal informação deverá constar logo abaixo da indicação do e-mail de contato.

**5.5.4.5.** Os quatro elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

**5.5.4.6.** Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-curriculum, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-curriculum do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

**5.5.5.** Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

**5.5.6.** Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

**5.5.7.** Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

**5.5.8.** Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

**5.5.9.** Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

**5.5.10.** Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

**5.5.11.** Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

**5.5.12.** Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

**5.6.** Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

**5.7.** Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

## 6. METODOLOGIA CIENTÍFICA

**6.1.** As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

**6.1.1.** O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

**6.1.2.** Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

**6.1.3.** As referências deverão constar da seguinte forma:

**6.1.3.1. Livros:** SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÈVE, Clémerson 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 transparéncia 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 mantém 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.