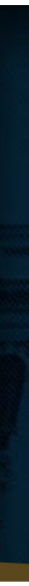


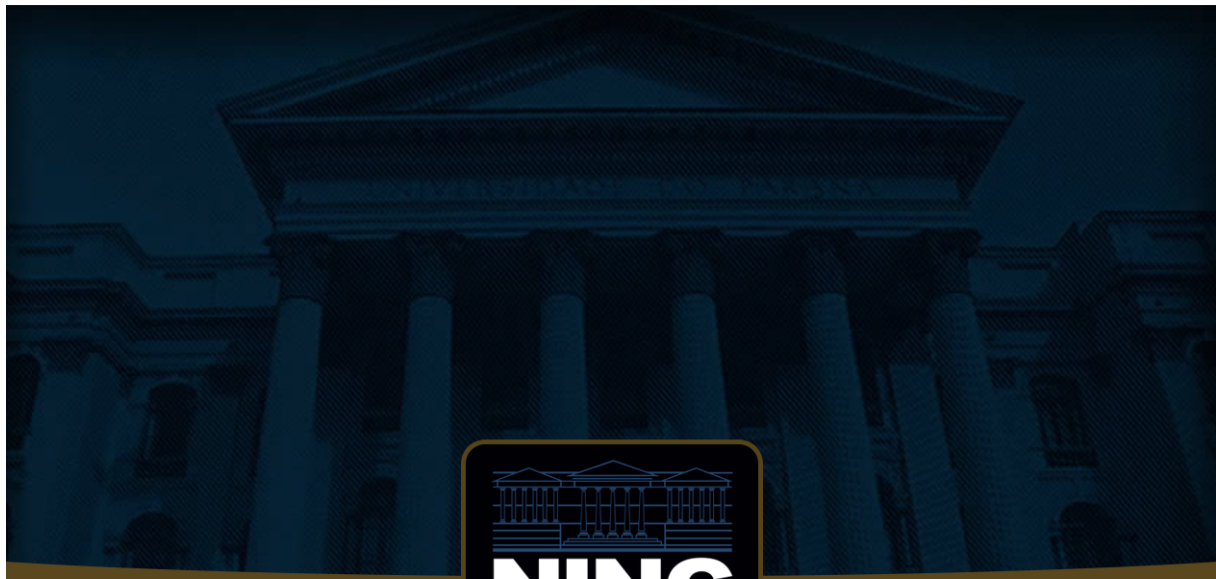


REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 5 | N. 2 | MAIO/AGOSTO 2018 | ISSN 2359-5639





REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 5 | n. 2 | maio/agosto 2018 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br

REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

ISSN: 2359-5639



© 2014 NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR



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

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

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

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

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

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

Quadrimestral.

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

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

CDU 342
CDD 341.2

Catálogo na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – SiBi

Cobertura temática (classificação do CNPq):

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

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

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

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

Objetivo: A Revista de Investigações Constitucionais, fundada no ano de 2014, consiste em periódico científico eletrônico de acesso aberto e periodicidade quadrimestral promovido pelo NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (www.ninc.com.br), 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)

Assistente Editorial

Luzardo Faria (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. Christoph Bezemek (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 Ramon 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.^a Dr.^a Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo – Palermo, Itália)

