



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 5 | N. 1 | JANEIRO/ABRIL 2018 | ISSN 2359-5639





# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 5 | n. 1 | janeiro/abril 2018 | 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

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

# Sumário

## Contents

### **Editorial - Separação de poderes e diálogos institucionais**

*Editorial - Separation of powers and institutional dialogues*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.57845

**Daniel Wunder Hachem .....** ..... 9

### **DOSSIÊ – SEPARAÇÃO DE PODERES E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS**

*DOSSIER – SEPARATION OF POWERS AND INSTITUTIONAL DIALOGUES*

#### **From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law**

*De uma idealizada separação dos poderes aos seus problemas práticos no Estado de Direito*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55929

**César Augusto Cichelero, Caroline Ferri, Eduardo Brandão Nunes .....** ..... 15

#### **Los mecanismos de control constitucional aplicados a los actos administrativos en el Derecho Mexicano**

*Constitutional control mechanisms applied to administrative acts in Mexican Law*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56035

**Luis José Béjar Rivera, Rodrigo Salazar Muñoz.....** ..... 41

#### **“Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vasejada à vasejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica**

*“Dialogue” among Powers in Brazil? From inconstitutionality of vasejada’s practice regulation to vasejada as a Brazilian intangible cultural heritage: a critical analysis*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56031

**Mônica Clarissa Hennig Leal, Maria Valentina de Moraes .....** ..... 63

**Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde**  
*Separation of powers and institutional dialogues in health litigation*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.54934

**Ana Paula Oliveira Ávila, Karen Cristina Correa de Melo .....83**

**Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo**

*Influence of the theories of institutional dialogues and the last provisional word in contemporary Brazilian constitutional thinking*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55825

**Antonio Ezequiel Inácio Barbosa, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima .....109**

**O ativismo judicial e constrangimentos *a posteriori***

*Judicial activism and *a posteriori* constraints*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56088

**Luiz Henrique Diniz Araújo .....129**

**Impeachment e devido processo legal**

*Impeachment and due process*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55114

**Ricardo Perlingeiro .....151**

**Diálogos sanitários interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS**

*Interinstitutional health dialogues and the NAT-JUS deployment experience*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56027

**Cynara Monteiro Mariano, Emanuel Teófilo Furtado, Felipe Braga Albuquerque, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva Pereira .....169**

**Separação dos poderes e complexidade social – uma releitura sistêmica**

*Separation of powers and social complexity - a systemic rereading*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56247

**Fernando Rister de Souza Lima, Orlando Villas Bôas Filho .....189**

**Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários**

*A Brazilian self-restraint? A taxonomy of legal arguments (and political strategies?) which explain the behavior of the Supreme Court in relations with the major branches of power*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55990

**Flávia Danielle Santiago Lima, José Mário Wanderley Gomes Neto .....221**

## **ARTIGOS**

### **ARTICLES**

#### **Is it time for a U.S. Article V Constitutional convention? A brief discussion about American constitutional reform procedure**

*É hora de uma convenção constitucional sobre o artigo V da Constituição dos Estados Unidos? Uma breve discussão sobre o procedimento norte-americano de reforma constitucional*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55332

**Karen Desoto .....** **249**

#### **TWAIL – “Third World Approaches to International Law” and human rights: some considerations**

*TWAIL – Abordagens do Terceiro Mundo ao Direito Internacional e direitos humanos: algumas considerações*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.54595

**Larissa Ramina .....** **261**

#### **The principle of the dignity of human person: a reading of the effectiveness of citizenship and human rights through the challenges put forward by globalization**

*O princípio da dignidade da pessoa humana: uma leitura da efetividade da cidadania e direitos humanos por meio dos desafios frente à globalização*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.54099

**Orides Mezzaroba, Vladimir Oliveira da Silveira.....** **273**

#### **Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia**

*Artificial intelligence: challenges and opportunities – Prometea: the first artificial intelligence of Latin America at the service of the Justice System*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55334

**Juan Gustavo Corvalán .....** **295**

#### **Um diálogo sobre a autonomia da Constituição e os direitos humanos: aproximações hermenêuticas à noção de bloco de constitucionalidade**

*A dialogue between the autonomy of the Constitution and human rights: hermeneutical approaches on the notion of constitutionality block*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.51457

**Rafael Fonseca Ferreira, Tâmis Limberger.....** **317**

#### **Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017)**

*A decade of public hearings in the Supreme Federal Tribunal (2007-2017)*

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56328

**Fernando Leal, Rachel Herdy, Júlia Massadas .....** **331**

#### **Instruções para autores**

*Instructions for authors*

..... **373**

# Editorial

## Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v5i1.57845



Licenciado sob uma Licença Creative Commons

Licensed under Creative Commons

### Separação de poderes e diálogos institucionais

### *Separation of powers and institutional dialogues*

As transformações das relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário têm sido constante objeto de discussão no Direito Constitucional e na Ciência Política na contemporaneidade. As diferenças entre o modelo clássico francês de separação estanque entre os poderes, forjado na conjuntura da Revolução Francesa, e o modelo estadunidense de *checks and balances*, marcado desde o início do século XIX pelo reconhecimento de legitimidade aos juízes e tribunais para o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, impactaram uma infinidade de sistemas jurídico-políticos, que hoje apresentam uma variedade de outros modelos caracterizados por especificidades próprias.

É possível observar, no entanto, que em diversas sociedades democráticas ocidentais nas últimas décadas a redução da confiança do povo na política e nos políticos tem conduzido a um deslocamento da esfera deliberativa de poder para outras arenas institucionais, notadamente para o Poder Judiciário. Nesse cenário, percebe-se em distintas partes do globo uma expressiva atuação de Supremas Cortes e de Cortes Constitucionais em temáticas de grande impacto político e moral, tornando o Poder Judiciário uma peça de destaque no processo democrático. A judicialização da política e o

---

Como citar este editorial | *How to cite this editorial:* HACHEM, Daniel Wunder. Editorial – Separação de poderes e diálogos institucionais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 9-14, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.57845

ativismo judicial se manifestam como fenômenos recorrentes da experiência constitucional atual, desaguando em uma tendência batizada por Ran Hirschl de “juristocracia”.<sup>1</sup>

Apesar de o avanço do Poder Judiciário sobre a arena da política majoritária em alguns Estados ter sido comemorado por determinados setores, tal movimento tem sido também duramente criticado por conta da inexistência de instrumentos de responsabilização e de controle da atividade judicial. O monopólio, concentrado nas mãos dos juízes e tribunais, do poder de dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição passa a ser questionado, especialmente por conta do déficit democrático do referido modelo. A supremacia judicial em matéria de definição do significado constitucional passa a dar lugar a teorias dialógicas, que se apresentam como alternativa dotada de maior teor democrático. Elas propõem que o sentido do ordenamento constitucional deve ser resultado de um diálogo entre os tribunais e os demais atores institucionais, remetendo a uma interlocução entre as Cortes e outras instituições políticas e sociais no que toca à identificação do significado da Constituição.

Em razão da centralidade dessa discussão no debate constitucional contemporâneo, a presente edição da **Revista de Investigações Constitucionais** consagra um Dossiê temático ao tema *“Separação de poderes e diálogos institucionais”*, reunindo 10 artigos em inglês, espanhol e português sobre o assunto, tratando-o a partir de diferentes perspectivas, como forma de apresentar o que há de mais atual nesse importante debate. Somam-se a tais trabalhos outros 6 artigos, inseridos na seção aberta da revista.

Neste número, o primeiro do ano de 2018, publicamos artigos em 3 idiomas (inglês, espanhol e português), de autores vinculados a 22 instituições de ensino superior de 4 países diferentes: Estados Unidos da América, México, Argentina e de 8 diferentes Estados da República Federativa do Brasil, com representação das regiões Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul: Ceará, Mato Grosso do Sul, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo. Dos trabalhos publicados, 100% são de Professores Doutores, 37% redigidos em língua estrangeira, 18% dos artigos são de autores estrangeiros e 93% dos artigos são de autores exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law

**César Augusto Cichelero**

Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (Caxias do Sul, RS, Brasil)

---

<sup>1</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 1-2.

**Caroline Ferri**

Professora Adjunta da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

**Eduardo Brandão Nunes**

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

- Los mecanismos de control constitucional aplicados a los actos administrativos en el Derecho Mexicano

**Luis José Béjar Rivera**

Profesor Investigador de la Universidad Panamericana – Facultad de Derecho (Ciudad de México, México)

**Rodrigo Salazar Muñoz**

Profesor de la Universidad Panamericana – Facultad de Derecho (Ciudad de México, México)

- “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica

**Mônica Clarissa Hennig Leal**

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

**Maria Valentina de Moraes**

Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil)

- Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde

**Ana Paula Oliveira Ávila**

Professora Titular de Direito Constitucional dos Cursos de Graduação em Direito e Mestrado em Direitos Humanos do UniRitter (Porto Alegre, RS, Brasil)

**Karen Cristina Correa de Melo**

Mestranda no Programa de Mestrado em Direitos Humanos do UniRitter (Porto Alegre, RS, Brasil)

- Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo

**Antonio Ezequiel Inácio Barbosa**

Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Fortaleza, CE, Brasil)

**Martonio Mont'Alverne Barreto Lima**

Professor Titular da Universidade de Fortaleza (Fortaleza, CE, Brasil)

- O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori

**Luiz Henrique Diniz Araújo**

Professor da Faculdade Boa Viagem/DeVry (Recife, PE, Brasil)

- Impeachment e devido processo legal

**Ricardo Perlingeiro**

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

- Diálogos sanitários interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS

**Cynara Monteiro Mariano**

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE, Brasil)

**Emanuel Teófilo Furtado**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE, Brasil)

**Felipe Braga Albuquerque**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE, Brasil)

**Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva Pereira**

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE, Brasil)

- Separação dos poderes e complexidade social – uma releitura sistêmica

**Fernando Rister de Sousa Lima**

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo, SP, Brasil)

## **Orlando Villas Bôas Filho**

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo, SP, Brasil)

- Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários

## **Flávia Danielle Santiago Lima**

Professora da Universidade de Pernambuco e do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Pernambuco – PPGD-UFPE (Recife, PE, Brasil)

## **José Mário Wanderley Gomes Neto**

Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco e do Centro Universitário CESMAC (Recife, PE, Brasil)

- Is it time for a U.S. Article V Constitutional convention? A brief discussion about American constitutional reform procedure

## **Karen DeSoto**

Adjunct Professor at Rutgers University (United States of America)

- TWAIL – “Third World Approaches to International Law” and human rights: some considerations

## **Larissa Ramina**

Associate Professor of International Law and Human Rights Law at Universidade Federal do Paraná – UFPR (Curitiba, PR, Brazil)

- The principle of the dignity of human person: a reading of the effectiveness of citizenship and human rights through the challenges put forward by globalization

## **Orides Mezzaroba**

Full Professor on the Undergraduate and Graduate Law Schools at Federal University of Santa Catarina (Florianópolis, SC, Brasil)

## **Vladimir Oliveira da Silveira**

Full Professor on the Undergraduate and Graduate Law Schools at the Federal University of Mato Grosso do Sul (Campo Grande, MS, Brasil)

- Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia

**Juan Gustavo Corvalán**

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina)

- Um diálogo sobre a autonomia da Constituição e os direitos humanos: aproximações hermenêuticas à noção de bloco de constitucionalidade

**Rafael Fonseca Ferreira**

Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande (Rio Grande, RS, Brasil)

**Têmis Limberger**

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

- Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017)

**Fernando Leal**

Professor da FGV Direito Rio (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

**Rachel Herdy**

Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

**Júlia Massadas**

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

Curitiba, janeiro de 2018.

**Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem**

Editor-Chefe da Revista de Investigações Constitucionais



## From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law

*De uma idealizada separação dos poderes aos seus problemas práticos no Estado de Direito*

**CÉSAR AUGUSTO CICHELERO\***

Universidade de Caxias do Sul (Brasil)

<http://orcid.org/0000-0002-1454-4231>

[cesar.cichelero@gmail.com](mailto:cesar.cichelero@gmail.com)

**CAROLINE FERRI\*\***

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil)

<http://orcid.org/0000-0002-3970-6751>

[carolineferri@gmail.com](mailto:carolineferri@gmail.com)

**EDUARDO BRANDÃO NUNES\*\*\***

Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil)

<http://orcid.org/0000-0002-7580-0649>

[ebnunes@hotmail.com](mailto:ebnunes@hotmail.com)

**Recebido/Received:** 24.10.2017 / October 24<sup>th</sup>, 2017

**Aprovado/Approved:** 31.12.2017 / December 31<sup>st</sup>, 2017

---

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: CICHELERO, César Augusto; FERRI, Caroline; NUNES, Eduardo Brandão. From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55929.

\*Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (Caxias do Sul, RS, Brasil) no período de 2017/2018 e taxista da CAPES. Possui graduação em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) em 2016. E-mail: cesar.cichelero@gmail.com.

\*\* Professora Adjunta da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil), atuando nos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis, SC, Brasil) (2012). Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2003), graduação em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (2004) e mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006). E-mail: carolineferri@gmail.com.

\*\*\* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Bolsista CAPES. E-mail: ebnunes@hotmail.com.

## Abstract

The paper presents the Separation of Powers as a principle. It means that it is one of several possible political choices. We take this conception and then we aim to explain how it develops with relevance in a Rule of Law and its procedures. It was analytically perceived that such conception is idealized because it fails to address practical problems. The main problematic confronted is in relation to the activity of the Judiciary, exemplified through Brazilian conflicts between the different powers, in this paper we approach, for this purpose, the *vaquejada* case. In order to try to overcome such problems, the presented hypothesis is that a dialogic theory can provide some answers by promoting dialogue through equilibrium and partnership between the powers and citizens.

**Keywords:** Rule of Law; separation of powers; articulated governance; *vaquejada*; dialogic theory.

## Resumo

O artigo apresenta a Separação de Poderes como um princípio. Isso significa que é uma das várias opções políticas possíveis. Tomamos essa concepção e então objetivamos explicar como ela se desenvolve com relevância em um Estado de Direito e seus procedimentos. Foi percebido analiticamente que essa concepção é idealizada pois falha em abordar problemas práticos. A principal problemática confrontada é em relação à atividade do Judiciário, exemplificada por conflitos brasileiros entre os diferentes poderes, neste trabalho se aborda, para tanto, o caso da *vaquejada*. Para tentar superar esses problemas, a hipótese apresentada é que uma teoria dialógica pode fornecer algumas respostas promovendo o diálogo através do equilíbrio e da parceria entre os poderes e os cidadãos.

**Palavras-chave:** Estado de Direito; separação dos poderes; governança articulada; *vaquejada*; teoria dialógica.

## CONTENTS

**1.** Introduction; **2.** Idealized vision: Separation of Powers as a political principle; **3.** Essential relationship with the Rule of Law and its procedures; **4.** Problems with the idealization and the Separation of Powers in the Brazilian State; **5.** Exemplifying a practical problem: The clash over the case of the “*vaquejada*”; **6.** Possibility to overcome the problems and limitations; **7.** Final considerations; **8.** References.

## 1. INTRODUCTION

The theme of the present paper is the Separation of Powers, as a principle, and how its essence lies in a qualitative separation of the different functions of government. The notion of Separation of Powers analytically presented here, which will initially be called idealized, refers mainly to the conception of Jeremy Waldron and his relation with classic works of Montesquieu and Locke. Waldron develops the ideal Separation of Powers, aiming at its pure form, we then take that idealized conception and part to elaborate how this would unwind and its relevance in the Rule of Law

It is also highlighted how such conception has direct connection with the Rule of Law and its procedures, propitiating an articulated governance through successive phases. The contrast between the Law and the arbitrary exercise of power has to do with institutions and its procedures, which are established with the help of the Separation of Powers. These procedures become inherent aspects of the Law, and disrespecting one of them is disrespecting the Rule of Law itself.

We then part to demonstrate some of the limitations and problems that an idealized conception of the Separation of Powers faces. It should be noted here that the purpose of this paper is to reaffirm this separation as essential, but not in the idealized

way, making it necessary first to understand how the idealization occurs so that it is possible to find ways to bring the separation closer to institutional realities.

The problem found in the idealization is mainly in relation to the activity of the Judiciary as preponderant in the contemporaneity, through the use of judicial review and constitutional interpretation, what may be called judicial activism. Examples were found in Brazilian Law that demonstrate the tension and conflicts between powers. We don't try to deny that the judiciary plays an important role in the Rule of Law, but we do see as essential that its role becomes more flexible so that the other powers can participate more, for they are the proper centers for broad debates. The main tensions happen between powers when one of them sets constitutional meaning while the others disagree.

One practical problem exemplified here was the clash over the case of the "vaguejada" in Brazil, that had a state law appreciated by the Federal Supreme Court and end up causing a direct clash with the Congress for the Constitutional meaning present in rules that were colliding in the practical case. Such clash made the Congress leave its inertia – only after the courts decision – to give a response, almost in a power struggle to set constitutional meaning.

In order to try to overcome such problems, the hypothesis put forward is that a dialogic theory can give an adequate, but yet incomplete, response to a functional Separation of Powers, based on a dialogue through a theory that fuses equilibrium and partnership. The constitutional meaning is not only a matter of interpretation for the powers, but for the citizens as well. Combining democracy and different institutions is an important step in order to promote a practical separation of powers.

## **2. IDEALIZED VISION: SEPARATION OF POWERS AS A POLITICAL PRINCIPLE**

Understanding the Separation of Powers as a political principle entails it being only one principle among several others. Other principles as important as the Separation of Powers can be listed, and they also play an important role in maintaining an institutional legitimacy needed in the Rule of Law. Some of them communicate directly with the Separation of Powers and can cause confusion, and therefore, are worth mentioning here to be differentiated from the meaning proposed to the Separation of Powers. One of these principles is the Division of Power, meaning that there can be no concentration of political power in the hands of a single person, group or institution in order to avoid possible oppression or tyranny.

The Division of Power only cares about such power being divided, in no matter what way. Such is the difference regarding the Separation of Powers, that defining the taxonomy and how the power will not be concentrated are the conceptions that

matter. Endorsing such view, Jeremy Waldron argues that if “we want to divide power up, what would be better than to begin by dividing the power of a judge from that of a legislator and from that of an executive official?”<sup>1</sup>. But the division in such a defined manner is not just a matter for the principle of Division of Powers, and Waldron would probably agree.

A second principle worth mentioning are the checks and balances, referring that one power must concur in the others actions. Such principle implies the duty of a power supervising the other actions, possibly vetoing and questioning the choices made. On this account, what matters is how a power can balance another, as of the powers are already dispersed and with well defined scopes of action to take care of. Lastly, we appoint the Federalism as a political principle that serves the purpose of distinguishing the institutional powers of the federal government in relation to the states and cities. Differences made, it's important to mention that the Separation of Powers as a political principle is just one of a set of principles that compose the contemporary state, and that sometimes it may overlap with the previous cited principles – and possibly other principles not mentioned as well.

Waldron's account on this sense is essential, because as he says, “to insist on being ruled by law is, among other things, to insist on being ruled by a process that answers to the institutional articulation required by separation of powers”<sup>2</sup>. This idealized vision of the Separation of Powers, is a manner of providing an articulated form of governance by establishing clearly who are the powers being created and what they can do. Reducing the amount of power one can exercise at a time ends up being a form of minimizing risks to freedom – both individual and collective – or that different interests from the majority are demoted. Such an articulated governance is important so there can be practical security against any form of concentrated power, for the classical thought comprises that “instead of tradition, the social contract; instead of the sovereignty of the prince, national sovereignty and the law as an expression of the general will”<sup>3</sup>.

The Separation of Powers brought here is a thought “which distinguishes these functions for what they are, not what they can do to hold one another in check”<sup>4</sup>. This conception of the Separation of Powers maintains that dispersing the power in different bodies may, in practice, cause some forms of conflicts. But such conflicts may be seen as positive in that sense that conflict can generate debate, so the issues can be

<sup>1</sup> WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. **Boston College Law Review**, Boston, v. 52, n. 2, p. 433-468, 2013. p. 440.

<sup>2</sup> WALDRON, Jeremy. Political Political Theory: **Essays on Institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 64

<sup>3</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 44.

<sup>4</sup> WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. **Boston College Law Review**, Boston, v. 52, n. 2, p. 433-468, 2013. p. 442.

seen with more depth and so be better resolved – although in practice such view is controversial.

Another important feature that the Separation of Powers brings to the Rule of Law is the possibility of multiple centers of resources. If the actions of a power are deemed not satisfactory, citizens will have other centers of power to resource to. In this scenario different possibilities arise, and so the role that the Separation of Powers plays is in establishing the procedures in which such resources can happen, while not overstepping each others powers and decisions. It is then possible to perceive that “the diffusion of authority among different centres of decision-making is the antithesis of totalitarianism or absolutism”<sup>5</sup>.

This Separation of Powers tries to be functional as it will be demonstrated. It must be connected with a sort of legislative supremacy, in the sense that only through previously established laws there can be action of other powers. It is also less likely to exist oppressive legislation if the lawmakers themselves are subject to the laws they pass, while they can't administrate or execute such laws by themselves. Corroborating such idea, Locke thought that if the same body could make laws and execute them “they may exempt themselves from obedience to the Laws they make, and suit the Law, both in its making and execution, to their own private advantage”<sup>6</sup>. Montesquieu, in the *Spirit of the Laws*, also expressed the same concerns<sup>7</sup>, although the justification for such concerns are disputable<sup>8</sup>.

Not only laws are necessary and must previous to the actions of a power, it is also necessary that every single sort of government action to be scoped and conducted in the forms of the Law and its principles as a whole. Legislation must authorize government action that will be further realized, and so conducting all action under the Law makes it possible to avoid other powers to question the legitimacy of an action in the first place. The principle of the Separation of Powers divides the process of governance in to mainly three different functions, which are “enacting a law, adjudicating disputes on the basis of a law, and administering a legal decision”<sup>9</sup>. Such order is not random, each phase of the governance is important in itself, creating a need to be respected and followed, in a process that gives a say to each power before impacting the citizens life. That is the character of articulated governance brought by the Separation of Powers.

<sup>5</sup> VILE, Maurice J. C. **Constitutionalism and the separation of powers**. Indianapolis: Liberty Found. Inc., 1998. p. 16.

<sup>6</sup> LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 364.

<sup>7</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 168.

<sup>8</sup> Jeremy Waldron exhibits the lack of clarity and tautologies present in the classical works, specially of Montesquieu, regarding the Separation of Powers and the justification for its necessity and procedures. While agreeing with the classical works, Waldron also does a great job in giving light to the points that had substantial open matters. For more depth, check JEREMY, Waldron. Political Political Theory: **Essays on Institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 58-62.

<sup>9</sup> WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. **Boston College Law Review**, Boston, v. 52, n. 2, p. 433-468, 2013. p. 456.

Rules must not only be promulgated previously, but also openly, so the citizens can know about them. This constitutes an important process that must also give time before implementation, so that the rules can be comprehended and internalized. This process would allow people to organize their conducts regarding their private life and business, while government would “begin the process of weaving these norms into the broader fabric of their supervision of various aspects of social life and begin developing strategies for (as it might be) inspection and enforcement”<sup>10</sup>. Such a process represents a form of an institutional articulation, that is in fact, a need for the Separation of Powers in this idealized view.

Being under the Rule of Law requires that the acting of this process must be in the order of prior legislation then adjudication or administration; or the due process and then adjudication that generates the enforceability of a decision. Thus, disregarding this process is disrespecting the Rule of Law itself, and not even a legitimate authority – not even by the force of its democratic credentials – can interfere in this process without generating this problem. And so “the Rule of Law is violated when the institutions that are supposed to embody these procedural safeguards are undermined or interfered with”<sup>11</sup>.

Even more, it is possible to characterize formal forms of government as needed, for any kind of power to be conferred can only happen by the Law; And only exercised according to its procedures (corresponding to the German concept of *Rechtstaat*), as well as in a more substantial sense of limitation by the Law and its contents (which would characterize the traditional English use of the Rule of Law or the Italian *Statodidiritto*).

Attempts are made to avoid a legislative process in which enacted laws serve only the interests of the executive branch in conducting its administration; or judicial decisions to override the legislative elaborations or the discretion of the administration. The Separation of Powers should therefore enhance the distinct character of each of these powers and their essential functions to the Rule of Law.

Initially, each power must be concerned with exercising its functions solely and exclusively. The legislature needs to be concerned with creating laws, in generic ways with a certain abstraction, so as not to adorn a person or more people in specific situations. The judiciary in judging the case of each subject and their respective relationship with the laws promulgated by the legislature. And the executive, in addition to the administration, must develop comprehensive strategies for the implementation

---

<sup>10</sup> WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. **Boston College Law Review**, Boston, v. 52, n. 2, p. 433-468, 2013. p. 458.

<sup>11</sup> WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **Public Law and Legal Theory Research Paper**. Working Papers n. 08-50, 2008, p. 7.

of enacted laws. Thus, as far as possible, it is necessary to separate, in addition to the articulated processes of governance, the people who execute them<sup>12</sup>.

For example, the principle of the Separation of Powers would be indifferent to delegations since the institution to which it was delegated maintained the pure and distinct character, uncontaminated by another power. It is essential to understand that "the separation of powers is not only the division of functions, although this seems logical and efficient"<sup>13</sup>. What matters in the principle of the Separation of Powers is that there is a separation between the legislative stage, the administration and the judgment of these laws. Through this, it protects not only the processes that form the laws, but also the normative expectations of the subjects<sup>14</sup>, and consequently the Rule of Law; for "if there were no institutionalized patterns of behavior. there would be no predictability"<sup>15</sup> and ultimately, no Rule of Law.

### **3. ESSENTIAL RELATIONSHIP WITH THE RULE OF LAW AND ITS PROCEDURES**

The Rule of Law is one of the most important political ideals of our time. It is a set of constitutive ideas of contemporary political morality. Firstly, it is necessary to recognize that there are many conceptions present in philosophy of what in fact would be a Rule of Law. Moreover, within that State ruled by the Law what would be the characteristics inherent to it. In general, "the principle of separation of powers contributes significantly, as part of the broader concept of the liberal rule of law"<sup>16</sup>. However, the focus of this paper is not on the formal and substancial aspects that a State ruled by Law should contain. So what we want to highlight are the procedures that a State performs that are what translate both the formal elements and substances to the social reality.

The understanding of the Rule of Law referred here emphasizes not only the value of established rules, the predictability they make possible, but also the importance of the procedural and argumentative aspects of legal practice. Thus, it is emphasized that there is few indications in political theory that the procedures themselves, and the rights and powers associated therewith, would be a direct part of what is assessed as a "Rule of Law", but rather as a consequence of this.

<sup>12</sup> Contamination here regards that each power has a core of its own and a specific purpose. This transit of subjects between powers is a form of contamination of different purposes, since individuals carry with them the specific functions of the powers to which they are attached and consequently cannot escape them.

<sup>13</sup> ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. Estado e governo: diferença conceitual e implicações práticas na pós-modernidade. **Revista UNIARA**, [s.l.], v. 21/22, p. 140-145, 2009. p. 143.

<sup>14</sup> The important relation between expectations and the Rule of Law have determining discussions with Harts book *Concept of the Law* (1996) and from that point have since been extended to a point beyond what the present work can develop.

<sup>15</sup> VILE, Maurice J. C.. **Constitutionalism and the separation of powers**. Indianapolis: Liberty Found. Inc., 1998. p. 407.

<sup>16</sup> BONILLA-MALDONADO, Daniel Eduardo. La Arquitectura Conceptual del Principio de Separación de Poderes. **Universitas**, [s.l.], n. 131, p. 231-276, 2015. p. 238.

The procedural aspect of the Rule of Law is a thinking about Law that emphasizes arguments in judgments<sup>17</sup> as well as the existence and recognition of rules as the basis, opposing the understanding of values or principles as basis of the Rule of Law existing in contemporary political arguments. The Separation of Powers is "concerned with regulating 'who' exercises this or that function, nevertheless puts special emphasis on strengthening the 'how'. In the 'forms' of the exercise of functions or powers is where the epicenter of the constitutional state"<sup>18</sup>.

In this sense, it is maintained here that the Rule of Law does not only refer to general rules and principles; but rather on the impartial administration and judgment of these through an identifiable due process. The violation of this occurs when the institutions that should incorporate these procedural safeguards are impaired to carry them out or prevented from doing them in a free way. In this way, the Rule of Law becomes directly associated with political ideals such as the Separation of Powers and the independence of the judiciary, to theoretically guarantee these judgments.

It is not positive that there are clear and general rules if they are not properly administered; And it is not good to have fair procedures if the rules, whose applications are in question, undergo constant changes, if they are eventually ignored or lack a plurality of possible interpretations. Therefore, the Rule of Law is an ideal designed to correct the dangers of abuse that occur in general when political power is exercised, and not dangers of abuse occurring in a particular law. Thus, the Rule of Law seeks to correct abuses of power by insisting on a particular way of exercising political power – in this case, governance through Law.

The contrast between the Law and the arbitrary exercise of power has to do with institutions and its procedures, which are established with the help of the Separation of Powers. These institutions should do the judgments through formal events – these being the hearings – for which there must be a rigorous procedural framework to make these procedures a skillful mean of saying the rights, impartially, fairly and effectively after the arguments and evidence of both sides are heard. There is a remarkable tendency of philosophical views to see the Law simply as a set of normative propositions which setting forth ideal propositions would suffice.

However, what is proposed here is that Law comes to life through institutions. Thus, when thinking about the Rule of Law as a procedure, we bring a conceptual thinking of Law into social reality. Lon Fullers conception<sup>19</sup> becomes associable at

<sup>17</sup> It should be noted here that when referring to judgment in this part, we think of judgments in a *lato sensu*, not only the judgments that are exercised by the Judiciary, but also all kinds of judgments in the Executive and Legislative branches.

<sup>18</sup> CORVALÁN, Juan G. Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 225-256, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43661>. p. 251.

<sup>19</sup> In his theory, Fuller establishes eight "principles for legality", in which he maintains that the necessary characteristics are an "internal morality". He states that these essential conditions must be present to some degree in a legal system, and the essence of this "duty" is moral.

this point, since it is suggested that the concept of Law involves the fundamental elements of legality, however, arguing that legality must also place a place on procedural importance and its respective institutional elements. But the procedural character stands out, since, for example, the judges display a way of proceeding that offers those directly involved in a dispute the possibility of the parties submitting and presenting evidence, according to strict procedural rules, which may assist in the application of the rule in question.

Even if the way in which this evidence are presented may vary according to the legal system analyzed, the existence of this possibility is something inherent to the Rule of Law, which is a characteristic of the due process. Law is a form of social governance that treats individuals with reasonable respect<sup>20</sup>, at the time when citizens can create individual perspectives in the present regarding the future application of the rules that condition their actions and situations<sup>21</sup>. Applying the rule to the human being is not just like deciding what to do with objects, it involves a special attention to the different points of view and respect for the personality of the individual with whom one is dealing. In this way, it encompasses a crucial idea of dignity – by respecting the dignity of those who are affected by rules as beings capable of constructing and arguing their position before the Law.

Theorizing about the formal aspects of the Rule of Law is often only a way of getting to the procedural aspects of the Rule of Law, which is what litigants really care about, the norm applied in the way it affects the social environment. Making the distinction clear, the theorizing here set forth does not simply involve that the proper judges are bound to apply the given rules while other groups would not be. It is that judges work under the context of more proceduralized institutions; in which the rights and duties of all kinds allow the application of determined rules to be established in a fair and meticulous manner with ample opportunity of challenge on a case-by-case basis.

In the legal systems that we are familiar with, Law presents itself as something that “makes sense”. The norms that are administered in a legal order may appear to be just one command after another for the average citizen. However, for the different operators of the Law there is an attempt to see the Law as a whole; trying to discern some kind of coherence or system through ordinary rules, integrating specific items in a structure that gives better flow to the total sense of the rules when integrated with

<sup>20</sup> At this point, it is important to mention Axel Honneth recognition theory. In his theory one of the forms of struggle for recognition happens in what he calls the legal sphere, in this sphere, individuals would construct a vision of themselves and others as holders of rights and obligations. Thus, for the author this conflict in the legal relationship is based on universal moral principles, treating all subjects in an egalitarian way. Thus, subjects have the security of being able to share with all the collective the properties that enable them to participate in a discursive formation of the will. For further reading on the subject see, HONNETH, Axel. **The Struggle for Recognition**: The Moral Grammar of Social Conflicts. Cambridge: The MIT Press, 1996.

<sup>21</sup> It is interesting to mention the classic work about the creation of rational expectations of agents in the economic market, which can serve to better understand how individuals create expectations before the norms, MUTH, John. Rational Expectations and the Theory of Price Movements. **Econometrica**, [s.l.], v. 29, p. 315–335, 1961.

each other. Thus, a model of Rule of Law requires that a society governed by it, see more relevance if its legal procedures do not give the parties the opportunity to present arguments in their cases than what the Rule of Law as substance or mere formality represents.

Communicating with the principle of Separation of Powers again, the Rule of Law is violated when rules that are applied by legal operators do not correspond to the rules that have been made public to the citizens, or when government agents act on their own criteria, rather than previously established rules. If such an action becomes endemic, then not only people's expectations are getting frustrated, but increasingly citizens will find themselves unable to form expectations in which to rely under the legality of the state; And the horizons of planning and economic activities would shrink accordingly. It is therefore natural to think that the Rule of Law must counterbalance the uncertainty arising from the argumentative character of the Law itself.

But it is also important what we do of the Law with the rules that have already been deliberated and introduced under the expectation of the citizens. One should not only obey them or apply the sanctions that constitute them; But rather to give due respect and observance to how these rules open space for adversarial argumentation, using a notion of what is at stake in the actual application, to license a continuous process of argument between the parties, exercising an elaborate debate on the meaning of applying a rule. Thinking how it possible for such interpretation to constitute a systematic meaning for the cases that came before us, also aiding those that might be coming down the road.

When thinking about judgments, hearings and arguments it should be made clear that: these are inherent aspects of the Law, not options to those who judge or execute the Law to carry out if it seems convenient. Thus, they are integral parts of how the Law works; and are indispensable as a "package" of respect for the right to human action. We should value those aspects of governance that promote the clarity and determination of rules that aim at individual freedoms, which are necessary for the free exercise of these procedures, especially the one of having a voice before the state, being able to argue and participate in both the social environment and in the legal and deliberative environment.

#### **4. PROBLEMS WITH THE IDEALIZATION AND THE SEPARATION OF POWERS IN THE BRAZILIAN STATE**

First of all, it is important to clarify why we treated such conception of the Separation of Powers as idealized. And the answer for such a question is rather simple: it perceives the Separation of Powers in thought, but hardly in practice. Or at least, the meanings of practice proposed here and Waldrons account, for example, are semantically

different. By overlooking the practical problems that already exist – and have been around for some time – such conception can only be treated as idealized, for it is even possible to think of it as “the rigid version of the separation of powers that determines the exclusivity in the distribution of functions. This radical formulation has not been applied strictly in practice”<sup>22</sup>. By no means this paper tries to diminish such conception, we’re only implying that in practice, the tendency is a necessity to move away from the ideal – and rigid – form of the Separation of Powers, to adequately respond the existing clashes between the powers. But it is also important to highlight that in order to improve something, we first must comprehend it. The idealization brings a “genuine set of concerns and warns against a certain oversimplification of governance”<sup>23</sup>.

The principle of Separation of Powers is a political principle linked to constitutionalism, it is presented to some extent in all states that “are democracies and recognize basic rights”<sup>24</sup>. The Separation of Powers does not arise from constitutionalism itself, it does not even require a legal provision in constitution for its existence, “as a result, even the question of whether the concept should be understood as a legal rule or a political mechanism remains open”<sup>25</sup>. But, the focus presented here is that the Separation of Powers is a political choice of society, just as constitutionalism is. Even so, the Brazilian constituent opted<sup>26</sup> for expressly positivate the principle of Separation of Powers in the Constitution, especially in article 2, by mentioning that “they are independent and harmonious Powers of the Union, Legislative, Executive and Judiciary” and when it chooses the “Separation of Powers” as a hard clause or entrenchment clause in its article 60. One of the main problems for the Separation of Powers revolves around constitutional interpretation, since it’s a concurring competence.

Hence the question about the institutional order in the Brazilian Rule of Law: there is a growing tendency to increase the institutional capacity of the judiciary in detriment of other powers by the exercise of the constitutional interpretation through the jurisdiction. The thought revolves around the idea that the judiciary “allows to reconcile

<sup>22</sup> CORVALÁN, Juan G. Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 225-256, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43661.p. 229>.

<sup>23</sup> WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory: Essays on Institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 71.

<sup>24</sup> MÖELLERS, Christoph. **The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers**. Cambridge: Oxford University Press, 2013. p. 50.

<sup>25</sup> MÖELLERS, Christoph. **The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers**. Cambridge: Oxford University Press, 2013. p. 50.

<sup>26</sup> A opposition exists that although the Principle of Separation of Powers is a political choice of society, there is no guarantee that this political choice is respected by the constituents (parliamentarians). For this critique is taken from the work of KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Veraa Barkow. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Thus, it is hypothesized that the political principles chosen in a representative democracy do not depart from the unity of the people, but rather from an indirect and parliamentary form, in which the general will is not formed by the union of several individual wills – or by a metaphysical will – but by the majority among those who were elected to parliament. Thus, the choice of the political principles of a society does not happen in a consensual way by the people, but rather by a procedure of clash between the members of parliament, which, in Kelsen's conception, end up searching the middle way between opposing interests. That is, the principle of the separation of powers can be said to be a choice that results from the conflict between various antagonistic social forces.

the constitutional obligation to transform positive rights into concrete reality, without disrespecting the authority of the Legislative and Executive"<sup>27</sup>. But also, the judiciary has been giving its own assessment of what has been done by the executive and the legislature, reviewing their actions almost "from above".

This is a competence derived from the Separation of Powers that should be exercised with great institutional caution, for it may hurt the Separation of Powers itself; Although it is seemingly becoming a more common practice. The Federal Constitution, when treating the Federal Supreme Court as guardian of the Constitution, limits the constitutional debate between the three powers, even putting judicial decisions on top of legislative deliberations or administrative discretion. Such a scenario has made an "institutional rise of the Judiciary and, especially, of the Federal Supreme Court"<sup>28</sup>.

Although this competence may have its historical importance in order to guarantee a good democratic progress, it must be questioned whether in a plural society and a consolidated democracy such as the Brazilian one, this institutional role must be maintained. This conflict between powers can be seen as a conflict of competences in practice. Taking into account this scenario of possible "judicial governance" is that a proposal of dialogue will be presented further in this paper, for a flexibilization of the constant use of jurisdiction for the solution of social problems<sup>29</sup>.

In some opportunities, the Brazilian legislator adopted different interpretations of the constitutional court causing a direct clash, such as in the cases of municipal public lighting and collection of social security contributions from inactive servers; This was done through constitutional amendments, which goes far beyond what the principle of the Separation of Powers provided so far delimits in its idealized state. Such conflict does not seem to be productive at all, but merely a struggle on both sides to decide who has the final word on a matter. It takes a sensitivity, that is still to be developed, of the different powers to know how to work with their decisions without making the government that composes the State into an "environment of war". This brings a need for recognition of diverse competencies and that all decision-making authorities must have a degree of autonomy to do decide when needed.

The problem that is posed – and not solved in order to not escape the object – is that there are constitutional mechanisms that give some level of judicial control of the public administration that configure intervention and affect the integrity of action of

<sup>27</sup> KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Trad. Carlos Luiz Strapazzon. Florianópolis, 2015. p 237.

<sup>28</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 19.

<sup>29</sup> Contrary to such belief it is possible to cite MEYER-PFLUG Samantha Ribeiro; CAMARGO, M. L. M. S.. O ativismo judicial e a tripartição de poderes. **E-CIVITAS**, v. IX, p. 153-174, 2016. This work implies that there would be no problem with the use of the constitutional jurisdiction, for the power is only one and there is only division of functions. However, the work does seem to fail to address the possibility of a "judicial governance".

each of the powers, since they modify and review positions taken by other powers, and so it is a matter of constitutional design. It is potentially favorable to see the scale of the interference and its form (as to substantiality or formalities), since it may be possible for one action to remain free from contamination of another power, even though it has been appreciated by it. Although the theoretical possibility here is raised, the scenarios of the hypothesis of non-contamination can be difficult to prove in practice, but it opens the possibility for case studies.

## 5. EXEMPLIFYING A PRACTICAL PROBLEM: THE CLASH OVER THE CASE OF THE "VAQUEJADA"

A current example of the difficulty in preserving the principle of the Separation of Powers is the dispute between the Supreme Court and the Congress, specifically on the theme *vaquejada*, a cultural event in northwest of Brazil, in which two mounted cowboys take down an ox. It's well-known that in the remote moment of its creation as in the current days the *vaquejada* is guided by the same end, that is, to overthrow the ox pulling it by the tail, leaving it with the four legs facing upwards. However, it is denoted that the techniques have been improved, such as the ox's confinement in a narrow corridor before the arena, where the ox will be released to be overthrown by the cowboys. On this occasion, the animals are whipped, physically and psychically abused, aiming to achieve their emotional imbalance<sup>30</sup>.

The main discussion began when the state of Ceará published the law 15.299/2013 to regulate the events related to this practice, establishing the *vaquejada* as a sporting and cultural activity<sup>31</sup>. On the other hand, in the same year, the Republic's General Attorney Office (*PGR*) lodged a Direct Unconstitutionality Action (*ADI*) in the Federal Supreme Court with the intention to declare the unconstitutionality of this state law. The cause of action in this case is directly related to the regulation of an activity that necessarily involves cruelty to animals (considering the environment as a universal right), and furthermore, that the proven cruelty against the animals does not find a constitutional protection in Brazil, even if inserted in a specific cultural context.

For the defenders of the *vaquejada*, one of the main arguments is based on the local folklore. In the places where these events occur, the regional cultural identity remain constituted by symbols of a static memory, based today by imaginary histories of bravery, courage and sagacity of the old cowboys passed on to the new cowboys<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> GORDILHO, Heron José de Santana; FIGUEIREDO, Francisco José Garcia. A *vaquejada* à luz da Constituição Federal. **Revista de Biomedicina e Direito dos Animais**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 78-96, Jul./Dez. 2016. p. 83

<sup>31</sup> CEARÁ. **Lei n. 15.299/2013**. Regulamenta a *vaquejada* como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Diário Oficial do Estado, Poder Executivo, Ceará, 8 jan. 2013.

<sup>32</sup> SIQUEIRA FILHO, Valdemar; LEITE, Rodrigo de Almeida; LIMA, Victor Breno de. A prática da *vaquejada* em xeque: considerações sobre a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.983. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 10, n. 20, p. 59-80,

Moreover, those who defend the practice of the *vaquejada*, justify their reasons using as an argument the economic scenario. The *vaquejada* instigate the local economy, as well increasing the employment rates, and therefore, the income of the population of these regions. It is also important to keep in mind that in 2001, with the consolidation of some sports rules, the cowboy figure started to be considered a professional athlete<sup>33</sup>.

In other words, the action placed face to face the right to free cultural expression (article 215 of the Constitution) and the right to an ecologically balanced environment, free from animals' cruelty (article 225 of the Constitution). The Constitution, concurrently, grants the right to culture and the environment. Revealing, in this way, the inexistence of a hierarchy between these two fundamental rights. In this step, both articles 215 as 225 of the Federal Constitution must be handled by the interpreter of the rule or the court. Thus, on the particular case when these fundamental rights enter in an apparent collision course, it is necessary for the interpreter to use the technique of weighting the rights to define which one of them should prevail in that factual situation<sup>34</sup>.

Before the Supreme Court's decision, Brazilian studies already brought the idea that the Ceará's state law nº 15.299/2013 suffers from a material defect, it is unconstitutional. The law contradict the constitutional prohibition expressed in article 225 (mistreatment of animals), it legitimizes a sport which causes suffering to animals, besides that, the very purpose of *vaquejada* constitutes in cruelty to animals. Thus, the referred law goes against the Federal Constitution<sup>35</sup>. It must be emphasized that, in order to regulate the provisions of article 225, §1, VII of the Federal Constitution, the Congress established a series of acts that will be considered environmental crimes (law nº. 9605/98), including the crime of mistreatment against animals, which, according to article 32 of this law, consists in practicing an act of abuse, mistreatment, injury or mutilation of wild, domestic or domesticated animals, native or exotic<sup>36</sup>.

The competitors, sympathizers and communities involved in the *vaquejada* have, *prima facie*, the right to have guaranteed by the State the full exercise of their cultural rights, as well the support and incentive for the valorization and the diffusion of their cultural manifestations. On the other hand, the community has, *prima facie*, the right of protection of the environment according to the express prohibition in the Federal Constitution of any act that subjects animals to ill-treatment. The judgment

---

set./dez. 2015. p. 64-65.

<sup>33</sup> BRASIL, **Lei nº. 10.220/2001**. Institui normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, 12 abr. 2001.

<sup>34</sup> GORDILHO, Heron José de Santana; FIGUEIREDO, Francisco José Garcia. A *vaquejada* à luz da Constituição Federal. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 78-96, Jul./Dez. 2016. p. 91.

<sup>35</sup> BRITO, Renan Moreira de Norões. Lei 15.299 de 2013/CE: consagração do direito fundamental à liberdade de manifestação cultural ou legitimação dos maus tratos contra animais? **Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, Macapá, n. 6, p. 69-83, 2014.

<sup>36</sup> BRASIL, **Lei nº. 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

here is attached to the interest of the collectivity, without discussion into the merit of animal sensuousness, although this argument has extreme relevance in an analysis of the prohibition of animal's abuse. In this case, the principle of the full exercise of cultural events strongly limits the legal viability of the principle of protection of the environment and prohibition of ill-treatment<sup>37</sup>.

In the decision of *ADI 4.983*, the justice Marco Aurélio explained that the behavior of the Supreme Court in cases in which it was necessary to consider the right to the environment against individual rights, the collective interest has prevailed<sup>38</sup>. In addition, the justice based his vote in the empirical data evidenced by researches, thus, it is considered as indisputable the cruel treatment given to the animal species involved<sup>39</sup>. More detailed was the vote of justice Barroso, he pointed out that the Constitution has advanced in the field of animal ethics, being one of the few in the world to expressly prohibit animal's cruelty.

According the justice Barroso, the right to the environment does not condition this protection of animals, although inserted in article 225. Firstly, this clause prohibiting animal cruelty was inserted in the Constitution, based on the discussion in the constituent assembly about cruel practices against animals, especially the event called *farrado boi*, and not as a measure aimed at ensuring an environmentally balanced environment. Secondly, if the purpose of the constituent were just ecological, it would not be necessary to include the prohibition of cruelty practices against animals in the wording of art. 225, § 1, VII, since, in the same device, there is a duty to protect the fauna, and, it was also not for a preservationist purpose, since there is in the same provision a clause prohibiting practices that provoke the extinction of species<sup>40</sup>.

Then, the prohibition of cruelty to animals in the Constitution must be considered as an autonomous rule, so that their protection is not only due to an ecological or preservationist function, but in order that animals are not reduced to the mere condition of objects. The justice remembered that none of the animal related practices analyzed by the Supreme Court, alone, could destabilize the environment, jeopardize the ecological function of the fauna or cause species extinction. All of these practices, however, subjected the animals involved to cruelty and, for that sole reason, were declared incompatible with the Constitution<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> GRUBBA, Leilane Serratinne; CADORE, Caroline Bresolin Maia. Proteção ao meio ambiente, aos animais e o direito à cultura: a aplicação da fórmula do peso refinada de Robert Alexy. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, v.12, n. 02, p. 193-219, mai./ago. 2017. p. 212

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 4.983**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio, p. 3

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 4.983**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio, p. 5

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 4.983**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio, p. 41-42.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 4.983**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do

The Supreme Court had already appeared in cases involving the collision between the protection of cultural manifestations and the restriction of cruelty against animals, before the ADI 4.983. In the Extraordinary Appeal 153.531, it was discussed the cultural manifestation, called "*farra do boi*", by majority vote, the Second Panel understood that this practice is unconstitutional. In the ADI 1.856 and 2.514, the Court took similar decisions on whether the competitions known as "*rinha de galo*". In both cases the solution adopted was the prevalence of the preservation of the environment' constitutional rule, followed by imposition of legal limits on cultural manifestations. Thus, the *vaquejada* case was not the first time the Supreme Court judged in the sense of harmonizing the public liberties to resolve specific conflicts between cultural manifestations and protection to the environment.

The analysis of ADI nº. 1.856/ RJ of 2011, ADI nº. 2.514/SC of 2005, related to the practice of "*rinha de galo*" and "*farra do boi*", respectively, both hold their declared unconstitutionality, in the sense that the solution adopted in these precedents is by the prevalence of the constitutional rule of preservation of the environment and corresponding imposition of legal limits on cultural manifestations, a circumstance in which the submission of mistreatment and cruelty to animals must be observed. Thus, it is not new for the Federal Supreme Court to manifestate itself in the sense of harmonizing public liberties to resolve specific conflicts between cultural manifestations and protection of the environment, with the predominance of avoiding practices of inadequate treatment of animals, even within contexts cultural and sports, notwithstanding the fact that it is also a parameter of constitutional protection.

It is visible that, the activities already declared unconstitutional by this Court are cultural manifestations with characteristics of entertainment and not of another nature, as, for example, religious. On the other hand, the *vaquejada* also possesses entertainment characteristics, since it is a recreational-competitive activity, with characteristics of sport. Indeed, according to the character of the practices analyzed by the Court and in the need to keep the interests housed in the constitutional rules in collision, justice Barroso considered more appropriate balancing between them and state that "cultural manifestations with entertainment characteristics that subject animals to cruelty are incompatible with the Constitution, when its regulation is impossible to avoid cruel practices, without the practice itself being de-characterized"<sup>42</sup>. Thus, for six judges, the majority of the court, animal suffering is intrinsic to *vaquejada*.

However, justice Edson Fachin and other four justices voted on the sense to preserve what was considered Nordeste's cultural heritage. For justice Fachin, the case needs to be analyzed with a view that reaches the reality of the rural population. It is

---

Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio, p. 42.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 4.983**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio, p. 46.

necessary to put aside a unilateral vision of an urban society. On the contrary, the *vaquejada* constitutes a way of creating, doing and living of the *sertanejo*, justice Fachin used these expressions “create, do and live”, because they are found in the exact terms of section II of article 216 of the Constitution<sup>43</sup>. Thus, for the minority of the Supreme Court, the right to cultural manifestation must be protected, as long as it may exist *vaquejada* without animal suffering (or with a minimum suffering).

Thus, in the case of *vaquejada*, within the interpretation of the Supreme Court, the consideration is that the principle of protection of cultural manifestations has less concrete weight than the principle of protection to the environment (animals). It demonstrates, then, a link of primacy in the concrete case of the principle of protection to the environment over the principle of protection of cultural manifestations<sup>44</sup>.

It is possible to affirm that the decision of the Supreme Court that considers the preservation of animal dignity against any cruel cultural/sportive practice should link the whole country's judiciary, developing a new vision of animal dignity and, extirpating the idea of anthropocentrism. Likewise, the duty to preserve animal dignity arises in the Public Administration, giving it the opportunity to concretize the preservation of the environment and to combat cruel cultural practices to animals. Consequently, the result expressed in the ADI 4.983 constitutes true landmark of the breakdown of paradigms in the form of looking at animal law, this means, outside the human egocentrism, traditionally turned to the belief that humans are radically different from all other animals<sup>45</sup>.

However, it is important to point out that, in the first day of November 2016, less than a month after the Supreme Court decided the ADI 4.983, the Senate approved the House's Bill nº. 24/2016, written by Deputy Captain Augusto (PR-SP), which elevates the rodeo (*rodeo*) and *vaquejada* to the status of national cultural manifestation and intangible cultural heritage. The project was sanctioned and entered into force on November 29, 2016 as law nº. 13.364. Anyhow, the federal law, on its own, had no practical effect, given the repercussion of the Supreme Court judgment. Nevertheless, this movement of the Congress already denotes a diverging position between the Congress and the Court.

On June 6, 2017, Congress promulgates Constitutional Amendment 96 (EC) which adds paragraph 7 to article 225 of the Constitution. This article states that sporting practices that use animals are not considered cruel under the following conditions:

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 4.983**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio, p. 15.

<sup>44</sup> GRUBBA, Leilane Serratine; CADORE, Caroline Bresolin Maia. Proteção ao meio ambiente, aos animais e o direito à cultura: a aplicação da fórmula do peso refinada de Robert Alexy. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, v.12, n. 02, p. 193-219, mai./ago. 2017. p. 216

<sup>45</sup> SILVA, Tagore Trajano de Almeida; VIEIRA, Laira Correia de Andrade. A inconstitucionalidade da *vaquejada*: uma análise da dignidade animal sobre a ADI nº. 4983 e a lei estadual nº. 15.299/13. **AREL FAAR**, Ariquemes, v. 4, n. 3, p. 42-60, set. 2016. p. 44

*For the purposes of the final part of item VII of § 1º of this article, sporting practices that use animals are not considered cruel, as long as they are cultural manifestations, according to § 1º of article 215 of this Federal Constitution, recorded as an intangible asset that is part of the Brazilian cultural heritage, and must be regulated by a specific law that ensures the welfare of the animals involved<sup>46</sup>.*

This proposed amendment, which had an accelerated procedure both in the Senate and in the Chamber of Deputies, had its rite questioned in the Supreme Court in a writ of mandamus. The petitioner, Dep. Marcelo Henrique Teixeira Dias (PR-MG) argued that by including the proposed Constitutional Amendment - PEC 304/2017 (called *vaquejada* amendment) on the agenda and not being aware of the point of order formulated by him, the authority violated its certain right to participate in a legislative process, violating constitutional, legal and regimental norms. Also, the deputy pointed out that the Federal Senate had not observed a minimum period of five days between the two rounds of voting in that House, since both votes were on February 14, 2017, with only half an hour between one and another poll.

However, Justice Ricardo Lewandowski dismissed the writ of mandamus as impracticable because he understood that it was not the role of the judiciary to intervene in an internal matter of the Congress. In his vote, the Justice affirms that it is important to state in the merit of this warrant that in the republican regime there is a horizontal sharing of power between the Legislative, the Executive and the Judiciary, for they are independent and harmonious among themselves (Article 2 of the Constitution). Based on this basic constitutional rule, the guidance of the Supreme Court is solid in the sense that issues pertaining to the interpretation of regimental rules of the Congress are of internal nature, which are beyond judicial review.

In this way, it was not possible for the mandamus to advance and even discuss if, by giving a special procedure to the amendment, the parliamentarians applied well or badly the regimental rules. In addition, he pointed out that the Supreme Court's had already established that the Constitution does not establish the interval between voting rounds in the procedure of amendment to the Constitution. For all these reasons, Justice Lewandowski extinguished the action based on the previous decisions of the Supreme Court on the fundamental issue, which prevents its interference in the strictly domestic sphere of the Congress<sup>47</sup>.

This amendment can be understood as an attempt of the Congress to overcome the Court (reversal of constitutional interpretation), a manifestation of congressional

<sup>46</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 34802 MC**. Impetrante: Marcelo Henrique Teixeira Dias. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Ricardo Lewandowski.

activism. The EC 96/2017 is an example of what constitutionalist doctrine calls the backlash effect. In very simple words, backlash effect consists in a conservative reaction of part of the society or, in this particular case, of the political forces (Congress) after a liberal decision of the Court in a controversial issue.

The negative side of the backlash effect occurs as a process that can be explained as it follows. In a matter that divides public opinion, the Judiciary makes a liberal decision, taking a vanguard position in the defense of fundamental rights, in the specific case of animal rights. As the social conscience is still not well consolidated, the judicial decision creates a tension with the conservative speeches<sup>48</sup>. The criticism of the judicial decision entails a change in public opinion, capable of influencing the electoral choices of a large part of the population<sup>49</sup>. With this, the candidates who adhere to the conservative speech usually conquer more political space. The conservative political group now is able to pass laws and other measures that match its view of the world<sup>50</sup>. As the political power also influences the composition of the Judiciary, since the members of the Supreme Court are indicated politically, it opens a space for change of understanding within the very judicial power. After all, there could be a legal setback that could create a normative situation even worse than the one that existed before the court decision, harming the groups that were supposed to benefit from that decision<sup>51</sup><sup>52</sup>.

Finally, this amendment is also being discussed in an *ADI*, filed on June 13, 2017, by the National Forum for Protection and Animal Defense. In this action, the organization claims that the amendment 96/2017 suppressed the core of the right to a balanced environment, since it affects in the prohibition on the submission of animals to cruel treatment. The organization also claim that the rule also offends the Article 60 (paragraph 4, item IV), according to which the proposal would characterize an amendment that abolishes an hard clauses, among which the fundamental right to animals is situated. Decision of the Supreme Court that found unconstitutional laws on *vaquejada* was cited as important precedent on the subject, because the Court considered these activity intrinsically violent and cruel to animals. The National Forum for Protection and Animal Defense calls for an order to suspend the effectiveness of the rule, and, on merit, that

<sup>48</sup> KLARMAN, Michael. How Brown changed race relations: the backlash thesis. *The Journal of American History*, v. 81, n. 1, p. 81-118, 1994.

<sup>49</sup> KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. In: *Hart Lecture at Georgetown Law Center*, 31 Mar. 2011. Speaker's Notes.

<sup>50</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 373-433, 2007.

<sup>51</sup> SIEGEL, Reva. Same-sex marriage and backlash: constitutionalism through the lens of consensus and conflict. *Max Weber Lecture*, n. 04, 2016.

<sup>52</sup> BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Têmis; CRISTIANETTI, Jessica. O refluxo em Roe versus Wade: uma reflexão à luz do diálogo entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 21, n. 3, p. 987-1011, set/dez. 2016.

the Court declares the unconstitutionality of the amendment. The case is under the responsibility of Justice Dias Toffoli, who applied the abbreviated procedure of article 12 of Law 9.868/99 to the case, so that the decision can be made definitively, without preliminary examination of injunction, due to the relevance of the matter<sup>53</sup>.

## 6. POSSIBILITY TO OVERCOME THE PROBLEMS AND LIMITATIONS

The role of courts under the Separation of Powers in its idealized version should be limited to determining whether an action of one of the powers is under its competences derived from the Constitution, if it is outside its competence, then there would be unconstitutionality and need for review by the other powers – contrary to some existing constitutional aspects, for example, the Brazilian Constitution gives far too much power to the Judiciary as a guardian to exercise the judicial review. But at the same time, if it was otherwise, a possible contradiction would appear: if the legislature overcomes a decision of the Supreme Court, that is a mean of constraining the power of the judiciary in its exercise. Such complex problem still has no sufficing answer.

The proposal here defended that seems to provide the most adequate answer is of constitutional dialogue. It's not completely new, or free of problems, but it is a way of seeing the constitutional process that does not believe in a final word, for there is nothing to prevent the other powers from responding to a previous decision. Thinking in terms of dialogue makes it possible for a continuity of the political debate, while also maintaining a circularity of the Separation of Powers "that only terminates or stabilizes when it reaches a minimal agreement, even if it is provisional"<sup>54</sup>. And as the Rule of Law is made of procedures and safeguards, it is possible to avoid oscillations, revisions, or constant mutations while still being open to debate.

But how is it possible to walk towards a Separation of Powers that is not simply adversarial? Firstly, the Judiciary assumes the role of acting as only one of the forums for discussion, allowing society to achieve the conception it deems most appropriate. The meaning of the constitution is to be given not only by the powers, but by the people themselves, in an integrated dialogue. For such possibility, a dialogic theory that fuses Equilibrium and Partnership is presented. The Equilibrium theory of dialogue is a theory that views a way of "fostering society-wide constitutional discussion that ultimately leads to a settled equilibrium about constitutional meaning"<sup>55</sup>. Even more, such

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 5728**. Requerente: Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal. Requeridos: Mesa da Câmara dos Deputados e Mesa do Senado Federal. Relator: Min: Dias Toffoli.

<sup>54</sup> MENDES, Conrado Hübner. Not The Last Word, but Dialogue: Deliberative Separation of Powers II. **Legisprudence**, [s.l.], v. 3, n. 2, p. 191-246, 2009. p. 216.

<sup>55</sup> BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of the constitutional dialogue. **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**, New York, p. 1-85, 2005. p. 57.

dialogue is an open door for "the possibility of self-revision and transformation over time as the nation's self-understanding grows and changes"<sup>56</sup>.

Such equilibrium must communicate with a Partnership Theory in order to be more complete, the belief is that institutional dialogue should be created in society, and institutional mechanisms are seen as the best way to strengthen and provide institutional dialogue. As a result, the Judiciary, because of its direct political isolation, is entrusted with recognizing the situations limiting fundamental rights, while the legislative formulates policies, making the way possible for the dialogue to strengthen the protection of fundamental rights; "The partnership model of dialogue centers on the recognition that the differently situated branches of government can make distinct contributions to constitutional dialogue in a way that does not privilege the judicial role"<sup>57</sup>. The fusion between equilibrium and partnership enables a reconciliation of democratic concerns and institutional ones.

The institutional dialogue involves a permanent action of reciprocal provocations, whose objective is the improvement of the effectiveness of the Constitution. So it is possible to flexibilize the constitutional jurisdiction by accepting that there is some political dimension on the judicial review, even though not in the traditional form of politics. Such dimension explicitly overcomes the judiciary as only technical and the myth of its neutrality, for it has a role in political questions. What matters is the design we give to such a role, finding ways to adequately limit it.

It is necessary, in addition to a less activist stance on the part of the constitutional court, a commitment of the other political actors to participate in the prescribed form of procedures, instead of simply submitting to the judicial decisions, distancing from legislative inertia and the interest in transferring to the judiciary the burden of deciding on certain socially relevant issues. What is important is the manifestation of the most varied subjects, who must use the procedures inherent to the Rule of Law to have a political and legal voice, including the different powers. As such, we also believe that "the ratio of the separation of powers in democratic constitutional states is not the repression and facilitation of political power, but rather the organization of a model of law-making in which individual and democratic matters of self-determination gain equal recognition"<sup>58</sup>

There are already some steps towards such dialogue in Brazil<sup>59</sup>, but it is facing ups and downs more than we would like. And if we simply understand dialogue as

<sup>56</sup> BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of the constitutional dialogue. **New York University Public Law and Legal Theory Workin Papers**, New York, p. 1-85, 2005. p. 66.

<sup>57</sup> BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of the constitutional dialogue. **New York University Public Law and Legal Theory Workin Papers**, New York, p. 1-85, 2005. p. 70.

<sup>58</sup> MÖELLERS, Christoph. **The Three Branches**: A Comparative Model of Separation of Powers. Cambridge: Oxford University Press, 2013. p. 109.

<sup>59</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investi-**

"in that ongoing (and apparently, never-ending) enterprise of revealing and updating constitutional meaning"<sup>60</sup>, too many conflicts between the powers can be dialogue, even those who are mere power struggles, and no minimal provision settled, which is the goal of dialogue. The concept for what constitutes dialogue between the powers still needs to be more precised in order to be truly operational. Although Garcia makes a statement with the constitutionalism of latin american in mind, the diagnostics is the same, that "The principle of 'separation of powers' is always alive and still forms the foundation of our democratic societies"<sup>61</sup>. Therefore, designing constitutional dialogue is essential to make the Separation of Powers practical.

The defended dialogic theory cannot overcome the problematic of judicial review completely, and for such the vision that "the role of the courts in defending individual rights must remain"<sup>62</sup><sup>63</sup> is still a diagnostics that wasn't overcame completely by any theory. A good dialogic theory is one that integrates both society and its institutions, but living up to such theory is still only a dialogic promise.

## 7. FINAL CONSIDERATIONS

The Separation of Powers presented here was as one of several possible political choices within the political choice denominated constitutionalism, which works under the Rule of Law. The Rule of Law can be seen as a process and it communicates with the Separation of Powers. The process constitutes of diffusion, internalization, supervision, inspection and judgment. It is a vitally important process, but also idealized. The Separation of Powers provides how this process would happen, and for such, would be one of the essential principles for a functional institutional articulation in a Rule of Law. In this way, the Rule of Law implies a requirement for the adequate participation of each of these powers in accordance with their established prerogatives.

What is intended, then, is a distinction of the integrity of each of the powers, theoretically creating a scenario in which it is possible for the subjects to confront the political power in different ways within a Rule of Law. Thus, articulated governance through successive phases maintains its own integrity, through the distinction and maintenance of the powers themselves, ensuring the dignity of the legislation, the independence of the judiciary and the administrative authority of the executive.

---

**gações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014.

<sup>60</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014. p. 84.

<sup>61</sup> GARCIA, Jean-René. Montesquieu y la Separacion "del" Poder en America Latina. **Perfiles de las Ciencias Sociales**, [s.l.], n. 2, p. 125-156, 2014. p. 154.

<sup>62</sup> VILE, Maurice J. C. **Constitutionalism and the separation of powers**. Indianapolis: Liberty Found. Inc., 1998. p. 403.

<sup>63</sup> Although Vile makes such statement with the Administrative State in mind, it is still a shared point view with the present work. It also supports the affirmation that no current theory can completely overcome the role of the judiciary in reviewing.

However, such conception is idealized for it overlooks what happens in the real world. For example, Courts not only more strongly review actions than other powers, but they also say constitutional meaning and create Law. The practice of Law has moved away from such a hard and rigid conception of the Separation of Powers, and therefore, there is a need to adapt the theory to new problems, instead of just going away at it. In this scenario, the dialogic theories come forth with great potential to overcome these difficulties. The possibility of equilibrium and partnership between powers through dialogue seems to be a reasonable end to pursue, even though it takes an institutional maturity that is still to be achieved; there is also the need of a delimitation for a more precise concept of dialogue.

Combining democracy and different institutions is an important step in order to promote more effectively different interests. Still, a warning must be held in the sense of also not falling in an idealization: will dialogue always be possible? Such question still remains open, and possibly can only be answered through trial and error. Nevertheless, steps have been taken to shed new light on the Separation of Powers. Understanding how it works in the idealized vision is important to make sure we know where we want to take it, how we can implement it and what developments we still need to work on.

## 8. REFERENCES

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of the constitutional dialogue. **New York University Public Law and Legal Theory Workin Papers**, New York, p. 1-85, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 ago. 2016

BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.220/2001**. Institui normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, 12 abr. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 4.983**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4425243>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 5728**. Requerente: Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal. Requeridos: Mesa da Câmara dos Deputados e Mesa do Senado Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5728&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 20 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 34802 MC.** Impetrante: Marcelo Henrique Teixeira Dias. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acao-rito-pec-vaquejada-inviavel.pdf>>. Acesso em 7 set. 2017.

BONILLA-MALDONADO, Daniel Eduardo. La Arquitectura Conceptual del Principio de Separación de Poderes. **Vniversitas**, [s.l.], n. 131, p. 231-276, 2015.

BRITO, Renan Moreira de Norões. Lei 15.299 de 2013/CE: consagração do direito fundamental à liberdade de manifestação cultural ou legitimação dos maus tratos contra animais?. **Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, Macapá, n. 6, p. 69-83, 2014.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Têmis; CRISTIANETTI, Jessica. O refluxo em Roe versus Wade: uma reflexão à luz do diálogo entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, v. 21, n. 3, p. 987-1011, set./dez. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CEARÁ. **Lei n. 15.299/2013**. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Diário Oficial do Estado, Poder Executivo, Ceará, 8 jan.2013.

CORVALÁN, Juan G. Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 225-256, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/riinc.v2i1.43661>

GARCIA, Jean-René. Montesquieu y la Separacion "del" Poder en America Latina. **Perfiles de las Ciencias Sociales**, [s.l.], n. 2, p. 125-156, 2014.

GRUBBA, Leilane Serratinne; CADORE, Caroline Bresolin Maia. Proteção ao meio ambiente, aos animais e o direito à cultura: a aplicação da fórmula do peso refinada de Robert Alexy. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, v.12, n. 02, p. 193-219, mai./ago. 2017.

GORDILHO, Heron José de Santana; FIGUEIREDO, Francisco José Garcia. A vaquejada à luz da Constituição Federal. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 78-96, Jul./Dez. 2016.

HONNETH, Axel. **The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts**. Cambridge: The MIT Press, 1996.

KLARMAN, Michael. How Brown changed race relations: the backlash thesis. **The Journal of American History**, v. 81, n. 1, p. 81-118, 1994. Disponível em <[www.jstor.org/stable/2080994](http://www.jstor.org/stable/2080994)>. Acesso em: 13 set. 2017.

KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. In: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, 31 Mar. 2011. Speaker's Notes. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/2>>. Acesso em: 13 set. 2017.

KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Trad. Carlos Luiz Strapazzon. Florianópolis, 2015. p. 215–266.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

MENDES, Conrado Hübner. Not The Last Word, but Dialogue: Deliberative Separation of Powers II. **Legisprudence**, [s.l.], v. 3, n. 2, p. 191-246, 2009.

MEYER-PFLUG Samantha Ribeiro; CAMARGO, M. L. M. S.. O ativismo judicial e a tripartição de poderes. **E-CIVITAS**, v. IX, p. 153-174, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MÖELLERS, Christoph. **The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers**. Cambridge: Oxford University Press, 2013.

MUTH, John. Rational Expectations and the Theory of Price Movements. **Econometrica**, [s.l.], v. 29, p. 315–335, 1961.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, p. 373-433, 2007. Disponível em <[https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf](https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2017.

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. Estado e governo: diferença conceitual e implicações práticas na pós-modernidade. **Revista UNIARA**, [s.l.], v. 21/22, p. 140-145, 2009.

SIEGEL, Reva. Same-sex marriage and backlash: constitutionalism through the lens of consensus and conflict. **Max Weber Lecture**, n. 04, 2016. Disponível em: <<http://diana-n.iue.it:8080/handle/1814/41324>>. Acesso em 18 ago. 2017.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida; VIEIRA, Laira Correia de Andrade. A inconstitucionalidade da vaquejada: uma análise da dignidade animal sobre a ADI nº. 4983 e a lei estadual nº. 15.299/13. **AREL FAAR**, Ariquemes, v. 4, n. 3, p. 42-60, set. 2016.

SIQUEIRA FILHO, Valdemar; LEITE, Rodrigo de Almeida; LIMA, Victor Breno de. A prática da vaquejada em xeque: considerações sobre a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.983. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 10, n. 20, p. 59-80, set./dez. 2015.

VILE, Maurice J. C.. **Constitutionalism and the separation of powers**. Indianapolis: Liberty Found. Inc., 1998.

WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **Public Law and Legal Theory Research Paper**. Working Papers n. 08-50, 2008.

WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. **Boston College Law Review**, Boston, v. 52, n. 2, p. 433-468, 2013.

WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory: Essays on Institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.



## Los mecanismos de control constitucional aplicados a los actos administrativos en el Derecho Mexicano

*Constitutional control mechanisms applied to administrative acts in Mexican Law*

LUIS JOSÉ BÉJAR RIVERA\*

Universidad Panamericana (México)

<http://orcid.org/0000-0002-1898-527X>

ljbejar@up.edu.mx

RODRIGO SALAZAR MUÑOZ\*\*

Universidad Panamericana (México)

<http://orcid.org/0000-0001-9187-3226>

rsalazar@salazaryasociados.com.mx

Recebido/Received: 25.10.2017 / October 25<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 30.12.2017 / December 30<sup>th</sup>, 2017

### Resumen

El objeto de este trabajo es identificar al acto administrativo y sus elementos esenciales y cómo éstos pueden identificar un fundamento constitucional, de tal forma, que cuando se aplican los diversos mecanismos de control constitucional en el derecho mexicano, encontramos la forma en la cual se ejerce el control constitucional de los actos administrativos, más allá del llamado control de la legalidad administrativa y, cómo es que dichos controles constitucionales se desenvuelven ante la autoridad administrativa, la autoridad jurisdiccional o el juez judicial.

**Palabras-clave:** acto administrativo; control constitucional; Constitución; constitucionalidad; México.

### Abstract

*The purpose of this paper is to identify the administrative decisions and its essential elements and how they can be identified on a constitutional basis, hence, how is it the various mechanisms of constitutional control in Mexican law are applied; in which way are exercised the constitutional control of administrative decisions, beyond the so-called control of administrative legality, and how such constitutional controls are carried out before the administrative authority, the administrative tribunal or the judicial judge.*

**Keywords:** administrative act; constitutional control; Constitution; constitutionality; Mexico.

Como citar esse artigo/How to cite this article: BÉJAR RIVERA, Luis José; SALAZAR MUÑOZ, Rodrigo. Los mecanismos de control constitucional aplicados a los actos administrativos en el Derecho Mexicano. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 41-62, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56035.

\* Profesor Investigador de la Universidad Panamericana – Facultad de Derecho (Augusto Rodin, 498, Ciudad de México, 03920, México). Doctor en Derecho y Maestro en Ciencias Jurídicas por la Universidad Panamericana, Cíampus México. Licenciado en Derecho por el ITESO. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Visiting Research Fellow de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montreal. E-mail: ljbejar@up.edu.mx.

\*\* Profesor de la Universidad Panamericana – Facultad de Derecho (Augusto Rodin, 498, Ciudad de México, 03920, México). Doctor en Derecho, Maestro en Ciencias Jurídicas, Maestro en Derecho Administrativo y Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana, Cíampus México. Profesor de la Universidad La Salle, Campus México. Asociado al Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. E-mail: rsalazar@salazaryasociados.com.mx.

## SUMARIO

1. Introducción; 2. El acto administrativo y sus elementos; 3. El fundamento constitucional del acto administrativo; 4. Los mecanismos de control constitucional del acto administrativo; 5. Conclusiones; 6. Referencias.

### 1. INTRODUCCIÓN

Históricamente, en el derecho mexicano, el control constitucional de los actos de autoridad ha jugado un papel preponderante. De hecho, mucho tiempo antes de la existencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas en nuestro sistema, ya se encontraba claramente establecido el papel que el Juicio de Amparo, como instrumento de control constitucional por excelencia, tenía y tiene en México.

Aún más, de hecho, durante mucho tiempo, prácticamente a lo largo del todo el siglo XIX no se contó con un sistema de contencioso administrativo, debido a la inclinación judicialista de nuestro modelo constitucional<sup>1</sup> y que históricamente ha sido sostenido. Adicionalmente, precisamente el modelo de amparo que se había venido desarrollando a lo largo de los años generó (si acaso recientemente empieza a tener algún cambio) un control concentrado de constitucional de los actos de autoridad, por ende, incluidos los actos administrativos.

Con la promulgación de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo se emperaron a generar las bases para un desarrollo de las instituciones jurídico-administrativas (no es que no existiesen antes, pero en cuanto a su control, estaba prácticamente en manos del juicio de amparo) y pocos años después, con la ampliación de la competencia sobre la materia administrativa al entonces Tribunal Fiscal de la Federación (hoy, Tribunal Federal de Justicia Administrativa), el cual se encuentra fuera del Poder Judicial, destacando así, nuestro sistema dualista.

En este trabajo expondremos las reglas del modelo mexicano de control constitucional de los actos administrativos, teniendo como punto de partida a los elementos del acto administrativo y la forma en que constitucionalmente pueden ser valorados por nuestros jueces, sean jurisdiccionales o judiciales.

Además, analizaremos los fundamentos que, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra en relación los actos administrativos, teniendo como punto de partida, que dicho ordenamiento simplemente los alude como actos de autoridad.

---

<sup>1</sup> Sobre este particular, Cfr. BÉJAR RIVERA, Luis José. La dualidad jurisdiccional en materia administrativa en México. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; VÁZQUEZ IRIZARRY, William; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María, (Coords.) **Contenciosos administrativos en Iberoamérica**. t. I. San Juan: Universidad de Puerto Rico, 2015.

Por último, mostraremos el comportamiento de los mecanismos de control constitucional sobre los actos administrativos, haciendo la valoración correspondiente respecto de su prospección.

Finalmente, resulta importante destacar que el presente trabajo no es exhaustivo, al ser imposible agotar la totalidad de los temas que se abordan durante este trabajo. Por ello, hemos optado por concentrar la mayor información posible, pero, en más de algún caso, la hemos obviado, para facilitar el acercamiento al mismo.

Con nuestra investigación pretendemos mostrar las principales generalidades sobre la operatividad del control constitucional sobre la institución jurídica del acto administrativo, dentro del derecho mexicano, mostrando sus limitantes y retos, al igual que su comportamiento.

## 2. EL ACTO ADMINISTRATIVO Y SUS ELEMENTOS

Sin duda, uno de los grandes pilares del derecho administrativo constituye la categoría del acto administrativo. A partir de él, la Administración Pública decide sobre una situación jurídico-administrativa que provoca la afectación de los administrados.

El acto administrativo se convierte en un mecanismo de previsibilidad de la actuación administrativa, así como su estricto apego a derecho. Aún en sistemas anglosajones, donde la categoría de acto administrativo goza de amplia flexibilidad, se considera la existencia de una decisión administrativa que regula una multiplicidad de situaciones en diferentes sectores en pos del interés general<sup>2</sup>.

En términos generales y sin pretender introducirnos en el debate sobre la conceptualización del acto administrativo, para efectos de este trabajo, partimos del entendimiento de esta institución consiste en la manifestación unilateral de la voluntad administrativa que crea consecuencias jurídicas concretas sobre un particular, en ejercicio de una potestad de derecho administrativo.

Todo acto administrativo se integra por un conjunto de elementos esenciales, que varían de acuerdo a la postura doctrinal que se adopte, como sostiene el profesor argentino Miguel S. Marienhoff, quien menciona que: "En el terreno doctrinario hay gran desconcierto en lo atinente a los 'elementos' del acto administrativo. No sólo los tratadistas no están de acuerdo acerca de cuáles son dichos elementos, sino que tampoco lo están acerca del significado de algunos de ellos. Del mismo modo, no siempre un mismo elemento es denominado de la misma manera [...]"<sup>3</sup>

Reiteramos que el debate es amplio respecto<sup>4</sup> de los elementos del acto administrativo y que no es nuestro deseo agotarlo en este trabajo. Sobre el particular, nos

<sup>2</sup> Al respecto, Cfr. GARANT, Patrice. **Droit administratif**. 6. ed. Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2010. p. 160-161.

<sup>3</sup> MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. t. II. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. p. 249 y 250.

<sup>4</sup> Sobre este particular, Cfr. BÉJAR RIVERA, Luis José. **El acto administrativo y su finalidad**. Ciudad de México: Porrúa, 2016.

limitaremos a mencionar que nos hemos decantado por la postura de los profesores españoles Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramo<sup>5</sup>, quienes distinguen cuatro elementos esenciales: a) Elemento Subjetivo, b) Elemento Objetivo, c) Elemento Formal y, d) Elemento Teleológico.

Los anteriores elementos se encuentran íntimamente vinculados a la validez y eficacia<sup>6</sup> del acto administrativo. No obstante, consideramos que limitar la idea de los elementos del acto a su validez puede provocar un reduccionismo, que sea incapaz de plasmar su esencia.

En cuanto al primero de los elementos del acto administrativo, *el elemento subjetivo*, destacamos que existe consenso doctrinal respecto de que éste elemento descansa, de manera primordial, en la Administración Pública como sujeto emisor y ejecutor del acto<sup>7</sup>.

Es por ello que, de manera frecuente, el elemento subjetivo del acto administrativo depende de las características de la competencia de la Administración. Al respecto, el profesor mexicano Gabino Fraga señala que: "La amplitud de la función administrativa impone por una parte la necesidad de crear múltiples órganos que se caracterizan por ser esferas especiales de competencia, y por otra parte, por requerir de personas físicas que ejerciten esa competencia."<sup>8</sup>

La competencia de la Administración debe estar prevista en el conjunto de normas objetivas que otorguen potestades para actuar a los funcionarios, entre las que se encuentran la Constitución, la ley y las normas reglamentarias. Al respecto, Gamero Casado y Fernández Ramos señalan: "el órgano que debe dictar el acto se encuentra establecido en las normas atributivas de las competencias administrativas [...] requiere de una norma atributiva concreta y sólo podrá alterarse el ejercicio de la competencia por los mecanismos ya conocidos: delegación, avocación, sustitución, etc."<sup>9</sup>

De la mano de la competencia, o mejor dicho, como parte de un ejercicio adecuado de la competencia por parte del funcionario público, se entiende que éste debe estar debidamente investido para ejercer el cargo, cerciorándose además de que el depósito de la potestad pública corresponda adecuadamente con la persona idónea para ello<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> GAMERO CASADO, Eduardo; FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. **Manual Básico de Derecho Administrativo**. Madrid: Tecnos, 2008. p. 337 y sigs.

<sup>6</sup> Cfr. ROLDÁN XOPA, José. **Derecho Administrativo**. Ciudad de México: Oxford University Press, 2008. p. 15.

<sup>7</sup> Esta posición es sostenida por autores como Nava Negrete y Pérez Dayán, quienes centran esta distinción en el aspecto organicista de la Administración. Sobre este particular, *Cfr. NAVA NEGRETE, Alfonso. Derecho administrativo mexicano*. 2. ed. Ciudad de México: FCE, 2001. p. 354; también: *Cfr. PÉREZ DAYÁN, Alberto. Teoría General del Acto Administrativo*. Ciudad de México: Porrúa, 2003. p. 108.

<sup>8</sup> FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. 28. ed. Ciudad de México: Porrúa, 1989. p. 122.

<sup>9</sup> GAMERO CASADO, Eduardo; FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. **Manual Básico de Derecho Administrativo**. Madrid: Tecnos, 2008. p. 377.

<sup>10</sup> Este punto está plenamente ilustrado por la Tesis Aislada P. XLVIII/2005, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia

Sin embargo, aunque parece una obviedad, dentro del elemento subjetivo se halla el sujeto pasivo del mismo: el administrado. A él es a quien se dirige el acto administrativo y es quien recibe los efectos jurídicos de la decisión de la autoridad administrativa, plasmados en el acto.

Con lo narrado se demuestra que, el elemento subjetivo se integra, por una parte, por la Administración Pública, como sujeto activo que emite o ejecuta el acto; y, por otra parte, por el administrado, como sujeto que recibe las consecuencias jurídicas del acto, como un sujeto pasivo en la relación que se desprende del acto administrativo.

En otro orden de ideas, el objeto o *el elemento objetivo* del acto administrativo, en palabras del profesor español Fernando Garrido Falla, es: “[...] el efecto práctico que con dicho acto se pretende obtener [...]”<sup>11</sup>.

Complementando lo anterior, Marienhoff señala que hablar del objeto del acto es sinónimo de contenido, es decir: “[...] medida concreta que mediante el acto adopta la autoridad, siendo ello lo que diferencia a un acto de otro acto. De modo que ‘contenido’ del acto es lo que éste preceptúa; es el efecto práctico que el sujeto emisor se propone lograr a través de su acción voluntaria; es en fin, lo que por dicho acto se dispone.”<sup>12</sup>

En términos generales, la doctrina<sup>13</sup> ha sido consistente en referir que, el objeto del acto debe ser: a) lícito, b) posible y, c) cierto. Al respecto, entendemos: por lícito, que

de la Nación. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. México. Novena Época. Tomo XXII. Noviembre de 2005. p. 5, que señala textualmente:

“SERVIDORES PÚBLICOS. NO PUEDEN, VÁLIDAMENTE, CONOCER DE SU LEGITIMIDAD LOS TRIBUNALES DE AMPARO NI LOS ORDINARIOS DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSAS ADMINISTRATIVAS.- La noción de “incompetencia de origen” nació para significar los problemas que entrañaban la ilegitimidad de las autoridades locales por infracciones a las normas reguladoras de su designación o elección. Dicha incompetencia se distinguió de las irregularidades examinadas en el contexto de control de legalidad de los actos de autoridad, porque su conocimiento por los tribunales federales se traduciría en una intervención injustificada en la soberanía de las entidades federativas, y redundaría en el empleo del juicio de amparo como instrumento para influir en materia política. Sin embargo, la referida noción, limitada al desconocimiento de autoridades locales de índole política o judicial, se hizo extensiva a todos los casos en que por cualquier razón se discutiera la designación de un funcionario federal o local perteneciente, inclusive, al Poder Ejecutivo, o la regularidad de su ingreso a cualquier sector de la función pública, introduciéndose una distinción esencial entre la incompetencia de origen y la incompetencia derivada del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de lo que derivó que frente a los funcionarios de jure, se creó una teoría de los funcionarios de facto, es decir, aquellos cuya permanencia en la función pública es irregular, ya sea por inexistencia total o existencia viciada del acto formal de designación, o por ineficacia sobrevenida del título legitimante, frecuentemente debida a razones de temporalidad e inhabilitación. Ahora bien, el examen de la legitimidad de un funcionario y de la competencia de un órgano supone una distinción esencial, pues mientras la primera explica la integración de un órgano y la situación de una persona física frente a las normas que regulan las condiciones personales y los requisitos formales necesarios para encarnarlo y darle vida de relación orgánica; la segunda determina los límites en los cuales un órgano puede actuar frente a terceros. En ese sentido, el indicado artículo 16 no se refiere a la legitimidad de un funcionario ni a la manera como se incorpora a la función pública, sino a los límites fijados para la actuación del órgano frente a los particulares, ya que son justamente los bienes de éstos el objeto de tutela del precepto, en tanto consagra una garantía individual, y no un control interno de la organización administrativa. Por tanto, los tribunales de amparo ni los ordinarios de jurisdicción contenciosa administrativa federal pueden conocer, con motivo de argumentos sobre incompetencia por violación al artículo 16 constitucional, de la legitimidad de funcionarios públicos, cualquiera que sea la causa de irregularidad alegada, sin perjuicio de la posible responsabilidad administrativa o penal exigible a la persona sin investidura o dotada de una irregular.”

<sup>11</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo**. v. I. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2002. p. 595.

<sup>12</sup> MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. t. II. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. p. 272.

<sup>13</sup> Cfr. GAMERO CASADO, Eduardo; FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. **Manual Básico de Derecho Administrativo**. Madrid: Tecnos, 2008. p. 378; MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. t. II. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. p.

el acto administrativo esté ajustado plenamente a las normas de las cuales emana; por posible, que el acto sea viable fácticamente, es decir, que no sea contrario a la naturaleza de las cosas o de las situaciones; y, finalmente, por cierto, que el acto tenga un objeto claro, determinado o determinable<sup>14</sup>.

A propósito del objeto del acto administrativo, Juan Carlos Cassagne señala que:

*Si se trata de una actividad reglada, el objeto del acto administrativo aparecerá prede terminado por la norma, mientras en el supuesto de que fuera consecuencia del ejercicio de facultades discrecionales, aun cuando la Administración disponga de un amplio margen de libertad para emitir el acto, el objeto del mismo debe adaptarse al marco general normativo y al principio de legitimidad.<sup>15</sup>*

Por lo anterior es que, el objeto de todo acto administrativo descansa en aquello que le da su individualidad e identificación respecto del resto de actos administrativos<sup>16</sup>. Por ello, podemos señalar que el objeto del acto administrativo constituye a su vez, su propio contenido, que se conforma, Fernando Garrido Falla<sup>17</sup>, de tres subelementos: a) natural, b) implícito y, c) eventual.

El contenido natural se refiere al mínimo indispensable que distingue al acto administrativo del efecto específico concreto que se busca sobre un particular, en concreto. En palabras de Juan Alfonso Santamaría Pastor, refiere a la tipicidad del acto administrativo o a la inclusión de la medida permitida por la norma atributiva de la potestad que se ejercita en el caso concreto<sup>18</sup>.

El contenido implícito se refiere a todas aquellas situaciones inherentes al acto administrativo, que no sean expresas, al tratarse de las disposiciones previstas por las normas específicas que regulan al acto administrativo; esto es que, aún y cuando no se especifique en la propia redacción del acto, se plasma el contenido de la norma de la cual emana y que, en última instancia, aún y cuando no sea invocado, constituye parte del objeto del acto administrativo.

<sup>14</sup> 273. ACOSTA ROMERO, Miguel. **Teoría General del Derecho Administrativo, Primer Curso.** 14. ed. Ciudad de México: Porrúa, 1999. p. 830. CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo.** t. II. 7. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2002. p. 105.

<sup>15</sup> Tal y como está regulado por la fracción II del artículo 3º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, y, de forma escueta, está señalado en la fracción IV del diverso artículo 38 del Código Fiscal de la Federación.

<sup>16</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo.** t. II. 7. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2002. p. 105.

<sup>17</sup> No se debe perder de vista que tratándose del acto administrativo se tiene cierta tipicidad, es decir, en gran medida, los actos administrativos están diferenciados en los actos declarativos: permisos, licencias y autorizaciones, así como los actos registrales y, por otra parte, los llamados actos constitutivos: las concesiones, multas y en general, los actos derivados del derecho administrativo sancionador.

<sup>18</sup> Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo.** v. I. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2002. p. 595.

<sup>19</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Principios de Derecho Administrativo.** vol. II. 3. ed. Madrid: Ceura, 2002. p. 151.

Por último, el contenido eventual, en palabras de Santamaría Pastor: "admite la posibilidad de incorporar determinaciones accesorias no previstas normativamente en la medida en que las mismas viabilicen la constitución de una situación jurídica que, sin la misma, habría de ser denegada"<sup>19</sup>. En pocas palabras, nos referimos pues a situaciones como la condición, el modo y el término.

La idea fundamental que subyace a las posturas antes expuestas sobre el objeto del acto administrativo, se integra por dos características esenciales, que no deben confundirse con el acto de fundamentar y motivar: a) el fundamento y, b) el motivo.

El fundamento refiere a la norma atributiva y la norma habilitante, que proporcionan los instrumentos normativos necesarios para su actuar a la Administración. Por ello, el efecto jurídico concreto tiene su base en, como lo señala Hans Kelsen<sup>20</sup>, en un sistema dinámico normativo, que se integra a partir de un sistema establecido en la Constitución, la legislación positiva, la normatividad distinta de la ley, y por supuesto, que todo tiene su origen en un esquema de principios generales como supralegales.

Así, para que el objeto del acto administrativo pueda concretarse se requiere que tenga un fundamento en la norma (insistimos, no debemos de confundirlo con la obligación que tiene la autoridad de transcribir en el acto administrativo el fundamento aplicable al caso concreto). Se trata de la obligación de que la actuación administrativa efectivamente cuente con un fundamento normativo específico.

Por otra parte, el motivo se identifica con la llamada verdad material, es decir, la realidad que se impone y obliga a la Administración a actuar. En otras palabras, el motivo es la realidad que se impone frente a la norma jurídico-administrativa. Se trata de un ejercicio donde la realidad se debe de imponer sobre la norma, y no tratar de adecuarla a la norma.

Ahora bien, por lo que ve al *elemento formal*, el profesor mexicano Miguel Acosta Romero señala que la forma: "constituye la manifestación material objetiva en que se plasma el acto administrativo para el efecto de que pueda ser apreciada por los sujetos pasivos o percibida a través de los sentidos"<sup>21</sup>.

El elemento formal del acto administrativo refiere al revestimiento que lo envuelve, es decir, a la sujeción de las formas en cuanto a su génesis y emisión. En un sistema jurídico como el mexicano, en gran medida materializa a la seguridad jurídica consagrada constitucionalmente y que todo acto de autoridad debe resguardar.

Complementando lo anterior, Marienhoff menciona que la forma refiere a la manera en la que se expresa un acto administrativo, sin que se confunda con el objeto o

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Cfr. KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**. Trad. Eduardo García Maynez. 5. reimp. Ciudad de México: UNAM, 1995. p. 129-134.

<sup>21</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel. **Teoría General del Derecho Administrativo, Primer Curso**. 14. ed. Ciudad de México: Porrúa, 1999. p. 830.

contenido del propio acto, al tratarse de su manifestación o exteriorización del mismo. Por ello, la forma se traduce en: a) la sujeción de la Administración Pública a la legalidad y, b) que el particular vea sus derechos esenciales respetados.<sup>22</sup>

En este sentido, Gamero Casado y Fernández Díaz señalan que el elemento formal: "hace referencia a los requisitos formales que se imponen para la elaboración y producción de un acto administrativo. En el derecho Administrativo, el cumplimiento de las formas por parte de la Administración es especialmente exigido – principio de formas tasadas-, a diferencia de lo que sucede con el derecho privado, en el que impera el principio de libertad de forma."<sup>23</sup>

Así, dentro del elemento formal podemos distinguir, al menos, a los siguientes: a) el procedimiento, b) la forma en sentido estricto, c) la fundamentación y, d) la motivación. En cuanto al primero de estos elementos, en palabras del profesor argentino Roberto Dromi: "El procedimiento es en rigor respecto de la voluntad administrativa lo que el acueducto al agua, el conducto por el que transita –en nuestro caso- en términos de derecho, la actuación administrativa."<sup>24</sup>

El procedimiento es un presupuesto de existencia del acto administrativo, en cuanto que consiste en la previsibilidad de la actuación administrativa. Es una materialización de la seguridad jurídica en los actos de la autoridad administrativa, pues garantiza que la autoridad, al momento de emitir sus actos y resoluciones, está perfectamente ajustado a una serie de pasos a seguir, previamente regulados en ley Ley Federal de Procedimiento Administrativo, y que permitan al administrado, ejercer un derecho de audiencia durante el desarrollo del procedimiento y por tanto, garantizar el correcto resultado del acto administrativo.

No es gratuito que se pueda afirmar que no existe acto sin procedimiento, ni procedimiento sin acto.

Por su parte, aunque resulte obvio, la forma en sentido estricto se refiere a que todo acto administrativo deberá estar consagrado por escrito. Abundando un poco, las actuaciones administrativas procedimentales que preceden al acto administrativo, así como el acto administrativo mismo, deben estar plasmados por escrito, en lengua española<sup>25</sup>. Es importante destacar que por expresión escrita, en el derecho mexicano,

<sup>22</sup> Cfr. MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**, t. II. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. p. 266-268.

<sup>23</sup> GAMERO CASADO, Eduardo; FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. **Manual Básico de Derecho Administrativo**. Madrid: Tecnos, 2008. p. 380.

<sup>24</sup> DROMI, Roberto. **El procedimiento administrativo**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 30.

<sup>25</sup> De conformidad a lo dispuesto por el artículo 271 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en términos de su artículo 1. Sin embargo, por lo menos en teoría no podemos descartar la posibilidad de que el acto administrativo (y su procedimiento, deba estar escrito además en alguna otra lengua de las reconocidas por el derecho mexicano, en términos de la Ley General de Educación, así con su respectiva traducción al español, tratándose de administrados cuyo idioma no sea el castellano.

debemos de entender que se trata de una expresión en papel, o bien, por medios electrónicos<sup>26</sup>.

El último aspecto del elemento formal se refiere a la fundamentación y la motivación de todo acto administrativo. Así, como introducción a este punto, la Constitución mexicana señala textualmente: "Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento."<sup>27</sup>

Es importante señalar que el sentido que se utiliza de la fundamentación y motivación, aunque a rango constitucional no está limitada a un mero aspecto formal, y de alguna u otra manera podríamos inferir que se refiere también al fundamento y al motivo, consideramos que bajo ésta última perspectiva, se refiere más bien al elemento objetivo, y aún así, el texto del artículo 16 se refiere a la fundamentación y motivación como características que debe tener el acto por escrito, por lo que entonces podemos entenderlo en una referencia expresa a la forma.

En esta línea de pensamiento, complementando lo anterior, los profesores españoles Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach señalan que: "debe distinguirse entre los motivos del acto y la motivación del acto, de tal manera que todo acto administrativo ha de basarse en unos motivos, pero la motivación lo que supone es la exigencia formal de que se expresen, se enuncien, las razones que sirven de fundamental a la decisión."<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Hoy en día, encontramos que cada vez más se desarrolla el llamado e-government en México, de tal forma que una serie de trámites actualmente se pueden desahogar de forma electrónica. Esto ha sido particularmente utilizado en la materia tributario, sin embargo, también vemos la existencia del juicio contencioso administrativo en línea; los procedimientos licitatorios en línea, mediación en material de protección al consumidor en forma virtual, etc. Con el fin de ilustrar el peso de esta circunstancia, acudimos a la Tesis Aislada 2a.XCVII/2007, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. México. Novena Época. Tomo XXVI. Agosto de 2007. p. 638. Cuyo rubro y cuerpo señalan textualmente:

"FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA. EL HECHO DE QUE EL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN NO ESTABLEZCA SU DEFINICIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE LEGALIDAD.- El artículo 17-D del Código Fiscal de la Federación establece que cuando las disposiciones fiscales obliguen a presentar documentos, éstos deberán ser digitales y contener una firma electrónica avanzada del autor, salvo los casos previstos en el propio precepto, y que para esos efectos deberá contarse con un certificado que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de una "firma electrónica avanzada", expedido por el Servicio de Administración Tributaria cuando se trate de personas morales y por un prestador de servicios de certificación autorizado por el Banco de México cuando se trate de personas físicas, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos, el de la comparecencia del interesado o de su apoderado o representante legal en caso de personas morales, con la finalidad de acreditar su identidad. De lo anterior se concluye que no se viola la garantía de legalidad contenida en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por el hecho de que el Código Fiscal de la Federación no establezca una definición particular de lo que debe entenderse por "firma electrónica avanzada", pues del indicado numeral 17-D se advierte el propósito perseguido con ésta, el cual, además de identificar al emisor de un mensaje como su autor legítimo, como si se tratara de una firma autógrafa, garantiza la integridad del documento produciendo los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos con firma autógrafa, teniendo el mismo valor probatorio; lo anterior, en razón de que la firma electrónica avanzada está vinculada a un certificado expedido por una autoridad, en este caso, por el Servicio de Administración Tributaria, en el que constan los datos del registro respectivo."

<sup>27</sup> MÉXICO (Pais). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente al 25 de octubre de 2017.

<sup>28</sup> GALLEGUERO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel. **Acto y Procedimiento Administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 200.

Así, claramente podemos hacer la distinción entre el motivo (elemento objetivo, causa del acto administrativo) y la motivación (obligación de expresar dichos motivos en el acto administrativo).

Para los profesores argentinos Guido Santiago Tawil y Laura Mercedes Monti, la motivación es: "La exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo [...] la medida de los motivos y su determinación resulta incidida, a su vez, por otro elemento del acto administrativo: la finalidad."<sup>29</sup>

En pocas palabras, la motivación se traduce en la obligación de la autoridad al momento de emitir su acto administrativo, de externalizar su justificación o motivos de dicha emisión en el caso concreto, y esta obligación no es soslayable de ninguna manera, tanto por mandato constitucional, como por mandato legal.

Concluyendo este punto, la obligación constitucional de fundamentar el acto administrativo se refiere a la obligación o carga para la autoridad de expresar o externalizar en el acto administrativo los fundamentos aplicables al caso concreto, es decir, el fundamento (elemento objetivo) da la fuerza de la ley a la actuación administrativa, pero esto por sí mismo no resulta suficiente, pues es necesario que se exprese dicho fundamento en el acto, es decir, la fundamentación debe estar contenida en el acto<sup>30</sup>.

Por último, por lo que ve al *elemento teleológico*, donde se halla finalidad del acto administrativo, tenemos que señalar que se trata de un punto de difícil apreciación y juicio. Muchas son las disparidades al respecto entre los autores<sup>31</sup> y en el caso

<sup>29</sup> TAWIL, Guido Santiago; MONTI, Laura Mercedes. **La motivación del acto administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 1.

<sup>30</sup> Desde hace varios años, existen diversos criterios jurisprudenciales que señalan la obligación de que el acto administrativo contenga debidamente expresados los fundamentales legales de la actuación de la autoridad, simplemente como ilustración de este punto, invocamos la Tesis de Jurisprudencia 57/2001, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. México. Novena Época. T. XIV. Noviembre de 2001. p. 31. con la voz y cuerpo: "COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. EN EL MANDAMIENTO ESCRITO QUE CONTIENE EL ACTO DE MOLESTIA, DEBE SENALARSE CON PRECISIÓN EL PRECEPTO LEGAL QUE LES OTORGUE LA ATRIBUCIÓN EJERCIDA Y, EN SU CASO, LA RESPECTIVA FRACCIÓN, INCISO Y SUBINCISO.- De lo dispuesto en la tesis de jurisprudencia P.J. 10/94 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 77, mayo de 1994, página 12, de rubro: "COMPETENCIA. SU FUNDAMENTACIÓN ES REQUISITO ESENCIAL DEL ACTO DE AUTORIDAD"; así como de las consideraciones en las cuales se sustentó dicho criterio, se desaprueba que la garantía de fundamentación consagrada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lleva implícita la idea de exactitud y precisión en la cita de las normas legales que facultan a la autoridad administrativa para emitir el acto de molestia de que se trate, al atender al valor jurídicamente protegido por la exigencia constitucional, que es la posibilidad de otorgar certeza y seguridad jurídica al particular frente a los actos de las autoridades que afecten o lesionen su interés jurídico y, por tanto, asegurar la prerrogativa de su defensa, ante un acto que no cumpla con los requisitos legales necesarios. En congruencia con lo anterior, resulta inconscuso que para estimar satisfecha la garantía de la debida fundamentación, que establece dicho precepto constitucional, por lo que hace a la competencia de la autoridad administrativa para emitir el acto de molestia es necesario que en el documento que se contenga se invoquen las disposiciones legales, acuerdo o decreto que otorgan facultades a la autoridad emisora y, en caso de que estas normas incluyan diversos supuestos, se precisen con claridad y detalle, el apartado, la fracción o fracciones, incisos y subincisos, en que apoya su actuación; pues de no ser así, se dejaría al gobernado en estado de indefensión, toda vez que se traduciría en que éste ignorara si el proceder de la autoridad se encuentra o no dentro del ámbito competencial respectivo por razón de materia, grado y territorio y, en consecuencia, si está o no ajustado a derecho. Esto es así, porque no es permisible abrigar en la garantía individual en cuestión ninguna clase de ambigüedad, ya que su finalidad consiste, esencialmente, en una exacta individualización del acto de autoridad, de acuerdo a la hipótesis jurídica en que se ubique el gobernado en relación con las facultades de la autoridad, por razones de seguridad jurídica."

<sup>31</sup> Desde la misma terminología, por ejemplo, Miguel Acosta Romero se refiere a la finalidad como el objeto indirecto del acto. Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel. **Teoría General del Derecho Administrativo, Primer Curso**. 14. ed. Ciudad de México: Porrúa, 1999. p. 829 y 830.

del derecho mexicano, ha resultado poco explorada, ya sea por los autores o por los juzgadores.

Gamero Casado y Fernández Ramos señalan que la finalidad de la actuación administrativa está directamente dependiente a la finalidad conferida en la norma, esto es que, el legislativo, en base a su natural inclinación a servir al interés general, le dota o atribuye una serie de competencias y modos de actuar a la Administración, con el fin de garantizar ese servicio al interés general y que en el caso concreto, lo somete a las propias finalidades establecidas en la norma de la cual emana dicha atribución<sup>32</sup>.

La fracción III del artículo 3 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo señala que el acto administrativo debe cumplir con la finalidad contenida en la norma de la cual emana, sin que se pueda perseguir otra distinta. En ese sentido, se debe recurrir a las normas sustantivas de la materia (competencia económica, ambiental, propiedad intelectual, etc.), las cuales establecen sus propias finalidades y éste debe ser la guía del actuar administrativo.

También es importante destacar el papel que la exposición de motivos juega para efectos de determinar la finalidad que persiguen determinadas atribuciones normativas de las autoridades administrativas, de tal forma que, aún si la ley en su cuerpo no específica ni aporta alguna una pista de cuál deba ser la finalidad perseguida por una determinada norma, el operador jurídico puede recurrir a la exposición de motivos para ajustar su actuación a dichas finalidades<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Cf. GAMERO CASADO, Eduardo; FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. **Manual Básico de Derecho Administrativo**. Madrid: Técnicos, 2008. p. 379

<sup>33</sup> En este sentido, la Tesis XXII.3o.1 A emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. México. Décima Época. T. IV, L. 24. Noviembre de 2015. p. 3657. Al respecto, nos ilustra este punto: "TASA ADICIONAL" O "SOBRETASA". SI EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, EN LOS DICTÁMENES O EN LA LEY DE HACIENDA MUNICIPAL DE QUE SE TRATE NO SE EXPRESAN CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS DESTINADAS A JUSTIFICAR LA RAZONABILIDAD DE SU IMPOSICIÓN PARA SATISFACER EL FIN EXTRAFISCAL QUE PERSIGUE, EL ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL CARECE DE ELEMENTOS PARA PODER DETERMINAR LA CONSTITUCIONALIDAD O NO DEL PRECEPTO QUE LA PREVÉ, CUANDO SU MONTO SEA SUPERIOR AL DE LA TASA BASE.- En las jurisprudencias 1a/J. 46/2005 y 2a/J. 126/2013 (10a.), emitidas por la Primera y Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubros: "FINES EXTRAFISCALES. CORRESPONDE AL ÓRGANO LEGISLATIVO JUSTIFICARLOS EXPRESAMENTE EN EL PROCESO DE CREACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES." e "IMPUUESTO ADICIONAL. LOS ARTÍCULOS 119 A 125 DE LA LEY GENERAL DE HACIENDA MUNICIPAL DEL ESTADO DE MORELOS QUE LO PREVÉN, VIOLAN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA.", respectivamente, así como en las ejecutorias de las que derivaron se establece, entre otras cosas, que las contribuciones han sido clasificadas, tanto en la doctrina como en los diversos sistemas impositivos, de distintas formas, entre ellas, como "sobretasas" o "tasas adicionales", que son las que recaen sobre algunos de los impuestos previamente establecidos y tienen, como característica fundamental, que los recursos obtenidos se destinan a un fin específico; es decir, constituyen un porcentaje adicional (segundo nivel) que aprovecha la existencia de un nivel impositivo primario, respecto del cual comparte los mismos elementos constitutivos del tributo; esto es, solamente se aplica un porcentaje adicional a la base gravable, por considerar que la capacidad contributiva gravada es suficiente para soportar ambas cargas tributarias. Asimismo, que el legislador está constitucionalmente facultado para establecer a un impuesto primario una tasa adicional, pero ello debe responder a fines extrafiscales, supuesto en el cual tendrá la obligación constitucional ineludible de justificarlos expresamente -mediante argumentos o razones específicas suficientes- ya sea en la exposición de motivos, en los dictámenes o en la ley de hacienda municipal de que se trate no se expresan consideraciones específicas destinadas a justificar la razonabilidad de la imposición de la "tasa adicional" o "sobretasa" para satisfacer el fin extrafiscal que persigue, el órgano de control constitucional carece de elementos para poder determinar la constitucionalidad o no del precepto que la prevé, cuando su monto sea superior al de la tasa base; omisión que lleva a que la disposición reclamada infrinja el artículo 115, fracción IV, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos."

Si el elemento teleológico del acto administrativo está directamente vinculado a la finalidad que se persigue con la actuación administrativa, y ésta se desprende en principio de la norma habilitante, pues el legislador establece dicha finalidad acorde a una finalidad superior de interés general, es importante destacar que aun cuando el legislador nos dejase en una zona de penumbra en cuanto a los fines de una norma, es posible para los operadores jurídicos, detectar dicha finalidad a partir de los fines mismos del sistema jurídico y al respecto, señala el profesor español Jesús Leguina Villa:

*La determinación de los fines públicos y de las necesidades colectivas que han de ser satisfechas por los aparatos administrativos es una decisión que corresponde en cada caso al legislador en cuanto depositario de la soberanía popular y representante de la voluntad del cuerpo electoral. La Administración [...] debe servir eficazmente a los intereses generales, y para ello cuenta con el arsenal de las potestades que el legislador pone en sus manos, pero no puede sustituir o modificar los objetivos o fines públicos que la ley le señala caso por caso. El interés público concreto, en razón del cual se justifica el ejercicio de cada potestad, resulta si indisponible para la Administración, de suerte que si ésta se aparta del fin cuyo cuidado se le encomienda, sustituyendo con su propia voluntad la opción teleológica realizada por el legislador, viene a colocarse en la posición constitucional de éste último, subvirtiendo el equilibrio de poderes y degradando la supremacía de la ley. La Administración puede sin duda colaborar con el legislador en la tarea de precisar los fines a alcanzar, si a ello es llamada por aquél, pero carece de poder para ignorarlos.<sup>34</sup>*

Por tanto y a modo de conclusión de este breve apartado, la finalidad del acto administrativo, no es otra cosa sino la adecuación de la actuación en sí a la racionalidad de la norma y los fines establecidos por el legislador en la norma habilitante, acorde al sistema y valores concretos que están, no solo a rango constitucional, sino que se desprenden de los principios rectores, los cuales son de orden supralegal<sup>35</sup>.

### 3. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La Constitución recoge los principios y establece las reglas jurídicas<sup>36</sup> que marcan el parámetro de actuación de los órganos supremos del Estado, sus modos de

<sup>34</sup> Prólogo en CHINCHILLA MARÍN, Carmen. **La desviación de Poder.** 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004. p. 12.

<sup>35</sup> A mayor abundamiento sobre este particular, Cfr. BÉJAR RIVERA, Luis José. **Fundamentos de derecho administrativo.** Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2012.

<sup>36</sup> Los principios poseen una fuerza deontica intrínseca y su validez depende de su propio contenido y naturaleza -que precede al derecho positivo-; además pueden cumplirse o respetarse en mayor o menor medida, al ser mandatos de optimización que impactan de manera cualitativa a todo el sistema normativo. Las reglas surgen con el derecho positivo y tienen razón de ser

creación y sus relaciones con los otros órganos, al igual que el ejercicio del poder estatal<sup>37</sup>. Las disposiciones constitucionales deben ser obedecidas, aplicadas, cumplidas y respetadas en todo acto de autoridad, para dar cumplimiento al principio de supremacía constitucional.

Por conducto del principio de supremacía constitucional, como menciona Jorge Carpizo: "se dispone que la Constitución es la ley suprema, es la norma cúspide de todo el orden jurídico, es el alma y la savia que nutre y unifica el derecho, es la base de todas las instituciones y el ideario de un pueblo"<sup>38</sup>.

Por ello, gracias al principio de supremacía constitucional se impone a la Constitución como la norma de mayor jerarquía del sistema normativo que: "preside y otorga la unidad al conjunto de normas que integran los diversos niveles del orden jurídico de un Estado"<sup>39</sup>.

La cualidad de supremacía es inherente a toda Constitución, al permitirle imponerse sobre cualquier potestad o institución jurídica. Por tanto, en: "lo normativo nada se le reconoce como superior a ésta. Constituye, organiza, faculta, regula actuaciones, limita y prohíbe"<sup>40</sup>.

La Constitución juega un papel primordial para el ramo administrativo, porque, como sostiene Eberhard Schmidt-Assmann, siguiendo a la célebre frase atribuida a Fritz Werner: "El Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretizado", término que corresponde, como lo menciona Martin Ibler, con una: "[...] expresión muy conocida en Alemania, que desde los comienzos de la República Federal de Alemania en los años cincuenta del siglo XX (que) describe la conexión entre el Derecho administrativo y el Derecho constitucional [...]"<sup>41</sup>, que supone una complementación entre ellos porque: "[...] la legislación administrativa ha de interpretarse «a la luz» de las garantías constitucionales [...]"<sup>42</sup>.

Rodríguez-Arana menciona que el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretizado porque "tiene unos fundamentos 'per se' independientes y

sólo por éste, pues tienen una fuerza deontica externa que depende de la voluntad del legislador, debido a que su validez y razonabilidad dependen del acto legislativo que las genera. Cfr. CIANCIARDO, Juan. Principios y Reglas: Una Aproximación desde los Criterios de Distinción. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, año XXXVI, n 108. sept./dec. 2003. p. 891- 906.

<sup>37</sup> Cfr. JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Ríos. 3. reimpr. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 457.

<sup>38</sup> CARPIO, Jorge. **Estudios Constitucionales**. 8. ed. Ciudad de México: Porrúa, 2012. p. 1.

<sup>39</sup> HARO, Ricardo. **Manual de Derecho Constitucional**. Córdoba: Advocatus, 2011. p. 115.

<sup>40</sup> ARTEAGA NAVA, Elisur. **Derecho Constitucional**. 4. ed. Ciudad de México: Oxford, 2013. p. 3.

<sup>41</sup> IBLER, Martin. Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania. **Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, Valencia, n. 50/51, 2005. p. 5.

<sup>42</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. In: BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (Ed.). **Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo**. 2. ed. Madrid: Global Law Press, 2012. p. 57.

autónomos como Ciencia jurídica. Lo que pasa es que necesita un contexto de operatividad que viene definido por el propio Ordenamiento constitucional”<sup>43</sup>.

Por lo anterior es que, pese a que el Derecho Administrativo necesite de normas legales y reglamentarias que habiliten los mandatos constitucionales, tales normas no pueden ni deben entenderse de manera aislada, sino en función de las disposiciones constitucionales que los fundamenten de manera originaria, porque éstas “no sólo disciplina[n] las formas de producción legislativa, sino que impone[n] también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido”<sup>44</sup>, como sostiene Luigi Ferrajoli.

Al igual que el resto de categorías e instituciones del derecho administrativo, por virtud del principio de supremacía constitucional, el acto administrativo encuentra su fundamento originario en la Constitución, al contener las bases normativas de todos los elementos del acto administrativo, que deben replicarse y respetarse en el resto de normas legales y reglamentarias, so pena de control constitucional.

Y es que toda Constitución, al ser suprema, se impone sobre las demás normas secundarias que integran el sistema jurídico, condicionando su contenido y alcance. Por ello, en virtud del mencionado principio, la Constitución se erige como el ordenamiento primario que sienta las bases del derecho administrativo, rama que se construye y opera a partir del texto fundamental.

Así, en la Constitución mexicana se contiene el fundamento originario del elemento subjetivo, al establecer que los actos administrativos deben ser expedidos por autoridad competente<sup>45</sup>, estableciendo el reparto originario de competencias, entre los distintos niveles de gobierno<sup>46</sup>.

De la misma manera, el fundamento del elemento objetivo descansa en todas las disposiciones constitucionales que se relacionen con el acto administrativo en cuestión, porque, para que su objeto sea plenamente lícito, el acto debe abstenerse de violentar lo previsto en la Constitución, ya sea sin actualizar las prohibiciones constitucionales<sup>47</sup> o sin afectar derechos fundamentales<sup>48</sup>, por mencionar algunos ejemplos.

Por lo que hace al elemento formal de los actos administrativos, la Constitución mexicana establece que tales actos deben constar por escrito, en los que las autoridades competentes los fundamenten y motiven<sup>49</sup>. Ello, al margen de las formalidades que el texto constitucional impone a los distintos actos procedimentales, como, por ejem-

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Concepto y presupuestos del derecho administrativo constitucional. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Ciudad de México, vol. XLI, n. 175-176-177, 1991. p. 210.

<sup>44</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (comp.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 18.

<sup>45</sup> Cfr. Art. 16. MÉXICO (País). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente al 25 de octubre de 2017.