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

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

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

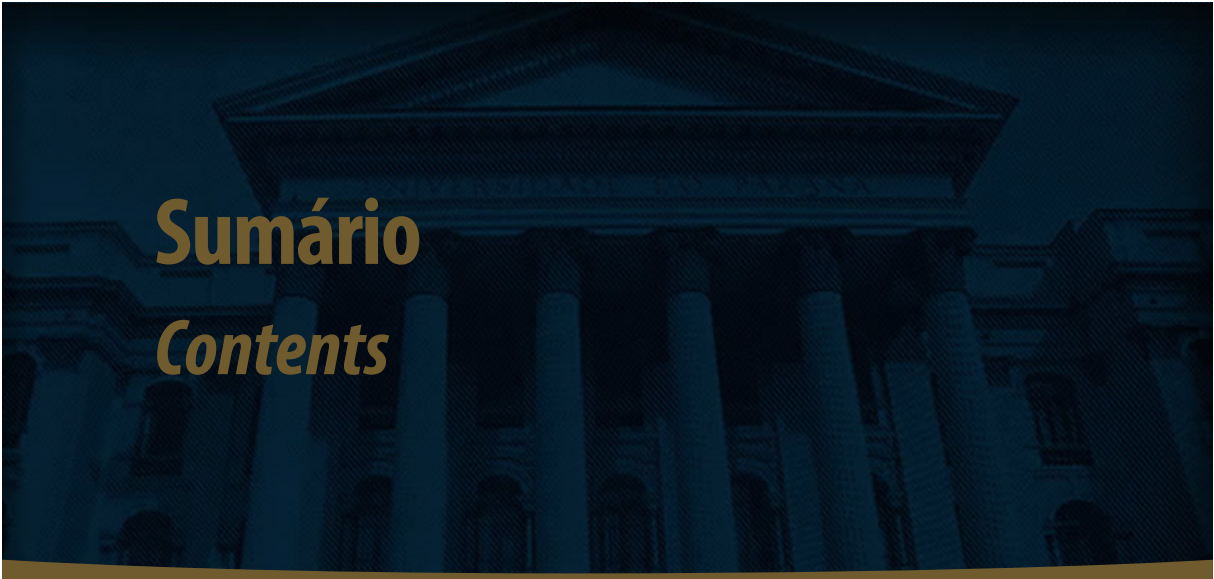
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel – Kiel, Alemanha)

Equipe de Redação e Revisão

Leticia Regina Camargo Kreuz (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Luzardo Faria (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Tailaine Cristina Costa (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)



Sumário

Contents

Editorial – A Revista de Investigações Constitucionais é indexada na base de dados Scopus

Editorial – The Journal of Constitutional Research is covered in the Scopus database

DOI: 10.5380/rinc.v5i2.60507

Daniel Wunder Hachem6

A question to the President of the United States, Donald Trump: is it a travel ban, or a Muslim ban, or a travel Muslim ban?

Uma pergunta ao Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump: trata-se de uma proibição de viajar, de um banimento de muçulmanos ou de uma proibição de muçulmanos viajarem?

DOI: 10.5380/rinc.v5i2.58990

Mohamed Arafa9

Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment

Controle de Convencionalidade e a Emenda Constitucional nº 95/2016: Um caso brasileiro de emenda constitucional inconstitucional

DOI: 10.5380/rinc.v5i2.57577

Yaniv Roznai, Letícia Regina Camargo Kreuz35

Vote value disparity and judicial review in Japan

Disparidade do valor do voto e revisão judicial no Japão

DOI: 10.5380/rinc.v5i2.58989

Yuichiro Tsuji57

Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do *bis in idem*

*Corruption: causes, perspectives and the discussion about the *bis in idem* principle*

DOI: 10.5380/rinc.v5i2.57614

Cristiana Fortini, Ariane Shermam91

Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução

Budget planning and public policies: exploring an alternative of reconciliation by induction

DOI: 10.5380/rinc.v5i2.55250

Vanice Lírio do Valle113

Teoria dos princípios e função jurisdicional

The theory of principles and the jurisdictional function

DOI: 10.5380/rinc.v5i2.56183

Ricardo Marcondes Martins135

Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana

Euthanasia in Brazil: between the Criminal Code and the dignity of the human person

DOI: 10.5380/rinc.v5i2.52151

Gabriella Souza da Silva Barbosa, Federico Losurdo165

Reflexões críticas sobre a declaração de inconstitucionalidade de ofício

Critical reflections on the "ex officio" declaration of unconstitutionality

DOI: 10.5380/rinc.v5i2.51445

Nicola Tommasini, Roberto Baptista Dias da Silva187

Oferta obrigatória de planos de saúde individuais e familiares: livre iniciativa e direito fundamental à boa regulação