<sup>46</sup> Cfr. Art. 124. *Idem*.

<sup>47</sup> Como la relativa a que las autoridades administrativas solo pueden imponer arresto hasta por 36 horas. Cfr. Art. 21. *Idem*.

<sup>48</sup> Cfr. Art. 1º. *Idem*.

<sup>49</sup> Cfr. Art. 16. *Idem*.

plo, los derivados de los oficios comisorios, con los que las autoridades ordenan visitas de verificación para ejercer sus facultades de comprobación<sup>50</sup>.

En cuanto al elemento teleológico del acto administrativo, reconocemos que no existe mención expresa en la Constitución mexicana, entendiendo que la finalidad de los actos administrativos es precisamente la finalidad que le marque, por una parte la norma positiva, y por la otra, la finalidad que se desprende del sistema por sí mismo, podemos afirmar que la Constitución, enmarca precisamente, a la finalidad de las actuaciones administrativas, e incluso, la podríamos derivar de la propia redacción del párrafo primero del artículo 1 de la misma, el cual señala:

*Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

Lo anterior, sin duda, refiere a la clásica concepción del derecho administrativo del profesor español Gómez Navarro, que lo concibe como el derecho del poder público para la libertad y, como adiciona el profesor Rodríguez-Arana, para la solidaridad ciudadana. Es precisamente ésta, donde descansa la finalidad de los actos administrativos, desde una óptica constitucional.

#### 4. LOS MECANISMOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, para garantizar que el principio de supremacía constitucional se respete en toda actuación estatal y que se dote de operatividad y de aplicación al ordenamiento fundamental, es que la Constitución prevé diversos mecanismos de control que tienen por objeto invalidar o inaplicar, según corresponda, las normas jurídicas que la contravengan.

Para Manuel Aragón, el control constitucional es un elemento inseparable del concepto Constitución que: "no forma parte únicamente de un concepto 'político' de Constitución, como sosténía Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa"<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Cf. *Idem*.

<sup>51</sup> ARAGÓN, Manuel. **Constitución, Democracia y Control**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas 2002. p. 81.

Después de la reforma constitucional del año 2011 en materia de derechos humanos, la Constitución y su supremacía son tutelados por diversos mecanismos de control constitucional. La facultad de defensa del ordenamiento constitucional no se circumscribe de manera exclusiva a la competencia del Poder Judicial de la Federación, sino que se extiende a todos los órganos estatales, atendiendo al modelo mixto de control constitucional que rige en México<sup>52</sup>.

En la resolución a la consulta varios 912/2010, el Pleno reconoció de manera expresa que la Constitución mexicana está protegida por cuatro tipos de control constitucional<sup>53</sup>: control concentrado o directo, control por determinación constitucional específica, control difuso y control por interpretación conforme al principio *pro persona*.

El modelo de control constitucional tiene injerencia directa en el derecho administrativo mexicano<sup>54</sup> porque ahora todos los operadores jurídicos que ejercen función administrativa, al igual que los que la controlan, tienen facultades de controlar las normas que aplican, sea interpretándolas a la luz de la Constitución, inaplicándolas o invalidándolas, según corresponda.

De los cuatro tipos de control que existen en México tres son los que tienen una relación directa e inmediata con el control del fundamento constitucional de los actos administrativos: control concentrado, por conducto del juicio de amparo directo o indirecto; control difuso, por medio del juicio contencioso administrativo; y, finalmente, control por interpretación conforme al principio *pro personae*, aplicable a la expedición del propio acto y a la resolución del recurso administrativo.

El control concentrado o directo es realizado por los jueces de amparo del Poder Judicial de la Federación, mediante los siguientes mecanismos: controversias constitucionales<sup>55</sup>, acciones de inconstitucionalidad<sup>56</sup>, amparo indirecto (del que puede emanar una declaratoria general de inconstitucionalidad<sup>57</sup>) y amparo directo. Con excepción

<sup>52</sup> Cfr. Resolución del Expediente Varios 912/2010, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. In: COSSÍO DÍAZ, José Ramón; MEJÍA GARZA, Raúl; ROJAS ZAMUDIO, Laura Patricia. **El Caso Radilla, estudios y documentos**. Ciudad de México: Porrúa, 2012. p. 876-880.

<sup>53</sup> *Idem*.

<sup>54</sup> Para mayor abundamiento, véase: SALAZAR MUÑOZ, Rodrigo. **Neoconstitucionalismo: ¿nuevo paradigma del Derecho Administrativo? La constitucionalización del Derecho Administrativo mexicano**. Madrid: Editorial Académica Española, 2016.

<sup>55</sup> “De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre: a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal; b) La Federación y un municipio; c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal [...] la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos”. Art. 105. F. I. MÉXICO (País). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente al 25 de octubre de 2017.

<sup>56</sup> “De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.” Art. 105. F. II. *Idem*.

<sup>57</sup> “Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de

ón de los juicios de amparo, las resoluciones de los mecanismos de control restantes tienen efectos erga omnes, siempre que sean aprobados por ocho de los once ministros que integran el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El juicio de amparo es el mecanismo de tutela del fundamento constitucional de los actos administrativos. Por su conducto, cualquier persona que se vea afectada por un acto administrativo que se estime inconstitucional puede acudir ante los órganos del Poder Judicial de la Federación para combatirlos. De hecho, tal y como se señaló en líneas precedentes, el juicio de amparo antecede con mucho, al juicio contencioso administrativo en nuestro país.

De resultar procedente, el amparo otorga la protección de la justicia de la unión, declarando la ilegalidad del acto administrativo, provocando su invalidez, restituyendo a la persona afectada en el goce de los derechos fundamentales le fue violentados, y garantizando la no repetición del acto<sup>58</sup>.

Resulta conveniente destacar que, al control concentrado también se le denomina directo, porque la Constitución mexicana otorga una competencia específica de control constitucional a los órganos del Poder Judicial de la Federación, y a que se ejerce en procesos cuya Litis principal versa sobre la constitucionalidad de normas secundarias, sean generales o individualizadas, como ocurre con los actos administrativos.

En otro orden de ideas, ya que los tribunales administrativos son órganos jurisdiccionales, les compete ejercer el control difuso de constitucionalidad, mediante la inaplicación de las leyes y normas reglamentarias que contravengan la Constitución o los derechos humanos reconocidos en ésta en un acto administrativo.

En palabras de Héctor Fix-Zamudio, el control difuso de constitucionalidad consiste en: "la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución y con efectos sólo para las partes que han intervenido en esa controversia."<sup>59</sup>

Se le denomina difuso porque la competencia de control constitucional se reparte entre el universo de órganos jurisdiccionales del Estado mexicano que no realizan funciones de control concentrado o por determinación constitucional específica, entre los que se encuentran los tribunales de lo contencioso administrativo, quienes deben ejercerlo en tres pasos, partiendo de la interpretación conforme al principio *pro personae*<sup>60</sup>:

---

inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria." Art. 107. F. II. *Idem*.

<sup>58</sup> *Cfr.* Art. 107, F. I. *Idem*. Al respecto, véase: SALAZAR MUÑOZ, Rodrigo. Algunas Consideraciones sobre la Declaratoria General de Inconstitucionalidad. *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad la Salle*, Ciudad de México, año XI, n. 22. ene. 2014. p. 97-116.

<sup>59</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALENCIA CARMONA, Salvador. **Derecho constitucional mexicano y comparado**. 5. ed. México: Porrúa, 2007. p. 206.

<sup>60</sup> *Cfr.* Resolución del expediente varios 912/2010. *Op. Cit.*

El primer paso consiste en realizar una interpretación conforme en sentido amplio<sup>61</sup>. Al respecto, los tribunales administrativos deben interpretar el ordenamiento jurídico a la luz de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por México, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.

El segundo paso radica en ejercer una interpretación conforme en sentido estricto<sup>62</sup>, partiendo de la constitucionalidad de las leyes y normas reglamentarias aplicables, siempre que existan distintas interpretaciones jurídicamente válidas. En cuyo caso, los tribunales de lo contencioso administrativo deben preferir la interpretación que provoque una mayor protección de los derechos humanos reconocidos en la Constitución.

Finalmente, de no poderse llevar a cabo los pasos anteriores, los tribunales de lo contencioso administrativo inaplicarán las leyes y normas reglamentarias, cuando contravengan los fundamentos constitucionales de los actos administrativos, ejerciendo plenamente el control constitucional inaplicando las disposiciones que contravengan los fundamentos supremos de los actos administrativos.

Finalmente, en relación al control por interpretación conforme al principio *pro personae*, debemos señalar que, acorde con el mandato constitucional previsto en el artículo 1, las autoridades administrativas deben ejercerlo mediante la interpretación de las normas que integran el ordenamiento jurídico a la luz de la Constitución, aplicando la interpretación que más favorezca a la persona<sup>63</sup>, sin que conlleve la inaplicación de las normas legales o reglamentarias aplicables, ya que:

*La supremacía normativa de la Constitución no se manifiesta sólo en su aptitud de servir como parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas, sino también en la exigencia de que tales normas, a la hora de ser aplicadas, se interpreten de acuerdo con los preceptos constitucionales; de forma que, en caso de que existan varias posibilidades de interpretación de la norma en cuestión, se elija aquella que mejor se ajuste a lo dispuesto en la Constitución.<sup>64</sup>*

<sup>61</sup> Consiste en realizar una interpretación conforme en sentido amplio, en la que los órganos jurisdiccionales interpreten el ordenamiento jurídico a la luz de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo a la persona con la protección más amplia. *Cfr. Idem.*

<sup>62</sup> Que parte de la constitucionalidad de las normas aplicables, cuando existen distintas interpretaciones jurídicamente válidas. En cuyo caso, la interpretación conforme al principio *pro personae* se realiza al preferir la interpretación que provoque la mayor protección de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales. *Cfr. Idem.*

<sup>63</sup> Por cierto, acorde al tradicional principio de derecho administrativo de la interpretación más favorable al particular.

<sup>64</sup> Según afirmó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Tesis denominada “INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA”, en la Tesis 1a. CCCXL/2013. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. México. Décima Época. T. I. Diciembre de 2013. p. 530.

Y es que, la supremacía constitucional no sólo opera ni se agota al momento de creación de las normas jurídicas secundarias, cuyo contenido debe ajustarse al de la Constitución, sino que también opera como parámetro interpretativo ineludible al momento de aplicar las normas jurídicas de nivel inferior<sup>65</sup>. Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que:

*Este principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, reiteradamente utilizado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, es una consecuencia elemental de la concepción del ordenamiento como una estructura coherente, como una unidad o contexto. Asimismo, hoy en día, el principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, se ve reforzado por el principio pro persona, contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales, dicha interpretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo que puede provocar una declaración de inconstitucionalidad de la norma.<sup>66</sup>*

En razón de lo anterior, arribamos a la conclusión de que las facultades de las autoridades administrativas se han constitucionalizado, porque todas ellas deben, al realizar los actos procedimentales, al emitir los actos administrativos o al controlarlos, mediante los recursos administrativos, interpretar las normas legales y reglamentarias aplicables a la luz de la Constitución.

Resulta conveniente destacar, respecto del referido control, que en el fallo del expediente varios 912/2010, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se opuso a que las autoridades administrativas realicen inaplicación de leyes y normas reglamentarias, circunscribiendo el ámbito de aplicación del control a la realización de la interpretación conforme al principio *pro personae*, tanto en sentido amplio como en estricto.

## 5. CONCLUSIONES

A partir de la identificación de los elementos esenciales del acto administrativo es que podemos detectar específicamente cuáles son regulados (o quasi regulados desde el ámbito constitucional). Tratándose del derecho mexicano, tomando en

<sup>65</sup> Al respecto véase: SALAZAR MUÑOZ, Rodrigo. Un acercamiento al paradigma neoconstitucionalista. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal**, Ciudad de México, Núm. Especial, 2014.p. 320-354.

<sup>66</sup> Cf. Tesis 1a. CCCXL/2013, De rubro: "INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA". SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. México. Décima Época. T. I. Diciembre de 2013. p. 530.

consideración el propio texto constitucional, así como el comportamiento de los jueces, se puede señalar que ha proliferado el control estricto de la legalidad, fundando sus fallos en gran medida en lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución mexicana, sin embargo, podemos apreciar que el resto de los elementos esenciales, en mayor o menor medida, cuentan con un basamento constitucional que debe respetarse en función del principio de supremacía.

Por lo anterior, la Administración Pública no se encuentra limitada a lo que marcan leyes de las distintas materias, como la Ley Especial o la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, que regulan los requisitos de los actos administrativos, al deber tomar en consideración lo previsto en las disposiciones constitucionales que resulten directamente aplicables al caso concreto, so pena de control constitucional.

Asimismo, el juzgador, sea judicial o contencioso, no se encuentra limitado a hacer un mero control de la legalidad de los actos administrativos y de sus fundamentos legales y reglamentarios, sino que debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de los mismos, bajo las reglas que marca el modelo mexicano de control constitucional.

La reforma constitucional del año 2011, en materia de derechos humanos, ha marcado la evolución del modelo mexicano de control constitucional, de uno concentrado hacia uno mixto, en el que participan también los tribunales de lo contencioso administrativo, con el control difuso, y las autoridades administrativas, con el control por interpretación conforme, que vincula a la Administración Pública con el texto constitucional, que debe respetar al emitir y ejecutar sus actos administrativos.

Actualmente, los diversos mecanismos de control constitucional continúan desarrollándose y evolucionando. Cada día encontramos nuevos pronunciamientos jurisprudenciales emanados del Poder Judicial de la Federación que impulsan la actuación de los jueces ordinarios para pronunciarse respecto de la constitucionalidad de los actos que juzgan, al igual que de los fundamentos aplicables.

## 6. REFERENCIAS

- ACOSTA ROMERO, Miguel. **Teoría General del Derecho Administrativo, Primer Curso.** 14. ed. Ciudad de México: Porrúa, 1999.
- ARAGÓN, Manuel. **Constitución, Democracia y Control.** Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas 2002.
- ARTEAGA NAVA, Elisur. **Derecho Constitucional.** 4. ed. Ciudad de México: Oxford, 2013.
- BÉJAR RIVERA, Luis José. **El acto administrativo y su finalidad.** Ciudad de México: Porrúa, 2016.
- BÉJAR RIVERA, Luis José. **Fundamentos de derecho administrativo.** Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2012.

BÉJAR RIVERA, Luis José. La dualidad jurisdiccional en materia administrativa en México. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; VÁZQUEZ IRIZARRY, William; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María, (Coords.) **Contenciosos administrativos en Iberoamérica**. t. I. San Juan: Universidad de Puerto Rico, 2015.

CARPIO, Jorge. **Estudios Constitucionales**. 8. ed. Ciudad de México: Porrúa, 2012.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. t. II. 7. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2002.

CIANCIARDO, Juan. Principios y Reglas: Una Aproximación desde los Criterios de Distinción. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, año XXXVI, n 108. sept./dec. 2003.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. **La desviación de Poder**. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón; MEJÍA GARZA, Raúl; ROJAS ZAMUDIO, Laura Patricia. **El Caso Radilla, estudios y documentos**. Ciudad de México: Porrúa, 2012.

DROMI, Roberto. **El procedimiento administrativo**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (comp.). **Neo-constitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALENCIA CARMONA, Salvador. **Derecho constitucional mexicano y comparado**. 5. ed. México: Porrúa, 2007.

FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. 28. ed. Ciudad de México: Porrúa, 1989.

GALLEGUERO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel. **Acto y Procedimiento Administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

GAMERO CASADO, Eduardo; FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. **Manual Básico de Derecho Administrativo**. Madrid: Tecnos, 2008.

GARANT, Patrice. **Droit administratif**. 6. ed. Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2010.

GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo**. v. I. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2002.

HARO, Ricardo. **Manual de Derecho Constitucional**. Córdoba: Advocatus, 2011.

IBLER, Martin. Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania. **Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, Valencia, n. 50/51, 2005.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Ríos. 3. reimpr. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**. Trad. Eduardo García Maynez. 5. reimp. Ciudad de México: UNAM, 1995.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo.** t. II. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

MÉXICO. Código Federal de Procedimientos Civiles, vigente al 25 de octubre de 2017.

MÉXICO. Código Fiscal de la Federación, vigente al 25 de octubre de 2017.

MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente al 25 de octubre de 2017.

MÉXICO. Ley Federal de Procedimiento Administrativo, vigente al 25 de octubre de 2017.

MÉXICO. Ley General de Educación, vigente al 25 de octubre de 2017.

NAVA NEGRETE, Alfonso. **Derecho administrativo mexicano.** 2. ed. Ciudad de México: FCE, 2001.

PÉREZ DAYÁN, Alberto. **Teoría General del Acto Administrativo.** Ciudad de México: Porrúa, 2003.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Concepto y presupuestos del derecho administrativo constitucional. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, vol. XLI, n. 175-176-177, 1991.

ROLDÁN XOPA, José. **Derecho Administrativo.** Ciudad de México: Oxford University Press, 2008.

SALAZAR MUÑOZ, Rodrigo. Algunas Consideraciones sobre la Declaratoria General de Inconstitucionalidad. **Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad la Salle**, Ciudad de México, año XI, n. 22. ene. 2014.

SALAZAR MUÑOZ, Rodrigo. **Neoconstitucionalismo: ¿nuevo paradigma del Derecho Administrativo?: La constitucionalización del Derecho Administrativo mexicano.** Madrid: Editorial Académica Española, 2016.

SALAZAR MUÑOZ, Rodrigo. Un acercamiento al paradigma neoconstitucionalista. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal**, Ciudad de México, Núm. Especial, 2014.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Principios de Derecho Administrativo.** vol. II. 3. ed. Madrid: Ceura, 2002.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. In: BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (Ed.). **Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo.** 2. ed. Madrid: Global Law Press, 2012.

TAWIL, Guido Santiago; MONTI, Laura Mercedes. **La motivación del acto administrativo.** Buenos Aires: Depalma, 1998.



## “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica

*“Dialogue” among Powers in Brazil? From inconstitutionality of vaquejada’s practice regulation to vaquejada as a Brazilian intangible cultural heritage: a critical analysis*

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL\*

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

MARIA VALENTINA DE MORAES\*\*

Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)  
mariavalentina.23@hotmail.com

Recebido/Received: 16.10.2017 / October 16<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 31.12.2017 / December 31<sup>st</sup>, 2017

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: LEAL, Mônica Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valetina de. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56031.

\* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil), onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (São Leopoldo, RS, Brasil), com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. E-mail: moniah@unisc.br.

\*\* Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil), na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUP/CAPES. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dra Mônica Clarissa Hennig Leal. E-mail: mariavalentina.23@hotmail.com.

## Resumo

A (in)constitucionalidade da prática da vaquejada recentemente tornou-se o centro da análise dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo no Brasil. Em alguns meses, a prática foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tornou-se reconhecida por lei como patrimônio cultural imaterial brasileiro e foi objeto de uma Proposta de Emenda à Constituição, da qual decorreu a Emenda Constitucional nº. 96, que excluiu das práticas cruéis aos animais aquelas decorrentes de práticas culturais que sejam regulamentadas e que assegurem o bem-estar dos animais. Pretende-se, nesse contexto, analisar se a postura adotada pelos Poderes do Estado pautou-se no diálogo institucional ou ignorou a relação harmônica inerente ao Princípio da Separação de Poderes, utilizando-se, para tanto, o método dedutivo. Analisa-se, então, num primeiro momento, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº.4.983/CE e, após, a referida Proposta de Emenda à Constituição, bem como a Lei nº. 13.364/16, a qual regulamenta a vaquejada, e a Emenda Constitucional nº. 96, sendo por fim, abordada a questão relativa ao diálogo institucional. Se extrai desse conjunto de decisões tomadas pelos três Poderes a tentativa de realização de um diálogo pelo Poder Legislativo, ao menos no que se refere à utilização de argumentos que tentam se contrapor àqueles que levaram à sua declaração de inconstitucionalidade pelo mais alto Tribunal do país.

**Palavras-chave:** Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE; Proposta de Emenda à Constituição nº. 304/2017; Emenda Constitucional nº. 96/2017; vaquejada; diálogo entre Poderes.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a vaquejada; **3.** A Lei nº. 13.364/16 e a Emenda Constitucional nº. 96/2017: o “poder constituinte” e a mudança constitucional como superação da decisão judicial; **4.** O diálogo entre Poderes e a noção de atuação harmônica: a vaquejada como elemento de tensão; **5.** Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

A atuação do Poder Judiciário brasileiro tem atraído olhares no cenário atual do país, sendo, especialmente as posturas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, questionadas a todo momento. Juntamente com esse protagonismo judicial instalado em decorrência dos mais diversos fatores - sejam eles decorrentes dos escândalos políticos, da falta de representatividade dos Poderes eleitos ou mesmo de uma figura paternalista que tem sido atribuída ao mais alto Tribunal brasileiro - a desconfiança quanto aos demais Poderes estatais cresce e tensões nas relações entre Judiciário, Executivo e Legislativo ficam mais evidentes. Diante desse contexto de instabilidades, a análise

## Abstract

*The (un)constitutionality of vaquejada's practice recently has become the center of Judiciary, Executive and Legislative analysis in Brazil. In a matter of months, the practice was considerate an unconstitutionality by Brazilian Federal Supreme Court, it has been recognized by law as a Brazilian cultural heritage and was object to an Amendment Proposed to the Constitution, of which accrue nº. 96 Constitutional Amendment that excluded from the cruel practices those resulting from cultural practices that regulate and ensure animal's welfare. It's intended, in this context, to analyze whether the posture adopted by Powers of State sustained itself in an institutional dialogue or ignored the harmonic relation inherent to Principle of Separation Powers, being used for such thing the deductive method. In a first moment is analyzed the Direct Action of Unconstitutionality nº. 4.983/CE and, after, the PAC referred, as well as Law nº. 13.364/16 and Constitutional Amendment nº. 96, being, lastly, addressed the question about the institutional dialogue. It can be extracted of this set of decisions taken by the three Powers the attempt to realize a dialogue by Legislative Power, at least as regards to the arguments utilization that try to counteract those that had been taken to a declaration of unconstitutionality by the higher Brazilian Tribunal.*

**Keywords:** Direct Action of Unconstitutionality nº. 4.983/CE; Proposed Amendment to the Constitution nº. 304/2017; Constitutional Amendment nº. 96/2017; vaquejada; dialogue among Powers.

de constitucionalidade de uma lei do Estado do Ceará, regulando a "vaquejada", toma proporções que evidenciam essa relação não tão harmoniosa antes referida.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4983/CE, em que foi declarada a inconstitucionalidade da lei cearense - e, observa-se, não a inconstitucionalidade da vaquejada como manifestação cultural por si só - que regulava os procedimentos a serem adotados na atividade foi o marco inicial de discussão da questão. A decisão proferida em outubro de 2016 teve como reação a promulgação de uma lei, já em novembro do mesmo ano, elevando a vaquejada e outras manifestações culturais à condição de patrimônio cultural brasileiro, em clara oposição ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Em mesma linha, meses depois, já no ano de 2017, foi apresentada uma Proposta de Emenda Constitucional com a mesma finalidade, a qual originou a Emenda Constitucional nº. 96/2017, que excluiu do rol de práticas cruéis aos animais aquelas que, reguladas por lei específica - como a Lei nº. 13.364/2016, que torna a vaquejada patrimônio cultural - configurem-se como manifestações culturais.

Frente aos diferentes e divergentes entendimentos adotados pelos três Poderes do Estado e à mudança rápida no que se refere a (in)constitucionalidade de uma prática cultural, analisar os fundamentos presentes, tanto na decisão da Corte brasileira como na justificativa da Proposta de Emenda à Constituição, mostra-se necessário para compreender a relação que se estabeleceu e, eventualmente, a (in)existência de um diálogo institucional entre Poderes. Dentre os argumentos sustentados, o dever e proteção do Estado e a crueldade contra os animais aparecem em lados opostos, sendo a ponderação entre princípios utilizada para sustentar o entendimento adotado pelo órgão judicial e, ainda, utilizada como fundamento para a proposta de Emenda, visando a sanar a dificuldade criada com a colisão dos princípios constitucionais.

A constitucionalidade da vaquejada, embora possua grande importância por si só, evidencia, para além das discussões quanto à possibilidade de uma prática cruel aos animais encontrar respaldo constitucional para ocorrer, a falta de harmonia que vem norteando uma série de decisões divergentes proferidas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, contudo, ao menos no que se refere à utilização de argumentos para realizar a superação de uma decisão já tomada, pode-se visualizar uma abertura e relevância à ideia de uma justiça dialógica que tenha como objetivo principal a proteção do conteúdo trazido na Constituição Federal e dos direitos fundamentais nela assegurados.

Assim, analisam-se, em um primeiro momento, os fundamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE, passando-se à análise da Lei nº. 13.364/16 e da Proposta de Emenda à Constituição nº 304/17, da qual decorreu à Emenda Constitucional nº. 96, traçando-se aspectos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais - que figura como argumento nos posicionamentos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Por fim, observa-se se a lógica que se estabeleceu entre Poderes no caso da

regulamentação da vaquejada compreende a adoção de uma postura dialógica ou não, a partir da perspectiva da teoria do diálogo institucional e da relação entre Poderes.

## 2. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº. 4.983/CE: O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A VAQUEJADA

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE, julgada em outubro de 2016, teve como objeto central a constitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, pela qual o Estado do Ceará regulamentava a prática da vaquejada, determinando, por exemplo, no artigo 4º<sup>1</sup>, que “fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais”<sup>2</sup>. As discussões abordadas nos votos, ainda que a análise fosse relativa à lei em si, englobaram aspectos da vaquejada como um todo, gerando divergências entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo julgado procedente o pedido de inconstitucionalidade da lei por seis dos onze Ministros que compõem o órgão Pleno<sup>3</sup>.

O conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente, assegurado no artigo 225 da Constituição Federal, e o exercício de direitos culturais, disposto na norma dos artigos 215 e 216, também da Constituição Federal, tornou-se o objeto central da ação, exigindo um exercício de ponderação. Há que se observar que, baseado nos argumentos da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, Robert Alexy propõe, em sua teoria, que os direitos fundamentais devem ser compreendidos como princípios, exigindo um processo de ponderação quando estejam em colisão<sup>4</sup>. O Ministro Marco Aurélio, relator do processo, salienta, nesse sentido, que a dificuldade se encontra em aferir qual “o nível de sacrifício que os indivíduos e a própria coletividade podem e devem suportar para tornar efetivo o direito [...]. Cumpre ao Supremo, tendo em conta princípios constitucionais, harmonizar esses conflitos inevitáveis”<sup>5</sup>.

Já para o Ministro Edson Fachin, a vaquejada estaria configurada como uma manifestação cultural protegida constitucionalmente, não existindo motivação suficiente

<sup>1</sup> A lei pode ser consultada, no todo, no sítio eletrônico da Assembleia Legislativa do Ceará, no endereço <<https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>>.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017, p. 27.

<sup>3</sup> Votaram pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade os Ministros Marco Aurélio, Luis Roberto Barroso, Rosa Weber, Celso de Mello, Cármem Lúcia e Ricardo Lewandowski, utilizando diferentes fundamentações e, pela improcedência votaram os Ministros Edson Fachin, Gilmar Ferreira Mendes, Teori Zavasky, Luiz Fux e Dias Toffoli, entendendo, especialmente, que a prática da vaquejada encontraria amparo na Constituição Federal.

<sup>4</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia**. Madrid: Trotta, 2014.

<sup>5</sup> Argumento exposto em trecho do voto do Ministro na decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

para a sua proibição<sup>6</sup>. Percebe-se que o Ministro analisa a vaquejada em sentido amplo, não se atendo especificamente à regulação trazida na lei do Estado do Ceará, não adentrando muito na noção de colisão entre princípios, mas sustentando seu posicionamento no amparo trazido pelo artigo 215 da Constituição brasileira<sup>7</sup>.

De forma contrária ao posicionamento sustentado pelo Ministro Fachin, a Ministra Rosa Weber defende que há uma lógica que decorre da Constituição Federal no sentido de que são protegidas manifestações culturais e são vedadas práticas cruéis aos animais, logo, há a proibição de manifestações culturais que se utilizem dessas práticas, pois "o Estado garante e incentiva manifestações culturais, mas não tolera crueldade contra os animais. Isso significa que o Estado não incentiva e não garante manifestações culturais em que adotadas práticas cruéis contra os animais"<sup>8</sup>.

A crueldade é um argumento que perpassa também os votos dos Ministros Carmen Lúcia e Luís Roberto Barroso, que embasam a inconstitucionalidade da lei na existência de uma crueldade quase que intrínseca à prática, sustentando este último que haveria uma desconstituição da vaquejada caso fosse regulada, pois a atividade estaria descaracterizada com a retirada dos elementos de crueldade que a cercam, como a derrubada do boi com a torção de seu rabo. É interessante frisar que tanto para indicar a crueldade da vaquejada quanto para sustentar a importância cultural e econômica da mesma - que também aparece como um argumento favorável à constitucionalidade da Lei n. 15.299/2013, sendo apontados os valores gerados para a economia do país com os empregos gerados - são apontados estudos e pareceres de *amicus curiae*<sup>9</sup> que reforçam as fundamentações dos votos proferidos.

Outra questão que suscitou divergências na votação se refere à equiparação realizada pelo Ministro Marco Aurélio, no tocante à vaquejada com as decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à "farra do boi" e às "brigas de galos", que foram declaradas como sendo práticas inconstitucionais. Enfatiza o Ministro Marco Aurélio que, nessas decisões, onde também ocorreu um conflito entre direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, "mesmo presente manifestação cultural, verificada a situação a

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

<sup>7</sup> Pontua que "sendo a vaquejada manifestação cultural, como alias está na própria petição inicial, encontra proteção Constitucional expressa na cabeça do art. 215 e seu respectivo §1º, e não há, em nosso modo de ver, razão para se proibir o evento e a competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente a atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões, desenvolvida na zona rural deste grande país. Ao contrário, tal atividade constitui-se modo de criar, fazer e viver da população sertaneja. Eu estou citando essa expressão criar, fazer e viver, que se encontram nos exatos termos do inciso II, do art. 216 da Constituição Federal". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 15.

<sup>8</sup> Referido posicionamento pauta o voto da Ministra Rosa Weber, a qual sustenta a inconstitucionalidade de práticas cruéis, realizando uma interpretação sistêmica da Constituição Federal brasileira. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

<sup>9</sup> No que se refere à atuação do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, ver LEAL, Mônica Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **O Amicus Curiae e o Supremo Tribunal Federal:** fundamentos teóricos e análise crítica. Curitiba: Multidéia, 2014.

implicar inequívoca crueldade contra os animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente”<sup>10</sup>.

Divergindo do entendimento relativo à equiparação dessas práticas, o Ministro Gilmar Mendes defende que há um caráter mais esportivo na vaquejada, que não ocorre no caso da “farra do boi”, onde o objetivo principal é a morte do animal, trazendo ainda a noção de Constituição como cultura desenvolvida por Peter Häberle<sup>11</sup>.

Pode-se afirmar que as discussões apresentadas ao longo dos votos possuem um caráter mais abrangente, se estendendo à prática da vaquejada como um todo, entretanto destacam que “não se está discutindo diretamente [...] a constitucionalidade da vaquejada em si mesma. Nós estamos discutindo, aqui, a constitucionalidade da Lei n. 15.299, de janeiro de 2013, que veio regulamentar a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará”<sup>12</sup>. Busca-se, assim, realizar uma distinção quanto ao objeto de divergência, qual seja, a lei cearense que regulamentou a vaquejada naquele Estado.

Dentre os argumentos levantados pelos entendimentos vencidos no tocante à constitucionalidade da lei cearense, a deferência ao legislador é defendida em dois momentos<sup>13</sup>. O conceito de deferência, para José Estay, “supone ‘de cada órgano del Estado el reconocimiento y respeto de las esferas competenciales en que las autoridades tienen el derecho a tomar decisiones con relativa autonomía’”<sup>14</sup>, se aplicando, no caso, a ideia de que houve uma intenção do legislador em regular a prática e que este

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017, p. 12. As decisões citadas são, respectivamente, o Recurso Extraordinário nº 153.531, julgado em 13 de março de 1998 e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1856-6 e nº 2514-1, julgadas em 03 de setembro de 1998 e 29 de junho de 2005.

<sup>11</sup> Construção realizada também na decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017

<sup>12</sup> Observação apontada pelo Ministro Teori Zavasky que, em seu voto, traz à tona a questão pertinente a análise da lei em comento, salientando, ainda, que “se deve fazer uma distinção fundamental entre a vaquejada e a lei do Estado do Ceará, que veio para regulamentar a vaquejada no referido Estado. Nós estamos, aqui, numa ação direta de inconstitucionalidade. Portanto, o objeto da análise da constitucionalidade, ou não, não é a vaquejada, até porque, como se viu, a vaquejada, como um ato da realidade, pode ser cruel ou pode não ser cruel ao animal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017, p. 59.

<sup>13</sup> Essa relação é ressaltada pelo Ministro Gilmar Mendes, ao referir que “a lei do Ceará é digna de encômios. Faz-se um esforço no sentido de emprestar tratamento adequado. Nós temos que ver o texto constitucional, tal como ele está colocado, como um modelo de garantia institucional que pode ser desenvolvido - disse bem o Ministro Fux. E o legislador faz esse esforço” e pelo Ministro Luiz Fux, que também aponta que “ora, se nós temos uma colisão de princípios, de duas um: ou o Judiciário faz a ponderação, ou a ponderação é legislativa. Se a ponderação é legislativa, no meu modo de ver, o Judiciário tem que ser deferente ao Legislativo, porque o legislador avaliou todas as condições dessa prática desportiva - porque é considerada uma competição - e verificou que, com esses cuidados, é possível a realização da vaquejada”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017 Fux p. 75 e 103.

<sup>14</sup> Conceito trazido pelo autor em: ESTAY, José Ignacio Martinez. Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Talca, n. 1, p. 365-396. 2014. p. 372

aspecto deve ser considerado pelo Poder Judiciário. A colisão dos princípios em análise acarretaria uma ponderação a ser realizada ou pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Legislativo, o qual observou que, tendo o legislador realizado essa ponderação, como teria ocorrido com a promulgação da lei do Ceará, "o Judiciário tem que ser deferente ao Legislativo, porque o legislador avaliou todas as condições dessa prática desportiva - considerada uma competição - e verificou que, com esses cuidados, é possível a realização da vaquejada"<sup>15</sup>.

Questiona o Ministro Gilmar Mendes que "o curioso, neste caso, é que, porque o legislador se preocupou com o tema e fez uma lei, se vai obter como prêmio a declaração de sua inconstitucionalidade"<sup>16</sup>, entendendo, contudo, que a lei cearense careça, eventualmente, de um aperfeiçoamento no que se refere a sua execução o que, todavia, não conduz a mesma à inconstitucionalidade. Reconhece, assim, que a preocupação do legislador em regular a questão merece ser sopesada no julgamento, não sendo o caminho mais adequado o da declaração de inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal. Coloca, ainda, que "se essa legislação carece de alguma censura, há de ser na sua execução, a necessidade de um eventual aperfeiçoamento, de eventuais medidas que se possam tomar no sentido de se reduzirem as possibilidades de lesão aos animais"<sup>17</sup>, afastando a hipótese de uma declaração de inconstitucionalidade da norma.

Nota-se, nesse argumento, um respeito à margem de apreciação do legislador<sup>18</sup>, a qual "comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a la adopción de una o otra fórmula normativa"<sup>19</sup>. Esse conceito, tido como princípio em alguns ordenamentos, encontra-se relacionado a uma postura de autocontenção judicial e de deferência, fazendo com que as formas de controle judicial transitem entre um controle mínimo e um máximo, os quais serão definidos

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 75.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 105.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 19.

<sup>18</sup> Uma distinção importante a ser realizada é relativa à margem de apreciação do Legislador na relação interna entre Poderes do Estado e essa margem de atuação em termos de relação do Estado com os Tribunais Internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, estando esse segundo conceito vinculado ao princípio da subsidiariedade, em razão do qual "los Estados tengan la deferencia para adecuar su ordenamiento jurídico nacional, conforme a los estándares o precedentes internacionales". ARROYO, César Landa. **Convencionalización del Derecho peruano**. Lima: Palestra, 2016. Para um paralelo entre a atividade da jurisdição constitucional nacional e a atividade da jurisdição da Corte Interamericana, ver: LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

<sup>19</sup> LARRAÍN, Patricio Zapata. **Justicia constitucional**. Teoria y práctica en el derecho chileno y comparado. Santiago: Jurídica de Chile, 2008. p. 234.

pelo menor ou maior espaço de decisão deixado ao legislador pela Constituição e pelo próprio Tribunal<sup>20</sup>.

Sendo assim, pode-se dizer que, ainda que o objeto da ação fosse uma lei em específico, restou demonstrado um posicionamento majoritário - mesmo que por apenas um voto de diferença - por parte do mais alto Tribunal do país no sentido de inconstitucionalidade da prática da vaquejada, dada a crueldade presente na atividade. Diante desse posicionamento adotado pela Corte brasileira em outubro de 2016, a "resposta" legislativa não tardou a ocorrer, sendo promulgada, ainda em novembro do mesmo ano, uma lei de caráter nacional, tornando a vaquejada patrimônio cultural brasileiro, a qual será objeto de análise no próximo tópico.

### **3. A LEI Nº. 13.364/16 E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 96/2017: O “PODER CONSTITUINTE” E A MUDANÇA CONSTITUCIONAL COMO SUPERAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL**

No dia 06 de outubro de 2016 foi proferida a decisão de Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei cearense que regulamentava a vaquejada. No dia 29 de novembro de 2016, foi publicada a Lei n.º 13.364/2016, na qual, em seu artigo 1º, se estabelece que “esta Lei eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações da cultura nacional **e de patrimônio cultural imaterial**”<sup>21</sup>. O Projeto de Lei que deu origem à citada lei é datado do ano de 2015, contudo, é interessante observar que em sua justificativa e nos artigos 1º e 2º não há qualquer referência à vaquejada, sendo seu teor voltado à prática do rodeio<sup>22</sup>, aparecendo essa apenas no rol do artigo **3º, no inciso VII - suprimido na publicação da lei em análise - passando a vaquejada ao caput dos artigos antes referidos**.

No que tange à publicação da Lei n. 13.364/2016, não resta demonstrada qualquer preocupação do legislador em regulamentar a prática ou mesmo justificar a sua caracterização como patrimônio cultural imaterial, fazendo parecer que a inserção da

<sup>20</sup> Conceito trazido pelo autor em: ESTAY, José Ignacio Martinez. Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Talca, n. 1, p. 365-396. 2014. p. 379.

<sup>21</sup> BRASIL. Lei n.º 13.364/2016, de 29 de novembro de 2016. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 nov. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm)>. Acesso em: 04 jul. 2017

<sup>22</sup> A justificativa da lei inicia trazendo que “Rodeio é uma atividade que provém de atividades de trabalho das fazendas. É praticado em vários países do mundo principalmente onde há uma pecuária acentuada tais como Estados Unidos, Austrália e Brasil. Mas também é praticado no Canadá, Itália, França, México e em vários países da América Latina. O que é praticado na zona rural foi “transportado” para as arenas, transformado em esporte e por consequência passou a ter regras, nas quais o Bem Estar Animal é prioridade máxima”. Não há qualquer referência sobre a vaquejada, aparecendo essa apenas na própria lei, no inciso VII, que foi suprimido na publicação da Lei 13.364/2016, passando a vaquejada a figurar ao lado do Rodeio nos artigos anteriores. A justificativa do Projeto de Lei pode ser acessada, na íntegra, em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarIntegra?codteor=1342723](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1342723)>

vaquejada naquele projeto destinado à regulamentação do rodeio ocorreu de forma "ocasional". Diferentemente do que ocorreu com tal lei, a Emenda Constitucional nº. 96/2017 (decorrente da Proposta de Emenda à Constituição nº. 50/2016, proposta no Senado Federal, que gerou a PEC 304/2017) encontra uma justificativa mais robusta e adentra na discussão travada na declaração de inconstitucionalidade relativa à crueldade que estaria presente na atividade da vaquejada (ADI nº. 4.983/CE). Embora possua uma justificativa mais aprofundada, por assim dizer, seu conteúdo dividiu opiniões também no Congresso Nacional, sendo a sua tramitação, inclusive, objeto de um mandado de segurança nº. 34.802.

Na Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº. 34.802, o impetrante alega que referida Proposta de Emenda à Constituição possuía inúmeros vícios, dentre eles: a) foi determinado, sem qualquer fundamentação, um rito especial à tramitação da PEC; b) não foi analisada a questão de ordem levantada pelo impetrante quanto aos vícios existentes; c) não foi respeitado o prazo mínimo de 5 dias úteis de tramitação entre os dois turnos de votação dessa, "uma vez que ambas as votações foram em 14/2/2017, com apenas meia hora entre um e outro turno"<sup>23</sup>. A posição adotada, nesse julgamento do Mandado de Segurança: não intervenção judicial em razão de tratar-se de norma *interna corporis*, não cabendo controle judicial.

Como antes referido, a PEC aprovada - originada na PEC nº. 50/2016, que foi "proposta no Senado Federal treze dias após o Supremo Tribunal Federal declarar, no julgamento da ADI 4.983/CE, a inconstitucionalidade de lei cearense que regulamentava a prática da vaquejada por afronta ao art. 225, § 1º, VII, da CF", como apontou o Ministro Ricardo Lewandowski<sup>24</sup> - deu origem à Emenda Constitucional nº. 96/2017, que acrescentou o §7º<sup>25</sup> ao artigo 225 da Constituição Federal, estabelecendo que não serão consideradas cruéis as práticas que envolvam animais que sejam consideradas parte do patrimônio cultural brasileiro.

A justificativa dessa PEC faz, por sua vez, menção direta à decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao trazer que o objetivo da Proposta era "mitigar a controvérsia decorrente da decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983, julgada em 6 de outubro de

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº. 34.802**. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgada em 16/05/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 2.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº. 34.802**. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgada em 16/05/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 1.

<sup>25</sup> "§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos» (BRASIL, 1988, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituiacoacompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiacoacompilado.htm)).

2016”<sup>26</sup>, sendo referida a existência de um eventual “confronto principiológico”<sup>27</sup> decorrente desses diferentes posicionamentos adotados.

Ou seja, diante do conflito de direitos fundamentais existente na questão relativa à vaquejada, a Proposta de Emenda à Constituição nº. 304/2017 pretendeu sanar o conflito, excluindo as práticas reconhecidas como manifestações culturais do rol de práticas consideradas cruéis com os animais por meio de uma simples alteração constitucional, modificando o paradigma que, em tese, havia dado margem a tal colisão. Como destacou o Ministro Ricardo Lewandowski na decisão proferida na Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº. 34.802<sup>28</sup>, o impetrante sustentou que citada Proposta de Emenda à Constituição buscava “derrogar o art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal que veda a imposição de práticas cruéis contra animais, por meio de acréscimo de novo parágrafo, o qual passará a permitir os maus tratos desde que travestidas de manifestações culturais”.

Em mais de um trecho que compõe a justificativa e o relatório da Proposta, a decisão do Supremo Tribunal Federal é referida, sendo o conflito entre normas com caráter principiológico colocado como um problema a ser superado, surgindo, nesse contexto, a Emenda Constitucional como forma de acabar com eventuais divergências geradas. Pode-se perceber que a modificação do texto constitucional se traduz como o principal objetivo da PEC, de forma a garantir que a vaquejada seja garantida e reconhecida como uma prática que possui amparo legal. Assim, em eventual novo pedido de inconstitucionalidade, estará respaldada constitucionalmente, não podendo a mesma ser considerada inconstitucional por meio de um sopesamento com o princípio da proteção do meio ambiente, observando o autor da Proposta que “lançando mão da legitimidade que nos foi outorgada – pelo povo, de um lado, e própria Carta Magna, de outro – é que pretendemos abrigar sob a guarda constitucional esse patrimônio imaterial do povo brasileiro, que é a festa de vaquejada”<sup>29</sup>.

São referidos, ao longo do relatório, estudos que apontam a inexistência de crueldade aos animais, sendo citadas pareceres de veterinários e associações, bem como a existência de algumas regulamentações prevendo a fiscalização das vaquejadas e do cuidado com os animais envolvidos na prática. Ressaltam os legisladores, como

<sup>26</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição nº. 304-A de 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2123843>>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 2.

<sup>27</sup> Termo utilizado na Proposta de Emenda Constitucional para referir-se às incompatibilidades geradas pela decisão do Supremo Tribunal Federal em relação ao posicionamento que defendiam os legisladores serem o mais adequado constitucionalmente. A íntegra da PEC pode ser consultada em: BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição nº. 304-A de 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2123843>>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 2.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº. 34.802**. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgada em 16/05/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 1.

<sup>29</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição nº. 304-A de 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2123843>>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 16.

argumento legitimador de sua atuação, que "o próprio Poder Constituinte Originário – emanado soberanamente do povo – nos legitimou como Poder Constituinte Derivado de Reforma, para alterar o texto constitucional quando os reclames sociais exigissem"<sup>30</sup>. Resta clara, desse modo, a tentativa de justificação da mudança constitucional e a intenção de que a vaquejada não seja declarada um esporte/atividade inconstitucional.

Outro argumento utilizado se sustenta na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que impõe ao Estado o dever de promover meios de efetivação dos mesmos, como deveria ocorrer, então, com o direito à manifestação cultural e, assim, com a realização da vaquejada. Essa dimensão material atribuída aos direitos fundamentais foi afirmada pelo Tribunal Constitucional Alemão quando "começa a construir a idéia de que os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão, isto é, que eles denotam, ao mesmo tempo, um caráter subjetivo e um caráter objetivo"<sup>31</sup>.

Esses direitos deixam de ser reconhecidos apenas por uma perspectiva individual e negativa, configurando-se como um todo de valores objetivos, que indicam diretrizes aos Poderes do Estado e exigem desses uma ação positiva<sup>32</sup>. Não se mostra mais suficiente uma abstenção por parte do Estado, "ya que contienen obligaciones objetivas en relación al legislador o el ejecutivo", gerando um dever de atuação e de proteção dos bens jurídicos assegurados por esses direitos<sup>33</sup>, exigindo que os poderes públicos ajam no sentido de efetivação dos mesmos, garantindo condições para seu exercício, sejam elas fáticas ou normativas<sup>34</sup>.

No caso aqui analisado, justificam os legisladores que a exclusão da vaquejada das práticas cruéis aos animais e da criação de leis que regulamentem a prática encontra respaldo no dever de fiscalização do Estado e na noção de que o mesmo deve promover condições para o exercício de direitos, como o direito a manifestações culturais. Em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE, o Ministro Gilmar Mendes, defende, em mesma linha, que "o que se está buscando aqui é exatamente a regulação adequada"<sup>35</sup>. Na Proposta de Emenda à Constituição se observa a menção a diferentes dispositivos que regulariam a prática da vaquejada e que estariam, assim,

<sup>30</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição nº. 304-A de 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2123843>>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 16.

<sup>31</sup> LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 63.

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias de proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). **Interpretação Constitucional**: reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 103-140.

<sup>33</sup> CARA, Juan Carlos Gavara de. La dimensión objectiva de los derechos sociales. In: \_\_\_\_\_. **Cuadernos de derecho Constitucional**. Barcelona: Librería Bosh, 2010. p. 51.

<sup>34</sup> QUEIROZ, Cristina. **O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisdiccional. Lisboa: Coimbra, 2006.

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 18.

traçando parâmetros e limites para sua realização. Haveria ao menos a tentativa de proteção dos direitos em conflito.

Dada a essencialidade dos direitos fundamentais, há, pois, “um dever de proteção (*Schutpflicht*) que decorreria exatamente do especial significado objetivo dos direitos fundamentais para a ordem jurídica objetiva”<sup>36</sup>. Esse dever de proteção deve ser compreendido diante do conflito de princípios existente na controvérsia jurídica que se apresenta, pois a Constituição é “uma unidade de sentido que serve de referencial para decisões de valor, tem-se que, para sua efetivação, os direitos fundamentais precisam ser percebidos [...] em sua relação com os demais conteúdos e princípios” constitucionais<sup>37</sup>. Sendo assim, embora a motivação presente na EC nº. 96 seja dirimir um conflito de princípios existentes, há que se questionar se essa mudança encontra respaldo nos demais dispositivos que integram o todo da Constituição Federal brasileira.

O que se pretende analisar, na sequência, é a questão relativa à existência ou não de um diálogo institucional entre Poderes<sup>38</sup> que permita uma melhor efetivação de direitos fundamentais e que reflita a adoção de uma postura preocupada com a real concretização da Constituição.

#### 4. O DIÁLOGO ENTRE PODERES E A NOÇÃO DE ATUAÇÃO HARMÔNICA: A VAQUEJADA COMO ELEMENTO DE TENSÃO

As novas perspectivas trazidas com o constitucionalismo e também com o re-conhecimento de direitos fundamentais na Constituição Federal acabam por colocar o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, em um papel de destaque, vez que “o sistema de princípios e valores que marca o chamado constitucionalismo gera um espaço de juridicização até então jamais visto na história dos poderes”<sup>39</sup>. No que se refere à separação de Poderes pensada por Montesquieu, Estay<sup>40</sup> observa que

<sup>36</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:** Estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119.

<sup>37</sup> LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta.** Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 70.

<sup>38</sup> Observa-se que o conceito de diálogo institucional utilizado no presente artigo refere-se à noção de que “não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementariedade infinitas”. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo, 2008. 219 f. Tese: Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. p. 15. Sobre o tema, ver também a posição de: VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014.

<sup>39</sup> LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta.** Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 78.

<sup>40</sup> ESTAY, José Ignacio Martinez. *Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 365-396. 2014. p. 368.

a noção central de sua teoria se pautava na ideia de que "el poder frene al poder", garantindo um controle mútuo entre poderes, por meio da noção de *checks and balances*<sup>41</sup>, todavia "se trata de modelos elaborados hace tres siglos con referencia a arreglos institucional es incomparablemente más simples que los de las actuales democracias constitucionales"<sup>42</sup>.

Dessa forma, as críticas à atuação judicial, como a adoção de uma postura ativaista por parte do Poder Judiciário, fazem com que seja necessário observar a relação entre os três Poderes a partir de um novo viés<sup>43</sup>, superando-se a ideia de supremacia de um poder em relação aos demais e partindo-se para a adoção de uma postura<sup>44</sup> que envolva o diálogo entre eles, resultando, assim, em "un juego interactivo más complejo"<sup>45</sup>.

No atual cenário brasileiro, marcado por divergências políticas, a aplicação da teoria dialógica<sup>46</sup> traria consigo maior legitimidade aos Poderes na tomada de decisão,

<sup>41</sup> Gargarella faz uma importante distinção entre essa lógica de freios e contrapesos e o diálogo institucional, salientando que "en todo caso, en mi opinión, el funcionamiento de un sistema de democracia deliberativa requiere una lógica de organización institucional diferente de la que ofrece el sistema de frenos y contrapesos: mientras que ese sistema, según veremos, se orienta a evitar y canalizar la guerra social, el dialógico requiere orientarse hacia otros fines, de modo tal de organizar y facilitar una conversación extendida entre iguales". GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Por una justicia dialógica:** el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecidible y la división de poderes. **Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Talca, n. 1, p. 337-343.2008. p. 339.

<sup>43</sup> Essa noção de uma necessária articulação entre Poderes já vinha sendo apontada na doutrina norte-americana, na qual "Bickel, na década de 60, já falava em 'colóquio contínuo' (*continuing colloquy*) e em 'conversa permanente' (*permanent conversation*). Louis Fisher, em publicações das décadas de 70 e 80, já se referia a diálogos constitucionais'. Bruce Ackerman considera essa imagem para pensar a separação de poderes americana, principalmente pela ideia de 'dualismo constitucional' (a variação entre momentos de 'política normal' e de 'política constitucional')". MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, 2008. 219 f. Tese: Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. p. 98. Também Bateup aponta a influência de autores como Bickel nas teorias dialógicas atuais, observando que "Bickel's dialogic legacy is evident in a number of contemporary theories of constitutional dialogue, popular in both the United States and Canada, which propose a similar role for the judiciary in relation to questions of principle". BATEUP, Christine A. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**, New York, vol. 11, p. 1-88, 2005. p. 42.

<sup>44</sup> Essa postura é reconhecida e adotada, ao menos em tese, pelo Supremo Tribunal Federal, como já fora referido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.105, em voto do Ministro Roberto Barroso, que classificou: "os diálogos institucionais podem se concretizar por meio de diferentes comportamentos [...]. Verificando que alguma matéria é malversada, mas que a correção depende de atuação do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal se manifesta neste sentido, dando ciência ao Legislativo de que há uma mudança a ser feita [...]. A segunda vertente do diálogo institucional, a meu ver, é a devolução da matéria pelo Supremo ao Poder Legislativo [...]. Em vez de dar a última palavra, o Supremo estimula, incentiva o Congresso a prover sobre uma matéria [...]. A terceira e última forma de diálogo institucional, a meu ver, é a superação da jurisprudência, que é precisamente a discussão que nós estamos travando aqui [...]. Devo dizer que a superação de jurisprudência, como é o caso aqui, por aprovação de lei pressupõe que exista mais de uma interpretação constitucional possível e válida para que o Congresso possa optar por uma diferente daquela que o Supremo optou". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.105**. Rel. Ministro Luiz Fux. Julgada em 01 out. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 ago. 2016. p. 89.

<sup>45</sup> MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica:** el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 175.

<sup>46</sup> Há que se diferenciar a teoria do diálogo institucional da conceituação de diálogo apresentada por César Landa Arroyo, relativa ao diálogo entre Tribunais nacionais e internacionais, onde "el concepto de diálogo se aplica para explicar la relación entre tribunales que tienen una vinculación que se sustenta en una obligación que asumen los Estados de cumplir con fallos internacionales". ARROYO, César Landa. **Convencionalización del Derecho peruano**. Lima: Palestra, 2016. p.102. Ver também, quanto ao diálogo entre Cortes, ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, XIX. p. 511-553.2013.

facilitando a interação desses em prol da proteção de direitos, uma vez que “el lenguaje del diálogo conlleva, de por sí, una connotación emotiva favorable, en la medida en que apela a una civilizada y respetuosa resolución de conflictos en momentos marcados por los antagonismos políticos”<sup>47</sup>.

O diálogo institucional pressupõe, portanto, que os Poderes do Estado envolvidos, de boa-fé, busquem a decisão mais adequada e dialoguem a respeito dela, de modo que a própria revisão judicial assuma esse caráter dialógico, sendo essa “parte de um ‘diálogo’ entre los jueces y las Legislaturas”<sup>48</sup>, abandonando-se a ideia de uma última palavra dada pela jurisdição, sem possibilidade de revisões e reconhecendo a “falibilidade de todas as instituições políticas, ao contrário das doutrinas da supremacia judicial e parlamentar”<sup>49</sup>. É importante, entretanto, que esse diálogo seja pautado por uma argumentação que indique o porquê da adoção dos fundamentos sustentados por cada uma das partes, não se tornando apenas uma sobreposição de diferentes posicionamentos dos Poderes do Estado<sup>50</sup>.

Em uma perspectiva dialógica, “the constitution is no interpreted by aloof judges imposing their will on the people. Rather, constitutional interpretation is an elaborate discussion between judges and the body politic”<sup>51</sup>, de forma que as decisões não sejam tomadas de forma totalmente solipsista e que se permitam um efetivo diálogo entre o Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo. Pode-se perceber, assim, que as diferentes teorias dialógicas têm em comum e como contrastam com teorias da última palavra. Dois são os seus principais denominadores comuns: a recusa de uma visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição<sup>52</sup>.

Como coloca Tushnet<sup>53</sup>, “la idea básica de la revisión judicial dialógica es alentar interacciones – diálogos – entre las distintas ramas acerca de cuál de las interpretaciones

<sup>47</sup> GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Por una justicia dialógica:** el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

<sup>48</sup> HOGG, P.W.; BUSHELL, A. A. El diálogo de la Carta entre los Tribunales y las Legislaturas. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica:** el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub. Grifos no original.

<sup>49</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais:** a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012. p. 208.

<sup>50</sup> Nesse sentido, interessante referir que, em casos como o da utilização da fosfoetanolamina sintética e das diferentes decisões tomadas no âmbito dos três Poderes do Estado, “o caminho percorrido entre Supremo Tribunal Federal, Congresso Nacional e, novamente, Supremo Tribunal Federal demonstra a ausência de um diálogo institucional e a falta de fundamentação entre diferentes decisões - opostas, inclusive - quanto ao mesmo objeto”, restando clara a falta de harmonia em diversas decisões judiciais e legislativas. Cf. LEAL, Mônica Clarissa Hennig Leal; MORAES, Maria Valentina. O princípio da separação de poderes e a ponderação de competências: uma análise crítica a partir da decisão sobre a fosfoetanolamina. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, vol. 50, p. 34-52, set./dez. 2016.

<sup>51</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **The Michigan Law Review Association**, Michigan, vol. 91, n. 4, p. 577-682, feb. 1993. p. 653.

<sup>52</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo, 2008. 219 f. Tese: Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. p. 98.

<sup>53</sup> TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica:** el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

rivales razonables sobre las provisiones constitucionales es la correcta", estabelecendo o que entende como sendo uma forma de diálogo ideal, pela qual há a criação de uma lei, sua declaração de inconstitucionalidade e a adoção de uma postura pelo Legislativo (modificação da lei ou reforço do entendimento antes adotado), buscando a melhor decisão para a controvérsia<sup>54</sup>. As decisões pautadas no diálogo relacionam, assim, direitos fortes com medidas judiciais moderadas, diminuindo os níveis de intervenção judicial<sup>55</sup>.

A adoção de um modelo de revisão judicial dialógico faz com que haja modificações significativas quanto ao controle judicial e que sejam reconhecidas tensões que são próprias de um constitucionalismo democrático<sup>56</sup>, trazendo para o debate também os mais diversos segmentos sociais<sup>57</sup>. Não se trata, desse modo, de abandonar o controle judicial, mas de estabelecer mecanismos que permitam um novo posicionamento dos demais Poderes, sem que a "última palavra" prevaleça sempre nas mãos do Poder Judiciário, devendo "haber una reflexión acerca de la decisión judicial por parte del gobierno y se debió adoptar una resolución respecto de cómo reaccionar frente a ella"<sup>58</sup>.

As decisões envolvendo a constitucionalidade da vaquejada permitem compreender como essa relação vem ocorrendo entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Pode-se dizer que o diálogo ideal pensado por Tushnet encontra alguma correspondência no caso em análise, eis que foi criada lei (Lei nº. 15.299/2013) regulamentando a vaquejada no Estado do Ceará, havendo a manifestação do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade da mesma (Ação Direita de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE) e, posteriormente a promulgação da Lei nº. 13.364/16 - ainda que sem maiores justificações - e a criação da Emenda Constitucional nº. 96/2017, demonstrando essa o posicionamento que entende o Poder Legislativo como sendo o correto. Há que se observar que, na justificativa da Proposta de Emenda à Constituição nº. 304. é referido

<sup>54</sup> TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica:** el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

<sup>55</sup> Nesse tocante, Garavito indica que "las decisiones más dialógicas en los casos estructurales involucran reconocer la exigibilidad judicial del derecho en cuestión (derechos fuertes); dejar las decisiones de política pública a las ramas electas del poder al mismo tiempo que establecer un mapa claro para medir el progreso (medidas judiciales moderadas), y supervisar activamente la ejecución de las órdenes del tribunal mediante mecanismos participativos, como las audiencias públicas, los informes de avance y las decisiones sobre el seguimiento (seguimiento fuerte)". RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica:** el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub

<sup>56</sup> TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica:** el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

<sup>57</sup> Se exige assim, um diálogo que ultrapassa a atuação judicial, como aponta Rodriguez-Garavito: "as noted, this constitutional dialogue involves a broader spectrum of stake holders in the monitoring process. In addition to the court and state agencies directly affected by the judgment, implementation involves victims whose rights have been violated, relevant civil-society organizations, international human rights agencies, and other actors whose participation is useful for the protection of the rights at issue, including grassroots organizations and academics". RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, Texas, v. 89, p. 1-30, 2011. p. 24.

<sup>58</sup> HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. El diálogo de la Carta entre los Tribunales y las Legislaturas. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica:** el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub. Grifos no original.

o posicionamento adotado pelo mais alto Tribunal brasileiro e as razões pelas quais o novo posicionamento deve prosperar.

Tanto no conflito envolvendo a prática da vaquejada como em demais conflitos que venham a surgir diante de posicionamentos divergentes adotados por Judiciário e Legislativo, sempre que “desafiándose mutuamente cada vez que uno de ellos considerara que tiene una justificación superior, habría mayores posibilidades de que produjeran mejores respuestas que aquellas a las que llegan en el marco de un modelo de competencia y conflicto”<sup>59</sup>. Tem-se, assim, a produção - ou ao menos a tentativa - de decisões mais corretas e com um caráter mais democrático, sendo considerados diferentes argumentos e posicionamentos quanto às questões em xeque.

Sendo assim, há que se reconhecer a abertura ao diálogo por parte do Poder Legislativo ao oferecer as razões que entendia como corretas e contrapor os argumentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal em sua decisão, buscando a melhor decisão. Cabe, contudo, aguardar eventual novo posicionamento da Corte brasileira no que se refere à Emenda Constitucional nº. 96/2017.

## 5. CONCLUSÃO

Pelo exposto, pode se afirmar que a série de decisões envolvendo a constitucionalidade da vaquejada demonstrou uma falta de harmonia quanto às decisões entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE, poucos Ministros demonstraram uma preocupação com a deferência ao legislador.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, utilizada como argumento tanto pelo Supremo Tribunal Federal como pelo Congresso Nacional, exige dos poderes públicos a efetivação e a promoção de meios que assegurem esses direitos, podendo a criação de uma lei regulamentadora da prática - e a fiscalização da mesma - ser reconhecida como mecanismo de atuação do Poder Público para a garantia da não ocorrência de práticas cruéis aos animais nas vaquejadas. Assim, tanto o direito ao meio ambiente como a não crueldade com os animais e o direito ao exercício de manifestações culturais ficariam assegurados.

Pode-se afirmar, por fim, a abertura do Poder Legislativo ao diálogo, utilizando-se da ótica da teoria dialógica, vez que apresentou argumentos para demonstrar o entendimento que considerava correto, contrapondo os argumentos apresentados pelo mais alto Tribunal brasileiro em sua declaração de inconstitucionalidade. Desse modo, a relação entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE, a Proposta

<sup>59</sup> MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica:** el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 159 - 185. p. 182.

de Emenda à Constituição nº. 304 e a Emenda Constitucional nº. 96 segue um padrão considerado como o ideal para a ocorrência de uma revisão judicial dialógica, existindo uma decisão judicial e uma reação legislativa devidamente justificada. A questão que permanece é saber se essa Emenda Constitucional será questionada e, assim sendo, qual a postura adotada pela Corte brasileira: irá entender que a alteração observou a Constituição como um todo unitário de princípios ou se sustentará que a mesma não possui respaldo constitucional?

Sendo assim, a adoção de uma postura que propicie o diálogo entre Poderes do Estado se mostra fundamental para que questões envolvendo a colisão entre princípios ou mesmo uma proteção efetiva de direitos fundamentais sejam melhores debatidas e, diante dos argumentos apresentados, possam ser produzidas decisões que refletem os postulados constitucionais. A teoria dialógica contribui, desse modo, para uma melhor concretização da Constituição e para a existência de um debate e de articulações fundamentais à relação entre Poderes.

## 6. REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, XIX. p. 511-553, 2013.

ARROYO, César Landa. **Convencionalización del Derecho peruano**. Lima: Palestra, 2016.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição nº. 304-A de 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2123843>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

BRASIL. Lei n.º 13.364/2016, de 29 de novembro de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 nov. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm)>. Acesso em: 04 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. unal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.105**. Rel. Ministro Luiz Fux. Julgado em 01 out. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 ago. 2016. p. 89.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº. 34.802**. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgada em 16/05/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

BATEUP, Chistine A. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**, New York, vol. 11, p. 1-88, 2005.

CARA, Juan Carlos Gavara de. La dimensión objectiva de los derechos sociales. In: \_\_\_\_\_. **Cuadernos de derecho Constitucional**. Barcelona: Librería Bosh, 2010.

CEARÁ. Lei nº. 15.299, de 08 de janeiro de 2013. **Diário Oficial do Estado do Ceará**, 15 jan. 2013. Ceará: Assembleia Legislativa, 2013. Disponível em: <<https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislação5/leis2013/15299.htm>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

ESTAY, José Ignacio Martinez. Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Talca, n. 1, p. 365-396. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecidible y la división de poderes. **Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Talca, n. 1, p. 337-343.2008.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **The Michigan Law Review Association**, Michigan, vol. 91, n. 4, p. 577-682, feb. 1993.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Por una justicia dialógica:** el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. El diálogo de la Carta entre los Tribunales y las Legislaturas. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica:** el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

LARRAÍN, Patricio Zapata. **Justicia constitucional.** Teoria y practica en el derecho chileno y comparado. Santiago: Jurídica de Chile, 2008.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig Leal; MORAES, Maria Valentina. O princípio da separação de poderes e a ponderação de competências: uma análise crítica a partir da decisão sobre a fosfoetanolamina. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, vol. 50, p. 34-52, set./dez. 2016.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta.** Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **O Amicus Curiae e o Supremo Tribunal Federal:** fundamentos teóricos e análise crítica. Curitiba: Multideia, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo, 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica:** el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 159 - 185.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:** Estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais:** princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Lisboa: Coimbra, 2006.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socio-economic Rights in Latin America. **Texas Law Review**, Texas, v. 89, p. 1-30, 2011.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica:** el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias de proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). **Interpretação Constitucional:** reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Salvador: Juspodim, 2010.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica:** el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia.** Madrid: Trotta, 2014.





## Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde

***Separation of powers and institutional dialogues in health litigation***

**ANA PAULA OLIVEIRA ÁVILA\***

UniRitter - Centro Universitário Ritter dos Reis (Brasil)

<http://orcid.org/0000-0001-5430-3099>

[anapaula.avila@icloud.com](mailto:anapaula.avila@icloud.com)

**KAREN CRISTINA CORREA DE MELO\*\***

UniRitter - Centro Universitário Ritter dos Reis (Brasil)

[mandarparakaren@gmail.com](mailto:mandarparakaren@gmail.com)

**Recebido/Received:** 30.08.2017 / August 30<sup>th</sup>, 2017

**Aprovado/Approved:** 30.12.2017 / December 30<sup>th</sup>, 2017

### Resumo

O presente estudo, de natureza interdisciplinar, foi conduzido por profissionais da área do direito e da saúde e tem por objetivo analisar a judicialização do direito à saúde pela perspectiva do necessário diálogo institucional. Empregou-se o método de revisão bibliográfica, documental e jurisprudencial, além observação empírica de práticas adotadas em alguns municípios - em todo caso documentadas em fontes de acesso público. O estudo identifica a enorme complexidade da área da saúde para demonstrar sua característica policêntrica e desnudar todos os interesses que atuam neste mercado econômico (pacientes, médicos, laboratórios farmacêuticos, advogados, ONGs e

### Abstract

*The present study, of an interdisciplinary nature, was carried on by professionals from both areas of law and health and aims at analyzing the judicialization of the right to health provisions, from the perspective of the needed institutional dialogue. The methods of bibliographic, documental and jurisprudential review were employed, besides the empirical observation over practices adopted in some municipalities – in every case, documented on public access sources. It begins by identifying the enormous complexity of the area, uncovering all the acting interests on the health market by numerous players (patients, doctors, pharmaceutical laboratories, lawyers, NGOs and*

---

Como citar esse artigo/*How to cite this article:* AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.54934.

\*Professora Titular de Direito Constitucional dos Cursos de Graduação em Direito e Mestrado em Direitos Humanos do UniRitter (Porto Alegre, RS, Brasil). Doutora em Direito Público pela UFRGS (Porto Alegre, RS, Brasil). Mestrado em Direito Público pela UFRGS. E-mail: [anapaula.avila@icloud.com](mailto:anapaula.avila@icloud.com).

\*\* Mestranda no Programa de Mestrado em Direitos Humanos do UniRitter (Porto Alegre, RS, Brasil). Bacharel em Direito pelo UniRitter (Brasil). Médica formada pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Médica Especialista Concursada da Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre. E-mail: [mandarparakaren@gmail.com](mailto:mandarparakaren@gmail.com).

agentes reguladores) e situando a atividade do Judiciário em face desse complexo quadro. Em seguida, descreve-se como a teoria do diálogo institucional deixou o campo da abstração teórica para operar na prática, por meio da interação dos diversos órgãos responsáveis pela recuperação e promoção da saúde. Conclui-se pela transformação procedural operada nos litígios envolvendo o direito à saúde e a importância das formas de comunicação interinstitucional para a democracia.

**Palavras-chave:** saúde; medicamentos; judicialização; diálogo institucional; Supremo Tribunal Federal.

regulatory agents) and positioning the Judiciary activity in this complex picture. Following, it describes how the institutional dialogue leaves theoretical abstractions to operate in practical ways, through the interaction of several entities that are responsible for the recovery and promotion of health. In conclusion, we point the procedural transformation operated on health litigation, which involve the right to health and the relevance of inter-institutional communication to democracy.

**Keywords:** health care; litigation; institutional dialogue; Brazilian Supreme Court.

## SUMÁRIO

**1.** Considerações Iniciais; **2.** A Complexidade da Saúde Humana: Médicos, Indústrias Farmacêuticas, Advogados e ONGs. **3.** A atuação do Poder Judiciário no complexo quadro da saúde. **4.** O Desenho Institucional para uma realidade complexa. **5.** Considerações finais; **6.** Referências.

*"Querer o bem com demais força, de incerto jeito,  
pode já estar sendo se querendo o mal, por principiar.  
Esses homens! Todos puxavam o mundo para si, para o concertar consertado.  
Mas cada um só vê e entende as coisas dum seu modo."*  
(João Guimarães Rosa - Grande Sertão Veredas)

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A judicialização dos direitos sociais e econômicos, cuja satisfação exige do Estado prestações de cunho material e, em decorrência, o dispêndio de recursos públicos, é um tema bastante sensível do ponto de vista da democracia. Quando essas prestações passam a ser definidas e deferidas por magistrados, costuma-se argumentar que a distribuição dos recursos públicos e bens sociais manifesta o caráter de coletividade de uma sociedade e, por isso, são atitudes que concernem ao povo e seus representantes diretamente eleitos, e não à elite da magistratura. Identifica-se, neste argumento, um ponto de convergência entre a direita, a esquerda e o centro: "a imposição judicial de direitos sociais e econômicos é ilegítima porque contradiz nosso compromisso com as formas democráticas de governo".

Porém, o déficit democrático não é o único problema em torno da atuação judicial na área dos direitos sociais, e a questão costuma ser analisada pelos prismas da subversão do princípio da separação de poderes e da escassez de recursos<sup>1</sup>. Outros

<sup>1</sup> Conferir, a esse respeito, alguns trabalhos referenciais de RAMOS, Elival da Silva. O direito à saúde em face da discricionariedade administrativa. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito e administração pública: estudos em home-**

enfoques encontram-se em pleno desenvolvimento, como o estudo das capacidades institucionais para lidar com certas questões e a teoria do diálogo institucional<sup>2</sup>. O foco do presente estudo concentra-se neste último aspecto, cumprindo examinar o quadro existente em face do desenho institucional que seria mais adequado para lidar com o direito à saúde em juízo.

Estudos observam que, em face da judicialização dos direitos sociais, dos quais a saúde é espécie, três orientações são encontradas na jurisprudência do STF. Na primeira, existe uma política pública e o direito está regulamentado, e o Judiciário, ao deferir determinada prestação, está apenas a determinar seu cumprimento, numa manifestação típica da função jurisdicional *stricto sensu*, sem que se verifique qualquer exacerbação no exercício das competências constitucionalmente cometidas ao Judiciário. Na segunda, a política pública já foi implementada e está sendo executada, mas o Judiciário concede prestação que não foi previamente incluída pelo Poder Público (omissão parcial). Neste caso manifesta-se um ativismo judicial na imposição de deveres à Administração Pública sem prévia cominação legal ou provisão orçamentária, tanto em demandas coletivas quanto em individuais. Esta hipótese revela-se particularmente delicada à medida que a concessão de medicamentos e terapias não registrados pressupõe conhecimentos técnicos que os magistrados geralmente não possuem. Na terceira situação, inexiste a política pública de cunho social (omissão total) e o Judiciário determina que seja implementada. O deferimento de uma prestação fática *individual* nesses casos, a despeito da inexistência de qualquer regulamentação normativa, caracteriza uma forma de ativismo judicial e os mesmos problemas de falta de conhecimento técnico relativo à saúde. Contudo, no caso das demandas *coletivas* (geralmente por ação civil pública), em vez de conceder prestações materiais, o Poder Judiciário tem determinado que os poderes competentes tomem providências no sentido de formular e implementar a política pública para atender prioridade já fixada na Constituição Federal.<sup>3</sup>

Esta última alternativa é uma nova tendência na Corte, parecendo preferível porque, nessa hipótese, as competências legislativas e administrativas restariam preservadas, havendo apenas uma determinação para que executem suas funções e cumpram os deveres constitucionalmente impostos; tampouco haveria violação ao princípio de

nagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013. p. 482-510. MELLO, Claudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 111-147; AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>2</sup> Neste tema o estudo de referência é de BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

<sup>3</sup> Cf. AVILA, Ana Paula O.; MIRANDA, Paula Mandagará. Supremo Tribunal Federal: ativismo ou self-restraint na efetivação de direitos sociais? **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, p. 519-543, 2017.

justiça distributiva que guia a formulação de políticas públicas, pelo caráter geral com que será implementada, e nem da segurança jurídica que requer a previsibilidade e calculabilidade quanto aos deveres exigíveis tanto do Estado como do cidadão.

Essa espécie de terceira via de atuação judicial na judicialização das políticas públicas, com o Judiciário colocando-se como um articulador entre os demais poderes, tem sido referido na doutrina constitucional como a teoria do “Diálogo Institucional”. Daí o objetivo geral deste trabalho, de analisar a justificativa e a concretização da cooperação interinstitucional exclusivamente na área da saúde. Com efeito, a tradicional polarização autocontenção x ativismo judicial está cedendo espaço a uma nova forma de relação, voltada a potencializar as capacidades institucionais de cada órgão, evitando que o Judiciário se sobreponha ou se substitua aos demais órgãos responsáveis.

O recorte do objeto para circunscrevê-lo à questão da saúde justifica-se à medida que, nesta área, essa transformação de paradigma é vital (literalmente), pois o respeito à capacidade institucional dos órgãos técnicos atende a uma necessidade decorrente da enorme complexidade das questões referentes à saúde humana. Tais questões reclamam o emprego de conhecimentos e padrões técnico-científicos da medicina que escapam, por razões óbvias, do ofício dos juízes, que são agentes com outro tipo de formação, capacitados para lidar com as questões jurídicas. O tema assume ainda maior relevo no momento em que se realiza, no Supremo Tribunal Federal, o julgamento da repercussão geral de ações que versam sobre o dever de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos de alto custo.

Para o objetivo enunciado, de justificar e demonstrar como se concretiza o diálogo institucional a partir das questões de saúde judicializadas, empregou-se o método de revisão bibliográfica, documental e jurisprudencial, além da descrição da atuação de diferentes órgãos envolvidos em conjunto com o Judiciário em situações locais, o que só foi possível a partir da observação empírica (em todo caso documentada em fontes de acesso ao público).

A pesquisa foi organizada em duas partes para, primeiro, em análise interdisciplinar, detalhar as especificidades, a complexidade e os interesses presentes nas questões referentes à saúde e à discricionariedade técnica, com o objetivo de demonstrar que falta ao Poder Judiciário capacidade para, sozinho, lidar com essas questões. Em seguida, será analisada a participação do Judiciário na questão, em contraste com a questão das capacidades institucionais, e como a teoria do diálogo institucional pode contribuir para promover a interação entre os órgãos técnicos e o Poder Judiciário. A fim de demonstrar concretizações desse fenômeno e um desenho institucional adequado às suas vicissitudes, serão analisadas algumas experiências específicas que já estão em vigor em alguns municípios do país e os parâmetros que servem de referência aos casos em que a tutela de prestações à saúde couber ao Poder Judiciário.

As observações finais evidenciarão que a complexidade da área da saúde sugere a necessidade de outros arranjos que evitem que a matéria permaneça confinada no âmbito das cortes judiciais, integrando as capacidades de diversas instituições que, isoladamente, sempre apresentarão suas imperfeições e vícissitudes. É sempre uma escolha entre alternativas imperfeitas,<sup>4</sup> mas veremos que a situação da saúde demonstra com solar clareza que os raciocínios estritamente jurídicos e o mundo do Direito possuem suas limitações e somente uma aproximação interinstitucional é capaz de responder satisfatoriamente às dificuldades nesta área.

## **2. A COMPLEXIDADE DA SAÚDE HUMANA: MÉDICOS, INDÚSTRIAS FARMACÊUTICAS, ADVOGADOS E ONGS**

Entre os fatores que chamam atenção em relação à saúde, os números sobressaem – tanto os referentes aos valores despendidos quanto o número de ações que tramitam na justiça.<sup>5</sup> Tais números, de um lado revelam o grau de inefetividade do direito à saúde e, de outro, podem traduzir uma concepção equivocada acerca da capacidade do Poder Judiciário para aquilatar todos os interesses envolvidos na questão, em particular na prescrição de tratamentos e medicamentos a pacientes.

Situação ilustrativa da judicialização da saúde, alvo de milhares de liminares no país nos últimos meses, foram diversas condenações do Poder Público ao fornecimento da substância fosfoetanolamina<sup>6</sup>, utilizada em pesquisas preliminares no tratamento do câncer, doença que apresenta diversas manifestações e tratamentos. Nesta era da velocidade e informação, disseminou-se a promessa de que a droga representava a descoberta da cura do câncer. Como decorrência, sem o aval de quaisquer autoridades da oncologia ou do INCA (Instituto Nacional do Câncer) que atestassem níveis mínimos de segurança na utilização desta substância, o Poder Judiciário vinha concedendo as liminares que exigiam o fornecimento da fosfoetanolamina até que o STF suspendesse a eficácia da lei<sup>7</sup>.

A perplexidade da comunidade médica diante do deferimento judicial liminar da fosfoetanolamina, apesar da falta de validação científica, não é desmesurada

<sup>4</sup> KOMESAR, Neil. F. Taking Institutions Seriously: introduction to a strategy for constitutional analysis. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 51, n. 2, p. 366-446, mar./may 1984. p. 24.

<sup>5</sup> Só no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tramitam 113.953 demandas na área da saúde. Em termos comparativos, em um segundo lugar distante está o TJSP com 44.690 ações e em terceiro o TJRJ, com 25.234 ações em tramitação. Dados disponíveis em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/57537-sp-rs-e-rj-sao-estados-que-mais-concentram-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em 3 de setembro de 2016.

<sup>6</sup> A então Presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei n. 13.269 em 13 de abril de 2016, aprovada sem alterações de texto pelo Congresso Nacional, autorizando o uso da substância fosfoetanolamina sintética para doentes com neoplasias malignas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13269.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13269.htm)>. Acesso em 28 de out. de 2016.

<sup>7</sup> Por maioria de votos, o Plenário do STF deferiu medida liminar na ADI 5501 para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016 e, por consequência, o uso da fosfoetanolamina. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=31701>>. Acesso em: 28 de out. de 2016.

quando se pensa que no centro da questão pode estar justamente o declínio à saúde do indivíduo. Para dar uma ideia da gravidade e do risco implicado em tais decisões, recorde-se um dos mais terríveis acidentes médicos da história, originado na Alemanha ao final da década de 1950, quando dois pesquisadores do laboratório farmacêutico Grünenthal, após testes em roedores, desenvolveram e lançaram no mercado medicação antiemética, sedativa e hipnótica que foi considerada muito segura e de poucos efeitos colaterais, para ser comercializada com indicação principalmente para os enjoos matinais e ansiedade das grávidas. O medicamento foi anunciado como “inteiramente atóxico”, “completamente inócuo”, “completamente seguro” e vendido sem receita médica<sup>8</sup>. Assim, em 1957 entrou no mercado alemão, e logo após em mais de 146 países, a droga Talidomida, e em 1961, foi descoberta sua associação a malformações congênitas (a Focomelia), ocasião em que a medicação teve o uso suspenso<sup>9</sup>. Tarde demais: em 1962 já haviam sido descritos mais de 10.000 casos de Focomelia ao redor do mundo, os chamados “filhos da Talidomida”.<sup>10</sup>

Esses episódios envolvendo a fosfoetanolamina e a talidomida trazem à tona vários aspectos necessários para a compreensão da enorme complexidade da área da saúde, que vão muito além do paciente (titular do direito à saúde) por envolver diversos agentes e interesses nessa área: a classe médica como detentora do conhecimento da ciência e dos protocolos clínicos validados para avaliação de doenças e prescrição de tratamentos; os interesses no mercado da saúde, considerando especialmente os laboratórios farmacêuticos que atuam no mercado da saúde, além de ONGs e escritórios de advocacia interessados na judicialização.

Os médicos são os profissionais responsáveis pelos cuidados da saúde dos seus pacientes, competindo-lhes a tarefa de detecção e diagnóstico de doenças, com a indicação dos tratamentos adequados e indispensáveis à cura ou melhora na condição do paciente. A grande complexidade e as graves consequências envolvendo a tomada de decisões na área da saúde tem levado, cada vez mais, à produção de protocolos em todos os níveis de complexidade com a chamada “medicina baseada em evidências científicas”. Trata-se de uma prática que se originou em universidades do Canadá na

<sup>8</sup> Dados colhidos em: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância das Doenças Transmissíveis. **Talidomida:** orientação para o uso controlado. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em:<[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/talidomida\\_orientacao\\_para\\_uso\\_controlado.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/talidomida_orientacao_para_uso_controlado.pdf)>. Acesso em 3 de ago. 2016. p.14.

<sup>9</sup> Dados da A.B.P.S.T. - Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome Talidomida. Disponível em: <<http://www.talidomida.org.br>>. Acesso em 3 ago. de 2016.

<sup>10</sup> Os Estados Unidos da América tiveram os efeitos da tragédia mitigados devido à firme atuação e controle da Food and Drug Administration (FDA) que não considerou adequados os testes clínicos apresentados pela indústria farmacêutica à época. Ainda assim, cerca de 1.200 médicos americanos receberam a Talidomida diretamente da empresa Grünenthal e prescreveram-na para suas pacientes gestantes com enjoos. No Brasil, a droga Talidomida foi proibida para utilização por mulheres em idade fértil, ou seja, da menarca à menopausa (portaria nº354, mar./1997) mas ainda é comercializada com recomendação de rígido controle, tem mais de 60 indicações de tratamento, sendo utilizada para câncer de medula, hanseníase, lúpus e alívio de sintomas de portadores do HIV, o Brasil é o maior fabricante de Talidomida no mundo, com o aval do governo (Lei 10.651, abr./2003 dispõe sobre o controle do uso da Talidomida). Lei 12.190/2010 que complementa Lei 7.070/1982 dispõe sobre pensão especial para os portadores de deficiência decorrente do uso da Talidomida no Brasil.

década de 80, com o objetivo de reduzir incertezas na tomada de decisões relativas à saúde conforme as melhores evidências produzidas em experimentos científicos bem delineados, com auxílio da epidemiologia clínica, metodologia científica, estatística e informática.<sup>11</sup>

Os estudos que dão suporte a esses protocolos são classificados e graduados por sistema alfabético e/ou numérico, determinando basicamente se o nível de evidência que consubstancia o uso de uma terapêutica, ou mesmo a utilização de uma nova tecnologia como método diagnóstico, é alto, médio ou baixo.<sup>12</sup> Muitas variáveis são consideradas, inclusive a existência de eventual conflito de interesses, como por exemplo, o pesquisador que anuncia uma significativa descoberta médica tendo recebido o patrocínio de indústria farmacêutica.

A judicialização da saúde implica, é certo, a atuação do médico, que prescreve determinado tratamento ou medicamento que vem a ser pleiteado pela via judicial. Em que pese a relevância da opção pelo tratamento indicado, a questão vai muito além da decisão do médico porque implica o custo referente aos tratamentos e medicamentos prescritos, que devem ser financiados por alguém (no caso, pelo Estado) e proporcionam elevados lucros neste mercado. Como em todo mercado lucrativo, diversos interesses atuantes e por vezes conflitantes podem ser identificados. A par do interesse do próprio paciente, uma pequena amostragem de casos ocorridos no Brasil evidencia que há outros interesses presentes. A propósito do julgamento sobre os medicamentos de alto custo pelo STF, a Revista Época divulgou matéria sobre “o caso do paciente de R\$ 800 mil”, referindo-se a um paciente portador de uma rara anemia, a Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN), que promove uma série de complicações como a trombose em diversos órgãos e pode levar à morte.<sup>13</sup>

O tratamento para a HPN é feito com o medicamento Eculizumab (nome comercial Soliris®), ao custo de R\$ 800 mil por ano, pago pelo Sistema Único de Saúde em obediência à decisão judicial que impôs ao governo estadual o fornecimento do tratamento.<sup>14</sup> O hematologista responsável pela prescrição do medicamento, foi também quem indicou a advogada para a demanda judicial contra a Secretaria Estadual de Saúde. O médico nega vínculos com o fabricante do remédio (Laboratório Alexion),

<sup>11</sup> SARTORI JUNIOR, Dailor et al. Judicialização do acesso ao tratamento de doenças genéticas raras: a doença de Fabry no Rio Grande do Sul. **Ciênc. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 10, p. 2717-2728, Out. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232012001000020&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012001000020&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 27 Out. 2016. p. 2717.

<sup>12</sup> FUCHS, Flávio Danni; WANNMACHER, Lenita; FERREIRA, Maria Beatriz Cardoso. **Farmacologia Clínica: fundamentos da terapêutica racional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006. p. 72; 75.

<sup>13</sup> Dados da Revista Época: “o Soliris® melhora a qualidade de vida e necessita ser utilizado pelo resto da vida, não elimina totalmente o risco de trombose e há necessidade de uso de anticoagulante concomitantemente; porém, tal enfermidade poderia ser curada com o transplante de medula, alternativa mais barata com custo de R\$ 50 mil (o transplante cura metade das pessoas com HPN, há risco de morte ou complicações graves em cerca dos 30 % dos casos). Nunca foi procurado um doador para o paciente, uma vez que o tratamento foi alcançado pela via judicial”. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 4 de setembro de 2016.

<sup>14</sup> Processo 053.10.034026-4 - Mandado de Segurança para Fornecimento de Medicamentos, tramitando em São Paulo.

mas dele recebe pagamentos para dar aulas a outros médicos sobre o HPN. A advogada indicada pelo hematologista recebe honorários da Associação Brasileira de HPN, uma ONG que recebe apoio financeiro da Alexion. O governo estadual paulista foi obrigado ao pagamento desse tratamento para outros 34 pacientes no ano de 2011, tendo a mesma advogada atuado em 28 desses casos.<sup>15</sup>

Devidamente contextualizada a judicialização neste caso, de pronto se percebe a importância do interesse econômico farmacêutico nas ações em saúde. Em contraponto, nos últimos anos verificou-se o aumento do número de sífilis congênita em decorrência do desabastecimento da medicação Penicilina Benzatina em todos os estados brasileiros, sendo que um dos principais motivos para a dificuldade no fornecimento e disponibilização na rede pública deve-se ao fato de ser considerada uma droga muito barata, proporcionando baixo lucro aos fabricantes<sup>16</sup>.

O quadro sugere que no âmbito da judicialização existe um perfil possivelmente elitizado de quem alcança o sistema judiciário, conclusão já demonstrada em relevantes pesquisas acadêmicas e científicas<sup>17</sup>. Estudos revelam que alguns tipos de tratamentos experimentais e medicamentos recém lançados pela indústria estão associados a grupos repetidos de médicos e advogados particulares que patrocinam tais demandas no Judiciário<sup>18</sup>.

De vários estudos compilados, Fábio Quintas conclui que a preponderância de médicos e advogados do setor privado contrapõe a crença de que as demandas judiciais

<sup>15</sup> Na mesma reportagem da Época disse o secretário da saúde do Estado de São Paulo, Giovanni Guido Cerri: "isto virou uma grande indústria. Alguns médicos recebem estímulos do fabricante (viagens, benefícios) para prescrever medicamentos de alto custo. As empresas financiam as ONGs de pacientes e a isso tudo se associam os advogados." Completa dizendo: "a judicialização da saúde é uma injustiça, os mais ricos desviam recursos dos mais pobres".

<sup>16</sup> Centers for Disease Control and Prevention. "Sexually transmitted diseases treatment guidelines, 2015. MMWR, 64 (RR-03): 43–45." (2015). Disponível em: <<http://www.cdc.gov/std/tg2015/syphilis-pregnancy.htm>>. Acesso em 1 de setembro de 2016. Ainda: Medscape notícias e perspectivas: Desabastecimento de penicilina alerta para desafio global de combate à sífilis. Disponível em: <<http://portugues.medscape.com/verartigo/6500488>>. Acesso em 4 de setembro de 2016.

<sup>17</sup> Conferir, a propósito: MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v.18, n. 4, p. 1079-1088, Apr. 2013. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232013000400022&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000400022&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 21 Abril de 2016; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, vol. 8, n. 3, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/1012957/rqi.2015>.

<sup>18</sup> Um desses estudos, da autoria de Fábio Quintas, fez a compilação de vários estudos sobre as ações judiciais pleiteando medicamentos, concluindo que essas demandas podem estar servindo aos interesses da indústria farmacêutica. Em uma das análises do Estado de Minas Gerais, publicada em 2012, que reuniu ações entre 1999 e 2009 (foram 2.412 ações solicitando 2.880 medicamentos), verificou-se que 62,1% tinha representação de advogados particulares e 84,9% das prescrições foram feitas por médicos do setor privado; um único escritório de advocacia foi responsável por 44,8% das demandas e, dentre estas, um único médico prescreveu tratamento em 43,6% dos casos do medicamento adalimumabe, anticorpo monoclonal usado para tratar artrite reumatóide que não é primeira escolha nos protocolos do SUS (QUINTAS, Fábio Lima. Juízes-administradores, a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 209, mar. 2016. p. 37-38). Estudo sobre ações judiciais no Estado de São Paulo, em 2006, observou dados similares: em 2.967 ações, 97,2% foram ajuizadas por advogados privados, implicando gastos de R\$ 65 milhões no atendimento de tratamentos médicos para 3.600 pessoas. Outro estudo no mesmo Estado, em 2006-2007, com dados da Secretaria de Saúde estadual, verificou dispêndio de cerca de R\$ 40 milhões para atender 1.220 pedidos de tratamento, com custo médio de R\$ 33,5 mil por paciente (QUINTAS, Fábio Lima. Juízes-administradores, a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 209, mar. 2016. p. 38-39).

nesta área promovem auxílio aos pobres e marginalizados por políticas públicas insuficientes. Sugere, ainda, que alguns grupos desses profissionais atendem aos interesses da indústria farmacêutica, compelindo o poder público a financiar medicamentos de alto custo em detrimento de opções menos onerosas e que atenderiam às patologias dos demandantes sem provocar desequilíbrios no orçamento ou nas políticas universais. Para Quintas, o ativismo judicial na saúde interfere na ordenação do direito e debilita a atividade administrativa, solapando a competência do administrador: torna-se o juiz “a grande agência administrativa do Brasil – a última instância administrativa”.<sup>19</sup>

Na mesma linha é a advertência de Marina Machado, de que

*essas ações podem representar interesses daqueles que comercializam medicamentos novos e financeiramente inacessíveis à população em geral. O SUS, que possui a atribuição de garantir a todos o direito à saúde, tornou-se um grande mercado consumidor para os novos lançamentos da indústria farmacêutica, que nem sempre atendem às necessidades sanitárias da população.*<sup>20</sup>

A licenciosidade no relacionamento entre médicos e indústria farmacêutica também se identifica em estratégias de mercado e investimentos neste setor, implicando no afrouxamento dos critérios de observância bioética em detrimento dos indivíduos e das políticas públicas. Dentre as variadas técnicas de aliciação estão a distribuição de brindes diversos nos consultórios médicos, o oferecimento de ingressos para eventos desportivos, o pagamento de jantares refinados e de viagens para locais paradisíacos, até o franco patrocínio para os profissionais que prescrevem determinados tratamentos.<sup>21</sup>

Márcia Angell escreveu um livro intitulado “A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos” descrevendo diversas práticas por eles encetadas no mercado da saúde. Por exemplo, os investimentos em publicidade no mercado farmacêutico envolvem cifras astronômicas e revelam a capacidade da indústria para influenciar e criar demanda para o uso de seus produtos.<sup>22</sup> A autora também alerta para a enxurrada de lançamen-

<sup>19</sup> QUINTAS, Fábio Lima. Juízes-administradores, a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 53, n. 209, mar. 2016. p. 38-40.

<sup>20</sup> MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, jun. 2011. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102011000300018&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000300018&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 Abril de 2016. p. 594.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Análise da relação entre laboratórios farmacêuticos e médicos do Sistema Único de Saúde à luz do princípio da moralidade administrativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, vol. 52, n. 205, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/509950>>. Acesso em: 20 de ago.de 2016. p. 214.

<sup>22</sup> Dados norte-americanos dão conta de que no ano de 2001 foram distribuídos cerca de US\$ 11 bilhões em “amostras grátis” dentre os medicamentos mais caros e recém lançados no mercado pelos representantes dos laboratórios farmacêuticos nos consultórios médicos, custo evidentemente incluído no valor final de venda do remédio, promovendo a familiarização do prescritor da droga e do paciente no seu uso (ANGELL, Márcia. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos**. 2. ed. Rio de

tos de medicamentos que apontam benefícios tão diversificados quanto amplos e difíceis de aferir, para combater moléstias de definição vaga ou indisposições corriqueiras que, na história natural da doença, melhorariam espontaneamente muito mais rapidamente do que com o excesso de medicação e seus efeitos colaterais e interações medicamentosas.<sup>23</sup>

Além disso, medicamentos novos, mesmo após passarem por rigorosos estudos até o seu registro pela agência sanitária, carregam a potencialidade de, com a ampliação do uso e tempo no mercado, acabarem demonstrando graves efeitos adversos, inclusive fatais; logo, não se pode conhecer a segurança de um medicamento que esteja sendo comercializado há pouco tempo.<sup>24</sup>

Essas afirmações são sustentadas por estatísticas e dados empíricos: as ONGs Public Citizen e a Acción Internacional para la Salud divulgaram dados sobre a retirada de medicamentos do mercado após eventos graves e fatais. Oito (8) dentre onze (11) medicamentos retirados do consumo entre os anos de 1992 e 2001, foram retirados com menos de dois anos de comercialização, um apenas ultrapassou cinco anos no mercado até ser retirado e cinco deles não permaneceram em venda por nem mesmo um ano. Esses registros denotam a importância da “farmacovigilância” das agências sanitárias, especialmente quanto aos novos medicamentos. Diversos estudos em todo o mundo apontam que, na melhor das hipóteses, apenas um terço de todos os remédios novos levados a registro apresentam alguma vantagem terapêutica quando comparados aos já existentes para as mesmas indicações e, em média, o baixo percentual de 3% representaria avanço terapêutico substancial.<sup>25</sup>

Não bastasse tudo isso, o setor também se apresenta propício ao cometimento de fraudes<sup>26</sup> e, neste quesito, o Brasil tem suas histórias envolvendo médicos e indústria. Recente investigação expôs grande esquema criminoso conhecido como “Máfia das Próteses”, demonstrando o conluio entre médicos traumato-ortopedistas e fornecedores de material protético de alto custo, em que recebiam valores superfaturados em cirurgias e procedimentos utilizando material de custo elevado e de qualidade e

Janeiro: Record, 2007. p. 131). Do ponto de vista estratégico, as amostras grátis são consideradas os presentes mais eficazes para popularizar medicamentos novos, que, depois de algum período de uso, podem acabar demonstrando maiores efeitos adversos do que as medicações antigas consagradas e de menor custo, deixadas de lado pela indução publicitária subliminar de que o novo medicamento necessariamente superaria o antigo (ANGELL, Márcia. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 144-145).

<sup>23</sup> ANGELL, Márcia. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 141.

<sup>24</sup> COSTA, Ediná Alves. Vigilância Sanitária, desafios à construção de um sistema nacional para a proteção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 52-53; FUCHS, Flávio Danni. Terapêutica na Prática Clínica cardiovascular: Vivências e Evidência. *Arq. Bras. Cardiol.*, São Paulo, v. 85, n. 1, p. 72-75, Julho de 2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0066-782X2005001400015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0066-782X2005001400015&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 27 de outubro de 2016. p. 75.

<sup>25</sup> COSTA, Ediná Alves. Vigilância Sanitária, desafios à construção de um sistema nacional para a proteção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 53-54.

<sup>26</sup> ANGELL, Márcia. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 146-147.

indicação duvidosas<sup>27</sup>. O episódio expressa o prejuízo para o Estado causado por decisões judiciais que chancelam este tipo de recomendação médica, solicitando determinado tratamento de alto custo motivado por suborno e submetendo o paciente aos riscos de um procedimento cirúrgico desnecessário ou de eficácia duvidosa<sup>28</sup>.

Passar a lupa sobre todos esses interesses torna muito singelas as abordagens que reduzem a judicialização ao problema da efetividade do direito à saúde das pessoas necessitadas. Em se tratando de área tão economicamente relevante, como a da indústria farmacêutica, a meritória previsão constitucional do direito à saúde integral para todos pode ser utilizada de forma maliciosa por quem detém poder e interesses econômicos, e se vale da exposição do sofrimento humano e da chancela judicial para aumentar os lucros decorrentes da atividade.

Esse exame mais alentado dos interesses presentes na questão importa à medida que o STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, como dito na introdução deste estudo, tem decisões em que considera sua atuação na área da saúde adequada, legítima e necessária, reconhecendo o dever de alcançar judicialmente prestações fáticas ao postulante, inclusive quando os tratamentos e medicamentos postulados não estão contemplados nos programas que o Sistema Único de Saúde disponibiliza aos seus usuários e nem aprovados para registro na ANVISA. Cumpre, por isso, passar à análise mais detida da atuação institucional do Judiciário na complexidade da saúde para compreender como chegou-se a esse quadro e quais as propostas para aprimorar sua participação na solução do problema.

### **3. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO COMPLEXO QUADRO DA SAÚDE**

Por judicialização<sup>29</sup> entende-se o grande protagonismo do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas, por meio das mais variadas decisões judiciais

<sup>27</sup> Reportagem no programa televisivo Fantástico em janeiro de 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/mafia-das-proteses-coloca-vidas-em-risco-com-cirurgias-desnecessarias.html>. Acesso em 20 de ago. de 2016.

<sup>28</sup> A iniciativa privada é igualmente lesada quando, em busca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o consumidor judicializa determinadas pretensões em face do plano de saúde que tenha glosado recomendações médicas de uso de determinados materiais de alto custo ou sem comprovação científica da sua eficácia clínica. Neste sentido, Duque demonstra a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de direito privado (*Drittewirkung*) calcada nas relações de consumo, pois há irradiação dos direitos fundamentais em todo o âmbito jurídico na chamada teoria do diálogo das fontes convergindo na interpretação do direito civil para a Constituição (DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: Drittewirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 413).

<sup>29</sup> Lênio Streck esclarece as diferenças entre judicialização e ativismo: enquanto a judicialização está ligada a problemas contingenciais, o ativismo liga-se a problemas comportamentais. O autor considera que a judicialização ocorre na maioria das democracias e não é um mal em si, decorre, em regra, das (in)competências na execução das políticas públicas; o ativismo, por outro lado, manifesta-se quando o juiz subjetivamente imiscui-se nos julgados políticos e morais do legislador, sua vontade e julgados pessoais substituem o debate político. Para Streck, o ativismo judicial pode ocorrer no uso de técnicas como a “interpretação conforme”, realizada pelo STF, cuja conformidade da interpretação muitas vezes dá-se no sentido oposto à proposição do legislador, bem como pelo uso das prerrogativas de livre convencimento e livre apreciação das provas pelo juiz, que podem justificar decisões de qualquer modo, contrariando o princípio democrático em prol de um protagonismo judicial. Streck alerta para os

que garantem o acesso, à título individual ou coletivo, aos bens jurídicos que implicam o dispêndio de verba pública. Essa prática sujeita-se à crítica de que o Judiciário vem se imiscuindo inclusive nas questões de natureza política afetas aos outros poderes, e se associa ao fenômeno denominado “neoconstitucionalismo”<sup>30</sup> ou “pós-positivismo”<sup>31</sup>.

Segundo o Min. Luís Roberto Barroso, algumas das principais causas da judicialização encontram-se no processo de redemocratização do país com o novo paradigma constitucional de 1988, pela constitucionalização de uma série de direitos, como os sociais, e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.<sup>32</sup> Antes mesmo de assumir o posto de Ministro do STF, Barroso já disseminava em suas publicações acadêmicas a doutrina centrada na ideia de capacidade institucional, que seria basicamente uma avaliação de qual Poder estaria mais apto a decidir sobre determinadas questões que envolvessem complexidades técnico-científicas, em que as manifestações legislativas e executivas, sufragadas pelo voto, poderiam decidir com mais legitimidade. Neste sentido, ponderava que o

*exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põe em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.*<sup>33</sup>

No Brasil, a judicialização iniciou sua expansão na área da saúde na década de 90. O fenômeno se deve, principalmente, ao crescimento dos índices de infecção pelo vírus HIV, causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA) ou AIDS, no acrônimo em inglês. Em retrospectiva, emblemática é a demanda tendo por objeto medicações para o tratamento da Aids ajuizada pela “menina Lu”<sup>34</sup>, infectada pelo vírus

riscos, para a representação política, decorrentes do protagonismo ativista judicial, uma vez que ofensas à Constituição pelo Poder Judiciário são mais graves do que as emanadas dos outros Poderes, pois ao Judiciário cabe a guarda do texto constitucional. Fiel ao seu estilo provocativo, questiona: “quem nos salvará dos salvadores?” (STRECK, Lênio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números? **Os constitucionalistas**. Publicação digital, 26 out. 2013. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros>>. Acesso em 2 set. 2016.).

<sup>32</sup> Para uma clara exposição crítica dos pressupostos do neoconstitucionalismo, conferir: ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17. jan./mar. 2009. p. 1-19.

<sup>33</sup> RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e Desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, n. 199, p. 25-33, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502916>>. Acesso em: 11 de mai. 2016. p. 27.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 322-323.

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 343-344.

<sup>36</sup> Luciane Aparecida de Conceição, com o uso do coquetel de antirretrovirais, permaneceu com carga viral zero por muitos anos, faleceu aos 24 anos de idade, em 5 de outubro de 2012 de complicações da AIDS por ter se recusado a continuar tomando remédios nos 5 anos que precederam sua morte; engravidou e teve uma filha que nasceu sem o vírus HIV graças a protocolo de uso de antirretrovirais na gestação e no bebê por 6 semanas após o nascimento. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/cidade/noticia/2012/10/mulher-com-aids-nasce-bebe-saudavel.html>>.

HIV ainda no ventre da mãe, devido a uma transfusão de sangue contaminado realizada no Hospital Regional de Sorocaba, no oitavo mês de gestação. A criança nasceu com HIV e aos 8 anos de idade, muito debilitada por doenças oportunistas graves, obteve o coquetel com antirretrovirais via Judiciário em litígio contra a Fazenda Pública. Este caso alcançou grande repercussão por estabelecer no meio médico um precedente de sucesso no tratamento de crianças vivendo com Aids, visto que, até então, as crianças não tinham opções de tratamento<sup>35</sup>.

A ascensão da epidemia da Aids no Brasil, gerando forte mobilização dos portadores da doença e seus familiares, somada ao processo de redemocratização e à constitucionalização dos direitos sociais no país, estimularam a sociedade civil na busca pelo fornecimento de tratamento para o HIV/Aids, com fulcro no direito à vida e à saúde. Essas ações judiciais foram as precursoras do fenômeno da judicialização da saúde no país.<sup>36</sup>

O fato é que esses sucessos obtidos no âmbito judiciário para o tratamento da Aids provocaram uma reestruturação na implementação da política pública de prevenção e tratamento à doença provocada pelo vírus do HIV, tornando-se uma das mais conceituadas no mundo. Em 2001, o *boom* de ações judiciais atingiu o ápice em decorrência de múltiplos fatores: (a) surgimento de algumas mutações que tornavam o vírus do HIV resistente a certos medicamentos; (b) profícios investimentos em pesquisa e produção farmacêutica promovendo constante surgimento de novas classes de medicações; (c) demora na incorporação dos novos medicamentos à rede pública; e (d) agressivas campanhas de marketing dos laboratórios produtores dos fármacos.<sup>37</sup>

No ano de 2001 o Programa Estadual de DST/Aids de São Paulo teve seu orçamento público severamente comprometido, com cerca de 80% despendidos no cumprimento de ordens judiciais, compelindo o programa a fazer suplementação orçamentária.<sup>38</sup> Os embates públicos e judiciais entre o programa nacional de DST/Aids, os

<sup>35</sup> [-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2012/10/morre-em-sorocaba-sp-primeira-crianca-tomar-coquetel-contra-aids.html](http://paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2012/10/morre-em-sorocaba-sp-primeira-crianca-tomar-coquetel-contra-aids.html). Acesso em 19 de setembro de 2016.

<sup>36</sup> Também no meio jurídico festejou-se o sucesso alcançado na demanda, o que encorajou o GAPA-SP (Grupo de Apoio à Prevenção da Aids) a distribuir para advogados de ONGs em todo o país os modelos de petições iniciais para serem utilizados em ações semelhantes de solicitação de tratamento para a doença (BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O Remédio via Justiça:** Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde. 2006. P. 186. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic\\_justica01.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf)>. Acesso em 18 de setembro de 2016. p. 25-26).

<sup>37</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O Remédio via Justiça:** Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde. 2006. P. 186. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic\\_justica01.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf)>. Acesso em 18 de setembro de 2016. p. 18.

<sup>38</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O Remédio via Justiça:** Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde. 2006. P. 186. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic\\_justica01.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf)>. Acesso em 18 de setembro de 2016. p. 25-28.

<sup>39</sup> Nota oficial do Programa Nacional de DST e Aids, preocupado com a grande quantidade de ações judiciais, em agosto de

defensores dos acometidos pela doença e os pacientes titulares do direito à assistência integral à saúde, escancararam os vícios e as virtudes da judicialização<sup>39</sup> neste fenômeno que tem se expandido e preocupado a todos, em face dos riscos de inviabilizar o Sistema Único de Saúde.

No exame da judicialização da saúde, é notório, despontam aspectos positivos, como a mobilização da sociedade civil e das instituições legitimadas para a defesa coletiva e promoção da organização das políticas públicas pelo Poder Público, como se pôde observar com a política Nacional para o tratamento do HIV/Aids. Porém, vê-se o lado negativo em que pacientes, grupos profissionais e indústria dirigem-se diretamente ao Judiciário, em desconsideração às políticas públicas, com propensão a desorganizar o orçamento público, muitas vezes de forma desproporcional, em prejuízo do interesse coletivo.

Há críticas pertinentes que atentam para as injustiças distributivas que as decisões judiciais provocam no orçamento das políticas públicas, tanto pela falta de legitimidade democrática do Judiciário, quanto pela ausência de conhecimento técnico para decisões em tais lides. Alega-se que, ao pretensamente garantir o direito à saúde no caso concreto, o juiz pode estar direcionando orçamento escasso para escolhas de tratamentos que são contrários aos consensos de especialistas médicos, ou mesmo experimentais, e sem nenhuma evidência que consubstancie o deferimento da demanda.

Este último aspecto, concernente às decisões sobre direitos na área da saúde, expõe o problema da capacidade institucional para lidar com as especificidades dos protocolos da medicina baseada em evidências. A dúvida sobre a capacidade dos magistrados é razoável à medida que o processo judicial, que é a missão institucional do Judiciário, serve em geral para definir questões patrimoniais, apurando responsabilidades

---

2001: "Reconhecemos que o acesso a tratamento é direito indiscutível e decisões dos Tribunais Superiores têm obrigado a disponibilização de medicamentos de todos os tipos (...) deve ser ressaltado que a literatura médico-científica mundial tem, reiteradamente, afirmado que tanto o início como a substituição de drogas antiretrovirais por eventual falha terapêutica não caracterizam uma emergência médica, como grande parte dos advogados que ajuizam esses pedidos vêm colocando em suas petições judiciais. Frequentemente, essa argumentação coloca os juízes em situação difícil, pois como não são conhecedores de assunto tão especializado, veem-se muitas vezes obrigados a expedirem seus mandados para disponibilização de medicamentos ou exames para cumprimento imediato (24 a 48 horas). Assim, a Coordenação Nacional recomenda que se solicite perícia médica judicial, com avaliação individualizada do caso, para permitir a decisão final do juiz, da mesma forma que normalmente ocorre com outros problemas de saúde, particularmente nas áreas cível e trabalhista". (BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O Remédio via Justiça:** Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde. 2006. P. 186. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic\\_justica01.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf)>. Acesso em 18 de setembro de 2016. p. 28-32)

<sup>39</sup> Nota da ONG Grupo de Incentivo à Vida, respondendo à acusação de excessos na solicitação judicial de medicamentos para pacientes que não possuíam indicação: "As decisões da Justiça para garantia de medicamentos fora do consenso terapêutico realmente não podem ser validadas para todos os pacientes. Mas não podemos admitir que as ações sejam genericamente desqualificadas e taxadas de irresponsáveis (...) Foram estas ações judiciais individuais, movidas pelas ONGs em nome dos pacientes, que garantiram ou pelo menos "apressaram" a chegada de diversos medicamentos (...) Jamais abriremos mão de recorrer ao Ministério Público e à Justiça. As ações judiciais são instrumentos de ativismo e de exercício de cidadania; ao lado da garantia de legislações específicas; dos espaços de controle social; da defesa da produção de genéricos e da quebra das patentes; das manifestações públicas e outras formas legítimas de pressão." (BELOQUI, Jorge; SCHEFFER, Mário. **Proteção à vida ou transtorno econômico?** Disponível em: <[www.giv.org.br/](http://www.giv.org.br/)>.)

e determinando eventual reparação por danos causados. No processo, assume centralidade o exame das provas apresentadas para a certificação dos fatos, voltado à aplicação das condutas previamente definidas nas normas jurídicas que regulam aqueles fatos. O processo judicial, nesse sentido, não foi desenhado para lidar com os direitos sociais nas causas em que “o que se questiona é se, ao distribuir as riquezas do Estado, a ação do governo foi justa, e não se o governo causou algum dano ao fazer o que fez”. Nesse ponto, Lon Fuller assevera:

*os direitos sociais e econômicos manifestam de maneira clássica todas as características das pretensões policêntricas e demonstram a total falta de aptidão do Judiciário para encontrar um meio justo de distribuir os recursos do Estado (...) O fato de haver tantas maneiras diferentes e igualmente legítimas de organizar a assistência médica, a moradia, a educação etc. – no que diz respeito ao tipo de serviço, para quem e por quanto tempo – significa que o processo judicial não é adequado para resolver demandas desta espécie, e o fato de tantos outros poderem fazer reivindicações conflitantes pelos fundos em disputa significa que tampouco os tribunais são adequados. Há tantas causas em que os governos podem gastar dinheiro, bem como tantos indivíduos e grupos, que qualquer decisão tomada por um tribunal será arbitrária e incompleta.*

Tais reflexões expõem a fragilidade do Judiciário na matéria e levam a perquirir qual seria, então, a instituição mais adequada para contemplar o problema da saúde. Este é o objeto da seção seguinte, em que serão analisadas as capacidades institucionais dos órgãos responsáveis pelo desenho e implementação das políticas públicas na área da saúde.

#### 4. O DESENHO INSTITUCIONAL PARA UMA REALIDADE COMPLEXA

Conquanto a expansão da atividade judicial se justifique sob certos pontos de vista – notadamente quanto à efetivação dos direitos –, não se pode deixar de considerar todas as dificuldades demonstradas na seção anterior, presentes na concretização do direito à saúde e que expõem a fragilidade da capacidade judicial para lidar com esta questão. O debate quanto à capacidade institucional dos órgãos públicos já é antigo e tem entre suas propostas a “análise institucional comparativa”, método desenvolvido por Neil Komesar para “decidir quem decide”,<sup>40</sup> através de um juízo sobre quem, entre os órgãos existentes, detém maior autoridade para o *decision making process*.<sup>41</sup> O

<sup>40</sup> KOMESAR, Neil. F.Taking Institutions Seriously: introduction to a strategy for constitutional analysis. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 51, n. 2, p. 366-446, mar./may 1984.

<sup>41</sup> COSTA, Rafael de Oliveira. Entre o Direito, a Política e a Economia: (re)construindo a análise institucional comparativa. **Revista**

processo de comparação exige uma interação entre a política, a economia e o direito e tem o mérito de impedir uma análise isolada da atuação judicial, que sempre será comparada a outros cenários possíveis, em que outros atores possam demonstrar maior capacidade para otimizar a implementação das políticas públicas.

Contudo, quando se lida com a questão das capacidades institucionais para argumentar que as Cortes não são as instâncias mais adequadas para ponderar questões de alta complexidade, há que se ter o cuidado, como bem advertem Cléve e Lorenzetto, para que o uso da teoria não se preste a manter o *status quo* de infetividade e indefinição em torno dessas questões. Em excelente ensaio, os autores retomam a discussão em torno das capacidades institucionais sob uma perspectiva crítica demonstrando, em primeiro lugar, que ela não é nova e apenas dá continuidade a estudos que remontam aos trabalhos de Henry Hart e Albert Sacks (1994).<sup>42</sup> A isso, acrescentaríamos a referência à obra de Neil Komesar, iniciada em 1984 com o ensaio intitulado *Taking Institutions Seriously: introduction to a strategy for constitutional analysis*, seguida de ensaios de 1987 (*Back to the future – an institutional view of making and interpreting Constitutions*) e de 1988 (*A job for the judges: the Judiciary and the Constitution in a massive and complex society*), e coroada com a monografia *Law's Limits: the Rule of Law and the supply and demand of Rights*, publicada em 2001 pela Cambridge University Press.

Na perspectiva de Komesar, a questão das capacidades é sempre analisada comparativamente e deve contemplar as potencialidades reais e efetivas, i.e., não idealizadas, de cada instituição, considerando assim suas imperfeições e vicissitudes. Komesar opera na comparação entre o Judiciário e as capacidades do mercado e das instâncias de decisão política como alternativas, advertindo que, antes de deslocar uma questão do âmbito de apreciação judicial em favor de outros sistemas, deve-se em primeiro lugar lembrar que também existem sérias distorções no sistema representativo (onde os interesses de minorias bem articuladas concentradoras de maior renda per capita sobrepõem-se aos interesses da maioria hipossuficiente e dispersa) e também no próprio mercado, onde as condições de competição nem sempre operam em critérios igualitários e leais. Ou seja, nenhuma dessas instituições está livre de fricções (*frictionless*) quando confrontadas com problemas de grande complexidade,<sup>43</sup> de tal sorte que “todas as instituições são imperfeitas e a escolha entre alternativas pode ser feita sensivelmente pela consideração de seus relativos méritos”. Seria a escolha do menor

---

**da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 75-90, 2014. p. 77-78.

<sup>42</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias Interpretativas, Capacidades Institucionais e Crítica. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 131-168, jan./jun. 2016. p. 159.

<sup>43</sup> KOMESAR, Neil. *F. Law's Limits: the Rule of Law and the supply and demand of Rights*. New York: Cambridge University Press, 2001. p. 22; 28; 61.

entre os males: "Diante de números expressivos e complexidade, estamos mais para a escolha da melhor entre as alternativas piores ou não atraentes".<sup>44</sup>

Em segundo lugar, Clève e Lorenzetto salientam, com razão, que nem sempre o desenho institucional diminui o efetivo cometimento de erros, mas apenas transpõe agentes que cometerão erros em outros âmbitos institucionais. Ainda, apontam que resta em aberto "a questão sobre a quem caberia a decisão anterior, a decisão sobre qual seria a instituição mais adequada para decidir o problema, além dos critérios adequados para a avaliação dessa decisão".<sup>45</sup> Nesse sentido, a análise institucional comparativa de Komesar ganha sua importância e pavimenta a trilha do diálogo institucional, ao propor uma análise conjunta, jurídica, política e econômica, dos atores, custos procedimentais e competências institucionais, para reconhecer que questões de grande complexidade precisarão de um enfrentamento conjunto (dialógico), e não unilateral (monológico).

Neste ponto, em se tratando do direito à saúde, os aspectos que antes analisamos tornam claro que, se de um lado o Judiciário tem condições de efetivamente contribuir na delimitação da extensão desse direito (veja-se o exemplo da reestruturação administrativa para dar conta do combate à epidemia de HIV), de outro lado, em matérias de natureza técnico-científica, necessitará do auxílio dos órgãos técnicos para compreender a natureza e necessidade de terapêuticas específicas para a promoção da saúde (sob o risco de chancelar medicamentos e tratamentos que, ao contrário de promover a saúde do paciente, levam ao seu declínio, com repercussões orçamentárias e prejuízo à coletividade). Não se trata de retirar do Judiciário a capacidade para certas decisões, mas de forçá-lo a reconhecer que a tomada de certas decisões requer a integração de outros atores mais capazes para o processo de decisão.

Deste modo, a complexidade da área reclama conhecimentos técnicos e específicos, que orientam o emprego da discricionariedade técnica dos órgãos decisórios responsáveis pelo desenho e implementação das políticas públicas para o acesso integral, universal e igualitário à saúde, tal como previsto pelo art. 196 da CF/88. Ao isolar o caso concreto de toda a amplitude das questões envolvidas, pode-se, inadvertidamente, proferir uma sentença em que todos perdem: o demandante ao ver provido um tratamento que não era o mais adequado, o poder público que será obrigado a provê-lo e a coletividade que verá diminuído o orçamento da saúde. Com efeito, as diretrizes na área da saúde reúnem uma rede de indicações médicas, critérios demográficos, orçamentos limitados, dados estatísticos etc, que, em regra, encontram dificuldades para

<sup>44</sup> KOMESAR, Neil. *F. Law's Limits: the Rule of Law and the supply and demand of Rights*. New York: Cambridge University Press, 2001. p. 24.

<sup>45</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias Interpretativas, Capacidades Institucionais e Crítica. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 131-168, jan./jun. 2016. p. 158.

serem manejados no contexto binário procedente/improcedente da sentença judicial, ainda que em um devido processo legal.

Por tudo isso, a judicialização das questões da saúde exige uma interação especial entre diversos atores, e novas alternativas são desenhadas para lidar com a especificidade desses problemas. Como exemplo paradigmático, uma magistrada do Poder Judiciário em Araguaína, no Estado do Tocantins, estabeleceu em 2011 um convênio com a Prefeitura, sua Ouvidoria e Secretaria da Saúde, juntamente com um Núcleo de Apoio Técnico (NAT)<sup>46</sup> formado por equipe multidisciplinar de especialistas em saúde pública, enfermeiros, farmacêuticos e médicos. Esta experiência produziu uma redução significativa da judicialização: em 2013 houve resolutividade pela via administrativa de 72% das demandas em saúde através da Ouvidoria da Prefeitura e da atuação do NAT em parceria com o Ministério Público e a Defensoria Pública, sendo que somente 28% dos casos seguiram a via judicial; em 2014, apesar de quase o dobro de casos demandando o direito à saúde junto à Ouvidoria, 80% dos casos foram resolvidos administrativamente.<sup>47</sup> Mais recentemente, em setembro de 2016, foi instaurado mais um NAT na capital do Estado do Tocantins, a cidade de Palmas.<sup>48</sup>

Para Jane Pereira, que observa procedimento semelhante adotado no Rio de Janeiro, esta ferramenta oferece a *expertise* técnica indispensável para melhorar qualitativa e quantitativamente a atividade judicante, pois

*os instrumentos de cooperação são relevantes não apenas por contribuírem para a formação de um processo judicial deliberativo, mas também porque questões envolvendo direitos sociais encerram um amálgama entre saber científico, escolhas políticas e direito. Se não é simples desenhar a linha que traça a fronteira entre direito, técnica e política, fórmulas processuais que viabilizem a interlocução entre os protagonistas de cada um desses domínios contribuem para decisões mais justas, do ponto de vista substantivo, e mais justificadas, do ponto de vista procedural.<sup>49</sup>*

<sup>46</sup> “A função do NAT - Municipal é oferecer suporte de especialistas aos programas de saúde locais sobre as políticas públicas de saúde em vigor, bem como informações técnicas sobre medicamentos e demais procedimentos oferecidos pelo SUS ao Judiciário, ao Ministério Público, à Defensoria Pública. Também tem função de resolver diretamente as questões que estão inseridas na política de saúde do Município, bem como de remeter casos que tenham a possibilidade de resolutividade à Ouvidoria do SUS. Para tanto, foi formada uma equipe multidisciplinar de servidores com especialidades em saúde pública, tais como: assessor jurídico, enfermeiro, farmacêutico, assistente social, assistente técnico administrativo e médico de sobreaviso”. Disponível em:<<http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/3291-destaque-nacional-atuacao-do-cemas-e-nat-de-araguaina-e-apresentada-ao-presidente-do-tjto>>. Acesso em 17 de setembro de 2016.

<sup>47</sup> Documento elaborado pelo TJ-TO. Disponível em:<<http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/3291-destaque-nacional-atuacao-do-cemas-e-nat-de-araguaina-e-apresentada-ao-presidente-do-tjto>>. Acesso em 17 de setembro de 2016.

<sup>48</sup> Ampliação dos núcleos no Estado de Tocantins. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83430-tocantins-instala-em-palmas-o-terceiro-nucleo-de-apoio-tecnico-a-saude>>. Acesso em 17 de setembro de 2016.

<sup>49</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, vol. 8, n. 3, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/1012957/rqi.2015.p.2112>.

Deste modo, a judicialização da saúde passa pelo redimensionamento da importância da discricionariedade técnica nas deliberações que fundamentam o fornecimento ou não de tratamentos na saúde, e também pela valorização do diálogo entre os poderes.

Condizente com o fortalecimento da discricionariedade técnica, com a melhor capacidade institucional da Administração Pública e com o diálogo interinstitucional entre o sistema de saúde e o de justiça, o Ministro Barroso sistematiza algumas premissas no RE 566.471 para orientar a distribuição de medicamentos de alto custo que comprometem o orçamento destinado à saúde de todos. Nesta sistematização, distinguem-se dois cenários, o das demandas requerendo medicamentos já incorporados pelo SUS e o das demandas com solicitação de medicamentos não incorporados. No primeiro cenário, com a dispensação gratuita de medicamento incorporado pelo SUS, a decisão é fácil, há direito subjetivo público à política de saúde e o Judiciário garante a efetivação da política pública estabelecida, desde que o paciente apresente de fato a necessidade da utilização daquela terapêutica requisitada e comprove a decisão de negatória administrativa de fornecer o medicamento previamente solicitado ou a demora para dispensá-lo. Verificou-se que não é inusitado que ações sejam propostas por desinformação sobre a disponibilização destes medicamentos, por desabastecimento, ou até a negativa de fornecimento, razão por que deve-se aplicar o Enunciado nº 3 da I Jornada de Direito à Saúde do CNJ com relação ao pedido administrativo prévio, de que cabe “ao autor da ação a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária”<sup>50</sup>.

No segundo cenário, em que os medicamentos demandados não foram incorporados nas listas do SUS ou não há consenso, o voto sugere cinco requisitos cumulativos a serem seguidos pelo Poder Judiciário para redução e racionalização da judicialização e um parâmetro procedural, que são:

*(i) a incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente, (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes, (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS, (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências, e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União. Ademais, deve-se exigir a observância de 1 (um) parâmetro procedural relativo à realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde (e.g., câmaras e núcleos de apoio técnico em saúde no âmbito dos tribunais, profissionais do SUS e CONITEC), para fins de aferir a*

<sup>50</sup> Voto do Min. Roberto Barroso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário n. 566.471. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Pedido de vista do ministro Teori Zavascki suspendeu o julgamento no dia 28 de set. 2016.

*presença dos requisitos de dispensação e determinar aos órgãos competentes, no caso de deferimento judicial do medicamento, que avaliem a possibilidade de sua incorporação pelo SUS.<sup>51</sup>*

Para Barroso, o entabulamento de diálogo institucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com *expertise* técnica na área da saúde, confere ao magistrado a necessária visão da amplitude das questões relacionadas à demanda, de modo a considerar as razões da não incorporação de determinados medicamentos pelo SUS, se há alternativas terapêuticas para o tratamento e se existem provas científicas robustas da eficácia e segurança do fármaco requisitado. A tomada de decisão conta, assim, com o suporte das Câmaras de Assessoria Técnica e Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-JUS), de profissionais de saúde integrantes do SUS, dos integrantes da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC, além das razões do médico que prescreveu os medicamentos ou terapias postulados na demanda judicial.<sup>52</sup>

Quanto ao parâmetro procedural de diálogo interinstitucional, o Ministro também dá o crédito às Jornadas de Direito da Saúde do CNJ, em conformidade ao Enunciado nº 18: “sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde – NATS”, e ao Enunciado nº 57: “em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC”. Outra das orientações importantes advindas dos Fóruns entre o CNJ e Ministério da Saúde, citados pelo ministro em seu voto, refere-se à implementação de banco de dados de informações técnicas subsidiando os magistrados na atividade judicante de acordo com termo de cooperação assinado em agosto de 2016.<sup>53</sup>

Em momento subsequente, se forem deferidos medicamentos que não estavam incorporados nas listas do SUS, o diálogo com os órgãos competentes (CONITEC e Ministério da Saúde) se mantém para que se possa viabilizar a incorporação dos novos fármacos, valendo-se da judicialização, desta feita com racionalidade e esforços combinados para o aperfeiçoamento da assistência farmacêutica para todos os demais pacientes que vierem a ter as mesmas necessidades, garantindo que o medicamento possa ser alcançado pela via administrativa e no contexto de negociação com os

<sup>51</sup> *Idem.*

<sup>52</sup> *Idem.*

<sup>53</sup> *Idem.*

fornecedores e poder público, em que se consegue reduzir valores na compra e promover a organização orçamentária futura.<sup>54</sup>

Em suma, essa visão mais abrangente dos atores envolvidos na promoção do direito social à saúde e as alternativas encontradas para integrar o Poder Judiciário e demais órgãos administrativos competentes para o aprimoramento das decisões sobre o tema, permite concluir que o diálogo institucional encontra-se em pleno desenvolvimento na área da saúde. A prática dialógica da interação interinstitucional deve servir de modelo em outras áreas de grande complexidade que enfrentam graves problemas de inefetividade e omissão persistente quanto aos direitos sociais, tais como as questões referentes às políticas de moradia e à política carcerária no Brasil – áreas que exigem uma reestruturação geral e urgente.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previsão da saúde nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental social impulsionou a judicialização da saúde e, *pari passu*, os diversos estudos doutrinários a respeito do fenômeno. Por se tratar de uma previsão genérica, em que as prestações correspondentes ao significado de “saúde” não estão especificadas no texto constitucional, uma parte considerável dos estudos realizados está centrada na própria possibilidade de judicialização dos direitos econômicos e sociais, tendo em vista a ausência de elementos normativos suficientes para amparar toda e qualquer pretensão. À medida que a saúde passou a ser reconhecida como um direito exigível do Estado, e as prestações correspondentes passaram a ser definidas e defendidas pela via judicial, outras incursões entraram em cena para analisar o fenômeno, buscando explicar as inevitáveis tensões causadas pela intervenção do Judiciário em questões que envolvem a distribuição de riqueza e bens da sociedade, que deveriam ser objeto de deliberação pelos representantes democraticamente eleitos pelo povo, e também nas reservas orçamentárias que, num contexto de escassez, se viam tumultuadas pela distribuição, paralela às políticas públicas, de medicamentos e tratamentos obtidos pela via judicial.

Diante da complexidade da questão, esses aspectos isoladamente considerados não esgotam problema da saúde, por muitos referido como “policêntrico”, à medida que apresenta vários centros de decisão, vinculados a diferentes órgãos que compõem a estrutura estatal. Por tal razão, em vez de apontar uma instituição que possa/deva exercer posição de proeminência na questão, a questão da saúde implica o exame das formas de interação entre diversos órgãos que, dentro da capacidade institucional de cada um, cooperam para a otimização dos recursos que promovem o direito à saúde.

---

<sup>54</sup> *Idem*.

Nesse sentido, não se trata apenas de responder qual a instituição mais capaz para decidir sobre a questão, mas de integrar e potencializar as diversas instituições encarregadas das diversas facetas do problema, na medida de suas capacidades. Por isso, a teoria do diálogo institucional pode justificar e explicar adequadamente o quadro hoje vigente na área da saúde. Inicialmente introduzida no âmbito da doutrina de direito constitucional, conquistou seu espaço na fundamentação de decisões judiciais e, o mais importante, na coordenação de ações dentro do próprio Poder Judiciário, que se mostrou aberto a (e necessitado de) aportes oriundos dos órgãos técnicos envolvidos na área da saúde, que são as instâncias responsáveis pelos debates que implicam o conhecimento de protocolos científicos concernentes à ciência médica e farmacêutica. Desse modo, aquilo que parecia uma tendência na jurisprudência do STF está se consolidando no plano jurídico e também na realidade: o Poder Judiciário reconhece a necessidade de diálogo com as demais instituições responsáveis pela efetivação da saúde.

O objetivo deste estudo era demonstrar a complexidade da área da saúde, dos interesses presentes nesse mercado, além de propor uma discussão sobre o desenho institucional para atender àquela complexidade, refletindo sobre práticas adotadas na administração da justiça. Como visto, para além da jurisprudência e das experiências inclusivas da área técnica nos litígios judiciais, os procedimentos dialógicos começam a ser efetivamente empregados na tutela judicial do direito à saúde.

Embora não se deseje aprofundar o fundamento filosófico que justifica a preferência por esta alternativa de diálogo em face da adoção de um estado constitucional democrático – até para não tornar este texto mais longo do que o necessário –, não se deve abstrair o fato de que a ampla participação dos vários atores otimiza a capacidade do Judiciário de “enriquecer a qualidade argumentativa numa democracia”.<sup>55</sup> Esta linha de pensamento atenta ao fato de que a legitimação democrática do ponto de vista formal deve se alinhar à legitimação material, importando para isso a avaliação do conteúdo das decisões tomadas.<sup>56</sup> O processo deliberativo entre múltiplos atores na tomada de decisões se apresenta, neste modo, como um valor fundamental para conferir legitimidade às decisões judiciais concernentes aos atos dos demais poderes.<sup>57</sup> A postura dialógica enfatiza, pois, a importância da ação comunicativa num regime democrático, traduzindo cabalmente aquilo que Hans Kelsen,<sup>58</sup> de longa data, já dizia: “democracia é discussão”.

<sup>55</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27-28.

<sup>56</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 158 e ss.

<sup>57</sup> VAN HOECKE, Mark. Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimization. **Ratio Juris**, v. 14, n. 4, p. 415-423, dez. 2001. p. 418.

<sup>58</sup> KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. In: KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 241.

## 6. REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANGELL, Márcia. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- AVILA, Ana Paula O.; MIRANDA, Paula Mandagará. Supremo Tribunal Federal: ativismo ou *self-restraint* na efetivação de direitos sociais? **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, p. 519-543, 2017.
- ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": Entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17. jan./mar. 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; FURTADO, Renata Pedretti Morais. Inserindo a judiciaização no ciclo das políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, v. 49, n. 2, p. 293-314; mar./abr. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O Remédio via Justiça:** Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde. 2006. P. 186. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic\\_justica01.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf)>. Acesso em 18 de setembro de 2016.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância das Doenças Transmissíveis. **Talidomida:** orientação para o uso controlado. Brasília: Ministério da Saúde, 2014.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 31 de 30/3/2010.** Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/recomendacao/recomendacao\\_31\\_30032010\\_22102012173049.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf)>. Acesso em 9 de out. 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias Interpretativas, Capacidades Institucionais e Crítica. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 131-168, jan./jun. 2016.

COSTA, Ediná Alves. Vigilância Sanitária, desafios à construção de um sistema nacional para a proteção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

COSTA, Rafael de Oliveira. Entre o Direito, a Política e a Economia: (re)construindo a análise institucional comparativa. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 75-90, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: Drittirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FUCHS, Flávio Danni. Terapêutica na Prática Clínica cardiovascular: Vivências e Evidência. **Arq. Bras. Cardiol.**, São Paulo, v. 85, n. 1, p. 72-75, Julho de 2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0066-782X2005001400015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0066-782X2005001400015&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 27 de outubro de 2016.

FUCHS, Flávio Danni; WANNMACHER, Lenita; FERREIRA, Maria Beatriz Cardoso. **Farmacologia Clínica: fundamentos da terapêutica racional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006.

GOLDIM, José Roberto. O uso de drogas ainda experimentais em assistência: extensão de pesquisa, uso compassivo e acesso expandido. **Rev Panam Salud Pública**, Washington , v. 23, n. 3, p. 198-206, Mar. 2008. Disponível em: <[http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1020-49892008000300007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1020-49892008000300007&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 19 Out. 2016.

KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. In: KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOMESAR, Neil F. Taking Institutions Seriously: introduction to a strategy for constitutional analysis. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 51, n. 2, p. 366-446, mar./may 1984.

KOMESAR, Neil F. A job for the judges: the Judiciary and the Constitution in a massive and complex society. **Michigan Law Review**, vol. 86, p. 657-721, 1988.

KOMESAR, Neil F. **Law's Limits: the Rule of Law and the supply and demand of Rights**. New York: Cambridge University Press, 2001.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al . Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, jun. 2011. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102011000300018&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000300018&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 21 Abril de 2016.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 1079-1088, Apr. 2013. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232013000400022&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000400022&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 21 Abril de 2016.

MELLO, Claudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Análise da relação entre laboratórios farmacêuticos e médicos do Sistema Único de Saúde à luz do princípio da moralidade administrativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, vol. 52, n. 205, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/509950>>. Acesso em: 20 de ago.de 2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, vol. 8, n. 3, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/1012957/rqi.2015>.

QUINTAS, Fábio Lima. Juízes-administradores, a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 53, n. 209, mar. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. O direito à saúde em face da discricionariedade administrativa. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito e administração pública**: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e Desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, n. 199, p. 25-33, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502916>>. Acesso em: 11 de mai. 2016.

SARTORI JUNIOR, Dailor et al . Judicialização do acesso ao tratamento de doenças genéticas raras: a doença de Fabry no Rio Grande do Sul. **Ciênc. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 10, p. 2717-2728, Out. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232012001000020&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012001000020&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 27 Out. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números? **Os constitucionalistas**. Publicação digital, 26 out. 2013. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros>>. Acesso em 2 set. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

VAN HOECKE, Mark. Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimization. **Ratio Juris**, v. 14, n. 4, p. 415-423, dez. 2001.

WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de. Adjudicação de direitos e escolhas políticas na assistência social: o STF e o critério da renda do PBC. **Novos Estudos**, vol. 3, p. 135-151, nov. 2015.



## Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo

*Influence of the theories of institutional dialogues and the last  
provisional word in contemporary Brazilian constitutional thinking*

ANTONIO EZEQUIEL INÁCIO BARBOSA\*

Universidade de Fortaleza (Brasil)  
antonioezequiel@gmail.com

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA\*\*

Universidade de Fortaleza (Brasil)  
barreto@unifor.br

Recebido/Received: 16.10.2017 / October 16<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 31.12.2017 / December 31<sup>st</sup>, 2017

### Resumo

O presente artigo trata de pesquisa sobre a influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. Investiga-se se essas teorias têm aptidão para servir de fundamento teórico à possibilidade jurídica de superação, pelo Poder Legislativo, das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade. A conclusão é positiva e assenta-se na premissa de que a superação legislativa é decorrência lógica do princípio democrático consagrado pela Constituição de 1988. Ademais, são examinados os modos pelos quais o fenômeno

### Abstract

*This article deals with a research on the influence of institutional dialogue theories and the last provisional word on contemporary Brazilian constitutional thought. It is investigated if these theories have aptitude to serve as theoretical foundation to the legal possibility of overcoming, by the Legislative Power, the decisions pronounced by the Federal Supreme Court in the exercise of jurisdictional control of constitutionality. The conclusion is positive and is based on the premise that legislative overcoming is a logical consequence of the democratic principle enshrined in the 1988 Constitution. In addition, it examines the ways in which the phenomenon of legislative overcoming can occur*

---

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. "Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55825.

\* Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Fortaleza, CE, Brasil). Defensor Público Federal. E-mail: antonioezequiel@gmail.com.

\*\* Professor Titular da Universidade de Fortaleza (Fortaleza, CE, Brasil). Doutor em Direito pela Joahann Wolfgang Goethe-Universität/Frankfurt am Main (Alemanha). Procurador do Município de Fortaleza. E-mail: barreto@unifor.br.

da superação legislativa pode ocorrer – emenda constitucional ou lei ordinária ou complementar –, com as características, exigências e implicações de cada um.

- *constitutional amendment or ordinary or complementary law -, with the characteristics, requirements and implications of each.*

**Palavras-chave:** teoria dos diálogos institucionais; teoria da última palavra provisória; controle de constitucionalidade; superação legislativa.

**Keywords:** theory of institutional dialogues; theory of the last provisional word; control of constitutionality; overcoming legislation.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** A possibilidade de superação legislativa das decisões proferidas pelo STF no exercício da jurisdição constitucional; **3.** Contornos gerais das teorias do diálogo institucional e da última palavra provisória e sua aplicabilidade na realidade constitucional brasileira; **4.** A superação legislativa pela via da emenda constitucional; **5.** A superação legislativa pela via da lei ordinária ou complementar; **6.** Conclusão; **7.** Referências.

*[...] porque nenhum se contenta com crescer dentro da espécie: a andorinha quer subir a águia; a rémora quer crescer a baleia; a formiga quer inchar a elefante; [...] Desenganemo-nos que o crescer fora da própria espécie, não é aumento, é monstruosidade; ao menos benção não é.<sup>1\*\*\*</sup>*

(António Vieira)

## 1. INTRODUÇÃO

Os Poderes da União devem se relacionar entre si de modo independente e harmônico, por força de exigência expressa da Constituição da República de 1988 (CR/1988). Não obstante, o próprio poder constituinte originário delineou uma estrutura bastante complexa de repartição funcional entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Demais, já se deve ter por claro que o conflito integra o conceito de democracia e, por esta razão, a separação de poderes possui em sua natureza explicativa a evidente percepção de que o conflito entre os Poderes também estará presente. Decorre daí a natureza do liberal princípio da separação de poderes a reconhecer, antes de tudo, o conflito entre os poderes.

Desse modo, na realidade cotidiana concreta, nem sempre é muito nítida a delimitação do campo de atuação legítima das instituições, o que pode dar ensejo a embates envolvendo acusações recíprocas de invasão das esferas de competência próprias de cada Poder. Exemplo notável disso é o tipo de relação, não raro conflituoso, que se estabelece entre, de um lado, o Legislativo e o Executivo, como produtores de leis e atos normativos e, de outro lado, o Judiciário, responsável pelo controle de constitucionalidade dessa produção.

<sup>1\*\*\*</sup> VIEIRA, António. Sermão da Terceira Dominga do Advento. V. I. **Obras Completas do Padre António Vieira - Sermões.** Porto: Lello & Irmão Editores, 1993. p. 265-266.

Nos últimos anos intensificam-se os debates sobre os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) no exercício da jurisdição constitucional. Tornaram-se comuns as discussões sobre o chamado ativismo judicial, que se caracteriza pela ocupação, por parte do Poder Judiciário, de espaços institucionais próprios do Poder Legislativo, em especial, o da deliberação a respeito das opções políticas que devem balizar a vida em sociedade e o da fixação das regras do jogo democrático.

Por outro lado, não se verifica no Brasil, ao menos não com a mesma abundância e profundidade, a existência de estudos e discussões sobre o fenômeno da reação legislativa em face das decisões proferidas pelo STF em sede controle de constitucionalidade. Daí a relevância de se pesquisar essa nuance das relações desenvolvidas entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. E é justamente esse o tema versado no presente artigo, a partir da perspectiva de elementos do Estado Democrático de Direito delineado na CR/1988 e da investigação da influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo.

Nessa esteira, o trabalho em tela foi desenvolvido mediante o instrumento metodológico da pesquisa bibliográfica, com consultas a livros, artigos científicos e decisões proferidas pelo STF. No primeiro tópico, foi investigada a possibilidade jurídica de superação legislativa das decisões proferidas pelo STF no exercício da jurisdição constitucional. No segundo, foram examinados os contornos gerais e a aplicabilidade das teorias do diálogo institucional e da última palavra provisória, invocadas como fundamentos dessa prática, na realidade constitucional brasileira. Nos tópicos terceiro e quarto, foram pesquisados, os modos de possíveis de reação legislativa ao controle jurisdicional de constitucionalidade, quais sejam, a emenda constitucional e a lei ordinária ou complementar, com as características, exigências e implicações próprias de cada alternativa.

## **2. A POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO STF NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

O constitucionalismo moderno afirmou-se historicamente depois do fim da Segunda Guerra Mundial, em razão da insuficiência da legalidade e do positivismo jurídico, de índole liberal, como meios de contenção do poder e de proteção do ser humano.

Diante da constatação de que regimes políticos autoritários foram capazes de promover atrocidades dentro de um quadro de legalidade formal, “a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente

formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido”<sup>2</sup>.

Nesse contexto, consolidou-se a suplantação do Estado legislativo de direito pelo Estado constitucional de direito, produto “de las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias”<sup>3</sup>. Daí a formulação de concepções que afirmam existir relação necessária entre a “centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais”<sup>4</sup>.

Essa compreensão, porém, está longe de ser pacificamente aceita. Parece inegável que o constitucionalismo se consolidou como uma compreensão de mundo vitoriosa e hegemônica. Contudo, a pretendida associação necessária entre constitucionalismo e supremacia judicial, marcada pela prerrogativa da *última palavra* sobre a interpretação das normas constitucionais, tem sido crescentemente questionada.

Em primeiro plano, aponta-se a denominada *dificuldade contramajoritária*, decorrente da existência de um déficit democrático de cortes formadas por juízes vitalícios, que não foram escolhidos pelo voto popular, nem se submetem regularmente ao escrutínio das urnas, para invalidar atos que são fruto da deliberação política dos representantes eleitos pelo povo.

Nesse sentido, Martonio Lima assinala que o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, “realizado por quem não possui legitimidade popular alguma não satisfaz os requisitos de uma teoria da democracia, na medida em que a composição das cortes não é produto da apreciação direta do povo, mas sim um resultado da escolha dos representantes”<sup>5</sup>.

Em linhas semelhantes, Ran Hirschl afirma que a transferência de prerrogativas tradicionais dos Poderes Legislativo e Executivo ao Judiciário pode servir como instrumento de proteção das preferências políticas de elites interessadas na preservação de sua hegemonia, sem a necessidade de enfrentar uma luta constante nas arenas próprias à tomada de decisões dessa natureza<sup>6</sup>.

De modo mais incisivo, Mark Tushnet defende uma concepção de constitucionalismo popular, assentada na ideia de que todos devem participar da criação do direito

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 120.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. **Revista internacional de filosofía política.** Madrid, n. 17, p. 31-46, 2001. p. 31.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 365.

<sup>5</sup> LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema da Teoria da Democracia Política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; \_\_\_\_\_. (Org.). **Teoria da Constituição:** Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 199-261.

<sup>6</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy:** the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009. p. 214.

constitucional, por meio de ações na política; em suas palavras “popular constitutional law seeks to distribute constitutional responsibility throughout the population”<sup>7</sup>. A consequência prática dessa linha de pensamento é a supressão da competência da Suprema Corte para ditar a *última palavra* em sede de interpretação constitucional.

De qualquer modo, em que pesem a consistência e a relevância das críticas ao modelo do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, o fato é que esse sistema está assentado no texto constitucional brasileiro. Trata-se de uma opção política feita pelo poder constituinte originário, que se vincula ao postulado da separação dos Poderes e que, portanto, tem o seu núcleo essencial protegido por cláusula pétreia (artigo 60, § 4.º, inciso III<sup>8</sup>).

Isso não significa, porém, que não se possa discutir o *modo* de exercício da jurisdição constitucional, com vistas a preservar o caráter democrático que deve permear todas as manifestações do poder estatal em nosso país. No contexto dessa discussão, é pertinente a indagação sobre a possibilidade jurídica de o Poder Legislativo superar o entendimento firmado pelo STF no desempenho da jurisdição constitucional.

A resposta afigura-se afirmativa. Realmente, ao teor do disposto no artigo 102, § 2.º, da CR/1988, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, terão efeito vinculante apenas com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal. Vê-se, então, que essa vinculação não alcança o Poder Legislativo.

Evidencia-se, portanto, a partir do próprio texto constitucional, que é juridicamente possível que o Parlamento reaja às decisões proferidas pelo STF no exercício da jurisdição constitucional. Essa possibilidade, ademais, decorre da própria lógica do Estado Democrático de Direito preconizado pela Constituição, cujo artigo 1.º, parágrafo único, estabelece que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

A propósito, quanto digam respeito a uma outra realidade normativa constitucional, parecem bastante atuais as seguintes palavras de Francisco Campos, registradas em uma entrevista que ele concedera à imprensa em novembro de 1937:

*Ora, a interpretação não dispõe de processos objetivos e infalíveis e, por isto mesmo, está sujeita à influência do coeficiente pessoal do juiz. Não há, portanto, nenhuma razão para aceitar como decisiva ou definitiva, no plano em que se acham em jogo os maiores interesses da nação, uma interpretação que não dá nenhuma garantia objetiva do seu acerto. Aos juízes não será, em consequência, permitido, a pretexto de interpretação*

<sup>7</sup> TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 174.

<sup>8</sup> Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos poderes.

*constitucional, decretar como única legítima a sua filosofia social ou a sua concepção do mundo, desde que essa filosofia ou concepção obstrua os desígnios econômicos, políticos ou sociais do governo, em benefício da nação.*<sup>9</sup>

Ora, se o Poder Legislativo estivesse perenemente vinculado ao entendimento firmado pelo STF nas ações de controle de constitucionalidade, o poder *pertencente à Suprema Corte* seria impermeável a qualquer influxo democrático e, portanto, marcado por contornos autocráticos. E o princípio democrático é incompatível com qualquer manifestação de poder dessa natureza. Nesse sentido, Giovanni Sartori assinala:

*Que a tese seja, então, que democracia é não-autocracia, o contrário exato e, na verdade, a exata contradição de autocracia. Isso significa que democracia denota um sistema político caracterizado pela recusa do poder personalizado, de um poder sobre os cidadãos que pertence a alguém. O poder não é “propriedade” de ninguém. Mais especificamente, democracia representa um sistema vinculado ao princípio de que ninguém pode assumir em seu próprio nome um poder irrevogável. Exatamente porque o princípio autocrático é repudiado, o axioma democrático é que o poder do homem sobre o homem só pode ser concedido por outros – e sempre numa base revogável (de outra forma, as pessoas que concedem o poder renunciariam, ao mesmo tempo, a seu poder). Portanto, os dirigentes devem resultar de uma designação livre e irrestrita daqueles que devem ser dirigidos. [...] Qualquer outra coisa que democracia possa ser, ou deva ser, se não for isso – o exato inverso de autocracia – ela não existe.*<sup>10</sup>

Não se pode olvidar que o Poder Legislativo é “a instância política por excelência, como tal, a mais representativa da soberania popular e do pluralismo político, social e ideológico existente na sociedade, pois nele estão representadas todas as suas tendências”<sup>11</sup>. Por outro norte, “o perfil aristocrático do judiciário, assim como sua organização interna de caráter verticalizado e autocrático, inviabiliza na prática o exercício do pluralismo político e ideológico nas atividades judicantes”<sup>12</sup>, de modo que “o controle

<sup>9</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional**. Brasília: Senado Federal, 2001. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/1056>>. Acesso em 15 out. 2017. p. 59.

<sup>10</sup> SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revistada**. v. I. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994. p. 277.

<sup>11</sup> ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 53.

<sup>12</sup> ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Crise do judiciário e sua democratização. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 4, n. 4, p. 151-170, jan. 1996. p. 162-163.

jurisdicional-constitucional de normas, conforme sua estrutura, representa resistência à formação democrática de vontade”<sup>13</sup>.

A judicialização da política demonstra de maneira mais clara como a apropriação, pelas cortes constitucionais, da esfera do político em desfavor do Poder Legislativo tem se efetivado, e quais seus resultados na qualidade da democracia. Atualmente, o funcionamento dos tribunais constitucionais levou à opinião pública em geral e a intelectualidade a se conformarem com esta realidade. A dúvida a ser agora enfrentada é a seguinte: foi sempre assim? O que adverte a história sobre o assunto?

A supremacia do Poder Legislativo não é novidade. Diante da conotação teórica, esta supremacia tem sido aceita mesmo antes de sua materialização, notadamente durante a Revolução Francesa. Na sua *Metafísica dos Costumes*, Immanuel Kant não deixa dúvidas quanto à preponderância do Poder Legislativo, sobre o Judiciário. Pertence a Kant a afirmação de que “Todo Estado contém em si três poderes, isto é, a vontade geral se une em três pessoas políticas (trias politica): o poder soberano (a soberania), que reside no poder legislativo; o poder executivo, que reside em quem governa (segundo a lei) e o poder judiciário, (que possui a tarefa de dar a cada um o que é seu, na conformidade da lei), na pessoa do juiz (...)"<sup>14</sup>.

Interpretação segura a respeito do postulado de Kant que afirma a supremacia do poder legislativo é presente na obra de Norberto Bobbio, quando este, recorrendo à *Metafísica dos Costumes*, entende que “Apesar da afirmação da subordinação de um poder ao outro, o fundamento da separação dos três poderes é ainda a supremacia do poder legislativo sobre os outros dois poderes: o poder legislativo deve ser superior porque somente ele representa a vontade coletiva”<sup>15</sup>. Antecedendo a Immanuel Kant, Jean-Jacques Rousseau defendeu também a supremacia do Legislativo: “O poder legislativo é o coração do Estado, o poder executivo é o cérebro, que dá o movimento a todas as partes. O cérebro pode cair em paralisia e o indivíduo prosseguir vivendo. Um homem fica imbecil e vive, mas assim que o coração cessar suas funções, o animal está morto. Não é pela lei que o Estado subsiste, mas pelo poder legislativo”<sup>16</sup>.

Lançada está a base teórica da crítica à formulação da jurisdição constitucional enquanto pretensa defensora da supremacia constitucional. É legítimo que se ponha em dúvida, portanto, o papel da jurisdição constitucional como protetora da

<sup>13</sup> MAUS, Ingeborg. **Direito, democracia e racionalidade procedural**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 283.

<sup>14</sup> KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**. Band 7. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Sonderausgabe, 1983. p. 431-432. No original: „Ein jeder Staat enthält drei Gewalten in sich, d.i. den allgemein vereinigten Willen in dreifacher Person (trias politica): die Herrschende Gewalt (Souveränität), in der des Gesetzgebers, die vollziehende Gewalt, in der des Richters (potestas legislatoria, rectoria ej iudicaria), gleich den drei Sätzen in einem praktischen Vernunftsschluß: dem Oberstaz, der das Gesetz jenes Willens, dem Untersatz, der das Gebot des Verfahrens nach dem Gesetza, d.i. das Prinzip der Subsumtion unter dieselben, und den Schlußstz, der den Rechtspruch (die Sentenz) enthält, was im vorkommenden Falle Rechtems ist.“

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant**. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 227.

<sup>16</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político**. São Paulo: Hemus, 1981. p. 96.

supremacia constitucional, quando ela própria é suprema para o Estado e perante os demais poderes.

A crítica ainda se estende. Como conciliar a jurisdição constitucional com o princípio de soberania popular se cotidianamente seu exercício não somente desfaz o que foi realizado pela vontade coletiva representada no poder legislativo, como ainda desloca a discussão do político para seu reduzido recinto, onde a heterogeneidade das tensões sociais jamais estará presente? Não há de se olvidar que a capacidade dialógica dos tribunais para com as forças políticas e sociais presentes em qualquer sociedade é infinitamente menor do que aquela dos espaços do Poder Legislativo. Discursivamente, somente possuem acesso ao intrincado processo de decisão judicial constitucional especialistas e versados no manejo da dogmática jurídica, episódio que não se constata no âmbito do Poder Legislativo. Tampouco este saber refinadamente formulado tem se demonstrado imprescindível, uma vez que a natureza da discussão política pode perfeitamente tanto se organizar em ambientes leigos, como pode a população, pela via da participação inclusiva, discernir sobre o que é melhor para si na produção de soluções racionais.

A versão kantiana da situação dos três poderes fornece o ponto de partida para a afirmação de que a existência da jurisdição constitucional é incompatível com o princípio de soberania popular. Na medida em que o poder que representa a vontade coletiva se vê limitado pelas decisões de um tribunal constitucional, se constata a inversão da superioridade da vontade coletiva. O Poder Legislativo comprova a invalidação de suas decisões por uma corte que não enfrentou a vontade popular. Ainda que tais cortes sejam formadas por membros indicados pelo Poder Legislativo, o vício da legitimidade não está sanado: estes membros irão controlar a constituição, e no desempenho desta tarefa a possibilidade de ultrapassagem dos limites traçados pelo constituinte é inevitável.

É procedente a preocupação de que os poderes constituídos poderão sempre ultrapassar o delineamento constitucional. Este quadro de possibilidade tem se mostrado muito mais corriqueiro do que se imaginava após as demandas rápidas de tomada de decisão impostas pela globalização econômica. Por outro lado, forçosa será a dúvida quanto a quem compete mensurar esta ultrapassagem, tornando-a, se for o caso, inválida, como fazem as cortes constitucionais. Se o Poder Legislativo ou o Executivo exorbitam o limite definido pelo constituinte, a alguém deverá competir a tarefa de resolver o problema, de forma a adequar tanto a solução quanto o seu processo ao que é determinado pelo mesmo texto constitucional.

O que a razão Iluminista recomenda, segundo nosso entendimento, é que o processo de invalidação desta ultrapassagem seja ele próprio resolvido por quem possui legitimidade da vontade coletiva para tal inerente à sua natureza institucional. Como a legitimidade coletiva não se institui, mas sim pertence à essência de uma idéia (e

da idéia do Poder Legislativo), a ultrapassagem somente poderá ser corrigida por este poder ou por algum organismo interior a ele, uma vez que a exterioridade ao Poder Legislativo da jurisdição constitucional é que compromete o seu caráter democrático, por ser o titular exterior portador da vontade coletiva de que nos fala Immanuel Kant.

A retirada da prerrogativa do Poder Legislativo do controle direto sobre a constitucionalidade se reveste desta maneira numa alternativa conservadora, já que a faculdade de invalidação dos atos do Legislativo reside no círculo Judiciário, tradicional aliado do Executivo absolutista, modernamente domesticado. Como bem sintetiza Tocqueville, “No ponto em que se movimentam, príncipe e juristas, se origina um despotismo que mal deixa o ar para o homem respirar; quem somente refletir sobre o príncipe - e não sobre os juristas - conecerá apenas um lodo da tirania. Para conhecer o todo é necessário ter os dois – príncipe e juristas – diante dos olhos”<sup>17</sup>. Por fim, é interessante mostrar a leitura de Kant que Ingeborg Maus realiza a respeito da “inversão” (*Umkehrung*), representada pela preponderância da jurisdição constitucional: “A nova predominância da justiça constitucional sobre o parlamento representa para a relação do exercício institucionalizado e não institucionalizado da soberania popular uma inversão da função da constituição em si”<sup>18</sup>.

Existe, ainda, mais um ponto a fortalecer o caráter conservador da jurisdição constitucional, qual seja o de seu papel de poder acima das disputas. Este ponto merece especial consideração, pelo fato de que a experiência político-institucional brasileira conviveu durante sessenta e sete anos com um poder acima dos demais, no caso o poder moderador da Constituição de 1824. A conformação de um poder moderador, pretensamente neutro não é novidade e até os dias de hoje se revela com capacidade argumentativa (e mobilizatória) para, por exemplo, justificar um eventual retorno da monarquia. O seu viés teológico é patente: um poder neutro somente é possível se infalível, já que deverá ser exercido por alguém educado - pelo e com o peso da tradição - para lidar com tais situações desde a mais tenra idade. Discursivamente, o poder Moderador era “chave de todo Império”, sendo seu exercício da estrita competência do imperador. O problema da manutenção do equilíbrio entre os poderes do Estado avançou na sua vertente liberal a ponto de não mais se satisfazer somente com a tradicional divisão de poderes, mas sim de estabelecer também um mecanismo de controle dos poderes, na medida em que se sofisticavam as exigências políticas e sociais reformuladas

<sup>17</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. Die gesellschaftliche und politische Zustände Frankreiches vor und nach 1789. In: TOCQUEVILLE, Alexis de. **Das Zeitalter der Gleichheit – Auswahl aus Werken und Briefen**. Zweite neubearbeitete und erweiterte Auflage. Hrsg. u. übersetzt v. Siegfried Landshut. Köln und Opladen: Westdeutscher Verl., 1967. p. 117-140. p. 133. No original: “An dem Schnittpunkt, an dem sie sich begegnen, entsteht ein Despotismus, der der Menschheit kaum die Luft zum atmen lässt; wer nur an den Fürsten denkt, nicht an den Juristen, kennt nur eine Seite der Tyrannie. Um das Ganze zu erfassen, muß man aber beide zugleich im Auge haben.”

<sup>18</sup> MAUS, Ingeborg. **Zur Aufklärung der Demokratietheorie – Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant**. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1992. p. 132. No original: “Für das Verhältnis von institutionalisierter und nichtinstitutionalisierter Ausübung der Volkssoveränität aber bringt die neue Dominanz der Verfassungsjustiz gegenüber dem Parlament eine Umkehrung der Funktions der Verfassung selbst mit sich.”

pela Revolução Francesa. Como para os *fathers* da Constituição dos Estados Unidos da América o povo era mantido fora da possibilidade decisória de conformação dos poderes do Estado, o papel de controlador da constitucionalidade por meio de uma corte igualmente imune ao controle popular e do Legislativo preencheria o requisito liberal de estabelecimento de uma democracia limitada e, paradoxalmente, legitimada por sua própria sociedade, como têm provado seus mais de duzentos anos de vida. Seja na forma de poder moderador ou de corte suprema o fato é que a necessidade de um controle superior existe e até os dias atuais este argumento não parecer ter perdido em força.

A jurisdição constitucional funcionando como a instância moderadora dos eventuais abusos do Poder Legislativo e de sua maioria parlamentar assegura a estabilidade desejada pelos liberais. Aqui outro aspecto merece reflexão. Sistemas liberais não raro abrem espaço político para representação política externa ao círculo liberal: a Inglaterra sempre conviveu com governos trabalhistas e atualmente os governos que se definem social-democratas na Europa e no Brasil praticam abertamente políticas liberais, satisfazendo as exigências do “mercado”. Potencialmente, a jurisdição constitucional, principalmente com a dilatação cada vez maior dos instrumentos de controle concentrado da constitucionalidade no Brasil, tem funcionado como compensação em favor do liberalismo contra a presença nos parlamentos de grupos heterogêneos e de orientação anti-liberal, bem como dos resultados de suas deliberações. Neste sentido, a jurisdição constitucional reencarna duas exigências que somente com o auxílio da teoria política se pode melhor compreender: a) suas decisões correspondem - e nesta qualidade são aceitas pela sociedade política - à moderação do conflito entre os poderes; e b) seu funcionamento se traduz na perene desconfiança cultural que a mesma sociedade política possui dos parlamentos e de sua capacidade de elaborar leis e espécies normativas constitucionais.

Assim, a conclusão deve ser positiva também como consequência necessária do regime político democrático. Impedir que o Parlamento possa agir para superar o entendimento assentado pelo STF equivaleria a admitir que o poder deliberativo último não emana do povo, mas, da Suprema Corte. Significaria, ademais, preconizar que o poder de estabelecer as opções políticas da nação, bem como as regras do jogo democrático, não é exercido por meio de representantes eleitos, mas, sim, por integrantes do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

### **3. CONTORNOS GERAIS DAS TEORIAS DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL E DA ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA E SUA APLICABILIDADE NA REALIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

Da admissão de uma Constituição rígida, como centro do ordenamento jurídico, decorre o postulado da supremacia constitucional. Em face desse princípio, todas as situações jurídicas devem ser conformadas com os princípios e preceitos constitucionais, de modo que nenhuma lei ou ato normativo - na verdade, nenhum ato jurídico - pode subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição<sup>19</sup>.

A partir da centralidade constitucional, foi engendrado o paradigma da supremacia judicial, uma vez que a verificação de conformidade das leis com a Constituição é uma tarefa confiada ao Poder Judiciário, notadamente ao seu órgão de cúpula (tribunais constitucionais ou cortes supremas).

Contudo, se admitida essa supremacia, ela não deve ser confundida com soberania judicial. Efetivamente, da disposição constitucional segundo a qual os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si, é forçoso concluir que a relação existente entre eles é de coordenação e não de subordinação. Daí porque não se afigura correto supor que um Poder possa impor o seu entendimento aos outros de modo definitivo, sob nenhum aspecto, nem mesmo a pretexto do desempenho de suas funções típicas.

Isso significa que a supremacia judicial somente deve ser compreendida em um sentido fraco, como a impossibilidade jurídica de uma decisão jurisdicional proferida em sede de controle de constitucionalidade vir a ser invalidada pelo Poder Legislativo. Significa, ademais, que a decisão jurisdicional, uma vez transitada em julgado, será imutável no âmbito da relação jurídica processual em que foi proferida, sem possibilidade de sua alteração pelo Parlamento.

Todavia, o Poder Legislativo não estará eternamente atado ao entendimento firmado no exercício da jurisdição constitucional. Como já mencionado no tópico anterior, a Constituição não impõe ao Parlamento nenhum tipo de vinculação nesse sentido (artigo 102, § 2º).

Aos parlamentares sempre será possível a aprovação de emendas constitucionais, ou mesmo a edição de leis ordinárias ou complementares, sobre temas já decididos pelo STF, desde que agregando novos fundamentos com vistas a superar o entendimento firmado pela Corte Suprema. Esse modo de proceder não deve ser encarado como uma afronta à autoridade do órgão de cúpula do Poder Judiciário. Diferentemente disso, deve ser visto como saudável manifestação dialogal da democracia representativa.

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23.

E a nova produção legislativa – emenda constitucional ou lei ordinária ou complementar –, surgida como reação a uma decisão exarada no exercício da jurisdição constitucional, sempre poderá ser novamente submetida ao crivo do STF, guardião da Constituição.

É nesse contexto que se insere a teoria dos diálogos institucionais<sup>20</sup>, sob uma perspectiva que contempla a atuação política de múltiplos sujeitos, de modo a transportar compreensão de que os tribunais constitucionais ou cortes supremas seriam dotados de legitimidade superior e final para interpretar a Constituição. Conforme assinalam SILVA et al, trata-se de uma nova ótica,

[...] que incorpora a presença e a atuação política de outros atores – opõe-se aos anteriores marcos teóricos do judicial review, que tradicionalmente consideram apenas a alternativa dicotómica de um dos agentes, associada a uma manifestação final apta a interromper o processo dialético de construção do verdadeiro sentido constitucional.<sup>21</sup>

Daí a se falar não mais na existência de um Poder com o monopólio da *última palavra*, mas, sim na construção de uma prática dialógica que possibilite a convivência do constitucionalismo com a democracia. Poderes independentes e harmônicos, justamente porque dotados desses qualificativos, devem ser capazes de aprimoramento contínuo e dialético a respeito de questões relevantes para o país. O Parlamento pode e deve participar da tarefa de interpretação da Constituição, como interlocutor privilegiado, dada a sua configuração de instância representativa da vontade popular para as deliberações políticas.

Advertem Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

[...] não é salutar atribuir a um órgão qualquer a prerrogativa de dar a *última palavra* sobre o sentido da Constituição. Definitivamente, a Constituição não é o que o Supremo diz que ela é. Em matéria de interpretação constitucional, a Corte, composta por intérpretes humanos e falíveis, pode errar, como também podem fazê-lo os poderes Legislativo e Executivo. É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição — nem do Judiciário, nem do Legislativo — o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica

<sup>20</sup> O cenário internacional registra diversas experiências de aplicação de teorias dialógicas de interpretação constitucional. Na obra *Diálogos constitucionais e ativismo*, Cecília de Almeida Silva et al (2010, p. 58-90) examinam as práticas adotadas no Canadá, em Israel, na Nova Zelândia, no Reino Unido e na Austrália. Nessa tarefa, apontam como marco inicial a previsão constante da Carta de Direitos Canadense de 1982, conhecida como “cláusula não obstante” (*notwithstanding clause*), por meio da qual o Legislativo pode aplicar um diploma normativo ainda que ele seja considerado inconstitucional pelo Judiciário.

<sup>21</sup> SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 101.

*constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão mais tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF.*

[...]

*As decisões do STF em matéria constitucional são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias políticas. Isso, porém, não impede que seja editada uma nova lei, com conteúdo similar àquela que foi declarada inconstitucional. Essa posição pode ser derivada do próprio texto constitucional, que não estendeu ao Poder Legislativo os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade (art. 102, § 2º, e art. 103-A, da Constituição). Se o fato ocorrer, é muito provável que a nova lei seja também declarada inconstitucional. Mas o resultado pode ser diferente. O STF pode e deve refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos pelo Parlamento ou debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo ato normativo, e não ignorá-los, tomando a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse ínterim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexos no resultado do julgamento.<sup>22</sup>*

Nessa ambiência, a postura dialógica, longe de representar o desprestígio ao âmbito de atribuições próprias de cada instituição surge como componente necessário e lubrificante do postulado da separação dos Poderes. Implica a admissão de que a Corte Suprema e o Congresso Nacional são atores legitimados ao exercício da interpretação constitucional, de modo a afastar toda pretensão de sobreposição hierárquica por parte de qualquer um deles.

Desse modo, a decisão proferida pelo STF em sede de controle de constitucionalidade será apenas *provisoriamente* a última palavra sobre o tema que constitui o seu objeto. Será o derradeiro pronunciamento até que sobrevenha outro do Poder Legislativo, que então assumirá *temporariamente* a função de última palavra, enquanto não seja realizado novo julgamento pela Corte Constitucional. E assim sucessivamente, em um espiral dialético-argumentativo, em que cada nova manifestação sobre o assunto eleva a discussão para um outro patamar.

<sup>22</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 402-405.

#### 4. A SUPERAÇÃO LEGISLATIVA PELA VIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL

Quando o Poder Legislativo reage ao controle jurisdicional de constitucionalidade por meio da aprovação de uma emenda constitucional, verifica-se a alteração do próprio fundamento de validade invocado pela Suprema Corte para proferir a sua decisão. Nessa hipótese, o parâmetro utilizado para verificar a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Lei Maior deixa de existir, tal como antes fora concebido, para dar lugar a um paradigma normativo constitucional diferente.

Um exemplo de reação legislativa bem-sucedida, efetivada por meio de emenda constitucional, diz respeito ao custeio do serviço de iluminação pública. No dia 10 de março de 1999, o Plenário do STF, ao julgar os recursos extraordinários n. 231.764 e 233.332, decidiu que esse serviço não pode ser remunerado por meio da espécie tributária *taxa*. Esse entendimento foi aplicado reiterada e pacificamente pela Corte em um grande número de julgamentos, o que levou à edição da Súmula n. 670<sup>23</sup> em idêntico sentido.

Diante desse quadro e atento à necessidade da administração pública de auferir recursos para a finalidade em questão, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional n. 39/2002, que inseriu o artigo 149-A na Constituição, para autorizar os Municípios e o Distrito Federal a instituir *contribuição* para o custeio do serviço de iluminação pública.

Uma vez promulgada a nova emenda constitucional, a superação legislativa consolidou-se, mediante tão somente a alteração da espécie tributária possível de ser exigida para o custeio do mencionado serviço público. Nesse caso específico, a mudança afigura-se mais terminológica (de *taxa* para *contribuição*) do que conceitual.

De todo modo, não é dado ao Poder Judiciário controlar o mérito da modificação operada no texto constitucional como resultante da deliberação política realizada pelo Parlamento. Dessarte, nesse tipo de situação, o controle de constitucionalidade possível de ser realizado pelo STF sobre a emenda constitucional será restrito ao exame da observância das disposições contidas no artigo 60 da CR/1998<sup>24</sup>, que estabelece

<sup>23</sup> Posteriormente, na data de 11 de março de 2015, o Plenário do STF converteu a Súmula 670 na Súmula Vinculante n. 41.

<sup>24</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo

limitações formais (incisos I, II, III e §§ 2.º, 2.º, 3.º e 5.º), circunstanciais (§ 1.º) e materiais (§ 4.º) ao poder constituinte reformador.

## 5. A SUPERAÇÃO LEGISLATIVA PELA VIA DA LEI ORDINÁRIA OU COMPLEMENTAR

De outro giro, é significativamente mais exigente a utilização da via da lei ordinária ou complementar para a superação da decisão do STF que julga inconstitucional alguma norma legal ou que lhe impõe determinada interpretação. É que, nesse caso, incumbe ao Poder Legislativo o ônus argumentativo de comprovar a legitimidade de sua atuação para ultrapassar o entendimento firmado pela Suprema Corte no exercício da jurisdição constitucional.

Natural que seja desse modo. Assim como é dever do Poder Judiciário, principalmente do ponto de vista jurídico, motivar suas decisões, incumbe ao Poder Legislativo, especialmente do ponto de vista político, a explicitação argumentativa dos fundamentos invocados para a reinserção normativa que desafia o precedente da Suprema Corte. Com efeito, “uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada”<sup>25</sup>.

A argumentação é um procedimento instrumental destinado à resolução de problemas<sup>26</sup>. Argumentar, jurídica ou politicamente, significa oferecer razões que justifiquem uma determinada decisão. A justificação dever ser suficiente e adequada, guiando-se “por uma racionalidade extermínadora do arbítrio casuístico, não a racionalidade cartesiana da lógica da lei, mas sim a racionalidade do discurso argumentativo pós-positivista justificado”<sup>27</sup>. Deveras, embora os componentes retóricos tenham importância decisiva na argumentação política, eles não bastam para sustentar uma argumentação dirigida a justificar a superação dialógica de uma decisão jurisdicional.

---

número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. p. 60.

<sup>26</sup> ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013. p. 643.

<sup>27</sup> ROESLER, Claudia Rosane; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Judicialização do direito: análise de decisão de controle concreto de constitucionalidade abstrativizada como base para a possibilidade de avaliação de sua racionalidade. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 14, n. 2, p. 240-254, jan./jul. 2009. p. 253.

Tem valor nesse contexto uma importante regra da teoria da argumentação jurídica: “quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação”<sup>28</sup>. Na ausência de argumentação idônea a suplantar os fundamentos invocados na decisão proferida pelo STF, o diploma legislativo editado com o objetivo de superar o entendimento firmado pela Corte Suprema não subsistirá a um novo exame de sua constitucionalidade.

Exemplo dessa natureza foi verificado com relação aos artigos 1.º e 2.º da Lei n. 12.875/2013, que introduziram, respectivamente, modificações na Lei n. 9.096/1995 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) e na Lei n. 9.504/1997 (Lei das Eleições). Em suma, as alterações levadas a efeito, mediante proposta legislativa que tramitou em regime de urgência, tinham o propósito de excluir os partidos novos, criados depois da realização da eleição para a Câmara dos Deputados, do acesso ao tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão (o chamado direito de antena) e à distribuição proporcional do fundo partidário.

Buscou-se com isso a superação do entendimento firmado pelo Plenário do STF quando do julgamento conjunto das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's) n. 4.430 e 4.795, no seguinte sentido:

[...] *Extrai-se do princípio da liberdade de criação e transformação de partidos políticos contido no caput do art. 17 da Constituição da República o fundamento constitucional para reputar como legítimo o entendimento de que, na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão, leva consigo a representatividade dos deputados federais que, quando de sua criação, para ela migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos. Não há razão para se conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele conferido aos casos de fusão e incorporação de partidos (art. 47, § 4º, Lei das Eleições), já que todas essas hipóteses detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, caput, CF/88), cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar o sistema. Se se entende que a criação de partido político autoriza a migração dos parlamentares para a novel legenda, sem que se possa falar em infidelidade partidária ou em perda do mandato parlamentar, essa mudança resulta, de igual forma, na alteração da representação política da legenda originária. Note-se que a Lei das Eleições, ao adotar o marco da última eleição para deputados federais para fins de verificação da representação do partido (art. 47, § 3º, da Lei 9.504/97), não considerou a hipótese de criação de nova legenda. Nesse caso, o que deve prevalecer não é o desempenho do partido nas eleições (critério inaplicável aos novos partidos), mas, sim, a representatividade política conferida aos parlamentares que*

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 267.

*deixaram seus partidos de origem para se filiarem ao novo partido político, recém criado. Essa interpretação prestigia, por um lado, a liberdade constitucional de criação de partidos políticos (art. 17, caput, CF/88) e, por outro, a representatividade do partido que já nasce com representantes parlamentares, tudo em consonância com o sistema de representação proporcional brasileiro.<sup>29</sup>*

Ocorre que essa reação legislativa foi impugnada por meio da ADI 5.105, ao argumento central de desrespeito ao que fora decidido pelo STF sobre o tema. Ao fim, o pedido veiculado nessa nova ação de controle concentrado de constitucionalidade foi julgado procedente para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1.º e 2.º da Lei n. 12.875/2013. O fundamento decisivo para esse resultado foi a ausência de argumentação suficiente para a superação do entendimento que houvera sido firmado pela Corte Suprema, como se verifica dos fragmentos da ementa respectiva, a seguir reproduzidos:

[...] 7. *O Congresso Nacional, no caso sub examine, ao editar a Lei nº 12.875/2013, não apresentou, em suas justificações, qualquer argumentação idônea a superar os fundamentos assentados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs nº 4430 e nº 4795, rel. Min. Dias Toffoli, em que restou consignado que o art. 17 da Constituição de 1988 – que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos – tutela, de igual modo, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se esta representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura.*

[...]

*9. No caso sub examine, a justificação do projeto de lei limitou-se a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos aduzidos pelo voto do relator e corroborado pelo Plenário. [...]<sup>30</sup>*

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento conjunto das ações diretas de inconstitucionalidade n. 4.430 e 4.795**. Brasília, DF, 29 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3903848>>. Acesso em: 15 out. 2017.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.105**. Brasília, DF, 1.º de outubro de 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4552286>>. Acesso em: 15 out. 2017.

Vê-se, pois, que para estabelecer um diálogo institucional autêntico é indispensável que o Parlamento deduza razões diferentes daquelas já apreciadas pelo STF, de modo idôneo e suficiente a afastar os fundamentos utilizados no julgamento que se pretende superar. Para transcender à última palavra provisória vigente, é necessária a demonstração de que foram substancialmente alteradas as razões de fato e de direito que serviram de esteio para a decisão da Suprema Corte. Afinal, de acordo com a ordem natural das coisas, a mera reedição de uma lei já retirada do ordenamento jurídico por eiva de constitucionalidade estará fadada a receber idêntica censura por parte da jurisdição constitucional.

## 6. CONCLUSÃO

As teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória influenciam o pensamento constitucional brasileiro contemporâneo na medida em que explicam e fundamentam a possibilidade de superação legislativa das decisões proferidas pelo STF no exercício da jurisdição constitucional. À luz dessas teorias, a reação do Poder Legislativo ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis é uma decorrência lógica da consagração pela CR/1988 do princípio democrático (artigo 1.º) e dos postulados da harmonia e independências dos Poderes (artigo 1.º, parágrafo único), bem como da ausência de vinculação do Parlamento aos pronunciamentos da Suprema Corte (artigo 102, § 2.º, da Lei Maior).

De acordo com as diretrizes desse arcabouço teórico, nas hipóteses em que a superação legislativa for concretizada por meio de emenda constitucional, somente será cabível o controle jurisdicional de constitucionalidade destinado a verificar o respeito às limitações formais, circunstanciais e materiais previstas no artigo 60 da Constituição.

As referidas teorias, ademais, reforçam a compreensão no sentido de que não há espaço para poderes absolutos nem para decisões jurídico-políticas irrefutáveis em um Estado Democrático de Direito. Não subsiste ao princípio democrático nenhuma manifestação autocrática de poder, invocada como prerrogativa exclusiva e inderrogável de uma pessoa ou instituição. Uma vez que o poder emana do povo, os seus representantes eleitos podem e devem estar atentos às decisões de controle de constitucionalidade proferidas sobre o produto de suas deliberações políticas e jurídicas. Afigura-se legítimo, pois, que os cidadãos exijam, tanto do Parlamento quanto da Suprema Corte, uma postura republicana de respeito mútuo e cooperação recíproca, sem que uma instância se arroge como proprietária da verdadeira e última interpretação do sentido e do alcance das normas constitucionais.

## 7. REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Crise do judiciário e sua democratização. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 4, n. 4, p. 151-170, jan. 1996.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.
- ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant**. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.105**. Brasília, DF, 1.º de outubro de 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4552286>>. Acesso em: 15 out. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento conjunto das ações diretas de inconstitucionalidade n. 4.430 e 4.795**. Brasília, DF, 29 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3903848>>. Acesso em: 15 out. 2017.
- CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional**. Brasília: Senado Federal, 2001. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/1056>>. Acesso em 15 out. 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. **Revista internacional de filosofía política**. Madrid, n. 17, p. 31-46, 2001.
- HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.
- KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**. Band 7. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Sonderausgabe, 1983.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema da Teoria da Democracia Política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; \_\_\_\_\_. (Org.). **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 199-261.

MAUS, Ingeborg. **Direito, democracia e racionalidade procedural**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MAUS, Ingeborg. **Zur Aufklärung der Demokratietheorie – Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant**. Frankfurt/M.: Surhkamp, 1992.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROESLER, Claudia Rosane; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Judicialização do direito: análise de decisão de controle concreto de constitucionalidade abstrativizada como base para a possibilidade de avaliação de sua racionalidade. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 14, n. 2, p. 240-254, jan./jul. 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político**. São Paulo: Hemus, 1981.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revistada**. v. I. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. Die gesellschaftlichen und politischen Zustände Frankreiches vor und nach 1789. In: TOCQUEVILLE, Alexis de. **Das Zeitalter der Gleichheit – Auswahl aus Werken und Briefen**. Zweite neubearbeitete und erweiterte Auflage. Hrsg. u. übersetzt v. Siegfried Landshut. Köln und Opladen: Westdeutscher Verl., 1967. p. 117-140.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VIEIRA, António. Sermão da Terceira Dominga do Advento. V. I. **Obras Completas do Padre António Vieira - Sermões**. Porto: Lello & Irmão Editores, 1993.



## O ativismo judicial e constrangimentos *a posteriori*

### *Judicial activism and a posteriori constraints*

LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAÚJO\*

Faculdade Boa Viagem/DeVry (Brasil)

<http://orcid.org/0000-0001-7682-0038>

luizdinizaraujo@hotmail.com

Recebido/Received: 29.10.2017 / October 29<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 30.12.2017 / December 30<sup>th</sup>, 2017

#### Resumo

O presente artigo se propõe a analisar o ativismo judicial, expressão de significado impreciso e fúgio no nosso Direito. Após estabelecer algumas premissas para a definição teórica do ativismo judicial, passa a analisar, ainda no campo teórico, que o ativismo demanda limites e que os constrangimentos meramente hermenêuticos (ou constrangimentos *a priori*) não são suficientemente eficazes. Partindo dessa constatação, passa a analisar limites práticos (limites *a posteriori*) ao ativismo, como a interpretação evolutiva (incrementalismo) e o respeito aos precedentes. Em sua parte final, o trabalho analisa um julgamento emblemático do Supremo Tribunal Federal, correlacionando-o com o significado de ativismo judicial exposto, bem como com a aplicação prática dos constrangimentos *a posteriori*.

**Palavras-chave:** ativismo judicial; constrangimentos; precedentes; incrementalismo; Supremo Tribunal Federal.

#### Abstract

*This paper aims to analyze judicial activism, an expression that still demands a precise meaning in Brazilian legal literature. Firstly, the text exposes a couple of meanings the expression judicial activism may assume in Brazilian Law; it also explores the need of constraints to judicial activism other than mere interpretive ones. Thus, the text analyses a posteriori constraints, such as binding precedents and incrementalism. In its third part, the paper explores a Brazilian Supreme Court in emblematic case, connecting it to the theories and constraints previously exposed.*

**Keywords:** judicial activism; constraints; precedents, incrementalism; Brazilian Supreme Court.

Como citar esse artigo/How to cite this article: ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos *a posteriori*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56088.

\* Professor da Faculdade Boa Viagem/DeVry (Recife, PE, Brasil). Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (Recife, PE, Brasil). Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco (Recife, PE, Brasil). Visiting Researcher na University of California, Berkeley (California, EUA). Estágio Pós-Doutoral na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Procurador Federal. Coordenador Nacional de Direito Processual Civil da Escola da Advocacia-Geral da União. Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil da Escola da AGU. Coordenador da área Fazenda Pública da Escola Superior da Advocacia Ruy Antunes – ESA/PE. Membro do Grupo REC de Estudos Constitucionais. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. E-mail: luizdinizaraujo@hotmail.com.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** Ativismo Judicial; **2.1.** A polissemia da expressão ativismo judicial; **2.2.** Ativismo judicial no Brasil; **3.** Os constrangimentos *a posteriori* à discricionariedade: vinculação aos precedentes e interpretação evolutiva (incrementalismo); **3.1.** Constrangimentos interpretativos; **3.2.** O constrangimento representado pelo respeito aos precedentes; **3.3.** O incrementalismo ou a interpretação constitucional evolutiva; **4.** Análise de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal: incrementalismo (jurisprudência evolutiva) e respeito a precedentes; **4.1.** O caso das Uniões Homoafetivas (ADI 4.277 e da ADPF 132); **5.** Conclusões; **6.** Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

Com o reconhecimento da força normativa da constituição em uma pluralidade de Estados nacionais e da jurisdição constitucional em diversos deles, muito se tem discutido a respeito da interpretação e da efetivação das ideias difusas congregadas nos textos constitucionais.

A esse fenômeno tem correspondido o crescimento do papel do poder judiciário no Brasil e em diversos outros países, como é o caso dos Estados Unidos da América e da República Francesa, do Estado de Israel, da Colômbia, do Chile, do Canadá, do Japão, entre diversos outros. Esse fenômeno de afirmação do Poder Judiciário no exercício de seu papel contramajoritário tem, em alguns momentos, aberto ensanchas ao que se tem denominado de ativismo judicial, conceito dotado de grave polissemia e que será analisado no texto de forma detalhada.

Assumindo que práticas ativistas devem ser evitadas, pelas razões que serão expostas, o texto, além de analisar o ativismo enquanto conceito, estudará, outrossim, em que medida e por que meios é possível, de alguma forma, criar constrangimentos (*constraints*) às práticas ativistas. No contexto do tema, entendam-se como constrangimentos forças que agem no sentido de manter a decisão judicial dentro de certos parâmetros que, para serem desbordados, precisam ser enfrentados na fundamentação e por ela superados, ou seja, com ônus argumentativo necessário.

Nesse sentido, o constrangimento age para equilibrar o saudável exercício da jurisdição constitucional – essencial, em nosso entender, ao bom funcionamento das democracias liberais, pois que confere efetividade a direitos fundamentais – com a noção de que a criação de direitos pelos juízes deve encontrar limites, sob pena de usurpação da atividade legislativa e deslegitimização do próprio Poder Judiciário, o que não é, na visão esposada pelo trabalho, desejável.

Cabe esclarecer, ainda à guisa de introdução, que serão diferenciados no texto os constrangimentos ditos *a priori* dos constrangimentos *a posteriori*. Ambos podem atuar como forças contrárias ao ativismo, no sentido de trazer a interpretação e

a fundamentação ao campo da racionalidade e da maior objetividade possíveis, sendo essas as características que lhes são comuns.

De outro lado, como notas distintivas, os constrangimentos *a priori* se situam notadamente no campo da interpretação, ou seja, são os primeiros constrangimentos, a agir independentemente de qualquer consideração a precedentes ou a uma linha jurisprudencial evolutiva. Os constrangimentos *a posteriori*, por sua vez, podem atuar no sentido da maior objetividade na fundamentação de uma decisão judicial e são representados, conforme analisa o artigo, pelos precedentes e pela interpretação evolutiva da constituição.

O problema a ser analisado, portanto, é a fragilidade dos constrangimentos meramente hermenêuticos postos aos juízes e tribunais por teorias interpretativas. Essa fragilidade e insuficiência por vezes enseja um excessivo subjetivismo das decisões judiciais e, por via de consequência, a um deficit democrático do Poder Judiciário.

Dessa forma, o objetivo do trabalho é propor outros constrangimentos, que não os meramente propostos por teorias da interpretação, que atuem de forma mais eficaz no sentido da maior objetividade das decisões judiciais.

A hipótese de trabalho é de que esses constrangimentos práticos (também chamados *a posteriori*) conferem uma maior objetividade às decisões, ou seja, mantêm as decisões judiciais mais ou menos adstritas a certos parâmetros traçados previamente pela aplicação do Direito a situações concretas pelo próprio Poder Judiciário.

A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica sobre os temas tratados, bem como estudo de um caso julgado julgado pelo Supremo Tribunal Federal que o texto aponta como um modelo a ser seguido em relação à atenção a constrangimentos representados pelos precedentes e pela interpretação evolutiva da Constituição.

## 2. ATIVISMO JUDICIAL

Conforme antecipado na Introdução, o ativismo judicial será estudado neste trabalho como uma prática a ser evitada, no exercício da jurisdição constitucional, sob pena de usurpação da função legislativa pelo poder judiciário, bem como de deslegitimização desse poder. De toda sorte, antes de tudo é necessário enfrentar a polissemia que carrega a expressão ativismo judicial para, somente após, passarmos à demonstração de algumas das formas como pode se revelar na prática da jurisdição constitucional.

### 2.1. A polissemia da expressão ativismo judicial

A expressão ativismo judicial é extremamente polissêmica, podendo designar desde a prática judiciária de iniciativa em termos instrutórios até a frequência com que uma corte ou tribunal constitucional invalida atos normativos dos demais poderes. A

esse respetivo, é especialmente didática a lição de Keenan Kmiec<sup>1</sup>, que menciona cinco acepções da expressão *ativismo judicial* ("judicial activism"), a denotar a multidimensionalidade do conceito.

Em um primeiro sentido, Kmiec diz que pode ser considerada ativista a atitude do poder judiciário de invalidar as ações dos demais poderes do Estado. Nesse sentido, seria ativista um tribunal ou uma corte que com regularidade agisse no sentido de declarar inconstitucionais atos normativos dos demais poderes estatais.

Em um segundo sentido, a expressão *ativismo judicial* designaria a atitude de um tribunal de se afastar dos precedentes que deveria respeitar, ou seja, quando adote uma visão própria do que é o Direito em detrimento da visão e da interpretação já consagradas em precedentes.

Em um terceiro sentido, o *ativismo judicial* se revelaria quando a corte, em detrimento de julgar, passasse a legislar. Nas palavras de Continentino<sup>2</sup>, "Cortes ativistas seriam aquelas que, ao desprezarem os limites de suas próprias atribuições e o princípio da separação dos poderes, criariam direito novo, a pretexto de interpretá-lo".

Em um quarto sentido, ativista seria o procedimento do tribunal que se afasta de uma metodologia interpretativa aceita.

Por fim, Kmiec traz o critério do julgamento orientado pelo resultado (*result-oriented judgement*). Dessa forma, a decisão seria ativista quando o juiz tiver um motivo finalístico para decidir em um certo sentido e quando a decisão se afastar do que seria considerado razoável.

Essas significados dão conta do quão polissêmica é a expressão *ativismo judicial*, carregada que é de ambiguidades e inconsistências. Para os fins deste trabalho, interessam-nos os quatro últimos sentidos utilizados por Kmiec, ou seja: (i) tribunal se afasta de precedentes sem o devido ônus argumentativo; (ii) tribunal, em vez de julgar, passa a legislar (*legislate from the bench*); (iii) tribunal se afasta de uma metodologia interpretativa aceita; (iv) julgamento orientado pelo resultado.

É inegável que a expansão do poder jurisdicional levou à tão conhecida atividade criativa do juiz, a significar que compete ao magistrado mais do que a proteção, mas também a criação de direitos. Esse movimento não acontece sem reações, que denunciam a marginalização dos agentes político-representativos, com a flagrante redução da importância do poder legislativo<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> KMIEC, Keenan. **The origin and current meaning of "judicial activism"**. Disponível em [http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial\\_activism.htm](http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm). Acesso em 08.07.2014.

<sup>2</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial. Proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 49, n. 193, p. 141-149, jan/mar 2012, p. 143.

<sup>3</sup> ROMBOLI, Roberto. A função interpretativa do juiz comum e a influência sobre ela exercida pela jurisprudência constitucional. In: ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Coord.). **Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 40-60. p. 51.

Assim, o ativismo é um conceito que traz em si um dualismo: de um lado, é necessário aos estados constitucionais e permitem o aprofundamento dos direitos que se propõem a reconhecer e efetivar, o que implica uma certa margem de discricionariedade judicial; de outro, a sua exacerbação pode levar à deslegitimização do estado de direito<sup>4</sup>. Entenda-se como discricionariedade judicial, no contexto deste artigo, a margem de decisão que decorre da vontade do intérprete<sup>5</sup>, que não é negada por nós mas que, em nossa visão, deve ser restringida na medida do possível, para que a decisão tenha uma fundamentação o mais racional possível.

Desprezaremos o primeiro critério exposto por Kmiec, uma vez que, em nossa avaliação, trata-se de um critério inconsistente, sem significado importante, uma vez que o fato de uma corte ou tribunal constitucional invalidar atos dos demais poderes e com que frequência o faz, por si, não conduz a conclusões importantes. Sim, pois os atos normativos podem haver sido invalidados por conterem efetivamente flagrantes inconstitucionalidades, por exemplo, o que nada quer dizer em relação ao ativismo judicial.

Os quatro critérios restantes, por outro lado, em nossa concepção, podem servir de base a uma análise bastante interessante sob a ótica dos limites da fundamentação das decisões judiciais, ou seja, se são mais ou menos discricionárias, ou, sob outro ângulo de visada, mais ou menos constrangidas.

Vistos com cuidado, esses critérios de (i) a (iv) acima têm um ponto fundamental em comum e, talvez, pudessem mesmo ser reduzidos a um único critério, traduzido pela seguinte pergunta: quanto livremente pode um juiz ou um tribunal fundamentar suas decisões? Essa é a pergunta cuja resposta nos interessa neste trabalho, a qual, por sua vez, pode ser desdobrada nas seguintes: existem parâmetros além dos meros textos e suas técnicas de interpretação para que uma decisão no âmbito da jurisdição constitucional seja considerada adequada? Ou pode o juiz constitucional decidir da forma que lhe aprovou, desde que lastreie sua fundamentação em textos normativos aplicando uma determinada metodologia? Caso existam esses outros parâmetros, quais são eles?

## 2.2. O ativismo judicial no Brasil

Nos Estados Unidos, a prática judiciária e os críticos já têm longa tradição e experiência no que diz respeito ao tema do ativismo judicial, sendo sua teoria e prática um manancial para quem quer se debruçar sobre o tema. No entanto, é importante, ao traçar paralelos e trazer a experiência e a literatura estadunidenses à realidade

<sup>4</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 43, ano 11, p. 92-117, jan./mar. 2011. p. 110.

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva. 2012. P. 38.

brasileira, ter em conta que o ativismo que se tem verificado no Brasil até o momento difere daquele que se verifica nos EUA, ao menos em um aspecto fundamental: lá, algumas decisões da Suprema Corte que restrigem direitos fundamentais são apontadas como ativistas, ao passo que, no Brasil, praticamente se formou um senso comum de que o Supremo Tribunal Federal apenas é ativista para ampliar direitos fundamentais.

Na realidade norte-americana, um dos casos em que se atribui à Suprema Corte a prática de um ativismo restritivo a direitos fundamentais é o famoso *Dred Scott v. Sandford*, conhecido simplesmente como caso *Dred Scott*. Em 1820, o *Missouri Compromise* foi assinado proibindo a escravidão em novos territórios existentes acima de certa latitude da superfície norte-americana.

Com fundamento no *Missouri Compromise*, o escravo Dred Scott ingressou com ação postulando o seu direito à liberdade por ter estado em por ter estado em território em que era vedada a escravidão, por força do *Missouri Compromise*.

Provocada, a Suprema Corte dos Estados Unidos denegou a pretensão, sob o fundamento de que os negros, mesmo livres ou libertos, não podiam se tornar cidadãos, condição que os impediria de ser parte em processos judiciais. Na mesma decisão, a Suprema Corte fundamentou na cláusula do devido processo legal substantivo que o *Missouri Compromise* era inconstitucional, pois privava um cidadão dos Estados Unidos de sua propriedade sem justificativa plausível, no caso, o proprietário do escravo Dred Scott.

Além desse, há outros exemplos clássicos de ativismo em que a Suprema Corte dos Estados Unidos restringiu direitos fundamentais, como julgamentos da chamada *Era Lochner*, no início dos anos 1900, no contexto da quebra da bolsa de Nova Iorque e da adoção das políticas econômicas de matriz keynesiana sob regência do Presidente Franklin Delano Roosevelt (*New Deal*).

As políticas adotadas no contexto do *New Deal* contemplavam o reconhecimento a alguns direitos trabalhistas, como piso salarial e limitação de jornada de trabalho, mas sofreram contestações que desaguaram na Suprema Corte que, em muitos dos julgamentos, como foi o caso de *Adkins v. Children's Hospital* (1923) invalidou ato normativo que fixava pisos salariais para mulheres e crianças, sob o argumento de que o *due process of law* impedia o legislador de interferir na liberdade contratual e na livre iniciativa.

Esses são apenas alguns exemplos que demonstram que as chamadas decisões ativistas, nos Estados Unidos, por vezes caminharam no sentido da restrição a alguns direitos fundamentais ou para conter os demais poderes, enquanto no Brasil há autores que registram que, até o presente e no âmbito do Supremo Tribunal Federal, as decisões apontadas como ativistas têm caminhado na direção de expandir direitos

fundamentais sob o fundamento de suprir as deficiências pela inação dos demais poderes<sup>6</sup>. Daí a preocupação com a assim chamada “legislação judiciária” e o “ativismo à brasileira”.

Uma das causas para essa característica do ativismo no Brasil pode estar na cláusula constitucional do amplo acesso à justiça, que, nas palavras de Hermes Zaneti Jr.<sup>7</sup>, torna o Poder Judiciário um “motor da democracia participativa”. Tudo isso foi potencializado com a transformação do discurso jurídico e judicial pós-1988, passando-se de um “discurso fundado em regras codificadas, centralizado no juiz, apodítico e demonstrativo, que aplicava o direito material posto e fundado nos direitos subjetivos preconcebidos, para um discurso democrático”, com viés argumentativo, como decorrência da “principalização do direito”.

Efetivamente, a partir da Constituição de 1988, o papel do poder judiciário no país passou e vem passando por profunda transformação. Diversas mudanças no ambiente institucional levaram à ampliação do acesso à justiça, ao fortalecimento do Ministério Público, bem como ao reforço de instrumentos processuais, como as ações civis públicas. Ademais, as liberdades democráticas têm conduzido a uma maior consciência dos cidadãos em relação a seus direitos<sup>8</sup>.

Todos esses fatores convergiram para o fenômeno da maior litigiosidade, da judicialização da política, como já abordado acima, e do processo de “empoderamento” (*empowerment*) do judiciário, que exercem pressão exacerbada sobre esse poder, abrindo margem a uma postura mais ativista, no sentido de ter que dar respostas a graves problemas sociais, econômicos e institucionais, apenas para não alongarmos a lista.

O processo de “empoderamento” pós-Constituição de 1988 tem alguns marcos importantes, pontuados abaixo:

(i) a Constituição de 1988 criou um modelo político que não é puramente majoritário, assegurando inúmeros direitos fundamentais;

(ii) o Supremo Tribunal Federal foi dotado de diversas competências originárias: ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, § 2.º); arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, p.u.); mandado de injunção para sanar omissão de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, assim como prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5, LXXI); mandado de segurança e *habeas data* contra atos de autoridades sujeitas à sua jurisdição (art. 102, I, d). O controle difuso foi mantido

<sup>6</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz. Características do Ativismo Judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um Paralelo com o Recente Ativismo Judicial da Suprema Corte Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 204, p. 25-42, out/dez 2014. p. 37.

<sup>7</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007. p. 46.

<sup>8</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 210.

(art. 102, III, *a*, *b* e *c*). Ampliação dos legitimados à propositura de ADI. No regime anterior, apenas o Procurador-Geral da República, à época subordinado ao Presidente da República, detinha o monopólio da propositura. No atual regime, são legitimados (art. 103) o Presidente da República (I), a Mesa do Senado Federal (II), a Mesa da Câmara dos Deputados (III), a Mesa das Assembleias Legislativas (IV), o Governador de Estado (V), o Procurador-Geral da República (VI), o Conselho Federal da OAB (VII), os partidos políticos com representação no Congresso Nacional (inciso VIII) e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (IX).

(iii) A EC3/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), atribuindo ao Presidente da República, às mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República a legitimidade para a iniciativa.

(iv) No plano infraconstitucional, as Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, que trazem normas processuais sobre a ADI, ADC e a ADPF, fortaleceram e expandiram os poderes do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, com a possibilidade de modulação temporal de efeitos, declaração de nulidade parcial sem redução do texto e participação de *amici curiae*. Com a ADPF, fica o Supremo Tribunal Federal autorizado a julgar se um determinado ato normativo federal, estadual ou municipal, mesmo que anterior à Constituição, afronta preceito fundamental.

(v) A EC 45/04 continuou o processo de empoderamento do Supremo Tribunal Federal, materializando a Reforma do Poder Judiciário. Ampliou o rol de legitimados à propositura da ADC (art. 103, *caput*), igualando-o ao rol de legitimados para a ADI. Além disso, deu *status* constitucional ao efeito vinculante da ADI (art. 102, § 2.º). Criou a figura da súmula vinculante (art. 103-A), bem como instituiu a repercussão geral como mais um requisito de admissibilidade de recurso extraordinário (art. 102, § 3.º). Essas alterações aportaram profundo incremento nos poderes do Supremo Tribunal Federal, aprofundando a sua participação na vida política do país, bem como a sua aproximação à ideia de uma Corte Constitucional.

Verifica-se, no entanto, que nos primeiros anos pós-1988 o Supremo Tribunal Federal não utilizou tais poderes de uma forma que se possa chamar de ativista, apesar de já se verificar o fenômeno do aumento da litigiosidade e da judicialização da política.

O Supremo Tribunal, reconfigurado pela CF/88, em seus primeiros anos, manteve a passividade que marcara o período pré-1988. O Tribunal, além de ter restringido alguns de seus poderes, também limitou o acesso à sua jurisdição. O grande exemplo é o mandado de injunção, a partir da adoção da teoria da proibição do judiciário como legislador positivo<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Mandado de Injunção n.º 107/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. J. 23.11.1989. DJ 21.09.1990. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Mandado de Injunção n.º 107/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. J. 23.11.1989. DJ 21.09.1990.

Além disso, impôs limitações aos legitimados ativos para propositura de ADI's, em uma clara restrição aos termos do art. 103 da CF/88. Por exemplo, criou o conceito de pertinência temática, segundo o qual, para a propositura de ADI's os Governadores, Assembleias Legislativas, Confederações Sindicais e Entidades de Classe de âmbito nacional apenas poderiam propor ADI caso as leis e/ou atos normativos inquinados de constitucionalidade tivessem repercussão direta sobre os seus interesses<sup>10</sup>.

Houve, ainda, restrições criadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à legitimidade para propositada de ADI's em relação ao art. 103, IX, tendo entendido que associações de profissionais, associação de associações e federações sindicais não se ajustam aos conceitos de confederação sindical e entidades de classe<sup>11</sup>.

Também quando se tratou de medidas provisórias, o Supremo adotou uma postura passiva, entendendo que o controle de constitucionalidade sobre os pressupostos de relevância e urgência apenas seriam controláveis em caso de excesso de poder de legislar<sup>12</sup>.

Nos anos 2000, teve início a fase que se poderia chamar ativista na história do Supremo Tribunal Federal, com criação de direitos, fundamentos muitas vezes pouco de pobre fundamentação. No entanto, apresentaremos abaixo alguns constrangimentos que, apesar de o senso comum muitas vezes compreender na direção contrária, serviram como constrangimentos argumentativos, ou seja, a fundamentação foi constrangida, funcionando como um freio ao que se poderia chamar de excessiva discricionariedade.

### **3. OS CONSTRANGIMENTOS A POSTERIORI À DISCRICIONARIEDADE: VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES E INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA (INCREMENTALISMO)**

No presente tópico, serão apresentados alguns constrangimentos importantes para conter o ativismo judicial ditos *a posteriori*. Deve-se esclarecer, de logo, que a preocupação deste trabalho não reside na criação de direitos pelo poder judiciário, atividade que, de resto, não contradiz a atual fase metodológica de nosso Direito, marcado pela superação ao Positivismo Legalista e pelo reconhecimento de um maior espectro

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.096/RS. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. J. 16.03.1995. DJ 22.09.1995.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 34/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Octavio Gallotti. J. 05.04.1989. DJ 28.04.1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.037/SC. Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. J. 03.06.1998. DJ 07.08.1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 17/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sydney Sanches. J. 11.03.1991. DJ 24.05.1991.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 162-MC. Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. J. 14.12.1989. DJ 19.09.1997.

interpretativo aos juízes e tribunais, com a natural inovação na ordem jurídica a partir da interpretação de textos.

A preocupação deste trabalho reside muito mais na fundamentação e como ela pode ser constrangida, sob pena de usurpação da atividade do legislador e de deslegitimização do próprio poder judiciário. A partir de uma fundamentação consistente, racional e clara é que o poder judiciário se desincumbe de seu verdadeiro papel e mantém sua legitimidade no desenho institucional traçado pela Constituição Federal de 1988.

Neste tópico, o trabalho abordará constrangimentos importantes e que devem ser valorizados pelas decisões judiciais, notadamente aquelas exaradas pelo Supremo Tribunal Federal. Antes de analisar os constrangimentos em si, todavia, o tópico começará por demonstrar como é possível falar em constrangimentos à fundamentação e como é possível falar, em consequência, em uma interpretação jurídica objetiva.

Para se falar em constrangimentos à interpretação e à fundamentação jurídicas, deve-se, primeiro, delinear a possibilidade da objetividade na interpretação jurídica, no sentido de Owen Fiss<sup>13</sup>. As normas não são normas, salvo se decorrem de um ato de autoridade, e aquela autoridade apenas pode ser conferida por uma comunidade. De acordo com esse entendimento, as regras que governam a atividade interpretativa devem ser vistas como definidoras ou demarcadoras de uma comunidade interpretativa que consiste naqueles que reconhecem as regras como vinculantes.

Isso significa que o caráter objetivo da interpretação está vinculado, limitado ou relativizado. Dessa forma, a fundamentação de uma decisão judicial é vinculada pela existência de uma comunidade que reconhece e adere às regras disciplinadoras usadas pelo intérprete e que é definida pelo reconhecimento daquelas regras. Uma objetividade vinculada é a única forma de objetividade à qual a lei – ou qualquer atividade interpretativa – pode aspirar e a única sobre a qual devemos nos preocupar. Nas palavras de Owen Fiss, “insistir em mais, procurar a decepcionante onipresença no céu, é criar uma falsa questão”<sup>14</sup>.

A objetividade diz, portanto, com a força cogente das normas e se o ato de julgar é constrangido ou limitado por elas; a correção, por sua vez, diz com o conteúdo das normas e se o processo de julgamento e o significado produzido por esse processo estão de acordo com aquele conteúdo. Dessa perspectiva, a legitimidade diz mais com a objetividade do que com a correção.

Os críticos da excessiva discricionariedade no exercício da jurisdição constitucional estão respondendo à preocupação de que sem uma busca pela objetividade das decisões, nós estaremos completamente à mercê do entendimento de cada juiz. Sem

<sup>13</sup> FISS, Owen. Objectivity and Interpretation. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 34, p. 739-763, abr. 1982. p. 740-745.

<sup>14</sup> FISS, Owen. Objectivity and Interpretation. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 34, p. 739-763, abr. 1982. p. 740-745.

dúvida, é uma preocupação com fundamento, que remete à própria responsabilidade do juiz em relação às suas decisões<sup>15</sup>.

Se estamos tentando analisar o exercício da jurisdição constitucional e se não temos uma fórmula que garante chegar a resultados corretos, quais são os critérios para avaliarmos os julgamentos? Ou seja, até onde pode ir o juiz constitucional no seu mister? Qual é a diferença entre uma fundamentação absolutamente indefensável (se é que isso existe) e outra razoável, mesmo que indiscutivelmente errada? Em suma, o que faz do Direito mais um exercício de julgamento razoável, embora não puramente lógico, do que de aplicação de força arbitrária?

É precisamente a possibilidade de constrangimentos que pode levar à objetividade de uma fundamentação, no sentido mencionado acima, ou seja, de que a interpretação e a fundamentação podem ser constrangidas. Esses constrangimentos podem ser interpretativos, ou seja, impostos por métodos e teorias de interpretação, mas, também, por imposições processuais (p. ex., atenção a precedentes) e pragmáticas (interpretação evolutiva).

No presente tópico deste trabalho, o que se procura demonstrar é que os constrangimentos interpretativos, apesar de necessários, não são suficientes para uma adequada contenção da discricionariedade na interpretação do texto constitucional, fazendo-se necessários, igualmente, constrangimentos processuais e pragmáticos. É o que se demonstrará nos subitens seguintes.

### 3.1. Constrangimentos interpretativos

Não se pode esquecer, como bem destaca Krell, a importância do papel desempenhado pelos métodos tradicionais da Hermenêutica Jurídica no sentido de estabelecer constrangimentos interpretativos, apesar de, nos últimos tempos, parecerem andar em baixa, ao menos no que concerne à interpretação da Constituição de 1988. Assim, os métodos gramatical, sistemático histórico e teleológico não devem ser desdenhados como constrangimentos interpretativos<sup>16</sup>, embora não sejam muitas vezes suficientes para justificar uma decisão.

Ao lado dos métodos clássicos acima mencionados, alguns importantes constitucionalistas construíram teorias de interpretação elaboradas e abrangentes para limitar a discricionariedade judicial. Ocorre que tais teorias partem do pressuposto equivocado de que a aplicação de uma ou algumas teorias específicas produzirão respostas corretas e indiscutíveis para uma qualquer questão constitucional. Por esse métodos,

<sup>15</sup> POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press. 1990. p. 272

<sup>16</sup> KRELL, Andreas J. Entre Desdém Teórico e Aprovação na Prática: Os Métodos Clássicos de Interpretação Jurídica. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 10, p. 295-320, jan./jun. 2014.

juristas (e alguns juízes) esperam eliminar a incerteza inherente à linguagem constitucional e, assim, reduzir a discricionariedade dos juízes.

Wilkinson III<sup>17</sup> chama a essas teorias de cósmicas (*cosmic constitutional theories*) e, não sem uma forte dose de ironia, diz que elas pretendem desvendar os mistérios da constituição, tanto quanto Freud pretendeu fazer com o comportamento humano e Einstein tentou empreender em relação ao universo.

Certamente, as teorias (maximalismo, minimalismo, originalismo, constitucionalismo vivo, entre outras) são engenhosas, aportaram novos e importantes elementos à discussão sobre a interpretação constitucional e são, cada uma delas, defendidas por importantes juristas. No entanto, não lograram trazer a visão abrangente que os seus idealizadores e seguidores pretendem e pretendem.

Ao menos dois fatores contribuem para que essas teorias tenham falhado na sua pretensão de conferir maior objetividade às decisões judiciais: a) a constituição não é, em última análise, uma abstração, mas fruto de uma experiência e de circunstâncias políticas e sociais; b) ela foi feita para incorporar tensões, o que torna a sua interpretação uma atividade mais complexa do que simples teorias *a priori*, por mais bem elaboradas que sejam, são capazes de resolver.

A fundamentação jurídica não é um exercício objetivo desconectado das diversas perspectivas e valores dos juízes. Os juízes não operam no vácuo e suas visões de mundo inevitavelmente moldam seus julgamentos – ao menos ou mais visivelmente – em casos difíceis. Mas, é evidente que os juízes estão sujeitos a constrangimentos específicos, diferentes daqueles a que se submetem os legisladores. Se os constrangimentos interpretativos não são suficientes, é necessário investigar outros constrangimentos processuais ou pragmáticos. São esses constrangimentos que se analisarão em seguida.

### **3.2. O constrangimento representado pelo respeito aos precedentes**

Existem, de forma elementar, duas espécies de precedentes: os precedentes persuasivos (*persuasive precedents*) e os precedentes vinculantes (*binding precedents*). Na realidade brasileira, já estamos há muito tempo acostumados a lidar (embora mal) com a primeira espécie. Já em relação à segunda, no que diz respeito à atual ordem constitucional, foi adotada de forma expressa e regulamentada pela Constituição de 1988 (decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado), pela Emenda Constitucional 45/2005 (súmulas vinculantes) e, por fim, pelo art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 (acórdãos prolatados em incidentes de assunção de competência, em incidentes de resolução de demandas repetitivas, julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos, enunciados de súmulas do Supremo Tribunal

---

<sup>17</sup> WILKINSON III, J. Harvie. **Cosmic Constitutional Theory**. New York: Oxford University Press, 2012. p. 3.

Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infra-constitucional, bem como a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais aos quais o juiz está vinculado).

Como observa Teixeira<sup>18</sup>, a adoção de precedentes vinculantes, no sistema norte-americano, garante um grau relevante de previsibilidade e de aceitabilidade às decisões judiciais naquele ordenamento (no qual, observe-se, a jurisdição constitucional não é monopólio da Suprema Corte, assim como no Brasil), o que leva diversos outros países a reformar os seus ordenamentos para adotar sistemas semelhantes.

A aplicação eficaz dos precedentes, no entanto, requer uma adaptação em nossa prática judiciária, em que os relatórios são cada vez mais sucintos. Além dessas dificuldade, podem-se adicionar a forma de deliberação colegiada em nossos tribunais, que adotam o modelo *per seriatim* e não o modelo *per curiam*, que é adotado, esse último, pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

No modelo *per curiam*, a corte exara apenas um voto vencedor, que constitui a *opinion* do colegiado. Essa sistemática facilita que se encontrem os motivos determinantes da decisão (*holding* ou *ratio decidendi*). No sistema *per seriatim*, a decisão final é um mosaico de votos individuais que, muitas vezes, chegam à mesma conclusão, mas sob fundamentos absolutamente diversos. Esse modelo torna extremamente difícil a identificação dos motivos determinantes e propicia a sensação de que o nosso Supremo Tribunal Federal, apesar para citar o exemplo mais representativo, é um conjunto de onze ilhas.

No sistema norte-americano, diferentemente, há uma experiência secular no trato da matéria, o que não acontece no nosso sistema, de tradição romano-germânica e em que o respeito a precedentes judiciais, apesar de vir se mostrando necessária ao longo do tempo, chega a soar até como antinatural. No nosso sistema, o que hoje chamamos de precedentes são muito mais decisões sobre teses do que sobre casos concretos.

Certo é, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal não está legalmente adstrito a seus próprios precedentes, nem aqui se defende o contrário. Mas, sim, o artigo parte da ideia de que o Supremo Tribunal deve respeito a seus próprios precedentes, no sentido de que com eles as decisões posteriores devem dialogar, seja para confirmá-los, seja para afastá-los por distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*).

O juiz da Suprema Corte americana Lewis Powell<sup>19</sup> disse que a “inevitabilidade da mudança toca o direito como toca qualquer aspecto da vida. Mas, estabilidade e moderação são particularmente importantes para o direito”. E que “ contenção ao julgar

<sup>18</sup> TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. Colhendo frutos da árvore venenosa: formação e uso dos precedentes no Brasil e nos EUA. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, n. 72, ano 18, p. 189-213, out./dez. 2010, p. 192.

<sup>19</sup> POWELL Jr., Lewis F. Stare decisis and judicial restraint. *Washington and Lee Law Review*, Washington, n. 2, v. 47, p. 289-299, mar. 1990, p. 293.

e respeito às decisões anteriores são a chave para a preservação de um Judiciário independente e para o respeito público pelo papel do Judiciário como guardião dos direitos”.

Também Benjamin Nathan Cardozo<sup>20</sup> ressalta a importância da aderência aos precedentes, dizendo que “os juízes não são autorizados a fazer e desfazer regras ao seu bel-prazer de acordo com visões mutantes de conveniência e prudência”. Ele reconhece, sim, que o respeito aos precedentes, evidentemente, não é garantia de um julgamento razoável ou “correto”, mas que os precedentes judiciais ajudam na direção da objetividade, uniformidade, consistência e certeza das decisões judiciais, quando não fujam da razoabilidade e da conveniência.

Cardozo defende que “a lógica, a história, o costume, a utilidade e os padrões aceitos de conduta correta são as forças que sozinhas ou em combinação dão forma ao progresso do direito”. Nesse conjunto de elementos, ele considera que os precedentes são um importante fator para dar coerência ao desenvolvimento do Direito, embora reconheça que a “uniformidade deixa de ser um valor quando se torna uniformidade de opressão”. Aí é quando “o interesse social servido pela simetria ou certeza deve ser balanceado em relação ao interesse social servido pela equidade e justiça ou outros elementos do bem estar social”<sup>21</sup>.

A lição de Oliver Wendell Holmes segue a mesma senda<sup>22</sup>, ao destacar a importância da vinculação aos precedentes, ressalva, por outro lado, que os precedentes devem ser constantemente submetidos ao escrutínio e à revisão.

Na jurisprudência constitucional, a força do precedente se funda sobre uma razão adicional, que é a constituição como norma duradoura, destinada a estabilizar a vida política e social, subtraindo-a à inconstância das vicissitudes quotidianas: uma característica que seria evidentemente contraditada por uma jurisprudência constitucional que “andasse vagando”, procedesse através de contradições em condição de contínua “emergência”. Uma jurisprudência desse gênero teria inevitavelmente um valor “desestrutivo”, antes destrutivo, da constituição; seria em si mesma não um serviço da constituição, mas um atentado à sua natureza profunda<sup>23</sup>.

Sem dúvida, os precedentes funcionam como uma força a favor da objetividade (impessoalidade) e, consequentemente, redução da discricionariedade (voluntarismo) nos julgamentos. O precedente atua primariamente no sentido da manutenção da jurisprudência, reduzindo a discricionariedade do intérprete. Para que seja possível uma

<sup>20</sup> CARDOZO, Benjamin Nathan. **The Nature of the Judicial Process**. Disponível em <http://xroads.virginia.edu/~hyper/CARDOZO/CarNatl.html>. Acesso em 08 de abril de 2014.

<sup>21</sup> CARDOZO, Benjamin Nathan. **The Nature of the Judicial Process**. Disponível em <http://xroads.virginia.edu/~hyper/CARDOZO/CarNatl.html>. Acesso em 08 de abril de 2014.

<sup>22</sup> HOLMES, Oliver Wendell. **The common law**. Disponível em <http://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm>. Acesso em 13 de maio de 2014. p. 12.

<sup>23</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. **Giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino Strumenti, 2012. p. 113.

mudança de curso, do intérprete se exige um ônus argumentativo mais denso, pois terá que demonstrar que o caso sob julgamento é diferente do caso albergado (*distinguishing*) pelo precedente ou que o precedente deve ser superado (*overruling*) por razões fáticas ou jurídicas.

### 3.3. O incrementalismo ou a interpretação constitucional evolutiva

Além dos métodos de interpretação, sejam os clássicos, seja os concebidos nas últimas décadas, bem como dos precedentes como fatores de contenção da discricionariedade judicial, há um outro elemento que pode contribuir de forma importante para a racionalidade e a contenção pretendidas às decisões judiciais.

Com efeito, os juízes frequentemente devem fazer escolhas entre aplicações plausíveis ou entendimentos diferentes. Essas escolhas serão influenciadas por uma miríade de fatores, incluindo elementos subjetivos do juiz, o poder de persuasão dos advogados, a clareza ou não do texto, a existência de precedentes, entre diversos outros fatores que influenciam o processo de decisão.

Esses fatores algumas vezes podem conduzir à contenção e outras, não. Mas, há um fator que deveria ser levado em conta pelos juízes e que talvez funcionasse mais como um freio do que como um estimulante a posturas excessivamente discricionárias: a preferência pelo incrementalismo/interpretação evolutiva, ao invés de se optar por mudanças radicais de entendimento.

O Direito existe porque há a necessidade de se regularem relações entre as pessoas. Ele prescreve padrões de comportamento, supostamente refletindo os valores da sociedade. O papel do juiz é entender o propósito do direito na sociedade e ajudá-lo a atingir esse propósito. Mas, por outro lado, o direito de uma sociedade é um organismo vivo e o juiz é um importante ator dessa mudança. Todavia, a necessidade de mudança requer também uma preocupação com a estabilidade, o que implica que a mudança deve ocorrer por evolução e não por revolução<sup>24</sup>.

Decerto, a construção do significado da norma constitucional não deve conduzir ao subjetivismo, ou à construção de significados que prestigiam as concepções pessoais do intérprete. Esse é o fundamento da chamada interpretação evolutiva, ou seja, a garantia de que não haverá rupturas, mas que, ao contrário, a jurisprudência deverá caminhar cautelosamente em uma dada direção.

Na prática do Direito Constitucional norte-americano, a interpretação evolutiva desempenha papel de grande relevo, tanto no campo do devido processo legal como no da criação de novos direitos não previstos expressamente (e.g., o direito à privacidade) e no da igualdade perante a lei, notadamente a de cunho racial.

<sup>24</sup> BARAK, Aharon. A judge on Judging. The Role of a Supreme Court in a Democracy. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 116, p. 97-113, nov. 2002. p. 100.

A esse propósito, é ilustrativo assinalar que a versão original da Carta de 1787 permitia, na Seção 2 do art. 1º, o regime de escravidão. Em 1857, ao julgar o caso *Dred Scott vs. Sandford*, a Suprema Corte chegou a negar a condição de cidadão a um escravo. Após 76 anos e uma guerra civil, a 13.<sup>a</sup> Emenda, de 1865, aboliu a escravatura. Investidos de cidadania, ainda assim os negros eram discriminados, com a chancela dos poderes estatais<sup>25</sup>, dentre outras formas, mediante a segregação nas escolas, nos transportes públicos e nas zonas residenciais de diversas cidades, inclusive do norte.

Em 1896, ao decidir o caso *Plessy vs. Ferguson*, a Suprema Corte endossou a doutrina do *equal but separate* – iguais, mas separados –, forma dissimulada de discriminação praticada em diversos Estados. Somente em 1954, ao julgar *Brown vs. Board of Education*, a Corte considerou inconstitucional a segregação de estudantes negros nas escolas públicas, em decisão que se tornou um marco na política de integração racial. Constata-se, assim, que, na vigência de uma mesma Constituição, o tratamento dado aos negros evoluiu da discriminação total para a discriminação atenuada, e, depois, para a não-discriminação<sup>26</sup>.

Dessa forma, a interpretação evolutiva (ou incrementalista) permite a adaptabilidade da constituição às novas realidades sociais, mas sem sobressaltos, sem movimentos abruptos e sim, ao contrário, por alterações minimalistas e prudentes, em que o exercício da discricionariedade judicial é medido e cauteloso.

Estabelecido neste tópico do trabalho que as teorias interpretativas são elementos necessários, mas não suficientes a uma fundamentação o mais racional possível e que, ao lado delas, deve um tribunal dialogar com seus próprios precedentes, bem como respeitar a linha evolutiva de sua jurisprudência e do próprio sistema como um todo, analisar-se-á, no tópico seguinte, um acordão do Supremo Tribunal que, em nossa visão, representa um exemplo de fundamentação racional e constrangida (no sentido de limitada) pelos elementos aqui analisados, apesar de parte do senso comum entendê-la como irrazoável e ativista.

#### **4. ANÁLISE DE CASOS JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: INCREMENTALISMO (JURISPRUDÊNCIA EVOLUTIVA) E RESPEITO A PRECEDENTES**

No presente tópico, será analisado julgamento prolatado pelo Supremo Tribunal Federal muitas vezes apontado como ativista e irrazoável. A ideia é demonstrar como o Supremo Tribunal Federal, no caso analisado, adotou entendimento inovador,

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 152.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 152.

efetivador de direitos fundamentais e socialmente relevantes mas, nem por isso, ativista, no sentido de excessivamente discricionários e pouco constrangidos.

O caso que será analisados abaixo exemplifica julgamento em que o Supremo Tribunal Federal, sem se demitir de sua função de guardião da Constituição, logrou evitar o ativismo, dando passos ousados mas, ao mesmo tempo, calcados no respeito à evolução dos temas respectivos no Direito Brasileiro e por ela constrangidos.

#### **4.1. O caso das Uniões Homoafetivas (ADI 4.277 e da ADPF 13227)**

No caso das uniões homoafetivas, o Supremo Tribunal reinterpretou os significados dos conceitos de homem e mulher para reconhecer as uniões de pessoas do mesmo sexo, no julgamento da ADI n.º 4.277 e da ADPF n.º 132, da relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, com julgamento em 5/5/2011. No julgamento dessas ações, o Supremo Tribunal fez a interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil, de sorte a entender pela mutação constitucional do artigo 226, § 3.º, da Constituição Federal, para reconhecer a pessoas do mesmo sexo o regramento infraconstitucional da união estável (no caso em julgamento, união homoafetiva).

As ações foram reunidas em julgamento único. A ADI n.º 4277 foi proposta pelo Procurador Geral da República e a ADPF n.º 132, pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro.

O voto vencedor demonstra que o termo e a ideia de “homoafetividade”, utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não são antigos na sociedade brasileira. Na sua argumentação, fica claro que a linha é demonstrar que a distinção de sexos, na forma anátomo-fisiológica como vinha sendo interpretada, perdeu sentido na modernidade.

No julgamento em tela, o Supremo entendeu que os conceitos de homem e mulher, ao menos para fins de união estável, se alterara e que os conceitos já sedimentados em bases biológicas não poderiam subsistir. Assim, entendeu por conferir interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil para impedir qualquer interpretação que impeça a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A solução final dada ao caso suscitou críticas de ativismo porque homem e mulher, segundo os críticos, são conceitos definidos e largamente controversos, explicitamente tratados pela Constituição, em seu art. 226, § 3.º (“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” g.n.) e pelo art. 1.723 do Código Civil.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Melo. J. 05/05/2011. DJ 14.10.2011.

No entanto, apesar da interpretação inovadora em relação aos conceitos de homem e mulher adotados pela legislação, aqui é importante se ter em conta que o ordenamento brasileiro já desde há alguns anos vinha progressivamente reconhecendo direitos aos casais homoafetivos, o que indica que o Supremo Tribunal seguiu uma linha evolutiva e foi por ela constrangido.

Com efeito, para citar alguns poucos exemplos, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 148.897/MG<sup>28</sup>, reconheceu a existência de direito a partilha de bens entre membros de casais homoafetivos<sup>29</sup>.

No julgamento do Recurso Especial 395.904 (STJ, 2005)<sup>30</sup>, por sua vez, foi reconhecida a condição de dependente do parceiro homoafetivo perante o INSS para fins previdenciários. O RESP 395.904 foi julgado em sede de Ação Civil Pública ajuizada perante a 3.a Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre (ACP 2000.71.00.009347-0). Por efeito de decisão proferida na ACP, o INSS editou a INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC Nº 25, DE 07 DE JUNHO DE 2000 – DOU DE 08/06/2000, reconhecendo a condição de dependente do parceiro homoafetivo, dando mais um passo no sentido do reconhecimento de direitos inerentes a uniões estáveis homoafetivas.

No julgamento do RESP 238.715<sup>31</sup>, a seu turno, o Tribunal reconheceu o direito de o parceiro homoafetivo ser beneficiário em plano de saúde privado.

No plano legislativo infraconstitucional, a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), em seu art. 5.o, incisos e parágrafo único, estabeleceu um importante marco em relação aos direitos de gênero ao sancionar a violência doméstica contra a mulher. O mencionado parágrafo único dispõe que “as relações sexuais enunciadas neste artigo independentemente de orientação sexual”.

No âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, houve uma importante sinalização no julgamento da ADI 3.300 (STF, 2006). Aquela ADI fora ajuizada para que o Supremo Tribunal prolatasse a constitucionalidade do art. 1.o da Lei n. 9.278/96 e, assim, reconhecesse as uniões homoafetivas. Ocorre que aquele dispositivo legal foi supervenientemente revogado pelo art. 1.723 do Código Civil, razão por que a ADI foi extinta.

No entanto, o relator, em sua decisão extintiva, fez importante sinalização, em um prenúncio do futuro julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 13, ora analisadas e em cujo julgamento o Supremo Tribunal reconheceu as uniões homoafetivas, conferindo interpretação conforme justo ao art. 1.723 do Código Civil, que prejudicara o prosseguimento da ADI 3.300.

<sup>28</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 148.897. Quarta Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. J. 10.02.1998. DJ 06.04.1998.

<sup>29</sup> Esse precedente foi seguido em diversos outros julgamentos, como nos RESP's 323.370, 502.995 e 773.136.

<sup>30</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 395904. Quinta Turma. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. J. 13.12.2005. DJ 06.02.2006.

<sup>31</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 238715. Terceira Turma. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. J. 07.03.2006. DJ 02.10.2006.

Com efeito, a relativamente extensa decisão do Relator Min. Celso de Mello extinguiu a ADI 3.300<sup>32</sup> em razão da questão processual apontada, mas não sem antes ter argumentação no sentido do reconhecimento dos direitos dos casais homoafetivos, como exemplifica o trecho:

*9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - como alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas.*

Como se vê, apesar de o julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277 e da ADPF 13 ser aparentemente impactante e inovador, aqui também o ordenamento brasileiro já vinha progressivamente seguindo uma linha de reconhecimento de direitos a pessoas que mantêm uniões homoafetivas, como direitos sucessórios, patrimoniais e previdenciários. O Supremo Tribunal apenas seguiu a linha evolutiva do ordenamento brasileiro quanto ao tema e foi por ela constrangido.

Por essa razão, em nosso entendimento, o Supremo Tribunal Federal, também no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 13 não se comportou de forma ativista, uma vez que não construiu uma argumentação *ad hoc*, valendo-se de uma discricionariedade inapropriada a julgamentos, com laivos de atividade tipicamente legislativa.

Ao contrário, o Supremo, no caso em análise, seguiu uma linha evolutiva já estabelecida durante anos no ordenamento brasileiro, para, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 13, dialogando com essa mesma linha evolutiva, culminar com a efetivação de normas constitucionais de amplo reconhecimento pelo Direito nacional.

## 5. CONCLUSÕES

Como se demonstrou ao longo do texto, este artigo tem por objetivo principal responder à pergunta: existem constrangimentos eficazes para o ativismo e a discricionariedade judicial, além de meros constrangimentos representados pelos limites semânticos dos textos normativos e de teorias interpretativas?

A ampliação interpretativa e o crescimento do papel do Poder Judiciário no Brasil e em diversos outros países, como é o caso dos Estados Unidos da América e da República Francesa, do Estado de Israel, da Colômbia, do Chile, do Canadá, do Japão, entre

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3300 MC/DF. Decisão monocrática. Relator Ministro Celso de Mello. J. 03.02.2006. DJ 09.02.2006.

diversos outros, têm levado a uma postura, ao menos no campo teórico e acadêmico, de preocupação com os limites ao exercício da jurisdição constitucional.

O que este trabalho buscou foi refletir em que medida e por que meios seria possível equilibrar o saudável exercício do controle de constitucionalidade – necessário, em nosso entender, ao bom funcionamento das democracias – com a deferência às deliberações dos poderes majoritários – que, apesar da deturpação prática de seu papel ainda são, entre os poderes do Estado, aqueles que de forma mais abrangente podem representar os interesses coexistentes em uma sociedade hipercomplexa.

Os constrangimentos expostos (precedentes e interpretação evolutiva da constituição), na visão do artigo, atuam no sentido de limitar a discricionariedade no exercício da jurisdição constitucional. Nesse contexto é que o julgamento do Supremo Tribunal Federal analisado no artigo (caso das uniões homoafetivas) visa a demonstrar que essa Corte fundamentou, nesse julgamento, de forma constrangida por precedentes e pela interpretação evolutiva da Constituição e que, sob esse ponto de vista, esse julgamento é exemplar.

O caminho apontado, portanto, vai no sentido de que se não é de se negar a importância dos constrangimentos linguísticos e hermenêuticos aos excessos da jurisdição constitucional, sejam eles clássicos ou recentes, deve-se, outrossim, reconhecer que esses constrangimentos não são suficientes, pois que textos e palavras podem ser manipulados (e o são) facilmente pelo operador do direito. Mais eficazes se mostram os constrangimentos processuais e pragmáticos, como o respeito aos precedentes e a interpretação evolutiva.

## 6. REFERÊNCIAS

- BARAK, Aharon. A judge on Judging. The Role of a Supreme Court in a Democracy. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 116, p. 97-113, nov. 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Mandado de Injunção n.º 107/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. J. 23.11.1989. DJ 21.09.1990.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 232. Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. J. 02.08.1991. DJ 27.03.1992.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 670. Tribunal Pleno. Relator Ministro Maurício Corrêa. Relator para acórdão Min. Gilmar Mendes. J. 25.10.2007. DJ 31.10.2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.096/RS. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. J. 16.03.1995. DJ 22.09.1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 34/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Octavio Gallotti. J. 05.04.1989. DJ 28.04.1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.037/SC. Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. J. 03.06.1998. DJ 07.08.1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 17/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sydney Sanches. J. 11.03.1991. DJ 24.05.1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 162-MC. Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. J. 14.12.1989. DJ 19.09.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 23.642-DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Néri da Silveira. J. 29.11.2000. DJ 11.12.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3300 MC/DF. Decisão monocrática. Relator Ministro Celso de Mello. J. 03.02.2006. DJ 09.02.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. J. 05/05/2011. DJ 14.10.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 148.897. Quarta Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. J. 10.02.1998. DJ 06.04.1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 395904. Quinta Turma. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. J. 13.12.2005. DJ 06.02.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 238715. Terceira Turma. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. J. 07.03.2006. DJ 02.10.2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **The Nature of the Judicial Process**. Disponível em <<http://xroads.virginia.edu/~hyper/CARDOZO/CarNatl.html>>. Acesso em 08 de abril de 2014.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial. Proposta para uma discussão conceitual. **Rivista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 49, n. 193, p. 141-149, jan/mar 2012.

DANTAS, Ivo. **Constituição Federal. Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Renovar. 1994.

FISS, Owen. Objectivity and Interpretation. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 34, p. 739-763, abr. 1982.

HOLMES, Oliver Wendell. **The common law**. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm>>. Acesso em 13 de maio de 2014.

KMIEC, Keenan. **The origin and current meaning of “judicial activism”**. Disponível em <[http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial\\_activism.htm](http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm)>. Acesso em 08.07.2014.

KRELL, Andreas J. Entre Desdém Teórico e Aprovação na Prática: Os Métodos Clássicos de Interpretação Jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 10, p. 295-320, jan-jun/2014.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 43, ano 11, p. 92-117, jan./mar. 2011.

PACHECO, José da Silva. **Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

POWELL Jr., Lewis F. Stare decisis and judicial restraint. **Washington and Lee Law Review**, Washington, n. 2, v. 47, p. 289-290, mar. 1990.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz. Características do Ativismo Judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um Paralelo com o Recente Ativismo Judicial da Suprema Corte Brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 204, p. 25-42, out/dez 2014.

ROMBOLI, Roberto. A função interpretativa do juiz comum e a influência sobre ela exercida pela jurisprudência constitucional. In: ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Coord.). **Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 40-60.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva. 2012.

TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. Colhendo frutos da árvore venenosa: formação e uso dos precedentes no Brasil e nos EUA. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, n. 72, ano 18, p. 189-213, out./dez. 2010.

WILKINSON III, J. Harvie. **Cosmic Constitutional Theory**. New York: Oxford University Press, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. **Giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino Strumenti, 2012.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.



## Impeachment e devido processo legal\*

### *Impeachment and due process*

RICARDO PERLINGEIRO\*\*

Universidade Federal Fluminense (Brasil)  
ricardoperlingeiro@id.uff.br

Recebido/Received: 06.09.2017 / September 09<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 31.12.2017 / December 31<sup>st</sup>, 2017

#### Resumo

O presente artigo versa sobre a aplicação do devido processo legal no impeachment de Presidente no direito constitucional brasileiro, tendo, como pano de fundo, o impeachment de Dilma Rousseff, julgado no dia 31 de agosto de 2016. O autor apresenta uma perspectiva crítica do direito brasileiro, a partir do sistema interamericano de direitos humanos e também de algumas anotações comparadas com o modelo europeu de direitos humanos. O texto organiza-se em duas partes. A primeira discorre sobre o cabimento de um devido processo legal procedimental no impeachment e suas implicações no nível de deferência do Judiciário em favor do Senado na sua função jurisdicional; a segunda, tendo como premissa um regime constitucional de deferência plena do Judiciário em favor do Senado, enumera certas garantias processuais que seriam necessárias ao impeachment. Conforme o

#### Abstract

*Using the example of Dilma Rousseff's impeachment by the Federal Senate on 31 August 2016, this paper discusses the applicability of the U.S. notion of "procedural due process of law" to the presidential impeachment process under Brazilian constitutional law, taking a critical approach based on the Inter-American system of human rights protection and a number of comparisons with the European human rights model. The author argues that, although the Senate alone is competent to try the President for crimes of malversation according to Article 52 (1) of the Brazilian Constitution, certain guarantees of due process are necessary in such impeachment proceedings in order to ensure compliance with the fundamental human right to a fair trial established by the case law of the Inter-American Court of Human Rights. Brazilian law should therefore be amended by providing for Supreme*

Como citar esse artigo/How to cite this article: PERLINGEIRO, Ricardo. Impeachment e devido processo legal. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 151-167, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55114.

\* Adaptação do texto da palestra ministrada na Faculdade de Direito da University of Reading, em Reading, Reino Unido, em 5 de outubro de 2016. A versão em inglês deste artigo foi publicada com o título "Due Process in the Brazilian Presidential Impeachment", no Florida Journal of International Law, v. 28, n. 1, 2016.

\*\* Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (Niterói, RJ, Brasil). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (Rio de Janeiro – Rio de Janeiro, Brasil). Pesquisador convidado do Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer – FÖV (Speyer, Alemanha) (2006-2007). Coordenador brasileiro do Projeto DAAD Justiça Administrativa e fortalecimento do Estado de Direito na América Latina (2009-2012). Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro, Brasil). E-mail: ricardoperlingeiro@id.uff.br.

autor, somente em caráter excepcional, no caso de insuficiência de tais garantias, a jurisdição sobre os aspectos jurídicos e fáticos do impeachment seria entregue ao Judiciário, como uma alternativa do direito interno brasileiro para atender à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que concerne ao direito a uma tutela "judicial" efetiva como um direito humano fundamental.

**Palavras-chave:** impeachment; devido processo legal; Convenção Americana de Direitos Humanos; Dilma Rousseff; deferência.

*Court review of the legal and factual issues of the impeachment in exceptional cases in which the Senate fails to provide such guarantees.*

**Keywords:** impeachment; due process of law; American Convention on Human Rights; Dilma Rousseff; deference.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** Cabimento do devido processo legal no impeachment; **2.1.** O *due process* norte-americano na América Latina; **2.2.** Devido processo do impeachment brasileiro; **2.3** Parlamento com funções quase-judiciais?; **2.4.** Direito a uma jurisdição independente e imparcial como um direito humano; **2.5.** Correlação entre a deferência judicial e a natureza quase-judicial das funções administrativas de solução de conflitos; **2.6** Deferência judicial ao impeachment no Senado; **2.7.** Imunidade incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos; **2.8.** Caso *Paksas vs. Lithuania*: TEDH e Comitê de Direitos Humanos da ONU; **2.9.** Diferenças entre TEDH e a Corte I.D.H. acerca do *fair trial* sobre direito administrativo; **2.10.** Revisão judicial do impeachment como medida extrema; **2.11.** Exceções ao excepcional controle judicial do impeachment; **3.** Garantias processuais no impeachment. 3.1 Direitos a juízes independentes; **3.2.** Direito a juízes com formação jurídica; **3.3.** Direito a juízes imparciais; **3.4.** Direito a uma jurisdição plena; **3.5.** Direito a uma segunda chance. **4.** Conclusões; **5.** Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio versa sobre a aplicação do *procedural due process of law*, de origem americana, no processo de impeachment de Presidente no direito constitucional brasileiro, mediante uma abordagem crítica à luz do sistema interamericano para a proteção dos direitos humanos e de algumas comparações com o modelo europeu de direitos humanos.

As considerações têm como pano de fundo o impeachment de Dilma Rousseff, acolhido pelo Senado Federal no dia 31 de agosto de 2016, em razão da "abertura de créditos suplementares por decretos presidenciais, sem autorização do Congresso Nacional", e da "contratação (ilegal) de operações de crédito". Na ocasião, a então Presidente foi condenada à pena de perda do cargo e absolvida quanto à habilitação para o exercício de outras funções públicas.<sup>1</sup>

O texto apresenta duas partes. A primeira discorre sobre os fundamentos do cabimento de o devido processo legal procedural em um impeachment em geral, e sobre suas implicações no nível de deferência do Judiciário em favor do Senado na sua

<sup>1</sup> SENADO FEDERAL. Denúncia nº 1/2016. Brasília: Diário Oficial da União. Edição Extra de 31 ago. 2016.

função jurisdicional. A segunda parte do ensaio enumera certas garantias processuais que seriam necessárias ao impeachment em um regime constitucional que veda a sua judicialização.

## 2. CABIMENTO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO IMPEACHMENT

### 2.1. O due process norte-americano na América Latina

Quanto à primeira parte deste ensaio, inicialmente, vale lembrar que o *due process of law* a que me refiro é o originado na Magna Carta de 1215; na *Liberty of Subject Act* (28 Edward 3) de 1354; na *Observance of Due Process of Law Act* (42 Edward 3) de 1368; e na 5<sup>a</sup> (1791) e 14<sup>a</sup> (1868) Emendas à Constituição dos EUA.<sup>2</sup>

Também vale assinalar que, por influência do direito constitucional dos Estados Unidos,<sup>3</sup> a vertente procedural do *due process of law* está formalmente prevista na Constituição de numerosos países latino-americanos como parte integrante da elaboração de uma decisão administrativa restritiva de interesses individuais.<sup>4</sup>

### 2.2. Devido processo do impeachment brasileiro

Com efeito, no direito brasileiro, o afastamento, em definitivo, do Presidente da República, mediante imputação da prática de crime de responsabilidade,<sup>5</sup> implica restrição a direito individual (perda de cargo e inabilitação para o exercício de outras funções públicas) e depende, portanto, de um prévio processo legal, com base no art. 5º XXXV, LIV e LV da Constituição de 1988.

A propósito, esse foi um ponto de consenso entre acusação e defesa nos autos do processo de impeachment da Presidente Dilma Rousseff,<sup>6</sup> e é o que está assinalado em precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF).<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continenttal versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n.1, p. 89-136, jan./abr. 2015. p.115-116.

<sup>3</sup> U.S. SUPREME COURT. *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* 59 U.S. 272. Washington, 19 de fevereiro de 1856; U.S. SUPREME COURT. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254. Washington, 23 de março de 1970.

<sup>4</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição... op. Cit. p. 119-123.

<sup>5</sup> O “crime de responsabilidade” mencionado no art. 85 da Constituição brasileira é definido pela Lei nº 1.079 de 10 Abril de 1950 como sendo uma conduta do Presidente da República que implique um atentado à Constituição.

<sup>6</sup> SENADO FEDERAL. *Denúncia nº 1/2016*. Brasília: Diário Oficial da União. Edição Extra de 31 ago. 2016.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 378. Brasília, 8 de dezembro de 2015.

### **2.3. Parlamento com funções quase-judiciais?**

Na verdade, as controvérsias processuais do impeachment residem em saber o grau de intensidade do devido processo perante o Senado Federal e também em medir os efeitos de tal devido processo em face de uma eventual revisão pelo Judiciário.

Em outras palavras, as questões a responder são: incidem as garantias típicas de um processo judicial nas funções jurisdicionais do Parlamento? É suscetível de revisão pelo Judiciário a decisão jurisdicional proferida pelo Parlamento no processo de impeachment?

### **2.4. Direito a uma jurisdição independente e imparcial como um direito humano**

A partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte I.D.H.), pode-se dizer que é um direito humano fundamental o direito de acesso a uma jurisdição e a um processo justo, e não exatamente o direito de acesso ao Judiciário.<sup>8</sup>

Apesar de o Judiciário ser tradicionalmente o Poder destinado à função jurisdicional,<sup>9</sup> é compatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) admitir que outro ramo do Estado exerça aquela função, desde que o faça mediante um órgão competente, independente, imparcial, com observância ao juiz natural (juiz pré-estabelecido em lei) e às demais garantias do devido processo legal na plenitude.<sup>10</sup>

Um precedente similar foi estabelecido pela Suprema Corte dos EUA no caso *Crowell v. Benson*:

*um Estado pode distribuir seus poderes [de solução de conflitos administrativos] como considerar conveniente, desde que atue de modo coerente com as exigências essenciais do devido processo e não transgrida as restrições da Constituição Federal aplicável a autoridade estadual.*<sup>11</sup>

De fato, existem modelos de jurisdição administrativa em que o controle de atos e decisões administrativas é predominantemente exercido pelo Judiciário, como

<sup>8</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú**. São José, 31 de janeiro de 2001, § 71.

<sup>9</sup> O autor utiliza o termo “jurisdição administrativa” como equivalente à expressão *jurisdiction administrative*, do direito francês, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, do direito alemão, *giurisdizione amministrativa*, do direito italiano, e *jurisdicción administrativa*, do direito espanhol.

<sup>10</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vélez Loor vs. Panamá**. São José, 23 de novembro de 2010, § 108.

<sup>11</sup> U.S. SUPREME COURT. **Crowell v. Benson** 285 U.S. 22. Washington, 23 de fevereiro de 1932, p. 57; tradução nossa.

no Brasil e maior parte dos países latino-americanos;<sup>12</sup> outros modelos em que o controle é concebido de forma alheia ao Judiciário, como atualmente ocorre no Uruguai e no México;<sup>13</sup> ou, ainda, alguns em que o controle se dá entre o Executivo e o Judiciário, como se passou em Honduras na vigência da sua Constituição de 1965.<sup>14</sup>

Em todos eles, como ponto de cristalização do princípio do Estado de Direito na América Latina, concebe-se o direito de acesso a uma jurisdição administrativa sob o manto dos arts. 8º e 25 da CADH.<sup>15</sup>

## **2.5. Correlação entre a deferência judicial e a natureza quase-judicial das funções administrativas de solução de conflitos**

Deve-se distinguir, de um lado, as funções administrativas de solução de conflitos que precisam assemelhar-se a atuações judiciais, e, de outro lado, as funções administrativas meramente executivas e também as funções de solução de conflitos que não se assemelham a atuações judiciais.

A necessidade de as funções administrativas de solução de conflitos se aproximarem das características das atuações judiciais é proporcional ao nível de deferência que o Judiciário confere às decisões administrativas de tal natureza. Quanto maior a deferência judicial às decisões administrativas, maior a necessidade das decisões administrativas estarem revestidas de garantias típicas de um processo judicial.

Por exemplo, *a contrario sensu*, os procedimentos administrativos disciplinares no direito brasileiro são concebidos em um modelo de *administrative adjudication* que não conhece autoridades independentes e, por isso, suas decisões são revisadas plenamente pelo Judiciário, com base na cláusula geral da tutela judicial efetiva contida no art. 5º XXXV da Constituição.

Com igual perspectiva, é a jurisprudência da Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH):

*Da mesma forma, o fato do dever de julgar ser conferido a órgãos disciplinares profissionais por si só não infringe a Convenção. No entanto, nessas circunstâncias, a Convenção exige ao menos um dos dois seguintes sistemas: ou os próprios órgãos disciplinares profissionais se adequam às exigências do artigo, ou, caso não se adequem, ficam sujeitos a uma revisão subsequente por "um órgão judicial com jurisdição plena" e forneça as*

<sup>12</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continenttal versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n.1, p. 89-136, jan./abr. 2015. p. 114.

<sup>13</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. *Idem*. p. 105-106.

<sup>14</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. *Idem*. p. 103-104.

<sup>15</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vélez Loor vs. Panamá**. São José, 23 de novembro de 2010, § 10.

*garantias do art. 6º § 1 (Caso Albert and Le Compte v. Belgium, § 29; Caso Gautrin and Others v. France, § 57). Por conseguinte, a Corte tem reiterado consistentemente que, em razão do disposto no art. 6º § 1, [é necessário que] as decisões de autoridades administrativas que não satisfaçam os requisitos do referido artigo devem estar sujeitas a um controle subsequente por “um órgão judicial com jurisdição plena” (Caso Ortenberg v. Austria, § 31).<sup>16</sup>*

É nesse contexto que a Corte I.D.H. entende que as autoridades administrativas meramente executivas precisam observar os arts. 8º e 25 da CADH apenas o suficiente para evitar uma decisão arbitrária, sem a necessidade de atuar como se fossem autoridades judiciais,<sup>17</sup> isso porque, do contrário, ocorreria redundância entre as funções judiciais e as funções administrativas de solução de conflitos que passariam a ter iguais características.<sup>18</sup>

## 2.6. Deferência judicial ao impeachment no Senado

O sistema de jurisdição administrativa no direito latino-americano é resultado da influência do constitucionalismo americano versus a tradição do direito administrativo europeu-continental, isto é, um modelo de revisão judicial, generalista e com amplos poderes de revisão sobre a Administração Pública, que, a despeito da obrigatoriedade formal de oferecer um devido processo legal, não detém meios para tanto, e o Judiciário acaba sendo a única instância independente e imparcial.<sup>19</sup>

Em uma perspectiva bastante diferenciada, no direito administrativo de países vinculados ao *common law*, courts tendem a uma deferência em favor de decisões administrativas de solução de conflitos, como as proferidas por juízes de direito administrativo nos EUA (*Administrative Law Judges*) e por tribunais administrativos na Inglaterra e Austrália (*Administrative Tribunals*).<sup>20</sup>

Portanto, convém assinalar que o modelo processual desejado pela Constituição brasileira para o impeachment de Presidente da República é inherente a um modelo de jurisdição administrativa incomum no direito administrativo brasileiro.

<sup>16</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Guide on Article 6 of the Convention** – Right to a fair trial (civil limb). Strasburg: Council of Europe, 2013. §§ 81 e 82; tradução nossa.

<sup>17</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Claude-Reyes y otros vs. Chile**. São José, 19 de setembro de 2006, §§ 118 e 119.

<sup>18</sup> ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (justiça administrativa). Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, v.4, n.1, p. 129-165, jan./abr. 2017. p. 134.

<sup>19</sup> Ver em geral PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n.1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

<sup>20</sup> Sobre os diversos modelos de justiça administrativa: ASIMOW, Michael. *Op. cit.* p. 135; CANE, Peter. **Controlling administrative power: an historical comparison**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 325-367.

Com efeito, o art. 52 (1) da Constituição brasileira consagrou uma imunidade judicial para os crimes de responsabilidade, ou seja, trata-se de um modelo de jurisdição em que, em princípio, o Judiciário não adentra na competência do Senado Federal para o julgamento do impeachment.

Nesse sentido, decidiu o STF: “[...] ao Judiciário não cabe interferir nos critérios do poder discricionário do Senado Federal quanto à oportunidade ou conveniência, nem adentrar no mérito de seu julgamento [...]”<sup>21</sup> tal como, no caso *Nixon v. U.S.*, a Corte Suprema dos EUA declarou “*the Impeachment Trial Clause is nonjusticiable*”.<sup>22</sup>

## 2.7. Imunidade incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos

Não sendo autorizado pela Constituição que o Judiciário reveja a decisão de impeachment proferida pelo Senado, de duas uma: ou se tem um devido processo legal no impeachment que se equipare às garantias de um *fair trial*, ou surge uma lacuna no sistema constitucional brasileiro, com uma decisão de solução de conflitos de competência do Senado que se encontra dentro de uma esfera de imunidade e não sujeita à cláusula do *fair trial* do art. 5º XXXV da Constituição.

No entanto, tal lacuna que poderia surgir no direito constitucional brasileiro não é justificável ante a CADH.

Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH),

*a figura do julgamento político está prevista em várias normas da região, atribuindo essa faculdade a congressos, parlamentos e assembleias. Sem prejuízo dessas competências, o Sistema Interamericano considerou que todo procedimento punitivo deve dispor das garantias mínimas do devido processo, sobretudo quando esses procedimentos podem afetar os direitos humanos de uma pessoa.*<sup>23</sup>

A propósito, a Suprema Corte dos EUA, no caso *Powell v. McCormack*, decidiu que nem sempre ocorre uma indisposição entre os ramos de governo na revisão judicial de atos políticos, e que a interferência judicial pode ser necessária quando se trata de interpretar da Constituição.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 378. Brasília, 8 de dezembro de 2015. Ver também BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.193. Brasília, 11 de maio de 2016.

<sup>22</sup> U.S. SUPREME COURT. *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224. Washington, 13 de janeiro de 1993. p. 224.

<sup>23</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. A CIDH expressa preocupação pela destituição do Presidente do Brasil. **Comunicado de imprensa**. Washington, 2 set. 2016.

<sup>24</sup> U.S. SUPREME COURT. *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486. Washington, 16 de junho de 1969, p. 521.

Portanto, não são as questões jurídicas as imunes a controle sob o rótulo de “atos políticos”, mas sim certas questões fáticas que, sendo demasiadamente técnicas, podem escapar da capacidade cognitiva dos juízes, e, por tal razão, tornarem-se insuscetíveis de revisão judicial ou de alguma forma de jurisdição.<sup>25</sup>

De fato, não se deve considerar literalmente o termo “julgamento político” em um impeachment: a categoria de atos políticos (rechaçada por Otto Mayer, em sua obra, nos fins do século XIX),<sup>26</sup> como uma zona de imunidade jurisdicional, não seria tolerável na atual configuração do princípio do Estado de Direito.<sup>27</sup>

## 2.8. Caso *Paksas v. Lithuania*: TEDH e Comitê de Direitos Humanos da ONU

O caso *Paksas v. Lithuania*, do TEDH, que excluiu do impeachment do Presidente da Lituânia o art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH)<sup>28</sup>, não deve ser considerado um paradigma para o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Da mesma forma, o Sistema Interamericano não deve sofrer influência da Comunicação do Comitê de Direitos Humanos da ONU, que afastou daquele mesmo impeachment (na Lituânia) a incidência do art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), deixando anotado que “*no hay determinación de derechos u obligaciones de carácter civil cuando las personas en cuestión son objeto de medidas que les son impuestas por su condición de personas subordinadas a un alto nivel de control administrativo o parlamentario, como es el caso de un proceso de destitución.*”<sup>29</sup>

## 2.9. Diferenças entre o TEDH e a Corte I.D.H. acerca do fair trial sobre direito administrativo

A inaplicabilidade do referido caso *Paksas v. Lithuania* ao direito constitucional brasileiro pode ser explicada por um desencontro originário entre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, no que concerne à revisão judicial de decisões administrativas.

<sup>25</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 239, p. 293-331, jan. 2015. p. 313.

<sup>26</sup> MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht, 1.Lipizig:** Verlag von Duncker & Humblot, 1895. p. 4 et seq.

<sup>27</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n.1, p 167-205, jan./abr. 2017. p. 175.

<sup>28</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECtHR). **Case of Paksas v. Lithuania** [GC]. Strasbourg, 6 de janeiro de 2011, §§ 66-67.

<sup>29</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). **Communication nº 2155/2012**, N.U. Doc. CCPR/C/110/D/2155/2012. Rolandas Paksas v. Lithuania (Aprovado em 25 mar. 2014), § 7.7. Ver também §§ 7.6, 7.8, 7.9 e 8.4.

Em primeiro lugar, porque a interpretação meramente gramatical dos arts. 8º e 25 da CADH (ao contrário dos arts. 6º e 13 da CEDH, e ao art. 14.1 do PIDCP) sempre alcançou as questões de direito administrativo.<sup>30</sup>

Em segundo lugar, porque a redação restritiva do art. 6º da CEDH e do art. 14 do PIDCP é reflexo de uma visão anterior ao século XIX em que, na ausência de um direito administrativo consolidado, a função do Judiciário se limitava a direito penal e a direito privado.<sup>31</sup>

Em terceiro lugar, porque, ante o atual estágio do direito ao *fair trial* como concretização do Estado de Direito, excluir um prévio devido processo legal administrativo do art. 6º da CEDH e do art. 14 do PIDCP exigiria que tal processo estivesse sujeito a uma revisão posterior e plena por uma instância judiciária.<sup>32</sup>

Por fim, porque, em geral, estão retratados, na lei penal, os fatos que caracterizam crime de responsabilidade como pressuposto de um impeachment, conforme o art. 86 da Constituição brasileira, e a aplicação das sanções de perda de cargo e de inabilitação para funções públicas atingem a esfera privada do acusado.<sup>33</sup>

## 2.10. Revisão judicial do impeachment como medida extrema

Dessa forma, do ponto de vista do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a revisão pelo Judiciário do julgamento do impeachment no Senado Federal deverá ser admitida, em caráter excepcional, na medida em que for necessária para compensar o déficit (no impeachment) das garantias de um devido processo legal típicas de um processo judicial.

Com referência ao caso Dilma Rousseff, foi assim que a CIDH se manifestou: “Diante dos questionamentos relativos a falhas no devido processo, a CIDH considera de especial relevância a atenção que as autoridades competentes do Poder Judiciário do Brasil dispensem a este caso.”<sup>34</sup>

Igual conclusão pode ser extraída da Constituição dos EUA:

<sup>30</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú**. São José, 31 de janeiro de 2001, §§ 69-71.

<sup>31</sup> “A despeito de a origem da Declaração de Direitos Humanos de 1789 estar associada às Declarações das Colônias Norte-Americanas, o fato é que ela não consagrou o devido processo legal prévio e limitou-se, no seu art. 7º, a dispor sobre a **reserva da lei** como condição prévia a prisões, ao contrário do conteúdo do art. 12 da Declaração de Massachusetts de 1780, que se estendia à proibição da **restrição de bens** sem que houvesse um julgamento prévio.” (PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continentais versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n.1, p. 89-136, jan./abr. 2015. p. 117).

<sup>32</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Guide on Article 6 of the Convention - Right to a fair trial (civil limb)**. Strasbourg: Council of Europe, 2013. §§ 81 e 82.

<sup>33</sup> Do contrário, não seria o procedimento de impeachment um resquício das “relações especiais de poder”? Sobre as “relações especiais de poder”, ver FORSTHOFF, Ernst. **Allgemeines Verwaltungsrecht**, v.1, n.10. s.l.: s.n., 1973. p. 127 et seq., e MAURER, Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht**, v. 18. Münchén: C.H.BECK, 2011. p. 135-139 (§ 6 §§ 24-29) e p. 189-193 (§ 8 §§ 27-32).

<sup>34</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. A CIDH expressa preocupação pela destituição da Presidente do Brasil. **Comunicado de Imprensa**. Washington, 2 set. 2016.

*Uma atuação do Senado em impeachment, baseada em uma falha fundamental do processo, pode ser impugnada judicialmente, assim como qualquer inobservância grave do devido processo legal. A garantia do devido processo legal prevista na Quinta Emenda é (categoricamente) imperativa, e beneficia qualquer pessoa contra atuações de qualquer parte do governo.<sup>35</sup>*

No caso *Nixon v. United States*, o Justice Souter ao ressalvar o seu voto, citando os Justices White and Baker, afirmou que:

*Pode-se, entretanto, prever circunstâncias diferentes e incomuns que justificaria uma revisão mais intensa de processos de impedimento [impeachment]. Se o Senado agisse de modo a ameaçar seriamente a integridade de seus resultados, condenando, por se dizer, como num cara ou coroa, ou em uma determinação sumária de que um oficial (ou funcionário público, dependendo do contexto) dos Estados Unidos fosse simplesmente um ‘cara mau’, [...] a interferência judicial poderia ser apropriada. Em tais circunstâncias, a atuação do Senado poderia estar muito longe do escopo de sua autoridade constitucional, e o impacto resultante sobre a República ser tão grande, que mereceria uma resposta judicial apesar de as preocupações com a prudência comumente recomendarem o silêncio. A doutrina das questões políticas, uma ferramenta para a manutenção da ordem governamental não será aplicada de modo a promover apenas desordem.<sup>36</sup>*

No mesmo sentido, em uma das ações judiciais apresentadas por Dilma Rousseff contra o Senado, o Ministro Teori Zavascki, do STF, afirmou que “somente em hipótese extremada – em que demonstrada a existência, no processo de impeachment, de uma patologia jurídica particularmente grave – é que caberá uma intervenção [judicial]”.<sup>37</sup>

## 2.11. Exceções ao excepcional controle judicial do impeachment

Duas ressalvas, porém, devem ser apresentadas ao excepcional controle judicial do impeachment.

Primeiro, os arts. 8º e 25 da CADH são aplicáveis somente à proteção de um direito individual, isto é, não se prestam a controlar abstratamente a legalidade da

<sup>35</sup> ISENBERGH, Joseph. Impeachment and Presidential Immunity from Judicial Process. *Yale Law and Policy Review*, v. 18, n. 1, p. 52, 2000; tradução nossa. Ver também GERHARDT, Michael J. Judicial review of impeachments. In: \_\_\_\_\_. *The federal impeachment process: a constitutional and historical analysis*, 2nd ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2000. p. 125 et seq.

<sup>36</sup> U.S. SUPREME COURT. *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224. Washington, 13 de janeiro de 1993, p. 239; tradução nossa.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar/Mandado de Segurança 34.371 DF. Brasília, 8 de setembro de 2016.

Administração Pública ou a assegurar a efetividade de princípios básicos de um Estado, como a democracia, sem que esteja em risco concreto um interesse individual.

Dessa forma, por exemplo, é irrecorrível judicialmente a polêmica parte da decisão proferida no impeachment de Dilma Rousseff que a considerou habilitada para exercer outras funções públicas, a despeito da sua condenação à perda do cargo.<sup>38</sup> Impugnar uma questão de tal natureza (absolvição parcial) seria um ato circunscrito tão somente aos limites estreitos de um procedimento de jurisdição constitucional, porém sem fundamento na cláusula dos arts. 8º e 25 da CADH.<sup>39</sup>

A outra ressalva é quanto ao exercício de direitos individuais, o qual deve ser compatibilizado com o interesse público preponderante, ou seja, em certos casos, mesmo que o direito seja procedente, se o seu exercício for prejudicial ao interesse público, restará ao indivíduo apenas o resarcimento em perdas e danos.<sup>40</sup>

Por exemplo, pode não atender ao interesse público impor o desfazimento de uma decisão de impeachment após certo lapso de tempo, se houver sério risco de desestabilizar um programa de governo em andamento.

### **3. GARANTIAS PROCESSUAIS NO IMPEACHMENT**

Chego à segunda parte do presente ensaio, que trata da enumeração de certas garantias processuais que devem estar presentes no processo de impeachment.

Refiro-me ao direito a um julgamento independente, qualificado e imparcial, ao direito a uma decisão motivada e ao direito a um recurso contra a uma decisão desfavorável.

#### **3.1. Direito a juízes independentes**

Com efeito, os parlamentares brasileiros estão investidos em prerrogativas constitucionais para atuarem com independência,<sup>41</sup> que, inclusive, é um instrumento da imparcialidade.

Portanto, em princípio, a função jurisdicional sob o crivo das garantias de um devido processo legal típicas de um processo judicial pode ser implementada pelo

<sup>38</sup> Em outra perspectiva, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) considerou a pena de inabilitação (como consequência de um impeachment) desproporcional ao direito a eleições livres, se não leva em conta o risco de o condenado representar ofensa à ordem democrática de um Estado em dado período histórico e político, especialmente se, à época do impeachment, não havia previsão de tal pena (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Paksa v. Lituânia* [GC]. Strasbourg, 6 de janeiro de 2011).

<sup>39</sup> A respeito da ilegitimidade de um cidadão postular direito alheio fundamentado no interesse social em geral e nas prerrogativas institucionais dos membros das Casas Legislativas, ver SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministra decide em mandados de segurança contra divisão de sanções no impeachment. *Notícias STF*. Brasília, 8 set. 2016.

<sup>40</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n.1, p 167-205, jan./abr. 2017. p. 180-181.

<sup>41</sup> Arts. 53-56 da Constituição Federal de 1988.

Senado Federal, e as eventuais distorções formais do impeachment sanadas pelo próprio Parlamento, independentemente de qualquer intervenção judicial. Entretanto, não é exatamente o que ocorre.

### **3.2. Direito a juízes com formação jurídica**

Para ser elegível ao cargo de Senador da República, conforme o art. 14 § 3º da Constituição brasileira, não é necessária a formação jurídica.

A questão então reside em saber se atende à noção de *fair trial* uma causa de direito administrativo ser decidida por um juiz não profissional, o que seria incomum no âmbito da justiça administrativa.

Será compatível com a cláusula do devido processo legal um julgamento por juízes leigos sobre fatos que, a despeito do rótulo de crime de responsabilidade, envolve controvérsias jurídicas de alta indagação sobre direito financeiro e direito administrativo, como ocorreu no caso Dilma Rousseff?

Nesse contexto, a qualificação técnica dos parlamentares-magistrados é essencial ao controle jurisdicional efetivo sobre uma contenda jurídica e deve ser evidenciada, de modo a conferir credibilidade à decisão a ser proferida e, aos olhos da sociedade, não deixar a imagem de que a liberdade de consciência no julgamento, na realidade, é refém de assessores ou peritos (que não detêm prerrogativas de independência).

Todavia, ainda que se admitam parlamentares-magistrados sem formação jurídica, em tal situação, a decisão jurisdicional deveria ser elaborada majoritariamente por parlamentares “profissionais”.<sup>42</sup>

### **3.3. Direito a juízes imparciais**

Sobre a imparcialidade em um julgamento de impeachment, entende o STF que:

[...] o juiz imparcial deve estar sujeito apenas à lei. Essa lógica, entretanto, não se transmite ao processo jurídico-político, na medida em que os julgadores, além de sujeitos à lei, também atendem a interesses externos, inclusive de seus representados. Vale dizer, a carga política da decisão no impeachment decorre, em última análise, da função representativa dos parlamentares, inaplicável aos juízes. [...] ao contrário do que ocorre no âmbito judicial, a imparcialidade não constitui característica marcante do Parlamento. [...] A Constituição pretendeu que o julgador [parlamentar] estivesse sujeito à lei e a

<sup>42</sup> Ver art. 12 do Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa (PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMANN, Karl-Peter. **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction**. Niterói: Eduff, 2014. p. 87).

*interesses políticos, de modo que a subtração dessa perspectiva implicaria violação ao princípio democrático.*<sup>43</sup>

Entretanto, em vista do art. 8º da CADH, que se aplica integralmente a qualquer processo administrativo de que resulte uma decisão não sujeita à revisão judicial, não haveria dúvidas de que, na posição de juízes, os parlamentares devem ser imparciais em relação ao julgamento e, como corolário lógico, deve ser oferecido ao interessado o direito de impugnar e provar a ausência de imparcialidade de cada um dos julgadores.<sup>44</sup>

### 3.4. Direito a uma jurisdição plena

No que concerne à intensidade do controle judicial da decisão do Senado, segundo o STF, o impeachment é um processo predominantemente político, e ao Judiciário não cabe interferir nos critérios do poder discricionário quanto à oportunidade ou conveniência da apuração da acusação, nem adentrar no mérito de julgamentos.<sup>45</sup>

A tese de que o impeachment é um processo político e, por tal razão, insuscetível de controle judicial será compatível com a CADH apenas se, perante o Senado, houver sido observado um devido processo legal com garantias típicas de um processo judicial.<sup>46</sup>

Isso significa dizer que, em face de uma persecução de impeachment, a liberdade do Senado para apreciar fatos e valorá-los juridicamente (poder discricionário) deve ser exercida mediante uma decisão motivada que responda a todos os argumentos relevantes formulados pela defesa.<sup>47</sup>

### 3.5. Direito a uma segunda chance

Finalmente, refiro-me ao direito a recurso contra uma decisão desfavorável, como um direito humano fundamental, o qual tem lastro em norma internacional (art. 14.5 do PIDCP) e está consagrado no art. 8.2 (h) da CADH.

---

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 378. Brasília, 8 de dezembro de 2015, Inteiro Teor do Acórdão, p. 85-86; grifo nosso.

<sup>44</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú**. São José, 31 de janeiro de 2001, § 84.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 378. Brasília, 8 de dezembro de 2015; Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar/Mandado de Segurança 34.371 /DF. Brasília, 8 de setembro de 2016.

<sup>46</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú**. São José, 31 de janeiro de 2001, § 77.

<sup>47</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay**. São José, 13 de outubro de 2011, § 204.

Sua aplicabilidade originária a condenações criminais, atualmente, estende-se a condenações de natureza administrativa disciplinar como condição de eficácia a uma sentença em detrimento do indivíduo.<sup>48</sup>

#### 4. CONCLUSÕES

A persecução do crime de responsabilidade de Presidente, para fins de impeachment, no direito brasileiro, é de competência constitucional exclusiva do Senado Federal e equivale a uma persecução judicial de natureza administrativa disciplinar, a qual deve ser conduzida sob os princípios da justiça administrativa, assegurando-se ao acusado as garantias do devido processo legal típicas de um processo judicial.

É fundamental saber se estão ao alcance do acusado estruturas institucionais do Senado Federal que lhe assegurem - na plenitude - as garantias do devido processo como condição *sine qua non* para que seja do Parlamento a última palavra em um processo de impeachment, tanto do ponto de vista formal quanto do ponto de vista substancial – jurídico e fático - da persecução.

Caso tais garantias se encontrem ao alcance do acusado, não lhe restaria outra solução senão conformar-se com a eventual decisão desfavorável do Senado Federal, a qual, para todos os efeitos, seria definitiva.

Entretanto, como acima explicitado, não se encontrando o Senado estruturalmente apto a produzir um processo justo à luz da CADH, o processo de impeachment se equipararia, na realidade, a um procedimento disciplinar extrajudicial, que, no direito administrativo brasileiro, sujeita-se a uma revisão judicial plena.

Assim sendo, em tais condições adversas, a irresignação do acusado autorizaria uma revisão junto ao Judiciário não apenas acerca dos vícios de forma, mas igualmente - e sobretudo - dos vícios de conteúdo fático e jurídico, com a ressalva de que, no caso de incompatibilidade com o interesse público preponderante quando da execução da decisão judicial, o direito individual se limitaria a perdas e danos.

De fato, nesse contexto, uma revisão judicial do impeachment seria uma alternativa do direito interno brasileiro para ajustar-se à jurisprudência da Corte I.D.H. no que concerne ao direito ao *fair trial* como um direito humano fundamental.

Para concluir, percebe-se que o verdadeiro legado deste ensaio é um convite a repensar o modelo atual de impeachment; mas não apenas no direito constitucional brasileiro.

Isso porque, as deficiências processuais detectadas, como a falta de imparcialidade e de qualificação jurídica dos parlamentares “juízes”, o direito de defesa sendo limitado pelo conceito de “ato político” (do impeachment) e a ausência do direito a um

<sup>48</sup> Ver RAMÍREZ, Sergio García. **El debido proceso:** Criterios de la jurisprudencia interamericana. México: Editorial Porrúa, 2014. p. 45-46.

recurso (segunda instância) são características negativas que decorrem de uma inaptidão natural de um Parlamento de qualquer Estado para exercer funções jurisdicionais com o nível de sofisticação jurídica que o cenário internacional de direitos humanos hoje impõe, e que não era imaginável dois séculos atrás.

## 5. REFERÊNCIAS

- ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (justiça administrativa). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v.4, n.1, p. 129-165, jan./abr. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 378. Brasília, 8 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2bKhome>>. Acesso em: 6 set. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar/Mandado de Segurança 34.371 /DF. Brasília, 8 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2cQEJDJ>>. Acesso em: 21 ago. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.193. Brasília, 11 de maio de 2016.
- CANE, Peter. **Controlling administrative power. An historical comparison**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. A CIDH expressa preocupação pela desstituição da Presidente do Brasil. **Comunicado de Imprensa**. Washington, 2 set. 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2jAPPQy>>. Acesso em: 12 set. 2017.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). **Comunicación nº 2155/2012, N.U.** Doc. CCPR/C/110/D/2155/2012, Rolandas Pakšas vs. Lithuania (Fecha de aprobación 25 Marzo 2014). Disponível em: <<http://bit.ly/2jvPvXi>>. Acesso em: 6 set. 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay**. São José, 13 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2ip2ubG>>. Acesso em: 6 set. 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Claude-Reyes y otros vs. Chile**. São José, 19 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://bit.ly/1Kw8J39>>. Acesso em: 6 set. 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú**. São José, 31 de janeiro de 2001. Disponível em: <<http://bit.ly/1DRxvXe>>. Acesso em: 6 set. 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vélez Loor vs. Panamá**. São José, 23 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1p3bnzW>>. Acesso em: 6 set. 2017.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case Gautrin and Others v. France**. Strasbourg, 20 de maio de 1998. Disponível em: <<http://bit.ly/2jlH8bf>>. Acesso em: 6 set. 2017.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Albert and Le Compte v. Belgium**. Strasbourg, 10 de fevereiro de 1983. Disponível em: <<http://bit.ly/2jp5PZH>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Ortenberg v. Austria.** Strasbourg, 25 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://bit.ly/2ioSgIx>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Paksas v. Lithuania** [GC]. Strasbourg, 6 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2cJ7B5X>>. Acesso em: 6 set. 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Guide on Article 6 of the Convention** – Right to a fair trial (civil limb). Strasbourg: Council of Europe, 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1Mfl21m>>. Acesso em: 8 set. 2017.

FORSTHOFF, Ernst. **Allgemeines Verwaltungsrecht**, v. 1, n. 10. s.l.: s.n., 1973.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **El debido proceso: Criterios de la jurisprudencia interamericana**. México: Editorial Porrúa, 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/2cBYtvU>>. Acesso em: 12 set. 2017.

GERHARDT, Michael J. Judicial review of impeachments. In: \_\_\_\_\_. **The federal impeachment process: a constitutional and historical analysis**, 2nd ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2000. p.118-134.

ISENBERGH, Joseph. Impeachment and Presidential Immunity from Judicial Process. **Yale Law and Policy Review**, v. 18, n. 1, 2000. Disponível em: <<http://bit.ly/2bVUXKU>>. Acesso em: 6 set. 2017.

MAURER, Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht**, v. 18. Munchén: C.H.Beck, 2011.

MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht**, 1. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1895.

PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMANN, Karl-Peter. **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction**. Niterói: Eduff, 2014.

PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n.1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n.1, p. 167-205, jan./abr. 2017.

PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 239, p. 293-331, jan. 2015.

RAMÍREZ, Sergio García. **El debido proceso: Criterios de la jurisprudencia interamericana**. México: Editorial Porrúa, 2014.

SENADO FEDERAL. Denúncia nº 1/2016. Brasília: Diário Oficial da União. Edição Extra de 31 ago. 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2c1stDg>>. Acesso em: 6 set. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministra decide em mandados de segurança contra divisão de sanções no impeachment. **Notícias STF**. Brasília, 8 set. 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2cGcltH>>. Acesso em: 6 set. 2017.

U.S. SUPREME COURT. **Goldberg v. Kelly**, 397 U.S. 254. Washington, 23 de março de 1970. Disponível em: <<http://bit.ly/2c1us98>>. Acesso em: 6 set. 2017.

U.S. SUPREME COURT. **Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.**, 59 U.S. 272. Washington, 19 de fevereiro de 1856. Disponível em: <<http://bit.ly/29J7u5k>>. Acesso em: 6 set. 2017.

U.S. SUPREME COURT. **Nixon v. United States**, 506 U.S. 224. Washington, 13 de janeiro de 1993. Disponível em: <<http://bit.ly/2bWSNzz>>. Acesso em: 8 set. 2017.

U.S. SUPREME COURT. **Powell v. McCormack**, 395 U.S. 486. Washington, 16 de junho de 1969. Disponível em: <<http://bit.ly/2cwxl0X>>. Acesso em: 8 set. 2017.





## Diálogos sanitários interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS

*Interinstitutional health dialogues and the  
NAT-JUS deployment experience*

CYNARA MONTEIRO MARIANO\*

Universidade Federal do Ceará (Brasil)

cynaramariano@gmail.com

EMANUEL TEÓFILO FURTADO\*\*

Universidade Federal do Ceará (Brasil)

etfurtado@uol.com.br

FELIPE BRAGA ALBUQUERQUE\*\*\*

Universidade Federal do Ceará (Brasil)

felipe\_direito@hotmail.com

FABRÍCIA HELENA LINHARES COELHO DA SILVA PEREIRA\*\*\*\*

Universidade Federal do Ceará (Brasil)

abriciahc@gmail.com

Recebido/Received: 25.10.2017 / October 25<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 16.12.2017 / December 16<sup>th</sup>, 2017

---

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emanuel Teófilo; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Diálogos Sanitários Interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56027.

\* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE, Brasil). Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Fortaleza, CE, Brasil). Pós-doutora em Direito Econômico pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Público pela UFC. Diretora Acadêmica do Instituto Cearense de Direito Administrativo (ICDA) e Vice-presidente do Instituto Latino-americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia (ILAEDPD). E-mail: cynaramaria-no@gmail.com.

\*\* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (Recife, PE, Brasil). Mestre em Direito Público pela UFC e Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 7<sup>a</sup> Região.

\*\*\* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE, Brasil). Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Fortaleza, CE, Brasil). Pós-Doutorando em Saúde Pública pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza. E-mail: felipe\_direito@hotmail.com.

\*\*\*\* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE, Brasil). Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União, Técnica e Assessora do Ministério Público Federal no Ceará. E-mail: fabriciahc@gmail.com.

## Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar o uso excessivo das prestações judiciais em matéria de efetivação do direito à saúde, inclusive os problemas decorrentes dele. Para tanto, utilizar-se-á de um estudo exploratório e descritivo, com base bibliográfica, documental, legislativa e jurisprudencial, com análise de obras de referência brasileira e internacionais, jurisprudência e legislação. Apontar-se-ão, na teoria e na prática, alternativas que visem ao mesmo fim de efetivar o direito fundamental à saúde, contudo que estejam atentas às limitações decorrentes da separação dos poderes. Apresentar-se-á então as teorias dos diálogos institucionais como ferramentas teóricas à disposição do Poder Judiciário para, reconhecendo suas limitações técnicas e institucionais, buscar junto aos poderes formuladores de políticas públicas soluções para concretizar direitos sociais sem que importe em ferir o equilíbrio na relação entre os poderes. Analisa-se ao final um exemplo prático que comprova a aplicabilidade das ideias levantadas na pesquisa: o caso da implantação dos Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-JUS) que se promovem os diálogos interinstitucionais dentro do processo judicial.

**Palavras-chave:** diálogos interinstitucionais; direito à saúde; Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário; teorias dialogais; separação de poderes.

## Abstract

*This study has the goal of analyzing the excessive use of judicial provision when it comes to the realization of the right to health, including the problems arising from it. To do so, it will be used an exploratory and descriptive study, based on bibliographical, documentary, legislative and jurisprudential research, with analysis of Brazilian and international reference works, jurisprudence and the law. There will be presented, in theory and in practice, alternatives aimed at the same purpose of implementing the fundamental right to health, although they are sensitive to the limitations arising from the separation of powers. Therefore, there will be presented theories of institutional dialogues as theoretical tools for the Judiciary's willingness to recognize their technical and institutional limitations, together with the formulating powers of public policies, to find solutions to accomplish social rights without affecting the balance between the powers. At last, a practical example is verified, proving the applicability of the ideas raised in the research: the case regarding the implementation of Centers for Technical Support to the Judiciary (NAT-JUS), in which interinstitutional dialogues are promoted within the judicial process.*

**Keywords:** interinstitutional dialogues; right to health; Centers for Technical Support to the Judiciary; dialogue theories; separation of powers.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução. **2.** Direto à saúde no contexto da separação e dos diálogos entre poderes. **3.** As escolhas em saúde e os diálogos institucionais. **4.** Os diálogos no interior das decisões judiciais: a experiência do NAT – JUS. **5.** Conclusões; **6.** Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Há pelo menos dois problemas que podem decorrer da análise pelo Poder Judiciário das demandas propostas quanto à efetivação do direito à saúde: formular políticas públicas de saúde, inclusive estabelecendo critérios de atendimento pelo sistema público de saúde, quando deveria exercer apenas um controle externo; e ainda ignorar o fator escolha política, econômica e social na formulação de uma política pública de saúde. Quando o judiciário formula políticas públicas, não está analisando orçamento e demais questões sociais. Mas não é razoável que se ignore sua colaboração no debate que envolve lesão ou ameaça ao direito à saúde. Os diálogos interinstitucionais podem ser uma forma de superar essa dicotomia entre a ilegitimidade da intervenção do Poder Judiciário na formulação ou na concretização de políticas públicas de saúde e o seu dever constitucional de atuar diante de lesão aos preceitos constitucionais que garantem

a implementação de ações para prevenção, promoção e proteção à saúde. Seria uma terceira via, entre os argumentos para intervenção e não intervenção do Poder Judiciário em escolhas políticas.

Nesse contexto, cabe a ressalva de que o Poder Judiciário não pode olvidar o seu dever de autorrestrição em face da separação dos poderes. A efetivação e a concretização das políticas públicas são tarefas constitucionalmente dirigidas aos poderes políticos por exceléncia (legislativo e executivo), eis que os seus representantes são investidos de mandato conferido pelo povo para a realização dos objetivos constitucionais, em especial das decisões políticas fundamentais traduzidas pelo projeto constituinte de 1988, de implementação de um Estado de Bem Estar Social, que tem por escopo a ampliação da esfera dos direitos fundamentais clássicos à democratização econômica, cultural e social. Mesmo que o Estado de Bem Estar no Brasil sofra seus entraves diante do estado de exceção econômico ao qual toda a América latina está submetida, não se pode abandonar a perspectiva de que ele é constituinte do projeto de 1988, cuja defesa e até mesmo sua radicalização deve ser sempre buscada<sup>1</sup>.

O que se propõe, portanto, é identificar meios de compatibilizar a atuação do judiciário na concretização desse projeto constituinte com os demais princípios do Estado Democrático de Direito, sobretudo com a separação dos poderes.

Desse modo, serão abordados neste trabalho fatores importantes que corroboram com essa terceira via de participação judicial diante de falhas na prestação do serviço público de saúde. Inicialmente, propõe-se que a leitura em torno da separação dos poderes seja dinâmica, no sentido de permitir a colaboração entre eles, uma vez que o exercício das funções de um poder não pode superar as funções do outro, o que não impede posturas de contribuição entre eles. Portanto, a proteção ao direito à saúde pelo Poder Judiciário não pode ocorrer de modo a substituir as funções de gestão do sistema público de saúde do Poder Executivo, por exemplo. Contudo, quando acionado o judiciário por quem pretende ter uma medida de saúde implementada, deve-se buscar a colaboração contínua dos gestores públicos de saúde nessas demandas.

Ademais, no que se refere às atribuições do Poder Judiciário, temos que a necessária colaboração de outros poderes decorre do reconhecimento das limitações técnicas daquele, notadamente orçamentárias, médicas e de gestão, que, em geral, caracterizam as demandas que envolvem o direito à saúde, as quais buscam um provimento judicial sob o argumento da retórica constitucional e dos direitos. Desse modo, diante do excesso de provimentos jurisdicionais que impõem uma gestão de saúde pública voltada a atender a demandas de tal natureza, criando-se políticas públicas de forma inadequada por esse poder, é fundamental que se aprofundem os estudos e a

<sup>1</sup> MARIANO, Cynara Monteiro; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Newton Menezes. Serviços públicos e radicalização do Estado Social: o lugar para uma perspectiva socialista nos dias atuais? In: MARIANO, Cynara Monteiro et all (Orgs.). *Estado, Política e Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

análise de casos exitosos em que vias alternativas a essas distorções são implementadas e inauguram uma forma de superar a discussão acerca da possibilidade ou não de intervenção judicial nas demandas de saúde.

Para tanto, apresentar-se-á um mecanismo de auxílio mútuo entre os poderes ao exercerem seus papéis constitucionais, como desenvolvido pelos Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-JUS), mais especificamente implementado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que, em pouco mais de cinco meses, já produziu 49 pareceres para instruir ações judiciais sobre medicamentos em curso nas Varas de Fazenda Pública da Justiça Estadual do Ceará.

## 2. DIRETO À SAÚDE NO CONTEXTO DA SEPARAÇÃO E DOS DIÁLOGOS ENTRE PODERES

O Brasil adotou no plano normativo-constitucional, desde 1988, um modelo de proteção ao direito à saúde materializado em políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, estabelecendo que elas devem ser pautadas no acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação da saúde. Assim, a própria Constituição Federal de 1988 firmou que a implementação dos direitos fundamentais nela previstos é o resultado esperado das políticas públicas. É nas políticas públicas que as disposições constitucionais relacionadas aos direitos sociais e econômicos são materializadas, sendo essa eficácia jurídica e social das disposições constitucionais a preocupação constitucional a partir de 1988.<sup>2</sup> ou, em outras palavras, a eficácia dessas disposições é a verdadeira exigência de resultado que se faz na leitura do texto constitucional.

A efetivação dos direitos sociais e econômicos, contudo, decorre de escolhas não realizadas diretamente pelo legislador constituinte, mas por outros atores políticos. Telma Maria Gonçalves Menicucci relata que as definições políticas incentivam determinadas ações, mas bloqueiam outras, estabelecendo, desse modo, padrões de comportamento naquela sociedade alvo da política desenhada. São, portanto, nos dizeres da autora, as “regras do jogo” da alocação de recursos econômicos e políticos e da provisão de recursos e incentivos para atores políticos<sup>3</sup>

Tradicionalmente, acredita-se que as grandes linhas das políticas públicas são definidas pelo Poder Legislativo, na forma de leis gerais e abstratas, as quais seriam executadas pelo Poder Executivo. Contudo, o Executivo também teria capacidade

<sup>2</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013. p. 348.

<sup>3</sup> MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007. p. 26.

formadora de políticas públicas<sup>4</sup>, pois na atividade de realização concreta, “o próprio caráter diretivo do plano ou do programa [que encerrem as políticas públicas] implica a permanência de uma parcela da atividade ‘formadora’ do direito nas mãos do governo, Poder Executivo.”<sup>5</sup>

Nesse passo, Celina Souza, analisando os escritos dos “pais fundadores da área de políticas públicas”, como H. Laswell, H. Simon, C. Lindblom, D. Easton, entende que quando se concentra o foco das políticas públicas como papel dos governos, acaba-se por deixar de lado os aspectos conflituosos e os limites das decisões do governo, além das possibilidades de cooperação entre os governos e as instituições e grupos sociais<sup>6</sup>.

Assim, relevante é o papel das instituições jurídicas nessas definições, em essência, políticas. Interessante, portanto, que se observe que a eficácia dos direitos sociais depende da possibilidade de se cobrar uma ação concreta do Estado, o que, muitas vezes, somente pode ser realizado fora do campo de atuação de quem é responsável por definir regras de concretização desses direitos, ou seja, para além de um controle interno do poder que define as políticas públicas. Especificamente na área da tutela do direito à saúde, recentemente estão na mesa de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça discussões que tratam de variados aspectos de sua realização, a saber: do fornecimento de medicamento pelo Estado fora das listas de dispensação do Sistema Único de Saúde (Recurso Especial nº 1657156/RJ<sup>7</sup>); da obrigatoriedade ou não de o Estado fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 657718/MG); da obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo para paciente que não possui condições financeiras para comprá-lo (repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 566471/RN)<sup>8</sup>. Com a indicação de repercussão geral das matérias pelo STF e de afetação para efeitos repetitivos da matéria em apreciação pelo STJ, há evidentemente a expectativa de decisões judiciais desses Tribunais que estabeleçam critérios de julgamento para quase todas as demandas em que haja o pleito pelo fornecimento de medicamentos pelo SUS em curso no Brasil.

<sup>4</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 99.

<sup>5</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. p. 142.

<sup>6</sup> SOUZA, Celina. Estudo da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, G.; ARRETCHÉ, M.; MARQUES, E. (Orgs.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007.p. 54

<sup>7</sup> Foi determinada sua afetação para efeitos repetitivos, conforme decisão da Primeira Turma do STJ, com o seguinte tema afetado “Obrigação do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados, através de atos normativos, ao Sistema Único de Saúde”, nos termos do voto do Relator Ministro Benedito Gonçalves, determinando-se, assim, a suspensão em todo território nacional dos processos pendentes, individuais e coletivos que versem sobre a questão. ([https://ww2.stj.jus.br/processo/revista\\_documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595643&num\\_registro=201700256297&data=20170503&formato=P-DF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista_documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595643&num_registro=201700256297&data=20170503&formato=P-DF))

<sup>8</sup> Pedidos de vista, em ambos, do Ministro Teoria Zavascki desde 28/09/16.

As deliberações proferidas, ao final dos processos, formularão, inevitavelmente, políticas públicas. Isso porque fatalmente questões semelhantes serão levadas aos juízes e tribunais caso o paciente ou a família acredite estar dentro dos parâmetros sugeridos e aprovados pelo STF e STJ. Veja-se que, caso o STJ venha a entender, por exemplo, que o Estado deve fornecer medicamentos para além de suas listas de dispensação, formulando-se critérios para tanto (como da evidência científica, da hipossuficiência do paciente, do registro na ANVISA etc.), será feita pelo judiciário uma escolha política. Em regra, sem análise econômico-orçamentária ou social.

Heleno Taveira Torres destaca que uma vez que os recursos fiscais e patrimoniais do Estado são escassos, mas as demandas são sempre crescentes ao mesmo tempo em que a sociedade amplia suas complexidades, o que é acompanhado pela Fazenda Pública, é necessário que a escolha política da despesa pública atente à sua dupla função, não somente política, mas também social, a fim de garantir as demandas do Estado Social. Contudo, quando a Constituição não traça limites aos gastos públicos na consecução dos princípios do Estado Social, defende Torres que será sempre uma escolha do governante ou dos representantes legislativos, em uma contínua ponderação entre demandas sociais e situação conjuntural da economia.<sup>9</sup>

As escolhas democráticas não podem ir sempre ao judiciário, contudo. A autodeterminação legislativa sempre deve estar assegurada como a capacidade de agir de acordo com a vontade do povo, expressa no processo democrático. A interferência do judiciário no gasto público não é admissível *prima facie*, apenas o sendo quando se reclama uma valorização da decisão política do legislador e por conseguinte da democratização do gasto público, sendo cabível quando estiverem presentes indícios de vícios de ilegalidade ou de constitucionalidade<sup>10</sup>.

Nesse aspecto, como destacado por Christine Bateup, seria ideal que os julgamentos constitucionais fossem produzidos por meio de um processo de elaboração compartilhada entre o judiciário e os demais atores constitucionais<sup>11</sup>. Aos juízes não caberia, assim, interferir no processo democrático, mas garantir o funcionamento dos procedimentos de discussão democrática, bem como a proteção de minorias quando for necessário. No entanto, os magistrados não devem olvidar que o Estado Democrático de Direito brasileiro está comprometido com a realização da justiça social, comandando como objetivos a redistribuição de rendas e a concretização de um Estado de

<sup>9</sup> TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2014. p. 139,141.

<sup>10</sup> TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2014, p. 145-146.

<sup>11</sup> BATEUP, Christine. **The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue**. New York: New York University School of Law, 2005. p. 1.

Bem Estar Social – previsto no preâmbulo, no art. 193, art. 23 §único, art. 219, art. 230, art. 186, art. 231, §1º, da CF/88<sup>12</sup>.

É sob essa perspectiva de que a política e a força da democracia não sejam substituídas pela expectativa da decisão judicial<sup>13</sup> que se espera do Poder Judiciário formas de compatibilizar os novos desafios de efetivação do Estado de Bem Estar Social, que diuturnamente se apresentam aos juízes nas demandas que envolvem, especialmente, o direito à saúde. No contexto em que não pode o judiciário escolher beneficiários em detrimento dos demais, com quebras de isonomia, acabam por trazer um prejuízo a uma gama de pessoas que estão longe do acesso aos juízes e Tribunais. As maiores injustiças podem decorrer daí e estarem ainda ocultas<sup>14</sup>, ignorando a realidade daqueles que em virtude do alto custo, da morosidade e das dificuldades, inclusive geográficas, não conseguem ter acesso ao Judiciário. Contudo, existem posições contrárias, como é sabido, corroboradas em especial por aqueles que vivenciam a prática da atividade jurisdicional e, muitas vezes, em um espírito de justiça e humanidade, não podem prosseguir na linha de omissão do Poder Público diante de um direito fundamental não promovido. Para esses, a realização de concurso público aliada a uma atuação em conformidade com o regime constitucional, desde a fundamentação com base no regime jurídico constitucional até os mecanismos de controle e recursos, asseguram a legitimidade dos magistrados em termos democráticos, não sendo essa entregue apenas a quem a obteve por escolha popular<sup>15</sup>.

Independente do acerto ou da extração nas atribuições desses atores jurídicos, o que vem se colocando é que efetivar direitos atrelados à dignidade da pessoa humana, quando o Estado (Poder Público de forma geral) não os garante de forma satisfatória, pode passar pela atuação externa daqueles que originariamente não deveriam criar políticas públicas. Não vemos isso de forma negativa. Ao contrário, na tutela de direito metaindividual (difusos e individuais homogêneos), esse controle externo, feito no Judiciário (com a participação dialogal dos outros poderes), pode ser uma forma de contribuição na formulação da política pública.

Nesse rumo, a via judicial passou a ser inclusive incorporada como “instrumento à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna”<sup>16</sup>. Firmando-se a importância desse controle externo judicial como contribuição

<sup>12</sup> TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2014. p. 147.

<sup>13</sup> TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2014. p. 153.

<sup>14</sup> TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2014. p. 158.

<sup>15</sup> MATIAS, João Luis Nogueira; MUNIZ, Águeda. O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 194-206, p. 199-200, 2015.

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2010. p. 181.

para realização dos objetivos constitucionais, surge então a necessidade de identificar até que ponto essa contribuição não poderia violar as atribuições de cada instituição.

Dieter Grimm comenta que se por um lado uma política totalmente juridicizada (no sentido de estar subordinada ao direito) perderia seu caráter político, as Constituições podem fixar condições para decisões políticas, não se lhes sendo possível, entretanto, normatizar o que conduz o processo decisório, como convicções, interesses, problemas e iniciativas, os quais somente a partir de certo ponto podem ser analisados pelo direito.<sup>17</sup> Nesse aspecto da relação limitada entre os sistemas político e jurídico, Marcelo Neves concebe a Constituição como acoplamento estrutural entre direito e política, ou seja, nesta concepção, a Constituição é um mecanismo de interpenetração e interferência entre os sistemas sociais jurídico e político, pressupondo-se, para essa construção, uma autonomia operacional dos dois sistemas<sup>18</sup>.

Atento aos fatores que impedem uma sobreposição entre Direito e Política, e com escólio nas lições de Juarez Freitas, Emerson Gabardo aponta o necessário olhar ampliado que se deve ter sobre a questão de interferências do judiciário no campo político, com cautelas preservadas, não se podendo, entretanto, voltar a Montesquieu e corroborar com um judiciário nulo, inclusive com base na Constituição que determina que nada pode ser subtraído de sua apreciação<sup>19</sup>. Desse modo, o princípio da separação dos poderes ou o ideal de cumprir a autonomia dos sistemas político e jurídico não podem impor uma barreira absoluta à revisão judicial quanto à alocação de recursos realizada pelo Estado, embora pressuponham respeito às decisões tomadas pelos órgãos representativos. Assim, é necessário se buscar critérios para a atuação do Poder Judiciário na realização de atos que interfiram em decisões tomadas pelas instituições políticas a fim de garantir tanto a separação dos poderes, quanto a força dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal.

Uma alternativa para que as instituições judiciais executem certo controle externo de políticas públicas e colaborem para sua formulação é a realização de diálogos com os demais centros de decisão, especialmente daqueles que criam e efetivam essas políticas, sendo desaconselhado que haja um isolamento por quem realizará esse controle externo daqueles que tem legitimidade para prever e executar políticas públicas e vice-versa.

<sup>17</sup> GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 10-11.

<sup>18</sup> NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 148.

<sup>19</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, 1997. p. 84 *apud* GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 135-13.

### 3. AS ESCOLHAS EM SAÚDE E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Diante da já focada necessária colaboração entre os poderes, mesmo que a efetivação de direitos sociais seja requerida ao Poder Judiciário, inevitável que esse poder note que a formulação de escolhas e políticas públicas devem ser realizadas, primordialmente, em outros poderes. Ademais, é ainda importante perceber até que ponto pode o indivíduo esperar que uma dessas escolhas contemplem suas necessidades de promoção, proteção e recuperação da saúde. A fim de não se incorrer no erro de ver as demandas relacionadas ao direito à saúde analisadas sobre uma perspectiva de prestações irrestritas, valemo-nos da observação de Andreas J. Krell ao comentar que a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que trouxe à tona a tese da reserva do financeiramente possível, deixando claro que os direitos a prestações positivas estão relacionados àquilo que o indivíduo de forma racional pode esperar da sociedade, apontando que essa teoria impossibilita exigências acima de um “certo limite básico social”<sup>20</sup>.

Por outro lado, o mesmo autor advoga a tese que, com base na Constituição de 1988, deve-se tratar os problemas de saúde de todos. Quando o volume de recursos não for suficiente para tanto, deve-se retirar recursos de áreas não intimamente relacionadas com direitos essenciais ao homem. De modo que qualquer alegação de falta de recursos para direitos mais essenciais à condição humana, como vida e saúde, devam ser plenamente justificados pelo Estado caso os negue<sup>21</sup>.

Portanto, ainda que se reconheça que uma política pública envolve uma escala econômica e política, ela não pode servir de justificativa para a não realização de direitos mais essenciais. A análise daquilo que o indivíduo pode esperar da sociedade no campo do direito à saúde interessa aos atores jurídicos diante da negação de um tratamento de saúde por parte dos atores políticos. Parece-nos que não é razoável exigir de uma sociedade com sérios problemas sociais tratamentos de saúde caros, experimentais e não acessíveis a todos os usuários do sistema público. Contudo, é razoável que o indivíduo espere da sociedade o fornecimento de um medicamento para combater uma neoplasia maligna, cuja política estabelecida não contempla o fornecimento de medicamento mas o repasse de valores, por vezes, inviáveis para se realizar o tratamento, ou ainda um procedimento cirúrgico, fornecido em tese pelo SUS, mas que por ele se aguarda em lista de espera há tantos anos.

É importante perceber que quando há um desentendimento acerca do significado de direitos, Christine Bateup defende que a combinação de entendimentos oferece a melhor chance de se produzir respostas às questões constitucionais, não apenas

<sup>20</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabrís, 2002. p. 52.

<sup>21</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabrís, 2002. p. 53.

para solucionar casos individuais, mas também para as pessoas como um todo.<sup>22</sup> Se esse aspecto não for observado, e a repartição de recursos e incentivos nas ações governamentais for desigual, serão formados grupos favorecidos com as políticas que trabalharão para fornecer obstáculos a alterações institucionais posteriores e/ou a alterações de políticas já existentes, de tal forma que os desenhos de políticas públicas alteram os processos políticos e modelam identidades de grupo<sup>23</sup>.

Embora se reconheça que a forma como as políticas públicas de saúde se desenham influencia o modo como as instituições (políticas e jurídicas) pautarão sua atuação, visualiza-se que atualmente vem surgindo uma necessidade de identificar uma confluência de interesses entre quem define essas regras do jogo das prioridades coletivas esboçadas em políticas públicas e quem as fiscaliza ou executa, exatamente para evitar as distorções que atuações polarizadas podem gerar. Parece-nos que não há mais espaço para o isolamento de quem idealiza o jogo diante daqueles que efetivamente colocam as regras desse jogo em prática. Desse modo, é necessária a realização de pesquisas capazes de trazer alternativas para que as decisões judiciais funcionem não como um mecanismo de Hobin-Hood às avessas, as quais geram efeitos reflexos que mais contribuem para a irracionalidade do sistema, sem que se esclareçam os limites e possibilidades econômicas da implementação delas<sup>24</sup>.

Nessa mesma tônica, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8.058/2014, que estabelece um procedimento processual especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. O rito, informa o Projeto de Lei, terá como características a facilitação do diálogo institucional entre os poderes, a abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais poderes e a sociedade e o reconhecimento da tendência às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo entre os poderes.

Além das já destacadas questões econômicas que envolvem demandas de saúde, a grande utilidade de se discutir políticas públicas no âmbito de instituições para além dos Poderes Executivo ou Legislativo, inserindo nesse circuito de discussões muitas vezes os atores jurídicos, está no fator de pluralidade social que ampara e constitui as ações de saúde. Lucíola Santos Rabello analisa o campo da saúde pública sob uma perspectiva sociológica e diz “nenhum conceito ligado à promoção da saúde é consensual, objetivo, o que implica não se poder isolar ou colocar o fiel da balança na comunidade ou nas instituições.”<sup>25</sup>

<sup>22</sup> BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. New York: New York University School of Law, 2005. p. 78.

<sup>23</sup> MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007. p. 26-27.

<sup>24</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: JusPodvim; 2013. p. 309.

<sup>25</sup> RABELLO, Lucíola Santos. *Promoção da saúde: a construção social de um conceito em perspectiva do SUS*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2010. p. 18.

O especial diálogo entre as esferas políticas e jurídicas envolvidas na prestação dos direitos sociais é fundamental para que o sistema de execução e controle de políticas públicas pelos atores jurídicos funcione adequadamente e para que a contribuição dada por eles seja efetiva. Nesse contexto, interessante pontuar ideias que acabam por ganhar força nesse debate como as teorias dialógicas, a exemplo do chamado “controle fraco” dos direitos sociais pelos tribunais, da obra “Weak Courts, Strong Rights” do jurista norte-americano Mark Tushnet. O modelo de *weak courts* foi reformulado no final do século XX, em substituição ao modelo de *strong courts* em que as decisões das Cortes vinculam os outros ramos a médio e longo prazo<sup>26</sup>

A reciprocidade na influência das soluções encontradas marca essa nova visão, não no prestígio absoluto de um poder sobre o outro, tampouco a *weak form review* representa uma revisão judicial limitada<sup>27</sup>. Para essa doutrina do “Weak Courts, Strong Rights”, um controle fraco de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais seria representado por uma atuação do judiciário que não impediria a superação de suas decisões em processos políticos, ou seja, as decisões dos tribunais poderiam passar por um diálogo com os poderes com representantes eleitos, ao contrário do controle forte, caracterizado pela imutabilidade e vinculação das decisões do Poder Judiciário, feitas sem participação política alguma. Essa postura dialogal, característica do controle fraco, advogada por Mark Tushnet<sup>28</sup>, pode embasar uma mudança na natureza do processo judicial no que se refere aos direitos sociais.

Ressalta Daniel Sarmento que o processo judicial foi inicialmente desenhado para solucionar questões bilaterais da justiça comutativa, em que os interesses em disputa são apenas aqueles das partes. No entanto, quando se refere a temas envolvendo direitos sociais, tem-se presente sobretudo questões de justiça distributiva, de natureza multilateral, tendo em vista a necessidade de se considerar que garantir prestações a alguns significa retirar recursos do bolo que serve aos demais. Outrossim, se pensarmos que aqueles que recebem prestações judiciais em detrimento dos demais são os que possuem mais condições de acesso ao judiciário, inclusive decorrente de carência de informações, as consequências de decisões judiciais que não se debruçam sobre o “bolo que serve aos demais” são ainda mais prejudiciais ao sistema de saúde como um todo<sup>29</sup>.

Não se pode, portanto, olhar para a repartição dessas prestações dos sistemas de saúde no momento atual e fugir do diálogo que traga “elementos fáticos e critérios

<sup>26</sup> TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, vol. 101, n. 8, aug. 2003. p. 2781-2784.

<sup>27</sup> TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, vol. 101, n. 8, aug. 2003. p. 2786.

<sup>28</sup> SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2010. p. 186.

<sup>29</sup> SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2010. p. 210.

de decisão, rationalidades próprias e tantos outros que interferem no processo de escolha<sup>30</sup> Acredita-se que essa escolha política, econômica e social encerrada em uma política pública de saúde pode ser construída pelas instituições estatais partindo do pressuposto que os interesses não são opositos, mas confluentes. Uma atuação articulada, assim, das instituições estatais políticas e judiciais melhor reflete essa tônica do diálogo.

Jorge Munhós de Souza destaca que a ideia de que uma normatividade constitucional, quando não implementada, poderia gerar um controle judicial com base nas garantias previstas no art. 5º da CF/88, inicialmente não teve recepção nos Tribunais brasileiros no que tange aos direitos sociais, com base inclusive na retórica dessas normas terem natureza programática, da impossibilidade de romper com a separação dos poderes e ainda da discricionariedade administrativa<sup>31</sup>. Posteriormente, em uma tendência neoconstitucional de interpretação, passaram os Tribunais a identificarem suas funções de efetivação do projeto constitucional e experimentaram o lado oposto da questão: ser protagonistas de um processo de judicialização e expansão constitucional, passando, assim, “da desimportância ao apogeu” do Judiciário pelas questões que envolviam direitos sociais<sup>32</sup>.

Superada essa segunda fase – de apogeu ou supremacia judicial, identificaram-se problemas em uma atuação de última palavra do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde. Ver os efeitos sistêmicos que dificultam a rationalização do sistema público de saúde<sup>33</sup> foi um sintoma importante da evolução da discussão e do posicionamento judicial quanto a essa questão. Munhós de Souza pondera que mesmo nos Estados Unidos, onde se desenvolveu o modelo paradigmático de supremacia judicial desde a decisão do juiz Marshall em 1803, a melhor doutrina sobre modelos institucionais foi lá produzida, revelando-se, assim, que não há uma relação indispensável entre o modelo institucional adotado e o uso das teorias dialogais, podendo essas serem usadas em maior medida a depender do uso pelos juízes de um controle fraco, embora o modelo seja de supremacia judicial. Ou ainda que o modelo seja de supremacia do legislativo, os juízes podem usar um modelo de controle forte e fazerem menos uso das teorias dialogais<sup>34</sup>. As teorias podem ser utilizadas em graus diversos, como expressão de diálogos no interior das decisões judiciais, quando terão certa força prescritivas, de dever-ser, ou ainda como fator de interação entre os ramos da soberania popular,

<sup>30</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Diálogo institucional com pressuposto da efetividade constitucional. **A&C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 23, ano 6, jan./mar. p. 189-206, jan./mar. 2006. Da mesma autora: VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014.

<sup>31</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde**. Salvador: JusPodvrim; 2013. p. 25.

<sup>32</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde**. Salvador: JusPodvrim; 2013. p. 28.

<sup>33</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde**. Salvador: JusPodvrim; 2013. p. 31.

<sup>34</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde**. Salvador: JusPodvrim; 2013. p. 69-71.

quando terão efeitos descriptivos a serem utilizados no contexto da separação de poderes<sup>35</sup>. No Brasil, parece ter sido adotado um modelo moderadamente dialógico, sendo um exemplo de sistema de controle judicial forte (supremacia judicial) com adoção de formas fracas de controle judicial, segundo apontado por Jorge Munhós de Souza, utilizando-se da classificação de Mark Tushnet<sup>36</sup>.

Importante anotar que o Judiciário, embora consagrado como o detentor da palavra última de conflitos entre particulares, o mesmo não pode se dizer quando diante de questões constitucionais. Munhós de Souza destaca também que, a despeito de a Constituição brasileira indicar o STF como tendo a função precípua de sua própria guarda, há casos em que o legislativo ainda pode fazer determinadas opções, mesmo diante da discordância do STF. Se o modelo adotado no Brasil permite que haja um controle judicial mais fraco, aumentando-se o equilíbrio de forças entre o Poder Judiciário com as demais instituições de atribuição de significado e sentido à Constituição, "a disseminação de uma cultura mais dialógica certamente pode contribuir para a sedimentação entre nós de um sistema mais interativo e menos judicialista"<sup>37</sup>. Se assim for, sedimentada a ideia de diálogos entre poderes como forma não apenas possível de convivência entre eles, mas também de melhor efetivação de direitos sociais constitucionais, como é o direito à saúde, poderemos então passar a analisar instrumentos de diálogos interinstitucionais no interior das decisões judiciais, com exemplos práticos adotados pelo Poder Judiciário no Estado do Ceará, como veremos.

#### **4. OS DIÁLOGOS NO INTERIOR DAS DECISÕES JUDICIAIS: A EXPERIÊNCIA DO NAT – JUS**

Ainda segundo destaca Jorge Munhós de Souza, no ramo prescritivo das teorias dialogais, incidente quando elas são adotadas no interior das decisões judiciais, não deve haver uma concorrência sobre quem dará a última palavra, mas um diálogo permanente entre as instituições, cujos conhecimentos singulares técnicos e decisórios são parceiros na busca do melhor significado constitucional, cujo objetivo final seria encontrar boas respostas para questões coletivas<sup>38</sup>. Conrado Hübner indica que, nos casos dos diálogos observados no interior das decisões judiciais, não se restringem ao binômico constitucional e inconstitucional, independente do grau que a decisão judicial tenha, seja mais deferente, passiva e minimalista, como os modelos de diálogos de Bickel e de Sustein, nos quais a deliberação entre os poderes e a sociedade será melhor quanto menos a corte se intrometer; ou mais intervencionista, ativa e maximalista,

<sup>35</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde.** Salvador: JusPodvim; 2013. p. 74.

<sup>36</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde.** Salvador: JusPodvim; 2013. p. 100.

<sup>37</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde.** Salvador: JusPodvim; 2013. p.103-104, 112.

<sup>38</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde.** Salvador: JusPodvim; 2013. p. 75-76.

como o modelo de dialogal de Katyal, para o qual o diálogo não será melhor se a corte ficar em silêncio, mas se fizer recomendações, cogitações, argumentação hipotética e analógica, de natureza não-vinculante<sup>39</sup>.

No que se refere à possibilidade de aplicação desse ânimo dialógico quanto às decisões judiciais em questões sanitárias, além das já citadas limitações de análise das *escolhas econômica e social* (na Seção 02), as decisões judiciais não podem se furtar ao fato de não serem tecnicamente hábeis a fazer uma *análise médica ou farmacêutica*. Desse modo, outro argumento para a necessidade de diálogos entre as instituições e atores envolvidos na efetivação de direitos sociais, especialmente do direito à saúde, decorre do fato de o membro do Poder Judiciário não ser autoridade em todas em as ciências, especialmente quando se fala em tutela do direito à saúde, nas ciências médica, política, orçamentária e econômica, mas é autoridade quando se fala no poder de decidir pelo Direito. Ocorre que nem sempre as questões podem ser entendidas apenas pelo enfoque jurídico. A garantia de direitos como às ações de promoção e recuperação da saúde não se esgotam em tarefas puramente jurídicas, como ressalta Daniel Sarmento, sempre envolvem, na verdade, um conjunto de ações estatais, que compreendem a formulação de políticas públicas, a criação de procedimentos, o dispêndio de recursos, dentre outras atividades, que não são funções típicas do Judiciário<sup>40</sup>.

Exemplo do reconhecimento dessa necessidade dos atores jurídicos em buscar junto a profissionais técnicos da área da saúde auxílio nas soluções para questões de saúde levadas ao Poder Judiciário foi a implantação dos NAT-JUS (Núcleos de Apoio Técnico Judiciário para Demandas da Saúde) pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, com base na Resolução Nº 238 de 06/09/2016, do Conselho Nacional de Justiça<sup>41</sup>. Os NAT-JUS serão constituídos de profissionais da saúde, responsáveis pela elaboração de pareceres acerca da medicina baseada em evidências, servindo de prova pericial nessas demandas.

Embora a referida resolução tenha sistematizado o funcionamento dos NAT-JUS nos Tribunais de Justiça, a medida já era estimulada pelo CNJ pelo menos desde 2014. Os Enunciados da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça<sup>42</sup>, aprovados em 15/05/2014, sugeriam aos juízes que utilizassem a ferramenta de

<sup>39</sup> HÜBNER, Conrado Mendes. *Direitos fundamentais, separação de podores e deliberação*. São Paulo, 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. p. 100, 123.

<sup>40</sup> SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2010. p. 191.

<sup>41</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 238 de 06/09/2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

<sup>42</sup> ENUNCIADO N.º 18: Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde -NATS. ENUNCIADO N.º 31: Recomenda-se ao Juiz a obtenção de informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias, associações profissionais, etc.

consulta aos Núcleo de Apoio Técnico (NAT) ou Câmara Técnica. Assim, após a distribuição da ação judicial, o magistrado encaminharia cópia da petição inicial e dos documentos ao Núcleo de Apoio Técnico (NAT) ou Câmara Técnica que se manifesta sobre a matéria, prestando informações que auxiliam o juiz na análise do pedido de liminar ou do pedido de mérito. A análise poderia se dar, por exemplo, se: (1) o medicamento postulado está registrado na Anvisa; (2) é eficaz e eficiente ao tratamento da doença; (3) existe outro medicamento com menor preço, com o mesmo princípio ativo, ou já fornecido administrativamente pelo SUS; (4) eficiência, eficácia e custo-efetividade do tratamento. Essa iniciativa fomentou a criação de órgãos compostos por profissionais da área médica, farmacêutica, assistência social e por membros das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde que tem por finalidade auxiliar os magistrados na deliberação sobre processos envolvendo temas de saúde<sup>43</sup>.

No Estado do Ceará, por exemplo, o Tribunal de Justiça firmou, em 11 de novembro de 2016, Termo de Cooperação Técnica com o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, por meio das respectivas Secretarias de Saúde, e ainda com o Hospital Universitário Walter Cantídio, da Universidade Federal do Ceará (UFC), administrado pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSERH, para a produção de documentos técnicos, subdivididos em pareceres ou notas técnicas, por uma Câmara Técnica, formada por médicos e farmacêuticos do quadro de servidores do Estado, Município e Hospital Universitário, que auxiliarão os magistrados na formação de um juízo de valor por ocasião da apreciação das questões clínicas apresentadas nas ações judiciais envolvendo a assistência à saúde pública, especificamente as relacionadas com pedidos de medicamentos. O magistrado encaminha as demandas à Câmara Técnica por e-mail, fornecendo as informações necessárias ao atendimento da demanda. As respostas técnicas rápidas e as notas técnicas serão produzidas em até cinco dias úteis, sendo as primeiras utilizadas nos casos em que não seja necessário levantamento bibliográfico complexo, e as últimas para casos específicos que demandem revisão bibliográfica e análises de custo, riscos e benefícios dos tratamentos<sup>44</sup>.

Como a medida foi implantada recentemente, a portaria que disciplinou o funcionamento do NAT-JUS no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) foi publicada em 08 de setembro último<sup>45</sup>. Segundo pesquisas realizadas junto à Secretaria Executiva do Comitê Executivo da Saúde no Ceará, até a conclusão deste trabalho, foram realizadas 58 consultas, com solicitação de parecer, no âmbito da Justiça Estadual do Ceará. Dessas solicitações, já foram produzidos 49 pareceres pelo NAT-JUS, no formato

<sup>43</sup> SCHULZE, Clenio Jair. **O papel do Conselho Nacional de Justiça na judicialização da saúde.** Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, 2015. p. 06.

<sup>44</sup> Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2017/08/FORMA-DE-CONSULTA-final-cut-PDF.pdf>>. Acessado em 11 out. 2017.

<sup>45</sup> Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2017/10/Portaria-1536-2017.pdf>>. Acessado em 11 out. 2017.

de notas técnicas, todas disponibilizadas no site do TJCE<sup>46</sup>, para consulta pública, preservados os detalhes do caso, inclusive o nome dos pacientes.

Por enquanto, somente magistrados das Varas da Fazenda Pública e dos Juizados Especiais da capital do Estado é que podem solicitar demandas ao NAT-JUS, mas, segundo informações coletadas no Comitê Executivo da Saúde no Ceará, há interesse por parte do Tribunal de Justiça e dos próprios magistrados do interior do Estado na ampliação de atendimentos, o que depende, contudo, da cessão de mais profissionais da saúde pelos demais entes integrantes do termo de cooperação técnica. Contudo, com a disponibilização na Internet dos pareceres já produzidos pelo NAT-JUS, em casos semelhantes aos já submetidos à Câmara Técnica, pode-se utilizar as informações já disponíveis nos pareceres elaborados.

Apurou-se ainda que, até o momento, grande parte das solicitações dos magistrados diz respeito a medicamentos e insumos e/ou equipamentos (bomba de insulina, por exemplo). Outras demandas não entraram na cooperação técnica em virtude de especificidades que não as compatibilizam com o funcionamento dessa ferramenta de diálogo. Por exemplo, conforme apurado, a necessidade de leitos de UTI não se enquadra nas hipóteses de atendimento do NAT-JUS, uma vez que o magistrado, nesses casos, decide imediatamente, não podendo aguardar o prazo de cinco dias úteis necessários para a elaboração do parecer técnico.

Ainda com base em informações colhidas para a presente pesquisa junto ao Comitê Executivo da Saúde no Ceará, há um termo de cooperação entre o TJCE e o Município de Fortaleza, através da Central Integrada de Leitos, para que os juízes possam solicitar informações sobre a fila de espera de leitos de UTI de forma mais ágil, cuja implementação se encontra em trâmite.

Apresentados esses dados acerca das práticas dialogais levadas a efeito pelo Tribunal de Justiça do Ceará, cabe informar que no âmbito do Ministério Público há iniciativas semelhantes para atuações extrajudiciais, como o NAT-PRÉ - Núcleo de Apoio Técnico no Pré Processo do Ministério Público de Minas Gerais<sup>47</sup> e o NAT - Núcleo de Apoio Técnico do Ministério Público do Estado do Ceará. O NAT-PRÉ se parece mais com o proposto no Poder Judiciário (NAT-JUS), restringindo aos feitos de saúde.

Quando se visualizam exemplos práticos que se referem ao uso dos diálogos institucionais em matérias atinentes à concretização do direito à saúde, vê-se que as questões podem ir além da mera discussão acerca da legitimidade ou não de intervenção do Poder Judiciário em matérias que a rigor deveriam ser discutidas na órbita de outras instituições. Jorge Munhós de Souza acredita que o uso das teorias do diálogo institucional não firma oposição ao controle judicial ou ainda desconsideram a importante

<sup>46</sup> Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/nota-tecnica/>>. Acessado em 24 out. 2017.

<sup>47</sup> Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/files/diariooficial/DO-20170127.PDF>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

função do Judiciário na construção de um País mais justo. As teorias do diálogo vêm de encontro a uma supremacia judicial absoluta e irrestrita em suas decisões, sufocando-se os demais espaços de decisões coletivas da comunidade política, que nega limitações cognitivas e a possibilidade de efeitos sistêmicos adversos decorrentes de suas decisões, acreditando que um controle judicial mais fraco poderá melhor contribuir<sup>48</sup>.

A disseminação da cultura de diálogo pode contaminar diversas decisões judiciais mais próximas. Como destaca Conrado Hübner Mendes<sup>49</sup>, o diálogo nasce da conjugação de um desenho institucional e de uma cultura política, criando-se incentivos para a interação em variadas formas<sup>50</sup>.

Desse modo, a solução mais conciliatória, não imposta pelo Poder Judiciário, mas construída com o auxílio técnico em saúde, orçamento e gestão de profissionais do Poder Executivo, interessa à demonstração da atuação coordenada como meio mais eficaz da efetivação do direito à saúde. Ademais, pensar o Sistema Único de Saúde (SUS) sob uma perspectiva de diálogo entre agentes da promoção da Justiça e agentes de promoção da saúde (gestores públicos, sobretudo do Poder Executivo, e profissionais da área de saúde), incluindo na participação do diálogo a sociedade civil, faz com que o SUS dê certo, uma vez que as soluções alcançadas nesse modelo de construção nos permitem concluir que a forma como o sistema foi idealizado é viável, diante do seu fortalecimento para esta e para as futuras gerações de usuários do sistema.

## 5. CONCLUSÕES

Diante do atual quadro de prestações dadas pelo Poder Judiciário em matéria de direitos sociais e dos correspondentes questionamentos lógicos em face da separação dos poderes, apresentou-se, neste trabalho, fatores estimulantes de uma atuação cooperativa e complementar entre os atores estatais para realizar os fins almejados na Constituição, tais como: uma separação dinâmica entre os poderes, com fluidos mais colaborativos; um reconhecimento pelos atores jurídicos de suas limitações técnicas (especialmente no que se refere aos aspectos de gestão pública e de orçamento, bem como médicos e farmacêuticos), abrindo-se para uma fase de colaboração nas políticas públicas e não mera criação das mesmas por meio de decisões judiciais, ainda que coletivas; além de uma maior consciência dos efeitos de uma decisão judicial para

<sup>48</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde**. Salvador: JusPodivm; 2013. p. 118-119.

<sup>49</sup> Embora esse autor não aborde a participação do Poder Executivo nos diálogos, apenas do Judiciário e do Legislativo, justificando sua opção no fato de estar nesses dois últimos poderes a pecha de detentores da última palavra, ideia que busca desconstuir o autor ao longo de seu trabalho, para as compreensões do presente estudo, a participação do Executivo no ciclo de diálogos revela-se de suma importância, inclusive porque quando se trata de direito à saúde, emana desse Poder a grande gama de atos normativos, como portarias, resoluções etc, além dos atos executivos que põem o Sistema público de Saúde em prática.

<sup>50</sup> HÜBNER, Conrado Mendes. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. p. 159.

o Sistema público de saúde como um todo. Uma atuação articulada no exercício das atribuições de definir, executar e fiscalizar as políticas públicas passa a ser uma solução viável e balizada no ordenamento jurídico brasileiro.

Partindo da premissa dos interesses confluentes na realização do direito à saúde, esboçou-se que mesmo o controle de políticas públicas realizado fora das instituições onde elas são idealizadas, ou seja, aquele realizado pelo Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, deve ocorrer com base em diálogos entre as instituições políticas e jurídicas, bem como mediados sempre no conhecimento amplo das questões que envolvem as lides a respeito dos direitos sociais, especialmente nas áreas técnicas de saúde, orçamentária, financeira, de gestão, política e jurídica. Esses fatores articulados constroem a proteção adequada ao direito à saúde e sinalizam uma luz diante dos problemas que envolvem o controle judicial de políticas públicas.

Visualizar as demandas de saúde sobre esse prisma permite que os atores jurídicos contribuam para o planejamento das políticas públicas de saúde em maior medida que quando simplesmente impõem condutas que julguem adequadas, ao alvedrio dos planos e programas de saúde já instituídos. Tal se verifica nos projetos de NAT-JUS em que o Poder Judiciário se apresenta mais como colaborador na execução de políticas públicas de saúde que como impositor de soluções unilateralmente construídas, por meio da ferramenta de consulta técnica mais próxima do magistrado, estimulando-o a não proferir decisões em face do Poder Público, na seara de demandas que envolvem o direito à saúde, sem consultar os profissionais do próprio Sistema Único de Saúde de maneira rápida e confiável. Esse parece ser o grande diferencial dessa proposta de câmaras ou núcleos técnicos incentivados pelo Conselho Nacional de Justiça e aplicados pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais em todo o País: ampliar a segurança dos magistrados em suas decisões, notadamente as liminares, sem as demoras que um modelo menos instrumental e dialogal ocasionam nos esclarecimentos prestados pelos Entes públicos quanto às demandas que se encontram no Poder Judiciário.

A experiência no Tribunal de Justiça do Ceará tem se demonstrado exitosa, por sua vez, tanto do ponto de vista do processo judicial específico em que o parecer técnico é proferido, tendo pleno potencial de auxiliar na resolução da demanda, quanto da perspectiva de disseminação de informação técnica que os pareceres apresentam ao Poder Judiciário, construindo o diálogo institucional necessário e salutar aos desafios presentes na execução das políticas públicas de saúde.

Superar os debates em torno da possibilidade ou não de prestações judiciais que modifiquem o funcionamento do sistema de saúde diante de omissões na prestação de serviços públicos de saúde, por meio de ferramentas fornecidas ao magistrado pelos profissionais que estão na ponta da cadeia de prestação de saúde pública, além de ser uma solução viável, como demonstra a iniciativa no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, possibilita a ampliação da cultura do diálogo entre os poderes, abrindo

portas para outras espécies de participação e cooperação, inclusive, para além das demandas de saúde.

## 6. REFERÊNCIAS

- BATEUP, Christine. **The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue**. New York: New York University School of Law, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.
- BRASIL. **Lei Federal nº 8.080/90, Lei Orgânica Nacional da Saúde**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 238 de 06/09/2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acesso em: 22 jun. 2017.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.
- CEARÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. (Ed.). **Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará de 08/09/2017**. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2017/10/Portaria-1536-2017.pdf>>. Acessado em 11 out. 2017.
- GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.
- HÜBNER, Conrado Mendes. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.
- KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- MARIANO, Cynara Monteiro; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Newton Mezze. Serviços públicos e radicalização do Estado Social: o lugar para uma perspectiva socialista nos dias atuais? In: MARIANO, Cynara Monteiro et all (Org.). **Estado, Política e Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MATIAS, João Luis Nogueira; MUNIZ, Águeda. O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 194-206, 2015.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007. 320 p. Disponível em <<http://books.scielo.org>>. Acessado em 21 abr. 2017

MINAS GERAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. (Ed.). **Diário Oficial Eletrônico do Ministério Público de Minas Gerais de 27/01/2017**. 2017. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/files/diariooficial/DO-20170127.PDF>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Saúde Compartilhada: MPMG se une a órgãos e instituições em busca de alternativas aos problemas de saúde no estado. **Informativo da Procuradoria-geral de Justiça de Minas Gerais**. Belo Horizonte, p. 02-02. 07 ago. 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/78826X>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

RABELLO, Lucíola Santos. **Promoção da saúde: a construção social de um conceito em perspectiva do SUS**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2010.

SCHULZE, Clenio Jair. **O papel do Conselho Nacional de Justiça na judicialização da saúde**. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, 2015.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, G.; ARRETCHÉ, M.; MARQUES, E. (Orgs.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde**. Salvador: JusPodvim; 2013.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2014.

TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 101, n. 8, aug. 2003.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Diálogo institucional com pressuposto da efetividade constitucional. **A&C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 23, ano 6, jan./mar. p. 189-206, jan./mar. 2006.



## Separação dos poderes e complexidade social – uma releitura sistêmica

*Separation of powers and social complexity - a systemic rereading*

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA\*

Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)  
fernando.lima@mackenzie.br

ORLANDO VILLAS BÓAS FILHO\*\*

Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)  
Universidade de São Paulo (Brasil)  
ovbf@usp.br

Recebido/Received: 08.11.2017 / November 11<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 31.12.2017 / December 31<sup>st</sup>, 2017

---

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: LIMA, Fernando Rister de Souza; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. Separação dos poderes e complexidade social – uma releitura sistêmica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 189-220, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56247.

\* Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo, SP, Brasil). Coordenador do GEPESD/MACK - Grupo de Estudos e Pesquisa em Sociologia do Direito do Mackenzie. Doutor em Filosofia de Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP/2013) com estágio doutoral sanduíche no Departamento de Sociologia da Università degli Studi di Macerata (UNIMC/Itália-CAPIES/2012). Pós-Doutorado pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo (DFD/USP-Largo de São Francisco - 2016/2017) com período de pesquisa na Goethe Universität Frankfurt am Main (07/2017). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP/2007) com período como pesquisador visitante na Università degli Studi di Lecce - Itália (2005). Membro do Research Committee on Sociology of Law - ISA - Group Sociology of Constitution. Editor-Chefe (2013-2016) da Revista Brasileira de Sociologia do Direito (RBSD). Segundo Vice-Presidente (2014-2016) e Conselheiro Físico (2012-2014) da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABrASD). E-mail: fernando.lima@mackenzie.br.

\*\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo, SP, Brasil). Pós-Doutorado na Université de Paris X - Nanterre, França. Pós-Doutorado na École Normale Supérieure de Paris, França. Doutorado em Direito e Mestrado em Direito na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, pela Universidade de São Paulo. Graduação e Licenciatura Plena em História pela Universidade de São Paulo. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduação em Filosofia pela Universidade de São Paulo. E-mail: ovbf@usp.br.

## Resumo

O propósito deste artigo é esboçar uma análise sistêmica do princípio da separação dos poderes no contexto da sociedade contemporânea, marcada por sua fragmentação em diversos subsistemas autônomos que exercem funções distintas em um universo hipercomplexo. Para cumprir a tarefa, em primeiro lugar, procura justificar o referencial teórico escolhido mediante a indicação de sua pertinência para o tratamento da questão a ser analisada. Em seguida, realiza uma breve reconstrução do itinerário intelectual da ideia de separação dos poderes na “semântica moderna”. Assim, sem pretender realizar uma análise histórica mais consequente dessa ideia, o estudo faz apenas uma alusão a autores clássicos que, no horizonte da “semântica moderna”, contribuíram para sua difusão e consolidação. No percurso, o estudo se orienta, especialmente, pela tese de Quentin Skinner, cujo foco consiste em elaborar instrumentos metodológicos adequados para se evitar o anacronismo no âmbito da história das ideias. Por fim, com base na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, propõe uma releitura sistêmica da separação dos poderes.

**Palavras-chave:** separação dos poderes; teoria dos sistemas; Poder Judiciário; Constituição; diferenciação funcional.

## Abstract

*The purpose of this article is to outline a systemic analysis of the principle of separation of powers in the context of contemporary society, marked by its fragmentation in several autonomous subsystems that perform distinct functions in a hypercomplex universe. To accomplish the task, firstly, it seeks to justify the theoretical reference chosen by indicating its relevance to the treatment of the question to be analyzed. Then the article makes a brief reconstruction of the intellectual itinerary of the idea of separation of powers in “modern semantics”. Thus, without intending to make a more consistent historical analysis of this idea, the study only refers to classical authors who, in the context of “modern semantics”, contributed to its diffusion and consolidation. For doing so, the study is guided, in particular, by the thesis of Quentin Skinner, whose focus is to develop suitable methodological tools to avoid anachronism in the history of ideas. Finally, based on Niklas Luhmann’s systems theory, the article proposes a systemic re-reading of the separation of powers.*

**Keywords:** separation of powers; systems theory; judicial power; Constitution; functional differentiation

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** Da pertinência da teoria dos sistemas como referencial analítico para a discussão da separação dos poderes em um contexto hipercomplexo; **3.** Separação dos poderes: nota sobre a construção moderna de um conceito político fundamental; **4.** Uma releitura sistêmica da separação dos poderes; **5.** Conclusão; **6.** Referências.

*“O poder absoluto gera injustiça.”*

(Dionísio, 4 K-S)

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é esboçar uma análise sistêmica da ideia de separação de poderes no contexto da sociedade contemporânea, marcada por sua fragmentação em diversos subsistemas autônomos que exercem funções distintas em um universo hipercomplexo. Para tanto, em primeiro lugar, procura justificar o referencial teórico escolhido mediante a indicação de sua pertinência para o tratamento da questão a ser analisada. Assim, conforme se mostrará a seguir, a teoria dos sistemas, quando comparada a outras propostas teóricas de grande potencial analítico, é especialmente vocacionada à análise da separação dos poderes porque, inscrevendo-se no âmbito de uma importante matriz sociológica da modernidade, dá especial relevo à diferenciação

social na configuração da sociedade moderna. Em virtude dessa ênfase na diferenciação, a teoria dos sistemas se afigura como horizonte fértil para a análise da separação dos poderes, pois justamente insiste na contextura fragmentária da sociedade hodier- na e, portanto, mostra-se particularmente sensível aos problemas que lhe são atinente- tes.

Em seguida, o artigo realiza uma breve reconstrução do itinerário intelectual da ideia de separação de poderes na “semântica moderna”. Assim, sem pretender, evi- dentemente, realizar um exame histórico mais consequente dessa ideia, o que seria incompatível com as dimensões e com os propósitos desta análise, procurar-se-á ape- nas implementar uma alusão a autores clássicos que, no horizonte da “semântica mo- derna”, contribuíram para sua difusão e consolidação. Neste momento, serão enfocadas algumas perspectivas da história das ideias, especialmente a tese de Quentin Skinner, cujo foco consiste em elaborar instrumentos metodológicos adequados para se evitar o anacronismo.

Por fim, para a implementação da releitura sistêmica da separação dos pode- res, serão pontuados alguns aspectos da teoria desenvolvida por Niklas Luhmann que, como se sabe, fornece um sofisticado instrumental analítico para a abordagem da com- plexidade que caracteriza a sociedade contemporânea. Neste sentido, será enfocada, especialmente, a relação entre os subsistemas jurídico e político no âmbito de um con- texto social que, tal como o moderno, é marcado pela diferenciação. Para tanto, será especialmente abordado o papel da constituição como forma de acoplamento estru- tural e de fechamento do circuito autopoietico desses dois subsistemas funcionais da sociedade moderna.

A propósito, cabe notar que interpretar o Direito é função essencial devido a sua importância para o operador jurídico e para a certeza da aplicação da justiça. Nesse contexto, a separação dos poderes se afigura um tema bastante atual, especialmente diante de um cenário de judicialização que o considera, tal como ocorre no Brasil, des- necessário, fora de moda, quase que impeditiva da concretude normativa.<sup>1</sup> Descon- sidera-se, nessa perspectiva, que o Estado liberal se alicerçou sobretudo no controle do soberano e na garantia das liberdades individuais. Para tanto, dividiu o poder do soberano em três partes, revelando o propósito de isolamento de um poder em face de outro, quer dizer: entre eles, pouco ou nada deveria haver de contato e cada um com a sua função claramente definida. Essa construção, vinculada a Montesquieu, ao me- nos nesses moldes, fomentou o fortalecimento do Estado liberal mediante, inclusive,

<sup>1</sup> O vocábulo “judicialização”, que impera na discussão brasileira para indicar o processo de progressiva expansão do poder ju- dicial, tanto na esfera política como na social, provém, de inglês *judicialization* e encontra sua inspiração mais direta em autores como, por exemplo, Mauro Cappelletti, Ran Hirschl, Antoine Garapon e, especialmente, Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder. A respeito, ver, por exemplo: MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-133, 2002. Acerca da discussão francesa, focalizando especialmente a “sociologia política do direito”, ver: VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. A juridicização e a judicialização enfocadas a partir da “sociologia política do direito” de Jacques Commaille. *Revista brasileira de sociologia do direito*, vol. 2, n. 2, p. 56-75, 2015.

a mistificação da sua proposta de divisão.<sup>2</sup> Entretanto, não foi sempre esse o ideário dominante no que diz respeito à precitada “separação de poderes”<sup>3</sup>. Assim, no contexto do Brasil atual, cabe indagar qual a utilidade da separação dos poderes, no processo de construção de sentido da norma jurídica pelo judiciário.

## 2. DA PERTINÊNCIA DA TEORIA DOS SISTEMAS COMO REFERENCIAL ANALÍTICO PARA A DISCUSSÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM UM CONTEXTO HIPERCOMPLEXO

A escolha de um referencial teórico para análise de qualquer temática complexa sempre demanda justificativa. Por esse motivo, o presente estudo se inicia com a justificativa da pertinência do referencial escolhido para o tratamento do princípio da separação de poderes. Essa justificativa é particularmente importante porque, como ressalta Guibentif, as diversas propostas teóricas desenvolvidas na atualidade caracterizam-se pela pretensão de suas “garantias de pertinência” relativamente à análise da realidade.<sup>4</sup> Contudo, a teoria dos sistemas, ao conceber a sociedade moderna a partir do tipo de diferenciação primária que a estrutura, tende a fornecer um quadro analítico especialmente adequado para a análise das questões atinentes à separação dos poderes. Para que se explique, em termos mais evidentes, essa pertinência do referencial relativamente à temática em questão, a seguir será realizada uma breve análise da inscrição da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann no âmbito da matriz sociológica da “diferenciação social”, nos termos em que Danilo Martuccelli a define.

A modernidade, enquanto objeto da análise sociológica, teria sido descrita por variados autores a partir de diferentes maneiras, decorrendo daí a sua significativa porosidade conceitual.<sup>5</sup> Para a reconstrução e a articulação das diversas abordagens sociológicas desenvolvidas acerca desse tema, Martuccelli propõe a utilização do conceito de matriz, que consistiria em uma forma de compreensão da continuidade da

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 44-45. Sobre a implementação dos valores liberais pela burguesia e a separação dos poderes como artefato desse pleito, ver WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 92-93; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 34, 36-37; MACIVER, R. M. *The modern State*. London: Oxford University Press, 1964, p. 364-395; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 167: “01. A separação dos poderes constitui um dos mitos mais eficazes do Estado liberal, coroado na afirmação, inscrita no art. 16 das Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, [...]”. Para uma abordagem geral a respeito da separação dos poderes, na literatura brasileira, ver SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987, na portuguesa, ver PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Um conjunto para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Faculdade de Direito de Lisboa, 1989, na italiana, ver BOGNETTI, Giovanni. *La divisione dei poteri*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2001, na espanhola, ver VILE, M.J.C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Trad. Joaquín Varela Suanzes-Carpegna. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

<sup>3</sup> Com realce à necessidade de retomada dos estudos históricos sob o enfoque dos conflitos entre os seus atores e, sobretudo, a fim de obter uma nova leitura sob o viés da interdisciplinaridade, ver WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil...* Op. Cit. p. 1.

<sup>4</sup> GUIBENTIF, Pierre. Teorias sociológicas comparadas e aplicadas. Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann face ao direito. *Revista Novatio Iuris*, ano II, n. 3, p. 9-33, 2009, p. 19.

<sup>5</sup> Cf. MARTUCCELLI, Danilo. *Sociologies de la modernité*. Paris: Gallimard, 1999. p. 9.

reflexão sociológica a respeito da modernidade e, por conseguinte, da articulação de suas distintas visões. O conceito de matriz designaria, sobretudo, um espaço de invenção teórica e de descrição da modernidade que não poderia ser reduzido a uma doutrina ou a um único modelo epistemológico consistente.<sup>6</sup>

As três grandes matrizes sociológicas de descrição da modernidade, segundo o mencionado autor, seriam: a) “matriz da diferenciação social”; b) “matriz da racionalização”; e c) “matriz da condição moderna”.<sup>7</sup> A “matriz da diferenciação social”, que privilegia o processo de diferenciação da sociedade como forma de descrição da modernidade, estaria estruturada no pensamento de Émile Durkheim, agregando autores como Talcott Parsons, Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann.<sup>8</sup> A “matriz da racionalização” - que tem como esteio as obras de Max Weber, Norbert Elias, Herbert Marcuse, Michel Foucault e Jürgen Habermas - enfatizaria, ainda que por perspectivas diferentes e muitas vezes conflitantes, o processo de racionalização como fator definidor do perfil da modernidade. Nesse contexto, mesmo divergindo significativamente, as propostas de Weber, Elias, Marcuse, Foucault e Habermas teriam em comum a problemática da racionalização como pano de fundo de suas análises sobre a modernidade.<sup>9</sup> Por fim, na “matriz da condição moderna”, a reflexão sociológica estaria voltada à análise dos paradoxos e das contradições insuperáveis da vida moderna – pautada pela fugacidade e efemeridade engendradas por uma condição de constante mutabilidade – cujo ritmo se torna cada vez mais acelerado. Nessa matriz, o foco da análise estaria dirigido acima de tudo para a natureza da relação social que o indivíduo (que não pode mais ser definido como o sujeito coerente e homogêneo da consciência clássica) mantém com um mundo que se tornou fragmentário, como articulam Georg Simmel, Erving Goffman, Alain Touraine e Anthony Giddens.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Cf. MARTUCELLI, Danilo. *Sociologies de la modernité...* Op. Cit. p. 20-21. Para uma análise da proposta de Martuccelli, ver: VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55-58; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 43-44, nota 55; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. Différentiation fonctionnelle. In: ARNAUD, André-Jean (Dir). *Dictionnaire de la globalisation* – Droit, science politique, sciences sociales. Paris: LGDJ, 2010, p. 144-148; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 105, p. 565-563, jan./dez. 2010; GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais*: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79-80.

<sup>7</sup> Vale notar que Martuccelli também alude aos discursos críticos que se delineiam como “contrapontos da modernidade”, em meio aos quais sublinha duas tendências: 1- a sociologia e a narrativa da história; 2- as críticas pós-modernas. Cf. MARTUCELLI, Danilo. *Sociologies de la modernité...* Op. Cit. p. 547-562.

<sup>8</sup> Cf. MARTUCELLI, Danilo. *Sociologies de la modernité...* Op. Cit. p. 29-184.

<sup>9</sup> Cf. MARTUCELLI, Danilo. *Sociologies de la modernité...* Op. Cit. p. 187-366.

<sup>10</sup> Cf. MARTUCELLI, Danilo. *Sociologies de la modernité...* Op. Cit. p. 369-537.

**Quadro 1**  
**Matrizes sociológicas da modernidade<sup>11</sup>**

<b>Matrizes da sociologia</b>	<b>Matriz sociológica da “racionalização”</b>	<b>Matriz sociológica da “diferenciação social”</b>	<b>Matriz sociológica da “condição moderna”</b>
Preocupação essencial da análise	Processo de racionalização social	Diferenciação da sociedade	Paradoxos e contradições da vida moderna
Descrição da modernidade	Sociedade “desencantada”	Funcionalmente diferenciada	Mundo social fragmentário e em constante mutação
Autores fundamentais	Max Weber, Norbert Elias, Herbert Marcuse, Michel Foucault e Jürgen Habermas	Émile Durkheim, Talcott Parsons, Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann	Georg Simmel, Erving Goffman, Alain Touraine e Anthony Giddens

**Fonte:** Gonçalves; Villas Bôas Filho, 2013, p. 80.

Essa sucinta alusão à análise de Martuccelli acerca das matrizes sociológicas da modernidade objetiva sublinhar não apenas a inscrição da teoria dos sistemas de Luhmann no âmbito da matriz da diferenciação social, mas também a importância que a questão da diferenciação assume no âmbito de sua análise da modernidade. Na teoria luhmanniana, a questão da diferenciação é alcançada a um patamar de primeira importância, ou seja, é tomada como critério fundamental de definição do perfil da sociedade moderna. Aliás, segundo Martuccelli, em Luhmann essa questão assume uma radicalidade que não encontra paralelo nas demais teorias que compõem a matriz sociológica da diferenciação funcional. Ora, à medida que a teoria dos sistemas dá especial relevo à diferenciação ela se vocaciona especialmente ao tratamento das questões atinentes à separação de poderes, mostrando-se, portanto, um referencial de forte potencial heurístico para a tematização de tal questão.

<sup>11</sup> Este quadro foi originalmente publicado em: GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade** na obra de Niklas Luhmann, p. 80.

### 3. SEPARAÇÃO DOS PODERES: NOTA SOBRE A CONSTRUÇÃO MODERNA DE UM CONCEITO POLÍTICO FUNDAMENTAL

A análise de uma formulação teórica de grande impacto, como é o caso da separação dos poderes, implica alguma contextualização. Contudo, evidentemente, não é possível realizar, no âmbito do presente artigo, uma abordagem mais consequente do itinerário intelectual percorrido por essa formulação. Assim, tendo em mente a necessidade de evitar anacronismos grosseiros, a presente análise, em termos bastante circunscritos, focará a inscrição dessa formulação no âmbito da filosofia política moderna. Esse recorte é particularmente importante para elidir projeções anacrônicas que projetam para épocas passadas formulações que nelas não poderiam existir em virtude de estarem ligadas a experiências modernas.<sup>12</sup> Então, com a finalidade de sublinhar a importância da contextualização das ideias, será feita uma apropriação pontual da perspectiva analítica de Quentin Skinner, autor que procura forjar instrumentos metodológicos para lidar com o problema do anacronismo no âmbito da história das ideias.<sup>13</sup>

Ao reunir algumas perspectivas metodológicas atuais que, no âmbito da análise histórica, têm por objeto o pensamento político, social e respectivos conceitos, Jasmin (2005) aponta duas vertentes fundamentais: de um lado, o contextualismo linguístico, também denominado de “Escola de Cambridge” ou de “enfoque *collingwoodiano*”, cujo principal representante é Quentin Skinner; de outro, a chamada história dos conceitos (*Begriffsgeschichte*), que tem Reinhart Koselleck como principal expoente. Ambas as perspectivas partem de pressupostos significativamente diversos, mas, malgrado suas divergências, têm, sob vários aspectos, confluído crescentemente para

<sup>12</sup> Historicamente é pouco viável identificar, com segurança, o momento temporal em que ocorreu a primeira menção literária à separação dos poderes. Obviamente, como ressaltado antes, não é o problema proposto a ser enfrentado aqui. Não obstante, é possível indicar uma preocupação com essa questão no âmbito da filosofia aristotélica, especialmente no que tange à ideia de constituição mista. Todavia, o ideário aristotélico voltou-se muito mais ao espeque social, de sorte a atender à quantidade de governantes existentes. Desse modo, procurando evitar assertivas e interpretações anacrônicas relativamente ao pensamento de Aristóteles, é possível afirmar, em termos genéricos, que ele focalizou o justo meio, ou seja, o equilíbrio, até pela razão de tal proceder ser o grande norte da sua filosofia, quando pensou em poderes que seriam encarregados de gerir a pôlis, a magistratura e a administração da justiça. A respeito, ver, por exemplo: PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**, 1989, p. 31-36. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito presuposto**, p. 168: “Aristóteles (1982/316; IV, 14) ensaiá princípios análogos àqueles sobre os quais, posteriormente, se apoia a doutrina do equilíbrio entre os poderes, ao afirmar a existência, nos governos, de três partes[...]”. Ver SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 109.

<sup>13</sup> Para uma análise mais profunda das propostas de Quentin Skinner e de Reinhart Koselleck, ver: VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo.; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). **Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27-61; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. Direito e liberdade: algumas considerações acerca de uma abordagem atenta à historicidade dos conceitos. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ADEODATO, João Maurício (Orgs.). **Filosofia e teoria geral do direito: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 917-941; VILLAS BOAS FILHO. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. Vol. 108, p. 651-696, jan./dez. 2013.

posicionamentos cada vez mais próximos.<sup>14</sup> No presente artigo, será feita alusão à perspectiva de Skinner, considerado o exemplo paradigmático da “Escola de Cambridge”.<sup>15</sup>

Visando rejeitar abordagens históricas simplificadoras acerca do pensamento político que conduziriam a anacronismos inaceitáveis e à pressuposição de que existiria um conjunto de questões perenes (*a set of perennial questions*) a impulsionar o pensamento político, Skinner procurou uma metodologia de análise histórica que visava dois objetivos fundamentais: a) revisar abordagens anacrônicas que projetam expectativas do presente sobre autores do passado, de modo a considerá-los figuras centrais e representantes de doutrinas ainda não propostas na época em que publicavam seus estudos; b) apropriar-se de uma teoria capaz de fundamentar essa opção metodológica em termos consistentes para a realização de análise histórica acerca da produção do significado em seu respectivo contexto, com a consequente eliminação dos problemas que decorrem do anacronismo.<sup>16</sup> No que concerne ao primeiro objetivo - revisar abordagens passadas -, Skinner procurou justamente descentrar a análise do pensamento político de seus autores clássicos<sup>17</sup> e a intenção será desmistificar o que chamou de “mitologias” (*mythologies*) da história do pensamento que, segundo ele, desdobrar-se-iam basicamente em quatro ramificações: a) a “mitologia das doutrinas” (*mythology of doctrines*), consistente em considerar determinados autores como representantes de dou-

<sup>14</sup> Ao longo do tempo, Skinner, em um primeiro momento chegou a postular a impossibilidade de se fazer uma história conceitual, teria progressivamente se aproximado da *Begriffs geschichte*, a ponto de afirmar, no texto intitulado *Contributions to the History of Concepts*, que sua atividade e também a de seus colegas de Cambridge, seriam expressão de uma forma de história conceitual. A respeito, ver: JASMIN, Marcelo Gantus; FERES Jr., João. História dos conceitos: dois momentos de um encontro intelectual. In: \_\_\_\_\_. (Org.) **História dos conceitos**: dois momentos de um encontro intelectual: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: Ed. da PUC-Rio; Edições Loyola: IUPERJ, 2006, p. 9-38. Ao analisar o confronto da “Escola de Cambridge” com a *Begriffs geschichte*, Sandro Chignola distingue o modo pelo qual Skinner e Pocock se relacionam com a perspectiva de Koselleck. Para aquele autor: “Em uma primeira fase, Skinner, contra Raymond Williams, sustentava veementemente a ‘impossibilidade’ epistemológica de escrever uma ‘história dos conceitos’. Posteriormente, essa posição foi sendo substituída por uma outra na qual Skinner admite uma menor inocomunicabilidade entre o seu projeto teórico e o de Koselleck. Mais rígido, Pocock tem, ao contrário, uma posição própria: a dimensão ‘conceito’ não pertence ao discurso político e ao modo como os atores históricos concretos operam este discurso.” (CHIGNOLA, Sandro. História dos conceitos e história da filosofia política. In: FERES Jr., João; JASMIN, Marcelo Gantus. (Org.) **História dos conceitos**: diálogos transatlânticos. Rio de Janeiro: Ed. da PUC-Rio; Edições Loyola: IUPERJ, 2007, p. 48). VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffs geschichte* de Reinhart Koselleck. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). **Nas fronteiras do formalismo**: a função social da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27-61.

<sup>15</sup> Vários são os autores que enfatizam a proeminência de Skinner no âmbito da “Escola de Cambridge”. Ver, por exemplo: JASMIN, Marcelo Gantus. História dos conceitos e teoria política e social: referências preliminares. **Revista brasileira de ciências sociais**, São Paulo, v. 20, n. 57, p. 27-38, fev. 2005; FERES Jr., João; JASMIN, Marcelo Gantus. (Org.) **História dos conceitos**: diálogos transatlânticos. Rio de Janeiro: Ed. da PUC-Rio; Edições Loyola: IUPERJ, 2007; TUCK, Richard. História do pensamento político. In: BURKE, Peter. (Org.) **A escrita da história**: novas perspectivas. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Ed. da Universidade Estadual Paulista, 1992. p. 273-289; CHIGNOLA, Sandro. História dos conceitos e história da filosofia política. In: FERES Jr., João; JASMIN, Marcelo Gantus. (Org.) **História dos conceitos**: diálogos transatlânticos. Rio de Janeiro: Ed. da PUC-Rio; Edições Loyola: IUPERJ, 2007. p. 45-57.

<sup>16</sup> JASMIN, Marcelo Gantus; FERES Jr., João. História dos conceitos: dois momentos de um encontro intelectual. In: \_\_\_\_\_. (Org.) **História dos conceitos**: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: Ed. da PUC-Rio; Edições Loyola: IUPERJ, 2006, p. 9-38.

<sup>17</sup> Nesse particular, entende-se todo o esforço desenvolvido por Skinner em textos como “Fundações do pensamento político moderno”. Nesse livro, ressalta que entre os três objetivos que animam esta obra, o terceiro consistiria justamente em “ilustrar um certo modo de proceder ao estudo e interpretação dos textos históricos.” E completa: “[...] tentei, assim, escrever uma história menos concentrada nos clássicos e mais na história das ideologias, tendo por objetivo construir um quadro geral no qual possam ser situados os textos teóricos mais proeminentes da política.” SKINNER, Quentin. **Fundações do pensamento político moderno**. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 10.

trinas que nada mais são do que projeções do presente sobre o passado, desconsidera, assim, as articulações linguísticas próprias de cada período e, em seu entendimento, responsáveis por animar as ações políticas<sup>18</sup>; b) a “mitologia da coerência” (*mythology of coherence*) denota a imposição de uma coerência que não existe originalmente na obra dos autores; c) a “mitologia da prolepsis” (*mythology of prolepsis*) se refere à indevida atribuição de valor histórico antecipado às contribuições intelectuais de um determinado autor; d) a mitologia do paroquialismo (*mythology of parochialism*) consiste em dotar elementos estranhos e próprios das doutrinas analisadas de uma certa familiaridade que eles não têm. Essas mitologias comporiam o que Skinner denomina de “tipologia do anacronismo” (*typology of anachronistic*)<sup>19</sup>, que deve ser combatida, por quanto incumbiria ao historiador ter em mente os conceitos que ainda são invocados nos termos em que foram inicialmente definidos, os seus propósitos e a concepção de poder público que lhes deu sustentação.<sup>20</sup>

A atenção do historiador implicaria considerar não apenas as continuidades (*continuities*), muitas vezes artificialmente criadas, de modo a conceber o passado como uma espécie de espelho (*past as a mirror*) cuja finalidade seria refletir novamente sobre nossas próprias suposições e preconceitos. Além disso deveria, também, voltar-se para as descontinuidades (*discontinuities*) que permitiriam evidenciar como valores petrificados podem dissolver-se no ar.<sup>21</sup> Assim, segundo Skinner, em alusão superficial ao pensamento de Foucault, poder-se-ia afirmar que o historiador agiria como uma espécie de arqueólogo pronto para trazer à superfície tesouros intelectuais enterrados de modo a permitir que se reavalie as suas significações.<sup>22</sup> O passado, nessa perspectiva, não é um repositório de conhecimentos direcionados ao auxílio da resolução de problemas do presente. O passado pode fornecer informações relevantes que, entretanto, não são diretamente aplicáveis e devem, isto sim, ser “ruminadas”.<sup>23</sup> Nesse sentido, é possível afirmar que “a crítica de Skinner se dirige contra toda e qualquer interpretação

<sup>18</sup> Segundo o autor: “[...] a fim de explicarmos por que tal agente faz o que faz, será preciso referirmo-nos a seu vocabulário, já que este com toda a evidência se defineia como um dos fatores a determinar sua ação.” SKINNER, Quentin. **Fundações do pensamento político moderno...** Op. Cit. p. 12.

<sup>19</sup> Acerca das “mitologias” da história do pensamento, apontadas por Skinner, ver: JASMIN, Marcelo Gantus; FERES Jr., João. História dos conceitos: dois momentos de um encontro intelectual. In: \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. (Org.). **História dos conceitos: debates e perspectivas**. Rio de Janeiro: Ed. da PUC-Rio; Edições Loyola: IUPERJ, 2006, p. 15.

<sup>20</sup> SKINNER, Quentin. **Liberty before liberalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 111.

<sup>21</sup> SKINNER, Quentin. **Liberty before liberalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 112.

<sup>22</sup> Ao comparar o historiador ao arqueólogo, imputando-lhe a função de “bringing buried intellectual treasure back to the surface, dusting it down and enabling us to reconsider what we think of it”, Skinner reconhece a superficialidade de sua apropriação do pensamento de Foucault ao afirmar que “my references to archaeology invoke a more commonplace understanding of the term than the one employed by Michel Foucault [...]” SKINNER, Quentin. **Liberty before liberalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 112.

<sup>23</sup> SKINNER, Quentin. **Liberty before liberalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 118. O autor utiliza o termo “ruminar” aludindo ao sentido que Nietzsche lhe teria dado na obra “Genealogia da moral”.

histórica que impõe aos autores do passado problemas e linguagens que são exclusivos do presente do estudioso”<sup>24</sup>.

Quanto ao segundo objetivo - apropriação de teoria capaz de elidir os anacronismos decorrentes das análises tradicionais -, Skinner propõe analisar como ocorre a produção do significado a partir do uso da linguagem. Para tanto, apropria-se da teoria dos “atos de fala” (*speech acts*) desenvolvida por John L. Austin e John R. Searle para enfatizar justamente o caráter performativo da linguagem<sup>25</sup>, ou seja, o fato de que, por intermédio dela, agimos. Assim, tomando como pressuposto a “pluridimensionalidade” dos atos de fala, também proposto por Austin, para demonstrar que, por meio do ato ilocucionário (*illocutionary act*), nós agimos usando a linguagem, Skinner pretende sustentar que a força ilocucionária de um determinado proferimento (*utterance*) não é captada apenas pela análise do texto, demandando o conhecimento da intenção de quem o proferiu.<sup>26</sup>

Neste ponto do estudo, não cabe recuperar o desenvolvimento em profundidade da proposta metodológica de Skinner, nem as dificuldades que nela remanescem, a despeito de reformulações ou críticas que lhe são dirigidas. O que importa é explicitar a importância de se evitar o anacronismo das abordagens históricas tradicionais, recorrentes nas análises jurídicas, pois, como anota Jasmin, um dos resultados fundamentais da perspectiva de Skinner é justamente a “afirmação da impossibilidade de transposição dos conceitos antigos para o presente sem anacronismo”<sup>27</sup>. Aliás, conforme ressalta Skinner, os historiadores devem direcionar seus esforços para a finalidade de “reconstruir sem anacronismo as mentalidades de outros períodos.”<sup>28</sup>

<sup>24</sup> JASMIN, Marcelo Gantus; FERES Jr., João. História dos conceitos: dois momentos de um encontro intelectual. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **História dos conceitos:** debates e perspectivas. Rio de Janeiro: Ed. da PUC-Rio; Edições Loyola: IUPERJ, 2006, p. 25.

<sup>25</sup> Referindo-se atos de fala performativos, Manfredo Araújo Oliveira ressalta: “[...] a esse tipo de expressão linguística Austin chama de ‘performativas’ (do verbo inglês *to perform*) precisamente para distinguí-las das proposições comumente consideradas – aquelas que exprimem um ato de constatação –, pois a própria designação executa uma ação. Tais expressões não descrevem fatos, mas ‘constituem’ fatos, isto é, ações executadas pelo sujeito que as profere.” OLIVEIRA Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 152.

<sup>26</sup> A respeito, vale notar que a perspectiva de Skinner, embora possa “ser aproximada de outras abordagens contextualistas da primeira metade do século XX – como as propostas, por exemplo, pela noção de *utensilagem mental* de Lucien Febvre ou da ‘sociologia do conhecimento’ de Karl Mannheim –, ela traz consigo aquisições da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da linguagem ordinária de John Austin” JASMIN, Marcelo Gantus. História dos conceitos e teoria política e social: referências preliminares. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 20, n. 57, p. 27-38, fev. 2005.

<sup>27</sup> JASMIN, Marcelo Gantus. História dos conceitos e teoria política e social: referências preliminares. **Revista brasileira de ciências sociais**, São Paulo, v. 20, n. 57, fev. 2005, p. 30. Porém, cumpre notar que uma perspectiva como a de Skinner seria metodologicamente limitadora, pois não permitiria aqüilar o nexo do conceito de dogmática jurídica em seus múltiplos usos históricos. É por essa razão que “História dos conceitos” (*Begriffsgeschichte*) de Reinhart Koselleck pode ser considerada mais sofisticada e consequente. A respeito, ver, especialmente, VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo.; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). **Nas fronteiras do formalismo:** a função social da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27-61; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. Direito e liberdade: algumas considerações acerca de uma abordagem atenta à historicidade dos conceitos. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ADEODATO, João Maurício (Org.). **Filosofia e teoria geral do direito:** homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 917-941; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. Democracia: a polissêmia de um conceito político fundamental. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, vol. 108, p. 651-696, jan./dez. 2013.

<sup>28</sup> Conforme Skinner, o propósito seria “reconstruct without anachronism the alien *mentalités* of earlier periods SKINNER, Quen-

Sem adentrar as complexas discussões que, no âmbito da pesquisa histórica, gravitam sobre essa questão, não é demais associar o embrião da doutrina denominada “liberalismo” ao debate político-filosófico inglês a desembocar na Carta Magna de 1215, quando se garantiu a proteção à propriedade, ao livre comércio e à liberdade dos súditos. A partir desse momento histórico, tais direitos só poderiam ser atacados após julgamento realizado com base nas leis do respectivo país. No que diz respeito à tripartição de poderes, Locke atribui ares de continuidade à limitação do poder, numa abordagem romântica e teórica, registre-se, posta pelo filósofo, até mesmo de forma abstrata, mormente porque ventilou tolher o poder pelo consentimento, pelo direito natural e pela virtude do governante. Sem embargo, é importante consignar a inegável importância de Locke para o fortalecimento do regime liberal, cujo alicerce inicial se embasou em seus preceptivos, grafados notadamente na obra intitulada “Dois Tratados sobre o Governo Civil”. Conhecido como “pai do liberalismo moderno”, a obra do filósofo inglês contribuiu para a eclosão das revoluções liberais da Europa e da América, apesar de seu conjunto doutrinário conter fundamentação essencialmente teórica.<sup>29</sup>

Locke parte do estado de natureza do homem para paulatinamente desenvolver um plexo racional, a fim de justificar, ou mesmo ratificar, a propriedade.<sup>30</sup> O estado de natureza, concebido como situação originária que reinaria a liberdade e a igualdade, foi o mote utilizado pelo filósofo para defender a propriedade arduamente, com esteio no direito natural.<sup>31</sup> Trata-se, portanto, de um teórico *jusnaturalista* que fomenta o Estado liberal, com a assertiva de que a ordem civil que a ela se opusesse perderia

tin. The idea of negative liberty: philosophical and historical perspectives. In: SKINNER, Quentin; RORTY, Richard; SCHNEEWIND, Jerome B. (eds.). **Philosophy in history:** essays on the historiography of philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, p. 193-221, 1998, p. 202. A respeito, ver: A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhard Koselleck. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo.; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). **Nas fronteiras do formalismo:** a função social da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36; **Filosofia e teoria geral do direito:** homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

<sup>29</sup> O “Primeiro tratado sobre o governo” é uma refutação da obra “O Patriarca” de Robert Filmer, enquanto o “Segundo tratado sobre o governo” versa sobre o que Locke considera ser a “verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil.” BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social...** Op. Cit. p. 46-47. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo y democracia.** México: Fondo de Cultura Económica , p. 12; BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia.** Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 12. Para a preservação da propriedade como motivo à formação da sociedade e para uma leitura crítica da sua influência no liberalismo, respectivamente, ver, por exemplo: MACPHERSON, Crawford Brough. **The political theory of possessive individualism:** Hobbes to Locke. Oxford: Oxford University Press, 1962, p. 197 e ss.; RITTSTIEG, Helmut. **La proprietà come problema fondamentale.** Studio sull’evoluzione del diritto mercantile. Trad. della Scuola di specializzazione in diritto civile dell’Università di Camerino, 15. Napoli: Edizione Scientifica Italiane, 2000, p. 69-79.

<sup>30</sup> Note-se que, no Segundo Tratado sobre o Governo Civil, Locke mobiliza dois sentidos diferentes para o termo “propriedade”. Em um primeiro sentido, ela significa o direito à posse de bens e riquezas obtidos mediante o trabalho. Em um sentido mais abrangente, entretanto, o autor também lhe associa, na referida obra, um outro sentido, que abrangeira “a vida, a liberdade, saúde e posses”. Cf. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 405 e ss. A respeito, ver, especialmente, a tese de MACPHERSON, Crawford Brough. **The political theory of possessive individualism:** Hobbes to Locke. Oxford: Oxford University Press, 1962, p.197 e ss.; WEINREB, Lloyd L. **Natural law and justice.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997, p. 79-80.

2011. Para uma crítica à perspectiva de Macpherson, ver: TUCK, Richard. **Natural rights theories:** their origin and development. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 2-3.

<sup>31</sup> A respeito, Locke considera que “o fim maior e principal para os homens unirem-se em sociedades políticas e submeterem-se a um governo é, portanto, a conservação de sua propriedade”.LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 495.

sua legitimidade por atacar a razão fundamental que justifica a formação do próprio Estado. Locke, ademais, defende expressamente o direito à resistência no caso de expropriação da propriedade pelo Estado, defensor dela *per se*.<sup>32</sup>

Esse ideário demonstra a grande importância de Locke para o liberalismo, notadamente pela delimitação proposta ao papel estatal e também no que diz respeito à promoção da liberdade e da propriedade. Tomando como base a advertência de que nunca se deve agir como um pai tendo a cuidar de um filho, segundo Locke, não se pode confundir o escopo do poder civil organizado, materializado no Estado, com o paternalismo. É, aliás, nesse sentido que, na obra "Primeiro tratado sobre o governo civil", desenvolve sua crítica às teses de Robert Filmer.<sup>33</sup> No "Segundo tratado sobre o governo civil" procura justamente "mostrar a diferença entre o soberano de uma sociedade política, um pai de família e o capitão de uma galera"<sup>34</sup>.

Fato é que, com a semente plantada, no decorrer dos séculos, a estruturação política inglesa chegou ao que atualmente denominamos "direito constitucional", dando estatura à "separação dos poderes", cristalizada por Locke, valendo registrar que o judiciário ainda não fora inserido na tripartição dos poderes, que contemplava o legislativo, o executivo e o federativo, com soberania do parlamento sobre os demais. Sem pretender realizar uma análise mais aprofundada do pensamento do autor, em termos gerais, pode-se afirmar que o mesmo atribui ao poder judiciário uma menor relevância.<sup>35</sup>

O receio da indevida utilização do poder, em razão dos excessos perpetrados pelo regime absolutista, estimulou o francês Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, a engendrar um mecanismo para controlar as ações do soberano. O político-filósofo Montesquieu é considerado pai da "tripartição dos poderes", cuja construção permite dividir a soberania no formato "quem legisla não executa e não julga, e vice-versa". O julgador, desta feita, não cria as leis, não administraria o Estado, o ocorrendo com o gestor, que estaria sempre afastado das duas outras funções estatais. Montesquieu grafou em sua clássica obra *De L'Esprit des Lois* a crença de que todo aquele que exerce poder tende a dele abusar. Então, para coibir a tirania, propôs a divisão de atuação referida linhas atrás. Esse pensamento denota um afastamento

<sup>32</sup> Cf. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 559 e ss. A respeito, ver: NICOLA, 2006, p. 276-278; BOBBIO, Norberto. **Liberalismo y democracia...** Op. Cit. p. 13. Acerca do direito à resistência em Locke, ver, por exemplo: THOMAS, D. A. Lloyd. **Locke on government.** London: Routledge, 1995, p. 57-58; BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural.** Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998. p. 239-246.

<sup>33</sup> Cf. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 203-376; 379-380; 537-342.

<sup>34</sup> Cf. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 381.

<sup>35</sup> Cf. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 502-528. A respeito, ver também: BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural.** Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998. p. 231-238; BOBBIO, Norberto. **Liberalismo y democracia...** Op. Cit. p. 23-24; BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia...** Op. Cit. p. 22; REDANO, 1931, p. 147, 153, 156. No que tange à preocupação sobre a atuação do poder político em termo diferenciado, como, por exemplo, o de um pai, ver: LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 380; 456-460.

da teoria lockeana para se dirigir à prática, com a delimitação de atores e papéis muito bem delimitados.<sup>36</sup>

Além da justificação de limitação de poder, a sua teoria serviu, por um grande período, de substrato inquestionável para o liberalismo burguês firmar-se como chave-mestra do pensamento filosófico e político. Esse ideário sobreviveu em razão da necessidade de preenchimento de uma lacuna teórica social que demonstrasse sintonia com os clamores de parcela da sociedade detentora do poder. A “separação dos poderes” apareceu intrinsecamente relacionada aos valores liberdade, modernidade, constituição e desagravo à monarquia, em destaque naquele período da história. Curioso, ourossim, que o medo surgiu novamente em primazia nas preocupações de formação de um novo poder; sendo assim, propõe-se poder como limite ao próprio poder.<sup>37</sup>

Os líderes da Revolução Francesa, vale lembrar, serviram-se do ideário de Montesquieu para justificar a divisão dos poderes, porém, no plano teórico, pode-se questionar se o filósofo almejou qualquer ato dessa natureza; além do mais, outorgou-se pelos revolucionários e, posteriormente, pelos próprios constitucionalistas, sentido ao texto em comento, em constantes assertivas onde se rotulam expressões não presentes em seu bojo, sendo, nesse contexto, muito mais hermenêuticas contaminadas pelo espírito liberal, do que mesmo novas luzes filosóficas. Exemplo emblemático dessa perspectiva é a própria divisão de poderes, pois Montesquieu nunca fez tal afirmação, apenas mencionou a separação de três funções de um mesmo poder.<sup>38</sup>

Diferentemente de Montesquieu, especialmente a rígida separação liberal que comandou o constitucionalismo durante séculos, a separação dos poderes tem papel de destaque no pensamento do filósofo Jean-Jacques Rousseau. Em termos esquemáticos, e assumidamente imprecisos, pode-se afirmar que, na perspectiva de Rousseau, um poder cria as normas, cujo conteúdo é justamente o caminho a ser seguido, e outro deve segui-lo fielmente. Um poder (legislativo) seria responsável por elaborar as diretrizes estatais as quais seriam concretizadas por um segundo poder (executivo).

<sup>36</sup> A respeito, Montesquieu afirma que “il y a, dans chaque État, trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil.” MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*. Paris: Flammarion, 2008. p. 244-245. BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 11-12. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social...** *Op. Cit.* p. 49; TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 287; ZAFFARONI, Eugenio Raul; TAVARES, Juarez. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 82. No debate inglês, ver MACIVER, R. M. **The modern State...** *Op. Cit.* p. 365.

<sup>37</sup> Conforme Montesquieu, “lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques, pour les exécuter tyranniquement.” MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*. Paris: Flammarion, 2008. p. 245. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social...** *Op. Cit.* p. 70; TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna...** *Op. Cit.* p. 285-286. ZAFFARONI, Eugenio Raul; TAVARES, Juarez. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos, p. 82.

<sup>38</sup> ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 7-28; CHEVALLIER, Jacques. **L'État**. 2. ed. Paris: Dalloz, 2011, p. 50-52; COMTE-SPONVILLE, André. **La philosophie**. Paris: PUF, 2005, p. 101-102; ZAFFARONI, Eugenio Raul; TAVARES, Juarez. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos 1995, p. 82-83. MACIVER, R. M. **The modern State...** *Op. Cit.* p. 367.

São, portanto, dois poderes e não três.<sup>39</sup> Não bastasse isso, Rousseau fomentou, especialmente no livro “Do contrato social”, a igualdade e a soberania popular. Dois valores ligados umbilicalmente: como os homens são iguais, todos teriam direito ao mesmo poder. A soma das parcelas de poder de cada cidadão resultaria na soberania. O Poder, por essa perspectiva filosófica, é justificado pela vontade popular única e exclusivamente, portanto, cairia por terra a sua defesa por meio da divindade e/ou da própria força física, comuns à época.<sup>40</sup> Por essa perspectiva teórica, os indivíduos passariam o seu poder - oriundo de urbe natural – e o receberiam parcialmente de volta, à guisa de direitos civis.<sup>41</sup>

Como se sabe, a base teórica de Rousseau também fomentou a ideologia revolucionária francesa.<sup>42</sup> Entre outros trechos do seu pensamento, defendeu a tese de que não existiria uma ordem natural oriunda da natureza ou mesmo da divindade e por essa razão nada justificaria o rei como soberano absolutista.<sup>43</sup> Aliás, considerando a abissal diferença entre subjugar uma multidão e reger uma sociedade, sublinhava que homem algum tem autoridade natural sobre os seus semelhantes e que a força não produz o direito, razão pela qual somente as convenções forneciam a base para a existência de uma autoridade legítima

<sup>39</sup> Referindo-se ao “corpo político” engendrado pelo contrato social, Rousseau faz a seguinte afirmação : “on y distingue de même la force et la volonté; Celle-ci sous le nom de puissance législative, l'autre sous le nom de puissance exécutive. Rien ne s'y fait ou ne s'y doit faire sans leur concours.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social.** Paris: Gallimard, 2001, p. 217.

<sup>40</sup> Nesse sentido, Rousseau afirma que “toute justice vient de Dieu, lui seul en est la source; mais si nous savions la recevoir de si haut nous n'aurions besoin ni de gouvernement ni de loix”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social.** Paris: Gallimard, 2001, p. 217, p. 200.

<sup>41</sup> Para essa questão, ver, particularmente, os dois primeiros livros que constituem a obra *Du contrat social*. Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social.** Paris: Gallimard, 2001, p. 217, p. 173-216. A respeito, ver também: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discretionalidade e controle jurisdicional.** 2. ed. 9. tir. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 11; BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social...** Op. Cit. p. 50-51; NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEF-FORT, Francisco (org.). **Os Clássicos da Política. Os clássicos da política.** São Paulo: Ática, 2003. p. 191-193; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Jean-Jacques Rousseau: a supremacia da vontade geral, a unidade do corpo moral e coletivo e a sobrecarga ética do cidadão. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 93-108, jan./jun. 2008. Ao debate proposto, interessa a seguinte transcrição de Rousseau: “Trouver une forme d’association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s’unissant à tous, n’obéisse pourtant qu’à lui-même et reste aussi libre qu’auparavant?. Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social.** Paris: Gallimard, 2001, p. 182.

<sup>42</sup> É muito recorrente a associação de Rousseau à Revolução Francesa. Basta lembrar, por exemplo, a frase de Joseph Lakanal, segundo a qual “ce n'est pas le Contrat Social qui nous a expliqué la Révolution, c'est la Révolution qui nous a expliqué le Contrat Social.” De fato, a influência de Rousseau na Revolução Francesa foi significativa. Milton Meira Nascimento, por exemplo, ressalta a ressonância do pensamento de Rousseau no “Círculo Social” – uma associação revolucionária fundada em 1790 por Nicolas e Bonneville e Claude Fauchet, da qual fizeram parte, entre outros, Condorcet e Brissot. Referida associação exerceu forte influência na Revolução Francesa até a queda dos girondinos. NASCIMENTO, Milton Meira. O Círculo Social: esboço de uma teoria da opinião pública na Revolução Francesa. In: COGGIOLA, Oswaldo (Org.) **A Revolução Francesa e seu impacto na América Latina.** São Paulo: Nova Stella: Edusp; Brasília, DF: CNPq, 1990, p. 71-94. Acerca da relação das ideias de Rousseau com a Revolução Francesa, ver também HABERMAS, Jürgen. La souveraineté populaire comme procédure: un concept normatif d'espace public. Trad. Mark Hunyadi. **Lignes – Revue trimestrielle – arts – littérature – Philosophie – Politique.** Paris, n. 7, p. 29-58, sept. 1989; GROETHUYSEN, Bernard. **Philosophie de la Révolution française.** Paris: Éditions Gallimard, 1996; OZOUF, M. **L'homme régent: essais sur la Révolution française.** Paris: Éditions Gallimard, 1989; SOBOUL, A. **História da revolução francesa.** Trad. Hélio Pôlvora. Rio de Janeiro: Zahar, 1974. A respeito, ver também VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Jean-Jacques Rousseau: a supremacia da vontade geral, a unidade do corpo moral e coletivo e a sobrecarga ética do cidadão. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 93-108, jan./jun. 2008.

<sup>43</sup> A respeito, ver Rousseau, especificamente o capítulo 2 do Livro I do Contrato Social, onde critica Grotius, Hobbes e Aristóteles.

entre os homens.<sup>44</sup> Para Rousseau, a ordem social seria fundada em convenções e o contrato social surgiria exatamente para que a soma das forças individuais garantisse os direitos de cada membro. Eis o grande motivo para a formação do “corpo moral e coletivo” que o autor designa de “corpo político” ou “República”. Assim, por consequência lógica, a sua violação acarretaria o fim dessa sociedade. Desta feita, a soma das vontades individuais forma a vontade geral, a qual, munida de intuito de bem comum, deveria dirigir o “corpo moral e coletivo”.<sup>45</sup> Nesse mesmo contexto, o papel do magistrado como grande defensor da sociedade e dos bons costumes, consistiria em proteger a propriedade e os bens civis, com a advertência que não deve tolerar nenhum dogma contrário aos mencionados bens a serem defendidos.<sup>46</sup>

No cenário das Américas, no ano de 1787, a Filadélfia sediou um dos últimos grandes debates cujo objetivo era (re)pensar o papel do Estado Federado, a Convenção Federal, a qual desembocou na nova Constituição para os Estados Unidos da América. Uma das temáticas enfrentadas dizia respeito à tripartição dos poderes. O palco, além das reuniões de debate, foi a imprensa de Nova Iorque, que, no ano seguinte, publicou textos assinados por Publius com o propósito de estimular os Estados a ratificarem o texto magno recém-criado. O conjunto desses ensaios recebeu o nome de “O Federalista”, posteriormente, a autoria foi reconhecida a Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, personalidades de grande destaque na história americana.<sup>47</sup>

Nesse debate, a influência dos tradicionais filósofos foi marcante. Rousseau e Montesquieu foram citados nominalmente. Com veemência, destacou-se o lado negativo da personalidade do homem, em repetição à tese de que o detentor do poder tende a abusar do seu exercício. Com efeito, reclamou-se da criação de um Estado forte repleto de mecanismos de controle do poder e seus mandatários, tal qual a ideia de separação dos poderes em que um poder coibiria o outro e assim sucessivamente. Contudo, aqui, a intenção não é propriamente limitar, mas sim dividir o trabalho com a pretensão de aumentar a eficiência dos poderes. Solicitou-se, no entanto, total atenção à garantia da autonomia do poder judiciário, que estaria em perigo por não ter poderes

<sup>44</sup> Sobre a origem convencional da autoridade legítima, Rousseau, ao refutar a autoridade natural de um homem sobre outro e a possibilidade de a força engendrar o direito, afirma que “restent donc les conventions pour base de toute autorité legitimate parmi les hommes.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Gallimard, 2001, p. 177.

<sup>45</sup> Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Gallimard, 2001, p. 182-186. A respeito, ver : NICOLA, 2006, p. 302, 305-307; NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os Clássicos da Política. Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2003. p. 194, 196 e 199. Eros Roberto Grau aponta o predomínio da influência filosófica de Montesquieu para o direito pátrio em detrimento da doutrina de freios e contrapesos. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 168: “Sua doutrina chega até nós a partir da exposição de Montesquieu, e não pela via da postulação norte-americana dos freios e contrapesos.

<sup>46</sup> NICOLA, Ubaldo. *Antologia ilustrada da Filosofia*. Editora Globo: São Paulo, 2006, p. 278.

<sup>47</sup> LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os Clássicos da Política. Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2003. p. 245-246; MACIVER, R. M. *The modern State... Op. Cit.* p. 366.

de iniciativa. Com esse adrede, timidamente vale registrar, outorga-se à Suprema Corte o sacerdócio de conceder a última palavra na hermenêutica constitucional.<sup>48</sup>

Anos antes, em 1776, na redação da declaração de independência das então colônias inglesas, em seguida denominadas de Estados Unidos da América, Thomas Jefferson afirmou que o fundamento dos governos é a salvaguarda dos direitos do homem, numa interpretação objetiva da natureza humana.<sup>49</sup>

A Suprema Corte Americana também serviu de exemplo para a criação da Suprema Corte brasileira, logo após o Período Imperial, com a proclamação da República. A indicação da referência veio de Dom Pedro II, externada em conversa com Salvador de Mendonça e com Lafayette Rodrigues Pereira, quando ambos foram despedir-se na véspera da viagem oficial ao EUA. Mesmo com a queda do monarca, o ideário não perdeu força, ao contrário, seguiu adiante, com a adoção de algumas características da corte americana na Constituição brasileira de 1891.<sup>50</sup>

#### 4. UMA RELEITURA SISTÊMICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A complexidade fomenta a contingência, tanto no plano estritamente social quanto no jurídico.<sup>51</sup> À medida que aumentam as hipóteses de escolhas, surgem muitos resultados possíveis. Hoje, escolhe-se a opção 1, amanhã, opta-se pela alternativa 2. Ambas com igual possibilidade de aplicação. Essa característica é típica das sociedades modernas, o que resulta na necessidade de uma estrutura social igualmente complexa. Trata-se de uma via de mão dupla: uma sociedade hipercomplexa como a atual reclama uma estrutura adequada para solvê-la. Em contrapartida, a estrutura da sociedade constituída em face das necessidades da complexidade precisa deste mesmo emaranhado para a sua evolução estrutural, visto que a constante provocação por novas opções faz com que o sistema social parcial emita novas comunicações com o condão de atender as demandas sociais.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos para males republicanos. LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os Clássicos da Política. Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2003. p. 246, 249-252; HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. Trad. Cid Knipell Moreira. Mentor Book: New York, 2003, p. 272-275. Sobre a pretensão norte-americana de aumentar a eficiência dos poderes pela tripartição de poderes, ver GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 168: "[...]; para os federalistas norte-americanos, diversamente, ela está imediatamente voltada a otimização do desempenho das funções do Estado, fundando-se também no princípio da divisão do trabalho."

<sup>49</sup> CAPURSO, Marcello. *Che cosa è lo Stato*. Problemi e definizioni. Torino: Rai Radiotelevisione, 1966, p. 95.

<sup>50</sup> RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 11. No mesmo sentido, VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*. Jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17-18.

<sup>51</sup> Acerca dessa questão, ver, especialmente: LUHMANN, Niklas. **Social systems**. Tradução de John Bednarz Jr. e Dirk Baecker. Stanford, California: Stanford University Press, 1995, p. 187 e ss.; LUHMANN, Niklas. **Essays on self-reference**. New York: Columbia University Press, 1990, p. 80-85. A respeito, ver, especialmente: GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza: horizontes críticos para a teoria dos sistemas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 209 e ss.

<sup>52</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1, p. 15; NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15-16. Sobre a estrutura como redutora

Postas essas considerações, verifica-se que o direito enfrentará situações novas e em cenários sociais completamente diversos, com desafios difíceis, inimagináveis até, de tal modo que, dia após dia, a advertência assentada por Bobbio torna-se mais atual: “[...] uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva [...]” e, ainda, “[...] à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil”.<sup>53</sup>

O direito nesse contexto fica com a tarefa de elevar a sua carga de abstração pela construção de uma elasticidade conceitual-interpretativa, a fim de abarcar hipóteses completamente heterogêneas por meio de reiteradas decisões, positivando-as a cada escolha.<sup>54</sup> Esse processo de novas escolhas também será operado pelo particular, dentro da sua margem de poder, outorgada previamente pelo próprio sistema parcial em questão. Apesar disso, sempre que houver dissenso entre os jurisdicionados, quer pela prática de ilícito, quer pela discordância interpretativa do pactuado contratualmente, restará ao Estado-juiz o escopo de dizer o direito.

As decisões estatais, cotidianamente, deparam-se com o princípio da separação dos poderes, cuja apuração da sua dimensão é imprescindível, até porque, historicamente, nota-se que a sua implementação se deveu ao esforço teórico do constitucionalismo liberal, forjado por uma das possíveis exegeses da filosofia política de Montesquieu e com a inequívoca atuação política da burguesia. O objetivo era criar um equilíbrio entre os poderes, cada um com a sua função, mas limitando o exercício do outro e assim sucessivamente. Nesse movimento, um poder coibiria o outro, naturalmente. Tal engrenagem foi pensada com um só intento: proteger os interesses liberais do abuso do poder absoluto, mediante a divisão do próprio poder e, sobretudo, pelo constante choque do exercício de poderes.<sup>55</sup>

Para Luhmann, os tribunais estão localizados no centro do sistema jurídico, enquanto a legislação e os contratos estão na periferia.<sup>56</sup> Sem embargo, todos fazem

da complexidade, ver FEBBRAJO, Alberto. **Funzionalismo strurale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 46-47.

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. Torino: Giulio Einaudi, 1997, p. 63. No original: “Scendendo infine dal piano ideale a quello reale, altro è parlare di diritti dell'uomo, di diritti sempre nuovi e sempre più estesi, e giustificarli con argomenti persuasivi, altro è assicurare loro una protezione effettiva. A proposito sarà bene fare ancora questa osservazione: via via che le pretese aumentano, la loro soddisfazione diventa sempre più difficile.”

<sup>54</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**... *Op. Cit.* p. 15. No viés da concretude das normas constitucionais, conferir NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 83-86.

<sup>55</sup> BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. **Diritto costituzionale**, 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2000, p. 75-80. Ainda, no atual cenário teórico italiano, a respeito do modelo constitucional do Estado Liberal, ver VIGNUDELLI, Aljs. **Diritto costituzionale**. Prolegomeni Principi Dinamiche Torino: G. Giappichelli, 1999, p. 40-41. No Brasil, indica-se BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**... *Op. Cit.* p. 63-88. Para um conceito de complexidade e de contingência, ver FEBBRAJO, Alberto. **Funzionalismo strurale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann**... *Op. Cit.* p. 43, 47-49.

<sup>56</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Nafarrate Torres. 2. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 359 e ss. A respeito, ver também: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 151 e ss.; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333 e ss.; GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e

parte do sistema, conhecido igualmente como sistema funcionalmente diferenciado, que possui função específica para atuar no sistema social global, marcado justamente pelo primado da diferenciação funcional. E sua identificação é exatamente a sua comunicação diferenciada, a materializar-se no seu código binário (lícito/ilícito) que baliza as operações comunicativas de tal sistema. A diferenciação comunicativa assume um papel-chave: sem ela não há subsistemas.

Com o propósito de criar um artefato capaz de auxiliar no bloqueio de eventual desdiferenciação, historicamente, a separação dos poderes se afigura como instrumento de fortalecimento da diferenciação comunicativa, consequentemente de inibição do abuso de poder. Aliás, para Luhmann, a diferenciação funcional representaria o próprio Estado Democrático de Direito porque garante a operação autônoma dos sistemas parciais em comento (política e direito) e não a autonomia da Administração Pública.<sup>57</sup>

Nesse mesmo sentido teórico, o Estado tem sido gradativamente alterado conforme a própria complexidade social. O Estado constitucional é fruto da diferenciação do sistema político como reação interna, diante da hipercomplexidade, como forma de uma ordem política.<sup>58</sup> O Estado constitucional utiliza o direito, por meio da sua positivação, como autolimitação do abuso do poder. A separação dos poderes surgiu mesmo como limitador da força física do poder<sup>59</sup>; é o resultado da comunicação do processo reflexivo do sistema político, provocado pela irritação do mencionado sistema pelo abuso de poder, sobretudo aquele do Estado Absoluto, como fruto da positividade jurídica.<sup>60</sup>

Nessa perspectiva, a evolução social é fomentada pela própria sociedade com o implemento de sua complexidade.<sup>61</sup> Na exata proporção da elevação da complexidade, os problemas vão surgindo e, com eles, novas operações sociais são inerentes ao próprio ambiente. Como frisa Luhmann, é uma relação dúplice: resolvem-se os problemas via novas comunicações e, paralelamente, surgem novos problemas delas decorrentes, o que impulsiona a diferenciação comunicacional. Tudo isso ocorre em razão da complexidade social. Desse processo, resulta a evolução, que não significa

sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 126 e ss.

<sup>57</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**, p. 80-83; LIMA, Fernando Rister de Souza. **Sociologia do direito**. O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2009. p. 61-67; NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil... *Op. Cit.* p. 85, 89- 91.

<sup>58</sup> Acerca do sistema político na teoria dos sistemas de Luhmann, ver, por exemplo: KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003, p. 69 e ss.

<sup>59</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Metamorfosi dello Stato. In: CEVOLINI, Alberto (Coord.). **Potere e modernità**. Stato, diritto, costituzione. Milano: Franco Angeli, 2007. p. 18-19.

<sup>60</sup> Da mesma forma, pode-se dizer, em relação aos direitos humanos e fundamentais, LUHMANN, Niklas. Metamorfosi dello Stato. In: CEVOLINI, Alberto (Coord.). **Potere e modernità**. Stato, diritto, costituzione. Milano: Franco Angeli, 2007. p. 32.

<sup>61</sup> A respeito, ver, especialmente: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2006, p. 100 e ss.; 325 e ss. A respeito, ver: GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77 e ss.

obrigatoriamente uma coisa boa, mas tão só que há um novo sentido dado à comunicação, ao menos se comparada à anterior.<sup>62</sup>

Ao transportar essa análise para o direito, percebe-se que em idêntica proporção da complexidade interna ao sistema vinda do externo, o subsistema em questão responderá com uma emissão comunicacional, isto é, processa-se a nova comunicação, que irritou o sistema, transformando-a em comunicação diferenciada com base no código binário: lícito/ilícito, em um processo operativo que resulta na própria positivação do direito. Por isso tudo, a positivação do direito, para Luhmann, é uma conquista evolutiva provocada pela elevação da complexidade; é fruto de um processo interno de reflexividade do sistema do direito, rotulado de reflexividade da normatização, concebida como mecanismo reflexivo ideológico, uma vez que reclama primeiro a valoração e depois a seleção.<sup>63</sup>

A mencionada reflexividade da normatização, obviamente interna ao sistema parcial do direito, torna-se um caso particular quando diferencia, pela comunicação, norma que servirá à formação de outras normas, dispostas na Constituição Federal. Segundo Luhmann, trata-se de uma padronização.<sup>64</sup> Essa reflexividade, voltada ao princípio da separação dos poderes, mesmo quando enfrentada incidentalmente no julgamento do mérito do litígio, pode ser considerada como padronização nesse mesmo espirito apregoados pelo mencionado autor, quiçá quando praticada pela Suprema Corte.

O enunciado normativo, fruto desse processo, ao dar vida ao texto legal, torna-se um ato de pura interpretação, cujo desenrolar pressupõe circularidade comunicativa. Seu resultado é incerto e possíveis conjecturas sobre a significação são meras expectativas, não obstante sempre estejam fixadas dentro da binariedade do respectivo código. Mesmo com tal complexidade, a concretização é imprescindível, uma vez que a ambiguidade/vagueza dos textos legais e a própria necessidade de levar a cabo os programas inseridos no direito reclamam a exegese da norma.

Ao aplicar a norma ao caso concreto, o julgamento fica responsável por proclamar o sentido da norma e a gerar o citado enunciado normativo, razão porque se chegou a rotular o magistrado de legislador. Para esta tese, o destaque é a constante

<sup>62</sup> Cf.: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2006, p. 100 e ss.; 325 e ss. A respeito, ver também: FEBBRAJO, Alberto. **Funzionalismo struturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann**, p. 92; VILLAS BOAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 102-103.

<sup>63</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Nafarrate Torres. 2. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 342; FEBBRAJO, Alberto. **Funzionalismo struturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann... Op. Cit.** p. 95, 97, 99-100; NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 132: "Pode-se, de acordo com o modelo sistêmico teórico, formular de maneira mais rigorosa: reflexividade como mecanismo no interior de um sistema autopoietico implica que o processo referente e o processo referido são estruturados pelo mesmo código binário e que, em conexão com isso, critérios e programas do primeiro reaparecem em parte no segundo. Por conseguinte, não é suficiente, por exemplo, indicar a normatização da normatização, pois a normatização religiosa ou moral da normatização jurídica, como também a referência normativa de um padrão de 'direito natural' à emissão de norma jurídico-positiva não representam, nesse sentido estrito, nenhuma reflexividade da produção normativa."

<sup>64</sup> FEBBRAJO, Alberto. **Funzionalismo struturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann**, p. 100-101.

dicotomia existente entre o legislador e o julgador. Há entre ambos uma dupla contingência (ou contingência social), na qual se encontram *ego* e *alter*, num incessante jogo comunicativo, a resultar numa incerteza quanto à compreensão da comunicação. A cognição de *alter* pode não coincidir com a intenção pretendida. O resultado, sem embargo, sempre deverá suscitar um sentido implícito “*alter quis dizer isso?*”<sup>65</sup>

No decorrer do processo interpretativo, a complexidade e a contingência têm papel de destaque, conforme ressaltado, especialmente na exegese dos princípios. Nele, o jogo comunicativo alcança níveis mais elevados, inclusive chega às construções comunicativas do Estado moderno, completamente mutáveis, em cujo desenvolvimento sucede uma constante tensão entre programas normativos, valores morais e outros tantos critérios que, no momento decisório, influenciam o seu resultado.

Desse modo, a busca do sentido da norma constitucional pode alcançar altíssimos índices de contingência, a ponto de influenciar na incerteza social a respeito dos enunciados normativo-constitucionais. Obviamente, essa hermenêutica construtivista não pode resultar em choque ou negação do texto legal interpretado, nem considerá-lo um sistema unitário do direito, pois sua aplicação deve ter consonância com as demais normas, as de patamar constitucional especialmente, tudo para dar tornar o sistema harmônico e coeso, até porque sistema sem coesão e sem harmonia não é um sistema.<sup>66</sup>

Ao aplicar esse pensamento aos princípios constitucionais, o intérprete se depara com um índice de profundidade reflexiva extremamente elevado, em efetivas estruturas de reflexividade, nas quais se constrói a observação de segunda ordem, cuja consequência lógica é a hermenêutica das regras em circularidade, que algumas vezes são interpretadas ampliativamente, demonstrando um nítido balizamento de conteúdo, como afirma Neves. Aliás, o autor faz menção ainda ao perigo dos extremos da reflexividade principiológica, pois se é verdade que regras rígidas demais podem chocar-se com uma sociedade complexa e extremamente dinâmica, também é verdade que o excesso pode diminuir, e até eliminar, a consistência teórica do direito, dando espaço à dominação de valores radicais com origem burguesa, religiosa ou de quaisquer grupos moralistas extremos.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Luhmann absorve da Teoria de Talcott Parsons a idéia de dupla contingência. A atribuição de sentido, quer nos sistemas psíquicos, quer nos sistemas sociais, sempre começará, pela elevada complexidade, a fluir também na elevada contingência, até a seleitividade, com a diferenciação sistêmica, a resultar na própria formação dos sistemas. Sobre a dupla contingência (doppelte Kontingenzen), no cenário italiano, ver CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Tradução Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996. p. 67-68; no Brasil, ver LIMA, Francisco Rister de Souza. **Sociologia do direito**. O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 4.

<sup>66</sup> Especialmente sobre a unidade do Direito, ver LIMA, Francisco Rister de Souza. **Sociologia do direito**. O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 2. ed., p. 29-30. BOBBIO, Norberto. **Teoria dell'ordinamento giuridico**. Turino: G. Giappichelli Editore, 1960. p. 69, 75. Por conseguinte, pode-se afirmar ser um pleonâsmo a assertiva: sistema harmônico e coeso.

<sup>67</sup> Dentro do mundo luhmanniano, a observação é, na verdade, uma operação que usa uma distinção para indicar os dois lados dessa mesma distinção. Segundo George Spencer Brown, a base de toda construção é a distinção. Sobre a observação

Não é de estranhar que essa artificialidade garanta um espaço comunicativo para que existam decisões em sentido contrário emitidas por outros representantes do Estado-juiz, tampouco vislumbrar que no futuro a mesma autoridade reinterprete a regra antes enfrentada à luz do mesmo princípio, obtendo resultado diverso do primeiro caso julgado, em nítida materialização da dupla contingência. É claro que instabilidade em demasia pode gerar insegurança social e mesmo desprestígio do direito diante da sociedade. Esse é o risco do direito. Não é tarefa fácil construir um formato de sistema jurídico que garanta a resolução das emergentes e constantes demandas sociais, sem conceder ao hermeneuta, *in casu* ao magistrado, poderes de reflexividade outorgados propriamente pelos princípios.

Em virtude dessa alta artificialidade, positivaram-se os direitos fundamentais como garantia de uma possível desdiferenciação do direito face às possíveis interpretações, apta a priorizar, por exemplo, valores morais em desfavor de regras. Esta atitude pode desencadear o fortalecimento dos regimes autoritários, de forte apelo ditatorial, de modo que a funcionalidade sistêmica seja prejudicada quando direitos subjetivos são deixados de lado - como liberdade ou mesmo direitos inerentes à personalidade -, em favor de valores momentâneos, ditados pelo novo governo.<sup>68</sup>

Com fulcro no manancial teórico sistêmico, o legislador seria “alter” e o juiz estaria no lugar de “ego”. Ter-se-ia a Assembleia Constituinte e a Corte Suprema ligadas comunicativamente com o seu subsistema de origem, respectivamente o político e o jurídico.<sup>69</sup> Nestes termos, a interpretação de uma Constituição base de um Estado Democrático de Direito reclamaría um choque harmônico entre princípios e regras, constante, incessante, chegando ao fim apenas na decisão final, quando então fica evidente a posição tomada pelo intérprete, a resultar na circularidade da relação entre normas e princípios.

Antes disso, a Constituição Federal, como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, propiciará uma forte e ininterrupta troca comunicativa entre ambos, quando um sistema influenciará o outro na tomada da decisão.<sup>70</sup> No caso do direito, o processo comunicativo judicial primeiramente apresenta uma argumentação formal atrelada às regras, para depois adequá-la aos valores sociais sobrepesada com a retórica substantiva dos princípios, como enfatiza Neves.<sup>71</sup>

(*Beobachtung*), na doutrina italiana, ver CORSI Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**, p. 117-121.

<sup>68</sup> A ideia da reflexividade sistêmica controlada está em sintonia com a autopoiese. Ver NEVES, Marcelo. **Entre Témis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 64-65.

<sup>69</sup> Sobre a relação entre o sistema jurídico e o político, ver: **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Nafarrate Torres. 2. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 473 e ss.

<sup>70</sup> Sobre a constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, ver, especialmente: **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Nafarrate Torres. 2. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 541 e ss.

<sup>71</sup> Pontual é a citação do seguinte trecho retirado da página 156: [...] Na relação entre alter (o legislador) e ego (o tribunal constitucional), cada um dos lados parte da linguagem e dos critérios de cada um dos sistemas a que estão primariamente

A negação da dupla contingência por parte das Cortes Constitucionais não significa recusa do valor axiomático da norma constitucional. O inverso disso, o texto oriundo da interpretação também é produto do texto constitucional, tanto que se fala em “produção de textos com base em textos”. Trata-se de um processo circular que suscita dos ministros do Supremo Tribunal Federal, diante da tese e da antítese trazidas aos autos pelas partes, a construção da síntese correspondente ao caso concreto julgado. O enunciado normativo que emerge da síntese é fruto dessa circularidade, visualizada pelo Estado-juiz, inicialmente em face de determinada realidade fática descrita nas peças processuais, para, em seguida, casá-la com um discurso formal, quer dizer; as regras do direito serão aplicadas à situação específica e, ao final, mesclar isso tudo com uma retórica substantiva, de ordem principiológica – note-se que os princípios aqui entram como tempero final, com o intuito de amoldar as arestas, e não o contrário.

Ainda sobre a sobreposição ao princípio da separação dos poderes: não poderia escusar a omissão judicial, notadamente diante da violação da função do sistema parcial do direito, o qual, segundo Luhmann, tem como escopo central a garantia das expectativas normativas ao longo do tempo, traduzido pela seguinte assertiva: o direito propiciará que a sociedade continue a acreditar na implementação do conteúdo das leis. A prova cabal dessa afirmação é o aumento vertiginoso do número de processos judiciais a cada ano. Em verdade, se não se confiasse no direito, o número de ações suscitando a tutela jurisdicional não se apresentaria em tais proporções.

O direito, entretanto, não conseguirá solver todos os problemas sociais, tampouco eliminará os dissabores de uma vida cotidiana tão complexa, sem um poder público pouco efetivo e completamente tomado pela corrupção sistêmica. Por essa razão, quando o julgador se depara com a separação dos poderes, no ato de julgar, como limitador da concretização de um direito, precisa servir-se da sociologia luhmanniana para lembrar primeiramente que os tribunais são os responsáveis pelo fechamento operacional do direito em face da desilusão: incumbidos de dizer se a conduta é conforme ou disforme ao direito. Ademais, deve questionar se sua perspectiva hermenêutica sobre a separação dos poderes e a respeito da legalidade atende a função do sistema do direito, precípuamente, garantir as expectativas normativas ao longo do tempo. Desse contexto, emerge a questão da politização do direito, que só ocorrerá com a sua hiper-trofia em face da política, materializando a negação do código binário do direito em favor da binariedade da política.<sup>72</sup>

Portanto, sendo certo que um sistema submete o outro à sua decisão, a negação de tutela jurisdicional igualmente pode incorrer a politização referida anteriormente.

---

vinculados, a política e o direito. [...]”.

<sup>72</sup> Sobre a relação entre direito e política, ver, especialmente: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Nafarrate Torres. 2. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 473 e ss

Cada sistema tem sua função bem definida.<sup>73</sup> Para aferir com segurança até onde um sistema pode ir, neste ponto do estudo, é oportuno mapear a natureza da comunicação de determinado sistema, sua função, seus limites e sua relação com outros sistemas parciais, como no caso do princípio da separação dos poderes: política (Administração Pública).

Nos dias atuais, a unidade dos sistemas sociais parciais, como o direito, ocorre pela via da unidade comunicativa, reiterada sob uma só binariedade. Dito por outra forma, a constante emissão do código lícito/ilícito trará à tona o sistema do direito: um sistema parcial inserido no sistema social, a sociedade. Contudo, a quebra do código gera a sua corrupção, cuja reiteração leva à ruptura da unidade sistêmica. Em outro sentido, também é certo afirmar que os sistemas são funcionalmente diferenciados, ou seja, exercem uma função específica na sociedade. Conforme Luhmann, o sistema do direito tem a função de estabilizar as expectativas normativas mediante sua generalização congruente nas dimensões temporal, material e social.<sup>74</sup> Por esse ideário, as comunicações sistêmicas devem ser emitidas, obviamente sob o respectivo código, com a pretensão de lutar pela credibilidade social das normas. Com a produção legislativa, valores morais foram institucionalizados e se transformaram em normas jurídicas, passando a constituir referência incontornável do sistema do direito a generalização congruente das expectativas normativas.<sup>75</sup>

As fronteiras do direito, traçadas exatamente pelo código do sistema lícito/ilícito (*Recht/Unrecht*), são materializadas na dicotomia luhmanniana sistema/ambiente, valendo lembrar que o sistema é uma “forma de dois lados” (*Zwei-Seiten-Form*). Por este plexo, para ser considerada comunicação do sistema do direito, há a irrenunciável necessidade de a comunicação ser diferenciada pelo código, sob pena de simplesmente não ser reconhecida como comunicação jurídica. Nesse mesmo diapasão, a relação com os outros sistemas parciais é comunicativa, cada qual com sua respectiva função e forma comunicativa diferenciada. É uma relação de igualdade, mas com funções bem definidas. O poder judiciário, inscrito nesse ambiente social hipercomplexo e contingente, no afã de solver os litígios, pode dar nova roupagem ao princípio da separação dos poderes. Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal já assentou que não se trata de um princípio oriundo do direito natural, imutável, mas como definido na Constituição Federal, passível de interpretação.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> No que concerne às funções desses dois subsistemas sociais, ver: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** Traducción Javier Nafarrate Torres. 2. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 473 e ss; KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law.** Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003, p. 23 e ss.

<sup>74</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** Traducción Javier Nafarrate Torres. 2. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 188.

<sup>75</sup> LIMA, Fernando Rister de Souza. **Sociologia do direito.** O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, 2. ed. p. 102; NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã:** uma relação difícil... *Op. Cit.* p. 10, 59, 60.

<sup>76</sup> Para uma pontual constatação da evolução social das sociedades arcaicas às modernas, com menção à unidade comunicacional, ver NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã:** uma relação difícil... *Op. Cit.* p. 1-25, sobretudo, p. 23-24. Ver também, LIMA, Fer-

A esse respeito, Marcelo Neves afirma que, no Brasil, hodiernamente, haveria uma espécie de panaceia principiológica, quer no plano teórico, quer na jurisprudência, resultado da hipercomplexidade social e também da falta de consistência teórica da cultura jurídica brasileira. Para ele, haveria, ademais, um hábito de uso dos princípios, que, devido à grande quantidade de opções possíveis do processo de interpretação normativo, conduz à conclusão de que se reclama um julgador que saiba lidar com o choque comunicativo entre regras e princípios no momento da concretude da norma geral à norma individual. Com isso, repele-se a postura judicial de apego extremado a ambos, tanto em relação às regras quanto aos princípios; procedimento contrário levaria à inconsistência jurídica e/ou à inadequação social da decisão. Neves também critica o abuso da ponderação diante do caso concreto, em cujo excesso se escora, em seu entendimento, parte de respeitável doutrina – a constitucional e filosófica –, como tábua de salvação do direito quando mais parece o seu fim, pois deixaria nas mãos do aplicador uma espécie de “cheque em branco” para eliminar a consistência jurídica da decisão e, gradativamente, a sua legitimidade política.

O ato de julgar, como se sabe, envolve primeiramente a leitura atenta e detalhada dos fatos e só depois subsumi-los ao direito posto, normas constitucionais e infra-constitucionais, com destaque para as regras já positivadas que regulam diretamente ou por analogia a *quaestio* a ser dirimida. Esse é o momento de procurar o choque comunicativo com os princípios, aplicáveis ao caso, com o mote de serem guias interpretativos da realidade social – mesmo como um instrumento de adequação social com limites objetivos (as regras). Porém, os princípios não devem ser utilizados para desafiar a função sistêmica, consistente em garantir as expectativas normativas ao longo do tempo; ou seja, os princípios são guias e não poderão ser usados para desafiar a não concretude das normas sob o viés de que interessa à tese defendida.<sup>77</sup>

No âmbito da teoria dos sistemas, o poder é concebido como meio de comunicação simbolicamente generalizado.<sup>78</sup> De fato, o poder acaba por transmitir uma complexidade reduzida, um caminho a ser seguido pelas próximas seleções. Poder é comunicação já com a complexidade reduzida e as próximas comunicações da sociedade,

nando Rister de Souza. **Sociologia do direito**. O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, p. 35-45; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 712/PA. Relator Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, DF. Julgado em 25.10.2007. Publicado em 31.10.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 16 out. 2013: “41. Não há que se falar em agressão à ‘separação dos poderes’, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada ‘separação dos poderes’ provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. [...]”.

<sup>77</sup> A tese é desenvolvida com base, inicialmente, numa metáfora mitológica entre o conflito de Hidra e Hércules, em que se elegeu o juiz lolau para resolver a questão. Sobre a generalização das expectativas, ver DI GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legittimazione**. Lecce: Pensa Multimédia, 1998, p. 229-232. Precisamente sobre as expectativas normativas, ver DI GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legittimazione**, p. 230, 233-236.

<sup>78</sup> Citar livro do LUHMANN sobre poder. Citar tb. Verbete do dicionário do Arnaud e artigo do Tercio sobre poder. Para uma concisa análise sobre poder no pensamento de Luhmann, ver: CANAPARO, Claudio; FONSECA, Márcio Alves da; LEITE GONÇALVES, Guilherme; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *Pouvoir*. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). **Dictionnaire de la globalisation. Droit, science politique, sciences sociales**. Paris: LGDJ, 2010, p. 415-418.

pode-se dizer, serão por ela influenciadas. Por exemplo: “alter” (detentor do poder) adere a uma das possibilidades cabíveis ao caso; sua preferência poderá influenciar o “ego” (submisso ao poder) naquele caso específico e, além disso, impulsionar novas decisões. A relevância da compreensão dessa mensagem para a continuidade da cadeia comunicativa se estriba nestas máximas. Dessa interação estruturada, surge um símbolo que dá sustentação a uma unidade comunicativa, como expressão de unidade catalisada, com base em uma generalização simbólica potencializada, visível no tradicional esquema binário luhmanniano, espaço onde se organiza a interação dos valores com as operações binárias.<sup>79</sup>

A política opera com seu código comunicativo. Apesar disso, no Estado Democrático de Direito, o poder reclama de legitimidade quando exercido em desfavor da legalidade. Seu código binário une-se ao binarismo: legal/illegal. Em razão dessa submissão à lei, garante-se a participação daqueles que não exercem o poder, como também se ordena a cooperação nas suas diferentes fontes. Acaba-se, assim, por obter um relativo consenso de valor. Sem embargo, muitas vezes, mesmo com seu exercício comunicativo, o poder carece de efetividade social e se torna dependente de outros fatores, de tal sorte que a coerção torna-se de grande valia nas situações de hipercomplexidade. Mais, o poder vinculado à norma jurídica apresenta-se como técnica de uma democracia a ser implementada sob a moralidade constitucional.

A respeito da Constituição Federal como subsistema do direito, há grande expectativa de os seus valores serem concretizados, não obstante as reiteradas desilusões. Significa dizer que, mesmo com o desrespeito aos seus comandos (constitucionais), cabe ao direito buscar, por meio de comunicações diferenciadas, a manutenção das expectativas normativas, mesmo que contrafactuals. Isso porque, esse é o grande mote do sistema parcial do direito, quiçá quando se depara com a norma das normas, responsável que é pelo fechamento operacional e talhada pela positividade moderna. Ainda assim, e talvez por essa mesma razão, o fim primordial do direito é a estabilização das expectativas, as quais, quando frustradas, provocam a reiteração comunicativa de decisões, pois, desse ponto em diante, o direito moderno é positivo e sua semântica se depara com o direito, introduzido por uma decisão e alterado por outra, propriamente num processo dinâmico e altamente contingente.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción Javier Nafarrate Torres. 2. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 5, 7, 11, 13, 14-16, 19, 48-49; MANSILLA, Dario Rodríguez. Introducción. In: LUHMANN, Niklas (Org.). **Poder**. Traducción Luz Mónica Talbot. Barcelona: Anthropos, 1995. p. XXV.

<sup>80</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción Javier Nafarrate Torres. 2. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 69-70, 73, 114; NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica...** Op. Cit. p. 67 69-71; NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil...** Op. Cit. p. 87-95, 99-100, 192-193, 202, notadamente, p. 89: “No modelo teórico-sistêmico, o Estado de Direito pode ser definido, em princípio, como relevância da distinção entre lícito e ilícito para o sistema político. [...]” r p. 90: “[...] Se, de um lado, o direito é posto basicamente por decisões políticas, de outro, a diferença entre lícito e ilícito passa a ser relevante para os órgãos políticos supremos, inclusive para os procedimentos eleitorais de sua escolha. [...]” e p. 95: “[...] O Estado de Direito não comporta a noção de poder arbitrário e, por isso mesmo, está sempre a enfrentar o problema do poder ilícito.”

Nesse processo circular dos valores inseridos pela Constituição no direito, acrescido à rotineira troca de comunicação entre os tribunais, notadamente o Constitucional, e as demais comunicações sociais, sobressai uma perspectiva da autopoiese, traduzida nas comunicações diferenciadas que reproduzem a si mesmas e suas estruturas, num nítido espeque autopoético, alimentado, nesse caso, pelas normas constitucionais e pela interpretação e aplicação a uma situação concreta, como acontece no caso do princípio da separação dos poderes, cuja exegese pode ocorrer ora em sentido restritivo, ora no âmago da concretude jurídico-social.

A norma constitucional, portanto, coloca-se como o grande limite cognitivo de aprendizagem da comunicação jurídica, e tudo a ela se submete. Por isso, as outras normas hão de ser o fruto de sua vontade, interpretadas por quem de direito. No caso brasileiro, o seu hermeneuta privilegiado é o Supremo Tribunal Federal. Nessa hipótese de Constituição descrita como limite sistêmico, como a concebe Luhmann, os direitos fundamentais (incluídos os sociais) são impostos ao sistema jurídico, na forma de garantias à desdiferenciação.<sup>81</sup> A partir da sua positivação, ao sistema político não mais caberia a opção política de efetivar tais direitos ou não, de forma que a Administração Pública, como parte do referido sistema, teria o ônus da sua efetivação social.

Nessa linha, quando eventual desilusão normativa em razão de desprestígio do texto constitucional pela gestão pública é submetida ao Estado-juiz, é ele quem se incumbirá da emissão de comunicação diferenciada, de modo a pretender o restabelecimento factual das expectativas não realizadas, sobretudo em função do princípio da separação de poderes. O Estado-juiz, nesse momento, assume o papel de limitador do poder político pela legalidade e responsável pela garantia do exercício do pluralismo dos poderes e da circularidade procedural do Estado Democrático de Direito. Por essas digressões, ecoa o seu paradoxo: limita e garante, ao mesmo tempo, o poder.<sup>82</sup>

## 5. CONCLUSÃO

Realizar uma releitura sistêmica do clássico princípio da separação dos poderes, como ponto de partida para realização do presente estudo, faz todo sentido quando se constata como real o contexto social hipercomplexo, que engendra uma nova configuração para a sociedade hodierna. Para dar conta dessa tarefa, foi necessário mobilizar, como referencial de análise, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que se inscreve

<sup>81</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción Javier Nafarrate Torres. 2. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 548.

<sup>82</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica...* Op. Cit. p. 71-78, 80-82, 105-106, 185-196. Em especial, ver p. 105: [...] Através dela, o código do poder é associado ao código jurídico, procedimentos de decisão política são conduzidos pela via do direito. [...] Envolve, portanto, a realimentação circular entre legislação e jurisdição. [...]”, p. 106: [...] Por um lado, a especialização constitucional das funções limita juridicamente o poder, intensificando-o. Por outro, vincula o direito às decisões políticas, fortificando-lhe a autonomia. [...]” e p. 186: “Nesta perspectiva proponho uma releitura do discutível princípio da ‘separação de poderes’ como princípio da pluralidade e circularidade de procedimentos do Estado de Direito.”

no âmbito da matriz sociológica da diferenciação social e dá particular atenção à questão da fragmentação da sociedade contemporânea em diversos subsistemas funcionais, mostrando-se, desta feita, como a proposta teórica que maior aderência com o desvelo dessa questão. A primeira abordagem tratou de resgatar a classificação de Dániel Martuccelli acerca das sociologias da modernidade, justamente para sublinhar o quanto a concepção luhmanniana, inscrita que está no horizonte da matriz da diferenciação, é sensível aos problemas que decorrem da relação entre subsistemas funcionais distintos, no caso a política (enfocada pelo prisma da Administração Pública) e o direito (abordado, especialmente, pelos tribunais que, como visto, constituem o seu centro). Em seguida, realizou-se uma breve reconstrução das teorias clássicas que, na modernidade, contribuíram para a formulação e difusão do princípio da separação dos poderes. Neste ponto do estudo, com base no pensamento de Quentin Skinner, foi abordado o problema do anacronismo no campo da pesquisa histórica das ideias e destacada a importância da sua contextualização para solvê-lo. Feita essa análise, com esteio na teoria dos sistemas de Luhmann, realizou-se a releitura do princípio da separação dos poderes.

## 6. REFERÊNCIAS

- ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. **Diritto costituzionale**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 9. tir. Malheiros: São Paulo, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo y democracia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. Torino: Giulio Einaudi, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998.
- BOGNETTI, Giovanni. **La divisione dei poteri**. 2. ed. Milano: Giuffrè , 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 712/PA. Relator Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, DF. Julgado em 25.10.2007. Publicado em 31.10.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 16 out. 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANAPARO, Claudio; FONSECA, Márcio Alves da; LEITE GONÇALVES, Guilherme; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Pouvoir. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). **Dictionnaire de la globalisation. Droit, science politique, sciences sociales.** Paris: LGDJ, 2010. p. 415-418.

CAPURSO, Marcello. **Che cosa è lo Stato.** Problemi e definizioni. Torino: Rai Radiotelevisione, 1966.

CHEVALLIER, Jacques. **L'État.** 2. ed. Paris: Dalloz, 2011.

CHIGNOLA, Sandro. História dos conceitos e história da filosofia política. In: FERES Jr., João; JASMIN, Marcelo Gantus (Org.) **História dos conceitos:** diálogos transatlânticos. Rio de Janeiro: Ed. da PUC-Rio: Edições Loyola: IUPERJ, 2007. p. 45-57.

COMTE-SPONVILLE, André. **La philosophie.** Paris: PUF, 2005.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann.** Tradução Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996.

DI GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legittimazione.** Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

DERATHÉ, Robert. L'homme selon Rousseau. In: GENNETTE, Gérard; TODOROV, Tzvetan (Orgs.). **Pensée de Rousseau.** Paris : Éditions du Seuil, 1984. p. 109-124.

FEBRRAJO, Alberto. **Funzionalismo struturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann.** Milano: Giuffrè, 1975.

FERES Jr., João. Para uma história conceitual crítica do Brasil: recebendo a *Begriffsgeschichte*. In: FERES Jr., João; JASMIN, Marcelo Gantus. (Org.) **História dos conceitos:** diálogos transatlânticos. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio: Edições Loyola: IUPERJ, 2007. p. 109-117.

GOLDSCHMIDT, Victor. Individu et communauté chez Rousseau. In: GENNETTE, Gérard; TODOROV, Tzvetan (Orgs.). **Pensée de Rousseau.** Paris : Éditions du Seuil, 1984. p. 147-161.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza:** horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_ ; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais:** direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GROETHUYSEN, Bernard. **Philosophie de la Révolution française.** Paris: Éditions Gallimard, 1996.

GUIBENTIF, Pierre. Teorias sociológicas comparadas e aplicadas. Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann face ao direito. **Revista Novatio Iuris**, ano II, n. 3, p. 9-33, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. La souveraineté populaire comme procédure: un concept normatif d'espace public. Trad. Mark Hunyadi. **Lignes – Revue trimestrielle – arts – littérature – Philosophie – Politique**, Paris, n. 7, p. 29-58, sept. 1989.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jonh. **The federalist papers**. Trad. Cid Knipell Moreira. Mentor Book: New York, 2003.

JASMIN, Marcelo Gantus. História dos conceitos e teoria política e social: referências preliminares. **Revista brasileira de ciências sociais**, São Paulo, v. 20, n. 57, p. 27-38, fev. 2005.

JASMIN, Marcelo Gantus; FERES Jr., João. História dos conceitos: dois momentos de um encontro intelectual. In: JASMIN, Marcelo Gantus; FERES Jr., João (Org.). **História dos conceitos**: dois momentos de um encontro intelectual: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: Ed. da PUC-Rio: Edições Loyola: IUPERJ, 2006. p. 9-38.

KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito**. O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2009.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito**. O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os Clássicos da Política. Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2003.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1983. v. 1.

LUHMANN, Niklas. **Essays on self-reference**. New York: Columbia University Press, 1990.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Nafarrate Torres. 2. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. Metamorfosi dello Stato. In: CEVOLINI, Alberto (Coord.). **Potere e modernità**. Stato, diritto, costituzione. Milano: Franco Angeli, 2007.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción Javier Nafarrate Torres. México: Herder, 2006.

- LUHMANN, Niklas. **Social systems.** Translation John Bednarz Jr. e Dirk Baecker. Stanford, California: Stanford University Press, 1995.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, n. 57, p. 113-133, 2002.
- MACIVER, R. M. **The modern State.** London: Oxford University Press, 1964.
- MACPHERSON, Crawford Brough. **The political theory of possessive individualism:** Hobbes to Locke. Oxford: Oxford University Press, 1962.
- MANSILLA, Darío Rodríguez. Introducción. In: LUHMANN, Niklas (Org.). **Poder.** Traducción Luz Mónica Talbot. Barcelona: Anthropos, 1995.
- MARTUCELLI, Danilo. **Sociologies de la modernité.** Paris: Gallimard, 1999.
- MONTESQUIEU, **De l'esprit des lois.** Paris: Flammarion, 2008.
- NASCIMENTO, Milton Meira. O Círculo Social: esboço de uma teoria da opinião pública na Revolução Francesa. In: COGGIOLA, Oswaldo (Org.) **A Revolução Francesa e seu impacto na América Latina.** São Paulo: Nova Stella: Edusp; Brasília, DF: CNPq, 1990. p. 71-94.
- NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os Clássicos da Política. Os clássicos da política.** São Paulo: Ática, 2003.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã:** uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NICOLA, Ubaldo. **Antologia ilustrada da Filosofia.** Editora Globo: São Paulo, 2006.
- OZOUF, M. **L'homme régénéré:** essais sur la Révolution française. Paris: Éditions Gallimard, 1989.
- PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional.** Um conjunto para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Faculdade de Direito de Lisboa, 1989.
- RITTSTIEG, Helmut. **La proprietà come problema fondamentale.** Studio sull'evoluzione del diritto mercantile. Trad. della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, 15. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2000.
- RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal.** t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes.** Paris: Gallimard, 1988.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social.** Paris: Gallimard, 2001.
- SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes.** São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SKINNER, Q. **Fundações do pensamento político moderno**. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SKINNER, Q. The idea of negative liberty: philosophical and historical perspectives. In: SKINNER, Quentin; RORTY, Richard; SCHNEEWIND, Jerome B. (Eds.). **Philosophy in history: essays on the historiography of philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 193-221.

SKINNER, Q. **Liberty before liberalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

SOBOUL, A. **História da revolução francesa**. Trad. Hélio Pólvora. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976.

THOMAS, D. A. Lloyd. **Locke on government**. London: Routledge, 1995.

TUCK, Richard. História do pensamento político. In: BURKE, P. (Org.) **A escrita da história: novas perspectivas**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Ed. da Universidade Estadual Paulista, 1992. p. 273-289.

TUCK, Richard. **Natural rights theories**: their origin and development. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**. Jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIGNUDELLI, Aljs. **Diritto costituzionale**. Prolegòmeni Principi Dinamiche. Torino: G. Giappichelli, 1999.

VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. Jean-Jacques Rousseau: a supremacia da vontade geral, a unidade do corpo moral e coletivo e a sobrecarga ética do cidadão. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 93-108, jan./jun. 2008.

VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo.; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). **Nas fronteiras do formalismo**: a função social da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27-61.

VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 105, p. 565-563, jan./dez. 2010.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Différentiation fonctionnelle. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). **Dictionnaire de la globalisation** – Droit, science politique, sciences sociales. Paris: LGDJ, 2010.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Direito e liberdade: algumas considerações acerca de uma abordagem atenta à historicidade dos conceitos. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ADEODATO, João Maurício (Orgs.). **Filosofia e teoria geral do direito**: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 917-941.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 108, p. 651-696, jan./dez. 2013.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e a judicialização enfocadas a partir da “sociologia política do direito” de Jacques Commaille. **Revista brasileira de sociologia do direito**, vol. 2, n. 2, p. 56-75, 2015.

VILE, M.J.C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Trad. Joaquín Varela Suanzes-Carpegna. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

WEINREB, Lloyd L. **Natural law and justice**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; TAVARES, Juarez. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.



## Auto contenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários

*A Brazilian self-restraint? A taxonomy of legal arguments (and political strategies?) which explain the behavior of the Supreme Court in relations with the major branches of power*

FLÁVIA DANIELLE SANTIAGO LIMA\*

Universidade de Pernambuco (Brasil)  
Universidade Federal de Pernambuco (Brasil)  
flavia-santiago@uol.com.br

JOSÉ MÁRIO WANDERLEY GOMES NETO\*\*

Universidade Católica de Pernambuco (Brasil)  
Centro Universitário CESMAC (Brasil)  
josemwgomes@gmail.com

Recebido/Received: 24.10.2017 / October 10<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 31.12.2017 / December 31<sup>st</sup>, 2017

### Resumo

Como as cortes justificam sua opção pela auto contenção, isto é, sua escolha expressa ou implícita por não decidir um caso, notadamente na presença de repercuções políticas, favorecendo as instituições majoritárias e preservando os órgãos julgadores de custos políticos indesejáveis? A literatura brasileira sobre a revisão judicial, em Direito e em Ciência Política, debruça-se sobre as noções de ativismo e de auto contenção, estabelecendo seus pressupostos

### Abstract

*How do the courts justify their choice for self-restraint, that is, their express or implied choice for not deciding a case, notably in the presence of political repercussions, favoring the majority institutions and preserving the judges of undesirable political costs? The Brazilian literature on judicial review, in Law and Political Science, focuses on the notions of activism and self-restraint, establishing its theoretical assumptions and analyzing the data that show the*

Como citar esse artigo/How to cite this article: LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Auto contenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55990.

\* Professora da Universidade de Pernambuco e do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Pernambuco – PPG-D-UFPE (Recife, PE, Brasil). Doutora em Direito pela UFPE. Advogada da União. E-mail: flavia-santiago@uol.com.br.

\*\* Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco e do Centro Universitário CESMAC (Recife, PE, Brasil). Doutor em Ciência Política pela UFPE (Recife, PE, Brasil). Advogado e Cientista Político. E-mail: josemwgomes@gmail.com.

teóricos e analisando os dados que mostram a prática decisória (e omissões) do STF. Inexiste, contudo, um inventário sobre os critérios técnicos utilizados pelo tribunal. Este artigo inova ao oferecer esta leitura: como o STF pode se eximir de julgar? Há argumentos jurídico-processuais que viabilizam esta opção institucional, empregados em sede de controle concentrado e difuso de constitucionalidade por aquele Tribunal. Oferece-se ao leitor, através de uma metodologia exploratória e descritiva do conteúdo das decisões (de natureza autocontida) tomadas pelos membros do Supremo Tribunal Federal, um texto que pretende organizar e categorizar as diversas formas pelas quais o fenômeno institucional da autorrestruturação judicial se manifesta na esfera do controle de constitucionalidade.

**Palavras-chave:** controle de constitucionalidade; judicialização; Supremo Tribunal Federal; autocontenção; taxonomia dos argumentos jurídicos.

*decision-making practice (and omissions) of the STF. There is, however, no inventory on the technical criteria used by the court. This article innovates by offering this reading: how can the STF exempt itself from judging? There are legal-procedural arguments that make this institutional option feasible, employed in a concentrated and diffuse judicial review by that Court. The reader is offered, through an exploratory and descriptive methodology of the content of decisions (of a self-contained nature) taken by members of the Federal Supreme Court, a text that intends to organize and categorize the various ways in which the institutional phenomenon of judicial self-restraint is manifested in the sphere of judicial review.*

**Keywords:** judicial review; judicialization; Brazilian Supreme Court; self-restraint; taxonomy of legal arguments.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução. **2.** Do não exercício do poder institucional: a autocontenção como elemento da jurisdição constitucional. **3.** Autorrestruturação material expressa: respeito às decisões majoritárias e à função típica dos poderes estatais; **3.1.** Estabelecendo os contornos de sua intervenção: a doutrina das questões políticas; **3.2.** É possível substituir a vontade do parlamento? O papel do legislador negativo kelseniano; **3.3.** Respeitando a separação dos poderes: atos interna corporis do Legislativo e “reserva da Administração”. **4.** Autorrestruturação formal expressa (ou virtudes passivas)? Illegitimidade ativa, pertinência temática, competência e requisito de subsidiariedade no STF; **4.1.** Restringindo o acesso à jurisdição constitucional: a ilegitimidade ativa e o “filtro” da pertinência temática em sede de ação direta; **4.2.** (Re)definindo sua própria jurisdição: competência originária e o requisito da subsidiariedade para arguição de descumprimento de preceito fundamental; **5.** Autorrestruturação “tácita”: o silêncio como resposta da corte (aguardando julgamento, perda de objeto (bloco de constitucionalidade/emenda), alteração legislativa e ilegitimidade superveniente). **6.** Conclusões: Autorrestruturação judicial como expressão de comportamento estratégico deliberado do STF; **7.** Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Como as cortes justificam sua opção pela autocontenção, isto é, sua escolha expressa ou implícita por não decidir um caso, notadamente na presença de repercuções políticas, favorecendo as instituições majoritárias e preservando os órgãos julgadores de custos políticos indesejáveis?

Desde sua obra seminal sobre a intervenção judicial em litígios envolvendo políticas públicas, Robert Dahl<sup>1</sup> já alertava sobre as dificuldades enfrentadas pelas instituições judiciais para decidir contramajoritariamente, ressaltando o caráter estratégico

<sup>1</sup> DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, London, v. 6, 1957.

das decisões e a existência de uma série de fatores que contribuíam contrariamente ao exercício da revisão judicial e favoravelmente aos interesses políticos majoritários.

No referido trabalho, a Suprema Corte estadunidense somente lograria o objetivo de impedir mudanças no panorama político caso cumprisse a condição de manter consistência com os valores adotados por aqueles que representassem a maioria legislativa, num dado momento da história e da política<sup>2</sup>.

Diversos modelos formais apresentados pela literatura da *Judicial Politics*, oferecem hipóteses e premissas explicativas do comportamento judicial, seja este ativo ou omissivo, seja ativista ou autocontido. Para o modelo estratégico, as instituições jurídicas importam e podem influenciar no comportamento dos atores judiciais, mas não sozinhas, sendo um dos conjuntos possíveis de variáveis numa vasta rede de incentivos.

Na lógica do referido modelo, os juízes adotam estratégias para chegar aos seus objetivos, uma vez que considera a existência de várias restrições externas ao seu comportamento, pois levam em consideração a reação de todos os agentes no processo jurídico-político, seja no âmbito interno ou externo dos tribunais, bem como as consequências futuras de suas decisões em outros campos, a exemplo do equilíbrio democrático e da economia<sup>3</sup>. Neste sentido, as cortes têm o desafio de acomodar os entraves externos para manter sua integridade institucional. Ao antecipar que eventuais confrontos podem resultar em perda (ou relativização) da independência judicial, sua tendência seria evitar o confronto com outros ramos de poder<sup>4</sup>.

A pesquisa parte da hipótese de que, além de serem fatores que influenciam no comportamento, os argumentos jurídicos também ajudam a corte em sua estratégia, oferecendo os instrumentos legais necessários a viabilizar a conduta escolhida, seja ativista ou autocontida, bem como justificativas técnico-formais para suas escolhas, que reduzem os custos de suas decisões perante os demais agentes políticos, as outras instituições estatais e/ou a opinião pública. No Brasil, este cálculo é mais claro e mais viável no ambiente do Supremo Tribunal Federal (STF), uma vez que se trata do foro responsável por julgar as grandes causas nacionais, bem como em razão de seu desenho institucional concentrador das decisões acerca dos conflitos de relevância política e jurídica.

Neste quadro, a literatura brasileira sobre a revisão judicial, em Direito e em Ciência Política, debruça-se sobre as noções de ativismo e de autocontenção, estabelecendo seus pressupostos teóricos e analisando os dados que mostram a prática decisória (e omissões) do STF. Inexiste, contudo, um inventário sobre os critérios técnicos utilizados pelo tribunal. Este artigo inova ao oferecer esta leitura: como o STF pode se

<sup>2</sup> DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, London, v. 6, 1957. p. 294.

<sup>3</sup> POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge, Harvard University Press, 2010.

<sup>4</sup> WHITTINGTON, Keith E.. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 3, p. 446-474, jul. 2003, p. 446-447.

eximir de julgar? Há argumentos jurídico-processuais que viabilizam esta opção institucional, empregados em sede de controle concentrado e difuso de constitucionalidade por aquele Tribunal.

Oferece-se ao leitor, através de uma metodologia exploratória e descritiva do conteúdo das decisões (de natureza autocontida) tomadas pelos membros do Supremo Tribunal Federal, um texto que pretende organizar e categorizar as diversas formas pelas quais o fenômeno institucional da autorrestrição judicial se manifesta na esfera do controle de constitucionalidade.

## 2. DO NÃO EXERCÍCIO DO PODER INSTITUCIONAL: A AUTOCONTENÇÃO COMO ELEMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A autocontenção é contemporânea ao estabelecimento da própria revisão judicial, eis que foi aventada no célebre *Marbury x Madison* (1803), em que o *Justice Marshall*, embora tenha afirmado a supremacia da constituição e a atribuição da Suprema Corte em resguardá-la, entendeu que, no mérito, não caberia ao tribunal interferir em temas afetos a outros poderes. Sua decisão foi norteada por uma inegável contenção, em virtude da negativa da ordem pleiteada.

O respeito às decisões majoritárias e à separação entre os poderes paira sobre o exercício da jurisdição constitucional desde os seus primórdios. Acima do jogo institucional, uma relevante questão teórico-filosófica: a compatibilização da revisão judicial com o ideal democrático.

Inicialmente, a concepção de autorrestrução (ou autocontenção) judicial não traduzia ou estabelecia um modelo específico de democracia, como se mostrou no trabalho de James Thayer<sup>5</sup>. Posteriormente, as teorizações se tornaram mais complexas – com a consequente conformação ou definição de uma função para o *judicial review*, que se vislumbra na produção de Alexander Bickel<sup>6</sup>, com esteio no princípio majoritário, compreendendo a corte em papéis que vão além de suas atividades primárias. Em John Hart Ely<sup>7</sup>, tem-se a função jurisdicional mais próxima de uma definição mais clara de uma democracia procedural, na qual o Judiciário seria uma instituição afiançadora de suas condições. Cass Sunstein<sup>8</sup>, por sua vez, na formulação de um modelo deliberativo democrático, tenta conformar metodologicamente a atuação da corte, que deve afastar-se de temas controversos.

Limitação pela democracia – em várias de suas versões - aceitação de limites cognitivos e estruturais à intervenção judicial e, por fim, a transformação destas

<sup>5</sup> POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. *California Law Review*, Berkeley, vol. 100, n. 3, p. 519–556, 2012.

<sup>6</sup> BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962

<sup>7</sup> ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: A theory of judicial review. Harvard University Press, 1980.

<sup>8</sup> SUNSTEIN, Cass R. **Designing democracy**: What constitutions do. Oxford University Press, 2001.

preocupações em diretrizes ou parâmetros interpretativos a serem seguidos pelas cortes são os elementos definidores das perspectivas de conformação judicial, em relação à racionalidade inerente à decisão de apreciar, ou não, o conflito submetido ao órgão judicial<sup>9</sup>.

Assim, o problema democrático paira sobre o debate do exercício da revisão judicial: surgem, então, desde as obras de autores que propunham a deferência ou presunção de constitucionalidade (James B. Thayer) a outros que preferiam ver na Suprema Corte a fundamentação de suas decisões apartadas de considerações não jurídicas, de modo que estas fossem “conformes” a determinada concepção de sua atuação (Herbert Wechsler) ou, ainda, como Alexander Bickel, que tentavam visualizar, em resposta às credenciais contramajoritárias, um papel relevante para a corte como um foro de debates principiológicos, reconstruindo a perspectiva de autocontenção.

*Os conceitos de ativismo e de autocontenção lidam diretamente com o que pode ser a pergunta principal a ser questionada sobre [uma corte suprema] - qual o seu papel fundamental e qual o alcance dos poderes da corte em nosso sistema de governo?<sup>10</sup>*

Teorizando sobre tal questão comportamental dos órgãos judiciais, tem-se a construção de um papel restrito para as cortes, pelos mais diversos meios: (a) reconhecimento de uma *presunção de constitucionalidade* dos atos dos demais poderes; (b) *coerência na interpretação* dos dispositivos constitucionais; (c) demarcação da atuação da corte a *determinados temas*, em que sua atuação seria indispensável e, hodiernamente. (d) *redução do âmbito da decisão*, naquilo outrora denominado de uma “via hermenêutica” da autocontenção<sup>11</sup>.

Em meio a estas diversas concepções dos papéis dos órgãos judiciais no exercício da revisão judicial, concentrada ou difusa, a autolimitação judicial reconhece a necessidade de inserção da corte num ambiente predominantemente político - às voltas com diversas variáveis estratégicas que condicionam a atividade jurisdicional: desde a necessidade de aceitabilidade de suas decisões às dificuldades - inclusive técnicas - que enfrenta para o exercício de sua atividade.

<sup>9</sup> LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Jurisdição constitucional e política:** ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014.

<sup>10</sup> HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. Historical perspectives. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M (ed.). **Supreme Court activism and restraint**. Lexington, Lexington Books, 1982, p.1.

<sup>11</sup> LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Jurisdição constitucional e política:** ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014.

### 3. AUTORRESTRIÇÃO MATERIAL EXPRESSA: RESPEITO ÀS DECISÕES MAJORITÁRIAS E À FUNÇÃO TÍPICA DOS PODERES ESTATAIS

Para Alexander Bickel, a doutrina constitucional e o próprio tribunal se olvidam do tríplice poder que este último possui, considerando que seu espectro de possibilidades não se limita apenas às opções de manutenção ou anulação de uma norma diante de sua incompatibilidade com os princípios. A corte conta, ainda, com a opção de nada fazer, o que torna viável a manutenção da “tensão entre o princípio e a oportunidade”, sem o comprometimento daquele<sup>12</sup>.

Não se questiona a existência ou a validade da revisão judicial; não há uma negativa apriorística das potencialidades da corte na salvaguarda de importantes fundamentos do Estado de Direito: há, todavia, a compreensão que as instituições judiciais devem ser inseridas dentre os demais entes estatais, dotados de competências específicas, havendo uma dinâmica permanente de distribuição das competências institucionais de cada ramo de poder.

Esta aparente opção pelo não julgamento pode espelhar a consciência que a corte possui sobre as suas limitações institucionais. Ao abordar, p.ex., a doutrina das questões políticas, Bickel lembra que esta construção é amparada no senso de “falta de capacidade”, consistente em diversos fatores que, no conjunto, representam a vulnerabilidade interna de uma instituição que, numa “democracia madura”, é eleitoralmente irresponsável e não tem força para impor suas decisões<sup>13</sup>.

#### 3.1. Estabelecendo os contornos de sua intervenção: a doutrina das questões políticas

*A Lei n. 9.996/2000 concede anistia a todos os considerados faltosos para com a Justiça Eleitoral, vale dizer, candidatos eleitos, ou não, tanto para cargos no Legislativo, como no Executivo, além de mesários e eleitores ausentes nas eleições de 1996 e 1998. Ao editá-la, o Congresso Nacional utilizou-se da sua competência assegurada (Constituição Federal, art.48, VIII). O Parlamento detém, inegavelmente, a competência para conceder anistia, inclusive a seus próprios membros. Restringir esta competência, quando o próprio texto maior não o fez, descabe ao intérprete. Não é possível coibir, pela via da intervenção judiciária, que se aprovem normas que também incidam, ou venham a incidir em benefício dos cidadãos que, momentaneamente, estejam exercendo mandatos*

<sup>12</sup> BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 69.

<sup>13</sup> BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 184.

parlamentares. A tanto corresponderia verdadeira cassação judiciária da atribuição legislativa.

Min. Ellen Gracie, ADI 2306, 2002 (Destaque nosso).

Embora tenha sido exposta a já em *Marbury x Madison* (1803), ao longo dos anos e nos mais diversos ordenamentos é possível identificar múltiplas noções sob a denominação de teoria das questões políticas. Para Mark Tushnet, a doutrina abrange a decisão acerca da possibilidade de que um determinado ramo político interprete a constituição (*"does the Constitution give a political branch the final power to interpret the Constitution?"*)<sup>14</sup>. Outros defendem uma versão substancial (*"meaningful political question doctrine"*), que comprehende que seu texto atribui aos poderes Executivo e Legislativo a autoridade final para fixar o significado de algumas previsões constitucionais<sup>15</sup>.

No Brasil, a doutrina das questões políticas é invocada pelo STF desde o célebre HC nº 300, impetrado por Rui Barbosa, em favor de presos políticos durante a Presidência de Floriano Peixoto, quando o Tribunal afirmou não poder interferir na seara discricionária do Chefe do Executivo<sup>16</sup>. Após extensivo uso no período entre 1910-1930<sup>17</sup> em questões relativas às decisões do executivo, mais recentemente a opção pela não sindicabilidade judicial recai sobre temas relativos às dinâmicas decisórias do Congresso Nacional, como se verá mais adiante.

A própria Suprema Corte dos EUA, numa decisão de 1962 (*Baker v. Carr*), procedeu à sistematização dos critérios para sua aplicação<sup>18</sup>, alvo de profunda crítica teórica<sup>19</sup> e que não parece ter servido como um efetivo critério de restrição para sua atuação.

<sup>14</sup> TUSHNET, Mark. Law and prudence in the law of justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 80, p. 1203-1235, 2002. p. 1207.

<sup>15</sup> HENKIN, Louis. Is there a "political question" doctrine? *The Yale Law Journal*, New Heaven, v. 85, n. 5, p. 597-625, apr. 1976. p. 599.

<sup>16</sup> SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

<sup>17</sup> A extensiva pesquisa de Teixeira mostra que a doutrina foi utilizada para eximir o tribunal de decidir relevantes questões políticas da época, como decretação de estados de sítio e intervenções federais, duplicata de governos e assembleias estaduais, processo de *impeachment* de governante estadual e banimento da família imperial. TEIXEIRA, José Elaes Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

<sup>18</sup> "1. "Textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department;" as an example of this, Brennan cited issues of foreign affairs and executive war powers, arguing that cases involving such matters would be "political questions"; 2. "A lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it;" 3. "The impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion;" 4. "The impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government;" 5. "An unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made;" 6. "The potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question." CHOPER, Jesse H. The political question doctrine: suggested criteria. *Duke Law Journal*, Durham, v. 54, p. 1457-1523, 2005. p. 1458-9.

<sup>19</sup> TUSHNET, Mark. Law and prudence in the law of justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 80, p. 1203-1235, 2002. p. 1207.

A partir dos anos 1970, cogita-se o descrédito da teoria das questões políticas nos Estados Unidos. Em clássico artigo de 1976, Louis Henkin afirmava que a doutrina não desempenhava um papel relevante na jurisprudência da Corte, constituindo tão somente um conjunto de princípios óbvios de interpretação, como a necessidade de que os tribunais aceitem as decisões dos poderes políticos em suas respectivas áreas ou a impossibilidade de estabelecimento de limites à atividade destes quando não expressos na constituição<sup>20</sup>. A decisão do Tribunal em *Bush v. Gore* – contenda tipicamente política – teria enfraquecido ainda mais a teorização<sup>21</sup>.

*Uma máxima final que merece atenção é aquela que estipula que a corte não responderá a questões políticas, sendo estas resolvidas de modo mais apropriado pelos Poderes Executivo e Legislativo. O problema com esta máxima é que os juízes, de tempos em tempos, têm discordado sobre o que vem a constituir uma questão política. Neste sentido, “a definição de uma questão política pode ser expandida ou contraída, à maneira de um acordeon, para atender às exigências dos tempos”*<sup>22</sup>.

Nesse contexto, a *political question doctrine* é um engenhoso instrumento, pois o estabelecimento de critérios prévios e sua aplicação acabam por ratificar a autoridade judicial. Isto porque uma de suas interpretações se refere ao afastamento da demanda, mas também pela possibilidade de que o próprio Judiciário tenha a prerrogativa de determinar a quem pertence o poder decisório sobre um dado tema<sup>23</sup>.

### **3.2. É possível substituir a vontade do parlamento? O papel do legislador negativo kelseniano**

Seria desejável, numa perspectiva equilibrada de diálogos institucionais, uma constante criação judicial do Direito em nosso ordenamento jurídico? A resposta do STF à tal indagação tem sido fluida ao longo dos tempos, ora repelindo a possibilidade

<sup>20</sup> *That “[t]he courts are bound to accept decisions by the political branches within their constitutional authority,” “[t]he courts will not find limitations or prohibitions on the powers of the political branches where the Constitution does not prescribe any.”* HENKIN, Louis. Is there a “political question” doctrine? *The Yale Law Journal*, New Heaven, v. 85, n. 5, p. 597-625, apr. 1976. p. 599.

<sup>21</sup> Essa constatação, todavia, é lamentada por Rachel Barkow, pois o emprego da noção poderia fortalecer a corte para a solução de questões constitucionais. BARKOW, R. More Supreme than court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy. *Columbia Law Review*, New York, v. 102, n. 2, mar. 2002. p. 237-336. Em sentido diverso, há quem defendia sua centralidade para a adjudicação constitucional, pois é utilizada como critério para as decisões do tribunal, ainda que de forma não expressa (“the secret political question doctrine”). SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political question doctrine. *John Marshall Law Review*, v. 37, p. 441-480, 2004, p. 442-445.

<sup>22</sup> LAMB, Charles M. Judicial Restraint on the Supreme Court. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M (ed.). **Supreme Court Activism and Restraint**. Lexington, LexingtonBooks, 1982, p.21.

<sup>23</sup> CHOPER, Jesse H. The political question doctrine: suggested criteria. *Duke Law Journal*, Durham, v. 54, p. 1457-1523, 2005. p. 1462.

em auto contenção expressa, ora abrindo exceções a esta barreira substancial e permitindo, em caráter ativista, verdadeira oportunidade para ir além da decisão do conflito, desde a regulamentação de questões à produção normativa original.

Na decisão sobre a “cláusula de barreira”, o Min. Relator Marco Aurélio Mello anunciou que

(...) é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido<sup>24</sup> (Destaque nosso).

Contudo, recentemente foi editada a Súmula Vinculante 37, que dispõe não caber “ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”<sup>25</sup>.

Mas no que consiste esse dogma? A partir da concepção da corte em seu desenho institucional primário, isto é, a partir da ideia derivada de Kelsen<sup>26</sup>, de que o papel da jurisdição constitucional seria restrito a excluir do ordenamento jurídico as normas ou trechos de normas incompatíveis com as disposições constitucionais<sup>27</sup>.

*Na qualidade de “legislador negativo”, o Supremo Tribunal Federal assumiria, destarte, a função de, por assim dizer, minimalista jardineiro fiel do ordenamento jurídico pátrio, pronto a eliminar (rectius: derrogar ou cassar), em sede do controle abstrato, eventuais ervas daninhas surgidas no campo constitucional, o qual, porém, a priori e em definitivo,*

<sup>24</sup> A argumentação do Ministro foi assim fundamentada: “o vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos impugnados – principalmente as normas de transição contidas no artigo 57 – torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerce uma “função reparadora” ou, como esclarece Blanco de Moraes, “de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade”». BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 160. **Diário da Justiça da União**. Brasília, DF, 29 jun. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150> Acesso em: 1 nov. 2012.

<sup>25</sup> Referido enunciado reproduz os termos da Súmula 339, editada em conformidade com o Regimento Interno do STF, constantemente empregada nas demandas de servidores públicos dos anos 90 e 2000 perante os tribunais brasileiros.

<sup>26</sup> BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.44, 2014.

<sup>27</sup> DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria Reine Rechtslehre. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**. Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./ago., 2010.

*já teria sido semeado bem ou mal através das palavras do legislador constitucional competente<sup>28</sup>.*

Verifica-se, nos precedentes em que os membros do Tribunal invocaram tal dogma, uma indisposição institucional quanto à adoção de condutas que poderiam ser caracterizadas como criação judicial de direito, ou seja, uma postura de “legislador positivo”, v.g., reformando decisões legislativas anteriormente tomadas pelo Parlamento ou, em paralelo à atividade de controle, acrescentando, via mecanismos hermenêuticos, normas cuja expressão literal inexiste no texto constitucional.

Em sua postura seletiva quanto à escolha dos casos a decidir, isto é, entre as dimensões de árbitro, de ativista ou de instituição autocontida, o Tribunal rotineiramente alterna, em comportamento estratégico compatível com os diálogos institucionais, sua postura frente aos *hard cases* constitucionais, dependendo, por exemplo, do contexto econômico ou do tema envolvido em sua agenda de julgamentos, ora invocando o dogma para eximir-se de decidir (ex: AI 360461 AgR<sup>29</sup>), ora superando o dogma total ou parcialmente para decidir em flagrante atividade criativa legiferante (ex: PET nº 3.388, DJ, 25/09/2009, *Caso Raposa Serra do Sol*).

### **3.3. Reconhecimento da separação entre os poderes: atos *interna corporis* do Legislativo e “reserva da Administração”**

*Com relação às normas regimentais, tenho várias decisões e endosso integralmente a jurisprudência da Corte no sentido de que se trata, realmente, de eventual violação de normas regimentais, de uma questão interna corporis. E o faço pedindo vénia a Vossa Excelência até quanto ao que traz: mas, numa convenção de condomínio, poderemos ou não examinar; mas o que é deliberado no Parlamento não, em termos de normas regimentais, porque acho que se faz em homenagem ao artigo 2º da Constituição da República, que diz, como sabemos, que os Poderes são harmônicos e independentes ao princípio da separação dos Poderes.*

*Ministra Rosa Weber, MS 31816 MC-AgR, 2013 (Destaque nosso).*

<sup>28</sup> DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria Reine Rechtslehre. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**. Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul. / ago., 2010.

<sup>29</sup> Os magistrados e Tribunais, que não dispõem de função legislativa - considerado o princípio da divisão funcional do poder -, não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, isenção tributária em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem desse benefício de ordem legal. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional que lhe recusa a própria Lei Fundamental do Estado. Em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só deve atuar como legislador negativo. Precedentes.(BRASIL, STF, **AI 360461 AgR**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005, DJe 27/03/2008).

A sindicabilidade judicial sobre as decisões tomadas no âmbito dos parlamentos refere-se à defesa dos denominados *interna corporis* do Poder Legislativo, sobretudo no que concerne à materialidade da norma violada. Para Hely Lopes Meirelles, que defendia a possibilidade de controle dos atos *apenas* no que se refere às disposições formais ou procedimentais estabelecidas na Constituição, nas leis e também nos regimentos:

*Interna corporis são só aquelas questões ou assuntos que entendem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara.*<sup>30</sup>

As impressões variam, desde o reconhecimento da imunidade dos atos lastreados nos regimentos das casas, passando pela possibilidade de controle restrito aos atos internos que contrariem os procedimentos formais estabelecidos na Constituição e, por fim, alguns autores defendem o controle judicial sobre os atos violadores das disposições regimentais dos ritos parlamentares<sup>31</sup>.

A garantia das cláusulas pétreas é o argumento mais forte para a intervenção judicial, na compreensão de que o “fundamento para essa exceção é garantir o “núcleo inalterável da Constituição”, de sorte que o projeto de emenda que afronte o art. 60, § 4º, da Carta Magna não pode sequer ser recebido pelo Congresso Nacional, devendo ser imediatamente indeferido”<sup>32</sup>.

De toda sorte, a intervenção judicial também passa por uma importante questão, a natureza jurídica das normas regimentais, atribuição normativa das casas parlamentares, decorrente de expressa previsão constitucional - art. 51, III, no caso da Câmara dos Deputados e art. 52, XII, no que se refere ao Senado Federal – e que explicitam a independência no Poder Legislativo para o exercício das suas funções.

Diante das características específicas das atribuições parlamentares, referidos regimentos contemplam “questões referentes à distribuição das matérias, regime de tramitação, prejudicialidade, desarquivamento de proposições, interstício, turnos, retirada de pauta, limitação material do poder conclusivo das comissões e funcionamento das CPIs”, dentre outros<sup>33</sup>. A proteção dos atos *interna corporis* é constantemente

<sup>30</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28ª ed. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 683.

<sup>31</sup> SILVA FILHO, Derly Barreto e. **Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, *passim*.

<sup>32</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.679.

<sup>33</sup> SILVA FILHO, Derly Barreto e. **Controle dos atos parlamentares pelo poder judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 73.

invocada pelo Tribunal na análise dos mandados de segurança dos parlamentares, a ratificar sua opção pela não interferência nestes temas<sup>34</sup>.

Já no que se refere ao controle de políticas públicas, a autorrestrição inscreve sua relevância na defesa da “reserva da administração”. Com efeito, a discricionariedade administrativa refere-se à determinação dos critérios, na existência de uma espécie de reserva da Administração, que se oporta à “reserva de lei”.

Em rápidas palavras, pode-se definir a reserva da Administração como “uma esfera em que, de um ponto de vista negativo, a Administração estaria livre de interências de legislação, e, de um ponto de vista positivo, seria ela própria a determinar, vinculada apenas ao quadro constitucional, os correspondentes objetivos, tarefas e atividades” das matérias a ela submetidas<sup>35</sup>. Em constituições complexas e analíticas, estabelece-se uma tensão entre “discricionariedade administrativa” – que protegeria as opções técnicas dos gestores públicos, constantemente limitados pelo reconhecimento da escassez<sup>36</sup> inerente à prestação material de direitos, sobretudo em virtude do seu elevado custo – e a garantia do “núcleo essencial” de direitos fundamentais –que, nos quadros de um neoconstitucionalismo, redefiniriam a noção de uma vinculatividade dos poderes públicos<sup>37</sup>, especialmente dos administradores.

Não por acaso, para Maria Paula Dallari Bucci, “(o) desafio reside em estabelecer uma metodologia apropriada para o trabalho jurídico, que permita descrever e compreender, segundo as categorias do Direito, uma ação governamental determinada e analisar juridicamente o seu processo de formação e implementação”<sup>38</sup>

O STF, entretanto, possui a opção de prestigiar as escolhas do administrador público:

(...) consoante a jurisprudência da Corte, a concessão de isenção tributária configura ato discricionário. Por meio dela, o Poder Público, embasado no juízo de conveniência e oportunidade – o que inclui a verificação do momento adequado para a concretização da benesse fiscal –, busca efetivar políticas fiscais e econômicas. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes, afirmar

<sup>34</sup> LIMA, Flávia Danielle Santiago. Perdedores no Congresso Nacional e no STF? A judicialização das questões internas corporis do Legislativo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, p. 307-330, 2016. p. 320-322.

<sup>35</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República: simultaneamente um comentário ao Acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997, p. 33-34.

<sup>36</sup> AMARAL, Gustavo. Direito, **escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>37</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Disponível em <<http://www.mundojurídico.adv.br/cgibin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em 1 nov 2015.

<sup>38</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Julio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

*que determinada situação está abrangida por uma norma de isenção tributária se assim ela não determinou. Sobre o assunto: AI nº 360.461/MG-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 28/3/08; RE nº 344.331/PR, Primeira Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 14/3/03.*

*Ministro Dias Toffoli - MS 34342 AgR, 2017 (Destaque nosso).*

#### **4. AUTORRESTRICÃO FORMAL EXPRESSA (OU VIRTUDES PASSIVAS)? ILEGITIMIDADE ATIVA, PERTINÊNCIA TEMÁTICA, COMPETÊNCIA E REQUISITO DE SUBSIDIARIEDADE NO STF.**

Noutro cenário, Bickel explora e traz à luz o uso das chamadas virtudes passivas, técnicas de adjudicação que permitem ao tribunal, no emprego da sua prudência, agir estrategicamente na perseguição das suas responsabilidades<sup>39</sup>.

As virtudes passivas são argumentos jurídicos – *geralmente de cunho processual* – que facultam à corte *eximir-se da apreciação de um caso* que lhe fora submetido. Assim, pode afirmar a sua incompetência para decidir, a ausência de legitimidade ativa do requerente, a “falta de maturação” da causa, lançar mão da doutrina das “questões políticas”, dentre outros argumentos típicos do sistema judicial norte-americano, ainda que assemelhados às construções processuais de outros ordenamentos<sup>40</sup>.

Para ele, essas técnicas constituem instrumentos à disposição dos juízes, deixando às instituições eleitorais a condução da política, ao excluírem-se desta. Ao utilizar este expediente, o tribunal agiria como um “animal político”<sup>41</sup>.

A vantagem inicial do emprego destas técnicas parece assentada: evitar que a corte positione-se definitivamente, em prejuízo da sua função de guardiã dos princípios, ou confronte a opinião pública e os poderes majoritários. Ao deixar a questão em aberto, mantém-se fiel aos seus compromissos<sup>42</sup>.

Apesar de discorrer longamente sobre estas virtudes passivas, apontando as diferenças entre estas técnicas, Bickel não apresenta padrões ou princípios que auxiliem o tribunal na opção entre seu emprego ou não, tampouco na escolha do “instrumento”

<sup>39</sup> BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch:** the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 105-111.

<sup>40</sup> Destacam-se, entre os requisitos para análise de um tema pela Suprema Corte, elementos como “cases and controversies” (delimitação da temática de ordem constitucional), “standing to sue” (a prova do interesse da parte na solução do conflito), “precedent” ou “stare decisis” (a vinculação às decisões anteriormente proferidas), “comity” (esgotamento das instâncias prévias) e as já debatidas “political questions” (deve-se demonstrar que se trata de um debate eminentemente jurídico).

<sup>41</sup> BICKEL, Alexander M. The Supreme Court, 1960 Term - foreword: the passive virtues. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 75, p. 40-75, nov. 1961. p. 51.

<sup>42</sup> Embora Bickel não seja expresso nesse sentido, Lima entende que o princípio democrático também prevalece quando a corte opta por utilizar as “virtudes passivas” pois a não apreciação da demanda mantém o ato questionado no ordenamento: LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.LIMA, Flávia Danielle Santiago. Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014

a ser utilizado<sup>43</sup>. Tal questão também não envolveria sabedoria acadêmica, mas habilidade na arte do “compromisso” e uma “familiaridade com as formas”, ou, como prefere o próprio autor, o exercício da arte da prudência, distinto do juízo de princípio<sup>44</sup>.

Ao não julgar, é possível que a corte explore o “maravilhoso mistério do tempo”<sup>45</sup>, em suas diversas implicações. Por vezes, na oportunidade posterior de julgamento, pode-se concluir que chegou o momento de abordar diretamente a questão, mesmo que fundamentada em princípio contrário à expectativa popular. Para mitigar o impacto da decisão contrária às maiorias, Bickel sugere o uso de “instrumentos retóricos”<sup>46</sup>.

#### **4.1. Restringindo o acesso à jurisdição constitucional: a ilegitimidade ativa e o “filtro” da pertinência temática em sede de ação direta**

*Consoante assentado na decisão agravada, a autora não se insere em qualquer das hipóteses do art. 2º, IX, da Lei 9.868/1999, o qual, reproduzindo o teor do art. 103, IX, da Lei Maior, assegura legitimidade ativa especial (i) às confederações sindicais e (ii) às entidades de classe de âmbito nacional para impugnar, mediante ação direta, a constitucionalidade de dispositivos de lei ou de ato normativo. Isso porque a autora, de um lado, não se confunde com as confederações ao feitio dos arts. 103, IX, da Constituição da República e 2º, IX, da Lei nº 9.868/1999, sabidamente entidades integrantes – no grau máximo – da estrutura sindical – representativas, em todo o território nacional de interesses de categorias profissionais ou econômicas. De outro, enquanto entidade de administração do desporto, tampouco se enquadraria como entidade de classe, a teor da parte final dos dispositivos citados. Pessoa jurídica de direito privado e sem fins lucrativos, apresenta-se, a autora, como entidade de classe de âmbito nacional, a congregar federações estaduais de atletismo. Todavia, constitui entidade nacional de administração do desporto, de perfil e natureza fundamentalmente diversos. (...) Ausente a legitimatio ad causam ativa, delineia-se a carência da ação, a conduzir à extinção do feito sem resolução do mérito.*

*Min. Rosa Weber, ADPF 406, 2016 (Destaque nosso).*

<sup>43</sup> “The passive devices that I have canvassed do not produce constitutional decisions. They do nor check or legitimate on principle. They are not themselves principled, they do not operate independently, and the variables that render them decisive cannot be contained in any principle”. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch:** the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 205.

<sup>44</sup> BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch:** the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 26.

<sup>45</sup> BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch:** the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 26.

<sup>46</sup> BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch:** the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 188.

Como visto anteriormente, as virtudes passivas são estratégias de autocontenção que procuram embasamento em questões formais, de natureza procedural, para justificar o não julgamento de litígios constitucionais. Dentre estas, está a verificação da *legitimidade ativa para a causa (ad causam)*, isto é, da existência de expressa autorização legal para que o ator, individual ou coletivo, possa exercer o seu direito de ação, provocando o Poder Judiciário para intervir em determinado conflitos de interesses<sup>47</sup>, *in casu*, nos conflitos acerca da constitucionalidade de normas jurídicas e/ou de atos praticados por agentes públicos.

Entretanto, tal instituto de direito processual foi concebido originalmente pensando-se em demandas de natureza subjetiva, nos quais se resolvem conflitos entre duas partes; por sua vez, no exercício da revisão judicial concentrada, cujo objeto são processos objetivos (de natureza institucional), o conteúdo da legitimidade ativa ganha contornos específicos: trata-se de uma espécie de legitimação extraordinária restrita aos ao elenco de atores previsto no artigo 103 da Constituição Federal, expressivamente ampliado em relação aos textos constitucionais anteriores<sup>48</sup>.

Neste sentido, o então Ministro Moreira Alves assim já afirmou: “Eu não conheço - talvez seja ignorância minha - nenhum país de controle concentrado que tenha uma lista de legitimados ativos como aquela que se encontra no art.103 da CF”<sup>49</sup>. Tal declaração ilustra posicionamento restritivo de muitos membros da corte, que se empenharam numa delimitação duradoura e, muitas vezes, inflexível da legitimidade ativa, bem como no bloqueio de posteriores tentativas de ampliação do rol pela via interpretativa<sup>50</sup>.

Num cenário institucional caracterizado por um desenho constitucional que, contextualizado por aspirações de abertura democrática, maximizou a relação de atores autorizados a levar questões litigiosas para serem resolvidas, de modo concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal, é possível identificar uma clara postura dos membros da corte, voltada a reagir contra qualquer tentativa de ampliar ainda mais este acesso à jurisdição constitucional.

*Vide que não há correlação entre as normas impugnadas, que dizem respeito à concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS, e os objetivos institucionais perseguidos pela autora, que estão voltados, em suma, para entidades sindicais e trabalhadores*

<sup>47</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Malheiros, 2016.

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2008. p.152-153.

<sup>49</sup> ALVES, José Carlos Moreira. Força vinculante das decisões do Supremo. Declaração de constitucionalidade. Juizados Especiais. Valorização dos recursos processuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 5, n. 18, 1997. p.276.

<sup>50</sup> CARVALHO, Ernani. Dimensão política do acesso à justiça: aspectos da revisão judicial. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Org.). **Dimensões do Acesso à Justiça**. Salvador, Editora PODIVM, 2008. p.46.

*inorganizados em sindicatos nas indústrias metalúrgicas, mecânicas e de material elétrico, eletrônico e de informática. De mais a mais, os interesses por ela abrangidos não são atingidos de maneira direta pelos dispositivos questionados. Ausente, portanto, o requisito da pertinência temática, o que afasta o conhecimento da ação.*

*Min. Dias Toffoli, ADI 4722, 2016 (Destaque nosso).*

No desenho constitucional brasileiro, estão autorizados a propor as ações do controle direto de constitucionalidade o Procurador-Geral da República, o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal, os Governadores, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os partidos políticos, as confederações sindicais e as entidades de classe com âmbito nacional (art. 103). As preocupações em torno do excesso de demandas, sobretudo dos atores da sociedade civil sempre foram grandes.

Para reduzir o quantitativo de demandas, criou-se, portanto, na jurisprudência do STF, o instituto da *pertinência temática* para alguns dos legitimados ativos, como meio de impor limites ao acesso efetivo. Governadores e as Mesas das Assembleias Legislativas dos Estados passaram a ter de obedecer à nova regra, e entidades de classe e confederações sindicais tiveram seus conceitos minimamente disciplinados.

*Ao longo dos anos de vigência da Nova Carta, e independentemente de qualquer norma expressa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou uma distinção entre duas categorias de legitimados: (i) os universais, que são aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese; e (ii) os especiais, que são órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada<sup>51</sup>.*

O requisito da pertinência temática impulsionou a necessidade de identificação de nexo entre a norma impugnada e as atividades institucionais dos requerentes (aqueles a quem a jurisprudência exige relação de pertinência) como condição de admissibilidade do processo de controle concentrado.

*Nas discussões sobre legitimidade efetiva para propor ação direta de constitucionalidade gerou-se uma disputa, dentro do Supremo Tribunal Federal, sobre a necessidade, ou não, de restringir ao máximo tal legitimidade. A jurisprudência tem dado vitória aos*

<sup>51</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2008. p.152-153.

*ministros que são a favor da restrição. Foi criada, em alguns casos, como por exemplo, dos Governadores e Assembléias Legislativas, a relação de pertinência<sup>52</sup>.*

Trata-se de efetivo e eficiente mecanismo de filtro processual a serviço da autorrestrição judicial, que evita o julgamento de questões em que os requerentes (legitimados) especiais quedaram derrotados em seus pleitos por não serem capazes de demonstrar (ou fazer aceita a alegada) identidade (relação lógica) entre objeto do processo (norma jurídica ou ato administrativos sujeitos à impugnação) e as matérias relativas à sua competência legislativa e/ou os objetivos sociais da entidade responsável por propor a ação<sup>53</sup>.

#### **4.2. (Re)definindo sua própria jurisdição: competência originária e o requisito da subsidiariedade para arguição de descumprimento de preceito fundamental**

*Relembre-se que esta Corte (...) entendia que a demanda relativa ao recebimento de ajuda de custo por magistrado, por envolver interesse de toda Magistratura nacional, atrairia a competência originária desta Corte, nos termos do disposto no art. 102, I, “n”, da CF. Após o julgamento da referida reclamação, a jurisprudência da Corte foi paulatinamente alterada. Fixou-se o posicionamento pela inaplicabilidade do art. 102, I, “n”, da CF de 1988 às demandas relativas ao pagamento de ajuda de custo a magistrados, em razão da inexistência de interesse específico ou exclusivo de todos os membros da Magistratura. Sintetizando: a competência do STF de que trata o art. 102, I, “n”, da Constituição Federal apenas se configura nas demandas que atinjam toda a Magistratura, direta ou indiretamente, e naquelas em que haja interesse exclusivo da categoria, deixando de lado as que discutam peculiaridades, as que digam respeito a número restrito de seus integrantes e as demais questões de interesses coligados com outras categorias.*

*Min. Gilmar Mendes, AO 1953 AgR, 2017 (Destaque nosso).*

Outro aspecto do prisma procedural a serviço das virtudes passivas e, por consequência, da fundamentação em supostas questões de forma (vícios processuais) que justificam o comportamento autorrestrito do Supremo Tribunal Federal,

<sup>52</sup> CARVALHO, Ernani. Dimensão política do acesso à justiça: aspectos da revisão judicial. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Org.). **Dimensões do Acesso à Justiça**. Salvador, Editora PODIVM, 2008. p.46.

<sup>53</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2008. p.159.

é a discussão sobre o âmbito de competência originária da corte, isto é, o espectro de litígios cuja temática, por sua relevância, têm acesso à jurisdição constitucional concentrada.

*Com sede na Capital da União e competência sobre todo o território nacional (Consti., art.92, par.ún.), o Supremo Tribunal Federal representa o ápice da estrutura judiciária nacional e articula-se quer com Justiça comum, quer com as especiais. (...) Sua função básica é a de manter o respeito à Constituição e sua unidade substancial em todo país, o que se faz através de uma série de mecanismos diferenciados - além de encabeçar o Poder Judiciário inclusive em certas causas sem conotação constitucional<sup>54</sup>.*

Neste diapasão, a corte tem sido refratária a sucessivas tentativas de ampliação da sua competência originária fixada na Constituição (art.102, incisos I, "a" até "r", II, "a" e "b", e III, "a" até "d"), repelindo, quando lhe convém, manobras interpretativas que acrescentem em sua agenda de julgamentos questões litigiosas outras, ao seu sentir, da competência de outros órgãos judiciais.

Exemplificando tais situações, tem-se a rejeição dos mandados de segurança impetrados contra ato de deliberação negativa do Conselho Nacional de Justiça<sup>55</sup> e das ações cíveis originárias que pretendiam a apreciação de conflitos relativos à gestão de estradas pela iniciativa privada, a partir de concessões estaduais de serviço público, por inexistência de conflito federativo<sup>56</sup>.

Outra virtude passiva, fruto da jurisprudência da corte suprema sobre o artigo 4o, §1o, da Lei n. 9.886/99, que visa a ser filtro procedural ao crescimento das hipóteses de revisão judicial concentrada, é o requisito de subsidiariedade, exigido em relação à propositura das arguições por descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

*A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental possui como requisitos processuais a relevância constitucional da controvérsia e o critério da subsidiariedade. (...) Sendo assim, verifica-se que a questão*

<sup>54</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Malheiros, 2016, p.179.

<sup>55</sup> O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que não lhe compete julgar, em caráter originário, o mandado de segurança que impugne deliberação negativa do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 34213 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 27/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-017 DIVULG 31-01-2017 PUBLIC 01-02-2017).

<sup>56</sup> "Estadualização" da gestão de trechos de rodovias federais. remessa dos autos a esta corte. Inexistência de conflito federativo. Incompetência do Supremo Tribunal Federal. Devolução dos autos à origem. Agravos regimentais a que se nega provimento (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 2827 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 06-12-2016 PUBLIC 07-12-2016).

*posta em juízo já foi resolvida de forma eficaz e geral pela via da sistemática da repercussão geral, como pretendia por esta ADPF a parte Argente, embora de forma contrária a seus interesses, o que corrobora os fundamentos da decisão impugnada no sentido do não preenchimento do requisito da subsidiariedade.*

*Min. Edson Fachin, ADPF 145 AgR, 2017 (Destaque nossos).*

Em virtude de tal requisito, somente são admitidas as ADPFs quando não houver qualquer outro meio eficaz de sanar a alegada lesividade ao preceito fundamental objeto do conflito constitucional, deixando ao órgão julgador ampla margem de subjetividade quanto à definição, naquele caso concreto, da extensão do requisito subsidiariedade.

*A doutrina e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm oscilado na compreensão desse dispositivo, gerando manifestações antagônicas. A matéria não é singela. (...) [De modo geral, se] rejeita a arguição sempre seja possível enfrentar o ato por via de mandado de segurança, ação popular, reclamação ou recursos ordinários e extraordinários, pelo menos antes que eles sejam esgotados. (...) A questão central está na eficácia do “outro meio” referido na lei, isto é, no tipo de solução que é capaz de produzir. Considerando que a decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e contra todos, quando esses efeitos forem decisivos para o resultado que se deseja alcançar, dificilmente uma ação individual ou coletiva de natureza subjetiva poderá atingi-lo. (...) [O] exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Isso porque, embora seja possível imaginar exceções pontuais, os efeitos da atuação judicial nas vias ordinárias limitam-se, em regra, às partes<sup>57</sup>.*

Isto lhe permite clara liberdade interpretativa para identificar a existência de outros instrumentos procedimentais de impugnação do ato contestado ou para caracterização da ADPF, naquele momento, como último remédio a proteger o preceito fundamental ante à lesão ou à ameaça decorrente do ato submetido ao julgamento pela corte.

---

<sup>57</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2008. p.275-276.

## 5. AUTORRESTRICÃO “TÁCITA”: O SILÊNCIO COMO RESPOSTA DA CORTE

Em outras situações, o Tribunal adia a resposta porque possui dúvidas quanto ao princípio controlador ou sobre seu sentido. Embora os princípios constitucionais sejam duradouros, sua formulação projeta dúvidas sobre as consequências futuras das decisões judiciais, caso tomadas no cenário existente naquele momento.

Para solucionar sua incerteza, emprega soluções provisórias, que lhe permitem avaliar as reações do público e dos agentes governamentais, de sorte a construir seu entendimento. Assim, ao invés de simplesmente postergar o debate, a corte desempenha uma função pedagógica, utilizando essas decisões provisórias como uma estratégia de persuasão lenta, para avançar com ideias que já articula em sua forma final<sup>58</sup>.

Segundo argumento de Bickel, a conduta estratégica da corte pressupõe que o período posterior à decisão seja aproveitado para a construção de um diálogo ou, como prefere o autor, um “colóquio” entre os ramos de governo acerca das questões de princípio envolvidas. Deste modo, ao optar por não decidir, é possível que a “tensão lincolniana” seja atenuada ou até dirimida por estes diálogos, e o tribunal alcance uma melhor compreensão das questões envolvidas, para sua adequada resolução<sup>59</sup>. Quando, finalmente, decide julgar, pode haver uma aceitação generalizada do resultado ou uma redução considerável de custos políticos e/ou econômicos no decidir, pois o debate já estaria amadurecido na opinião pública ou nas searas legislativas<sup>60</sup>.

### 5.1. Aguardando julgamento: estratégia ou esquecimento?

*Em números mais recentes, do universo total de 5.680 ações diretas de inconstitucionalidade distribuídas até o dia 7 de abril de 2017, uma parcela de 1.912 processos (34,69%) permanecia aguardando julgamento<sup>61</sup>.*

Por outro lado, uma outra provável estratégia tácita para evitar o julgamento imediato de questões politicamente relevantes e que possam, naquele momento

<sup>58</sup> BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch:** the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 26.

<sup>59</sup> BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch:** the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 206-261.

<sup>60</sup> Em trabalhos posteriores, Bickel manteve sua crença no processo político e sua capacidade de promover a defesa ou participação de todos os grupos. KECK, Thomas M..**The most activist Supreme Court in history:** the road to modern judicial conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 98.

<sup>61</sup> GOMES NETO, José Mário Wanderley et al. LITIGIOS ESQUECIDOS: Análise empírica dos processos de controle concentrado de constitucionalidade aguardando julgamento. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v.4, n.2, p.75-86, 2017.

impor custos indesejados aos membros do tribunal, seria simplesmente retardar o momento da decisão para um período posterior. Conforme Joaquim Falcão, “O Supremo seria um tribunal político não apenas porque concorda ou discorda do Executivo ou do Congresso. Mas antes porque controla o tempo de concordar ou discordar”<sup>62</sup>.

Os Ministros Relatores, a quem compete a atribuição de julgar monocraticamente os procedimentos (quando cabível) ou de incluir as questões em pauta para julgamento colegiado, postergam a prática destes atos para outros pontos de apreciação no tempo futuro, nos quais o cálculo dos custos institucionais lhes seja mais favorável.

*A apreciação do caso e o momento das decisões possuem inevitáveis repercussões políticas: um juiz que possua formação política, notadamente aquele componente de uma Suprema Corte, indicado por um partido político, e cuja decisão esteja orientada estratégicamente deve estar preparado para sopesar os custos e benefícios de suas decisões e de seus esforços de influência<sup>63</sup> (Destaque nosso).*

Significativa fração do universo de processos da jurisdição constitucional é silenciosamente excluída da apreciação da jurisdição constitucional, no âmbito do STF, dá indícios do exercício de seletividade quanto ao julgamento dos conflitos, fomentando indagações quanto às situações que estariam associadas a maiores ou menores chances de resolução dos litígios constitucionais ou de longos períodos de espera por um pronunciamento acerca da alegada inconstitucionalidade da norma impugnada<sup>64</sup>.

## 5.2. Perda de objeto (bloco de constitucionalidade/emenda, alteração legislativa): efeitos do tempo sobre a pretensão.

*Conforme consignei na decisão agravada, na presente ação direta de inconstitucionalidade são impugnadas determinadas normas constantes da Lei nº 11.000/04, as quais, em suma, autorizam os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a fixar, a cobrar e a executar contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas. Toda-via, as normas ora questionadas foram tacitamente revogadas pela Lei nº 12.514/11, a*

<sup>62</sup> FALCÃO, Joaquim. **O Supremo:** compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 93.

<sup>63</sup> GOMES NETO, José Mário Wanderley Gomes; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Poder de agenda e estratégia no STF: uma análise a partir da decisão liminar nos mandados de segurança nº 34.070 e nº 34.071. In: MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira et al. (Orgs.). **Constituição e Democracia II**. Florianópolis, CONPEDI, 2016.

<sup>64</sup> GOMES NETO, José Mário Wanderley et al. LITÍGIOS ESQUECIDOS: Análise empírica dos processos de controle concentrado de constitucionalidade aguardando julgamento. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 4, n. 2, p. 75-86, 2017.

*qual, conforme sua ementa, “trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral”. Vide que os temas relativos à fixação, à cobrança e à execução das anuidades são tratados, notadamente, pelos arts. 3º a 9º da nova lei. Repare-se, aliás, que a própria requerente concorda haver, “efetivamente, (...) lei posterior que revogou os dispositivos da lei vergastada”. Consoante a jurisprudência da Corte, considera-se prejudicada a ação direta de constitucionalidade por perda superveniente de objeto quando sobre-vém a revogação da norma questionada.*

*Min. Dias Toffoli, ADI 3408 AgR, 2016 (Destaque nosso).*

O que viria a ser a alegada perda superveniente do objeto e como esta circunstância seria expressão de uma auto contenção tácita da corte? Trata-se uma questão formal (técnico-processual), prevista na legislação processual civil brasileira, relacionada à formação e à continuidade válidas de um processo (consequentemente às virtudes passivas tácitas): o interesse processual.

O interesse processual diz respeito à necessidade e à utilidade do julgamento de um processo por um órgão individual ou colegiado do Poder Judiciário: a propositura de uma ação significa a provocação (chamado) do Poder Judiciário para que interfira em um conflito de interesses, caracterizado pelo suposto descumprimento pela parte contrária de uma norma, seja estatal ou seja contratual.

Devem os órgãos judiciais, desse modo, verificar a presença de um conflito a ser解决ado, como condição para a formação e para a continuidade válida de um processo, notadamente daqueles que tratam da jurisdição constitucional. Nestes termos, a hipótese do encerramento posterior (por qualquer motivo) de um litígio existente caracterizaria um grave defeito formal, que levaria imediatamente à extinção (encerramento) do processo e prejudicaria o julgamento da questão controversa, evitando processos injustificáveis ou que não possuam utilidade social.

O Poder Judiciário, em tese, estaria impossibilitado de julgar a questão que lhe foi submetida, em virtude da verificação de fatos ocorridos durante o processo, cujas consequências, em tese, encerrariam o litígio. Desaparecia, portanto, o interesse processual quando não se pudesse mais extrair qualquer utilidade a partir do julgamento do processo.

No que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade (revisão judicial abstrata), reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal (v.g., ADIs nº 2097, 520, 2118, 763) têm entendido que ocorre o prejuízo por perda superveniente de objeto (a despeito da norma alegadamente inconstitucional vier, ou não, a produzir efeitos concretos) quando, durante a tramitação do processo, a referida norma for revogada

ou ocorrer alteração posterior no texto constitucional, que convalide a situação antes incompatível com a Constituição Federal.

Seriam tais situações simples obras do acaso ou a consequência de uma postura estratégica dos julgadores frente a litígios cujo julgamento imporia à Corte custos políticos desnecessários? Um significativo conjunto de processos foi julgado prejudicado por perda superveniente do objeto (13,4% do total)<sup>65</sup>, num recorrente comportamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os quais, por seletividade, quedam inertes frente à questionada constitucionalidade dos atos normativos impugnados, por longos períodos de tempo, somente julgando os processos quando configurada a hipótese de perda de objeto, pela revogação futura do ato impugnado ou pela alteração superveniente do Texto Maior.

Ao contrário de assumir os custos de declarar expressamente sua opção pela autorestrição ou de julgar a constitucionalidade do ato, condutas normalmente esperadas em relação ao exercício da jurisdição, os órgãos julgadores utilizam o tempo como seu aliado, retardando o julgamento até que seja verificada a alteração nas circunstâncias de fato que envolvem o litígio e, por consequência, seja prejudicado o julgamento por perda superveniente do objeto.

### **5.3. Illegitimidade ativa superveniente: os efeitos do tempo sobre os Requerentes**

*Reafirmou o Plenário desta Corte que a perda superveniente da representação parlamentar no Congresso Nacional provoca a descaracterização da legitimidade ativa do Partido Político, mesmo que satisfeita, no momento do ajuizamento da ação, a exigência prevista no art. 103, VIII da Constituição Federal. Precedentes: Agravos nas ADIs nº 2202, 2465, 2723, 2837 e 2346, todos de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello.*

*Min. Ellen Gracie, ADI 2035 AgR, 2003 (Destaque nosso).*

Em momento pretérito, foi dominante no Tribunal o entendimento de que a perda do mandato parlamentar, em momento posterior ao ajuizamento do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, provocaria a condição de ilegitimidade ativa superveniente da legenda partidária para instaurar a jurisdição constitucional sobre a questão submetida ao exame pelo STF.

<sup>65</sup> GOMES NETO, José Mário Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Explorando “o maravilhoso mistério do tempo”: as hipóteses de “perda de objeto” como evidências de virtudes passivas na suprema corte brasileira. In: 10º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, 2016, Belo Horizonte. *Anais do 10º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Ciência Política*. Rio de Janeiro: ABCP, 2016.

Trata-se de uma situação semelhante à perda do objeto, pois também decorre dos efeitos do tempo sobre a condição de continuidade do processo de controle concentrado de constitucionalidade, servindo de argumento formal para a não apreciação da controvérsia constitucional pela corte: fatos supervenientes ao ajuizamento da ação afetariam a natureza do requerente, excluindo as características fundamentais necessárias a enquadrá-lo no rol de legitimados previsto no art.103 da Constituição Federal.

Em diversas situações não se constitui, da mesma forma, mera obra do acaso, pois a perda superveniente da legitimidade, ocorrida no decorrer da tramitação do processo, é produto justamente de um processo que, por seletividade da respectiva relatoria, passou longos períodos aguardando julgamento, utilizando-se do “maravilhoso mistério do tempo” de Bickel, até que esta virtude passiva surgisse e justificasse a extinção do processo e o seu não julgamento pela corte.

## 6. CONCLUSÕES: AUTORRESTRICÃO JUDICIAL COMO EXPRESSÃO DE COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO DELIBERADO DO STF

Vê-se que o direito importa no estudo do comportamento judicial autorrestrito, seja por visões específicas sobre o papel de um tribunal (material), seja porque as cortes atuam a partir de argumentos processuais (formal), oferecendo variáveis que se dedicam a explicar as razões da ação contida e/ou a maneira como os julgadores justificam e viabilizam sua estratégia de não julgar determinados conflitos.

Para tanto, o STF dispõe de um amplo espectro de argumentos para interagir no plano político, fundamentando seu diálogo expresso ou tácito com as instituições majoritárias. Argumentos estes que conjugam as tradições norte-americana e européia do exercício do controle, ou seja, além de um modelo que une o tribunal topo do controle difuso (EUA) à corte encarregada do controle concentrado (Europa), o STF ainda dispõe de uma dogmática que lhe permite transitar por esses argumentos e utilizá-los seletivamente, *sem estabelecer a priori os contornos de sua atuação*.

Neste sentido, ao invés de simplesmente apresentar argumentos para não apreciar as demandas (virtudes passivas) ou deferir a competência decisória exclusiva aos poderes majoritários, com a suposição de que sua atuação é correta, o desenho institucional de nossa revisão judicial espera que a corte decida a questão (*non liquet*) que lhe foi submetida, não se eximindo de apreciar a suposta lesão ou ameaça a dispositivos constitucionais. A redução do grau de intervenção e o respeito às instituições representativas denotam uma flagrante restrição institucional, seja no plano interpretativo, seja no plano comportamental.

Tal conduta afeta o modelo de diálogos institucionais, pois concretiza uma limitação no plano institucional, operada por uma um Tribunal que não se reconhece como a principal instância do debate político ou enfrenta situações em que não deseja

arcar com os demasiados custos políticos de assumir “a última palavra” sobre os litígios constitucionais, cujo julgamento tenha consequências, v.g., para o equilíbrio democrático, para o regular funcionamento das instituições ou para o crescimento econômico.

Identificar como o STF usa esses argumentos é questão urgente para os pesquisadores. Tão ou mais importante que discutir o papel das cortes é compreender como elas atuam e se omitem, de sorte a fornecer critérios voltados às características específicas dos tribunais, a partir das previsões normativas constitucionais e legais e da interpretação doutrinária que oferece os contornos de sua atuação.

Partindo do fato que os tribunais interagem e dialogam com os outros poderes, como consequência de suas configurações institucionais, este artigo ofereceu um olhar sobre esta temática, com base numa tentativa de se aproximar de uma visão normativa da atuação do STF, a partir de sua *práxis*.

## 7. REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. Força vinculante das decisões do Supremo. Declaração de constitucionalidade. Juizados Especiais. Valorização dos recursos processuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 5, n. 18, 1997.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha:** critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** Disponível em <<http://www.mundojurídico.adv.br/cgibin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em 1 nov 2015.

BARKOW, R. More Supreme than court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy. **Columbia Law Review**, New York, v. 102, n. 2, mar. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo, Saraiva, 2008.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch:** the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BICKEL, Alexander M. The Supreme Court, 1960 Term - foreword: the passive virtues. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 75, p. 40-75, nov. 1961.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 44, 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Julio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas:** possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CARVALHO, Ernani. Dimensão política do acesso à justiça: aspectos da revisão judicial. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Org.). **Dimensões do Acesso à Justiça**. Salvador, Editora PODIVM, 2008.

CHOPER, Jesse H. The political question doctrine: suggested criteria. **Duke Law Journal**, Durham, v. 54, p. 1457-1523, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo, Malheiros, 2016.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, London, v. 6, 1957.

DIAS, Gabriel Nogueira. "Legislador negativo" na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria Reine Rechtslehre. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./ago. 2010.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: A theory of judicial review. Harvard University Press, 1980.

FALCÃO, Joaquim. **O Supremo**: compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015.

GOMES NETO, José Mário Wanderley et al. Litígios Esquecidos: Análise empírica dos processos de controle concentrado de constitucionalidade aguardando julgamento. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 4, n. 2, p. 75-86, 2017.

GOMES NETO, José Mário Wanderley Gomes; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Poder de agenda e estratégia no STF: uma análise a partir da decisão liminar nos mandados de segurança nº 34.070 e nº 34.071. In: MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira et al. (Orgs.). **Constituição e Democracia II**. Florianópolis, CONPEDI, 2016.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Explorando "o maravilhoso mistério do tempo": as hipóteses de "perda de objeto" como evidências de virtudes passivas na suprema corte brasileira. In: 10º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, 2016, Belo Horizonte. **Anais do 10º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Ciência Política**. Rio de Janeiro: ABCP, 2016.

HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. Historical Perspectives. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M (ed.). **Supreme Court activism and restraint**. Lexington, Lexington Books, 1982.

HENKIN, Louis. Is there a "political question" doctrine? **The Yale Law Journal**, New Heaven, v. 85, n. 5, p. 597-625, apr. 1976.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York, London: W. W. Norton & Company, 1999.

KECK, Thomas M.. **The most activist Supreme Court in history**: the road to modern judicial conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004.

LAMB, Charles M. Judicial Restraint on the Supreme Court. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M (Ed.). **Supreme Court activism and restraint**. Lexington, LexingtonBooks, 1982.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Perdedores no Congresso Nacional e no STF? A judicialização das questões interna corporis do Legislativo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 18, p. 307-330, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República**: simultaneamente um comentário ao Acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997.

POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge, Harvard University Press, 2010.

POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, Berkeley, vol. 100, n. 3, p. 519–556, 2012.

SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political question doctrine. **John Marshall Law Review**, v. 37, p. 441-480, 2004.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. **Controle dos atos parlamentares pelo poder judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. **Designing democracy: What constitutions do**. Oxford University Press, 2001.

TEIXEIRA, José Elares Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

TUSHNET, Mark. Law and prudence in the law of justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine. **North Carolina Law Review**, Chapel Hill, v. 80, p. 1203-1235, 2002.

WHITTINGTON, Keith E. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n. 3, p. 446-474, jul. 2003.





## Is it time for a U.S. Article V Constitutional convention? A brief discussion about American constitutional reform procedure

### *É hora de uma convenção constitucional sobre o artigo V da Constituição dos Estados Unidos? Uma breve discussão sobre o procedimento norte-americano de reforma constitucional*

KAREN DESOTO\*

Rutgers University (United States of America)  
kdesoto@earthlink.net

Recebido/Received: 20.09.2017 / September 20<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 27.10.2017 / October 27<sup>th</sup>, 2017

#### Abstract

This article discusses how the United States Constitution Article V Convention can be utilized to amend the constitution. Considering the intense political climate and frequent stagnation in Congress, the Article V convention is an avenue for the fifty U.S. states to spur legislative action without the cooperation of the U.S. Congress. This paper explores whether an Article V Constitutional Convention could be utilized to start the process to identify and unify critical legislative initiatives amidst the current political climate. Part II explains the function, process, and historical usage of Article V. Part III discusses case law developments interpreting Article V. Part IV examines individual state constitutional conventions and their efficacy. Part V discusses the arguments for and against an Article V Constitutional Convention.

**Keywords:** constitutional convention; article V; constitutional reform procedure; constitutional amendment; United States.

#### Resumo

Este artigo discute como a Convenção do Artigo V da Constituição dos Estados Unidos pode ser utilizada para emendar a Constituição. Considerando o clima político intenso e a frequente estagnação no Congresso, a Convenção do Artigo V é um caminho para os cinquenta Estados dos EUA estimularem ações legislativas sem a colaboração do Congresso. Este artigo explora se uma Convenção Constitucional do Artigo V poderia ser utilizada para iniciar o processo para identificar e unificar iniciativas legislativas críticas em meio ao atual clima político. A Parte II explica a função, o processo e o uso histórico do Artigo V. A Parte III discute os desenvolvimentos da jurisprudência que interpretam o Artigo V. A Parte IV examina individualmente convenções constitucionais estaduais e sua eficácia. A Parte V discute os argumentos a favor e contra a Convenção Constitucional do Artigo V.

**Palavras-chave:** convenção constitucional; artigo V; procedimento de reforma constitucional; emenda constitucional; Estados Unidos.

Como citar esse artigo/*How to cite this article:* DESOTO, Karen. Is it time for a U.S. Article V Constitutional convention? A brief discussion about American constitutional reform procedure. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 249-260, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55332.

\* Adjunct Professor at Rutgers University (United States of America). Juris Doctorate and Master of Laws at Temple University School of Law. Attorney at law and legal analyst. E-mail: kdesoto@earthlink.net.

## CONTENTS

- 1. Introduction; 2. What Is the Article V Constitutional Convention?; 3. Case Law on Article V; 4. State Constitutional Conventions; 5. Support and Opposition for Constitutional Convention; 6. Conclusion; 7. References.**

### 1. INTRODUCTION

The United States Constitution Article V Convention is an untapped pathway to amend the constitution that has yet to be deployed.<sup>1</sup> Considering the intense political climate and frequent stagnation in Congress, the Article V convention may be a vehicle for the fifty U.S. states to spur legislative action without the cooperation of the U.S. Congress.<sup>2</sup> However, an Article V Convention still relies on the participation of individual states, which may be a daunting task considering the polarization of American politics.<sup>3</sup>

This paper explores whether an Article V Constitutional Convention could be utilized to start the process to identify and unify critical legislative initiatives amidst the current political climate. Part II explains the function, process, and historical usage of Article V.<sup>4</sup> Part III discusses case law developments interpreting Article V.<sup>5</sup> Part IV examines individual state constitutional conventions and their efficacy.<sup>6</sup> Part V discuss the arguments for and against an Article V Constitutional Convention.<sup>7</sup>

### 2. WHAT IS THE ARTICLE V CONSTITUTIONAL CONVENTION?

Article V of the United States Constitution provides two avenues, each with two steps, to amend the Constitution.<sup>8</sup> Article V states that:

The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this

<sup>1</sup> NEALE, Thomas H. The Article V Convention for Proposing Constitutional Amendments: Historical Perspectives for Congress. **Congressional Research Service**, Oct 22, 2012. Available at: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R42592.pdf>>. Last visited Jun 29, 2017. p. 5.

<sup>2</sup> NEALE, Thomas H. The Article V Convention for Proposing Constitutional Amendments: Historical Perspectives for Congress. **Congressional Research Service**, Oct 22, 2012. Available at: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R42592.pdf>>. Last visited Jun 29, 2017. p. 5.

<sup>3</sup> NEALE, Thomas H. The Article V Convention for Proposing Constitutional Amendments: Historical Perspectives for Congress. **Congressional Research Service**, Oct 22, 2012. Available at: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R42592.pdf>>. Last visited Jun 29, 2017. p. 6.

<sup>4</sup> For further discussion of Article V, see infra notes 8 - 37 and accompanying text.

<sup>5</sup> For further discussion of case law on Article V, see infra notes 38 – 44 and accompanying text.

<sup>6</sup> For further discussion of state constitutional conventions, see infra notes 45 – 58 and accompanying text.

<sup>7</sup> For further discussion of the argument surrounding Article V, see infra notes 59 – 77 and accompanying text.

<sup>8</sup> See supra notes 9 – 17 and accompanying text.

Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.<sup>9</sup>

By way of the first avenue, Congress can propose an amendment by a vote of two-thirds of the Senate and of the House of Representatives.<sup>10</sup> The amendment is then sent to the states to determine whether to ratify the amendment.<sup>11</sup> If three-fourths of the states ratify the amendment, it is added to the Constitution.<sup>12</sup> Thirty-three amendments have been proposed through this method, and twenty-seven have been ratified and added to the Constitution.<sup>13</sup> Aside from the Twenty-Seventh Amendment, no amendments have been added to the Constitution since 1971.<sup>14</sup>

The states can circumnavigate Congress through the second avenue if two-thirds of state legislatures request Congress to call an Article V Constitutional convention to propose Constitutional amendments.<sup>15</sup> If such a request is successfully made, the states must set the agenda for the convention and Congress must hold a convention limited to that agenda.<sup>16</sup> Proposed amendments are then sent to the states for the same ratification process as if they were submitted by Congress.<sup>17</sup>

The Framers' intent behind Article V appears to have been to balance out the power of the federal government and allow the states to collectively act if Congress did not.<sup>18</sup> Further, the Article V convention was intended to give more direct power to the people through their state legislatures.<sup>19</sup> The Article V convention option was

<sup>9</sup> U.S. Const. art. V.

<sup>10</sup> U.S. Const. art. V.

<sup>11</sup> U.S. Const. art. V.

<sup>12</sup> EDITORS OF THE TENNESSEE LAW REVIEW. Article V Constitutional Conventions: A Primer. **Tennessee Law Review**, vol. 78, n. 3, p. 663-692, mar./may 2011. p. 664.

<sup>13</sup> RAPPAPORT, Michael B.; STRAUSS, David A. Common Interpretation: Article V. **National Constitution Center**. Available at: <<https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/articles/article-v/article-v-by-michael-b-rappaport-and-david-a-s-traua-interp/22>>. Last visited Jun 29, 2017.

<sup>14</sup> RAPPAPORT, Michael B.; STRAUSS, David A. Common Interpretation: Article V. **National Constitution Center**. Available at: <<https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/articles/article-v/article-v-by-michael-b-rappaport-and-david-a-s-traua-interp/22>>. Last visited Jun 29, 2017.

<sup>15</sup> EDITORS OF THE TENNESSEE LAW REVIEW. Article V Constitutional Conventions: A Primer. **Tennessee Law Review**, vol. 78, n. 3, p. 663-692, mar./may 2011. p. 664.

<sup>16</sup> PULIGNANO, Vincent. A Known Unknown: The Call for an Article V Convention. **Florida Law Review**, vol. 67, p. 151-160, 2016. p. 152.

<sup>17</sup> EDITORS OF THE TENNESSEE LAW REVIEW. Article V Constitutional Conventions: A Primer. **Tennessee Law Review**, vol. 78, n. 3, p. 663-692, mar./may 2011. p. 664.

<sup>18</sup> NEALE, Thomas H. The Article V Convention for Proposing Constitutional Amendments: Historical Perspectives for Congress. **Congressional Research Service**, Oct 22, 2012. Available at: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R42592.pdf>>. Last visited Jun 29, 2017. p. 11.

<sup>19</sup> PULIGNANO, Vincent. A Known Unknown: The Call for an Article V Convention. **Florida Law Review**, vol. 67, p. 151-160,

added after George Mason commented that Congress would be unlikely to propose an amendment that would limit its own power, thus Article V was aimed to curtail Congress's power and provide more direct power to individual citizens through their state constitutional convention representatives.<sup>20</sup>

Furthermore, the Framers intended that it would not be excessively difficult to call an Article V convention.<sup>21</sup> Under the Articles of Confederation, every state needed to ratify proposed amendments, thus Article V aimed to make it easier for the people to change the Constitution.<sup>22</sup>

The Article V convention circumnavigates Congress and empowers people with the ability to amend the constitution, because “[a]lthough a convention is summoned by the Legislature, it derives its power from the sovereign people.”<sup>23</sup> James Madison remarked in The Federalist Papers that “a constitutional road to the decision of the people, ought to be marked out, and kept open, for certain great and extraordinary occasions.”<sup>24</sup>

The Article V convention has not been effectively utilized to date.<sup>25</sup> 743 requests for Article V conventions have been made over time, most of which occurred in the 1900s.<sup>26</sup> Every state has petitioned for an Article V convention at some point.<sup>27</sup> Three notable examples are the campaigns for the direct election of senators by states, reapportionment of state legislatures, and a balanced budget requirement.<sup>28</sup> The direct election effort failed around the turn of the 20<sup>th</sup> century, but ultimately led to the

<sup>20</sup> 2016. p. 151.

<sup>21</sup> ROGERS, James Kenneth. The Other Way to Amend the Constitution: The Article V Constitutional Convention Amendment Process. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, vol. 30, p. 1005-1022, 2007. p. 1007.

<sup>22</sup> HANSON, Walker. The States' Power to Effectuate Constitutional Change: Is Congress Currently Required to Convene a National Convention for the Proposing of Amendments to the United States Constitution. *GEO. J. L. & PUB. POL'Y*, vol. 9, n. 1, p. 245-?, 2011. p. 249-249.

<sup>23</sup> HANSON, Walker. The States' Power to Effectuate Constitutional Change: Is Congress Currently Required to Convene a National Convention for the Proposing of Amendments to the United States Constitution. *GEO. J. L. & PUB. POL'Y*, vol. 9, n. 1, p. 245-?, 2011. p. 248-249.

<sup>24</sup> In re Opinion of the Justices, 132 Me. 491, 167 A. 176, 179 (1933)

<sup>25</sup> MADISON, James. No. 49. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

<sup>26</sup> NEALE, Thomas H. The Article V Convention for Proposing Constitutional Amendments: Historical Perspectives for Congress. *Congressional Research Service*, Oct 22, 2012. Available at: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R42592.pdf>>. Last visited Jun 29, 2017.

<sup>27</sup> NEALE, Thomas H. The Article V Convention for Proposing Constitutional Amendments: Historical Perspectives for Congress. *Congressional Research Service*, Oct 22, 2012. Available at: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R42592.pdf>>. Last visited Jun 29, 2017. p. 9.

<sup>28</sup> PENROSE, Mary Margaret. Conventional Wisdom: Acknowledging Uncertainty in the Unknown. *Tennessee Law Review*, vol. 78, p. 789-805, 2011. p. 793.

<sup>29</sup> NEALE, Thomas H. The Article V Convention for Proposing Constitutional Amendments: Historical Perspectives for Congress. *Congressional Research Service*, Oct 22, 2012. Available at: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R42592.pdf>>. Last visited Jun 29, 2017. p. 12-13.

Seventeenth Amendment, therefore providing a good example of the “prodding effect,” where the effort from states is sufficient to prod Congress to act in a given area.<sup>29</sup>

The apportionment initiative gained the support of thirty-three states in the 1950s; however, some states withdrew their applications over time.<sup>30</sup> An initiative for a federal budget amendment came close to an Article V convention with the support of thirty-two of the requisite thirty-eight states.<sup>31</sup> Similarly to the direct election campaign, the federal budget initiative prodded Congress to enact the Gramm-Rudman-Hollings Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act of 1985, which required a balanced budget by 1993.<sup>32</sup> After the budget amendment effort, Article V convention interest waned until recent years.<sup>33</sup>

Efforts for a balanced budget amendment continue, with twenty seven state applications as of 2015.<sup>34</sup> In 2010, the Tea Party gained traction surrounding the Repeal Amendment, which would allow for the repeal of any federal law if the legislatures of two-thirds of the states agreed. The Repeal Amendment gained the support of twelve states.<sup>35</sup> According to a Harris Interactive survey in 2005, more than sixty-five percent of the population supports seven theoretical amendments where Congress has not acted.<sup>36</sup> As of 2011, thirty-three states were applying for a general Article V constitutional convention.<sup>37</sup>

---

<sup>29</sup> NEALE, Thomas H. The Article V Convention for Proposing Constitutional Amendments: Historical Perspectives for Congress. **Congressional Research Service**, Oct 22, 2012. Available at: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R42592.pdf>>. Last visited Jun 29, 2017. p. 14.

<sup>30</sup> EDITORS OF THE TENNESSEE LAW REVIEW. Article V Constitutional Conventions: A Primer. **Tennessee Law Review**, vol. 78, n. 3, p. 663-692, mar./may 2011. p. 666.

<sup>31</sup> NEALE, Thomas H. The Article V Convention for Proposing Constitutional Amendments: Historical Perspectives for Congress. **Congressional Research Service**, Oct 22, 2012. Available at: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R42592.pdf>>. Last visited Jun 29, 2017.

<sup>32</sup> EDITORS OF THE TENNESSEE LAW REVIEW. Article V Constitutional Conventions: A Primer. **Tennessee Law Review**, vol. 78, n. 3, p. 663-692, mar./may 2011. p. 666.

<sup>33</sup> NEALE, Thomas H. The Article V Convention for Proposing Constitutional Amendments: Historical Perspectives for Congress. **Congressional Research Service**, Oct 22, 2012. Available at: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R42592.pdf>>. Last visited Jun 29, 2017. p. 5.

<sup>34</sup> Doing the math for a new Constitutional Convention - National Constitution Center, National Constitution Center – constitutioncenter.org (2015), <https://constitutioncenter.org/blog/doing-the-math-for-a-new-constitutional-convention> (last visited Jul 17, 2017).

<sup>35</sup> ZERNIKE, Kate. Proposed Amendment Would Enable States to Repeal Federal Law. **The New York Times**, New York, Dec 20, 2010. Available at: <<http://www.nytimes.com/2010/12/20/us/politics/20states.html>>. Last visited Jul 2, 2017.

<sup>36</sup> ROGERS, James Kenneth. The Other Way to Amend the Constitution: The Article V Constitutional Convention Amendment Process. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, vol. 30, p. 1005-1022, 2007. p. 1007.

<sup>37</sup> PAULSEN, Michael Stokes. How to Count to Thirty-Four: the Constitutional Case for a Constitutional Convention. **Harv. J.L. & Pub. Pol'y**, Cambridge, vol. 34, p. 837-?, 2011. p. 857.

### 3. CASE LAW ON ARTICLE V

Amendments to the Constitution are primarily a legislative function.<sup>38</sup> The president has no official role in the Article V amendment process.<sup>39</sup> In *Hollingsworth v. Virginia*, the Supreme Court held that constitutional amendments should not be presented to the president for signature and the president has no veto power over a constitutional amendment because of the lack of role set out in Article V.<sup>40</sup>

The Constitution does not set any deadlines for ratification of proposed amendments.<sup>41</sup> In *Dillon v. Gloss*, the Supreme Court held that Congress has the power to impose a deadline for ratification, stating that:

*We do not find anything in the article which suggests that an amendment, once proposed, is to be open to ratification for all time, or that ratification in some of the states may be separated from that in others by many years and yet be effective. We do find that which strongly suggests the contrary. First, proposal and ratification are not treated as unrelated acts, but as succeeding steps in a single endeavor, the natural inference being that they are not to be widely separated in time. Secondly, it is only when there is deemed to be a necessity therefore that amendments are to be proposed, the reasonable implication being that, when proposed, they are to be considered and disposed of presently. Thirdly, as ratification is but the expression of the approbation of the people, and is to be effective when had in three-fourths of the states, there is a fair implication that it must be sufficiently contemporaneous in that number of states to reflect the will of the people in all sections at relatively the same period, which, of course, ratification scattered through a long series of years would not do.<sup>42</sup>*

Congress has since imposed a seven-year deadline for ratification of amendments.<sup>43</sup> This can prove challenging for an Article V convention because of the time-consuming process of organizing movements and state legislatures in coordination with other states.<sup>44</sup>

---

<sup>38</sup> *Wilson v. Guggenheim*, 70 F. Supp. 417, 419 (E.D.S.C. 1947).

<sup>39</sup> *Hollingsworth v. State of Virginia*, 3 U.S. 378, 379 (1798).

<sup>40</sup> *Hollingsworth v. State of Virginia*, 3 U.S. 378, 379 (1798).

<sup>41</sup> U.S. Const. art. V

<sup>42</sup> *Dillon v. Gloss*, 256 U.S. 368, 374-75 (1921).

<sup>43</sup> RAPPAPORT, Michael B.; STRAUSS, David A. Common Interpretation: Article V. **National Constitution Center**. Available at: <<https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/articles/article-v/article-v-by-michael-b-rappaport-and-david-a-s-trausse/interp/22>>. Last visited Jun 29, 2017.

<sup>44</sup> NEALE, Thomas H. The Article V Convention for Proposing Constitutional Amendments: Historical Perspectives for Congress. **Congressional Research Service**, Oct 22, 2012. Available at: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R42592.pdf>>. Last visited Jun 29, 2017. p. 5.

## 4. STATE CONSTITUTIONAL CONVENTIONS

State constitutional conventions can provide a model for the way a potential Article V convention should or could function.<sup>45</sup> Every state has amended its constitution, and the states collectively have amended their constitutions 7,481 times.<sup>46</sup> All of the states allow their state legislatures to call constitutional conventions, and fourteen states provide for the people to periodically decide by referendum whether to call a constitutional convention.<sup>47</sup> For instance, Florida holds a commission every twenty years to determine whether to amend their constitution.<sup>48</sup> Fifteen states have held constitutional conventions since 1965.<sup>49</sup>

Additionally, New York will have a referendum on the ballot this November to determine whether to hold a constitutional convention.<sup>50</sup> This option is available to New Yorkers every twenty years; however, it has not been exercised for the past eighty years.<sup>51</sup> Many believe that voters will decide to call for a convention this year based on motivations surrounding the current President and federal administration.<sup>52</sup> Groups campaigning for a constitutional convention champion causes such as campaign finance reform, redistricting, term limits, marijuana legalization, the judiciary structure, and home rule for counties and municipalities.<sup>53</sup>

The process for a New York constitutional convention commences when a majority of voters elect to do so.<sup>54</sup> As a result, electors from every senate district elect three delegates to send to the convention, and electors voting at the same election elect fifteen delegates-at-large.<sup>55</sup> Elected delegates would convene for the convention

---

<sup>45</sup> DINAN, Josh. State Constitutional Amendments and American Constitutionalism. *Oklahoma City U. L. Rev.*, vol. 41, n. 1, p. 27-52, mar./may 2016.

<sup>46</sup> DINAN, Josh. State Constitutional Amendments and American Constitutionalism. *Oklahoma City U. L. Rev.*, vol. 41, n. 1, p. 27-52, mar./may 2016. p. 30.

<sup>47</sup> DINAN, Josh. State Constitutional Amendments and American Constitutionalism. *Oklahoma City U. L. Rev.*, vol. 41, n. 1, p. 27-52, mar./may 2016. p. 32-33.

<sup>48</sup> DINAN, Josh. State Constitutional Amendments and American Constitutionalism. *Oklahoma City U. L. Rev.*, vol. 41, n. 1, p. 27-52, mar./may 2016. p. 34.

<sup>49</sup> Other State Solutions for Convention | Citizens' Committee for an Effective Constitution, Nyconstitution.org. Available at: <<http://nyconstitution.org/other-states/convention/1965-15-states-have-held-constitutional-conventions>>. Last visited Jul 16, 2017.

<sup>50</sup> FODERARO, Lisa W. A Constitutional Convention for New York? This May Be the Year. *The New York Times*, New York, Jul 5, 2017. Available at: <<https://www.nytimes.com/2017/07/05/nyregion/constitutional-convention-voting-new-york.html>>.

<sup>51</sup> FODERARO, Lisa W. A Constitutional Convention for New York? This May Be the Year. *The New York Times*, New York, Jul 5, 2017. Available at: <<https://www.nytimes.com/2017/07/05/nyregion/constitutional-convention-voting-new-york.html>>.

<sup>52</sup> FODERARO, Lisa W. A Constitutional Convention for New York? This May Be the Year. *The New York Times*, New York, Jul 5, 2017. Available at: <<https://www.nytimes.com/2017/07/05/nyregion/constitutional-convention-voting-new-york.html>>.

<sup>53</sup> FODERARO, Lisa W. A Constitutional Convention for New York? This May Be the Year. *The New York Times*, New York, Jul 5, 2017. Available at: <<https://www.nytimes.com/2017/07/05/nyregion/constitutional-convention-voting-new-york.html>>.

<sup>54</sup> See infra notes 9 – 17 and accompanying text.

<sup>55</sup> Article XIX, Section 2, New York Constitution

in April 2018.<sup>56</sup> The convention has the power to appoint officers and set the rules of proceedings.<sup>57</sup> Amendments are approved by a majority of delegates, and approved amendments are submitted to a vote of electors six weeks after the convention.<sup>58</sup>

## 5. SUPPORT AND OPPOSITION FOR CONSTITUTIONAL CONVENTION

Momentum has been building surrounding recent attempts to call an Article V convention. Current dissolution and polarization of U.S. citizens has emerged due to the political climate.<sup>59</sup> Consequently, the intended use of Article V at this time would correspond with the Framers' intent of giving more direct power to the people.<sup>60</sup> Individuals' trust and confidence in the government has reached a low point, and as of 2016, only 42 percent of citizens trust the country's political leaders.<sup>61</sup>

The 2016 presidential election was composed of poorly rated candidates, and many attribute Donald Trump's success in the election to voter dissatisfaction with the government and politicians.<sup>62</sup> Trump's presidency is extraordinary, given the factor that not since the 1928 election of Herbert Hoover has the U.S. had a president that did not have either a political or military background.<sup>63</sup> Moreover, Americans trust in Washington is at historical lows, with more than eighty percent of the population believing there is little to no trust that the government in D.C. is capable of doing what is right.<sup>64</sup>

Considering the election results, an Article V convention could be a means of restoring federalism where the President and Congress do not impose constitutional limits.<sup>65</sup> Additionally, polarization between political parties is growing over time,

---

<sup>56</sup> Article XIX, Section 2, New York Constitution

<sup>57</sup> Article XIX, Section 2, New York Constitution

<sup>58</sup> Article XIX, Section 2, New York Constitution

<sup>59</sup> DOHERTY, Carroll. 7 things to know about polarization in America Pew Research Center. **Pew Research**, Jun 12, 2014. Available at: <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2014/06/12/7-things-to-know-about-polarization-in-america>>. Last visited Jul 18, 2017.

<sup>60</sup> See infra notes 16-18 and accompanying text.

<sup>61</sup> GALLUP.COM. "Americans' Trust in Political Leaders, Public at New Lows". Available at: <<http://www.gallup.com/poll/195716/americans-trust-political-leaders-public-new-lows.aspx>>. Last visited Jul 17, 2017.

<sup>62</sup> GALLUP.COM. "Americans' Trust in Political Leaders, Public at New Lows". Available at: <<http://www.gallup.com/poll/195716/americans-trust-political-leaders-public-new-lows.aspx>>. Last visited Jul 17, 2017.

<sup>63</sup> SOUSA, Gregory. U.S. Presidents With The Least Prior Political Experience. **World Atlas**, 2016. Available at: <<http://www.worldatlas.com/articles/u-s-presidents-with-the-least-prior-political-experience.html>>. Last visited Jul 31, 2017.

<sup>64</sup> GALLUP.COM "Trust in Government". Available at: <<http://www.gallup.com/poll/5392/trust-government.aspx>>. Last visited Jul 31, 2017.

<sup>65</sup> NATELSON, Robert G. The Article V Convention Process and the Restoration of Federalism. **Harv. J.L. & Pub. Pol'y**, Cambridge, vol. 36, n. 3, p. 955-960, 2016.

resulting in deadlocks in government.<sup>66</sup> President Obama began to use executive orders to implement policy amidst Congress's failure to act.<sup>67</sup>

The wide use and popularity of the internet and social media also make now the opportune time for an Article V Convention because initiatives for amendments can be organized and executed much broader and faster than the prior attempts in the 1960s-1980s.<sup>68</sup>

However, many arguments against an Article V Constitution exist.<sup>69</sup> For instance, many scholars agree that the risk of a runaway convention is the most notable problem with a potential Article V constitutional convention.<sup>70</sup> The possibility of a "runaway convention," or a convention where adverse amendments are adopted, is also cited as a primary concern with an Article V convention.<sup>71</sup>

Similarly, some argue that an Article V convention could result in replacing the entire constitution.<sup>72</sup> However, this risk is curtailed several ways.<sup>73</sup> First, an Article V convention can be limited by issue.<sup>74</sup> Second, the ratification process provides a safety net in case delegates propose undesirable amendments.<sup>75</sup>

The brief text of Article V leaves several questions open, such as how convention members are chosen, how convention rules are adopted, and Congress's power to create an alternative ratification procedure.<sup>76</sup> Nevertheless, the Supreme Court has provided some clarity on the process, and Congress can make further rules as necessary.<sup>77</sup>

---

<sup>66</sup> DOHERTY, Carroll. 7 things to know about polarization in America Pew Research Center. **Pew Research**, Jun 12, 2014. Available at: <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2014/06/12/7-things-to-know-about-polarization-in-america>>. Last visited Jul 18, 2017.

<sup>67</sup> COHEN, Tom. Obama uses executive orders as a political tool. **CNN**, Nov 01, 2011. Available at: <<http://www.cnn.com/2011/11/01/politics/obama-executive-orders/index.html>>. Last visited Aug 1, 2017.

<sup>68</sup> NEALE, Thomas H. The Article V Convention for Proposing Constitutional Amendments: Historical Perspectives for Congress. **Congressional Research Service**, Oct 22, 2012. Available at: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R42592.pdf>>. Last visited Jun 29, 2017. p. 5.

<sup>69</sup> PULIGNANO, Vincent. A Known Unknown: The Call for an Article V Convention. **Florida Law Review**, vol. 67, p. 151-160, 2016. p. 158.

<sup>70</sup> PULIGNANO, Vincent. A Known Unknown: The Call for an Article V Convention. **Florida Law Review**, vol. 67, p. 151-160, 2016. p. 158.

<sup>71</sup> PULIGNANO, Vincent. A Known Unknown: The Call for an Article V Convention. **Florida Law Review**, vol. 67, p. 151-160, 2016. p. 158.

<sup>72</sup> PULIGNANO, Vincent. A Known Unknown: The Call for an Article V Convention. **Florida Law Review**, vol. 67, p. 151-160, 2016. p. 158.

<sup>73</sup> See supra notes 74 – 75 and accompanying text.

<sup>74</sup> ABBOTT, Greg. The Myths and Realities of Article V. **Tex. Rev. L. & Pol.**, vol. 21, n. 1, p. 1-61, sept./nov. 2016. p. 31-32.

<sup>75</sup> ABBOTT, Greg. The Myths and Realities of Article V. **Tex. Rev. L. & Pol.**, vol. 21, n. 1, p. 1-61, sept./nov. 2016. p. 56.

<sup>76</sup> COLON-RIOS, Joel; HUTCHINSON, Allan C. Democracy and Revolution: An Enduring Relationship? **Denver Law Review**, vol. 89, n. 3, 593-610, 2012. p. 603.

<sup>77</sup> WALKER, Bill. The Article V Convention: Discussing the Reality Versus the Fantasy. 28 **Thomas M. Cooley L. Rev.**, vol. 28, n. 1, p. 21-36, 2011. p. 27.

## 6. CONCLUSION

In conclusion, the political climate, polarization of political parties, discontentment of the 2016 Presidential election and widespread distrust of government warrants use of the Article V convention as intended by the Constitutional framers.<sup>78</sup> The question remains: has history brought the United States to an "extraordinary occasion" as envisioned by James Madison and the other framers to finally implement an Article V Constitutional convention?<sup>79</sup> An Article V convention may be the path to quell the political discord and congressional inaction and empower U.S. citizens and states to circumnavigate Congress or at the very least "prod" it into legislative action.<sup>80</sup> However, as awe-inspiring as the idea may be to actually curtail Congress's power and provide citizens and individuals with some control of the legislative agenda, the prodigious task of a Constitutional convention requires the active participation of individual states and citizens, given the division in American politics, such a task may be possible but formidable.<sup>81</sup>

## 7. REFERENCES

- ABBOTT, Greg. The Myths and Realities of Article V. **Tex. Rev. L. & Pol.**, vol. 21, n. 1, p. 1-61, sept./nov. 2016.
- COHEN, Tom. Obama uses executive orders as a political tool. **CNN**, Nov 01, 2011. Available at: <<http://www.cnn.com/2011/11/01/politics/obama-executive-orders/index.html>>. Last visited Aug 1, 2017.
- COLON-RIOS, Joel; HUTCHINSON, Allan C. Democracy and Revolution: An Enduring Relationship? **Denver Law Review**, vol. 89, n. 3, 593-610, 2012.
- DINAN, Josh. State Constitutional Amendments and American Constitutionalism. **Okla. City U. L. Rev.**, vol. 41, n. 1, p. 27-52, mar./may 2016.
- DOHERTY, Carroll. 7 things to know about polarization in America Pew Research Center. **Pew Research**, Jun 12, 2014. Available at: <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2014/06/12/7-things-to-know-about-polarization-in-america>>. Last visited Jul 18, 2017.
- EDITORS OF THE TENNESSEE LAW REVIEW. Article V Constitutional Conventions: A Primer. **Tennessee Law Review**, vol. 78, n. 3, p. 663-692, mar./may 2011.

<sup>78</sup> See infra notes 59-68 and accompanying text.

<sup>79</sup> See infra note 21 and accompanying text.

<sup>80</sup> NEALE, Thomas H. The Article V Convention for Proposing Constitutional Amendments: Historical Perspectives for Congress. **Congressional Research Service**, Oct 22, 2012. Available at: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R42592.pdf>>. Last visited Jun 29, 2017. p. 14.

<sup>81</sup> See infra note 18 and accompanying text.

FODERARO, Lisa W. A Constitutional Convention for New York? This May Be the Year. **The New York Times**, New York, Jul 5, 2017. Available at: <<https://www.nytimes.com/2017/07/05/nyregion/constitutional-convention-voting-new-york.html>>.

GALLUP.COM "Trust in Government". Available at: <<http://www.gallup.com/poll/5392/trust-government.aspx>>. Last visited Jul 31, 2017.

GALLUP.COM. "Americans' Trust in Political Leaders, Public at New Lows". Available at: <<http://www.gallup.com/poll/195716/americans-trust-political-leaders-public-new-lows.aspx>>. Last visited Jul 17, 2017.

HANSON, Walker. The States' Power to Effectuate Constitutional Change: Is Congress Currently Required to Convene a National Convention for the Proposing of Amendments to the United States Constitution. **Geo. J. L. & Pub. Pol'y**, vol. 9, n. 1, p. 245-?, 2011.

MADISON, James. No. 49. In: *HAMILTON, Alexander*; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

NATELSON, Robert G. The Article V Convention Process and the Restoration of Federalism. **Harv. J.L. & Pub. Pol'y**, Cambridge, vol. 36, n. 3, p. 955-960, 2016.

NEALE, Thomas H. The Article V Convention for Proposing Constitutional Amendments: Historical Perspectives for Congress. **Congressional Research Service**, Oct 22, 2012. Available at: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R42592.pdf>>. Last visited Jun 29, 2017.

PAULSEN, Michael Stokes. How to Count to Thirty-Four: the Constitutional Case for a Constitutional Convention. **Harv. J.L. & Pub. Pol'y**, Cambridge, vol. 34, p. 837-?, 2011.

PENROSE, Mary Margaret. Conventional Wisdom: Acknowledging Uncertainty in the Unknown. **Tennessee Law Review**, vol. 78, p. 789-805, 2011.

PULIGNANO, Vincent. A Known Unknown: The Call for an Article V Convention. **Florida Law Review**, vol. 67, p. 151-160, 2016.

RAPPAPORT, Michael B.; STRAUSS, David A. Common Interpretation: Article V. **National Constitution Center**. Available at: <<https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/articles/article-v/article-v-by-michael-b-rappaport-and-david-a-strauss/interp/22>>. Last visited Jun 29, 2017.

ROGERS, James Kenneth. The Other Way to Amend the Constitution: The Article V Constitutional Convention Amendment Process. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, vol. 30, p. 1005-1022, 2007.

SOUZA, Gregory. U.S. Presidents With The Least Prior Political Experience. **World Atlas**, 2016. Available at: <<http://www.worldatlas.com/articles/u-s-presidents-with-the-least-prior-political-experience.html>>. Last visited Jul 31, 2017.

WALKER, Bill. The Article V Convention: Discussing the Reality Versus the Fantasy. 28 **Thomas M. Cooley L. Rev.**, vol. 28, n. 1, p. 21-36, 2011.

ZERNIKE, Kate. Proposed Amendment Would Enable States to Repeal Federal Law. **The New York Times**, New York, Dec 20, 2010. Available at: <<http://www.nytimes.com/2010/12/20/us/politics/20states.html>>. Last visited Jul 2, 2017.



## TWAIL – “Third World Approaches to International Law” and human rights: some considerations\*

### *TWAIL – “Abordagens do Terceiro Mundo ao Direito Internacional” e direitos humanos: algumas considerações*

LARISSA RAMINA\*\*

Universidade Federal do Paraná (Brasil)

<http://orcid.org/0000-0003-3359-9358>

raminalarissa@gmail.com

Recebido/Received: 17.08.2017 / August 17<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 05.11.2017 / November 05<sup>th</sup>, 2017

#### **Abstract**

*TWAIL is both a political and intellectual movement and, therefore, has multiple perspectives. While the first academic conference of TWAIL was held at Harvard Law School in March 1997, Third World perspectives of international law are part of a long tradition of critical internationalism. In this essay we will try to explain the meaning of the movement according to its most important scholars, and the TWAIL concern to the human rights discourse. It can be said that according TWAIL the historical model of human rights cannot respond to the needs of the Third World except if there is a radical rethinking and restructuring of the international order, abandoning the efforts to universalize an essentially European corpus of human rights.*

**Keywords:** TWAIL; Third World Approaches to International Law; International Law; Third World; Human Rights.

#### **Resumo**

O “TWAIL” é tanto um movimento político, como intelectual e, assim sendo, possui múltiplas perspectivas. Enquanto a primeira conferência acadêmica sobre TWAIL foi realizada na Faculdade de Direito de Harvard em março de 1997, o tema faz parte de uma longa tradição do internacionalismo crítico. Nesse artigo tentaremos explicar o significado do movimento de acordo com seus mais importantes pensadores, bem como o TWAIL relativo ao discurso dos direitos humanos. Pode-se dizer que de acordo com o TWAIL o modelo histórico de direitos humanos é incapaz de responder às necessidades do Terceiro Mundo, exceto se houver uma reestruturação radical da ordem internacional, abandonando-se os esforços para universalizar um corpo de direitos humanos essencialmente europeu.

**Palavras-chave:** TWAIL; Abordagens do Terceiro Mundo ao Direito Internacional; Direito Internacional; Terceiro Mundo; direitos humanos.

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: RAMINA, Larissa. TWAIL – “Third World Approaches to International Law” and human rights: some considerations. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 261-272, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.54595.

\* Text resulted from the research carried out during the Post-Doctorate at the Université de Paris Ouest Nanterre La Défense (2015-2016), funded by CAPES - Coordination of Improvement of Higher Level Personnel.

\*\* Associate Professor of International Law and Human Rights Law at Universidade Federal do Paraná – UFPR (Curitiba, PR, Brazil). PhD Holder in International Law by the Universidade de São Paulo – USP. LL.M. in International and Comparative Business Law by the LGU – London Guildhall University. Post-Doctoral Researcher in International Law, Université de Paris Ouest – Nanterre la Défense (France). Author of several published books and essays mainly in the area of Public International Law and Human Rights Law. E-mail: raminalarissa@gmail.com.

## CONTENTS

**1.** Introduction: What is TWAIL?; **2.** TWAIL and Human rights; **3.** Final Considerations; **4.** References.

### 1. INTRODUCTION: WHAT IS TWAIL?

This essay seems interesting because of the rapid increase in the number of books, articles, PhDs and papers written on TWAIL, which is evidence of it gaining prominence, especially among those in the legal profession.

The “Third World Approaches to International Law” – TWAIL – can be conceptualized in many ways. It has already been defined as a scholarly community and/or a political movement; a methodology; a set of approaches; a chorus of voices; a theory; a network of scholars; a political grouping; a strategic engagement with international law; an intellectual community; a school of thought; a rubric; and in many other ways. For the purposes of this essay, it is more interesting to keep it as a movement, but both a political and intellectual movement. While the first academic conference of TWAIL was held at Harvard Law School in March 1997, Third World perspectives of international law are much older. As a political movement, TWAIL dates back to the Bandung Afro-Asian Solidarity Conference of 1955, which fostered the “Non-Aligned Movement” at the Belgrade Conference in 1961.

Therefore, the interests of Third World have been recently taken by international law, as before the decolonization and the political independence of Third World countries, they were ruled only by western powers national laws. After the Bandung Conference, Third World states try to organize a collective action and defend the starting of a New International Economic Order. In this context a group of frenchspeakers scholars tried to theorize the Third World contributions to international law seeking to change its contents. Nevertheless, such theories and even the concept of “third world” have been strongly delegitimized by mainstream scholars.<sup>1</sup>

Though, TWAIL is not new as a phenomenon, as TWAIL scholars have challenged the existing international legal system for decades. Nevertheless, it is new as an intellectual movement which grew around the 1990s. The term TWAIL has embraced all scholarships that have advocated a postcolonial approach to international law including those associated with NAIL - New Approach to International Law, and many scholars think that TWAIL have actually emerged from NAIL. According to Vikrant Dayanand Shetty, “the ‘post’ in ‘postcolonial’ does not refer to ‘after period of colonialism’ or ‘triumphing over colonialism’, but to the ‘continuation of colonialism in the consciousness of formerly colonized peoples, and in institutions imposed in the process of colonization’”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> GALLIÉ, Martin. Les théories tiers-mondistes du droit international (TWAIL). Un renouvellement? *Revue Études internationales*, vol. 39, n. 1, p. 17-38, mars 2008.

<sup>2</sup> SHETTY, Vikrant Dayanand. Why TWAIL Must Not Fail: Origins and Applications of Third World Approaches to International Law.

The author reminds that at the heart of TWAIL is, however, unity in “opposition to the unjust global order.”<sup>3</sup> Makau Mutua points out that immediately after World War II and after acquiring their political independence, the ex-colonies quickly realized that political independence was largely illusory without economical independence.<sup>4</sup> TWAIL also attack international legal order and its evolution, as they think force prevails over law. Thus, while Bhupinder Singh Chimni mentions the emergency of an “Imperial Global State” by the transfer of third world countries sovereignty towards international institutions controlled by a transnational capitalist class, others prefer talking about a hegemonic legal order, but at the end of the day international law remains an instrument to pursue the interests of ancient colonial powers.<sup>5</sup>

## 2. TWAIL AND HUMAN RIGHTS

Since the beginning of its discussions, TWAIL have always paid attention to the human rights discourse, which has been analyzed by both generations of TWAILers, TWAIL I and TWAIL II, if one accepts its division. This is so because there is some debate about the origins of TWAIL. While some scholars locate its origins at the end of the 20<sup>th</sup> century (TWAIL II), others will locate them at post-World War II (TWAIL I). As put by Opeoluwa Adetoro Badaru, TWAIL I scholarship, in the late 1960s and 1970s, was concerned by the call for the recognition of a right to development, and its approaches to international human rights law were largely *state-centric*. TWAIL II scholars, otherwise, are largely *people-centric*, as they aim at “identify and give voice to the marginalized people within Third World states - women, peasants, workers, minorities - who they believe had been generally excluded from consideration by TWAIL I scholarship.”<sup>6</sup> According to him, “this emphasis on giving a voice to the peoples and critiquing human rights seems to be a primary focus of TWAIL II with regards to international human rights law”<sup>7</sup>. Another of the critiques by TWAIL II around the 1990s concerns the tendency of international human rights law to promote a sort of universal culture of human rights without adequate Third World input.

Thus, TWAIL scholars contend that a TWAIL perspective of international human rights law is crucial to identify many problems concerning the mainstream discourse.

**King's Student Law Review**, London, vol. 3, n. 2, p. 68-82, apr. 2012. p. 71.

<sup>3</sup> *Idem*. p. 76.

<sup>4</sup> MAKAU, Mutua. What is TWAIL? **American Society of International Law Proceedings**, Washington, vol. 94, 31-38, 2000.

<sup>5</sup> GALLIÉ, Martin. Les théories tiers-mondistes du droit international (TWAIL). Un renouvellement? **Revue Études internationales**, vol. 39, n. 1, p. 17-38, mars 2008. p. 27.

<sup>6</sup> BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. **International Community Law Review**, London, vol. 10, n. 4, p. 379-387, 2008.

<sup>7</sup> *Idem*.

Nevertheless, it is important to remind that diversity and heterogeneity is one of the characteristics of TWAIL. That is why scholars associated with TWAIL may diverge significantly regarding the method, the epistemology employed or the political approach. Concerning methodology, the “transdisciplinarity” though not a solely TWAIL initiative or methodology, as an analytical tool enables scholars to successfully employ this conceptual framework in their methodological inquiries into the current state of the TWAIL contributions<sup>8</sup>.

Bhupinder Singh Chimni reminds that the contradictions which mark contemporary international law is perhaps best manifested in the field of international human rights law which even as it legitimizes the internationalization of property rights and hegemonic interventions, codifies a range of civil, political, social, cultural and economic rights which can be invoked on behalf of the poor and the marginal groups.<sup>9</sup>

Rémi Bachand, at his turn, points out that the normative and political goals of TWAILers have guided them to question important issues regarding international law, and beside the focus on the historical evolution of their field, they have concentrated also on the critique of human rights.<sup>10</sup> According to him, there are three types of critiques which are addressed to human rights. The first one is centered on the relationship between universality and particularity, that is, TWAILers argue that the current ‘universal’ and ‘official’ human rights corpus is based essentially in European philosophy, although the concept of human rights is not unique to European societies.<sup>11</sup> Further, they attack the universalizing imaginary based on the premise that they are neutral, objective and apolitical, and the example is the emphasis on civil and political rights.<sup>12</sup>

The second critique addressed to human rights by TWAIL pointed out by Rémi Bachand is that they are a way to civilize peoples mired in a savage and barbaric culture (that is, the Third World), and a way to impose European standards often used as a toll for colonialist or imperialist practices and interventions.<sup>13</sup> Makau MUTUA’s works

<sup>8</sup> *Idem*, p. 381.

<sup>9</sup> CHIMNI, B. S. Third World Approaches to International Law: A Manifesto. **International Community Law Review**, London, vol. 8, n. 1, p. 3-27, 2006. p. 26.

<sup>10</sup> BACHAND, Rémi. Critical Approaches and the Third World. Towards a Global and Radical Critique of International Law. Speech at University McGill, 24 mar. 2010.

<sup>11</sup> Here, Rémi Bachand quotes the work of Bonny IBHAWOH, who tries to show that human rights were far from being non-existent in Africa before colonization, as well as their significant differences with the European model, which claims its universality. See Human Rights: Colonial Discourses of Rights and Liberties in African History, 2007, p. 23. BACHAND, Rémi. **Critical Approaches and the Third World. Towards a Global and Radical Critique of International Law**. Speech at University McGill, 24 mar. 2010.

<sup>12</sup> BACHAND, Rémi. **Critical Approaches and the Third World. Towards a Global and Radical Critique of International Law**. Speech at University McGill, 24 mar. 2010.

<sup>13</sup> The author states: “In a similar way that some supposedly universal values have been used to conquer and colonize parts of the Third World from the fifteenth to nineteenth centuries, human rights (or concepts like good governance or development), are now used to impose European standards favoured by Westerners.” BACHAND, Rémi. **Critical Approaches and the Third World. Towards a Global and Radical Critique of International Law**. Speech at University McGill, 24 mar. 2010.

focus on that issue, talking about what he calls the “SVS metaphore” – savages, victims, saviors.<sup>14</sup>

Another important issue concerning this critique is the TWAILers’ epistemological questioning about the politics of knowledge, that is, the origins of the knowledge within international law, or the foundations of international law. According to Andrew F. Sunter, it seems to be a naturalized epistemology, which seems to validate the knowledges *a priori* departing from *a posteriori* facts. TWAILers, instead, depart from a suspicious hermeneutics, trying to identify the very reasons of knowledge, and not its justifications.<sup>15</sup>

The third critique addressed to human rights by TWAIL pointed out by Rémi Bachand concerns the imposition of a form of political organization and a form of state as such: the liberal state adopting representative democracy, as it can easily be demonstrated by the focus on civil and political rights, which seek to strengthen, legitimize, and export political or liberal democracy. Makau Mutua states that the human rights “have become synonymous with the human rights movement”, and he argues also that liberalism does not tackle the causes of real and economic inequality, which is the main challenge of Third World.<sup>16</sup> Further, Rémi Bachand observes that TWAILers’ analysis remain less radical than their political militancy, even if some scholars are openly Marxists. The author reminds also that the European historical origins of human rights (the protection of emerging bourgeoisie against authoritarian monarchical regimes) are enough to demonstrate that they are far from being adequate to protect Third World against violation of the same rights, that is, imperialist and neocolonialist practices. In other words, those human rights have not been made to fight against imperialism and neocolonialism. According to Rémi Bachand: “Nevertheless, the criticisms made by Twail, interpreted in the light of our own comments, reveal that a subalternist theory of international law can only take human rights as strategic tools, if not tactics from the struggle for emancipation, and that it would be a mistake to raise them to the level of the ultimate goal to be attained.”<sup>17</sup>

<sup>14</sup> MUTUA, Makau. Savages, Victims and Saviors. The Metaphor of Human Rights. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, vol. 42, n. 1 p. 201-245, 2001.

<sup>15</sup> SUNTER, Andrew F. TWAIL as Naturalized Epistemological Inquiry. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, Cambridge, vol. 20, n. 2, p. 494-498, 2007.

<sup>16</sup> MUTUA, Makau. The Ideology of Human Rights. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, vol. 36, p. 589-658, 1996. p. 636

<sup>17</sup> BACHAND, Rémi. Les Third world approaches to international law: Perspectives pour une approche subalterniste du droit international. In: TOUFAYAN, Marc; TOURME-JOUANNET Emmanuelle; RUIZ FABRI, Hélène. **Droit international et nouvelles approches sur le Tiers-monde**: entre répétition et renouveau. Paris: Société de législation comparée, 2013. p. 395. In the original : “Quoi qu'il en soit, les critiques faites par les Twail, interprétées au regard de nos propres commentaires, nous laissent voir qu'une théorie subalterniste du droit international ne peut prendre les droits humains autrement que comme des outils stratégiques, sinon tactiques de la lutte pour l'émancipation, et que ce serait une erreur que de les hausser au rang d'objectif ultime à atteindre”.

Opeoluwa Adetoro Badaru observes the following points where a TWAIL perspective of international human rights law would help: (1) to "highlight the historical root causes of the current dismal state of socio-economic rights in the Third World, and thus not to approach human rights issues from a mainly formal textual and institutional angle";<sup>18</sup> (2) to recognize how international human rights law can be manipulated to promote and legitimise neo-liberal aspirations, "unveiling the discrepancy between the contradictory languages that international law adopts in its different subject streams, for example, supporting the promotion of human rights and at the same time disregarding when the practice of international trade and economic law consistently violates human rights";<sup>19</sup> (3) "to understand the internationalization of human rights violations in the sense of how the activities in one part of the world can have detrimental effects in other parts of the world (the Third World especially), and hence, could equip scholars with more justifications for demanding extraterritorial obligations from richer states";<sup>20</sup> (4) to demystify the assumption that human rights have been conceived in the West and hence should be promoted universally disregarding Third World particularities;<sup>21</sup> (5) in the same vein, it helps "to deconstruct the ideology of "savage-victim-savior" that has permeated international human rights law, and to criticize the human rights initiative as a preservation of the essential structure of the "civilizing mission" of the North".<sup>22</sup>

Regarding the internationalization of the discourse of human rights, Opeoluwa Adetoro Badaru adds that "one has to have a critical eye especially as it is obvious that human rights seem to come hand-in-hand with neo-liberal policies. A TWAIL perspective helps one to be conscious of the oppressive potential of universality, and to scrutinise which aspects of human rights may be made universal and which aspects need to be re-examined".<sup>23</sup>

Makau Mutua observes that "the United Nations, formed after World War II by the dominant Western powers, aimed to create and maintain *global order* through peace, security, and cooperation among states". And he observes that this new global order had two important legitimating features. The first one, "non-European powers were now recognized as having the right to self-determination, which was a repudiation of direct colonialism", the second, "states were to be governed by human rights".<sup>24</sup> Further, he asserts that since 1945, the United Nations has played a key role in preserving

<sup>18</sup> BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. **International Community Law Review**, London, vol. 10, n. 4, p. 379-387, 2008. p. 381.

<sup>19</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>20</sup> *Idem. p. 383.*

<sup>21</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>22</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>23</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>24</sup> MAKAU, Mutua. What is TWAIL? **American Society of International Law Proceedings**, Washington, vol. 94, 31-38, 2000. p. 34.

the global order dominated by the West. A critically important agenda of the United Nations has been the universalization of European principles and norms, as the spread of human rights which grow out of Western liberalism and jurisprudence. The West was able to impose its philosophy of human rights on the rest of the world because it dominated the United Nations at its inception. The fallacy of the Universal Declaration of Human Rights, which refers to itself as the “common standard of achievement for all peoples and all nations,” is now underscored by the identification of human rights norms with political democracy. The principal focus of human rights law has been on those rights that strengthen, legitimize, and export the liberal democratic state to non-Western societies.<sup>25</sup>

Makau Mutua, in a very optimistic way, also notices that human rights corpus is slowly evolving from its paradigmatic Western orientation, and slowly stops been seen as a “gift of the West to the “rest” of the world”, towards the construction of a truly universal project. Thus, as initially there was great emphasis on civil and political rights, since the mid-1990s, however, more attention has been paid to “economic powerlessness and the effect of globalization on people”.<sup>26</sup> In his words, “a truly legitimate human rights movement cannot be cabined by powerful states and elites. It must be material for battle in the hands of the powerless. This, however, will not be possible unless the movement is purged of its Eurocentric, racist, free-market biases”<sup>27</sup>

Pooja Parmar, on the other hand, proposes that the starting point of research must be the everyday lives of Third World peoples and all its complexities, “in order to examine *how* the modern human rights discourse relates and responds, or as is the case more often, fails to respond to them.” Thus, he proposes the emergence of “the ‘how’ questions”, as the following ones: (1) “How has the modern theory of international human rights been produced?”; (2) “How have historical processes, especially those associated with colonialism, enabled the delegitimation of certain knowledges and the privileging of others?”; (3) “How does this process continue to facilitate the marginalisation of the suffering of some humans?”; (4) “How might the ‘exhumation of subjugated knowledges’ in all their complexity lead to alternative theories of human rights?”<sup>28</sup>

In this vein, Pooja Parmar recognizes the immense potential of a TWAIL perspective to theorizing alternative conceptions of human rights, mainly for the particular attention to histories that TWAIL brings to the study of international law. This historical approach would make it possible “to identify historical exclusions inherent in modern

<sup>25</sup> MUTUA, Makau. *Savages, Victims and Saviors. The Metaphor of Human Rights*. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, vol. 42, n. 1 p. 201-245, 2001. p. 215.

<sup>26</sup> MUTUA, Makau. *Change in the Human Rights Universe*. **Harv. Hum. Rts. J.**, Cambridge, vol. 20, p. 3-5, 2007. p. 3.

<sup>27</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>28</sup> PARMAR, Pooja. *TWAIL: An Epistemological Inquiry*. **International Community Law Review**, London, vol. 10, n. 4, p. 363-370, 2008. p. 366.

human rights discourse, as well as historical struggles against such exclusions.” According to him, histories of Third World peoples raise more ‘how’ questions like: (1) “how did the suffering of some humans, and certain types of suffering get pushed to the margins of human rights theory and practice?”; (2) “How have ‘people in struggle and communities of resistance’ challenged this marginalisation in the past, and how do they continue to do so in the present?”; (3) “How might these histories of (and in) the present challenge and alter our conceptions of human rights?”<sup>29</sup> In other words, “we are called upon to pay attention to how we uncritically embrace certain terms in European thought, and thereby reproduce and reiterate their meanings.”<sup>30</sup>

In a very forceful work, Makau Mutua contends that the human rights movement is marked by a ‘damning’ metaphor, which “contains a subtext that depicts an epochal contest pitting savages, on the one hand, against victims and saviors, on the other. The savages-victims-saviors (SVS) construction is a three-dimension-al compound metaphor in which each dimension is a metaphor in itself.”<sup>31</sup> According to him, this metaphor has been constructed by the main authors of the human rights discourse, including the United Nations, Western states, international non-governmental organizations, and senior Western academics, rendering the human rights corpus and its discourse “unidirectional and predictable, a black-and-white construction that pits good against evil”<sup>32</sup>.

Concerning the three dimensions of the metaphor, the first one depicts a savage and evokes images of barbarism, the second one depicts the face and the fact of a victim as well as the essence and the idea of victimhood, and the third dimension is the savior or the redeemer, the good angel who protects, vindicates, civilizes, restrains, and safeguards.<sup>33</sup>

The first dimension of the prism depicts a savage and evokes images of barbarism so cruel and unimaginable as to represent their state as a negation of humanity. According to Makau Mutua, although savagery in human rights discourse connotes much more than the state, the state is depicted as the operational instrument of savagery: “the “good” state controls its savagery and internalizes human rights, as the “evil” state expresses itself through an illiberal, anti-democratic, or other authoritarian culture. The only way for the state to be redeemed or saved is submitting on to human rights norms. The state is the guarantor of human rights; it is also the target and *raison d'être*

<sup>29</sup> *Idem.* p. 367.

<sup>30</sup> *Idem.* p. 367-368.

<sup>31</sup> MUTUA, Makau. Savages, Victims and Saviors. The Metaphor of Human Rights. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, vol. 42, n. 1 p. 201-245, 2001. p. 201-202.

<sup>32</sup> “The human rights project drive from the unflinching belief that human beings and the political societies they construct can be governed by a higher morality”. *Idem. Ibidem.*

<sup>33</sup> *Idem.*

of human rights law.”<sup>34</sup> Notwithstanding, Makau Mutua warns that reality is far more complex, for:

*it is not the state per se that is barbaric but the cultural foundation of the state. The state only becomes a vampire when ‘bad’ culture overcomes or disallows the development of ‘good’ culture. The real savage, though, is not the state but a cultural deviation from human rights. That savagery inheres in the theory and practice of the one-party state, military junta, controlled or closed state, theocracy, or even cultural practices such as the one popularly known in the West as female genital mutilation, not in the state per se.<sup>35</sup>*

The second dimension of the prism depicts the face and the fact of a victim – whose dignity has been violated by the savage - as well as the essence and the idea of victimhood. Thus, “the victim figure is a powerless, helpless innocent whose naturalist attributes have been negated by the primitive and offensive actions of the state or the cultural foundation of the state.”<sup>36</sup>

The third dimension of the prism is “the savior or the redeemer, the good angel who protects, vindicates, civilizes, restrains, and safeguards”, whose promise is freedom from the tyrannies of the state, tradition, and culture, and the freedom to create a better society based on particular values. Actually, the savior is the human rights corpus itself, represented by the United Nations, Western governments, international non-governmental organizations, and Western charities and, ultimately the savior is “a set of culturally based norms and practices that inhere in liberal thought and philosophy.”<sup>37</sup>

Makau Mutua highlights that the human rights corpus is fundamentally Eurocentric, and hence suffers from several flaws captured in the SVS metaphor, like:

(1) First, the corpus falls within the historical context of the Eurocentric colonial project, in which actors are in hierarchical positions, undermining the basic claim of universality;<sup>38</sup>

(2) Second, “the SVS metaphor and narrative rejects the cross-contamination of cultures and instead promotes a Eurocentric ideal”, that is, “the metaphor is premised

<sup>34</sup> *Idem.* p. 202-203.

<sup>35</sup> *Idem.* p. 203.

<sup>36</sup> *Idem.* p. 204.

<sup>37</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>38</sup> *Idem.* p. 204-205. “Some of the most important events preceding the post-1945, United Nations-led human rights movement include the anti-slavery campaigns in both Africa and the United States, the anti-colonial struggles in Africa, Asia, and Latin America, and the struggles for women’s suffrage and equal rights throughout the world. But the pioneering work of many non-Western activists and other human rights heroes are not acknowledged by the contemporary human rights movement. These historically important struggles, together with the norms anchored in non-Western cultures and societies, have either been overlooked or rejected in the construction of the current understanding of human rights.”

on the transformation by Western cultures of non-Western cultures into a Eurocentric prototype and not the fashioning of a multicultural mosaic. The SVS metaphor results in an “othering” process that imagines the creation of inferior clones, in effect dumb copies of the original.” For example, Western political democracy is in effect an organic element of human rights, from which “savage” cultures and peoples are far, allowing the creation of victims.<sup>39</sup>

(3) Third, the language and rhetoric of the human rights corpus are arrogant and biased, a grand narrative hidden in the seemingly neutral and universal, preventing the movement from gaining cross-cultural legitimacy and undermining the universalist warrant that it claims<sup>40</sup>.

(4) Fourth, there is an urgent need for a human rights movement that is multicultural, inclusive, that overcomes Eurocentrism and that also “address the power relations among and within cultures, national economies, states, genders, religions, races and ethnic groups, and other societal cleavages.” In other words, Eurocentrism cannot be the starting point while other cultures are peripheral, otherwise, “the point of departure for the movement must be a basic assumption about the moral equivalency of all cultures.”<sup>41</sup>

(5) Fifth, the SVS metaphor of human rights is based on a global racial hierarchy, where savages and victims are generally non-white and non-Western, while the saviors are white. In the words of Mutua Makau, “there is also a sense in which human rights can be seen as a project for the redemption of the redeemers, in which whites who are privileged globally as a people - who have historically visited untold suffering and savage atrocities against non-whites - redeem themselves by “defending” and “civilizing” “lower”, “unfortunate”, and “inferior” peoples. The metaphor is thus laced with the pathology of self-redemption<sup>42</sup>.“

Though, the idea of the universality of rights is noble, but the way the human rights movement is presented today “lies in their inadequacy, incompleteness, and wrong-headedness.<sup>43</sup>

### **3. FINAL CONSIDERATIONS**

Some TWAILers understand that there is a need to write the resistance of Third World peoples into international law. Nevertheless, attention has to be paid to the

<sup>39</sup> *Idem.* p. 205.

<sup>40</sup> *Idem.* p. 206.

<sup>41</sup> *Idem.* p. 207.

<sup>42</sup> *Idem.* p. 207-208.

<sup>43</sup> *Idem.* p. 209.

interpretation of this resistance. In Pooja Parmar words, “a focus on strategies of resistance adopted by people involved in struggles today reveals the centrality of the rights language, but it also reveals the limitations of human rights law. The language of rights has arrived in our times burdened with “ideological and historical baggage”<sup>44</sup> And, according to him, if the TWAIL focus is at ‘how does a proposed human rights theory respond to the suffering of particularly situated human beings?’ the possibilities are worth pursuing, and they “must be followed in ways that lead to conceptualisations that enable emancipatory interpretations and not replication of the past and continuing epistemic violence.”<sup>45</sup> On the other hand, Upendra Baxi highlights that “this constant endeavour to convert needs into rights, howsoever problematic, is the hallmark of contemporary human rights.”<sup>46</sup>

Though, it can be said that according TWAIL the historical model of human rights cannot respond to the needs of the Third World except if there is a radical rethinking and restructuring of the international order, abandoning the efforts to universalize an essentially European corpus of human rights. According There is a need of breaking the hierarchical relationships between European and non-European populations and of the multiculturalization of the corpus in some areas like balancing between individual and group rights, giving more substance to social and economic rights, relating rights to duties, and addressing the relationship between the corpus and economic systems.<sup>47</sup>

Since 1945, the United Nations has played a key role in universalizing principles and norms which are European in identity, whose “principal focus has been on those rights that strengthen, legitimize, and export the liberal democratic state to non-Western societies.”<sup>48</sup> In this vein, at the same time the human rights movement lacks in Third World legitimacy, it is aimed primarily at the Third World. Makau Mutua highlights that Europeans and North Americans share a common philosophical and legal ancestry, and so they can create a common political and cultural template to govern their societies. But they should not be allowed to insist that their particular vision of society is the only permissible civilization which must now be imposed on societies of the whole world. So, the merits of the European and American civilization of human rights and its missionary work is suspect and might seem as part of the colonial project.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> PARMAR, Pooja. TWAIL: An Epistemological Inquiry. **International Community Law Review**, London, vol. 10, n. 4, p. 363-370, 2008. p. 369.

<sup>45</sup> *Idem*. p. 368.

<sup>46</sup> BAXI, Upendra. Too many or too few, human rights?. **Human Rights Law Review**, [s.l.], vol. 1, n. 1, p. 1-9, mar. 2001. p. 3.

<sup>47</sup> MUTUA, Makau. Savages, Victims and Saviors. The Metaphor of Human Rights. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, vol. 42, n. 1 p. 201-245, 2001. p. 243.

<sup>48</sup> *Idem*. p. 215.

<sup>49</sup> *Idem*. p. 216.

#### 4. REFERENCES

BACHAND, Rémi. **Critical Approaches and the Third World. Towards a Global and Radical Critique of International Law.** Speech at University McGill, 24 mar. 2010.

BACHAND, Rémi. Les Third world approaches to international law: Perspectives pour une approche subalterniste du droit international. In: TOUFAYAN, Marc; TOURME-JOUANNET Emmanuelle; RUIZ FABRI, Hélène. **Droit international et nouvelles approches sur le Tiers-monde:** entre répétition et renouveau. Paris: Société de législation comparée, 2013

BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. **International Community Law Review**, London, vol. 10, n. 4, p. 379-387, 2008.

BAXI, Upendra. Too many or too few, human rights?. **Human Rights Law Review**, [s.l.], vol. 1, n. 1, p. 1-9, mar. 2001.

CHIMNI, B. S. Third World Approaches to International Law: A Manifesto. **International Community Law Review**, London, vol. 8, n. 1, p. 3-27, 2006.

GALLIÉ, Martin. Les théories tiers-mondistes du droit international (TWAIL). Un renouvellement? **Revue Études internationales**, vol. 39, n. 1, p. 17-38, mars 2008.

MUTUA, Makau. Change in the Human Rights Universe. **Harv. Hum. Rts. J.**, Cambridge, vol. 20, p. 3-5, 2007.

MUTUA, Makau. Savages, Victims and Saviors. The Metaphor of Human Rights. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, vol. 42, n. 1 p. 201-245, 2001.

MUTUA, Makau. The Ideology of Human Rights. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, vol. 36, p. 589-658, 1996.

MAKAU, Mutua. What is TWAIL? **American Society of International Law Proceedings**, Washington, vol. 94, 31-38, 2000.

PARMAR, Pooja. TWAIL: An Epistemological Inquiry. **International Community Law Review**, London, vol. 10, n. 4, p. 363-370, 2008.

SHETTY, Vikrant Dayanand. Why TWAIL Must Not Fail: Origins and Applications of Third World Approaches to International Law. **King's Student Law Review**, London, vol. 3, n. 2, p. 68-82, apr. 2012.

SUNTER, Andrew F. TWAIL as Naturalized Epistemological Inquiry. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, Cambridge, vol. 20, n. 2, p. 494-498, 2007.



## The principle of the dignity of human person: a reading of the effectiveness of citizenship and human rights through the challenges put forward by globalization\*

*O princípio da dignidade da pessoa humana: uma leitura da efetividade da cidadania e direitos humanos por meio dos desafios frente à globalização*

ORIDES MEZZAROBA\*\*

Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)  
oridesmezza@gmail.com

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA\*\*\*

Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (Brasil)  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)  
vladmiracademico@gmail.com

Received/Received: 24.07.2017 / July 24<sup>th</sup>, 2017

Aprovado/Approved: 31.12.2017 / December 31<sup>st</sup>, 2017

### Abstract

Even today concepts that should have been overcome are debated, for example, the belonging of an individual to a State and, consequently, to its laws. The process of globalization, and the constant immigration resulted thereof, have led to profound changes in the relationship between the individual and the State, and especially, in the field of

### Resumo

Ainda hoje se debate conceitos que deveriam ter sido superados, como, por exemplo, o pertencimento de um indivíduo a um Estado e, consequentemente, às suas leis. O processo de globalização, e a constante imigração daí decorrente, proporcionou profundas transformações nas relações entre o indivíduo e o Estado e, especialmente, na

Como citar esse artigo/How to cite this article: MEZZAROBA, Orídes; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. The principle of the dignity of human person: A reading of the effectiveness of citizenship and human rights through the challenges put forward by globalization. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 273-293, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.54099.

\*This article was translated from Portuguese to English by Cássio Eduardo Zen, LLM student at Universidade Federal de Santa Catarina – Brazil.

\*\* Full Professor on the Undergraduate and Graduate Law Schools at Federal University of Santa Catarina (Florianópolis, SC, Brasil). Doctor of Law from the Federal University of Santa Catarina (Florianópolis, SC, Brasil). E-mail: oridesmezza@gmail.com.

\*\*\* Full Professor on the Undergraduate and Graduate Law Schools at the Federal University of Mato Grosso do Sul (Campo Grande, MS, Brasil). Professor at the Pontifical Catholic University of São Paulo (São Paulo, SP, Brasil). Doctor of Law from the Pontifical Catholic University of São Paulo (São Paulo, SP, Brasil). Lawyer. Email: vladmir@aus.com.br.

*international human rights law. This means that the human needs began to be manifested regionally and internationally, in order to achieve the principle of the dignity of the human being. Thus, this article intends to investigate the link between citizenship and human rights, from new perspectives, through literature studies and deductive method, in order to answer the following questions: what are the added values to the concept of citizenship? And what is the current dimensions of citizenship?*

**Keywords:** *dignity of human person; effectiveness; citizenship; human rights; challenges of globalization.*

seara dos direitos internacional dos direitos humanos. Com isso, quer-se dizer que as necessidades humanas passaram a ser manifestadas regional e internacionalmente, com vistas à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, este artigo pretende investigar o elo entre a cidadania e os direitos humanos, a partir de novas perspectivas, por meio de estudo bibliográfico e método dedutivo, a fim de responder os seguintes questionamentos: quais os valores agregados ao conceito de cidadania? E qual a atual dimensão da cidadania?

**Palavras-chave:** *dignidade da pessoa humana; efetividade; cidadania; direitos humanos/ desafios da globalização.*

## CONTENTS

**1. Introduction; 2. Dignity of Human Being as basis for the human rights; 3. Citizenship in its different dimensions; 4. Human Rights and citizenship – convergences; 5. Globalization and new demands of citizenship (nationality, regionalism and universality); 6. Conclusion; 7. References.**

### 1. INTRODUCTION

Liberal thought has laid the foundation for the emergence of the rule of law that, although it is continually shaped, stands on the pillars of the legal-dogmatic constructions around the world. Thus, we usually debate and deepen ourselves in some classic notions such as the belonging of individuals to a State and the law as a commandment targeting the general interest of a national community.

However, in present time we live the deep transformations from the process of globalization. One must observe that, just to point some of these changes, the human needs have manifested themselves in the global level, not anymore in the national grounds. This way, non State actors have emerged with great strength in the worldwide stage. And, in parallel with the national cultures, cosmopolite ones appeared. Also, the constant migrations are putting themselves against the ancient adoption of a nationality, the idea of remaining in a single country.

As an effect, State-Nation is challenged in its hegemony when having to conceive citizenship in its broader aspect, not only as a bond of political fidelity, as it was in its origin. This way, it is imagined a new form of State that incorporates the common values of all the subjects of a global community and promotes the defense of human rights with the support of the dignity of the human being.

Following this line of thought, this article attempts to discover some of the bonds between citizenship and human rights, having as premise the scope of human dignity, as since the ascension of human rights in modern juridical debates all over the world, having as consensus that the human dignity is the most important vector in the

laws in force in States. With that, having as a starting point in this study the intrinsically connection between dignity and human rights, we will attempt to demonstrate that dignity is being put into reality as human rights become effective. On this sense, it is necessary to investigate its evolution in the juridical and philosophical thinking to demystify its contents and show how it became the main basis for human rights.

As basis for human rights, dignity also irradiates its effects in the contents of citizenship. It's with the development of human rights on the XX and XXI centuries, in the international field and timely incorporated in the internal field, we watch multiple rights conjugated with the dignity of the human being. At the same time, the content of citizenship had to be reviewed to include these new variables. This way, it is necessary to enquiry – which new values were added to the concept of citizenship? What is the present dimension of citizenship? To answer to all these questions, it is useful to think about the present concept of citizenship and its scope having as parameter for comparison the citizenship as it was molded in the Bourgeois Liberal State. This reflection goes through the analysis of the convergences between the concepts of citizenship and human rights, as both are shaped by their historicity and by the adding of values in the juridical world.

The analysis of citizenship in its dimensions is complemented by the cosmopolite vision of the present citizenship. On this rhythm, it is necessary to analyze the influence of the phenomenon of globalization on citizenship, adding the compelling paradigm of international cooperation and shared sovereignty between states in the interests of individuals. The global individual is in a cosmopolite international scene, frequently being put against new challenges, especially when having its citizenship weakened. From this a third and final question emerges to be put in the present work, that is, specifically about the way citizenship may be exercised, taking into account its widened dimensions in the globalized world.

This question is crucial given the various transformations undergone by the state in the twentieth century, and its effects on the twenty-first century, particularly with the development of international law of human rights, emergence of the UN and other international regional organizations. The focus on the exercise of citizenship in the global world is essential to understand the process of citizenship and its effectiveness in all its aspects, that in a complementary way - or the principle of complementarity - encompasses the three systems of protection of human rights currently enforced.

## 2. DIGNITY OF HUMAN BEING AS BASIS FOR THE HUMAN RIGHTS

The discussion between philosophers on the subject of dignity is rather ancient in the West, fruit of a jewish-christian tradition and belief of man as image of God.<sup>1</sup> With

<sup>1</sup> Comparato (COMPARATO, Fabio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das

the Christian thought, the notion of personal individual dignity was developed. It's on St. Thomas Aquinas<sup>2</sup> works, that lesson that "dignity is inherent to man, as species" is found.

The development of the jusnaturalist doctrine contributed effectively to the subject of dignity. The movement had as leading scholar Kant<sup>3</sup>, who excelled himself for identifying in society two categories – price and dignity. According to Kant,<sup>4</sup> the price would be an external value, of particular interest in the market. As for dignity, it would be an internal moral value, dignity would not find equivalent, it would not be possible to replace it as it would be done with a product. From this observation Kant's quote comes regarding man as the end, not the mean to reach any end. On Kant's notorious quote "man, and in general all rational being, exists as an end in itself, not just as a mean to any use of this or that will".

Following the same lines, Comparato states that dignity must be treated as na end in itself, not as a mean, and adds that it results from the fact that that the person lives in conditions of autonomy, being able to guide itself by the laws it creates itself.<sup>5</sup> On the same lines, we cannot forget to mention the proposition from Sarlet towards a juridical concept of human being dignity. According to the scholar, we may define the dignity of human beings as:

*[...] the intrinsic and distinctive quality of each human being that makes it worth the same respect and consideration by the State and community, implying, therefore, a complex of fundamental rights and duties which assure the being against each and any act of degrading and inhuman content, as well as guarantee the minimal conditions of living to a healthy life, and also providing and promoting its active and co-responsible participation on the destinies of its own existence and live in community with the other human beings.<sup>6</sup>*

---

Letras, 2006. p. 479) explains how the concept of person was elaborated in christianity as substance, as purpose of the image of Jesus Christ, in its double condition as man and Son of God.

<sup>2</sup> As. Summa Theologiae.

<sup>3</sup> It is Worth mentioning the reflections from Bittar (BITTAR, Eduardo C. B. **Hermenêutica e Constituição**: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Orgs.). Dignidade da Pessoa Humana – fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 247) about Kant's thesis. According to him: "In fact, dignity has to do with this capacity to be autonomous, as the moral and legislative ration acts. If there is in the world of absolute ends (field of unconditional, non-achievable, inappreciable), in counterpart to the world of relative ends (field of price, exchange, useful and variable), the human definition derives from its invariable and inalienable condition, since no one is more valuable than anyone, no one may receive more value than anyone, different from things *in comercio*".

<sup>4</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. São Paulo: Ediouro, 2000. p. 120.

<sup>5</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 20.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

We can also address the double vision from Bittar on dignity. For him, "dignity is about what one grants to the other (experience from the outside), as well as to itself (experience from the inside)".<sup>7</sup> Thus, the dignity that comes from the outside is the one shaped by the instruments, generally speaking, offered so that the person may have a worthy life. Meanwhile, the dignity that comes from the inside is the "personal dignity", that grows with the self-appreciation. Such notions are undeniably interconnected, according to Bittar "one tends to dignify (experience from the outside) who more and better dignifies itself (experience from the inside)". Notwithstanding this observation, it is important to underline that each individual is a legitimate agent to seek its dignity against the State or other subject, dignity from the outside, simply for being a human person.

However, with the evolution of the rules protecting human rights, it is observed that the connection between dignity and human rights, namely the vision that dignity comes with rights, just took place with the advent of major international texts and constitutions after the Second World War.

The juridical reappearance of dignity in the post-war showed a historical reaction against the totalitarian regimen that violated dignity itself on a planned basis when trying to carry out a project to define the "human being" by its predicates. Regarding that Barzotto explains that: "[...] the Nazi defined the human by the predicate 'race', and the communist by the predicate 'class'. Human being is an issue to be studied in scientific terms. Therefore the Nazi scientism, that assigned to biology the task of funding anthropology, and of communism, that assigned the task to history".<sup>8</sup> In this perspective, the objective was to frame the human being – regarded as a problem – into a definition. If it was not fit into the frame, its destiny was to be eliminated.

This conception of exclusion of the human being<sup>9</sup> which lasted during the Nazi domination was a fertile ground for the ascension of dignity as a fundamental value of the person. This way, the bad experiences from the Second World War marked a new historical moment of reorienting international politics in favor of human rights. Thus, the notion of International Law of Human Rights was formed based in the Nuremberg Tribunal, the creation of the UN and the presentation of the Universal Declaration of Human Rights.

We may have as a premise that human rights are aimed at satisfying individual human needs. These can be demanded by socially mobilized groups that express

<sup>7</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 301.

<sup>8</sup> BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Orgs.). *Dignidade da Pessoa Humana* – fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 55.

<sup>9</sup> Lafer explains (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 117) that on the logic of totalitarianism "everything is possible" and the human being was deemed superfluous. There was no minimal consideration for the individual's intrinsic value.

common needs in order to recognize such rights<sup>10</sup>. It is on this sense, as when we transpose the binomial notion of necessity/right to the process of drawing up legal rules, we find that these standards when they set certain limits to human freedom by imposing behaviors denote the social compliance through an intrinsic process of natural accommodation.

Following the same lines Silveira<sup>11</sup> clears up that

*[...] rights are born and modified obeying a core formed by the axiological feeling of a society, which from a given fact adheres itself to a certain value, which, by its turn, becomes to be normalized internationally as well as nationally by States, with imperative basis in the idea of human being dignity.*

Therefore, in view of the development, the right must always be remaking itself in the face of social mobility. It is an adaptation process, considering the new values incorporated into the social environment, whereby the right must renew itself, always shaping up to such expectations.

Drawing a parallel with the study the elements composing human rights we can relate what was said with the aspect of its history, which shows the evolutionary chain of the rights to its time. Therefore, in congruence with the explanations from Silveira and Contipelli<sup>12</sup>, it is important to note that the historical evolution of human rights takes place through a process that is called "dinamogenesis", which represents a process through which the social community in a certain moment recognizes as valuable something that founds the human right. According to the scholar "this value brings a new grading to the dignity of human being, that supposes a new orientation and a new content, as consequence of its connection with the present parameter".

The dignity of the human person will be made concrete by the preponderant value in a given historical time, for example, freedom, equality and solidarity. Thus, on the Universal Declaration of Human Rights of 1948, an important instrument of universal human rights and main spreader of values over the world, the human being dignity took the place of pillar to all the rights in it enshrined. In the preamble, dignity was crowned as basis to all human rights, since it was recognized to all members of the human family and its equal and inalienable rights. In the first article, it is stated that all

<sup>10</sup> In this sense, Nader (NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17) states that: "even if it possesses a permanent axiological substrate that reflects the stability of the 'human nature', law is an engine subject to the society and should have its direction in according to social ends".

<sup>11</sup> SILVEIRA, V. O. Speech given at Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, on the August 13th 2008, during the law week that happened from 11 to 15 August 2008.

<sup>12</sup> SILVEIRA, V. O.; CONTIPELLI, E. Direitos Humanos Econômicos na perspectiva da Solidariedade: desenvolvimento integral. In: **XVI Encontro Nacional CONPEDI**, 2008, Salvador - BA. Anais XVI Encontro Nacional do CONPEDI, 2008.

human beings, since they have reason and conscience, are born equally free in dignity and rights.<sup>13</sup>

From the standpoint of domestic orders, human dignity appears today in several constitutional texts. The Weimar Constitution in Article 151 already proclaimed that "the ordering of economic life must match the principles of justice in order to guarantee everyone a decent existence." And in Brazil, we can say that it is at the epicenter of the legal system, as the constituent of 1988 elevated it to the rank of fundamental principle of the Republic, structural pillar of the State organization, as provided in Article 1, paragraph III of the 1988 Constitution of Federative Republic of Brazil. This principle irradiates to all other sections of the Constitution, for instance Article 170, *caput*.

Thus, we can infer that the dignity as a criterion of integration of constitutional order in force is suitable to be the grounds of human rights, as it were incorporated into the domestic constitutional system forming the current list of fundamental rights. In another way, there is no doubt that the nature of dignity as the foundation of human rights (or fundamental rights from the point of view of contemporary constitutions)<sup>14</sup> makes it to irradiate its effects all over the juridical order (intern and/or international), implying the recognition and protection of rights in all of its dimensions.

### 3. CITIZENSHIP IN ITS DIFFERENT DIMENSIONS

A careful reading of history or the course of human rights leads us to reflect together on the concepts of human dignity and citizenship, to the extent that they emerge from the need<sup>15</sup> to protect the human person in its various dimensions. Given that the human dignity was revisited in the previous chapter, we now examine the various conceptions of citizenship in order to identify points of convergence with human rights.

In the period of absolute State in the sixteenth century, our idea of citizenship was manifested in the relationship between sovereign and subject. Citizenship was part of the absolute state, to the extent that the citizen was inside a sphere in which it held its own legal rights in relation to their sovereign. It should be noted, however, that slaves and foreigners were not considered citizens, nor women and children, as they were subordinated to the head of the family. Thus, the citizen of that time, in the

<sup>13</sup> This important historical document was later developed by the international Covenants related to Civil and Political Rights and Economic, Social and Cultural Rights of 1966.

<sup>14</sup> It is important to notice that one should not mistake human rights and fundamental rights, because even if they are related, they are different categories. Human rights (recognized internationally) inherent to the person should be recognized as well by the positive law of States. As the recognition is produced, they become fundamental rights, meaning, according to Pérez-Luño "a sector of utmost importance in the juridical order of democratic countries" (PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 30).

<sup>15</sup> These demands appear every time when situations of uncertainty are faced, as the ones that presents us progress and crisis, for instance.

concept expressed by Bodin was a free subject, for he had rights in the face of the sovereignty of another.<sup>16</sup> Moreover, the criterion for the characterization of natural born citizen was the *ius sanguinis* (nationality) - citizen was the son of a free citizen.

Hobbes enriched the concept of citizenship, and individualized it and relating it to the moment when the subject, in his state of nature, seeking peace in the face of "perpetual war", voluntarily submits to the sovereign. For Hobbes, this state of submission when the individual recognizes itself as a citizen, limiting its will and receiving in exchange the protection from the State.<sup>17</sup>

From the seventeenth century, with the struggle against the absolute State by the Enlightenment, the freedom of the individual towards the sovereign was advocated. On this debate, citizenship was turned to the formation of the political community and the participation of society in such community. In fact, the transformation on the concept of citizenship happened with the change of the nature of the contract that gave origin to the State. In Hobbes, the Social Contract was based in the submission of the subjects to the sovereign, while in Rousseau, with enlightened ideas, there was a consensus between free and equal individuals that took the form of a State.<sup>18</sup>

With the strength of the bourgeois revolutions (English - in the end of the seventeenth century; American and French - already in the eighteenth century), we witnessed a profound change in the conception of citizenship, given the very historical context of the transition from commercial to industrial capitalism that gave rise to economic domination of the bourgeois class. It is important to emphasize that the Declaration of the Rights of Man and Citizen (August 26, 1798) gave political-juridical connotation to the "liberal citizenship", when stating that all individuals are born free and equal in rights and remain therefore in what relates to freedom, propriety, security and resistance to oppression. About the French Revolution and the concept of citizenship, on the eighteenth century, Dallari teaches us that:

*This movement was very important because it influenced most of the world to adopt the new model of society, created as consequence of the Revolution. In this moment and this environment that the modern conception of citizenship was born to proclaim the elimination of privileges, but which, shortly after, was used to assure the superiority of the new privileged.<sup>19</sup>*

<sup>16</sup> BODIN, Jean. **Lex Six Livres de La Republique**. Paris: Librairie Générale Française, 1993. p. 139.

<sup>17</sup> HOBBES, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 32-34.

<sup>18</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992. p. 35.

<sup>19</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e Cidadania**. 2. ed., São Paulo: Moderna, 2004. p. 19.

Citizenship in the factual Liberal State went into crisis, even though it served to the recognition of rights, it was permanently denied, on the political point of view, to the poor, the women and the illiterate as the voting by census was implemented. It's also possible to mention the coexistence with the slavery system for a large period. In the nineteenth century, citizenship was granted by the State as a *status* to its members, who by their turn now had benefits/political rights, for instance to vote and to be voted.

But, on the other hand, at that time, social values were not taken into account. It was a deeply individualistic model criticized by Marx, considering the consequent disparity in the distribution of property, needed to be surpassed by conceiving rights not to the isolated individual being, but to the individual considered fellow citizen.<sup>20</sup> In the Marxist view all individuals are citizens and vice versa, so all should be seen as equal and belong to the same political community.

In the twentieth century we were faced with a new concept of citizenship. Marshall,<sup>21</sup> concerned with the evolution of citizenship in England, proclaimed his articulating elements that would be civil (eighteenth century), political (nineteenth century) and social (twentieth century) rights, conquered in this order. In this sense, the interpretation of Marshall approached considerably the idea of gradual expansion of rights by the needs. Indeed, after World War I, when we refer to the rights of human beings, we are not speaking of individual rights only, whether civil or political rights but we also include social, economic and cultural rights. In this rhythm the liberal concept of citizenship was finally surpassed, so it would be understood as an ensemble of civil, political and social rights. In other words, citizenship was not only regarded in terms of individuality, but widened by the needs of the person while developing itself fully inside a collectivity.

At present, new variables are being added to the process of citizenship, making it essential to return to think about its foundation, ownership and content. We have as starting point the exhaustion of the liberal conception of citizenship and the new challenges of the twentieth century, be them social (poverty, exclusion and immigration), economic (globalization), or cultural (pluralism and diversity). On the other hand, we see enshrined values that are chained as an indivisible set of human rights which encompass the civil and political rights, whose owners are individuals, the social, economic and cultural rights, whose owners are the collectivity, and now the rights of solidarity, whose ownership is of mankind on a diffuse and universal perspective<sup>22</sup>. Therefore, the present dimension of citizenship must be regarded as horizontal<sup>23</sup>, with

<sup>20</sup> MARX, Karl. **Para a questão judaica**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

<sup>21</sup> MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

<sup>22</sup> Check for more: PÉREZ LUÑO, A. E. **La tercera generación de derechos humanos**. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006.p. 232.

<sup>23</sup> No longer vertical, as it was in the relationship between subjects and the sovereign State.

the involvement of fellow citizens equally regarding the access to all these rights and the fulfillment of their duties, implying a relationship of intersubjectivity and solidarity.

#### 4. HUMAN RIGHTS AND CITIZENSHIP – CONVERGENCES

Not always the concept of human rights and citizenship have walked together. It should be noted that only the late Middle Ages, since the overcoming the absolutism and the advent of the rule of law, after fights established for this purpose, the concept of citizenship is linked to the development of human rights.

Traditionally, from the modern state, citizenship has a political bias, identified in a context of individual participation in shaping the will of society and its government. While human rights, as we have observed, had their origin and foundation on the *jusnaturalist* thought, with emphasis on human dignity, which has resulted in a list of rights inherent to the human being. These must be protected from violations of all kind, for the simple fact that the individual exists as a human person. One should note that these concepts appeared with their own connotations, stressing that in the original thought the human rights were inherent to human beings independent of the will from the political society.

Through a series of historical and cultural changes, these concepts, at first independent, started to be analyzed together, converging on a single stem of ideas guided by the premise that people should have rights essential to their life with dignity, and that it would also be increasingly important the expansion of these rights. It was therefore on the basis of on human dignity, that there was a strong approximation between the discourse of human rights and citizenship.

The French Revolution was an important milestone, in which there was a noticeable expansion in the conception of citizenship to cover the basic rights of man. The proclamation in the French National Assembly in 1789, of the Declaration of the Rights of Man and Citizen, with universalizing pretensions, defined the modern citizenship, stating that every man has rights inherent to his nature, which are exercised in the context of citizenship.

About this document and its pretention of universality, it is important the lesson by Torres, because - "Man was regarded in the universal sense, but abstract, since there was no juridical classification of rights on the international field, which depended on a universal contract"<sup>24</sup> However, we have observed over the course of the following centuries an historical process of widening of human rights being written in several documents on the international field, conquering regional and worldwide spaces.

<sup>24</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 246.

It is worth remembering that the rights of the first dimension take care of the preservation of the public liberties, protecting life, freedom, propriety and others, as to limit the power of the State<sup>25</sup>. The rights of freedom gave the initial content of citizenship on the context of liberalism. Schäfer explains that "the first conceptions of rights had as objective the protection of the citizen towards the absolute State (Leviathan, in Hobbes's classical conception), as freedom is a prerequisite for the exercise of other constitutional powers."<sup>26</sup>

It is important to stress the existence of the space of "political freedom", that may be exercised to choose the destinies of the Country through representations or directly. The concept of citizenship, in that moment, was bonded to the right of freedom of movement and the political demonstration, in clear clash with the predominant will of the feudal lords, the noble and the clerics. We may say that the fall of the Ancient Regime<sup>27</sup> and the following ascension of the liberal State were historical facts that marked the rising of the modern concept of citizenship.

On the social and economic conception, the role of the State is that of the satisfier of rights, that demand it positive actions with objectives of equality, which means, interventionist measures in favor of people facing problems in the development of their personality.<sup>28</sup> Therefore, State had from now on the obligation of fulfilling rights and guarantee, for instance, job, fair payment, education, health, aiming minimal conditions of living for the citizen. This way, the "minimum standard of existence" integrated the concept of citizenship, therefore, there is a right to minimal conditions of living and dignity that cannot escape from the State's intervention to become reality.

The struggle for individual freedom was a parameter for the development of the rights of first dimension and the need of equality in the the distribution among men was the basis for the rights of second dimension. On this historical moment, we cannot forget that beyond these, the rights of solidarity emerged, rights of third dimension, fruit of a mutual relationship between people or groups with common needs, as the environment, the peace among people, the development of States among others. The idea of solidarity has special relevance to the fulfillment of fundamental obligations,

<sup>25</sup> On this direction Bastos teaches (BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 223) that: "[...] the definition of individual rights and guarantees is made of the limits to the power of the State, in the inhibition of its activity, in the creation of a public power incompetence zone of action. This region is translated in an area of juridical protection of the individual, inside which the State cannot enter, under the penalty of unconstitutionality".

<sup>26</sup> SCHAFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais** - do sistema geracional ao sistema unitário. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 19.

<sup>27</sup> It is Worth mentioning that the Declaration of Rights of the Man and Citizen, that bought a definition of citizenship that is still used in present times, stresses the rights of the citizen as those political and civil ones.

<sup>28</sup> The Historical perspective of Human Rights of second dimension is presented by Araújo and Nunes (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p.115-116), the following way: "If fundamental rights of first generation had as focus the freedom against state discretion, the second generation ones start from a more evolved place: men, free from the oppression of Public Power, claims now a new form of protection of his dignity, meaning the satisfaction of the minimum necessary to have dignity".

since citizenship implicates a subjective relationship that encompasses rights and duties of men.

Sousa Santos advocates the combination of individual and collective forms of citizenship, indicating the widening of the concept of citizenship beyond the idea of reciprocity and equivalence of rights and duties.<sup>29</sup> Following these lines, we express the idea of solidarity as tendency to call us upon defending it collectively what is common to us all, as it is with the environment and development.

Considering the connection between citizenship and human rights, we believe that the concept of citizenship encompasses civil, political, social, economic and diffuse rights, which incorporate, express and bond themselves to the values of freedom, justice, equality and solidarity. This position is consonant to the thoughts of Arendt<sup>30</sup> and Laffer who sees citizenship as the conscience of the individual as the right to have rights

*Citizenship is a right to have rights, because equality in dignity in human rights is not a grant. It is built on the collective life, which requires the access to the public space. It is this access that allows for the construction of a common world through the process of assertion of human rights.<sup>31</sup>*

Continuing, one can also extract that citizenship became all those rights granted to the citizen, not only because the dignity demands the fulfillment of these rights, but also the contrary, since it is itself condition to the exercise of citizenship.

Cunha stresses that citizenship has new challenges and these cannot be defeated with the "law with its eyes closed". It is necessary an approach as wide as possible, which encompasses a "law with wide open eyes to the reality and the social problems".<sup>32</sup> For that, we keep stressing that human rights in their dimensions incorporate essential rights inside the society. That means, they create opportunities for the development of citizenship, an contribute as well to its effectiveness.

## 5. GLOBALIZATION AND NEW DEMANDS OF CITIZENSHIP (NATIONALITY, REGIONALISM AND UNIVERSALITY)

Globalization bonded every time more the peoples on an interdependence relationship. The domination (imperialism) imposed on political-ideological terms facing

<sup>29</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2006. p. 276.

<sup>30</sup> ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. Nova York: Harcourt Brace Jovanovitch, 1993. p. 299-302.

<sup>31</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 146-166.

<sup>32</sup> CUNHA, Paulo Ferreira. **Constituição Viva: cidadania e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 61.

the clash between West-East collapsed with the Berlin Wall. However, economic domination took place, while tanks were no longer needed in the streets, but its efficiency is great. Thus, the relationships between North-South, or rich/poor countries becomes more relevant, since the value of democracy – so dear – may be menaced due to the shift of centers of decisive power inside States. One may say that, if the globalization indeed brought together States and people, it didn't foresee how to realize this process without aggravating the relations of domination

Therefore, Bonavides<sup>33</sup> warns for a species of globalization that destroys the sovereignty of the State, denying it its essential quality of supreme power, ignoring the ethical, factual and axiological elements that form the basis of national interests of the juridical order. With this species, the basis of the system, the democratic structures of power and the constitutional basis of the State organization are menaced.

It is well known that the rivalries in times of imperialism, that took place between hegemonic countries and caused the two biggest wars in the world, were disappearing, causing a relationship of interdependence between powers, to the level of cooperation and regional integration.

However, under the effects of a "political globalization" in the concept of Nation-State, Sousa Santos exposes certain tendencies already listed by Bob Jessop, especially in relation to the transformation of State's power. He describes it this way:

*First of all, the denationalization of the State, a certain voidance of the national State apparatus that occurs because of the fact that the ancient and new capacities of the State are being organized, as territorially as functionally, to the subnational and supranational levels. In second place, the de-statism of the political regimes reflected in the transition of the concept of government to governance, that means, from a model of social and economic regulation founded in the central role of the State to another based in partnerships and other forms of association between governmental, para-governmental and non-governmental organizations, upon which the State has duties of coordination only, as primus inter partes. And, finally, a tendency towards the internationalization of the National State, expressed in the increasing strategic impact of the international context in States' actions, that may include the widening of the fields of*

<sup>33</sup> According to Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, ano XXXIV, n. 92, abr./jun. 2000): "The globalization neoliberals only combine five verbs on their language. They intend to undertake, as soon as possible, the extinction of national sovereignty, both internal and external. The five verbs are de-nationalize, de-statize, de-constitutionalize, de-regionalize and disarm. By the simultaneous work of these contumacious actions, impudent and disruptive, the country faces its worst crisis in History. This way, soon on the people's conscience, in the courts, in the forums, in the citizenship's memory, the memory of the lost and sacrificed freedom will vanish, not having a place to deal with the elements constitutive to the identity, the Nation, the State, the Constitution, the Region and the Armed Forces".

*action of the National State every time that it would be necessary to fit the internal conditions to the extra-territorial or transnational demands.<sup>34</sup>*

With concerning the reduction of the power of the nation-state, Vieira asserts that "the nation states are weakened as they can no longer control the dynamics that go beyond its territorial boundaries" and that "the global interdependence of several processes ends up reducing in fact their power of decision, even if by law they continue lords of their space of jurisdiction.<sup>35</sup> Indeed, decisions within the state exist autonomously, but cannot be detached from the external environment contingencies, ie, cannot be decontextualized from the international scene.

In a context of globalization in which borders are weakened due to the large and fast access to information, it is essential that the sovereign States come, at the same speed, to adjust to the new global society that is increasingly consolidated. The rights emerging from the terrifying context of the Second War and the hope represented by the founding of the UN inaugurated a perspective of international cooperation in which the nation state is surpassed by a new conception of the state, which Häberle calls "Cooperative Constitutional State."<sup>36</sup> In it, the consolidation of this new paradigm for the state generates expectations of increased citizenship in the domestic and international plans, especially with regard to their legal effect. At this pace "governmental solidarity of cooperation" or "cooperation beyond borders", in which mutual assistance between states is seen as co-responsibility is a core part of the "Cooperative Constitutional State", along with the universal rules human rights.

Given this new reality, it is already observed increased international cooperation - and, consequently, it is required reformulate the concept of sovereignty, since the states are not self-sufficient, ie, no longer operate individually in international relations, but interdependently . Similarly, Bittar adds the "disappearance of a immutable design of sovereignty," as one of the transformations of post-modernism that embraces the transition from a national state to the post-national state. In his words, about the end of the old conception of sovereignty:

*[...] As a role model with absolute capacity of self-determination of the state (to create rules, execute rules and judge according to rules, regardless of the intervention of external forces), either by the inability of states to isolate themselves from international economic policies (IMF, IBRD), or by the deep and abiding interference of globalization*

<sup>34</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org.) **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed., São Paulo: Cortez, 2005. p. 37-38.

<sup>35</sup> VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 105.

<sup>36</sup> HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. Marcos Maliska e Lisete Antoniuk. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

*on domestic political scene of the States, or by breaking the concept of sovereignty-isolation-competition-protection-nacionanism towards an integration-cooperation exchange concept, either by the sufficient number of international mechanisms, including and especially related to human rights, which provide tools for the action of international forces to quell attacks on human rights even when they occur within a nation state (Rwanda, Kosovo, Afghanistan, Iraq ...).<sup>37</sup>*

Currently, the international community tries to find solutions that reconcile the old concept of sovereignty with the needs for cooperation and integration among states, given that the states, even though they are strong and powerful, cannot resolve current issues such as terrorism, environment, capital flows and crimes against humanity, among others, by themselves.

It is essential to clarify that, in shared sovereignty, states do not renounce their sovereignty, but exercise it in a way shared with other states and those matters specifically provided for in treaties. This apparent limitation of the state, characteristic of shared sovereignty, guarantees the solidarity and democracy, and a minimum basis of rights arising from the principle of complementarity which should always be exercised in favor of human beings. One can then say that there is no loss of sovereignty, because insofar as sovereignty is shared, State would have jurisdiction outside their territories as well, in universal themes shared with other states. In other words, sharing implies losses and gains in a new perspective.

It is important to highlight that sovereignty is not something that has a greater or lesser extent - if it is state it's sovereign. Sovereignty is a condition of the state and not a quality that exists in greater or lesser degree. Thus, what is proposed in the Constitutional Cooperative State is just the opening of the State for a legal and ethical dialogue with the international community and the consequent sharing of sovereignty rather than against a political-ideological relation or economic and technical domination.

Note that this new concept holds that, in its current stage of development, the Constitutional State is not justified by itself, but is conditioned by external circumstances - in other words, it's conditioned from outside. It is no accident that our Magna Carta contemplates themes of the constitutional dualism (Article 4) and the promotion of human rights (Article 5, paragraph 2), as it happens in the constitutions of many countries and especially in documents from the Communities

In this rhythm, it is no longer possible to think of citizenship without contextualizing in the globalized world and the paradigm of the Constitutional Cooperative State.

<sup>37</sup> BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas.** 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 348.

In other words, the citizen should be considered as part of a cosmopolitan international scene, whose universally valid value is human dignity.

The present citizenship finds itself connected to a humanist project of universalist and cosmopolite conception, where the true "*status mundialis hominis*"<sup>38</sup> is achieved. Accordingly, the traditional and reductionist vision that equates citizenship with the relation of belonging to a state is overcome. On the other hand, from the recognition of the phenomena of "supra-statehood" citizenship is no longer considered under the unilateral aspect - as the individual's unique bond with his state - being admitted in the multiple forms diversity of citizenship or multilateral citizenship.

*We witnessed intergovernmental efforts to tackle the challenges posed by globalization. In this sense, appeared as the most visible integrated regional markets, such as the European Union, NAFTA and Mercosur. In the example of the European Union we saw the overcoming of the simple step of building a common market to include laws and supranational institutions. This reflected in the concept of citizenship, because we now have "European citizens", according to Maastricht<sup>39</sup>. About that, Alves<sup>40</sup> explains that this new citizenship occurs in the opposite way to the one from Marshall: "from the economic rights to the social and then to the civil, to reach, maybe, in the future, the political citizenship, without crushing nationalities".*

It is Always good to remember, as states Bobbio, the most important task of our time, regarding human rights, is not to give them basis them, but to protect them.<sup>41</sup> The relentless effort of reasoning very made it difficult its protection, considering the various theoretical concepts, from several religious, political and ideological sources. Surpassed this issue, we move towards a consensus that universalizes such rights, when we expand in a complementary and integrative form the systems of protection: (1) Domestic-national, (2) international-regional, and (3) international-universal. Thus,

<sup>38</sup> Read on these lines, HÄBERLE, Peter. Derecho Constitucional Común Europeo. Tradução de E. Mikunda. In: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (Coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el Tercer Milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.p. 187-224; PÉREZ LUÑO, A. E. **La universidad de los derechos y el Estado constitucional**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002.

<sup>39</sup> It became known as the Treaty of European Union and was signed on February 7th 1992. One of its innovations was the institution of the European citizenship next to the national citizenship, granting rights to Europeans to circulate and reside freely in the community, to vote and to be elected on the State where they reside, to have diplomatic and consular protection and right to petition before the European Parliament and the presentation of complaint before the European Ombudsman.

<sup>40</sup> About the Mercosur, the author clears that this process is still starting when comparing with the European Union, because it doesn't "foresee, at the moment, nothing similar, but it's worth as a consultation organ surpassing the economic sphere" (LINDGREN ALVES, José Augusto. **Cidadania, Direitos Humanos e globalização**. In: PIOVESAN, Flavia (org.). Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 91).

<sup>41</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

in the national citizenship we have the figure of the State protecting its nationals (eg, Brazilians) with fulcrum on written fundamental constitutional rights. In the context of regional citizenship, the guarantee shall be given by organs from regionalized systems, such as the OAS, AU and EU in the protection of American, African or European, respectively, based on regional human rights. In the universal context, the protection is directed to human beings, as a citizen before the UN<sup>42</sup>, under the aegis of universal human rights.

This broad and complementary view of the systems of protection of human rights is consistent with the development and fulfillment of citizenship, given its multilateral design. Thus, we are moving forward in the protection of human beings satisfying their claims under the umbrella of a common denominator that allows it to be a citizen of the world. This paradigm of citizenship is with which the individual holds multiple citizenships and has been able to exercise them in their political community or at international level, always according with the cosmopolitan and humanist project acclaimed by the instruments of human rights protection.

## 6. CONCLUSION

1. On a brief reflective effort it is not difficult to observe that together with the crushing globalization, produced by the capitalist mode of production, there is a huge movement in course over some centuries until now, to widen the rights, based in the human conviction that all are equal in dignity. In great works with thesis that inspired the conscience of the present individual we may notice Locke (Seventeenth century) advocating a founding pact and attributing individual and inalienable rights to all men; Rousseau (Eighteenth century) advocating that sovereignty belongs to the people, that by its turn should exercise it directly and stating as well that equality propels freedom and not vice versa; Kant stating that the human being is distinct from things, because it has dignity, makes this thought echo in the Universal Declaration of Human Rights (1948).

2. This way, the human being dignity reemerges as criterion of integration of the International Law of Human Rights and the constitutional order in force in countries, becoming the main element of support of human rights and the fundamental rights - as prescribed in the internal law – irradiating its effects all over the juridical order, including to citizenship, as both dignity and citizenship are concepts attached to the need to protect the human being in all of its dimensions.

3. The present citizenship has a dynamic meaning and should be regarded in its widest dimensions, being connected with the constant evolution of human rights.

<sup>42</sup> We must stress the First Optional Protocol of Civil and Political Rights, that attributes to the Human Rights Committee the power to receive petitions from individuals against the State.

Citizen and Human Rights, both, form an historical concept, which makes its senses to modify and in space and time, following the progress of mankind.

4. With the specific case of citizenship, that happens not only because of the rules (of nationality) that defines who has and ho doesn't have citizenship (*ius sanguinis, ius solis*), but because of the distinct rights and duties that mark the citizen on each State and before the international community. On this speed, we face a citizenship that encompasses the civil, political, social, economic and diffuse rights and are attached to the values of freedom, equality, justice and solidarity.

5. We note that, even inside each State, the concept and the practice of citizenship is being widened considerably over the last century. The fast pace of such changes, especially because of the technological and cultural advances, turns what could be considered in a certain moment a dangerous subversion of the order something usual, "natural" in a following. Today, there is no Western democracy where women have no right to vote – which was considerable unthinkable short while ago, even in countries as developed as Switzerland. It is worth remembering that the basic right to voting had been linked to ownership of proprieties, to the entitlement on public service or functions or even the fact of belonging or not to a certain kinship.

6. As for the role of the globalized State, we may see that due to the present meaning of citizenship, there is to the State the need of cooperation, based on the will to act together in the international field, in regional and global levels. In the context of the international cooperation to defend human rights it is possible to observe the shared sovereignty and the Constitutional Cooperative State that adds to its structure elements of opening cooperation and integration that de-characterize the Nation-State as a closed structure focused on national sovereignty. This way, the international community gets the conditions to set minimum standards of the human being's protection – which will guarantee them even in periods of institutional instability of States, and also favor the essential advancements of human rights in places where the power of governs (and dominating powers) have not yet been limited. Sovereignty cannot, therefore, be evoked as shield to protect violations of human rights though the invocation of the domestic jurisdiction clause, but as instrument to enforce the protection of individuals and peoples.

7. This way, the principle of shared sovereignty must be in tune with the necessary international cooperation in the field of human rights, echoing to the real needs of mankind, through the relation of complementarity between the spheres of protection that base the distinctive complementary citizenships. Thus, when we state that citizenship is the "right to have rights", it is evident that human being may have new demands (as in fact happens in several parts of the globe), regarding national, regional and universal rights.

8. Taking into account the development of the logic of human rights protection, we may infer the persistence of the new forms of exercising citizenship, that are encompassed on the universalist context in a complementary and integrative way. This way, it becomes possible to the individual to reclaim its citizenship on the domestic field of its State (national scope), regional field (for instance, before the Interamerican Court of Human Rights or the European Court of Human Rights) and universally (for instance, before the UN Human Rights Committee)

9. We must pay attention to this vision of complementarity of the protective systems and their role on the fulfillment of citizenship. Since the present citizenship encompasses all human rights, from the international standpoint, and the fundamental rights, from the States' point of view, different spheres of judicialization are attached, as are being placed before the choice of the contemporary citizen. Thus, the possibilities of exercising multiple citizenships or multilateral ones, strengthening even more the process of enforcement of human rights.

## 7. REFERENCES

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- ARENKT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. Nova York: Harcourt Brace Jovanovitch, 1993.
- BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana** – fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Hermenêutica e Constituição**: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Orgs.). Dignidade da Pessoa Humana – fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BODIN, Jean. **Lex Six Livres de La République**. Paris: Librairie Générale Française, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**, Rio de Janeiro, ano XXXIV, n. 92, abr./jun. 2000.
- COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

- COMPARATO, Fabio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CUNHA, Paulo Ferreira. **Constituição Viva: cidadania e direitos humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e Cidadania.** 2. ed., São Paulo: Moderna, 2004.
- HÄBERLE, Peter. Derecho Constitucional Común Europeo. Tradução de E. Mikunda. In: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (Coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el Tercer Milenio.** Madrid: Marcial Pons, 1996.
- HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo.** Trad. Marcos Maliska e Lisete Antoniuk. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- HOBBES, Thomas. **Do cidadão.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.** São Paulo: Ediouro, 2000.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LINDGREN ALVES, José Augusto. **Cidadania, Direitos Humanos e globalização.** In: PIOVESAN, Flavia (org.). Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- MALISKA, Marcos Augusto. A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional: Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 391, p. 627-635, mai./jun. 2007.
- MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status.** Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARX, Karl. **Para a questão judaica.** São Paulo: Expressão Popular, 2009.
- NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PÉREZ LUÑO, A. E. **La universidad de los derechos y el Estado constitucional.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- PÉREZ LUÑO, A. E. **La tercera generación de derechos humanos.** Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006.
- PÉREZ LUÑO, A. E. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución.** 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.
- PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (Orgs.) **História da cidadania.** São Paulo: Contexto, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social.** Rio de Janeiro: Ediouro, 1992.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHAFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais** - do sistema geracional ao sistema unitário. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Palestra proferida nas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, no dia 13 de agosto de 2008, dentro da semana jurídica que aconteceu entre os dias 11 e 15 de agosto de 2008.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira; CONTIPELLI, Ernani. Direitos Humanos Econômicos na perspectiva da Solidariedade: desenvolvimento integral. In: **XVI Encontro Nacional CONPEDI**, 2008, Salvador - BA. Anais XVI Encontro Nacional do CONPEDI, 2008.

SOUZA SANTOS, Boaventura de (Org.) **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed., São Paulo: Cortez, 2005.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.





## Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia\*

***Artificial intelligence: challenges and opportunities – Prometea: the first artificial intelligence of Latin America at the service of the Justice System***

**JUAN GUSTAVO CORVALÁN\*\***

Universidad de Buenos Aires (Argentina)  
juancorvalan@derecho.uba.ar

**Recebido/Received:** 20.09.2017 / September 20<sup>th</sup>, 2017

**Aprovado/Approved:** 13.12.2017 / December 13<sup>th</sup>, 2017

### Resumen

Este artículo incursiona en los desafíos que el avance tecnológico en general, y la inteligencia artificial en particular, presentan a la sociedad. Primero se analizan los efectos de la aceleración exponencial en la escala del procesamiento de datos que conlleva la optimización en diversas actividades, para después considerar cómo la incorporación de aquellas nuevas tecnologías necesariamente implicará un nuevo enfoque para lograr transitar su adaptación hacia un sistema compatible con los Derechos Humanos. Sobre este punto, se destaca que las asimetrías en el desarrollo suelen venir acompañadas por la necesidad de protección y efectivización de derechos, con lo cual será necesario que los avances tecnológicos se orienten hacia innovaciones inclusivas,

### Abstract

*This article explores the challenges that technological advances in general, and artificial intelligence in particular, introduce to society. First it analyzes the effects of the exponential acceleration within the realm of data processing that lead to the optimization of various human activities, to then consider how the incorporation of such technologies will necessarily entail a new approach to achieve the proper transition toward a system compatible with human rights. In this respect, it is emphasized that development asymmetries are often followed by the need to protect and guarantee the effectiveness of rights, which will require that technological advances be oriented towards inclusive innovations, through an optimized interface system and attentive to the modern form of*

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: CORVALÁN, Juan Gustavo. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 295-316, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55334.

\* El presente constituye una breve muestra de un libro próximo a editarse, relativo al impacto de la inteligencia artificial sobre los seres humanos desde un punto de vista jurídico. Está prohibida la copia, difusión y/o procesamiento de este documento, el aprovechamiento y comunicación de su contenido.

\*\* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina). Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador. Profesor visitante de la Maestría en Derecho Digital de la Universidad de París 1 Panthéon-Sorbonne y Postdoctorando por esa misma universidad. Juez Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y actualmente se desempeña como Fiscal General Adjunto en lo Contencioso Administrativo y Tributario ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. E-mail: juancorvalan@derecho.uba.ar.

mediante un sistema de interfaz optimizado y atento a la forma de desarrollo de las vinculaciones digitales. Sin embargo, al igual que promover el desarrollo del tipo positivo de la inteligencia artificial, se remarca también la preocupación frente a la falta de trazabilidad conceptual de dichos sistemas. Respecto al cual se plantea la necesidad de principios rectores necesarios en la estructura de la IA para su correcta aplicación.

**Palabras clave:** inteligencia artificial; robótica; justicia; algoritmos; derechos humanos.

*digital interactions. However, as well as promoting the development of the positive type of artificial intelligence, it also embodies the concern about the lack of conceptual traceability of such systems. Necessarily concluding the inclusion of pre-established guiding principles must be required within the structure of such systems to guarantee their correct use and application.*

**Keywords:** *artificial intelligence; robotics; justice; algorithms; human rights.*

## SUMARIO

**1.** Introducción; **2.** Inteligencia artificial: la revolución de las revoluciones; **3.** Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia; **4.** Inteligencia artificial al servicio de los derechos de acceso; **5.** Retos y desafíos: proteger los derechos humanos en la era de los algoritmos inteligentes; **6.** Principios jurídicos para una inteligencia artificial que respete y promueva la vigencia del Estado constitucional y la efectividad de los derechos fundamentales; **7.** Conclusión; **8.** Referencias.

## 1. INTRODUCCIÓN

Hacia fines de esta segunda década del siglo XXI, los avances tecnológicos están haciendo realidad la ciencia ficción. Resultaba utópico hasta hace pocos años, que estas preguntas se vuelvan todo un desafío para los sistemas jurídicos: ¿quiénes son los responsables por las consecuencias del funcionamiento de las máquinas inteligentes (vehículos autónomos, etc.)?; ¿cómo garantizar la autodeterminación humana en la era de los algoritmos inteligentes?; ¿cómo es posible “programar” la inteligencia artificial para que pueda incluir un enfoque jurídico y ético?; ¿es factible hablar sobre un derecho de acceso a la inteligencia artificial?; ¿cómo hacer que la inteligencia artificial no profundice las desigualdades entre las personas? Las respuestas a estas preguntas, demandan un esfuerzo trascendente para repensar e innovar acerca de los desafíos de una nueva revolución que estamos atravesando.

Durante los últimos tres siglos, se suele hablar de tres grandes revoluciones industriales. La primera vinculada al desarrollo del ferrocarril y al motor de vapor para mecanizar la producción. La segunda relacionada a la energía eléctrica y la cadena de montaje para desarrollar la producción en masa. La tercera revolución se ubica a partir del surgimiento de la electrónica, los ordenadores y la tecnología de la información para automatizar la producción<sup>1</sup>. Actualmente transitamos una nueva revolución que se vincula con varios fenómenos (nanotecnología, biotecnología, robótica, internet de las cosas, impresión 3d)<sup>2</sup>. El más disruptivo de todos, es producto del desarrollo de la

<sup>1</sup> Véase SCHWAB, Klaus. **La Cuarta Revolución Industrial**. Barcelona: Debate, 2016. p. 20 y 21.

<sup>2</sup> Sobre la incidencia de algunas de estas tecnologías en la sociedad, véase KAKU, Michio. **La física del futuro**. Buenos Aires:

inteligencia artificial, que se presenta como una innovación vinculada a los avances tecnológicos relacionados con el procesamiento de información y de los datos (también en esta área se encuentran otras invenciones del siglo pasado como el ordenador, internet, la world wide web –www-, los motores de búsqueda, etc.). La “Cuarta Revolución Industrial”<sup>3</sup> tiene su epicentro en el aumento exponencial de dos factores: capacidad de almacenamiento y velocidad de procesamiento de la información y de los datos.

Para hacerse una idea, se puede medir en tiempo real y a escala global, el flujo que se genera a partir del uso de las principales herramientas de las tecnologías de la información y de la comunicación. Por ejemplo, el 29 mayo de 2017 se postearon 458.090 mil tweets, se publicaron 63.980 mil fotos en *instagram*, se realizaron 3.629,947 millones de búsquedas en *google*, y en la web se procesaron 2.702,994 Gigabytes<sup>4</sup>. Este monstruoso volumen de datos e información, no puede ser abordado de manera eficiente por las personas humanas. Por eso, la inteligencia artificial es la revolución de las revoluciones. Su desarrollo actual y potencial, se debe a que logra igualar o superar ampliamente ciertas capacidades cognitivas, a partir de procesar más eficientemente los datos y la información en cada vez más actividades humanas.

## 2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL: LA REVOLUCIÓN DE LAS REVOLUCIONES

Aunque no seamos muy conscientes, estamos atravesando una época inédita en la historia humana. Entre muchísimas otras razones, esto se debe a que asistimos a la progresiva eliminación de las barreras de comprensión de otras lenguas casi instantáneamente, a partir del desarrollo exponencial del sistema de inteligencia artificial que usa el traductor de Google.

Este famoso traductor artificial es *uno* entre varios sistemas de inteligencia artificial que se ocupan de procesar lenguaje natural. En esencia, utiliza un método de aprendizaje que se relaciona con grandes números de casos relacionados; es decir, no se basa en aprender o aplicar las reglas gramaticales de cada idioma. En palabras

Debate, 2012.

<sup>3</sup> Tanto el Foro Económico Mundial como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), destacan que el mundo está atravesando por una Cuarta Revolución Industrial. Véase, La Iniciativa del centenario relativa al futuro del Trabajo. Nota Informativa. Oficina Internacional del Trabajo, p. 2, 2015 y, El futuro de los empleos. Habilidades y Estrategia de la Mano de Obra para la Cuarta Revolución Industrial. Foro Económico Mundial, p. 1, Enero 2016, Global Challenge Insight Report, disponible en <<https://www.weforum.org/reports/the-future-of-jobs>>; SCHWAB, Klaus. **La Cuarta Revolución Industrial**. Barcelona: Debate, 2016.

<sup>4</sup> Fuente *Internet Live Stats*. Disponible en: <<http://www.internetlivestats.com/one-second/#instagram-band>>. Consultado el 28/05/17. Sobre estas cuestiones, véase algunas aproximaciones iniciales en CORVALÁN, Juan Gustavo. Inteligencia Artificial y derechos humanos (Parte I). **Diario DPI Cuántico**, Diario Constitucional y Derechos Humanos, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 156, 03.07.2017. Disponible en: <[http://dpicuantico.com/area\\_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-156-03-07-2017/](http://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-156-03-07-2017/)>. Y CORVALÁN, Juan Gustavo. Inteligencia Artificial y derechos humanos (Parte I). **Diario DPI Cuántico**, Diario Constitucional y Derechos Humanos, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 157, 10.07.2017. Disponible en: <[http://dpicuantico.com/area\\_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-157-10-07-2017/](http://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-157-10-07-2017/)>.

simples, se crean enormes bases de datos vinculadas a traducciones habituales, que se apoyan en amplios cuerpos de documentos traducidos de idioma a idioma, utilizando documentos traducidos por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a varios idiomas. El traductor de Google a fines de 2016, casi igualo a 500 traductores expertos humanos. Veamos con mayor detenimiento el funcionamiento de este sistema de inteligencia artificial.

La prueba al traductor de Google consistió en emplear una escala de 0 a 6 para puntuar la fluidez de las traducciones de 500 frases extraídas de Wikipedia o noticias. Para las traducciones de inglés al español, el nuevo sistema de Google recibió una puntuación media de 5,43, muy cercana al 5,55 que obtuvieron los 500 traductores humanos. Si hace mucho que no prueba al traductor, seguramente se deba a que antes presentaba muchos errores. En las pruebas de Google, los seres humanos calificaron el nuevo sistema entre un 64% y un 87% mejor que la versión anterior.

Es decir, en vez de aprender conceptos o gramática, los algoritmos establecen sus propias formas de descomponer el texto en fragmentos más pequeños, que a menudo parecen carecer de sentido y generalmente no corresponden a los fonemas del habla. Y ni que hablar de la velocidad en la que trabaja el sofisticado sistema de IA. Según las palabras de uno de sus diseñadores: "Puede resultar desconcertante, pero lo hemos probado en muchos sitios y simplemente funciona"<sup>5</sup>.

Ahora bien, la comprensión de un fenómeno como este, requiere abordar brevemente el concepto de inteligencia humana con el que trabajan los expertos en ciencias cognitivas. Veamos.

Entre varias definiciones o concepciones del concepto inteligencia, el elemento común es la *capacidad de procesar información para resolver problemas en función de alcanzar objetivos*<sup>6</sup>. La noción de inteligencia, está indisolublemente ligada al procesamiento de información. Es importante aclarar que hablamos de información en sentido amplio y bajo el enfoque de las ciencias cognitivas, que aluden al procesamiento de información o al flujo de información del entorno que se codifica, organiza, selecciona, almacena y recupera por medio de los sistemas sensoriales, perceptivos, etc. La inteligencia humana se relaciona con una serie de capacidades o cualidades cognitivas relativamente autónomas que suelen clasificarse en "perfiles de inteligencia" o "inteligencias múltiples". Ellas son: inteligencia social, inteligencia lingüística (o musical),

<sup>5</sup> Véase, SIMONITE, Tom. Google ya traduce de inglés a español casi tan bien como un experto humano. **MIT Technology Review**, 4 oct. 2016. Disponible en: <<https://www.technologyreview.es/s/6342/google-ya-traduce-de-ingles-espanol-casi-tan-bien-como-un-experto-humano>>. Consultado el 20/08/17.

<sup>6</sup> Sobre todas estas cuestiones, ampliar en GARDNER, Howard. **La inteligencia reformulada**. Madrid: Paidós, 2010. p. 52 y ss, especialmente 115, Paidós, Madrid, 2010. El mismo autor en GARDNER, Howard. **Las cinco mentes del futuro**. Buenos Aires: Paidós, 2013. p. 17; GARDNER, Howard. **Estructuras de la mente**: la teoría de las inteligencias múltiples. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1987; MANES, Facundo; NIRO, Mateo. **El cerebro argentino**. Buenos Aires: Planeta Argentina, 2016. p. 269-270, 274-275 y 301, y los mismos autores en MANES, Facundo; NIRO, Mateo. **Usar el cerebro**. Buenos Aires: Paidós Ibérica, 2015. p. 115 y 130.

inteligencia lógico-matemática, inteligencia interpersonal, e intrapersonal o emocional, inteligencia fluida, entre otras.

Básicamente, nuestro cerebro controla la capacidad para procesar la información proveniente del entorno y de nuestro propio cuerpo<sup>7</sup> que se utiliza para evaluar y elegir futuros cursos de acción. Y aquí entra en escena el proceso de toma de decisiones y la evaluación, que consiste en *seleccionar, recortar y organizar la información disponible*.

A partir de la inteligencia humana, se han desarrollado múltiples y diversas innovaciones tecnológicas. La que aquí nos ocupa tiene que ver con el procesamiento de la información para resolver problemas y tomar decisiones a partir de máquinas que operan a través de los llamados algoritmos inteligentes. La inteligencia artificial (en adelante, también IA) se sustenta en algoritmos inteligentes o en algoritmos de aprendizaje que, entre muchos otros fines, se utilizan para identificar tendencias económicas, predecir delitos, diagnosticar enfermedades, predecir nuestros comportamientos digitales, etc. Un algoritmo puede ser definido como un conjunto preciso de instrucciones o reglas, o como una serie metódica de pasos que puede utilizarse para hacer cálculos, resolver problemas y tomar decisiones. El algoritmo es la fórmula que se emplea para hacer un cálculo<sup>8</sup>.

Ahora bien, durante las últimas décadas, se han utilizado diferentes métodos para desarrollar algoritmos utilizando grandes volúmenes de datos e información (algunos métodos son: redes neuronales, algoritmos genéticos, aprendizaje por refuerzo, entre otros). En esencia, a partir de la aplicación de IA se busca que las tecnologías permitan que los sistemas computacionales adquieran: autodependencia, reconfiguración autoadaptativa, negociación inteligente, comportamiento de cooperación, supervivencia con intervención humana reducida<sup>9</sup>, entre otros rasgos. Y todo esto, supone la utilización de diferentes técnicas que se basan en el reconocimiento de patrones a fin de resolver problemas<sup>10</sup>, maximizar objetivos y optimizar el procesamiento de información. Veamos otro ejemplo para dimensionar cómo trabajan los sistemas más exitosos de IA.

En el año 2011, la inteligencia artificial que desarrolló IBM llamada "Watson" compitió contra los expertos humanos en un célebre juego llamado *Jeopardy*. Este concurso de televisión de Estados Unidos basado en responder preguntas sobre numerosos temas como historia, idiomas, literatura, entre otros, reside en que cada uno de los

<sup>7</sup> Desde un punto de vista biológico, el ADN es un portador esencial de la información genética. GERARD, Michael; GERALD, Gloria E. **El libro de la biología**. Madrid: Ilus Books, 2015. p. 354.

<sup>8</sup> Ampliar en, DOMINGOS, Pedro. **The master algorithm**: how the quest for the ultimate learning machine will remake our world. New York: Basic Books, 2015. p. XVI, 1 y ss.

<sup>9</sup> BARRAT, James. **Nuestra invención final**. Madrid: Planeta Publishing, 2015. p. 205-206.

<sup>10</sup> Ampliar en, SERRANO GARCÍA, Alberto. **Inteligencia artificial**. Madrid: RC, 2016. p. 5 y 9.

tres concursantes elige uno de los paneles del tablero de juego que, al ser descubierto, revela una pista en forma de respuesta. Los concursantes tienen que dar sus respuestas en forma de una pregunta. Por ejemplo, algunos de los interrogantes se formulan del siguiente modo: "Puede significar un desarrollo mental gradual o algo que se transporta durante el embarazo" o "Un discurso largo y tedioso escrito en el trivial aderezo de un pastel".

*Ken Jennings* es el máximo ganador del juego (74 veces en un año). En febrero de 2011, Watson compitió contra él y otro campeón llamado *Brad Rutter*. Watson ganó el juego y lo hizo porque en esencia, puede procesar más datos y a mayor velocidad que los concursantes humanos. Mientras que la IA sopesa millones de posibles hipótesis al mismo tiempo, a una persona humana le llevaría varios siglos poder analizar todas las deliberaciones que Watson hizo en tres segundos. Veamos algunos números que reflejan la magnitud de datos y de información que procesa esta IA. Watson fue capaz de procesar 200 millones de páginas procedentes de documentos, incluyendo encyclopedias enteras, lo que abarca Wikipedia y lenguaje natural cargado de ambigüedades y vaguedades (estamos hablando de mil libros extensos *por segundo*). El sistema que utiliza, también incluye un subsistema que ayuda a calcular el grado de confianza en la respuesta que finalmente brindará la IA. En palabras simples, Watson tiene un asistente. Algoritmos inteligentes, gestionados por otro algoritmo que funciona a modo de gestor experto. Asistimos a la creación de otro personaje que se agrega al clásico dúo investigador: *Sherlock* (IBM), Watson, y su algoritmo gestor experto.

Como esta inteligencia artificial ha leído cientos de millones de páginas informativas que incluyen historias, es capaz de seguir el hilo a través de complicadas secuencias de eventos. Watson optimiza la información a partir de procesos estadísticos jerárquicos, aprende de sus experiencias y a una velocidad imposible de superar para un organismo biológico. Pero lo más relevante, viene dado porque la mayoría del conocimiento adquirido, proviene de él mismo a partir toda la información que obtiene, más allá de que otras pocas áreas de los datos de esta IA fueron programadas directamente por personas humanas<sup>11</sup>.

El traductor de Google y Watson, son dos ejemplos entre muchísimos otros que dan cuenta del Tsunami de inteligencia artificial que se está desarrollando en múltiples campos. Hablamos de sistemas que crean música, pintan cuadros, reconocen caras, objetos, predicen empresas exitosas en la bolsa, detectan enfermedades, ayudan a proteger el ambiente, entre muchísimas otros. Asistimos a una verdadera carrera por desarrollar IA para simplificar y optimizar diversas actividades humanas. Es en este escenario que surgen tres grandes desafíos en el ámbito jurídico. Por un lado, cómo nos

<sup>11</sup> Sobre este aspecto, véase BARRAT, James. **Nuestra invención final**. Madrid: Planeta Publishing, 2015. p. 244-251. Es importante puntualizar que Watson utiliza un sistema llamado UIMA (*Unstructured Information Management Architecture*) que actúa como un gestor experto que combina inteligentemente los resultados de los sistemas independientes.

protegemos a nosotros mismos de los algoritmos inteligentes que nos reemplazan y superan en múltiples actividades. Por otro lado, cómo hacer para que esta nueva tecnología contribuya al desarrollo sostenible e inclusivo del ser humano. Y por último, eventualmente, cómo se protegerán y se transformarán los derechos humanos en una transición que parece dirigirse hacia una simbiosis entre lo biológico, lo digital y lo artificial.

En esta primera aproximación, todas estas cuestiones podrían reconducirse a partir de explorar dos grandes ejes. El primero, vinculado a lo que podríamos llamar “el lado luminoso de la inteligencia artificial”. Aquí, esta tecnología es drásticamente disruptiva para hacer efectivos ciertos derechos y, a la vez, representa un salto cualitativo en la forma en la que se podrían gestionar las organizaciones y sus relaciones con los ciudadanos.

El segundo eje, se vincula con lo que denominamos “el lado oscuro de la IA”. Desde esta perspectiva, es importante poner el acento en los riesgos que se generan a partir del llamado riesgo existencial vinculado a la posibilidad de que los seres humanos pierdan el control sobre los sistemas de inteligencia artificial. Pero dejando de lado esta cuestión extremadamente compleja que se proyecta a mediano y largo plazo, es preciso abordar otros aspectos relacionados con el corto plazo. Por ejemplo, las cuestiones vinculadas al impacto que se produce a partir del desarrollo y uso de sistemas de IA sobre los derechos fundamentales de las personas. En los puntos siguientes, destacaremos algunas breves propuestas en torno a ambos ejes.

### **3. PROMETEA: LA PRIMERA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DE LATINOAMÉRICA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA**

Muchas veces solemos hablar de un desarrollo asimétrico que suele ser inherente a los países menos aventajados. En el ámbito tecnológico, la presencia de este fenómeno da cuenta de diversas asimetrías en su desarrollo. Por ejemplo, en la CABA existe una Administración Pública totalmente digital (además, se han dictado más de 58 normas regulando la digitalización de la administración pública)<sup>12</sup>, mientras que en algunas provincias ni siquiera se ha comenzado el proceso. Esto también se da a un nivel mucho más profundo. Actualmente el 17 % de la población mundial, 1.300 millones de personas, no tiene acceso a los beneficios de la segunda revolución industrial (la electricidad). Y más de la mitad de la población mundial, 4.000 millones de personas, todavía no está conectada a internet<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Véase CORVALÁN, Juan G. Hacia una administración pública digital. **Temas de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, año II, p. 621-645, 2017; CORVALÁN, Juan Gustavo. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. **Revista de Direito Económico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, maio/ago. 2017. doi: 10.7213/re.dir.econ.soc.v8i2.19321.

<sup>13</sup> SCHWAB, Klaus. **La Cuarta Revolución Industrial**. Barcelona: Debate, 2016. p. 21.

Las asimetrías en el desarrollo suelen venir acompañadas por la necesidad de protección y efectivización de derechos también dispares. Es decir, se deben afrontar desafíos vinculados a cuestiones de primera necesidad (acceso al agua, acceso a servicios esenciales, etc.), pero también es importante avanzar en proteger otras violaciones masivas de derechos en el mundo digital. Incluso, frecuentemente solemos pensar que como resulta difícil resolver ciertos problemas más acuciantes, sería ilógico abordar otros. Sin embargo, es importante razonar y actuar a la inversa. Además de hacerse cargo de cuestiones básicas, también es indispensable emprender los nuevos desafíos; de lo contrario, se amplía el espectro de violaciones de derechos. Por ejemplo, en el ámbito penal existen múltiples retos que son muy complejos de abordar (narcotráfico, venta ilegal, robo con armas, etc.). Pero a la vez, el mundo digital conlleva otros desafíos y aparecen nuevos derechos a tutelar. Nos referimos a todas las cuestiones vinculadas al cibercrimen (cyberacoso, pornografía infantil, grooming, fraudes informáticos, etc.). También hay que proteger a los ciudadanos de estas violaciones a sus derechos.

El desarrollo asimétrico, en síntesis, aumenta la complejidad y demanda mayores esfuerzos para hacer efectivos los derechos de las personas. En Latinoamérica en general, y en Argentina en particular, existen múltiples diferencias entre las personas, los distritos y las áreas vulnerables. Por un lado, hay que considerar la brecha digital<sup>14</sup> que existe entre los ciudadanos que están conectados a Internet y los que no. Por otra parte, la organización y el desarrollo de los poderes públicos son asimétricos en cuanto a infraestructura y desarrollo. Sin embargo, esto no impide que el Estado avance sobre varios frentes al mismo tiempo y acelere la transición para adaptarse a esta nueva revolución de espacio y de tiempo.

De lo contrario, cuanto más se tarde, es el ciudadano el que “ pierde”. Por ejemplo, los múltiples problemas de Internet y las redes sociales (todas las cuestiones vinculadas al cibercrimen y a la privacidad) hace tiempo afectan a muchas personas que están conectadas, sin importar si viven en distintas provincias argentinas (Formosa, Tierra del Fuego, etc.), en Brasil, en Francia o en Italia. Algo similar ocurre con la implementación del expediente electrónico o digital. Cuando las Administraciones ahorran días en traslados físicos, y en diversos aspectos en relación al papel, el tiempo que se “gana” es el mismo para un ciudadano de una provincia del sur de Argentina (como Neuquén), respecto de otra del norte (como Salta). En conclusión, hay que avanzar en

---

<sup>14</sup> Se entiende como “brecha digital” a la “separación que existe entre las personas (comunidades, Estados, países) que utilizan las TIC como una parte rutinaria de su vida diaria y aquellas que no tienen acceso a las mismas y que aunque las tengan no saben cómo utilizarlas” (SERRANO, Arturo; MARTÍNEZ, Evelio. **La brecha digital:** mitos y realidades. Baja California: Ed. UABC, 2003. p. 8.). En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoció que, bajo el principio de acceso universal, “ampliar el acceso y cerrar la ‘brecha digital’ va de la mano con la necesidad de que el Estado procure que los actores privados no impongan barreras desproporcionadas o arbitrarias para acceder a internet o usar sus servicios principales” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe anual 2013 – Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión.** Disponible en: <[http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/2014\\_04\\_22\\_ia\\_2013\\_esp\\_final\\_web.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/2014_04_22_ia_2013_esp_final_web.pdf)>. párr. 17).

la innovación favoreciendo la inclusión (innovación inclusiva), más allá de la existencia de un desarrollo asimétrico. Y aquí entra en acción la inteligencia artificial como un instrumento al servicio de la justicia y de los derechos.

En un sentido amplio, este enfoque se vincula con un nuevo paradigma tecnológico que se llama inteligencia en la interfaz. Desde esta óptica, la interfaz sabe mucho sobre el usuario, lo entiende en contexto, es proactiva y se vuelve mejor con la experiencia. Para que se entienda mejor. Veamos cómo se desarrollan las vinculaciones en el mundo digital. Por un lado, existe un sistema mediante el cual el usuario elige el recorrido y la tecnología une los puntos, como ocurre con los hipervínculos. Por otra parte, se encuentra el llamado “portal”, en donde el usuario elige un canal y la tecnología le transmite el contenido. En tercer lugar, hallamos a uno de los más usados, que se refiere a los motores de búsqueda (el más famoso es Google). Aquí el usuario establece qué quiere buscar y la tecnología encuentra contenido relevante y de calidad para devolver.

Por último, existe un método más eficiente: la inteligencia en la interfaz. Aquí el usuario simplemente interactúa (hablando o “chateando” como si fuera un *Whatsapp*) y la tecnología resuelve los problemas mediante conexiones con diferentes sistemas que pueden responder a las necesidades del usuario y a partir del aprendizaje<sup>15</sup>. En los teléfonos celulares Iphone, Apple ha desarrollado un asistente de voz llamado *Siri*. Cuando se activa, se le puede preguntar diversas cuestiones y responde. Pero también *Prometea*, la inteligencia que hemos desarrollado en el Ministerio Público Fiscal, se ubica en este nuevo paradigma. Según nuestras investigaciones, la inteligencia en la interfaz -a través de sistemas de inteligencia artificial- puede impactar de manera decisiva para garantizar ciertos derechos de acceso, y mucho más aún cuando se trata de personas vulnerables o con discapacidad. Veamos esto en concreto.

Desde que asumimos la gestión en el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, y gracias al apoyo de Luis Cevasco, venimos trabajando fuertemente en las nuevas tecnologías. Puntualmente, en todo lo que se refiere a las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC). En el transcurso de 2017, hemos desarrollado el primer sistema de inteligencia artificial jurídico en Latinoamérica<sup>16</sup> que trabaja con un asistente de voz (tal como lo hace *Siri* de Apple) y permite realizar un dictamen jurídico de manera íntegra.

Es decir, la persona abre el expediente, y una vez que está en condiciones de proyectar un modelo, activa a *Prometea* por comando de voz en un celular (dispositivo móvil) o mediante un chat, como si fuera a mantener una conversación por *Whatsapp*.

<sup>15</sup> Sobre la inteligencia en la interfaz, ampliar en GRUBER, Tom. **Intelligence at the Interface: Semantic Technology and the Consumer Internet Experience**. Presentation at Semantic Technologies conference, May 2008. Available at: <<http://tomgruber.org/writing/semttech08.pdf>>.

<sup>16</sup> Es importante destacar el impulso que nos ha brindado Daniel Pastor y el Instituto de Neurociencias y Derecho (INEDE) para avanzar en estos temas. Él y su equipo de trabajo, son pioneros en el ámbito de las neurociencias aplicadas al derecho penal. De hecho, han creado un software que cuenta plazos en materia de prescripción penal.

Todo el proceso, de manera íntegra, se realiza a través de la inteligencia artificial. Desde un “Hola”, pasando varias preguntas y respuestas entre Prometea y la persona, lo que incluye que busque y nos “traiga” al dictamen leyes y decretos, hasta llegar al punto (según el modelo que estemos trabajando) en el que Prometea nos dice “dictamen completado”. Luego, le podemos ordenar que “imprima”, “que descargue el dictamen” o que envíe por mail o a una red interna, el proyecto borrador para que sea corregido.

Todo este proceso, si es realizado mediante comando de voz, se concreta sin tocar el teclado o el mouse. Cuando prendemos la computadora y activamos Prometea, nos pide que le digamos el número de expediente, y luego toma la carátula de la página oficial del Tribunal Superior de Justicia de la CABA, y nos ofrece un modelo de la fiscalía con la carátula completa y la temática según se la expresemos. Por ejemplo, modelo citación, modelo vivienda, modelo autosuficiencia. También nos avisa si el modelo de dictamen no es aplicable, porque están vencidos los plazos o falta algún requisito formal.

Para evitar cualquier falla, estamos en fase experimental, más allá de que los modelos realizados por Prometea -antes de que se envíen a la firma- son controlados por el equipo que trabaja en la Fiscalía. A fin de año, aspiramos a que más de la mitad de los expedientes que vienen a dictaminar a la Fiscalía General Adjunta<sup>17</sup>, sean realizados con Prometea.

Ahora bien, esta innovación que se da en el ámbito público, implica un salto cualitativo en relación con la velocidad y la precisión en nuestra labor cotidiana para prestar un mejor servicio de justicia. De hecho, en noviembre presentaremos el sistema formalmente, destacando sus ventajas frente a los sistemas clásicos. Además, probablemente, también esté en funciones el modelo predictivo sobre el que estamos trabajando para que la tarea sea aún más rápida y precisa.

Pero el aspecto más importante que advertimos al desarrollar Prometea, se vincula con su extensión a otras áreas. Simplificar la interacción con un fiscal, organizar procesos judiciales internos, optimizar las relaciones ciudadanía-Estado y, sobre todo, enfocar su uso en los sectores vulnerables y en las personas con discapacidad.

#### **4. INTELIGENCIA ARTIFICIAL AL SERVICIO DE LOS DERECHOS DE ACCESO**

La inteligencia artificial puede ser una herramienta clave en la relación ciudadanos-Estado. Un sistema como el que hemos desarrollado en la Fiscalía, se podría aplicar a múltiples trámites y servicios dentro de la Administración o bien, como un puente

<sup>17</sup> En el año 2016, sin tener en cuenta los expedientes vinculados a temas penales, la Fiscalía General Adjunta en lo Contencioso Administrativo y Tributario emitió 912 dictámenes, en relación a los recursos de queja, de inconstitucionalidad y a los recursos ordinarios ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

para que se simplifique de manera radical la lógica de muchos derechos de acceso. A esto nos referimos cuando hablamos de inteligencia en la interfaz. Los trámites o servicios del Estado pueden ser brindados a través de un asistente digital de voz, o utilizando *chatbots*<sup>18</sup>. De hecho, si usted tiene un *iPhone* y habilita la función de *Siri*, pruebe en llamar al 911 con sólo decir que lo llame, y el asistente lo hará. Incluso, con esta tecnología, resulta mucho más sencillo garantizar la centralidad del usuario a través del portal único o digital<sup>19</sup>.

Pero además, el uso de la inteligencia artificial podrá optimizar el flujo de datos y de información a disposición de las organizaciones públicas (también de las privadas) para resolver cuestiones que antes requerían múltiples pasos, procedimientos y fases. O que, incluso, ni siquiera podían resolverse. Una inteligencia artificial bien “entrenada”, con acceso al flujo informativo, simplifica y facilita exponencialmente las actividades de una organización y puede obtener resultados que serían imposibles de lograr con los cerebros humanos.

Por ejemplo, a partir de la digitalización de las historias clínicas de los pacientes<sup>20</sup>, un sistema de inteligencia artificial podría garantizarles a ellos y a las autoridades sanitarias, un seguimiento y acceso a los datos sanitarios, optimizando exponencialmente la atención médica y permitiendo a los ciudadanos acceder a esa información a partir de un asistente digital<sup>21</sup>. Si bien excede seguir ampliando en este artículo todas estas cuestiones, este tipo de tecnología, al servicio de los derechos, se vuelve en sí misma un derecho. Mucho más aún, si consideramos que la ley de Argentina Digital 27.078 (arts. 1 y 2) declara de interés público el desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), habla de garantizar el derecho humano a las comunicaciones, telecomunicaciones y, también, el acceso los servicios de TIC.

## 5. RETOS Y DESAFÍOS: PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ERA DE LOS ALGORITMOS INTELIGENTES

Toda innovación tecnológica produce beneficios, riesgos y daños. Entre otras ventajas, Internet es vital para asegurar el derecho de libertad de expresión, pero, por ejemplo, también se usa para traficar armas, órganos, y muchos otros delitos que se

<sup>18</sup> Un chatbot es un agente de conversación que interactúa con los usuarios, en un determinado dominio o en un determinado tema con lenguaje natural.

<sup>19</sup> La plataforma digital está compuesta por los portales de internet y las aplicaciones móviles; la guía de trámites; el perfil digital del ciudadano; los servicios de atención telefónica; las oficinas públicas que presten atención presencial; los servicios de mensajes de texto simples (SMS) y los servicios de atención prestados a través de redes sociales; ver art. 1, Decreto 87/2017 de Plataforma Digital del Sector Público Nacional, 2/2/2017 y Decreto 434/2016 del Plan de Modernización del Estado, 01/03/2016.

<sup>20</sup> Véase: CORVALÁN, Juan G.; GIMBATTI, Silvia. Historias clínicas digitales. La consolidación del Big Data sanitario. **La Ley**, Buenos Aires, 18 ago. 2017. Cita Online: AR/DOC/2178/2017.

<sup>21</sup> Es importante considerar que, antes de aplicar estos sistemas, es indispensable asegurar que se cuente con un sistema robusto de protección de datos.

desarrollan en el mundo digital. Teniendo en cuenta este aspecto, en los dos puntos anteriores hemos abordado el lado luminoso de la inteligencia artificial. Ahora, trazaremos algunas breves líneas en torno a los riesgos, desafíos y retos que nos depara esta nueva tecnología. El “lado oscuro de la IA”.

A principios de este año, más de dos mil quinientos expertos (entre ellos, Stephen Hawking) establecieron el siguiente principio: “*Los riesgos que plantean los sistemas de IA, en especial los riesgos catastróficos y existenciales, deberían estar sujetos a esfuerzos de planificación y mitigación, acordes con el impacto esperado. Y en mayor medida, debería estar sujeta a estrictas medidas de seguridad y control*”<sup>22</sup>. Actualmente, existen múltiples desafíos para asegurar la compatibilidad del desarrollo de la inteligencia artificial con el derecho doméstico de los Estados y con el derecho internacional vigente. Se usan algoritmos inteligentes para captar todos nuestros datos, para recomendarnos qué buscar, a dónde ir, qué hacer, cómo llegar más rápido a un determinado lugar, para diagnosticar enfermedades, para prevenirlas, etc. Todas estas cuestiones, requieren precisar algunos aspectos a tener en cuenta.

En *primer lugar*, es fundamental saber cómo funciona esta tecnología. No se puede pensar una regulación adecuada, desconociendo la dinámica del objeto que se pretende regular. Algo similar ocurre con las leyes vinculadas a los alimentos, a los medicamentos, entre otras. En este aspecto, como los sistemas de IA crecen de manera exponencial, es indispensable estar constantemente actualizado en los nuevos métodos que se utilizan.

En *segundo lugar*, es clave analizar ciertas áreas y derechos en forma particularizada. Es diferente el supuesto en el que los sistemas de IA me recomiendan música y se ocupan de gestionar los gustos musicales en nuestra cuenta de *Spotify* (o cuáles son los videos que podrían agradarme en *YouTube*), y otra muy distinta es el supuesto en el que algoritmos inteligentes se ocupan de predecir si voy a tener una enfermedad o si hay que conceder libertad condicional a una persona privada de su libertad.

En *tercer lugar*, cuando se trata de derechos fundamentales, es clave considerar un aspecto saliente de todos los sistemas de inteligencia artificial más sofisticados que se usan actualmente (*Watson* de IBM, *Alexa*, *Quid*, *Siri*, entre muchos otros). Se trata de auténticas cajas negras. En esencia, esto significa que los algoritmos no pueden ofrecer una explicación detallada acerca de cómo llegan a un determinado resultado. Es decir, no puede establecerse cómo el sistema de IA evalúa y pondera los datos y la información que procesa. Por eso se habla de “cajas negras”. Se llama sistema de caja negra a la herramienta computacional en la que uno entiende los datos ingresados y los resultados, pero no comprende el procedimiento subyacente. Aquí el código es inescrutable

<sup>22</sup> FUTURE OF LIFE INSTITUTE. “**Asilomar AI Principles**”. Disponible en <<https://futureoflife.org/ai-principles>>. consultado el 20 jun. 2017.

porque el programa “evoluciona” y los seres humanos no pueden entender el proceso que siguió la programación para lograr una solución determinada<sup>23</sup>.

En cuarto lugar, teniendo en cuenta lo anterior, es indispensable asegurar los principios de igualdad y de no discriminación cuando estamos frente a predicciones de inteligencias artificiales frente a derechos fundamentales. Por ejemplo, ciertas IA predictivas que se usan en Estados Unidos de Norteamérica<sup>24</sup>, se basan en un código fuente que toma en consideración distinciones de raza, género, entre otras. Y esto provoca un caso inadmisible de discriminación estructural algorítmica. Por ejemplo, en el caso “State vs. Loomis”<sup>25</sup> el apelante sostuvo que el algoritmo inteligente usaba incorrectamente las evaluaciones de género<sup>26</sup>.

Veamos este problema con mayor detalle. La agencia de noticias independiente ProPublica, realizó una investigación acerca de la fiabilidad de la predicción de la reincidencia a través del uso de algoritmos inteligentes en el ámbito delictivo. Básicamente, se analizó el funcionamiento de COMPAS<sup>27</sup>. Se evaluaron las puntuaciones de riesgo asignadas a más de 7.000 personas detenidas en el condado de Broward, Florida, entre 2013 y 2014 y se comprobó cuántas fueron acusadas con posterioridad por la comisión de nuevos delitos durante los próximos dos años. La puntuación resultó ser notablemente poco fiable en la predicción de crímenes violentos, ya que sólo el veinte por ciento (20%) de las personas predichas para cometer crímenes violentos los cometió<sup>28</sup>.

En cambio, cuando se tomó en cuenta el total de delitos incluyendo delitos menores -tales como conducir con una licencia vencida, la predicción resultó más precisa. En este caso, el porcentaje de acierto de quienes efectivamente reincidieron fue del

<sup>23</sup> Véase BARRAT, James. **Nuestra invención final**. Madrid: Planeta Publishing, 2015. p. 92.

<sup>24</sup> Ampliar en CORVALÁN, Juan G. El peligro de la inteligencia artificial como oráculo del sistema penal. **Diario Infobae**, 30 ago. 2017. Disponible en: <<http://www.infobae.com/opinion/2017/08/30/el-peligro-de-la-inteligencia-artificial-como-oraculo-del-sistema-penal/>>.

<sup>25</sup> Corte Suprema de Wisconsin, “Estado de Wisconsin v. Eric L. Loomis”, 13 de julio de 2016, disponible en <https://www.wicourts.gov/sc/opinion/DisplayDocument.pdf?content=pdf&seqNo=171690>, consultado el 21/06/2017.

<sup>26</sup> Ampliar en Corte Suprema de Wisconsin, “Estado de Wisconsin v. Eric L. Loomis”, 13 de julio de 2016, véase especialmente considerando 17, 28, 34, 51, 93 y 94.

<sup>27</sup> En Estados Unidos de Norteamérica, el sistema más utilizado de inteligencia artificial que establece un Score (puntaje) de riesgo es COMPAS. Esta IA se inspira en la evaluación de riesgos en el ámbito de los seguros para determinar el riesgo de accidente de una persona en particular y qué prima le corresponderá pagar. COMPAS brinda una respuesta en forma de scoring (puntaje) de riesgo en una escala de 1 (riesgo bajo) a 10 (riesgo alto). Es decir, el puntaje que la inteligencia artificial le suministra es una comparación de cómo se ve de riesgo el individuo con relación una población segmentada. Por ejemplo, si se obtiene un score de 4, entonces el 60% de la población se ve como más riesgosa que el sujeto analizado, mientras que un 30% parece menos riesgoso. El scoring que le corresponde asignar a un sujeto, en concreto, evalúa y asigna peso a una serie de factores crimonogénicos (causas o concausas de la criminalidad) que se encuentran presentes en el sujeto con relación a una población de similares características. Por ejemplo, si usáramos para obtener ese scoring el sistema COMPAS, este le asignaría mucho peso a la edad en la que nuestro sujeto cometió su primer delito, su nivel de educación y su historial de incumplimiento anterior, etc. De este modo si la persona que solicita la libertad condicional tuviera 25 años y su primer delito fue cometido a los 16, el score de riesgo de reincidencia sería de alto riesgo; es decir, situado en la escala en un puntaje mayor o igual a 8 puntos. Por el contrario, a mayor edad del delincuente, es menor el score, incluso si este cometió un delito grave. Ampliar en, Northpointe, Practitioners Guide to COMPAS.

<sup>28</sup> PROPUBLICA, “Machine bias: There’s software used across the country to predict future criminals. And it’s biased against blacks”. Disponible en: <<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>>.

sesenta y uno por ciento (61%). Pero además, detectaron una mayor tasa de predicción de reincidencia en delincuentes afroamericanos y una mayor cantidad de falsos positivos (es decir, de predicción de reincidencia errónea) en este grupo de delincuentes. Ello, en comparación con los resultados obtenidos y corroborados en las predicciones respecto de las personas de una etnia caucásica. A lo que cabe agregar que los acusados blancos fueron mal etiquetados como de bajo riesgo, más a menudo que los acusados afroamericanos.

Los investigadores de ProPublica se preguntaron si esa disparidad podría explicarse por los crímenes anteriores de las personas acusadas o el tipo de crímenes por las que fueron arrestadas. La respuesta fue negativa. Así, mediante una prueba estadística que aisló el efecto de la etnia de la historia criminal y la reincidencia, así como el rango etario y el sexo de los acusados, se demostró que los acusados afroamericanos aún tenían un setenta y siete por ciento (77%) más de probabilidades de estar vinculados a un mayor riesgo de cometer un futuro delito violento y cuarenta y cinco por ciento (45%) más de probabilidades de que se previera que cometerían un futuro delito de cualquier tipo. Incluso, al mejor estilo del oráculo griego *Calcante*, se concluyó que los desarrolladores de COMPAS (empresa *Northpointe*) no revelan públicamente qué cálculos son utilizados para llegar a los puntajes de riesgo de los demandados, por lo que no es posible para los acusados -ni para el público- ver qué podría estar causando la disparidad<sup>29</sup>.

Estos "oráculos artificiales" tampoco parecen ofrecer una explicación inteligible -en un lenguaje humano-, respecto a cómo es que se pesan o ponderan los factores para llegar a los porcentajes. Imagine el lector que está discutiendo con una persona si le debe o no la suma de veinte mil pesos (\$ 20.000) y acude a la justicia. Suponga que el juez sentencia que no se le debe nada, porque analizó diversos factores. Pero no le dice cómo los evaluó. Sin dudas, estaríamos frente a un típico caso de sentencia arbitraria. Por eso, si se usan algoritmos inteligentes para ayudar a los jueces penales a decidir acerca de libertades condicionales, nuestro sistema constitucional y convencional impide utilizar un sistema como este. En efecto, no sólo se trata de asegurar que el sistema no se base en distinciones de raza, género, etc., sino que además, la IA debe poder explicar en un lenguaje comprensible para los seres humanos, en qué factores se basa y cómo pondera los elementos que las sustentan<sup>30</sup>. Por estas razones, hoy en día no puede aplicarse la inteligencia artificial en estos campos. Y de ahí la importancia del movimiento que se denomina "Inteligencia Artificial Explicable". De otro modo, es difícil que frente a sistemas tan opacos, se admita el desarrollo masivo de vehículos

<sup>29</sup> La empresa desarrolladora contestó públicamente que el informe de ProPublica presentaba errores técnicos. Puede consultar la respuesta en: NORTHPOINTE. "Response to ProPublica: demonstrating accuracy equity and predictive parity". Disponible en: <<http://www.equivant.com/blog/response-to-propublica-demonstrating-accuracy-equity-and-predictive-parity>>.

<sup>30</sup> Esto no es uniforme en todos los sistemas jurídicos, por ej., en el sistema anglosajón las decisiones a las que arriba el jurado de culpabilidad o no culpabilidad se toman de manera inmotivada y sólo son apelables esas decisiones cuando hay una declaración de culpabilidad que conlleve una condena.

autónomos, “oráculos artificiales” que predicen en materia de salud, seguridad, y en todo lo relativo a las armas de guerra por parte de los estados.

En *quinto lugar*, quienes desarrollan IA suelen ampararse en el secreto comercial y en los derechos de patentamiento. Y si bien esto es en principio razonable, cuando se trata de sistemas de IA vinculados a cuestiones comerciales (ventas online, publicidad, marketing, etc.), no puede ser opuesto cuando se trata de cuestiones vinculadas a la dignidad de la persona. En este aspecto, cobra especial importancia lo establecido en el artículo 13.2 inc. a) de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, cuando cita que el derecho a la libertad de expresión *no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás*(...).<sup>31</sup>

Como no podemos seguir detallando cada una de las cuestiones involucradas en el desarrollo de la IA, estas breves muestras ponen en evidencia la complejidad y la dificultad de abordar esta innovación. Por eso, es clave poner el tema en agenda, pensar en un esquema de cooperación internacional y, al mismo tiempo, crear entornos normativos propicios. Esto también implica consagrar principios rectores que se apliquen a los sistemas de inteligencia artificial, que sean compatibles con nuestro modelo de derechos humanos; es decir, bregamos por un desarrollo de IA compatible con el Estado constitucional y con el derecho internacional de los derechos humanos.

## 6. PRINCIPIOS JURÍDICOS PARA UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL QUE RESPETE Y PROMUEVA LA VIGENCIA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El “modelo de derechos humanos” se cristaliza a partir de un paradigma protectorio que surge de los pactos internacionales, y que en esencia se basa en la dignidad humana. De esta forma, el epicentro del sistema se asienta en la igualdad, y el carácter inalienable o inderogable. Existe una vinculación directa entre estos derechos, la dignidad humana, la paz, la protección de las minorías, de los más vulnerables o de los más débiles<sup>32</sup>. Es un esquema por el que se obliga a los Estados y a la comunidad internacional a garantizar la efectividad de derechos, principios y reglas que se encuentran plasmados en las constituciones, en los pactos internacionales y en las leyes domésticas<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Véase también el artículo 52 del Código Civil y Comercial cuando dispone que “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...”

<sup>32</sup> Véase, FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (ed.) **Teoría del neo constitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007. p. 73-75.

<sup>33</sup> Sin embargo, como afirma Charles Beitz, no resulta plausible encontrar un fundamento único o formular una lista de derechos. BEITZ, Charles R. **La idea de los derechos humanos**. Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales: Madrid, 2012. p. 141-142; 244.

Pero un enfoque de derechos humanos vinculado a las nuevas tecnologías, presupone aceptar un punto de partida: la innovación inclusiva para el desarrollo sostenible<sup>34</sup>.

Sobre esta plataforma, para que el desarrollo de la IA sea compatible con un “modelo de derechos humanos” es preciso impulsar una regulación que incorpore una serie de principios que en gran medida se vinculan con tres categorías incipientes que, por una cuestión de extensión, serán ampliadas en publicaciones futuras: dignidad algorítmica, identidad algorítmica y vulnerabilidad algorítmica. Todas ellas, se presentan como una derivación de la dignidad digital (que a su vez se integra por la identidad digital) de las personas humanas en el mundo digital. Se trata, en esencia, de hacer más robusto el sistema de protección a partir de incorporar al bloque de juridicidad una serie de principios generales tendientes a regularla. Veamos.

*Prevención/precaución.* Estos principios constituyen dos funciones distintas, con un denominador común: la necesidad de actuar antes de la producción de un daño. En una síntesis radical, se desempeñan sobre distintos tipos de riesgos. Al riesgo potencial, la precaución. Al riesgo verificado corresponde la prevención<sup>35</sup>. El principio precautorio en la IA (de un modo análogo a lo que acontece en el derecho ambiental) se vincula con una *falta total o absoluta de certeza científica acerca de la ausencia de riesgos*. Cuando se pretende utilizar inteligencia artificial que impacta en los derechos fundamentales de las personas (salud, libertad, igualdad y no discriminación, seguridad), no podría utilizarse sistemas de IA si se dan las siguientes circunstancias: *i)* un código fuente cerrado o la existencia de un sistema en el que uno entiende los datos ingresados y los resultados, pero no se puede inferir el procedimiento subyacente (“caja negra”); *ii)* la ausencia de una trazabilidad algorítmica; *iii)* la imposibilidad de asegurar un “botón de apagado” o un *mecanismo seguro* de contención de la IA; *iv)* cuando en cualquier fase –diseño, desarrollo o aplicación– se advierta que el sistema se basa en distinciones que violan el principio de igualdad y no discriminación. Aquí esto operaría como una suerte de “*categoría sospechosa algorítmica*”.

*Autodeterminación algorítmica.* La autodeterminación es un derecho fundamental que se deriva de la dignidad de la persona humana<sup>36</sup>. Se trata de asegurar el “libre desarrollo de la personalidad”, a partir de reconocer la autodeterminación informativa que se orienta a garantizar el derecho a elegir –asociado a la libertad de información–, el “derecho a saber”, al “conocimiento” y a la “autorregulación de la información”<sup>37</sup>. Sobre

<sup>34</sup> Desde la óptica de la Organización de Naciones Unidas, “...todos deben aprovechar los beneficios de las nuevas tecnologías, en particular de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, conforme a las recomendaciones formuladas en la Declaración Ministerial 2000 del Consejo Económico y Social”. Véase, Resolución aprobada por la Asamblea General 55/2, Declaración del Milenio, apartado III, punto 20, ítem quinto.

<sup>35</sup> ALLENDE RUBINO, Horacio L. La acción de prevención en el Código Civil y Comercial. Su relación con el principio de precaución en el derecho ambiental. **Microjuris online**, 2016. Cita: MJ-DOC-9989-AR | MJD9989.

<sup>36</sup> RODOTÁ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Trotta, 2014. p. 182.

<sup>37</sup> PITCHAS, Rainier. Derecho administrativo de la Información. In: BARNES, Javier (Ed.). **Innovación y Reforma en Derecho Administrativo**. 2 ed. Sevilla: Global Law Press, 2012. p. 226, 227 y 236. Este autor habla de un cambio de paradigma del Derecho

esta base, los Estados y la comunidad internacional, responsablemente deben invertir, y desplegar los máximos esfuerzos de toda índole, para que se pueda garantizar la autodeterminación humana frente al uso de algoritmos inteligentes. Como la IA intermedia cada vez más entre los datos/información y las decisiones de las personas, resulta indispensable proteger sus derechos a partir de promover el respeto de los principios de necesidad, finalidad, proporcionalidad y pertenencia de los datos personales.

*Transparencia algorítmica y principio de imparcialidad del validador.* Cuando se pretende utilizar sistemas de IA en el ámbito de la salud, libertad, seguridad, u otros derechos fundamentales, el diseño, desarrollo y uso de la inteligencia artificial debe garantizar que no se configuran “cajas negras”, o que se verifiquen fallas de arquitectura, frente a daños o lesiones que puedan causar. Es decir, la inteligencia artificial debe ser transparente en sus decisiones, lo que significa que se pueda inferir o deducir una “explicación entendible” acerca de los criterios en que se basa para arribar a una determinada conclusión, sugerencia o resultado. Esta cuestión tiene dos grandes caras.

En primer lugar, es relevante considerar el llamado secreto comercial, que ampara a la información comercial confidencial que le otorga a las empresas ventajas competitivas. Esto abarca los secretos industriales o de fabricación y los secretos comerciales. La utilización no autorizada de dicha información por personas distintas del titular, se considera práctica desleal y violación del secreto comercial. Dependiendo del sistema jurídico y del país, la protección de los secretos comerciales forma parte del concepto general de protección contra la competencia desleal o se basa en disposiciones específicas o en decisiones de los tribunales sobre la protección de la información confidencial<sup>38</sup>.

En segundo lugar, aun cuando el desarrollador esté dispuesto a “abrir” el sistema (el código fuente), en los sistemas más avanzados de IA, no hay una forma técnica para determinar el paso a paso (la trazabilidad) acerca de cómo los algoritmos arriban al resultado, decisión o predicción. Esto se da frecuentemente en uno de los métodos más usados: las redes neuronales artificiales<sup>39</sup>.

Ahora bien, para abordar el fenómeno de las cajas negras, es importante insistir en el hecho de que los sistemas de IA están diseñados para maximizar resultados y para optimizar el procesamiento de información y los datos. Pero cuando están en juego derechos fundamentales de las personas (la salud, la vida, la libertad, la privacidad, la libertad de expresión, etc.) es clave que los *resultados intermedios* del sistema sean validados. Esto implica que el razonamiento o las estructuras de razonamiento que se siguen hasta arribar las decisiones o predicciones, deben someterse a un proceso de

administrativo de la información, en donde cada individuo ha de estar en condiciones de decidir bajo su propia responsabilidad y autonomía entre las posibilidades y los riesgos que genera la libertad de comunicación (p. 236).

<sup>38</sup> Véase: <[http://www.wipo.int/sme/es/ip\\_business/trade\\_secrets/trade\\_secrets.htm](http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/trade_secrets/trade_secrets.htm)>. Consultado el 1/08/17]

<sup>39</sup> BARRAT, James. **Nuestra invención final**. Madrid: Planeta Publishing, 2015. p. 240 y 241.

tres grandes fases: 1) verificación, 2) validación y 3) evaluación<sup>40</sup>. Y aquí entra en juego asegurar la calidad y transparencia de los procesos algorítmicos.

La idea básica es lograr que los sistemas de procesamiento de información y de datos que llevan a cabo los sistemas de IA cumplan con ciertos procesos de calidad para que los resultados sean los esperados, y que no se obtengan *a cualquier costo*. La primera etapa a la que hacíamos referencia se vincula con la arquitectura de la IA (verificación). Se trata de asegurar ciertos estándares o principios tales como consistencia, completitud, corrección y no redundancia. Entre otros métodos, se trata de que los expertos humanos puedan simular, en la medida de lo posible, el proceso para detectar las discrepancias.

Aquí aparece un factor central frente a ciertos sistemas de IA que impactan o tendrán incidencia robusta en los derechos fundamentales de las personas. Quienes diseñan, entrenan o desarrollan los algoritmos inteligentes, no pueden participar en el proceso de validación. A esto lo llamaremos *principio de imparcialidad del validador*. Incluso, es indispensable que las autoridades públicas intervengan en el proceso y se obligue legalmente a que esto ocurra. Esto no significa que todos los sistemas de IA sean sometidos a este proceso de verificación y validación. Pero sí es importante cuando se están desarrollando algoritmos que impactan en la vida, en la seguridad, libertad y salud de las personas.

*Trazabilidad de la inteligencia artificial.* La trazabilidad o rastreabilidad es la “aptitud para rastrear la historia, la aplicación o la localización de una entidad mediante indicaciones registradas”<sup>41</sup>. Una IA basada en un enfoque de derechos humanos debe poder explicar, paso a paso, las operaciones técnicas que realiza desde el inicio hasta el fin de un proceso determinado. Como regla, se debe garantizar la *inteligibilidad y la trazabilidad del proceso de toma de decisiones de los algoritmos inteligentes*.

*Máximo acceso. Derecho de acceso a la información algorítmica.* Cuando el Estado y las personas públicas no estatales, por sí o a través de terceros, diseñan, desarrollan o utilizan tecnologías de la información o comunicación sustentadas en IA o en algoritmos inteligentes (lo que involucra cualquier tipo de máquina o *robot* inteligente), deben garantizar el máximo acceso al sistema de procesamiento de información que esas tecnologías realizan<sup>42</sup>.

*Principio de no discriminación algorítmica.* El diseño y/o implementación de los algoritmos inteligentes deben respetar el principio de no discriminación, que consiste en impedir que los sistemas de IA procesen la información o los datos bajo sesgos o

<sup>40</sup> Ampliar en PALMA MÉNDEZ, José T.; MARÍN MORALES, Roque. **Inteligencia artificial**. España: McGraw-Hill España, 2008. p. 891 a 935.

<sup>41</sup> Definición según la norma ISO 8402, complemento de la serie de normas ISO 9000.

<sup>42</sup> El mismo acceso debe garantizarse respecto de toda persona humana o jurídica pública o privada, vinculada con fines públicos o fondos públicos recibidos, que haga uso de esas tecnologías, siempre que el diseño o uso de la inteligencia artificial se relacione con los fines públicos o con los fondos públicos recibidos.

distinciones frente a los seres humanos, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 2, inc. 2, Pacto de los Derechos Económicos Sociales y Culturales).

## 7. CONCLUSIÓN

Potenciar el “lado luminoso de la inteligencia artificial”, y proteger los derechos humanos frente al “lado oscuro de la IA”, se presentan como dos desafíos trascendentales en la cuarta revolución industrial. El trabajo que nos espera es monumental, ya que debemos hacerlo a la par de un desarrollo asimétrico, que nos sitúa frente a otros problemas que desde hace décadas no han podido resolverse.

Sin embargo, es indispensable no perder tiempo, porque de otro modo sería mucho más dramático que lo que pasó con el surgimiento de internet y el desarrollo de las Tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas (ONU)<sup>43</sup>. Así, mientras ampliábamos nuestras posibilidades y simplificábamos los entornos a través de la digitalización, se produjeron múltiples violaciones a derechos clásicos y nuevos que el sistema jurídico no pudo acompañar. Es lógico que esto pase, debido a que el derecho, por regla, funciona de manera reactiva. Pero esta tecnología es diferente a todas y por eso debemos ser proactivos, intentando abordar la cuestión desde una perspectiva multidisciplinaria, integral, multipolar, flexible y dinámica.

En relación a la protección de los derechos humanos de las personas, es imprescindible considerar dos aspectos interrelacionados. Por un lado, cómo garantizar la intervención humana frente a las decisiones o predicciones de algoritmos inteligentes, intentando crear sistemas que puedan hacer valores los principios desarrollados en el punto anterior. Por otro lado, si los expertos en protección de datos están reflexionando acerca de la intervención humana en relación con los algoritmos<sup>44</sup>, entonces, hay que trabajar sobre la siguiente cuestión: *cuánta intervención del ser humano resulta necesaria para que el resultado del procesamiento de información y de los datos de sistemas de IA sea legítimo, respetuoso y promotor de la efectividad de los derechos de las personas.*

---

<sup>43</sup> Por ejemplo, desde la UNESCO se incentiva a la creación de un entorno legislativo propicio en el ámbito de las TIC. En la misma línea, la ONU sostiene que hay que apoyar el desarrollo de las tecnologías, la investigación e innovación nacional, garantizando un entorno normativo propicio a la diversificación industrial y la adición de valor a los productos básicos. Además, los Estados se deben abstener de utilizar la tecnología de la información y las comunicaciones en contravención del derecho internacional. Véase, Asamblea General, resolución N° A/71/307, 05/08/2016, considerando 8, pág. 4; Asamblea General, resolución N° A/RES/70/1, 21/10/2015, considerando 9.b, p. 23 y Asamblea General, resolución N° A/RES/71/101 A-B, 23/12/2016, considerando 4, p. 4.

<sup>44</sup> RODOTÁ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Trotta, 2014. p. 302.

A modo prospectivo, creemos que los retos que presenta la IA, tienen que ver con nuestra identidad como especie. Si las personas humanas nos caracterizamos por la *diversidad, aleatoriedad e imperfección*, estamos ingresando a una era de automatización que podría poner en crisis esos rasgos. Aunque suene improbable, en un futuro no muy lejano, resultará indispensable pensar seriamente en garantizar un derecho fundamental, que podría ser la piedra basal de la era de la inteligencia artificial: el derecho a la diversidad aleatoria e imperfecta inherente al ser humano.

## 8. REFERENCIAS

- ALLENDE RUBINO, Horacio L. La acción de prevención en el Código Civil y Comercial. Su relación con el principio de precaución en el derecho ambiental. **Microjuris online**, 2016. Cita: MJ-DOC-9989-AR | MJD9989.
- BARRAT, James. **Nuestra invención final**. Madrid: Planeta Publishing, 2015.
- BETIZ, Charles R. **La idea de los derechos humanos**. Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales: Madrid, 2012.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe anual 2013 – Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión**. Disponible en: <[http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/2014\\_04\\_22\\_ia\\_2013\\_esp\\_final\\_web.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/2014_04_22_ia_2013_esp_final_web.pdf)>.
- CORVALÁN, Juan G. El peligro de la inteligencia artificial como oráculo del sistema penal. **Diario Infobae**, 30 ago. 2017. Disponible en: <<http://www.infobae.com/opinion/2017/08/30/el-peligro-de-la-inteligencia-artificial-como-oraculo-del-sistema-penal/>>.
- CORVALÁN, Juan G. Hacia una administración pública digital. **Temas de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, año II, 2017.
- CORVALÁN, Juan G. Inteligencia Artificial y derechos humanos (Parte I). **Diario DPI Cuántico**, Diario Constitucional y Derechos Humanos, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 156, 03.07.2017. Disponible en: <[http://dpicuantico.com/area\\_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-156-03-07-2017/](http://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-156-03-07-2017/)>.
- CORVALÁN, Juan G. Inteligencia Artificial y derechos humanos (Parte I). **Diario DPI Cuántico**, Diario Constitucional y Derechos Humanos, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 157, 10.07.2017. Disponible en: <[http://dpicuantico.com/area\\_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-157-10-07-2017/](http://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-157-10-07-2017/)>.
- CORVALÁN, Juan G.; GIMBATTI, Silvia. Historias clínicas digitales. La consolidación del Big Data sanitario. **La Ley**, Buenos Aires, 18 ago. 2017. Cita Online: AR/DOC/2178/2017.
- CORVALÁN, Juan Gustavo. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, maio/ago. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i2.19321.

DOMINGOS Pedro. **The master algorithm:** how the quest for the ultimate learning machine will remake our world. New York: Basic Books, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (ed.) **Teoría del neo constitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

FUTURE OF LIFE INSTITUTE. **"Asilomar AI Principles"**. Disponible en <<https://futureoflife.org/ai-principles>>. consultado el 20 jun. 2017.

GARDNER, Howard. **Estructuras de la mente**: la teoría de las inteligencias múltiples. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1987

GARDNER, Howard. **Las cinco mentes del futuro**. Buenos Aires: Paidós, 2013.

GARDNER, Howard. **La inteligencia reformulada**. Madrid: Paidós, 2010.

GERARD, Michael; GERALD, Gloria E. **El libro de la biología**. Madrid: Ilus Books, 2015.

GRUBER, Tom. **Intelligence at the Interface: Semantic Technology and the Consumer Internet Experience**. Presentation at Semantic Technologies conference, May 2008. Available at: <<http://tomgruber.org/writing/semtech08.pdf>>.

KAKU, Michio. **La física del futuro**. Buenos Aires: Debate, 2012.

MANES, Facundo; NIRO, Mateo. **El cerebro argentino**. Buenos Aires: Planeta Argentina, 2016.

MANES, Facundo; NIRO, Mateo. **Usar el cerebro**. Buenos Aires: Paidós Ibérica, 2015.

NORTHPOINTE. **"Response to ProPublica: demonstrating accuracy equity and predictive parity"**. Disponible en: <<http://www.equivant.com/blog/response-to-propublica-demonstrating-accuracy-equity-and-predictive-parity>>.

PALMA MÉNDEZ, José T.; MARÍN MORALES, Roque. **Inteligencia artificial**. España: McGraw-Hill España, 2008

PITSCHAS, Rainer. Derecho administrativo de la Información. In: BARNES, Javier (Ed.). **Innovación y Reforma en Derecho Administrativo**. 2 ed. Sevilla: Global Law Press, 2012.

PROPUBLICA, **"Machine bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks"**. Disponible en: <<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>>.

RODOTÁ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Trotta, 2014.

SCHWAB, Klaus. **La Cuarta Revolución Industrial**. Barcelona: Debate, 2016.

SERRANO GARCÍA, Alberto. **Inteligencia artificial**. Madrid: RC, 2016.

SERRANO, Arturo; MARTÍNEZ, Evelio. **La brecha digital**: mitos y realidades. Baja California: Ed. UABC, 2003.

SIMONITE, Tom. Google ya traduce de inglés a español casi tan bien como un experto humano. **MIT Technology Review**, 4 oct. 2016. Disponible en: <<https://www.technologyreview.es/s/6342/google-ya-traduce-de-ingles-espanol-casi-tan-bien-como-un-experto-humano>>. Consultado el 20/08/17.



## Um diálogo sobre a autonomia da Constituição e os direitos humanos: aproximações hermenêuticas à noção de bloco de constitucionalidade

*A dialogue between the autonomy of the Constitution and human rights:  
hermeneutical approaches on the notion of constitutionality block*

RAFAEL FONSECA FERREIRA\*

Universidade Federal do Rio Grande (Brasil)  
rafaelferreira@furg.br

TÊMIS LIMBERGER\*\*

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil)  
temis@viars.net

**Recebido/Received:** 28.03.2017 / March 28<sup>th</sup>, 2017  
**Aprovado/Approved:** 16.11.2017 / November 16<sup>th</sup>, 2017

### Resumo

Uma exploração das possibilidades hermenêuticas da Constituição reivindica uma análise crítica do seu atual modo de compreensão. A partir de uma análise dialógico-hermenêutica se objetiva criticar o modo reducionista (e positivista) de compreender a Constituição que obstrui seu caráter constitutivo e paradigmático em seu compromisso com os direitos humanos e fundamentais. Nesse cenário, sendo os direitos humanos o elo material entre a Constituição e o direito internacional, abre-se o caminho para se pensar o processo de

### Abstract

*An exploration of the hermeneutic possibilities of the Constitution claims a critical analysis of its present mode of comprehension. From a dialogic-hermeneutic analysis, the objective is to criticize the reductionist mode (and positivist) of comprehending the Constitution that obstructs its constitutive and paradigmatic character in the commitment to human and fundamental rights. In this scenario, human rights being the material link between the Constitution and international law, opens the way to think about the process of internationalization of the Constitution, which has*

Como citar esse artigo/*How to cite this article:* FERREIRA, Rafael Fonseca; LIMBERGER, Têmis Um diálogo sobre a autonomia da constituição e os direitos humanos: aproximações hermenêuticas a noção de bloco de constitucionalidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 317-330, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.51457.

\* Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande (Rio Grande, RS, Brasil). Doutor, mestre e pós-doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo, RS, Brasil). Advogado. E-mail: rafaelferreira@furg.br.

\*\* Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo, RS, Brasil). Doutora pela Universidade Pompeu Fabra de Barcelona (Barcelona, Espanha). Pós-doutora pela Universidade de Sevilha (Sevilha, Espanha). Mestra pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre, RS, Brasil). Procuradora de Justiça – MP/RS. E-mail: temis@viars.net.

internacionalização da Constituição, que tem o desafio de romper com o imaginário jurídico dominante. Finalmente, desse diálogo hermenêutico surge o espaço para o desenvolvimento de um bloco de constitucionalidade em direitos humanos no constitucionalismo brasileiro.

**Palavras-chave:** hermenêutica; Constituição; internacionalização; direitos humanos; bloco de constitucionalidade.

*the challenge of breaking the dominant legal imaginary. Finally, from this hermeneutic dialogue arises the space for the development of a constitutional block in human rights in Brazilian constitutionalism.*

**Keywords:** hermeneutics; Constitution; internationalization; human rights; constitutional block.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** A “inefetividade” da Constituição como discurso casuístico: uma crítica hermenêutica em benefício dos direitos humanos e do acontecer produtivo da Constituição; **3.** O bloco de constitucionalidade e a internacionalização da Constituição: uma saída hermenêutica para a vinculatividade normativa dos direitos humanos; **4.** Considerações finais; **5.** Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

Em tempos difíceis de Constituição e de (des)respeito ao seu núcleo de direitos humanos (e fundamentais) no Brasil, o tema dos tratados internacionais de direitos humanos poderia trilhar novos horizontes se ao invés de discutirmos o status normativo (formal) dos tratados, passássemos a considerar o caráter ontológico dos direitos humanos para o constitucionalismo do segundo pós-guerra e disso consolidarmos uma jurisdição constitucional mais identificada com as promessas da modernidade. Nesse contexto, a busca por novos horizontes vem no sentido de recuperar o caráter normativo e constitutivo dos direitos humanos a partir de uma adequada compreensão do papel hermenêutico da própria Constituição no Brasil. Usando a abordagem dialógico hermenêutica de Gadamer e a dinâmica pró-vocativa da pergunta<sup>1</sup> procurar-se-á auferir uma nova dimensão conteudística sobre o tema, na medida em que a pergunta, enquanto *start* de qualquer reflexão hermenêutica, tem a finalidade de romper ou estranhar as camadas de sentido que, algumas vezes, encobrem o verdadeiro ser de um ente<sup>2</sup>.

Então, se a premissa de que a Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo paradigma normativo ao instituir o Estado Democrático de Direito, consagrando como seu núcleo a prevalência dos direitos humanos e a defesa dos direitos fundamentais, devemos discutir as razões das sistemáticas, e diversas delas recentes, violações democráticas e atentatórias a esse núcleo constitucional e fundante. Observem que durante o ano de 2016, vários fatos podem servir para demonstrar o quanto os direitos

<sup>1</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 487-489.

<sup>2</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 46, n. 1, jul. 2006. p. 62.

humanos, fundamentais e sociais, deixaram de ser prioridade frente aos discursos pragmáticos e eficientistas da política, da economia e do próprio direito<sup>3</sup>.

Não é o propósito discutir esses fatos em si, senão apenas usá-los como argumentação discursiva. O texto apenas pretende se colocar como “pró-vocação”, isto é, chamar o outro a sua vocação humana de interpretar e refletir<sup>4</sup> sobre as possibilidades hermenêuticas e do necessário caráter de resistência da Constituição frente aos cenários de dificuldades, considerando o seu compromisso com os direitos humanos e a justificação do seu elo material mais objetivo, os tratados internacionais de direitos humanos. E a partir disso desmitificar a problemática, de caráter positivista-normativista, que gira em torno do imaginário jurídico dominante de que a simples definição do status formal dos tratados pudesse ter resolvido a questão interpretativa dos direitos humanos.

A tarefa hermenêutica (filosófica), aqui trazida como crítica, é então colocar em jogo, para além do reducionismo do estabelecimento do status formal dos tratados internacionais de direitos humanos, outras possibilidades conteudísticas para a Constituição e os direitos humanos e fundamentais no desenvolvimento da tese do bloco de constitucionalidade como incremento hermenêutico, democrático e de resistência contra a predação do núcleo essencial da Constituição. Por consequência, demonstrar a partir desse recorte que a “inefetividade” da Constituição é um discurso, no mais das vezes, retórico e predatório da autonomia constitucional.

## **2. A “INEFETIVIDADE” DA CONSTITUIÇÃO COMO DISCURSO CA-SUÍSTICO: UMA CRÍTICA HERMENÊUTICA EM BENEFÍCIO DOS DIREITOS HUMANOS E DO ACONTECER PRODUTIVO DA CONSTITUIÇÃO**

A Constituição brasileira de 1988 embora tenha representado um marco de conquista pública e democrática, aparentemente não repercutiu todo o potencial transformador da realidade de grande parcela de brasileiros se considerarmos, em particular, o resgate dos compromissos de justiça social colocados como objetivo fundamental daquela nova República. Também, não conseguiu motivar a comunidade política e

<sup>3</sup> Observem, por exemplo: a decisão do STF no HC 126.292 e, depois, nas ADC's 43 e 44 relativizando a garantia da presunção de inocência; em Brasília, um juiz da vara da infância e juventude autorizou a utilização de métodos de tortura para expulsar adolescentes de uma escola (TJDFT, Vara da Infância e da Juventude do DF, proc. n. 2016.01.3.011286-6); em caráter dito como “Medida excepcional” da Justiça se autorizou a polícia a fazer buscas e apreensões coletivas em favela no Rio de Janeiro contra expresso texto legal e constitucional (TJRJ, 2<sup>a</sup>. Vara Criminal (Jac), proc. n. 0397891-81.2016.8.19.0001); uma chacina de 111 presos feita pela polícia é “legitima defesa” para parte do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP, 4<sup>a</sup>. Câmara Criminal, apelações n. 0338975-60.1996.8.26.0001 e 0007473-49.2014.8.26.0001).

<sup>4</sup> GALÁN, Pedro Cerezo. *Reivindicación del diálogo*. Madri: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997. p. 121.

jurídica para o necessário rompimento com a herança patrimonialista-estamentista daqueles que se julgavam – e ainda se julgam – os donos do Estado e do poder<sup>5</sup>.

Portanto, a inefetividade da Constituição, enquanto discurso casuístico, não passa, no mais das vezes, de tentativa de enfraquecimento dos compromissos prometidos (e não cumpridos) para vulnerabilização dos textos através de emendas e reformas e até mesmo de discursos de nova Constituição. No entanto, num ambiente de pragmatismo jurídico e político quaisquer dessas ideias representam a fragilização do Estado Democrático de Direito naquilo que ele tem de mais caro – a realização da justiça social - em benefício de minorias de poder e/ou correntes ideológicas dominantes.

A comunidade jurídica que poderia/deveria exercer um papel de vanguarda na defesa e mesmo na construção de uma identidade constitucional adequada à realidade brasileira, parece ser incapaz de construir uma teoria da Constituição identificada com a história e as promessas da modernidade<sup>6</sup>. Aliás, o próprio modo de operação mecanicista do Direito tem colocado a sociedade em dificuldades e a Constituição à disposição dos predadores de sua resistência.

De certa maneira, a incompreensão hermenêutica da Constituição também se projeta como o principal fator da intensa judicialização da política, corroborada, por certo, pela ampliação do catálogo de direitos fundamentais. Contudo, é a ineficiência (insuficiência e deficiência) política e as dificuldades cívico-democráticas de reconhecimento que motivam a pulverização de ações judiciais sobre questões que, *a priori*, deveriam ser apenas produto da tensão democrática entre o poder político e a pressão social, mas que sistematicamente têm sido delegadas ao Poder Judiciário. Daí porque vivemos as voltas com o debate político do não preenchimento do espaço público democrático e os desencantamentos das teses voluntaristas e ativistas na interpretação do direito.

Portanto, em face de uma “baixa constitucionalidade”, o sentido do “ser do ente Estado Democrático de Direito” e suas possibilidades de realização da função social do Direito estão mal compreendidas, de modo que os textos jurídicos e as ações políticas não encontram ressonância da validade constitucional. Há, enfim, um abismo entre o modo-de fazer Direito e a concepção de Estado Democrático de Direito<sup>7</sup>

(Re)encontrar um ambiente de resistência constitucional ao pragmatismo político e jurídico em tempos difíceis de interpretação no/do Direito é um desafio hermenêutico. A resistência aqui deve ser entendida como a força normativa, autonomia do Direito, frente a situações de crise<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Nesse sentido ver FAORO, R. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Biblioteca Azul, 2012.

<sup>6</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 138-139.

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 73.

<sup>8</sup> Cf. HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional** (Selección). Colección Estudios Constitucionales. Madrid: Centro de

Com efeito, buscar horizontes ontológicos para uma noção fundacional (identitária) de Constituição não deve apenas se restringir a questões epistemológico-dogmáticas, mas assentar um novo cenário compromissado com a democracia, a cidadania, os objetivos fundamentais da República e a justiça social. Todavia, isso passa por um melhor estreitamento hermenêutico da dialética entre Direitos Humanos, Estado de Direito e Constituição, pois é a partir disso que se vai lograr a superação da ideia estritamente ética dos direitos humanos à sua elevação a caráter jurídico e político legitimador dos Estados de Direito e de suas Constituições, inclusive, para se constituir uma esfera capaz de repassar o arbítrio da jurisdição interna de cada Estado<sup>9</sup>.

*En suma, el constitucionalismo, en el momento en el que supera y trasciende los límites señalados por el positivismo jurídico, no puede correr el riesgo de mantenerse en el vacío. En definitiva, si hay una constante en la historia del constitucionalismo, es precisamente esa doble vocación de la que hemos partido: la de resistir, para consolidar o mantener esferas de autonomía, derechos e identidades distintas, pero también la de participar, para contribuir a determinar los rasgos de una pertenencia común, de una común existencia política<sup>10</sup>*

Diante disso, no recorte proposto, o desafio da pergunta constitucionalmente adequada em sede de direitos humanos no Brasil, tem em sua gênese uma crítica ao positivismo-normativista quanto ao isolamento das fontes de direito internacional e a hierarquização da relação entre das ordens jurídicas interna e internacional. Atualmente, as fronteiras entre o direito constitucional e o direito internacional são estreitas e apontam para uma progressiva constitucionalização do direito internacional, revelando uma dialética com o conteúdo de mesma natureza advindo das organizações internacionais, pactos e convenções de direitos humanos<sup>11</sup>.

Isso quer dizer que a autonomia da Constituição, enquanto pacto fundante, não está a serviço da soberania e dos interesses casuísticos, mas voltada para o cumprimento das promessas de uma sociedade justa e solidária orientada para e pelos direitos humanos e fundamentais, não podendo encontrar resistência na conservação de inauténticas premissas de conhecimento. Arejar a Constituição com o direito internacional não é medida de conveniência, mas necessidade imperiosa do próprio texto e tônica

Estudios Constitucionales, 1983. p. 27-28.

<sup>9</sup> PÉREZ LUÑO, A. E. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 131.

<sup>10</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Trad. Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 13.

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brancosos” e a interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2008. p. 285.

do constitucionalismo contemporâneo, ou continuaremos assentindo os direitos humanos (e seus tratados) em papel secundário, à disposição das conveniências dos discursos políticos e jurídicos dominantes. No entanto, isso é jogar a sociedade no século XIX e a abstrair a identificação do movimento constitucional pós-Segunda Guerra com os direitos humanos, sobretudo, num país de modernidade tardia como é o Brasil. Isto é, um país que não obstante uma Constituição compromissória e dirigente e a promessa de uma espécie de Estado Social e Democrático, ainda não conseguiu implementar as condições para vencer as desigualdades sociais, os contrastes e as misérias<sup>12</sup>.

Essas são questões precisam estar implicadas em qualquer processo interpretativo de regras e princípios, antecipadas a qualquer tentativa metodológica formal ou procedural de seu uso instrumental. Assim, numa dinâmica hermenêutica, a Constituição, constitui o modo-de-ser de uma sociedade e de um Estado e, por isso, não está à disposição. A Constituição hermeneuticamente deve traduzir um presente que não esquece o passado e que mira o futuro, inaugura novos tempos, sem perder a história, a qual deve ser trazida no contexto de qualquer interpretação, é o compromisso da comunidade com a tradição.

Portanto, é preciso recobrar uma adequada noção de legitimidade aplicativa da Constituição que possa encontrar um fundamento ancorado em preceitos autênticos de nossa sociedade ou mesmo que possa fazer jus a “constituição cidadã”, hoje a serviço de diversas retóricas instrumentais ou de (des)ilusões moralistas e populistas. Não se nega os avanços, porém não se pode apostar num modelo de altos e baixos que tem no positivismo, o qual ainda aposta na relação sujeito-objeto, o protagonista das dificuldades compreensivas sobre os compromissos da materialidade constitucional.

O desafio é romper com o imaginário de uma compreensão normativa e metodologizada da Constituição, para um diálogo hermenêutico (compartilhado e democrático, porque intersubjetivo) que dê conta das duas dimensões constitutivas fundamentais, a compreensão que se antecipa na experiência de mundo do intérprete e o sentido do texto que se fundem numa totalidade. O não-dito sustenta, por causa da pré-compreensão, tudo aquilo que aparece na palavra do discurso. Há sempre um acontecer que opera quando falamos e que sustenta o sentido profundo das realidades jurídicas expressas nos códigos e na Constituição<sup>13</sup>. Aliás, essa antecipação de sentido que é sonegada pelas metodologias tradicionais de conhecimento - típicas do positivismo – quando buscam uma pretensão neutralidade dedutiva e fática de interpretar, reduzindo a compreensão ao universo dos textos, dos códigos e da Constituição higienizados de toda a realidade social.

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 141.

<sup>13</sup> STEIN, Ernildo. Apresentação. In: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 14-15.

No fundo, trata-se de uma busca pelo desvelamento acerca do não dito sobre Constituição ou mesmo daquilo que Susanna Pozzolo indica existir por trás do termo “Constituição”, de que não se resume a norma jurídica fundamental que reúne os princípios essenciais em que se funda cada nação e suas instituições básicas, mas que conta com um significado prévio a positivação<sup>14</sup>.

Nisso o diálogo hermenêutico é determinante. A pergunta provocadora da reflexão, para além das respostas causais e operacionais, como por exemplo, definir o status normativo formal dos tratados internacionais de direitos humanos (dito), ofuscando outras possibilidades de efetivação e tratamento democrático dos direitos humanos, interpela as condições de possibilidade (não-dito), isto é, no caso, a lógica procedural verificativa do status hierárquico-normativista dos instrumentos internacionais<sup>15</sup>. Isso porque, é no não-dito, que se escondem os discursos que trazem a presença linear da herança positivista de matriz kelseniana (normativista) orientada pela onipresença do Estado (nacional) como única fonte racional de onde ele emana e, contextualmente, onde o direito internacional dos direitos humanos, nunca poderá ser considerado vinculante<sup>16</sup>.

Por isso, a desconstrução do discurso do imaginário jurídico dominante no Brasil e que obscurece a materialização constitucional, passa pela transformação no tratamento das fontes jurídicas e o modo de compreender os influxos históricos do movimento constitucional pós-Segunda Guerra, onde ganham espaço os tratados internacionais de direitos humanos em face de um pluralismo normativo que tem na Constituição as condições materiais de possibilidade<sup>17</sup>.

### **3. O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E A INTERNACIONALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: UMA SAÍDA HERMENÊUTICA PARA A VINCULATIVIDADE NORMATIVA DOS DIREITOS HUMANOS**

O movimento de internacionalização do Direito<sup>18</sup> (e da Constituição)<sup>19</sup> consubstanciado no aprimoramento das possibilidades de alinhamento político, econômico e

<sup>14</sup> POZZOLO, S. **Neocostituzionalismo e positivismo giurídico**. Torino: Giappichelli Editori, 2001. p. 20 *et seq.*

<sup>15</sup> A desconstrução do paradigma hierárquico-normativo dominante (doutrinário e jurisprudencial no STF) sobre o tema ver em: FERREIRA, Rafael F. **Internacionalização da Constituição: Diálogo hermenêutico, perguntas adequadas e bloco de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. p. 29-132.

<sup>16</sup> Não se pode deixar de consignar que o próprio monismo kelseniano sempre foi dependente da ideia de escalonamento, já que somente se afirmaria como possível em razão da ausência de positividade do direito internacional. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 46; 348; **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 488.

<sup>17</sup> Cf. FERREIRA, Rafael F. **Internacionalização da Constituição: Diálogo hermenêutico, perguntas adequadas e bloco de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. p. 305.

<sup>18</sup> SALDANHA, Jânia Maria. Lopes Novas geometrias e novos sentidos: Internacionalização do Direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de justiça. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo, ENGELMANN, Wilson. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo, UNISINOS, 2012. p. 137-160.

<sup>19</sup> FERREIRA, Rafael F. **Internacionalização da Constituição: Diálogo hermenêutico, perguntas adequadas e bloco de constitu-**

jurídico tem nos direitos humanos seu principal elo e legitimidade. Por certo, a ampliação dos canais de produção de conhecimento traz variáveis, por vezes, difíceis de serem administradas, mormente quando inadequadamente compreendidas ou importadas<sup>20</sup>. Mas, também, é certo que poderá proporcionar experiências ou “*acquis constitucionais*”<sup>21</sup> que possam melhor vincular ações e políticas de justiça social e de resistência constitucional.

Todavia, do ponto de vista metodológico talvez se observe a maior dificuldade. Isso porque no Brasil a hierarquização das ordens interna-internacional tem sido o principal fundamento dos discursos de exceção aos direitos humanos nas práticas tribunais, problema conhecido efeito colateral do positivismo hierárquico-normativista. O Supremo Tribunal Federal, pós-constituição de 1988 notadamente, ainda que de forma involuntária, é o principal responsável pela profusão dessa postura, não obstante no tempo tenha transitado na defesa das teses da hierarquia legal, supralegal e constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos<sup>22</sup>.

Portanto, essas dificuldades metodológicas (e de compreensão) são produto de um problema de paradigma, de positivismo. É como olhar o novo com os olhos do velho, como diz Streck<sup>23</sup>. Um olhar hermenêutico da Constituição terá Nela própria a resposta para a pergunta/pró-vocação sobre a insegurança da hierarquização formal das ordens interna-internacional, isto é, a chave para a estabilização dessa tensão normativa intersistemas. Por isso, qualificar a dimensão hermenêutica da Constituição é reconhecê-la como portadora de um núcleo de identidade aberto ao desenvolvimento e não uma pretensão de última resposta.

Daí porque, a necessária cooperatividade constitucional dos Estados está diretamente vinculada à abertura frente às possíveis vinculações internacionais de efeito imediato interno<sup>24</sup>, onde, uma possível saída para essa interpelação está qualificação e continuidade normativa da relação vinculativa da Constituição com o Direito Internacional e, no caso ora defendido, no desenvolvimento da tese do bloco de constitucionalidade.

O desenvolvimento hermenêutico de um bloco de constitucionalidade<sup>25</sup> para os tratados internacionais de direitos humanos adquire relevância na medida em que

cionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasiliis*. In Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

<sup>21</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brancosos** e a **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2008. p. 27.

<sup>22</sup> Cf. FERREIRA, Rafael F. **Internacionalização da Constituição**: Diálogo hermenêutico, perguntas adequadas e bloco de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. p. 49 et seq.

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 42.

<sup>24</sup> HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución**: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002. p. 294.

<sup>25</sup> Sobre a origem da noção de bloco de constitucionalidade a partir da decisão do Conseil Constitutionnel (1971) ver FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. **El bloque de la constitucionalidad**. 1. ed. Madrid: Civitas, 1991. p. 30.

amplia os termos do debate constitucional modificando a ideia reducionista e formal de que as controvérsias constitucionais se resumem a “literalidade” de regras e princípios expressos no texto constitucional. É preciso dizer que o texto só o é em sua dimensão normativa e dentro de uma realidade e adaptação histórica, traço marcante e distintivo da hermenêutica em relação ao positivismo. Noutras palavras, o sentido material da ideia de Estado Constitucional enquanto “sociedade aberta”, onde o sistema jurídico e seus postulados básicos exigem de seu intérprete uma atitude aberta fazendo da hermenêutica a instância histórico-crítica, estruturada em um processo dinâmico de experiências práticas em detrimento de um monopólio metodológico cerrado e hermético<sup>26</sup>.

Considerando o cenário de hierarquização formal de ordens e as dificuldades vinculativas dos direitos humanos, em particular, dos tratados internacionais de direitos humanos, o desenvolvimento hermenêutico de um bloco de constitucionalidade serviria para materializar o compromisso com os direitos humanos e ampliar o olhar da própria jurisdição constitucional. Não se trata, *prima facie*, de um busca pela ampliação de direito positivo ou positivação de direitos humanos, mas de dar sentido (hermenêutico) e fluxo aos §§ 1º. e 2º. do art. 5º. Constituição brasileira, num exercício de densificação teórico-interpretativa de resistência aos discursos dominantes que se valem dos formalismos reducionistas e das mecanicizações “interpretativas” para excetuar os direitos humanos não obstante toda a carga histórica e cultural do Brasil e da própria América Latina. Aliás, registra-se que essa foi, inclusive, a grande preocupação dos textos democráticos contemporâneos, que trouxeram em sua essência a necessidade de rompimento e a vedação de retrocesso àquelas práticas autoritárias através dos direitos humanos (e fundamentais). Logo, a sonegação dessas possibilidades de retrocesso (e de negação da história), talvez seja o maior efeito colateral das metodologias interpretativas tradicionais e do ranço formalista e conceitual do positivismo.

A interface internacional da Constituição brasileira por intermédio da dinâmica dos parágrafos originários do art. 5º<sup>27</sup>, mais do que permite, reivindica a construção hermenêutica do bloco de constitucionalidade, justamente para que o debate reducionista do status normativo dos tratados de direitos humanos não fique à mercê das conveniências políticas e jurídicas dos Estados frente aos compromissos internacionais de direitos humanos.

Por isso, diga-se que o desenvolvimento de um bloco de constitucionalidade “es compatible con la idea de constitución escrita y con la supremacía de la misma por

<sup>26</sup> HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución**: estúdios de teoria constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002. p. 45.

<sup>27</sup> Conforme já destacado, a inserção do § 3º. no art. 5º. da CF/88, do ponto de vista hermenêutico, não solucionou o problema normativo material dos direitos humanos, apenas um problema formal (status hierárquico). Aliás, de duvidosa constitucionalidade, conforme explora FERREIRA, Rafael F. **Internacionalização da Constituição**: Diálogo hermenêutico, perguntas adequadas e bloco de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. p. 288.

cuanto es por mandato de la propia constitución que normas que no hacen parte de su articulado comparten empero su misma fuerza normativa”<sup>28</sup>. Mais ainda: dá sentido ao conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que representam a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função daquilo que nela é consagrado Bidart Campos<sup>29</sup>. Por isso, é que se pode dizer que o bloco de constitucionalidade, com a oxigenação do direito internacional dos direitos humanos, imprime vigor à força normativa da Constituição, servindo-lhe de parâmetro hermenêutico de magnitude material.

Numa crítica, a noção de bloco de constitucionalidade é um chamamento a aparentemente esquecida dimensão interpretativa do Direito onde se buscar reconectar o elo dos direitos humanos (e sua integração pelos tratados) com a Constituição. O processo de comunicação entre a Constituição e o Direito Internacional tem nos direitos humanos o tema da aproximação, ou melhor, da adequada interpelação (pergunta) transformadora. Com razão, portanto, Arnaud quando afirma que os grandes problemas do momento passam a ser prioritariamente a transformação do modo de produção do direito, o modo de tratamento dos litígios e a proteção aos indivíduos – assegurados até aqui pelo Estado -, mormente diante da notada tendência de internacionalização do Direito, em particular, das Constituições.

A principal conquista de um bloco de constitucionalidade é, além de uma contribuição material e vinculante para o tema, abrir o espaço para os novos horizontes do controle da constitucionalidade em matéria de direitos humanos, sufragando-se a estreiteza da concepção hierárquico-normativista das metodologias tradicionais e acreditando no desenvolvimento de práticas interpretativas nos limites materiais da Constituição. O caráter hermenêutico do bloco de constitucionalidade e sua relevância para a jurisdição constitucional agregam um novo vetor que surge na/da dimensão interpretativa da Constituição, a fim de dar vida a outros projetos de sentido para além da hierarquia formal e da soberania de ocasião.

A normatividade do texto constitucional não é estática, ela se constrói de forma produtiva enquanto modo de ser do próprio Direito e da sociedade e somente é capaz de se revelar interpretativamente na concretude individualizadora - *applicatio*<sup>30</sup> -, uma das principais distinções críticas ao positivismo, que ainda acredita em respostas antes das perguntas e assujeitamento de sentidos. Portanto, a autonomia da Constituição não se exaure no texto, mas quando dele é capaz de se extrair as potencialidades

<sup>28</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo. **Bloque de constitucionalidade, derechos humanos y proceso penal**. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, 2008. p. 32.

<sup>29</sup> BIDART CAMPOS Gérman J. **El derecho de la constitución y su fuerza normativa**. Buenos Aires, Ediar, 1995. p. 264-269.

<sup>30</sup> Para Gadamer a aplicação, enquanto realização do compreender é individualizadora e não um ato de acoplamento *a posteriori*. Nesse complexo processo compreensivo o intérprete está sempre no entremeio do movimento de antecipação da pré-compreensão (círculo hermenêutico). GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 398-399.

normativas em benefício da sociedade, materialização de seus princípios e objetivos fundamentais.

No caso, serve para apontar o fato de que a noção de bloco de constitucionalidade, na perspectiva dos direitos humanos, ilumina a pretensão de aprimoramento da ideia de normatividade e da fertilização da dimensão normativa da própria Constituição na direção dos tratados internacionais de direitos humanos. Uma vez que se o texto constitucional coloca-se como horizonte de possibilidades de sentido, as perguntas e respostas dialógicas acerca dos temas políticos, jurídicos e sociais em sede de direitos humanos – independentemente da fonte (p. ex.: tratados internacionais) - terão no e a partir do próprio texto a validação de qualquer verdade discursiva.

Na medida em que o bloco de constitucionalidade se coloca como resposta à pergunta da realidade (hierárquica) dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. Então, se de um lado, é dever fundamental dos intérpretes alimentar a produção hermenêutica com a finalidade de consolidar a autonomia do texto constitucional, de outro, é também direito fundamental de uma sociedade a expressão de uma prestação jurisdicional constitucional identificada com a afirmação e evolução dos direitos humanos.

A pergunta hermenêutica como posta pelo texto rompe com o magma da discussão sobre a (in)definição do status normativo (hierárquico-normativo) para revelar a razão de ser histórica dos direitos humanos (e dos tratados) no constitucionalismo contemporâneo e, principalmente, a importância transformadora da realidade social dos textos das Constituições dos países de modernidade tardia como o Brasil, pois representam a garantia de rompimento com o autoritarismo de outros tempos, a vedação de retrocesso social, a realização de justiça social e a possibilidade da evolução democrática. Qualquer perspectiva discursiva que não tenha esse horizonte de sentido é porque observou a relação dialógica entre a Constituição e os direitos humanos, olvidando o impacto da mediação horizontônica fertilizado pelo influxo das experiências históricas e culturais que orientam a sedimentação democrática do constitucionalismo brasileiro ainda em evolução.

A paisagem complexa e plural do cenário político e a normatividade (internacionalizada) das Constituições democráticas de hoje orientadas para compromisso com os direitos humanos se colocarão como permanente pergunta em busca de novas respostas hermenêuticas<sup>31</sup>. Nesse contexto, a exploração hermenêutica de um bloco de constitucionalidade no paradigma hermenêutico atua como crítica ao positivismo e ao imaginário jurídico dominante. É, pois, no tensionamento e na realidade viva das Constituições que se dá o aprimoramento contínuo da normatividade constitucional e o asseguramento de sua autonomia para novos projetos de sentido do/no Direito.

<sup>31</sup> FERREIRA, Rafael F. **Internacionalização da Constituição**: Diálogo hermenêutico, perguntas adequadas e bloco de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. p. 322.

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tarefa da hermenêutica (filosófica) é, enquanto crítica do imaginário dominante, desvelar o fenômeno para mostrá-lo como realmente ele é, isto é, identificar a partir de que momento essa verdade poderia ter se tornado inautêntica no horizonte do diálogo entre Constituição e o direito internacional dos direitos humanos nessa quadra da história. A dura realidade dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, especialmente, pós-Constituição de 1988 somente ganhará novos horizontes quando se buscar desconstruir as premissas inadequadas que sustentam os discursos dominantes, como ora se pretendeu nesse texto.

Somente a consciência dos pressupostos que determinam a compreensão e que modelam nossos preconceitos é que faz permitir abrir-se para novas expectativas de sentido. Ou seja, somente tendo consciência de premissas paradigmáticas, no caso, do positivismo, para se poder desconstruir um imaginário. A partir disso é que se abrem novas expectativas de sentido, daí porque a hermenêutica é “a arte de poder não ter razão”<sup>32</sup>. Rever a questão dos tratados internacionais de direitos humanos sob uma nova realidade inaugurada pela ruptura constitucional de 1988, sobretudo, influenciada pelo movimento constitucional orientado pelo compromisso com os direitos humanos não poderia ser ancorada em premissas positivistas, eis a razão de que ainda estamos às voltas com a “inefetividade” da Constituição.

Na perspectiva do diálogo (hermenêutico) entre fontes (Constituição e tratados de direitos humanos) em detrimento do encobridor debate de cunho hierárquico-normativista, a ‘ordem’ formal desaparece na linguagem para desvelar a essência dessa nova dimensão da Constituição. De fato, embora se reconheça que o processo de comunicação entre a Constituição e o Direito Internacional tenha nos direitos humanos o canal de aproximação, somente o esforço dialógico-hermenêutico é capaz de favorecer a reflexão acerca do desenvolvimento de um bloco de constitucionalidade em sede de direitos humanos.

A produção de um espaço constitutivo reivindica ultrapassar as obviedades veladas nos discursos, essa é a grande contribuição da hermenêutica filosófica. Desvelar o óbvio para discutir *a coisa* partir daquilo que não foi problematizado pelo discurso jurídico tradicional (positivista) é dialogar/pró-vocar para mostrar o fenômeno como ele realmente é, é estar além do senso comum. Portanto, no recorte desenvolvido, as possibilidades hermenêuticas da internacionalização da Constituição passam pela adequada compreensão dos direitos humanos no horizonte do constitucionalismo contemporâneo e por uma visão de autonomia constitucional materialmente identificada com as promessas de justiça social de seus princípios e objetivos fundamentais.

<sup>32</sup> MORATALLA, Agustín Domingo. *El arte de poder no tener razón: la hermenéutica dialógica de H.G. Gadamer*. Salamanca: Publicaciones Universidade Pontifícia de Salamanca, 1991.

Uma ideia de Constituição, do ponto de vista hermenêutico (filosófico), desafia uma complexidade crítica e histórico-fática que não se restringe ao velho olhar formal de superioridade hierárquico-normativa e de dependência do protagonismo de sujeitos que se acham donos dos sentidos da Constituição. De fato, a noção de Constituição não pode prescindir da política e do direito colocados de frente com a realidade social, sob pena de continuarmos a constituir um conceito sem coisa, isto é, uma Constituição que não constitui-ação, que é incapaz de oferecer resistência e despertar o sentimento de inclusão.

## 5. REFERÊNCIAS

- BIDART CAMPOS Gérman J. **El derecho de la constitución y su fuerza normativa**. Buenos Aires: Ediar, 1995.
- PÉREZ LUÑO, A. E. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Técnicos, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brancosos” e a interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2008.
- FAORO, R. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Biblioteca Azul, 2012.
- FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. **El bloque de la constitucionalidad**. 1. ed. Madrid: Civitas, 1991.
- FERREIRA, Rafael F. **Internacionalização da Constituição**: Diálogo hermenêutico, perguntas adequadas e bloco de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Trad. Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2014.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012.
- GALÁN, Pedro Cerezo. **Reivindicación del diálogo**. Madri: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997.
- HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución**: estúdios de teoria constitucional de la sociedad aberta. Madrid: Técnicos, 2002.
- HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional** (Selección). Colección Estudios Constitucionales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORATALLA, Agustín Domingo. **El arte de poder no tener razón: la hermenéutica dialógica de H.G. Gadamer.** Salamanca: Publicaciones Universidade Pontifica de Salamanca, 1991.

POZZOLO, S. **Neocostituzionalismo e positivismo giuridico.** Torino: Giappichelli Editori, 2001.

SALDANHA, Jânia Maria. Lopes Novas geometrias e novos sentidos: Internacionalização do Direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de justiça. In: STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo, ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STEIN, Ernildo. Apresentação. In: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 46, n. 1, jul. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. In **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. **Bloque de constitucionalidade, derechos humanos y proceso penal.** Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, 2008.



## Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017)\*

*A decade of public hearings in the Supreme Federal Tribunal (2007-2017)*

**FERNANDO LEAL\*\***

Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio (Brasil)  
fernando.leal@fgv.br

**RACHEL HERDY\*\*\***

Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil)  
<http://orcid.org/0000-0003-0210-3567>  
rachelherdy@direito.ufrj.br

**JÚLIA MASSADAS\*\*\*\***

Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio (Brasil)  
<http://orcid.org/0000-0001-8775-9009>  
juliamassadas@gmail.com

**Recebido/Received:** 14.11.2017 / November 14<sup>th</sup>, 2017

**Aprovado/Approved:** 31.12.2017 / December 31<sup>st</sup>, 2017

---

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56328.

\* Este artigo é resultado de um projeto de pesquisa interinstitucional desenvolvido no âmbito dos grupos de pesquisa Argumentação Jurídica, Instituições e Aspectos Constitucionais da Regulação (FGV Direito Rio) e Grupo de Pesquisa sobre Epistemologia Aplicada aos Tribunais (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro), e contou com uma bolsa do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/CNPq). Além dos autores, participaram do levantamento de dados os seguintes pesquisadores: Ana Carolina Rezende, Ana Maria Côrrea, Andressa Carvalho, Luís Guilherme Reis, Maria Mello Franco e Vanessa Tourinho.

\*\* Professor da FGV Direito Rio (Rio de Janeiro, RJ, Brasil). Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Coordenador do Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. E-mail: fernando.leal@fgv.br.

\*\*\* Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil). Doutora em Sociologia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Atualmente é Investigadora Visitante no Laboratório de Argumentação (ArgLab) do Instituto de Filosofia da Universidade Nova de Lisboa (Pós-Doutorado). Líder do Grupo de Pesquisa sobre Epistemologia Aplicada aos Tribunais (GREAT). E-mail: rachelherdy@direito.ufrj.br.

\*\*\*\* Mestranda em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro, RJ, Brasil). Bolsista da CAPES e da FGV. Assistente de pesquisa da FGV Direito Rio. Membro dos Grupos de Pesquisas sobre Epistemologia Aplicada aos Tribunais (GREAT) e Argumentação Jurídica, Instituições e Aspectos Constitucionais da Regulação. E-mail: juliamassadas@gmail.com.

## Resumo

O presente artigo oferece um balanço dos últimos dez anos de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal do Brasil. Argumenta-se que, durante esse tempo, o instituto foi utilizado de maneira incoerente e inconsistente. A incoerência diz respeito especialmente à tentativa de atribuir ao instituto das audiências públicas a função de legitimidade democrática. Essa associação entre audiência pública e democracia pode ser criticada com base em razões normativas, referentes ao direito positivo, e conceituais. A inconsistência, por sua vez, está relacionada à operacionalização desparametrizada do instituto. Essa segunda conclusão será argumentada com a ajuda de um conjunto de análises majoritariamente quantitativas.

**Palavras-chave:** audiências públicas; jurisdição constitucional; legitimidade democrática; justificação epistêmica; conhecimento científico.

## Abstract

*The present article offers an assessment of the last 10 years of public hearings in the Brazilian Supreme Federal Tribunal. It is argued that, during this period, the institute has been employed in an incoherent and inconsistent manner. The incoherency refers especially to the attempt to attribute the function of democratic legitimacy to the institute of public hearings. This association between public hearings and democracy can be criticized on the basis of normative reasons, with respect to the positive law, and conceptual reasons. On the other hand, the inconsistency refers to the unstandardized operationalization of the institute. This second conclusion will be argued with the help of a set of mostly quantitative analysis.*

**Keywords:** public hearings; judicial review; democratic legitimacy; epistemic justification; scientific knowledge.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** Para quê servem as audiências públicas? **2.1.** O que diz o direito positivo?; **2.2.** Por que a legitimidade democrática não importa? **3.** Um balanço sobre as audiências públicas; **3.1** Questões metodológicas; **3.2** O que dizem os dados; **4.** Conclusão; **5.** Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Em 2017, completam-se 10 anos de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF). Tais audiências foram previstas como um mecanismo de consulta a especialistas para o esclarecimento de matéria ou circunstância de fato. Sua previsão consta de duas leis ordinárias aprovadas em 1999 (Lei 9.868 e Lei 9.882), as quais têm como objetivo dispor sobre os principais mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade no direito brasileiro. Em 2007, quando foi realizada a primeira audiência, não havia regulamentação específica sobre o procedimento a ser seguido para a sua realização. Neste vácuo normativo, o então ministro Carlos Ayres Britto, relator do primeiro caso, invocou a aplicação dos parâmetros sobre audiências públicas previstos no Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Dois anos depois, com a Emenda Regimental no. 29/2009, o Regimento Interno do tribunal foi alterado e passou a prever dispositivos específicos sobre a forma de convocação e as matérias objeto de audiências públicas. A partir de então, ampliou-se a possibilidade de sua convocação para toda e qualquer classe processual. Iniciamos o segundo semestre de 2017, uma década após a realização da primeira audiência, com o marco de 22 audiências públicas convocadas e realizadas.

O objetivo deste artigo é apresentar uma análise das audiências públicas no STF durante a última década (2007-2017). Os dados levantados até o presente indicam que

este mecanismo de consulta a especialistas tem sido utilizado de forma inconsistente e incoerente. Por “inconsistente”, entendemos uma ação ou comportamento que difere em face de circunstâncias semelhantes. A “inconsistência” refere-se não a uma ação em particular, de um específico ministro, mas ao conjunto de ações ou práticas da corte como uma instituição ao longo da última década. Como pretendemos evidenciar, não existe consistência tanto no que diz respeito à convocação das audiências públicas, como critérios de admissibilidade e natureza da questão a ser esclarecida, como aspectos específicos referentes ao procedimento de consulta e deferência aos especialistas. Em se tratando de uma prática judicial, a consistência emerge como um problema de igualdade e, no limite, como uma questão de justiça. Já o termo “incoerente” é aqui utilizado em um sentido pragmático, e não lógico-formal. Do mesmo modo, aplicamos este conceito ao pensamento da corte como uma instituição, manifestado na fala e na escrita de seus respectivos ministros. Por “incoerente”, entendemos aquele pensamento que exprime uma tensão, isto é, duas ou mais ideias que apontam em direções opostas ou que se comprometem com valores irreconciliáveis. Como pretendemos argumentar, é incoerente, pelas razões normativas e conceituais que expomos, atribuir uma função de legitimização democrática às audiências públicas que pretendem recorrer aos esclarecimentos de especialistas sobre questões de fato. A partir daí, pontuamos uma sequência de incoerências adicionais: a utilização deste mecanismo para o esclarecimento de questões de direito exclusivamente; a autorização para a participação de advogados quando os ministros são presumidamente especialistas em questões de direito; o conflito de interesses que se revela em relação a alguns dos participantes habilitados; a ausência de um procedimento dialético que permita um uso não-falacioso do argumento de autoridade; etc.

Este artigo está dividido em duas partes. A primeira parte, que podemos chamar de teórico-analítica, consiste na apresentação de questões normativas e conceituais sobre a dupla função das audiências públicas. Antes de expormos os dados propriamente ditos, e para que possamos justificar as nossas conclusões, iniciamos com considerações sobre o que diz o direito positivo em relação às audiências públicas e por que razão o ideal de legitimidade democrática parece fora de lugar no presente contexto. A segunda parte, que podemos chamar de empírica, está dedicada à apresentação, por meio de gráficos e tabelas, dos dados levantados até o momento. Enquanto a crítica teórico-analítica que formulamos na primeira parte à dupla função das audiências públicas – política e epistêmica – será importante para justificar a conclusão de que este mecanismo tem sido utilizado de modo incoerente, os dados apresentados na segunda parte são indicativos do seu uso inconsistente. A falta de coerência e consistência na utilização deste importante mecanismo de consulta a especialistas comprometeram nos últimos anos o grau de justificação das decisões da corte.

O conjunto de dados que apresentamos é de natureza basicamente quantitativa. Análises qualitativas foram eventualmente realizadas, em relação a alguns casos específicos, com o objetivo de corroborar nossas hipóteses interpretativas. Vale observar que o universo analisado não é composto por todos os casos julgados no STF que envolvem a discussão de matéria ou circunstância de fato técnica ou científica. Podemos supor que este seria um universo relativamente maior do que o universo de casos para os quais as audiências públicas foram convocadas. Isto porque os ministros relatores de casos cuja solução exige algum tipo de esclarecimento técnico ou científico nem sempre optam pela realização de uma audiência pública. As próprias leis (9.868/99 e 9.882/99) que instituíram o mecanismo da audiência pública no julgamento das ações perante o STF e o Regimento Interno deste tribunal preveem outras alternativas, como designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão<sup>1</sup>. Também é possível que certos casos que demandam a discussão de matéria ou circunstância técnica ou científica sequer sejam remetidos a qualquer autoridade epistêmica, sendo resolvidos por meio de pesquisas independentes feitas pelos próprios julgadores e seus assessores. Portanto, casos como a Ação Cautelar 4081, a respeito da obrigatoriedade de fornecimento da substância Fosfoetanolamina, em que o ministro Lewandowski optou por requisitar parecer ao Instituto Nacional do Câncer (INCA), embora tenha efetivamente engajado a comunidade de técnicos e cientistas, não será objeto de nossa análise. O mesmo se aplica a casos como o Recurso Extraordinário nº 635.659, sobre a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal.<sup>2</sup> Embora muitas informações técnicas e científicas tenham sido oferecidas no plenário do tribunal pelos *amici curiae*, e também de forma independente pelos próprios ministros para embasar suas decisões, não foi realizada qualquer forma de consulta a especialistas prevista no Regimento Interno.

## 2. PARA QUÊ SERVEM AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS?

Durante os dez anos de funcionamento real do instituto, consolidou-se a visão de que as audiências públicas cumprem na prática decisória do STF uma dupla função. Por um lado, as audiências municiam os ministros com informações próprias do domínio científico consideradas cruciais para a solução jurídica de um determinado problema. Nesse aspecto, as audiências servem ao objetivo de compensar déficits epistêmicos de tomadores de decisão que precisam determinar como o direito deve lidar com

<sup>1</sup> Em favor da convocação de uma comissão de peritos para lidar com o problema de determinação dos possíveis impactos econômicos associados a uma eventual declaração de inconstitucionalidade de planos econômicos pelo STF, cf. LEAL, Fernando. Os Impactos dos planos econômicos e a encruzilhada do Supremo. In: Joaquim Falcão, Diego Werneck Arguelhes e Felipe Recondo (Org.). **Onze Supremos**: O Supremo em 2016. Belo Horizonte: Letramento, 2016, p. 92-95.

<sup>2</sup> V. ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Por que só maconha? In: Joaquim Falcão, Diego Werneck Arguelhes e Felipe Recondo (Org.). **O Supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 331-334.

problemas que não são propriamente jurídicos. Por outro lado, as audiências públicas são vistas como mecanismos de acesso e de participação da sociedade civil na corte.

Nessa última dimensão, o papel desempenhado pelas audiências públicas no STF não difere do papel que as audiências públicas desempenham em outros contextos, como no processo decisório das Agências Reguladoras ou nas casas do Congresso Nacional<sup>3</sup>. Ainda, a maneira como as audiências públicas tem sido empregadas aproxima-as de outro instituto, o *amicus curiae*, pois ambos são compreendidos como formas compensar déficits democráticos de um órgão integrado por membros não eleitos capazes de invalidar decisões majoritárias.

Não é raro, nesse contexto, vincular-se a importância das audiências públicas na jurisdição constitucional brasileira com o mote da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, de Peter Häberle. O entendimento de Gilmar Mendes, idealizador do projeto de lei que resultou na criação do instituto das audiências públicas no âmbito da jurisdição constitucional, é exemplar. Na passagem a seguir, podemos perceber não só a dupla função – política e epistêmica – atribuída ao instituto, com referência direta ao pensamento de Häberle, como a aproximação que se faz entre a figura do especialista e os amigos da corte:

*A propósito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às ‘intervenções de eventuais interessados’, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição [...]. Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”.*<sup>4</sup>

Essa dupla dimensão adquirida pelas audiências é facilmente corroborada por uma série de escritos doutrinários sobre o assunto e pelas falas dos ministros do STF.

Lacombe, Legale e Johann, por exemplo, propõem a existência de dois modelos de audiência pública.<sup>5</sup> O primeiro, mais voltado para a consulta a participantes sem

<sup>3</sup> No caso específico da legitimação democrática da atuação das Agências Reguladoras v., por exemplo, ARAGÃO, Alexandre. A Legitimização Democrática das Agências Reguladoras. In: Gustavo Binenbojm (Org.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1-20. Sustenta o autor: “Com efeito, o principal mecanismo de legitimação democrática da Administração Pública é o da participação dos titulares dos interesses individuais, coletivos e difusos através de audiências e consultas públicas prévias à edição dos atos normativos que possam afetar os seus interesses” (p. 11).

<sup>4</sup> BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF**. Reqt. Procurador-geral da República. Reqdo. Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 03 out. 2017. Inteiro teor, p. 274-275.

<sup>5</sup> LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta; JOHANN, Rodrigo F. As Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal nos mode-

perfil científico ou técnico, seria o modelo Gilmar Mendes; o segundo, mais voltado para a consulta a participantes com perfil científico e técnico, seria o modelo Fux. Enquanto o modelo Gilmar Mendes tende a debruçar-se sobre questões de forte apelo moral e político, o modelo Fux foca em questões de fato. Já o estudo de Valle et al, que resultou em um livro específico sobre o tema, ao reconhecer a natureza política das audiências públicas, critica o perfil técnico de alguns participantes por impedir a “efetiva oitiva da ‘vontade’ social acerca do tema”<sup>6</sup>. Em referência à audiência pública sobre células-tronco, Valle et al sustentam que “o pano de fundo do debate se relaciona a uma grave questão moral, cuja sensibilidade social não teve a rigor oportunidade para aflorar, à vista do recorte empreendido pelo Relator no que toca aos participantes do diálogo”.<sup>7</sup> A interpretação de Valle et al parece repercutir em grande parte dos estudos realizados: a natureza política das audiências não só é distinguida por meio de uma descrição da prática, como avaliada de modo positivo; e, a partir desta avaliação positiva da função de legitimação democrática das audiências públicas, são apresentadas críticas à sua forma de condução<sup>8</sup>. Contudo, não encontramos, nos estudos realizados até hoje, uma abordagem crítica, com base em pesquisa empírica, das incoerências e inconsistências na prática do STF<sup>9</sup>. A dupla função das audiências públicas e a tensão entre democracia e ciência – dois pontos fundamentais do nosso estudo – não têm recebido a devida atenção.

Em referência às falas dos ministros, o ministro Marco Aurélio, por exemplo, posicionou-se no sentido de que a audiência pública é “um símbolo marcante, no Poder Judiciário, da própria democracia”<sup>10</sup>. Ao mesmo tempo, ressaltou que os juízes precisam contar com fatos e dados para um julgamento seguro, o que poderia sinalizar a compreensão de que as audiências possuem uma dimensão de compensação de déficits

<sup>6</sup> Gilmar Mendes e Luiz Fux: a legitimação técnica e o papel do cientista no laboratório de precedentes. In: VIEIRA, José Ribas, VALLE, Vanice Lírio do, MARQUES, Gabriel Lima (Orgs.). *Democracia e suas Instituições*. Rio de Janeiro: Imo's, 2014.

<sup>7</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 69. No mesmo sentido, v. MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Sociologia e Política*, v. 26, n. 62, p. 131-156, jan. 2017, p. 152.

<sup>8</sup> *Idem*. p. 67

<sup>9</sup> Destacamos: CARVALHO, Flávia Martins de. *Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: uma alternativa democrática?* Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito, 2011; VESTENA, Carolina Alves. Audiências públicas: diagnóstico empírico sobre os limites da participação social. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 973-1020, out./dez., 2012.

<sup>10</sup> Cf. MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Sociologia e Política*, v. 26, n. 62, p. 131-156, jan. 2017. Neste estudo, é feito um levantamento de dados em muitos aspectos semelhante àquele que apresentamos neste artigo. As autoras, contudo, parecem tomar como certo, do ponto de vista normativo, o caráter político de legitimação democrática das audiências públicas – embora façam críticas à concreta limitação da deliberação entre os atores participantes.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notas taquigráficas da audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP*. Dispõe sobre a proibição do uso de amianto. Disponível em <[http://www.Supremojus.br/arquivo/cms/Processos/AudienciasPublicasAcoesAmianto/anexo/Transcricoes\\_Audiencia\\_sobre\\_Amianto\\_Texto\\_consolidado.pdf](http://www.Supremojus.br/arquivo/cms/Processos/AudienciasPublicasAcoesAmianto/anexo/Transcricoes_Audiencia_sobre_Amianto_Texto_consolidado.pdf)>, p. 486. Acesso em 26 out. 2016.

epistêmicos<sup>11</sup>. O ministro Gilmar Mendes – que, como vimos acima, foi o idealizador do projeto de lei que resultou na criação do instituto no direito brasileiro – exaltou o seu caráter democrático, sugerindo que o STF seria uma “[c]asa do povo, tal qual o parlamento”.<sup>12</sup> O ministro Luiz Fux, por sua vez, destacou a legitimidade democrática das decisões judiciais, garantida através da participação do cidadão nas audiências públicas.<sup>13</sup> Em outra ocasião, contudo, afirmou que se sentia “perfeitamente habilitado a decidir” a causa em questão, afastando ressalvas de que juízes, por não possuírem informação e/ou conhecimento específico sobre aspectos técnico-científicos complexos, não seriam os árbitros mais qualificados para a tomada de decisão.<sup>14</sup>

Esses são apenas alguns exemplos de manifestações acerca do propósito das audiências públicas, mas que representam uma concepção do instituto que parece ser compartilhada por estudiosos do direito e pelos ministros do STF de uma forma geral. O amplo consenso estabelecido nesses dez anos em torno dos papéis de legitimidade democrática e de justificação epistêmica desempenhado pelas audiências públicas obscurece, contudo, problemas mais profundos sobre a sua justificação. Dois merecem especial destaque. O primeiro diz respeito à própria compatibilidade da função dúplice atribuída às audiências públicas com o direito positivo. O segundo refere-se à possibilidade de harmonização conceitual entre democracia e conhecimento.

## 2.1. O que diz o direito positivo?

O instituto da audiência pública está previsto na Lei 9.868 de 1999 – que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) perante o STF – e na Lei 9.882 de 1999, que trata do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Dez anos após a promulgação das referidas leis, a Emenda Regimental 29/2009 acrescentou dispositivos sobre a matéria ao Regimento Interno do STF. Foram introduzidos os incisos XVII e XVIII, no art. 13, e o inciso III e o parágrafo único, no art. 154, permitindo assim a sua

<sup>11</sup> As manifestações foram realizadas na mesma audiência pública.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF**. Reqte. Procurador-geral da República. Reago. Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://redir.Supremo.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=583645#87%20-%20AC%D3RD%C3O%20-%20improcedente>>, p. 465. Acesso em 27 out. 2016.

<sup>13</sup> Entrevista concedida pelo ministro Luiz Fux à TV Justiça. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=GtNGR1zhEy-c&index=1&list=PLippyY19z47vSUdzoXYw4mNEclKHMKVaa>>. Acesso em 28 out. 2016. O ministro afirmou que: “[e]ssas audiências públicas, elas permitem que o cidadão no exercício pleno da cidadania contribua para que uma solução judicial seja legitimada democraticamente porque o grande trunfo da decisão de uma Suprema Corte é obter confiança do povo. Essa é a grande arma do Judiciário: é a confiança do povo”. Transcrição própria.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notas taquigráficas da audiência pública nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4901, 4902, 4903 e 4937**. Dispõe sobre o Novo Código Florestal. Disponível em <<http://www.Supremo.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscriesNovoCódigoFlorestal.pdf>>, p. 171. Acesso em 21 set. 2017.

convocação para todo tipo de ação julgada neste tribunal. Vejamos o que dizem estes dispositivos.

A Lei 9.868/99 prevê nos artigos 9º, § 1º (para ADI) e 20, § 1º (para ADC), com idêntica redação, que:

*Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria<sup>15</sup>.*

Com redação análoga, retirando as menções à “matéria ou circunstância de fato” e à “notória insuficiência de informações”, dispõe (para ADPF) o art. 6º § 1º da Lei 9.882/99:

*Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria<sup>16</sup>.*

Os incisos XVII, ambos dos artigos 13 e 21 do Regimento Interno do STF, retomam a disposição prevista na Lei 9.868/99 com referência à natureza fática da questão, e repetem o que está escrito nas duas disposições acima no que diz respeito à qualidade das pessoas a serem ouvidas durante a audiência pública (“com experiência e autoridade na matéria”). Mas o Regimento Interno vai além: acrescenta que as “questões ou circunstâncias de fato” devem ter repercussão geral e ser de interesse público relevante. Assim dispõe a redação comum dos artigos 13 (referente às atribuições do Presidente) e 21 (referente às atribuições do Relator):

*São atribuições [...] XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender*

<sup>15</sup> BRASIL. **Lei Nº 9868/99.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Sancionada em 10 de novembro de 1999. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm)> Acesso de 31 maio 2017.

<sup>16</sup> BRASIL. **Lei Nº 9882/99.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Sancionada em 3 de dezembro de 1999. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)> Acesso em 31 maio.2017.

*necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal*<sup>17</sup>.

O Regimento Interno do STF dispõe ainda, no parágrafo único do art. 21, que compete ao Relator convocar a audiência, de forma ampla e com a fixação de prazos para a indicação das pessoas; garantir a pluralidade das opiniões apresentadas; e selecionar os habilitados, organizando as falas. Indica ainda que a audiência será transmitida pela Rádio e TV Justiça, e que casos omissos serão deliberados pelo Ministro que convocar a audiência.

No sítio eletrônico do STF também é possível encontrar informações a respeito das audiências públicas que ecoam os dispositivos acima<sup>18</sup>. Mas o sítio eletrônico também vai além ao especificar que as pessoas a serem ouvidas são “especialistas em questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas”.

As referências relacionam as audiências públicas com expressões e palavras como “questões de fato”, “especialistas”, “experiência e autoridade em determinada matéria” e, nos casos específicos das Leis 9.868 e 9.882, com “peritos”. Se o texto legal pode ser considerado um referencial minimamente importante para a identificação da norma que a ele está vinculada, no sentido de restringir hipóteses de compreensão do intérprete, não parece simples extrair dos dispositivos acima indicados que as audiências públicas são um espaço para ouvir manifestações de qualquer cidadão. Ao contrário, a dicção legislativa parece preocupada com a obtenção de informações de pessoas com algum tipo de conhecimento específico sobre determinado tema. Seletividade, e não inclusão, orientam a compreensão do texto. Nesse sentido, apenas um subconjunto da sociedade poderia ser considerado textualmente relevante para a permissão legislativa de convocação de uma audiência pública.<sup>19</sup>

Na mesma linha – embora, neste caso, haja expressa manifestação em sentido contrário no site do tribunal – parece questionável a compatibilidade entre o propósito de convocação de uma audiência pública e a oitiva de juristas no STF, independentemente do conhecimento e da autoridade que possam ter nas suas respectivas áreas de atuação. O requisito de “notório saber jurídico” inscrito no artigo 101 da Constituição Federal, a conformação real dos gabinetes dos ministros, dotados de assessores, e as possibilidades de pesquisa jurídica no desempenho das vocações institucionais

<sup>17</sup> BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF)**. Brasília: STF, 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInternanoanexo/RISTF.pdf>> Acesso em 20 set. 2017. Na verdade, notamos que a redação não é exatamente idêntica. Enquanto o inciso XVII do artigo 13 fala em “repercussão geral e interesse público relevante”, o texto correspondente do artigo 21 fala em “repercussão geral ou interesse público relevante”. Preciosismo; ou não.

<sup>18</sup> As informações sobre audiências públicas no sítio eletrônico do STF estão disponíveis em <<http://Supremo.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>.

<sup>19</sup> No mesmo sentido, v. PINTO, Henrique Motta; ROSILHO, André Janjácomo. Qual é a função das audiências públicas do STF: a legitimidade democrática ou a legitimidade técnica? **Sociedade Brasileira de Direito Público**, 2009.

da corte funcionariam como razões contrárias à necessidade de se obter informações jurídicas “adicionais” ou que não poderiam ser obtidas de outras maneiras pelos ministros. Tome-se como exemplo a convocação de audiência pública para discutir a compatibilidade do artigo 20 do Código Civil com a Constituição no conhecido caso das “biografias não autorizadas” (ADI 4815). O caso não envolvia qualquer discussão de fato ou conhecimento de outra área do saber relevante para a tomada de decisão, mas um problema, ainda que complexo, de manipulação de elementos do direito ou de teorias e metodologias de decisão jurídica. Nenhum conhecimento científico relevante estava em jogo. Por isso, não está claro no caso que as audiências produziram informações não previamente disponíveis aos ministros, e muito menos que é possível estabelecer alguma correlação entre a oitiva dos participantes da audiência e a justificação de cada voto. Assim, se parece crível que o legislador não abriu espaço para a presença de qualquer pessoa em uma audiência pública, é possível também concluir que, do subconjunto de atores relevantes a serem ouvidos, estão excluídos os “especialistas em questões jurídicas”.

Por fim, um último ponto. Um leitor cauteloso poderia se perguntar: mas que matéria ou circunstância de fato é esta? As questões de fato esclarecidas em audiência pública não se confundiriam com matéria probatória? O que ocorreu com a Súmula 279 do STF, que prescreve que os recursos a serem analisados nesta instância não podem ter como pretensão o reexame de matéria probatória? Existiria algum tipo de questão de fato no processo judicial que não constitui matéria probatória? E quando estamos diante de ações de controle de constitucionalidade de caráter abstrato, que não têm como base uma violação de direito concreta e determinada, quais seriam os fatos a serem esclarecidos?

A dimensão fática da decisão judicial mais conhecida é certamente aquela que diz respeito aos chamados “fatos adjudicativos”. Tais fatos são alegados pelas partes em litígio para provar questões particulares de um caso: quem fez o quê, onde, quando e (às vezes) por quê. Mas há uma outra dimensão da decisão judicial que igualmente envolve determinações fáticas, e que está em jogo no caso das audiências públicas no âmbito do exercício do controle de constitucionalidade por parte do STF. Esta segunda dimensão diz respeito aos “fatos legislativos”, também chamados de “gerais”.<sup>20</sup> Alegações que concernem a esta segunda dimensão fática podem ser feitas pelas próprias partes, pelos ministros ou ainda por terceiros como especialistas e *amici curiae*; e não se direcionam a provar elementos particulares de um caso, mas oferecem razões de ordem empírica para uma decisão política: quê elementos de fato podem dar suporte

<sup>20</sup> A discussão sobre fatos legislativos teve início com o artigo de DAVIS, Kenneth Culp. An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 55, n. 1, p. 402-?, 1941-42. A bibliografia hoje é extensa. Ver, por todos, os trabalhos de David Faigman: “Normative Constitutional Fact-Finding”. **University of Pennsylvania Law Review**, n. 139, 1991, p. 541-613; e **Constitutional Fictions: A Unified Theory of Constitutional Facts**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

à razoabilidade de uma medida legislativa? Tais fatos são chamados de “legislativos” porque correspondem ao tipo que legisladores consideram no processo de criação do direito.

Então – poder-se-ia dizer a esta altura: se a questão de fato é mesmo do tipo legislativo, pois diz respeito à criação do direito, não estaria justificada a convocação da audiência pública com o propósito de democratizar a decisão judicial? A resposta é negativa. Isso porque as questões que orientam a formulação de políticas públicas podem ser de dois tipos. Por um lado, representam preferências morais e políticas; mas, por outro, podem referir-se ou estar baseadas em premissas referentes a fatos do mundo, como os que envolvem, por exemplo, o potencial de certo produto para causar ou não certa enfermidade. Neste último caso, as questões que orientam a formulação de políticas públicas envolveriam descrições sobre aspectos do mundo real, e, como tais, não dependeriam da opinião pública para serem verdadeiras. Descrições são verdadeiras ou falsas independentemente do pensamento da maioria das pessoas. Aliás, com frequência, a opinião pública parece ignorar uma imensa parte das proposições que descrevem o mundo. Este é o argumento da seção seguinte.

## 2.2. Por que a legitimidade democrática não importa?

As indicações do direito positivo sobre o propósito das audiências públicas e sobre os limites da participação de integrantes da sociedade são reforçadas por um argumento conceitual. Se é possível objetar que a interpretação das disposições legais, por envolver algumas opções teórico-normativas sobre a tarefa de atribuição de sentido a textos, incluindo algum grau de formalismo, não leva necessariamente à redução do papel das audiências à superação de questões de fato e, assim, à construção de pontes entre o direito e a ciência, um olhar aproximado para as relações entre democracia e conhecimento, os dois compromissos comumente associados às audiências públicas, contribui para justificar a preferência pela diluição dessa aproximação. Assim, para além de discussões sobre a adequação de teorias e métodos de interpretação jurídica que possam favorecer leituras mais ou menos presas ao texto, permanece em aberto se a abertura à ampla participação da sociedade em debates que envolvem a compreensão e a decisão sobre questões que dependem do estágio de evolução do conhecimento científico é no mínimo compatível com o funcionamento da ciência. Com outras palavras, o que se pretende é defender que pode haver boas razões para separar institutos cujas funções são contribuir para lidar com carências epistêmicas de tomadores de decisão, como as audiências públicas, de institutos que se destinam a compensar déficits democráticos, como o *amicus curiae*, e que isso não cria nenhum problema para a legitimidade e o desempenho da jurisdição constitucional brasileira.

De fato, o que se tem atualmente é uma aproximação funcional tão estreita entre audiências públicas e *amicus curiae* que parece que a única diferença relevante entre os institutos está nos diferentes caminhos pelos quais a sociedade como um todo pode se fazer ouvir no tribunal: ou por demanda ativa da corte ou por provocação ativa da sociedade<sup>21</sup>. Ou seja: ou o STF convoca a sociedade, ou a sociedade requer que seja ouvida pelo STF. Essa aproximação pode ser justificada por uma ênfase exagerada nos debates sobre a legitimidade democrática da atuação de um tribunal que exerce cada vez mais protagonismo na agenda política nacional; mas também por uma compreensão reducionista do processo decisório da corte, que encara (e deveria tratar) a superação de questões constitucionais como a solução de problemas de interpretação constitucional, i.e. questões que dizem respeito ao sentido de disposições constitucionais ou à concretização de seus princípios fundamentais. A ampla participação em audiências públicas no STF justificar-se-ia, assim, tanto pelas trilhas da política<sup>22</sup> como de uma teoria normativa sobre a interpretação da Constituição democraticamente orientada.<sup>23</sup> Nos dois casos, o debate tradicional sobre a compatibilidade de atuação da corte na democracia ofusca e, assim, empobrece debates sobre a justificação epistêmica das suas decisões nos casos em que disputas científicas são cruciais para a determinação de respostas jurídicas para um problema.

Os efeitos positivos da maior permeabilidade da jurisdição constitucional a inputs da sociedade produzem, no entanto, efeitos perversos para o enfrentamento dos desafios reais impostos por problemas de fato aos ministros da corte. Reunir diversas opiniões não significa necessariamente obter mais informações. Da mesma forma, há limites para que a pluralidade signifique melhor compreensão. É nesse ponto que democracia e ciência, participação e conhecimento devem ser compreendidos como dois mundos separados.

Se a ideia de participação se justifica democraticamente pela possibilidade em si de o cidadão ser ouvido nos processos de formação da vontade estatal (e, assim, ter condições de influenciá-lo), a produção de conhecimento especializado que marca o funcionamento da ciência depende da observância de normas e práticas de uma disciplina<sup>24</sup>. A diferença brutal entre os dois domínios está relacionada aos papéis que

<sup>21</sup> No site institucional do STF, está previsto que entidades já admitidas na qualidade de *amicus curiae*, caso desejem participar da audiência pública, precisam inscrever-se, indicando especialista. Todavia, a fala de alguns ministros parece ser no sentido de aproximar ou mesmo equiparar a atuação enquanto *amicus curiae* e a participação na audiência pública. Tal é o caso do ministro Gilmar Mendes, como indicamos acima.

<sup>22</sup> Para Barroso, as audiências públicas garantiriam um papel até representativo para o Supremo. Cf. BARROSO, Luís Roberto. A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50, p. 40.

<sup>23</sup> Neste caso, Häberle é a principal referência. V. HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. *Revista Direto Pùblico*, nr. 60, vol. especial, p. 25-50, nov./dez. 2014.

<sup>24</sup> POST, Robert. *Democracy, Expertise, and Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State*. New Haven: Yale University Press, 2013.

o conteúdo das informações e as características de seus proponentes exercem para a aceitabilidade de respostas para problemas específicos. Enquanto a participação democrática é valiosa independentemente do conteúdo do que se diz, é fundamental investigar a qualidade do que se diz na ciência. Ainda, enquanto a justificação da participação da sociedade civil independe de características de quem emite uma opinião, os juízos de qualidade sobre o conteúdo de manifestações científicas costumam estar associados às credenciais de quem diz e ao respeito a certos procedimentos considerados pela comunidade científica necessários para comunicar certa mensagem. Assim, se é possível recorrer à metáfora do “abastecimento do mercado de ideias” que estrutura a compreensão da liberdade de expressão nos EUA<sup>25</sup>, o mercado de ideias relevante para a superação ou o reforço da legitimidade democrática de decisões estatais não é o mesmo mercado para o enfrentamento de questões de fato. Aquele é mais amplo, enquanto este é mais restrito. E deve ser assim, pois democracia e ciência funcionam em torno de objetivos, valores e práticas diferentes. No mundo da ciência,

*[N]em tudo pode ser dito, nem todos podem falar e, principalmente, nem todas as falas têm igual valor. É claro que a ciência é uma prática falível e suscetível à corrupção; mas ela constitui, até hoje, a tentativa mais bem-sucedida de compreender objetivamente certos aspectos do mundo. A ciência não está – e é bom que não esteja – sujeita à construção social a partir de interesses e necessidades contingentes. Em um certo sentido, a ciência é uma violação à democracia<sup>26</sup>.*

Em contraposição à ideia de legitimidade democrática, tão citada pelos Ministros do STF, destacamos a noção de *competência democrática*<sup>27</sup>. A competência democrática pode ser vista como um valor constitucional que protege as práticas sociais responsáveis pela produção e distribuição do conhecimento especializado, disciplinar – isto é, em oposição à chamada mera opinião. “O que é essencial não é que todos devam falar” afirma Post, “mas que tudo que valha a pena ser dito seja dito”<sup>28</sup>. Para que as decisões em uma democracia possam ser tomadas de forma inteligente, sobretudo no mundo de hoje em que o conhecimento está cada vez mais complexo e especializado, é preciso distinguir as ideias boas das ideias ruins, as proposições verdadeiras

<sup>25</sup> *Idem*, p. 6.

<sup>26</sup> HERDY, Rachel. Quando a ciência está em jogo, a democracia não importa. In Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego Werneck; Recondo, Felipe (orgs.). **Onze Supremos: O Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 46. Ver, ainda, HAACK, Susan. Irreconcilable Differences? The Troubled Marriage of Science and Law. In: \_\_\_\_\_. **Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the Law**. New York: Cambridge University Press, 2014.

<sup>27</sup> POST, Robert. **Democracy, Expertise, and Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State**. New Haven: Yale University Press, 2013.

<sup>28</sup> *Idem*. p. 36

das falsas. Tal distinção implica, por sua vez, a possibilidade de se descriminar tanto o conteúdo daquilo que pode ser dito, como os sujeitos que podem falar. Interessam menos as garantias da igualdade e da liberdade de expressão daqueles que se candidatam a participar do discurso do que a garantia da boa informação. A garantia da boa informação, a qual tem como objetivo tornar as pessoas – os Ministros do STF, no caso – cognitivamente competentes para decidir, deve ser encarada como um objetivo antitético em relação às garantias de igualdade e liberdade de expressão no discurso público. Contudo, de forma paradoxal, esta mesma garantia de competência cognitiva, de produção e distribuição sistematizada do conhecimento, deve ser vista também como um requisito para a legitimidade na criação de políticas públicas<sup>29</sup>. Em suma, para que o discurso público seja guiado pelo valor da competência democrática, será necessário comprometer os valores da tolerância epistêmica. Os princípios da igualdade e da liberdade de expressão devem ser restringidos; mas esta restrição está justificada precisamente em nome da democracia.

Nesse contexto, o tribunal que recorre ao conhecimento especializado teria de se envolver em uma tarefa epistemológica difícil e controversa, que consiste em discernir ou discriminar a informação confiável da não-confiável. Como será demonstrado a seguir, o STF frequentemente ouve, em audiência pública, na qualidade de especialistas com autoridade e experiência na matéria, sob o pretexto da igualdade e pluralidade, participantes que não são especialistas nas questões discutidas; e participantes que, além disso, representam entidades diretamente interessadas na causa. A falta de autoridade epistêmica dos participantes e os interesses conflitantes que representam são aspectos que prejudicam o objetivo das audiências públicas de esclarecer questões de fato. Quando isto ocorre, há um reconhecimento implícito de que, na formulação de políticas públicas que envolvem conhecimentos específicos sobre questões de fato, importa menos a qualidade da informação do que a oportunidade de ouvir a opinião (fundamentada ou não) da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”.

O desenho de uma arena em que pessoas com as mais variadas formações apresentem ideias sobre questões de fato para os ministros do STF é estranho. Se o debate científico é compatível com a pluralidade e a saturação de ideias e experimentos, isso não significa que qualquer visão sobre determinado assunto é cientificamente relevante. No STF, há dois riscos permanentes. O primeiro é o de a solução de questões envolvendo a valoração jurídica de aspectos da realidade eliminar ou determinar a solução das questões de fato – e não o contrário. O segundo é o de disputas científicas serem superadas com base em razões não científicas. O tribunal poderá, nessa linha, não só basear decisões em meras opiniões, como abrir as portas para o chamado “lixo científico” (*junk science*): uma mistura de dados enviesados, inferências espúrias e

<sup>29</sup> DEWEY, John. **The Public and its Problems**. Ohio University Press, 1927.

malabarismos lógicos “costurados por pesquisadores cujo entusiasmo pela descoberta e pelo diagnóstico ultrapassa em muito suas habilidades”<sup>30</sup>. Soluções jurídicas para problemas de fato podem ser eventualmente baseadas em conjecturas ou especulações, e não em dados e consensos de uma comunidade de especialistas<sup>31</sup>. Em qualquer dos casos, como se nota, reunir mais informações não é necessariamente uma vantagem para a justificação de decisões jurídicas.

### 3. UM BALANÇO SOBRE AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

#### 3.1. Questões metodológicas

Os dados apresentados a seguir dizem respeito aos processos no âmbito dos quais foram convocadas e realizadas audiências públicas no STF. A primeira audiência pública ocorreu em abril de 2007; portanto, a pesquisa inicia-se a partir deste ano, muito embora a legislação, como visto<sup>32</sup>, preveja a possibilidade de realização de audiências públicas desde 1999. Informações a respeito da convocação da audiência pública, seu funcionamento e impacto na tomada de decisão foram levantados a partir da análise dos seguintes documentos: despachos convocatórios; vídeos no sítio eletrônico *Youtube*<sup>33</sup>; notas taquigráficas; informações constantes no sítio eletrônico do STF; e, quando publicados, votos dos ministros e acórdãos. Como alguns processos ainda não foram concluídos, os dados obtidos autorizam a sugestão de conclusões indicativas e parciais.

Vale observar que parte dos gráficos e das tabelas a seguir foram produzidas com base nas informações disponíveis até 2016. Algumas informações novas tornaram-se disponíveis quando do momento da redação e finalização deste trabalho – como, por exemplo, os votos dos casos sobre amianto e ensino religioso em escolas públicas. Contudo, uma vez que a verificação dos achados e das correlações que levantamos demandariam tratamentos que excederiam o tempo que dispúnhamos para a presente divulgação, sob pena de comprometermos a acurácia dos dados apresentados e das nossas interpretações, optamos por não atualizar as tabelas e os gráficos com as novas informações. Indicamos o ano limite referente aos dados levantados nas legendas que

<sup>30</sup> HUBER, Peter. *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*. New York: Basic Books, 1991, p. 3. Além da denominada “junk science”, reconhecemos igualmente o problema da entrada da “non-science” na corte, sem que se dê a devida atenção. Conforme criticado por Schauer: “Attempting to make litigation more scientific by keeping out bad science while not doing anything about the ubiquitous non-science that pervades the entire system might well result in a system that is less scientific and less reliable because it keeps out somewhat poor science and while letting the really poor science sneak in through the backdoor by not calling itself science at all”. SCHAUER, Frederick. Can Bad Science Be Good Evidence? Neuroscience, Lie-Detection and Beyond. *Cornell Law Review*, New York, v. 95, n. 6, p. 1191-1219, 2009, p. 1217.

<sup>31</sup> V. LEAL, Fernando. Para que servem as audiências públicas no STF? *JOTA* [16 jun. 2015]. Disponível em <<https://jota.info/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-Supremo-16062015>>. Acesso em 19 set. 2017.

<sup>32</sup> Supra, 2.1.

<sup>33</sup> O canal do SUPREMO no sítio eletrônico *Youtube* está disponível em <<https://www.youtube.com/user/SUPREMO>>.

subscrevem os gráficos e as tabelas; e as audiências públicas especificamente analisadas nas notas de rodapé. Na lista abaixo, foram integralmente analisadas as audiências públicas referentes ao temas 1 a 16; e parcialmente analisadas as audiências públicas referentes aos temas 18 a 22:

1. pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510)
2. importação de pneus usados (ADPF nº 101)
3. interrupção de gravidez – feto anencéfalo (ADPF nº 54)
4. judicialização do direito à saúde (SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355)
5. políticas de ação afirmativa de acesso ao nível superior (ADPF nº 186 e RE nº 597.285)
6. proibição de venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias (ADI nº 4.103)
7. proibição do uso de amianto (ADI nº 3.937)
8. novo marco regulatório para a TV por assinatura no Brasil (ADI nº 4.679, ADI nº 4.756 e ADI nº 4.747)
9. campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia (RE nº 627.189)
10. queimadas em canaviais (RE nº 586.224)
11. regime prisional (RE nº 641.320)
12. financiamento de campanhas eleitorais (ADI nº 4.650)
13. biografias não autorizadas (ADI nº 4.815)
14. programa “Mais Médicos” (ADI nº 5.037 e ADI nº 5.035)
15. alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (ADI nº 5062 e ADI nº 5065)
16. internação hospitalar com diferença de classe no SUS (RE nº 581.488)
17. ensino religioso em escolas públicas (ADI nº 4.439),
18. uso de depósito judicial (ADI 5.072),
19. novo Código Florestal (ADI nº 4.901, ADI nº 4.902, ADI nº 4.903, ADI nº 4.937),
20. armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos (RE nº. 973.837),
21. audiência pública simultânea sobre os arts. 10, § 2º, e 12, iii e iv, da lei nº 12.965/2014 - Marco Civil da Internet (ADI nº 5.527) e a suspensão do aplicativo Whatsapp por decisões judiciais no Brasil (ADPF nº 403)
22. aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, em especial quando esse for invocado pela própria vítima ou por seus familiares (RE 1.010.606).

Foram levantados dados (i) referentes às audiências em si, (ii) trazidos pelos participantes das audiências durante suas exposições orais e (iii) pertinentes à tomada de decisão. Em cada uma dessas três subdivisões, buscamos uma série de indicadores, a saber: ministro responsável pela convocação da audiência; argumentos utilizados pelo ministro para a convocação da audiência; tempo conferido para cada participante; duração das audiências; existência de contraditório entre os participantes; equilíbrio na distribuição das posições dos participantes da audiência; indicação de perguntas por parte do ministro no despacho convocatório; referências ao papel das audiências públicas por parte de algum ator envolvido na audiência; referências ao papel dos *amici curiae* por parte de algum ator envolvido na audiência; ministros que acompanharam a audiência; argumentação dos participantes, especialmente quanto à apresentação de dados não técnicos; referências a possíveis perguntas dos despachos convocatórios e apresentação de dados em sentidos opostos; posição do participante em relação ao pedido da ação (concorda/discorda/não se posiciona); manifestações de ministros e outros atores durante a audiência pública; decisão do pleno (unânime/por maioria) e resultado do julgamento (deferimento/ deferimento parcial/ improcedência); decisão por ministro (deferimento/ deferimento parcial/ improcedência); referências, nos votos, ao papel das audiências públicas, dos especialistas e dos *amici curiae*; referências, nos votos, a autoridades externas (não participantes das audiências); referências às audiências em si nos votos (número e teor de citações gerais e específicas da fala de participantes); e concordância e discordância do posicionamento do participante citado frente ao pedido da ação.

A partir do conjunto de dados obtidos, selecionamos e correlacionamos alguns pontos que nos pareceram relevantes. Formulamos gráficos e tabelas para os seguintes tópicos:

Gráfico 1: Convocação de AP por ministro

Gráfico 2: Número de participantes por AP

Tabela 1: Manifestações de ministros e outros atores durante a AP

Tabela 2: Posicionamento dos participantes frente ao pedido da ação (por AP)

Gráfico 3: Posicionamento dos participantes frente ao pedido da ação (total)

Gráfico 4: Ministros presentes por número de AP realizada

Gráfico 5: Presença em AP por ministro

Gráfico 6: Presença dos ministros em AP em função da convocação

Gráfico 7: Referências às AP nos votos em função da presença dos ministros

Gráfico 8: Referências nos votos por ministro em função do número de AP convocadas

Gráfico 9: Posicionamento dos ministros frente às suas citações às AP

Gráfico 10: Número de citações às AP nos votos

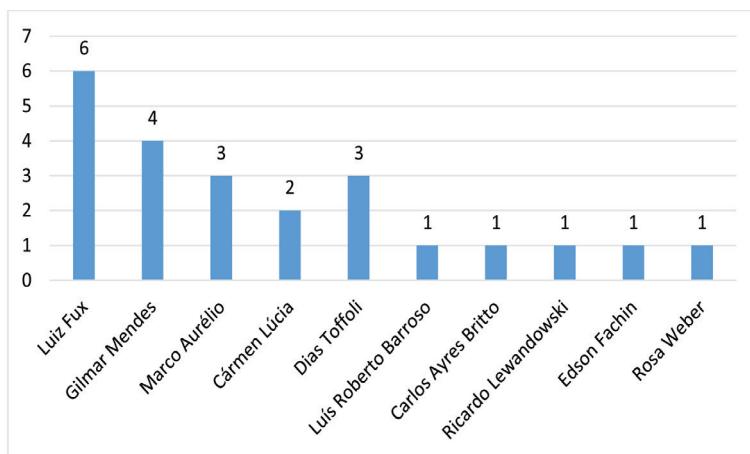
Gráfico 11: Referências aos especialistas nos votos

Diagrama 12: Distribuição das audiências públicas por matéria

Todos os dados levantados e apresentados pretendem fornecer um panorama geral sobre o funcionamento real das audiências públicas no Supremo nos últimos dez anos, permitindo ilustrar as disfuncionalidades apontadas nas partes anteriores.

### 3.2. O que dizem os dados

O Gráfico 1 apresenta as diferenças de comportamento entre os ministros em termos de disposições para a convocação de audiências públicas. O ministro Luiz Fux foi quem mais fez uso desta prerrogativa. Cabe ressaltar que os dez ministros listados abaixo são os únicos que já convocaram audiências públicas desde a criação do instituto até a conclusão deste estudo. Todas as 22 audiências públicas convocadas até maio de 2017 foram analisadas.

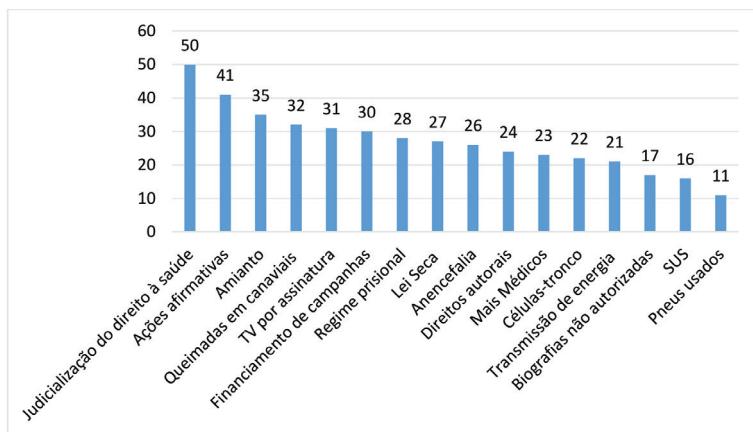
Gráfico 1 – Convocação de audiência pública por ministro<sup>34</sup>

**Fonte:** STF. Elaboração própria (2017).

<sup>34</sup> Cabe esclarecer que a contabilização de 23 convocações de audiências públicas frente à realização de apenas 22 audiências no total se justifica em função da convocação de uma audiência pública simultânea para discutir aspectos dos arts. 10 e 12, II e IV, da Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet (ADI 5.527, Rel. Min. Rosa Weber) – e a suspensão do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais no Brasil (ADPF 403, Rel. Min. Edson Fachin). Haja vista que tanto a ministra Rosa Weber, quanto o ministro Edson Fachin convocaram audiência pública própria, com despachos convocatórios individuais e temas distintos, contabilizamos uma convocação de audiência pública para cada ministro, ainda que tenha havido posterior convocação e realização conjunta de uma mesma audiência para discutir os dois temas simultaneamente.

O Gráfico 2 apresenta o número de especialistas ou expositores participantes por audiência pública. O recorte temporal deste gráfico é de 2007 a 2014. Há casos em que os representantes de uma mesma entidade habilitada a participar optaram por dividir o tempo concedido pelo ministro que presidiu a audiência; neste caso, contabilizamos o número total de pessoas que fizeram sustentações orais. Isto é, o critério adotado não consiste na contagem do número de entidades/expositores divulgados na lista de habilitados, mas sim do número de expositores que efetivamente estiveram presente e que se manifestaram na audiência. A fala dos próprios ministros e das autoridades ou partes que tenham feito considerações iniciais na audiência foram desconsideradas para efeitos desta análise.

**Gráfico 2 – Número de participantes por audiência pública**



**Fonte:** STF. Elaboração própria (2016).

A Tabela 1 indica o número de manifestações de ministros e outros representantes de entidades durante as sustentações orais dos participantes. Empregamos os termos “manifestação” ou “intervenção” em referência à fala de qualquer ator – ministro, procurador, participante, membro da plateia etc. – durante a exposição de determinado participante da audiência pública. Esta manifestação pode ter ocorrido logo após o término de uma exposição ou ao final da audiência pública, quando há referência expressa à fala deste participante. As manifestações do próprio participante que estava fazendo a exposição em resposta às perguntas ou comentários feitos não foram consideradas. Cada nova manifestação foi contabilizada, ainda que determinado ator já tivesse se manifestado durante a fala do mesmo participante. Não foram considerados

os comentários sobre o funcionamento de equipamentos ou demais questões operacionais, bem como os simples agradecimentos.

É possível perceber que o número de manifestações é frequentemente baixo ou mesmo nulo. Vale notar que a possibilidade de intervenção em si depende não só da participação próativa de um ou de alguns poucos ministros/entidades específicas, como da maneira como o ministro relator decide conduzir a audiência pública. No caso da audiência pública sobre anencefalia, por exemplo, o ministro relator Marco Aurélio permitiu ao advogado da parte, Luís Roberto Barroso, que formulasse questões de clarificação. Sozinho, Barroso foi responsável por 51 intervenções durante a fala dos participantes. Já na audiência pública sobre campo eletromagnético de transmissão de energia, o ministro Dias Toffoli e o Procurador-Geral da República Mário Gisi mostraram-se bastante atuantes. Na audiência sobre pesquisas com células-tronco, por sua vez, o alto número de manifestações ocorreu em razão da atuação do ministro Carlos Ayres Britto, que estabeleceu um bloco de perguntas ao final da audiência.

Esta tabela é um indicador relevante da inexistência concreta de um debate público e do exercício do contraditório. Considerando a dupla função atribuída às audiências públicas, temos aqui uma dupla incoerência na prática do STF. Se, por um lado, a função das audiências públicas é de legitimação democrática da jurisdição constitucional, não faz sentido restringir os debates entre os atores envolvidos<sup>35</sup>. Por outro lado, se a sua função é epistêmica, a supressão do debate é também um sinal de que o argumento de autoridade está sendo usado de modo falacioso. Neste caso, não é preciso sequer analisarmos o teor das manifestações em si; basta verificar a sua pouca ou nula frequência. O apelo à opinião do expert será sempre falacioso, constituindo um uso “dogmático” do argumento de autoridade, quando não são admitidos desafios ou questionamentos críticos<sup>36</sup>. Portanto, o número reduzido ou nulo de manifestações, resultante da restrição ao efetivo diálogo durante as audiências públicas, é por si só um indício do uso incoerente do instituto das audiências públicas, seja qual for a função a ele atribuída – política ou epistêmica ou ambas.

Para ilustrar mais essa incoerência, mencionamos a fala emblemática do ministro Marco Aurélio no caso da audiência pública sobre anencefalia. Quando o então

<sup>35</sup> Essa é, por exemplo, uma característica conceitualmente atribuída, à luz de diferentes referências doutrinárias, às audiências públicas (ainda que o foco não fosse as audiências públicas no STF) no relatório de pesquisa “Potencial de Efetividade das Audiências Públicas do Governo Federal”, publicado pelo IPEA em 2013. V. FONSECA, Igor Ferraz da; et al. Potencial de Efetividade das Audiências Públicas do Governo Federal. **Programa de Pesquisa sobre Democracia e Participação do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**, 2013, p. 14. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/relatorio\\_potencial\\_efetividade.pdf](http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/relatorio_potencial_efetividade.pdf)>. Acesso em 04/10/2017>.

<sup>36</sup> WALTON, Douglas. **Appeal to Expert Opinion: Arguments from Authority**. Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 1997. O uso legítimo do argumento de autoridade não deve bloquear o acesso às razões de segunda ordem que justificam a atribuição da autoridade (e.g., credenciais do expert). Estas razões não se confundem com as razões de primeira ordem que são excluídas quando usamos o argumento de autoridade; i.e., as razões do próprio cientista (HARDWIG, John. Epistemic Dependence. **The Journal of Philosophy**, New York, v. 82, n. 7, p. 335-349, 1985; HERDY, Rachel. Dependencia epistémica, antiindividualismo y autoridade en el Derecho. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, Ciudad de México, n. 40, p. 119-146, abr. 2014.).

advogado Barroso questionou a posição de um dos participantes quanto à existência de consenso científico, o ministro rebateu: “Não podemos partir para um debate propriamente dito. A oportunidade não é essa. [...] Pediria, também, em um apelo ao Doutor Luís Roberto Barroso, que evite colocações que possam sugerir o debate, a réplica, a tréplica e, portanto, a projeção no tempo destes trabalhos”<sup>37</sup>.

**Tabela 1 – Manifestações de ministros e outros atores durante a audiência pública**

	Número de participantes	Total de manifestações
Anencefalia	26	81
Transmissão de energia	21	72
Células-tronco	22	26
Biografias não autorizadas	17	8
Ações afirmativas	41	7
SUS	16	4
Lei Seca	27	3
Mais Médicos	23	1
Direitos autorais	24	1
Financiamento de campanhas	30	1
Queimadas em canaviais	32	1
Pneus usados	11	0
Judicialização do direito à saúde	50	0
Regime prisional	28	0

**Fonte:** STF. Elaboração própria (2016).

Na Tabela 2 é possível observar o posicionamento dos participantes de cada audiência pública frente ao pedido da ação proposta perante o STF. Isto é, se os participantes posicionaram-se favorável ou contrariamente ao pedido postulado. Foi considerado o posicionamento expresso ou implícito dos participantes em relação ao pedido. Aquelas que não se posicionaram abertamente em relação ao pedido da ação ou cujo

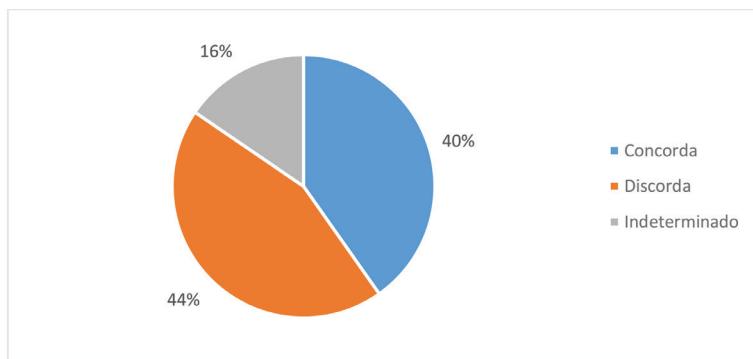
<sup>37</sup> BRASIL. **Notas taquigráficas da audiência pública na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N° 54/DF.** Disponíveis em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54\\_\\_notas\\_dia\\_26808.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_26808.pdf)>, p. 13. Acesso em 02 out. 2017.

posicionamento não restou claro a partir da sua fala foram contabilizados na categoria “indeterminado”. A partir da leitura conjunta desta tabela com o Gráfico 3, na sequência, constata-se que a distribuição dos participantes entre os que concordam ou discordam do pedido é, em geral, equilibrada.

**Tabela 2 – Posicionamento dos participantes frente ao pedido da ação  
(por audiência)**

	Concorda	Discorda	Indeterminado
Anencefalia	16	9	1
Transmissão de energia	12	5	4
Células-tronco	11	11	0
Biografias não autorizadas	14	3	0
Ações afirmativas	12	25	4
SUS	3	12	1
Lei Seca	5	20	2
Mais Médicos	10	10	3
Direitos autorais	11	12	1
Financiamento de campanhas	14	11	5
Queimadas em canaviais	17	7	8
Pneus usados	6	5	0
Judicialização do direito à saúde	12	17	21
Regime prisional	5	16	7

**Fonte:** STF. Elaboração própria (2016).

**Gráfico 3 – Posicionamento dos participantes frente ao pedido da ação (total)**

**Fonte:** STF. Elaboração própria (2016)<sup>38</sup>.

Os dados parecem refletir uma preocupação dos ministros em garantir uma “pluralidade da composição da audiência e dos pontos de vista a serem defendidos”<sup>39</sup>. Isto é, uma busca pela divisão equitativa dos posicionamentos dos participantes da audiência frente ao pedido da ação, o que seria uma forma de se evitar o favorecimento de quaisquer das partes. E tal forma de organização da audiência e admissão de participantes parece estar em consonância com o estabelecido no próprio RISTF de que (art. 154, II): “havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes”<sup>40</sup>.

Há casos nos quais este propósito foi levado ao extremo ao se compartimentar a audiência em “blocos”, cujas composições se deram com base nas correntes de pensamento ou perfil dos participantes. Mas, conforme já demonstrado por Vieira e Corrêa, tal funcionamento pode mostrar-se ineficiente. No caso da audiência pública realizada no âmbito da ADI 3.510 (células-tronco), os autores identificam que a divisão entre um bloco pela constitucionalidade e outro pela inconstitucionalidade pode ser prejudicial “porque, ao ser traçada uma linha definitiva entre os ‘tipos’ de participantes,

<sup>38</sup> Dados referentes às seguintes audiências públicas: pesquisas com células-tronco embrionárias, importação de pneus usados, interrupção de gravidez – feto anencéfalo, judicialização do direito à saúde, políticas de ação afirmativa de acesso ao nível superior, lei seca – proibição de venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias, campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia, queimadas em canaviais, regime prisional, financiamento de campanhas eleitorais, biografias não autorizadas, programa “Mais Médicos”, alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil e internação hospitalar com diferença de classe no SUS.

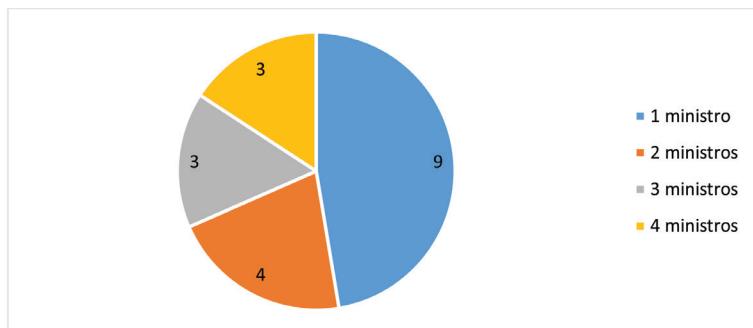
<sup>39</sup> Supremo Tribunal Federal. **Despacho convocatório de audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439/DF**. Dispõe sobre o ensino religioso em escolas públicas. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audiencias-Publicas/anexo/Despacho\\_convocatorio\\_\\_ENSINO\\_RELIGIOSO\\_EM\\_ESCOLAS\\_PUBLICAS.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audiencias-Publicas/anexo/Despacho_convocatorio__ENSINO_RELIGIOSO_EM_ESCOLAS_PUBLICAS.pdf)>, p. 4. Acesso em 02 out. 2017. Critério evidenciado pelo ministro Luís Roberto Barroso para a admissão de participantes na audiência pública.

<sup>40</sup> BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF)**. Brasília: STF, 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInternacional/Anexo/RISTF.pdf>> Acesso em 02 out. 2017.

as manifestações dos mesmos também podem acabar confinadas em um modelo rígido”<sup>41</sup>. Além disso, observamos ainda que o contraditório entre os participantes poderia ser dificultado, haja vista que estes teriam menos possibilidades de expor questões técnicas contrárias ao posicionamento do outro “bloco”. Nesse cenário de apresentação organizada (e, em alguns casos, maniqueísta) de diferentes pontos de vista e, ao mesmo tempo, de inibição de debates entre os especialistas, não é difícil imaginar como os ministros tendem a funcionar mais como árbitros de disputas científicas do que decisões bem informados sobre as visões e valorações da comunidade científica sobre questões de fato<sup>42</sup>. Tais críticas também podem ser extendidas à audiência pública sobre ensino religioso, na qual houve a divisão por perfis de participantes (representante de entidade religiosa ou especialista na área de ensino, por exemplo)<sup>43</sup>.

Finalmente, também foi objeto de levantamento a contabilização da presença dos ministros nas audiências públicas. Conforme o disposto no Gráfico 4, em nove audiências, praticamente a metade, havia apenas um ministro presente. Observa-se que, na prática, o ministro relator sempre comparece. Por vezes, o ministro presidente do STF também se faz presente para iniciar os trabalhos (sessão de abertura) e, não raro, retira-se da sessão logo após o seu pronunciamento. Na minoria dos casos, há outro(s) ministro(s) presentes.

**Gráfico 4 – Ministros presentes por número de audiências públicas realizadas**



**Fonte:** STF. Elaboração própria (2017)<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> VIEIRA, José Ribas; CORRÊA, Letícia França. Audiência Pública Jurisdicional no Supremo Tribunal Federal. In: CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas (Coord.). **Desafios da Constituição: Democracia e Estado no Século XXI**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2011, p. 46.

<sup>42</sup> Sobre esses riscos v. supra, 2.2.

<sup>43</sup> Cf. BRASIL. Vídeos da audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439/DF. Dispõe sobre o ensino religioso em escolas públicas. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Links\\_\\_Audiencia\\_publica\\_\\_Ensino\\_religioso\\_nas\\_escolas\\_publicas.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Links__Audiencia_publica__Ensino_religioso_nas_escolas_publicas.pdf)>. Acesso em 02 out. 2017.

<sup>44</sup> Dados relativos a todas as 19 audiências públicas realizadas até abril de 2017, quais sejam: pesquisas com células-tronco embrionárias, importação de pneus usados, interrupção de gravidez – feio anencéfalo, judicialização do direito à saúde, políticas de ação afirmativa de acesso ao nível superior, lei seca – proibição de venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias, campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia, queimadas em canavais, regime prisional, financiamento de

O Gráfico 5 indica os ministros que participaram das audiências públicas. Foram considerados como presentes os ministros que tenham comparecido por qualquer período de tempo no local em que as audiências públicas estavam sendo realizadas. Gilmar Mendes foi o ministro que mais esteve presente em audiências públicas em geral – participou de sete das dezenove audiências realizadas – e em audiências que não tiveram sido por ele convocadas. O ministro compareceu a uma parte dessas audiências na qualidade de Presidente do STF para a sessão de abertura, retirando-se logo após.

A baixa frequência dos ministros pode estar em parte relacionada ao papel desempenhado pelo ministro relator no STF<sup>45</sup>, que comanda os trabalhos e participa ativamente das audiências públicas. A confiança no relator como o responsável pela coleta das informações e esclarecimentos necessários para a tomada de decisão parece ser um entendimento compartilhado pelos ministros em geral e que pode ser exemplificado a partir da fala do ministro Ricardo Lewandowski no seu voto no RE 586.224/SP (queimadas em canaviais):

*[e]u vou acompanhar o excelente voto do Ministro Luiz Fux [relator], que não apenas examinou as questões constitucionais, infralegais, mas também mergulhou nas questões pragmáticas dessa questão importante que este Supremo Tribunal Federal está decidindo. E eu tenho certeza [de] que chegou a essa conclusão tendo em conta a audiência pública que fez, onde ouviu todas as partes interessadas<sup>46</sup>.*

---

campanhas eleitorais, biografias não autorizadas, programa “Mais Médicos”, alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil, internação hospitalar com diferença de classe no SUS, proibição do uso de amianto, novo marco regulatório para a TV por assinatura no Brasil, ensino religioso em escolas públicas, uso de depósito judicial e novo Código Florestal. Critério de presença adotado neste estudo: foi contabilizado como presente o ministro que tenha comparecido por qualquer período de tempo no local em que a audiência pública estava sendo realizada, ainda que não a tenha acompanhado até o seu término.

<sup>45</sup> Quanto ao papel desempenhado pelo ministro relator no STF, Virgílio Afonso da Silva ressalta a sua importância no processo decisório do tribunal, o que parece ser corroborado a partir da análise das audiências públicas. A partir de entrevistas realizadas com os ministros do STF, Silva afirma que, em geral, estes “[v]eem o papel do relator como decisivo na deliberação. Esse papel é traduzido por expressões como ‘ele baliza todo o debate’, ‘é uma posição preponderante’, ‘ele fixa a moldura do debate’, ‘é um ponto de partida para discussão’. Mesmo assim, há vozes discordantes sobre esse papel preponderante e também indicações de outros papéis decisivos do relator”. SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer?” O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v.1, n.1, 2015. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21>>, p. 188. Acesso em 02 out. 2017. É importante salientar, no entanto, que tal preponderância do ministro relator no processo deliberativo do STF é limitada (especialmente nas decisões mais importantes do tribunal). Sobre o debate cf. ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. “Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/44>>. Acesso em 02 out. 2017; SILVA, Virgílio Afonso da. O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/81/104>>. Acesso em 02 out. 2017.

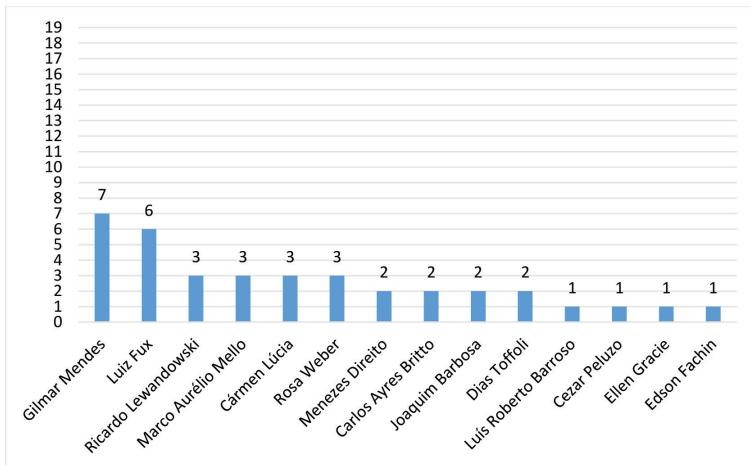
<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 586.224/SP**. Recetes. Estado de São Paulo e Sindicato da Indústria de Fabricação do Álcool do Estado de São Paulo - SIFAESP. Recdos. Câmara Municipal de Paulinia e Município de Paulínia. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 05 mar. 2015, p. 19. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc-TP=TP&docID=8399039>>, p. 68. Acesso em 02 out. 2017.

Como esta fala do ministro Lewandowski sugere, a baixa frequência dos ministros às audiências públicas pode estar relacionada à deferência prestada ao relator do caso. A prática do tribunal parece ser a de os ministros prestarem, na verdade, uma dupla deferência aos relatores quando (i) não comparecem à audiência pública e (ii) não utilizam propriamente os argumentos nela apresentados em seus votos, optando por acompanhar o relator. Nesses casos, os ministros agiriam de tal forma com base em uma confiança no ministro relator, que teria participado da audiência, absorvido as informações levadas por especialistas sobre questões de fato (que podem envolver inclusive questões técnico-científicas) e repassado adequadamente tais informações – cruciais para a realização de inferências jurídicas e para a consequente tomada de decisão naquele caso concreto – para os demais ministros<sup>47</sup>.

Em outras palavras, os ministros parecem entender que a participação e coleta das informações a respeito do que foi discutido nas audiências públicas é uma função própria do ministro relator, sendo opcional para os demais. Comumente, os próprios relatores informam que irão repassar todas as informações colhidas na audiência pública para os outros ministros, que utilizarão os referidos dados nos seus julgamentos. Este é o caso da ministra Cármem Lúcia, que, durante a audiência pública sobre biografias não autorizadas, informou que a gravação da audiência seria entregue a todos os ministros “exatamente para que eles possam, tendo acesso a todos os dados, também se valer de tudo o que foi exposto aqui para a elaboração de seus votos. Claro que todos não podem estar presentes por outros afazeres, mas, de toda sorte, queria fazer esse registro”<sup>48</sup>. Se os ministros realmente assistem aos vídeos e/ou leem as notas taquigráficas das audiências para extrair as informações necessárias para a sua tomada de decisão, é algo que não pode ser averiguado empiricamente a partir da análise dos votos publicados e demais informações disponíveis. Todavia, fato é que a baixa frequência dos ministros às audiências públicas é evidente, bem como o baixo número de referências às audiências e/ou aos especialistas nos votos; e, ainda, que parece existir uma correlação entre esses dois aspectos, conforme demonstraremos no Gráfico 7 a seguir.

<sup>47</sup> A baixa colegialidade e os baixos índices de deliberação que marcam o processo decisório da corte indicam intuitivamente que o papel do relator não é, de fato, tão importante em termos de influência dos votos dos demais ministros como o discurso dos ministros parece fazer crer. V. sobre o assunto SILVA, Virgílio Afonso. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, nr. 3, p. 557-584, 2013.

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Vídeos da audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF.** Dispõe sobre as biografias não autorizadas. Disponível em <[https://www.youtube.com/watch?v=p8B\\_UBERlhQ&list=PLlippyY-19z47snMTqOO3vtRdit5BeN6QVj](https://www.youtube.com/watch?v=p8B_UBERlhQ&list=PLlippyY-19z47snMTqOO3vtRdit5BeN6QVj)>. Acesso em 26 out. 2016. Transcrição própria.

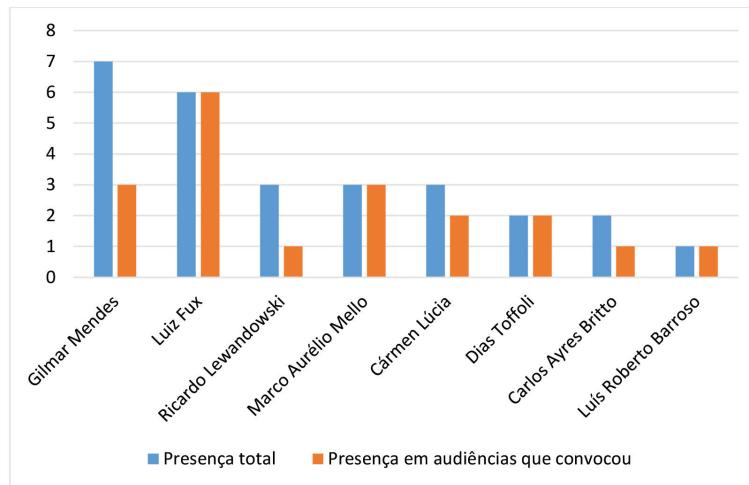
**Gráfico 5 – Presença em audiências públicas por ministro**

**Fonte:** STF. Elaboração própria (2016)<sup>49</sup>.

Além da presença total, no Gráfico 6, correlacionamos os dados a respeito do número de vezes que os ministros individualmente considerados estiveram presentes em audiências públicas com o número de vezes que as convocaram. É possível inferir que os ministros tendem a comparecer às audiências públicas que tenham sido por eles convocadas. O ministro Fux, por exemplo, apesar de ter uma presença comparativamente grande nas audiências públicas em geral (Gráfico 5), apenas compareceu àquelas que convocou (Gráfico 6). Isso nos leva a concluir que os ministros parecem entender que a participação em audiências públicas é um papel do relator do caso, sendo meramente opcional para os demais. Novamente, foram considerados como presentes os ministros que tenham comparecido por qualquer período de tempo no local em que as audiências públicas estavam sendo realizadas.

<sup>49</sup> Dados relativos às seguintes audiências públicas: pesquisas com células-tronco embrionárias, importação de pneus usados, interrupção de gravidez – feto anencéfalo, judicialização do direito à saúde, políticas de ação afirmativa de acesso ao nível superior, lei seca – proibição de venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias, campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia, queimadas em canaviais, regime prisional, financiamento de campanhas eleitorais, biografias não autorizadas, programa "Mais Médicos", alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil, internação hospitalar com diferença de classe no SUS, proibição do uso de amianto, novo marco regulatório para a TV por assinatura no Brasil, ensino religioso em escolas públicas, uso de depósito judicial e novo Código Florestal.

**Gráfico 6 – Presença dos ministros em audiências públicas  
em função da convocação**

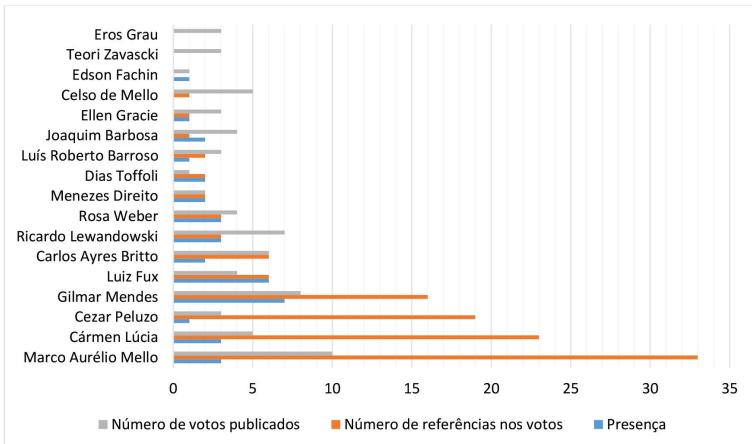


**Fonte:** STF. Elaboração própria (2017)<sup>50</sup>.

No Gráfico 7, é possível correlacionar a presença dos ministros à audiência pública com a quantidade de referências feitas a elas em seus respectivos votos. Consideramos quaisquer citações, sejam elas genéricas, à audiência pública, ou concretas, aos especialistas participantes da audiência pública ou às entidades representadas. Quanto à presença, novamente foram considerados como presentes os ministros que tenham comparecido por qualquer período de tempo no local em que as audiências públicas estavam sendo realizadas.

Os dados deste gráfico devem ser interpretados à luz do número de votos publicados. O número total de referências feita por ministro pode ser afetado em função de um maior ou menor número de votos publicados, alterando os valores apresentados. Interessante destacar que os ministros Zavascki e Eros Grau nunca participaram de uma audiência pública; e, de modo correspondente, tampouco fizeram referências em seus respectivos votos. Esta baixa correlação entre ausência da audiência e ausência de referência no voto pode ser igualmente identificada em relação ao ministro Fachin, que compareceu a apenas uma audiência e sobre ela não teceu quaisquer considerações.

<sup>50</sup> Dados relativos a todas as dezenove audiências públicas realizadas até abril de 2017 (v. nota 44 *supra*).

**Gráfico 7 – Referências às audiências públicas em função**

**Fonte:** STF. Elaboração própria (2016)<sup>51</sup>.

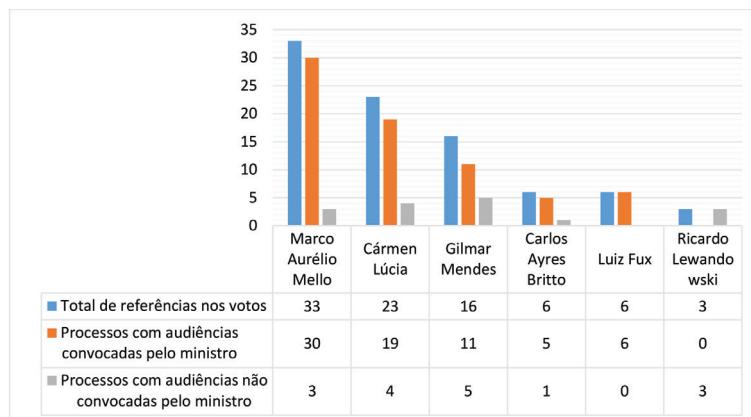
Como era de se esperar, identificamos ainda uma correlação entre o número de referências e as atuações dos ministros como relatores. No Gráfico 8, percebemos que os ministros tendem a fazer referências às audiências públicas em seus votos quando tenham sido responsáveis pela convocação da audiência pública. O ministro Marco Aurélio, por exemplo, é o que mais fez referências aos especialistas em seus votos. Todavia, das 33 referências que ele fez no total, 30 foram feitas em processos cuja audiência pública ele mesmo convocou<sup>52</sup>. Comparativamente, em relação aos demais processos cuja audiência não convocou, fez apenas 3 referências ao que foi dito pelos especialistas. Além da ausência corriqueira dos ministros nas audiências, o grande volume de trabalho dos gabinetes e a não leitura prévia do relatório, que costuma ser conhecido pelos demais ministros apenas na sessão de julgamento, podem explicar – ainda que em parte – o baixo número de referências às audiências públicas pelos ministros não relatores<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Até outubro de 2016, apenas os ministros listados acima tinham votos publicados em processos envolvendo audiências públicas. Dados referentes aos seguintes processos: ADPF 54/DF (anencefalia); ADPF 101/DF (importação de pneus usados); ADI 4650/DF (financiamento de campanhas); SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355 (judicialização do direito à saúde); ADPF 186/DF e RE 597.285/RS (ações afirmativas); ADI 3.510/DF (células-tronco); ADI 4815/DF (biografias não autorizadas); RE 586.224/SP (queimadas em canavais); RE 641320/RS (regime prisional) e ADI 3937/SP (amianto).

<sup>52</sup> O ministro fez 14 referências no seu voto no âmbito do julgamento da ADPF 54/DF (anencefalia) e 16 no seu voto na ADI 3937/SP (amianto). A audiência pública sobre o programa “Mais Médicos” não foi incluída nessa análise, pois nenhum voto havia sido publicado até a conclusão deste estudo (ADI nº 5.037/DF e ADI nº 5.035/DF).

<sup>53</sup> Conforme evidenciado por Virgílio Afonso da Silva a partir dos dados obtidos em entrevistas com ministros do STF: “Há ministros que relativizam o papel do relator. Uma causa citada é o volume de trabalho no STF. Nesse sentido, o ministro C afirmou: Na grande maioria dos casos, os ministros não leem o relatório, basicamente porque há muito serviço para ler, mas também pelo fato de que muitos relatórios são muito extensos [...]. Em outras palavras o relatório, na prática, acaba não exercendo a sua

**Gráfico 8 – Referências em função do número de audiências públicas convocadas**



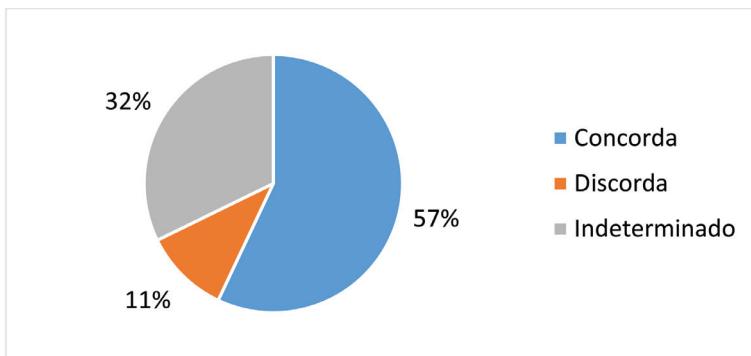
**Fonte:** STF. Elaboração própria (2016)<sup>54</sup>.

No Gráfico 9, verificamos que, quando os ministros fazem referência à audiência pública e citam participantes, em 57% dos casos eles concordam com o que foi dito pelo participante. Há, portanto, uma tendência de os ministros apresentarem informações que corroboram as hipóteses defendidas em seus votos. Esta tendência pode indicar um uso estratégico deliberado das manifestações dos participantes nas audiências públicas ou então mera influência de um viés de confirmação. Cumpre destacar ainda o grande número de casos (32%) em que o participante não se posiciona claramente a respeito do pedido.

A concordância do ministro com o que foi dito na audiência pública foi constatada mediante indicação expressa pelo ministro e/ou através do contexto em que a referência foi feita. Em alguns casos, o participante não se posicionou ou não foi possível determinar o seu posicionamento. Tais casos foram classificados como “indeterminados”.

funcão”. SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer?” O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v.1, n.1, 2015. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21>>, p. 188-189. Acesso em 02 out. 2017. A partir dessa constatação, é plausível supor que os ministros de forma geral também não têm tempo hábil para assistir aos vídeos das audiências públicas, ler suas notas taquigráficas ou mesmo para ler os relatórios, nos quais normalmente consta um “resumo” dos principais argumentos apresentados pelos participantes da audiência pública. Este pode ser o motivo pelo qual os ministros fazem poucas referências às audiências em seus votos. E isso pode evidenciar que os ministros não aproveitam a ocasião da audiência pública para esclarecer todas as suas dúvidas sobre questões que envolvam aspectos técnico-científicos, tendo que buscar informações em outras fontes (v. Gráfico 11, abaixo) ou deixando de embasar adequadamente seus votos ao não considerar tais questões complexas na sua tomada de decisão.

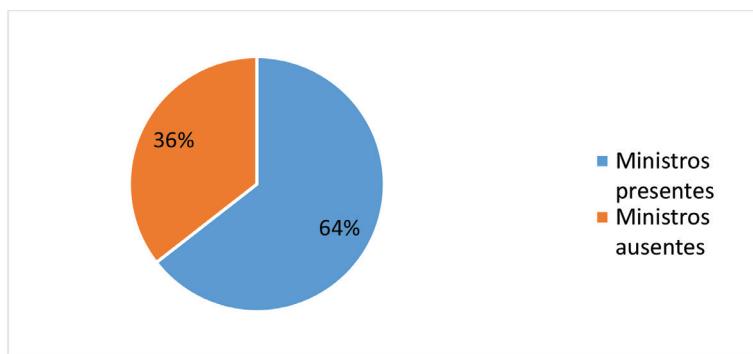
<sup>54</sup> Dados referentes aos seguintes processos: ADPF 54/DF (anencefalia); ADPF 101/DF (importação de pneus usados); ADI 4650/DF (financiamento de campanhas); SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355 (judicialização do direito à saúde); ADPF 186/DF e RE 597.285/RJ (ações afirmativas); ADI 3.510/DF (células-tronco); ADI 4815/DF (biografias não autorizadas); RE 586.224/SP (queimadas em canavais); RE 641320/RS (regime prisional) e ADI 3937/SP (amianto).

**Gráfico 9 – Posicionamento dos ministros frente às suas citações**

**Fonte:** STF. Elaboração própria (2016)<sup>55</sup>.

No Gráfico 10, observamos que os ministros (relatores ou não) que estiveram presentes, ainda que por um curto período de tempo, durante a realização da audiência, tendem a citá-las com maior frequência do que os ministros ausentes. Novamente, consideramos as citações diretas a participantes das audiências públicas e as referências gerais às audiências públicas. Os ministros presentes nas audiências públicas citam-nas em média 5,18 vezes mais do que os ministros ausentes. Além disso, o ministro relator tende a citar em média 10,8 vezes mais as audiências públicas em seus votos do que os demais ministros. Considerando-se que em geral o ministro relator é o responsável pela convocação da audiência e está sempre presente, inferimos que o fator “ser ou não ser relator” é mais relevante do que o fator “estar ou não estar presente”. Toda vez, comparando os ministros “não relatores e presentes” e os ministros “não relatores e ausentes”, observamos que os primeiros fazem mais referências às audiências públicas em seus votos do que os segundos. A partir disso, conclui-se que ambos os fatores “relatoria” e “presença” são relevantes na medida em que interferem na maior ou menor citação das audiências públicas nos votos, tendo um impacto na tomada de decisão.

<sup>55</sup> Dados referentes aos seguintes processos: ADPF 54/DF (anencefalia); ADPF 101/DF (importação de pneus usados); ADI 4650/DF (financiamento de campanhas); SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355 (judicialização do direito à saúde); ADPF 186/DF e RE 597.285/RN (ações afirmativas); ADI 3.510/DF (células-tronco); ADI 4815/DF (biografias não autorizadas); RE 586.224/SP (queimadas em canaviais) e RE 641.320/RS (regime prisional). A decisão do pleno ainda não foi proferida na ADI 3937/SP (amiante), motivo pelo qual a mesma não foi incluída nesta análise.

**Gráfico 10 – Número de citações das audiências públicas nos votos**

**Fonte:** STF. Elaboração própria (2016)<sup>56</sup>.

No Gráfico 11 podemos observar o percentual de referências a especialistas externos (não participantes da audiência pública) em comparação ao percentual de referências às audiências públicas em geral nos votos. Consideramos o número de vezes em que foram feitas citações a participantes da audiência pública ou de argumentos nela apresentados em face da citação a especialistas externos. Não levamos em conta as diferenças nos perfis dos participantes da audiência pública na elaboração deste gráfico (especialista na área em questão ou não). Contudo, em relação aos especialistas externos, consideramos apenas as referências a autoridades específicas na matéria.

Percebemos que, do total de citações feitas, a maior parte (66%) corresponde às audiências públicas. Ainda assim, um percentual relevante de citações (34%) corresponde a especialistas externos. Essas referências externas são informações colhidas pelos próprios ministros ou seus assessores. Vale notar que as referências feitas na ADI 3.510/DF (células-tronco) não foram incluídas. Isso porque, o número de citações a especialistas externos feitas pelo ministro Menezes Direito (65) é muito superior ao número de citações feitas pelos outros ministros nos demais processos analisados. O ministro Menezes Direito cita mais especialistas externos em um único voto do que os outros ministros em todos os votos publicados. Caso incluíssemos os votos referentes a esta audiência pública, haveria uma distorção dos dados, dando a falsa impressão de que, em geral, os ministros citam mais especialistas externos do que participantes das audiências públicas. Embora essa conclusão esteja correta em termos absolutos, tal

<sup>56</sup> Dados referentes aos seguintes processos: ADPF 54/DF (anencefalia); ADPF 101/DF (importação de pneus usados); ADI 4650/DF (financiamento de campanhas); SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355 (judicialização do direito à saúde); ADPF 186/DF e RE 597.285/RS (ações afirmativas); ADI 3.510/DF (células-tronco); ADI 4815/DF (biografias não autorizadas); RE 586.224/SP (queimadas em canaviais), RE 641320/RS (regime prisional) e ADI 3937/SP (amiante). Todos os julgados nos quais audiências públicas foram convocadas e que possuíam ao menos um voto publicado até outubro de 2016 foram analisados.

dado não reflete a prática do tribunal se consideradas as demais audiências públicas analisadas. Ainda assim, em relação a este voto do ministro Menezes Direito, é curioso notar que ele não apenas citou diversos estudos de especialistas externos, como indicou ter entrado em contato diretamente com um deles para o esclarecimento de uma questão controversa sobre o método de retirada da célula do embrião<sup>57</sup>.

A prática de se fazer referência a fontes externas ao processo para o embasamento de questões de fato não é um fenômeno novo, mas a sua maior frequência nos últimos anos tem alterado o caráter da argumentação jurídica<sup>58</sup>. Essa situação pode ser em parte explicada pelo imenso número de dados facilmente à disposição dos julgadores (*big data*). Os avanços na área de tecnologia da informação e comunicação – basta o clique de um botão – permitem que os julgadores tenham acesso a toda sorte de dados para fundamentar suas decisões. Em relação a certas cortes que carecem de mecanismos e institutos para obter informações sobre fatos legislativos que orientam o julgamento de políticas públicas, como parece ser o caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, esta prática pode estar justificada<sup>59</sup>. No caso do STF, contudo, uma vez que existe previsão institucional de um mecanismo específico para que os ministros consultem especialistas em questões de fato, é questionável a legitimidade das referências a especialistas externos.

O alto número de citações a especialistas externos por parte dos ministros pode ser possivelmente explicado por diversos fatores (não necessariamente excludentes entre si). Pode ser um sinal de que as informações fornecidas na audiência pública foram insuficientes para a tomada de decisão, sendo necessário que o ministro investigasse por si só e buscasse a sua própria fonte de informação técnico-especializada. Nesse caso, poderíamos questionar se os critérios de admissibilidade dos participantes e a organização da audiência têm se mostrado adequados para o propósito de suprir deficiências epistêmicas dos ministros. Pode ser ainda um indicador de que a audiência pública não é utilizada pelo ministro como fonte de obtenção de informação técnico-especializada a respeito do tema em questão, funcionando como um instituto retórico, meramente formal. Nesse caso, poderíamos questionar o uso legítimo do argumento de autoridade, especialmente quando ele não apresenta nenhuma outra fonte de dados ou quando a sua fonte é inconsistente com o que a maioria dos especialistas na área afirma<sup>60</sup>. Ou, talvez, o ministro tenha sido tão diligente em seu voto que não só

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF**. Reqte. Procurador-geral da República. Reqdo. Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://redir.Supremo.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=583645#87%20-%20AC%D3RD%C3O%20-%20improcedente>>. Acesso em 27 out. 2016.

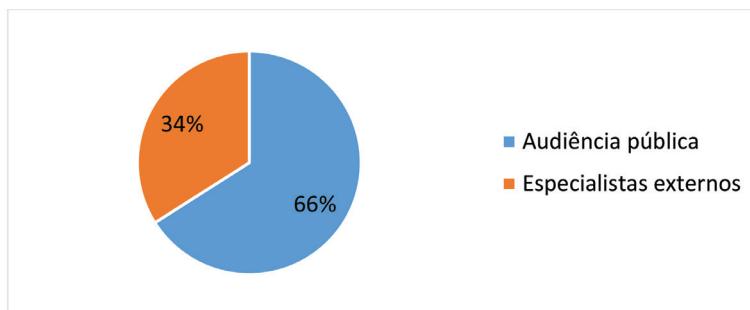
<sup>58</sup> Ver SCHAUER, Frederick; WISE, Virginia. Nonlegal Information and the Delegalization of Law. **Journal of Legal Studies**, Chicago, vol. 29, n. 1, p. 495-515, 2000; LARSEN, Alisson Orr. Confronting Supreme Court Fact Finding. **Virginia Law Review**, Charlottesville, vol. 98, n. 6, p. 1255-1312, oct. 2012.

<sup>59</sup> LARSEN, Alisson Orr. Confronting Supreme Court Fact Finding. **Virginia Law Review**, Charlottesville, vol. 98, n. 6, p. 1255-1312, oct. 2012.

<sup>60</sup> WALTON, Douglas; ZHANG, Nanning. An Argumentation Interface for Expert Opinion Evidence. **Ratio Juris**, [s.l.], v. 29, n. 1,

utilizou as informações apresentadas na audiência pública, como foi além. Este não parece ser o caso quando verificamos que o número total de referências às audiências públicas nos votos é baixo<sup>61</sup>. Nesta hipótese, no entanto, existe o risco da entrada des-controlada da *junk science* no processo decisório e, pior, de que o arbitramento feito pelos ministros entre as manifestações de especialistas e as opiniões pseudocientíficas se dê em favor dessas últimas.

**Gráfico 11 – Referências a especialistas nos votos**



**Fonte:** STF. Elaboração própria (2016)<sup>62</sup>.

Encerramos com o Diagrama 12 abaixo, no qual distribuímos as audiências públicas de acordo com a matéria discutida entre dois polos: *questões de fato* e *questões de direito*. Por se tratar de uma distinção nem sempre fácil de ser estabelecida, a distribuição das audiências públicas foi projetada sobre um espectro, um continuum, considerando a maior ou menor proximidade do assunto discutido às categorias de fato e direito (diferença de grau). Sendo assim, as audiências cuja matéria se aproximavam mais de questões fáticas foram marcadas em azul, enquanto que as mais próximas da categoria jurídica foram indicadas em vermelho. Reconhecemos ainda a existência de uma “zona cinzenta”, consubstanciada por audiências que englobavam tanto questões de fato como de direito em proporção similar ou nas quais não foi possível determinar se o objeto eram questões de fato ou de direito. Em ambos os casos, é difícil a sua aproximação de qualquer um dos polos, motivo pelo qual essas audiências foram alocadas no centro do espectro.

p. 59-82, 2016.

<sup>61</sup> Vide Gráfico 9 *supra*.

<sup>62</sup> Os dados apresentados são referentes aos seguintes processos: ADI 3937/SP (amianto); ADPF 54/DF (anencefalia); ADPF 101/DF (importação de pneus usados); ADI 4650/DF (financiamento de campanhas); SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355 (judicialização do direito à saúde); ADPF 186/DF e RE 597.285/RS (ações afirmativas); ADI 4815/DF (biografias não autorizadas); RE 586.224/SP (queimadas em canavais) e RE 641320/RS (regime prisional).

Cumpre esclarecer que este artigo não objetiva escalonar as audiências públicas, mas apenas indicar uma maior ou menor afinidade com um dos campos estabelecidos. Em função disso, as audiências foram distribuídas aleatoriamente dentro de cada campo do diagrama, não havendo qualquer hierarquização entre elas. Esta classificação das audiências entre os dois polos é, portanto, apenas sugestiva, e levou em consideração a maneira como a matéria a ser esclarecida é descrita no despacho convocatório do ministro relator. Não se considerou, portanto, o perfil dos participantes das audiências públicas. Fosse este aspecto levado em consideração, talvez nenhuma audiência pública pudesse ser classificada como sendo referente a matéria fática. Esta é uma observação importante; pois não é incomum, por exemplo, a constatação de que “especialistas” com qualificações políticas ou jurídicas participam de audiências públicas sobre matéria exclusivamente de fato ou técnica. Ou seja, as audiências públicas que tenham sido convocadas para o esclarecimento de matéria de fato foram assim classificadas à vista de suas respectivas descrições nos despachos convocatórios, ainda que os “especialistas” que tenham efetivamente participado não sejam experts na área específica relevante ou suportem algum tipo de conflito de interesse.

Reconhecemos que a distinção entre uma questão de fato e uma questão de direito é difícil de se manter com facilidade em todos os casos. Fato e valor (ou direito) são, afinal, noções vagas, que resistem a definições precisas. Vale recorrer aqui a um notório artigo sobre vagueza de Bertrand Russell<sup>63</sup>, que expõe a falácia do argumento que afirma que, se não podemos distinguir uma coisa de outra em todos os casos, então a distinção não faz sentido. Ora, ainda que não possamos dizer em relação a todos os homens quem é calvo e quem não é calvo, isto não significa que a calvície não seja um conceito cuja definição possua certa utilidade. Esta ideia foi apropriada por teóricos do direito como HLA Hart, que a empregou para a compreensão do conceito de “direito” e da pretensão de determinação das regras<sup>64</sup>. De modo análogo, para o propósito deste artigo, consideraremos que a distinção entre questões de fato e questões de direito não pode ser satisfeita em todos os casos; mas que, ainda assim, faz sentido mantê-la. Ainda que os conceitos possam ser vagos, podemos identificar um número de casos claros classificáveis sob um rótulo ou outro; além, é claro, de um número de casos obscuros que podemos classificar em algum ponto intermediário no espectro.

As questões de fato podem ser de tipos distintos. Há fatos naturais e fatos sociais ou institucionais. De maneira esquemática, uma questão será considerada de fato quando ela for objeto de uma alegação que pretende estabelecer uma correlação entre dois eventos independentes da vontade humana; isto é, uma alegação dotada de objetividade. Alegações são fáticas porque podem ser verificadas objetivamente, ainda

<sup>63</sup> RUSSEL, Bertrand. Vagueness. *Australasian Journal of Philosophy*, Sidney, vol. 1, n. 2, p. 84-92, 1923.

<sup>64</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: OUP, 1994. p. 124 e ss..

que de modo apenas probabilístico. A título exemplificativo e com base em questões discutidas nas audiências públicas sobre proibição do uso de amianto e políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior, poder-se-ia extrair que a constatação – aqui colocada de forma meramente hipotética – de que o amianto é um mineral altamente cancerígeno e que não há meios de utilizá-lo de forma segura seria um fato natural. Por outro lado, seria um fato social que negros e pardos são menos de 10% dos médicos engenheiros e dentistas brasileiros, mas quase 70% dos garimpeiros, carpinteiros e ambulantes do país. Tais questões diferem daquelas denominadas “de direito” ou “valorativas”, que são objeto de uma alegação que envolve um juízo do preferível, a respeito de valores.

As audiências públicas buscam esclarecer questões de fato com o objetivo exclusivo de proferir uma decisão jurídica, que possui conteúdo moral (valorativo) ou político. Logo, para além de a distinção entre fato e valor ser vaga e de existirem distintos tipos de fato, questões de fato podem ser utilizadas como premissas de argumentos moral ou politicamente sensíveis. Contudo, isso não significa que elas percam a sua natureza fática. Quando se alega que “o diagnóstico da anencefalia é altamente confiável” ou que “a anencefalia é uma condição para a qual não há tratamento”, estas alegações continuam a ser referentes a questões de fato, ainda que se acrescente à linha de argumentação acima a alegação de que “mulheres grávidas de fetos com anencefalia devem poder interromper a gestação”. Portanto, embora, em certo sentido, fatos e valores estejam entrelaçados na argumentação jurídica – no exemplo acima, a afirmação de que “mulheres grávidas de fetos com anencefalia devem poder interromper a gestação” terá maior capacidade de persuasão se estiver apoiada na premissa fática que afirma que “bebês que nascem com anencefalia não são capazes de sobreviver fora do útero” – isso não implica desconsiderar a natureza fática das questões que são (ou pelo menos deveriam ser) discutidas em audiência pública.

**Diagrama 12 – Distribuição das audiências públicas por matéria**



Como o Diagrama 12 indica, as audiências públicas têm sido frequentemente convocadas para a discussão de assuntos que são clara e exclusivamente valorativos.

Este foi o caso, como já dito, da audiência pública sobre biografias não autorizadas. Dentre as questões discutidas, estava a possibilidade de o sujeito da biografia que se sentir ofendido pedir a exclusão de trecho(s) da obra. Ocorreria, neste caso, uma violação à liberdade de expressão do artista? Ora, esta é uma pergunta de natureza estreitamente jurídica, que depende dos valores que queremos proteger. Evidentemente, há casos de difícil classificação e que envolvem – com expressividade similar – tanto questões fáticas quanto questões valorativas. Na audiência sobre o programa “Mais Médicos”, por exemplo, discutiu-se temas como se a contratação de mais médicos para atuar na rede pública é eficaz na melhoria do atendimento à população carente. Há certamente aspectos técnicos envolvidos; mas a questão é própria da área de políticas públicas. Nesses casos, em que questões de valor são discutidas por “especialistas” em audiências públicas, podemos supor que o instituto esteja a ser utilizado de forma retórica. No final das contas, quem são os especialistas em matéria valorativa senão os próprios ministros do STF? A opinião dos “especialistas” parece servir precipuamente para aumentar o poder persuasivo de seus próprios argumentos; não servem a um propósito instrutório ou de esclarecimento.

#### **4. CONCLUSÃO**

Os dez anos de audiências públicas no Supremo revelam mais problemas do que vantagens para o processo decisório da corte. É verdade que a ampla participação de diferentes atores, na esteira do argumento da abertura democrática da jurisdição constitucional, pode atribuir ao instituto um papel simbólico relevante para a sociedade brasileira, ao possibilitar que certas vozes possam se fazer ouvir e certas pautas possam, em uma arena especial, ressoar com mais impacto no debate público. Mas essa é só uma hipótese. O que se tem de fato é que a consolidação desse espaço pretendente democratico não veio sem custos altos para o funcionamento da jurisdição constitucional. Eles estão todos atrelados à disfuncionalidade real das audiências públicas na corte.

O instituto, que parece ter sido concebido para suprir carências epistêmicas dos ministros, reduziu-se a um foro em que convivem, em pé de igualdade e sem critérios claros de diferenciação, opiniões desinformadas com posições de especialistas. Com isso, sobra desorientação para a justificação epistêmica das decisões. Ademais, como os dados apresentados revelam, não há na prática critérios para a convocação de audiências públicas e para a definição de quem está habilitado para delas participar, há baixos níveis de interação e confronto entre os participantes, presença reduzida de ministros, baixa incorporação das audiências nas decisões dos ministros e usos das falas dos participantes nos votos como indícios de confirmações de crenças ou hipóteses preexistentes, o que tende a revelar uso míope ou estratégico. Dado o atual contexto,

se, por um lado, é empiricamente incerto que as anunciadas vantagens trazidas pela compreensão democrática das audiências públicas se realizaram na prática, por outro, esses dez primeiros anos de funcionamento do instituto já trazem problemas suficientes para se questionar sua real utilidade.

Nesse cenário de disfuncionalidade epistêmica e utilidade democrática questionável, as audiências públicas deixam de servir ao principal propósito que justificaria a sua existência na jurisdição constitucional brasileira, já dotada de mecanismos para lidar com os déficits democráticos do Supremo. Se a solução de questões constitucionais depende de conhecimentos sobre questões de fato, a funcionalidade das audiências públicas estaria localizada na sua aptidão para permitir transições controladas entre as incertezas do direito e da ciência.<sup>65</sup> Nesse sentido, as audiências públicas serviriam para garantir maior confiabilidade para as decisões baseadas em juízos sobre fatos proferidos pelos ministros, como os que envolvem, por exemplo, a determinação do potencial cancerígeno de fibras de amianto; a viabilidade da vida extrauterina do feto anencefálico; a identificação dos efeitos da radiação eletromagnética para a saúde das pessoas, e as consequências de uma eventual redução do campo eletromagnético para o fornecimento de energia; e a mensuração dos reais efeitos que a ingestão de álcool pode causar em condutores de veículos.

Em todos esses casos, transições descontroladas entre o direito e a ciência aumentam exponencialmente as incertezas relacionadas à decisão jurídica, pois podem, no limite, colocar juízes como árbitros desinformados de disputas científicas. A prática do Supremo sugere que esse é quase sempre o caso. No melhor cenário, juízes são chamados a lidar com a “competição entre peritos, teorias e métodos academicamente certificados e dignos de deferência epistêmica”<sup>66</sup>. No pior, juízes podem simplesmente sustentar respostas jurídicas para problemas científicos com base em conjecturas, especulações, afirmações sem base metodológica ou tudo o que está compreendido no rótulo *junk science*. Para lidar com essas dificuldades decorrentes da interdisciplinaridade na decisão jurídica, as audiências públicas representariam uma peça que, juntamente com regras de distribuição de ônus e standards de prova, comporiam a engrenagem necessária para que o ingresso de evidências científicas na jurisdição constitucional brasileira ocorresse de maneira estável, controlada e com menor complexidade do ponto de vista do próprio direito.<sup>67</sup> As audiências públicas, assim, desempenhariam um papel fundamental de redução de complexidade no tratamento de evidências científicas na adjudicação. Reduzidas a um simples mecanismo de participação de especialistas e

<sup>65</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. **Interdisciplinaridade e Adjudicação: Caminhos e descaminhos da ciência do direito**. Texto Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2174/TpD%20008%20-%20Schartz%20-%20Interdisciplinaridade%20e%20adjudica%E7%E3o.pdf?sequence=1>>. Acesso em 04/10/2017.

<sup>66</sup> Id., p. 30.

<sup>67</sup> Id., p. 5.

não especialistas, transmutam-se, porém, em fontes de mais incerteza e imprecisão na tomada de decisão jurídica.

## 5. REFERÊNCIAS

**BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF.** Reqte. Procurador-geral da República. Reqdo. Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 03 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Despacho convocatório de audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439/DF.** Dispõe sobre o ensino religioso em escolas públicas. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Despacho\\_convocatorio\\_\\_ENSINO\\_RELIGIOSO\\_EM\\_ESCOLAS\\_PUBLICAS.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Despacho_convocatorio__ENSINO_RELIGIOSO_EM_ESCOLAS_PUBLICAS.pdf)>. Acesso em 02 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 9868/99.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Sancionada em 10 de novembro de 1999. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)> Acesso em 31 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 9882/99.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Sancionada em 03 de dezembro de 1999. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)> Acesso em 31 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Notas taquigráficas da audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP.** Dispõe sobre a proibição do uso de amianto. Disponível em <[http://www.Supremo.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudientesPublicasAcoesAmianto/anexo/Transcricoes\\_Audiencia\\_sobre\\_Amianto\\_Texto\\_consolidado.pdf](http://www.Supremo.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudientesPublicasAcoesAmianto/anexo/Transcricoes_Audiencia_sobre_Amianto_Texto_consolidado.pdf)>, p. 486. Acesso em 26 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Notas taquigráficas da audiência pública nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4901, 4902, 4903 e 4937.** Dispõe sobre o Novo Código Florestal. Disponível em <<http://www.Supremo.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscriesNovoCdigoFlorestal.pdf>>. Acesso em 21 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Notas taquigráficas da audiência pública na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 54/DF.** Disponíveis em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54\\_notas\\_dia\\_26808.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54_notas_dia_26808.pdf)>. Acesso em 02 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário nº 586.224/SP.** Rectes. Estado de São Paulo e Sindicato da Indústria da Fabricação do Álcool do Estado de São Paulo - SIFAESP. Recdos. Câmara Municipal de Paulínia e Município de Paulínia. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 05 mar. 2015, p. 19. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>>, p. 68. Acesso em 02 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF).** Brasília: STF, 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacao/RegimentoInternao/anexo/RISTF.pdf>> Acesso em 20 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Vídeos da audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439/DF.** Dispõe sobre o ensino religioso em escolas públicas. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Links\\_\\_Audiencia\\_publica\\_\\_Ensino\\_religioso\\_nas\\_escolas\\_publicas.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Links__Audiencia_publica__Ensino_religioso_nas_escolas_publicas.pdf)>. Acesso em 02 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Vídeos da audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF.** Dispõe sobre as biografias não autorizadas. Disponível em <[https://www.youtube.com/watch?v=p8B\\_UBERlhQ&list=PLlippyY19Z47snMTqOO3vtRdit5BeN6QVj](https://www.youtube.com/watch?v=p8B_UBERlhQ&list=PLlippyY19Z47snMTqOO3vtRdit5BeN6QVj)>. Acesso em 26 out. 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Por que só maconha? In: Joaquim Falcão, Diego Werneck Arguelhes e Felipe Recondo (Org.). **O Supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016, p. 331-334.

BARROSO, Luís Roberto. A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.

BOGOSSIAN, Andre Martins. "Nos termos do voto do relator": considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, 2016, pp. 263-297. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/44>>. Acesso em 02 out. 2017.

CARVALHO, Flávia Martins de. **Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: uma alternativa democrática?** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito, 2011.

DAVIS, Kenneth Culp. An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 55, n. 1, p. 402-?, 1941-42.

DEWEY, John. **The Public and its Problems**. Ohio University Press, 1927.

FONSECA, Igor Ferraz da; et al. Potencial de Efetividade das Audiências Públicas do Governo Federal. **Programa de Pesquisa sobre Democracia e Participação do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**, 2013, p. 14. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/relatorio\\_potencial\\_efetividade.pdf](http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/relatorio_potencial_efetividade.pdf)>. Acesso em 04/10/2017>.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. **Revista Direto Público**, nr. 60, vol. especial, p. 25-50, nov./dez. 2014.

HAACK, Susan. Irreconcilable Differences? The Troubled Marriage of Science and Law. In: \_\_\_\_\_. **Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the Law**. New York: Cambridge University Press, 2014.

HARDWIG, John. Epistemic Dependence. **The Journal of Philosophy**, New York, v. 82, n. 7, p. 335-349, 1985.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: OUP, 1994.

HERDY, Rachel. Dependencia epistémica, antiindividualismo y autoridade en el Derecho. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, Ciudad de México, n. 40, p. 119-146, abr. 2014.

HERDY, Rachel. Quando a ciência está em jogo, a democracia não importa. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (orgs.). **Onze Supremos: O Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

HUBER, Peter. **Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom**. New York: Basic Books, 1991.

LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta; JOHANN, Rodrigo F. As Audiências Públcas no Supremo Tribunal Federal nos modelos Gilmar Mendes e Luiz Fux: a legitimação técnica e o papel do cientista no laboratório de precedentes. In: VIEIRA, José Ribas, VALLE, Vanice Lírio do, MARQUES, Gabriel Lima (Orgs.). **Democracia e suas Instituições**. Rio de Janeiro: Imo's, 2014.

LARSEN, Alisson Orr. Confronting Supreme Court Fact Finding. **Virginia Law Review**, Charlottesville, vol. 98, n. 6, p. 1255-1312, oct. 2012.

LEAL, Fernando. Para que servem as audiências públicas no STF? **JOTA** [16 jun. 2015]. Disponível em <<https://jota.info/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-Supremo-16062015>>. Acesso em 19 set. 2017.

LEAL, Fernando. Os Impactos dos planos econômicos e a encruzilhada do Supremo. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (orgs.). **Onze Supremos: O Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento, 2016, p. 92-95.

PINTO, Henrique Motta; ROSILHO, André Janjácomo. Qual é a função das audiências públicas do STF: a legitimidade democrática ou a legitimidade técnica? **Sociedade Brasileira de Direito Públco**, 2009.

POST, Robert. **Democracy, Expertise, and Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State**. New Haven: Yale University Press, 2013.

RUSSEL, Bertrand. Vagueness. **Australasian Journal of Philosophy**, Sidney, vol. 1, n. 2, p. 84-92, 1923.

SCHAUER, Frederick. Can Bad Science Be Good Evidence? Neuroscience, Lie-Detection and Beyond. **Cornell Law Review**, New York, v. 95, n. 6, pp. 1191-1219, 2009.

SCHAUER, Frederick; WISE, Virginia. Nonlegal Information and the Delegalization of Law. **Journal of Legal Studies**, Chicago, vol. 29, n. 1, p. 495-515, 2000.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Interdisciplinaridade e Adjudicação: Caminhos e descaminhos da ciência do direito**. Texto Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/>>

handle/10438/2174/TpD%20008%20-%20Schartz%20-%20Interdisciplinaridade%20e%20adjudica%7E%3o.pdf?sequence=1>. Acesso em 04/10/2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 2, 2016, pp. 648-669. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/81/104>>. Acesso em 02 out. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. "Um voto qualquer?" O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, v.1, n.1, 2015, pp. 180-200. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21>>. Acesso em 02 out. 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VESTENA, Carolina Alves. Audiências públicas: diagnóstico empírico sobre os limites da participação social. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 973-1020, out./dez., 2012.

VIEIRA, José Ribas; CORRÊA, Letícia França. Audiência Pública Jurisdicional no Supremo Tribunal Federal. In: CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas (Coord.). **Desafios da Constituição: Democracia e Estado no Século XXI**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2011.

WALTON, Douglas. **Appeal to Expert Opinion: Arguments from Authority**. Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 1997.

WALTON, Douglas; ZHANG, Nanning. An Argumentation Interface for Expert Opinion Evidence. **Ratio Juris**, [s.l.], v. 29, n. 1, p. 59-82, 2016.

# Instruções para autores

## *Instructions for authors*

### **1. SUBMISSÃO DE ARTIGOS**

As propostas de artigos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões, por meio de cadastro no Sistema Eletrônico de Revistas da UFPR e acesso mediante login e senha a ser realizado [neste link](#). Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

### **2. QUALIFICAÇÃO DOS AUTORES**

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

### **3. INEDITISMO E EXCLUSIVIDADE**

Os textos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

## **4. IDIOMAS**

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

## **5. APRESENTAÇÃO DO TEXTO E ELEMENTOS PRÉ-TEXTUAIS**

**5.1.** Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm 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.