Mandatory offer of individual and family healthcare plans: free enterprise and fundamental right to good regulation

DOI: 10.5380/rinc.v5i2.54197

Célia Barbosa Abreu, Dalton Robert Tibúrcio209

Instruções para autores

Instructions for authors

.....235

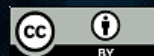
Editorial

Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI:10.5380/rinc.v5i2.60507



Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons

A Revista de Investigações Constitucionais é indexada na base de dados Scopus

The Journal of Constitutional Research is covered in the Scopus database

No ano de 2014, quando demos início aos trabalhos de criação da **Revista de Investigações Constitucionais**, tínhamos como propósito organizar um periódico sério, de alta qualidade editorial, com forte internacionalização e que pudesse atender às rigorosas exigências das mais relevantes bases de dados nacionais e internacionais. A sua indexação em bases como a Web of Science e a Scopus era uma de nossas principais metas, algo que, naquele momento inicial, parecia estar tão distante. Em três anos de existência, conseguimos a indexação na Web of Science. Agora, após quatro anos da fundação do periódico, logramos receber a aceitação da inclusão da revista na prestigiosa base de dados Scopus.

Tais bases de dados admitem pouquíssimas revistas científicas em seu acervo, em razão do elevado rigor utilizado no processo de seleção de periódicos que atendam aos padrões por elas exigidos. A aceitação da indexação de nossa revista nessas bases, notadamente na Scopus, atesta a excelência do árduo trabalho editorial desenvolvido desde a sua criação, razão pela qual agradecemos efusivamente a todas e todos que participaram desse processo, aí incluídos os membros do Conselho Editorial, os Secretários Executivos, os integrantes do Conselho de Pareceristas, as bibliotecárias da UFPR e os autores que, submetendo seus artigos à apreciação do Corpo Editorial, apostaram no êxito deste projeto.

Como citar este editorial | *How to cite this editorial*: HACHEM, Daniel Wunder. Editorial – A Revista de Investigações Constitucionais é indexada na base de dados Scopus. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 6-8, maio/ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.60507

Neste número, o segundo do ano de 2018, publicamos artigos em 2 idiomas (inglês e português), de autores vinculados a 14 instituições de ensino superior de 4 países diferentes: Egito, Israel, Japão e de 5 diferentes Estados da República Federativa do Brasil, com representação das regiões Sul, Sudeste e Nordeste: Paraná, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo e Maranhão. Dos trabalhos publicados, 100% são de Professores Doutores, 33,3% redigidos em língua estrangeira, 33,3% dos artigos são de autores estrangeiros e 92,8% dos autores são exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- A question to the President of the United States, Donald Trump: is it a travel ban, or a Muslim ban, or a travel Muslim ban?

Mohamed Arafa

Adjunct Professor at the Indiana University (Indianapolis, United States of America) and at the Alexandria University (Alexandria, Egypt)

- Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment

Yaniv Roznai

Senior Lecturer at the Radzyner Law School (Herzliya, Israel)

Letícia Regina Camargo Kreuz

Candidate of PhD in Law at the Federal University of Paraná (Curitiba-PR, Brazil)

- Vote Value Disparity and Judicial Review in Japan

Yuichiro Tsuji

Associate Professor at the University of Tsukuba (Tsukuba, Japan)

- Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do *bis in idem*

Cristiana Fortini

Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte-MG, Brasil)

Ariane Shermam

Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte-MG, Brasil)

- Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução

Vanice Lírio do Valle

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

- Teoria dos princípios e função jurisdiccional

Ricardo Marcondes Martins

Professor de Direito Administrativo da Graduação, do Mestrado e do Doutorado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)

- Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana

Gabriella Souza da Silva Barbosa

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – UFMA (São Luís-MA, Brasil)

Federico Losurdo

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – UFMA (São Luís-MA, Brasil)

- Reflexões críticas sobre a declaração de inconstitucionalidade de ofício

Nicola Tommasini

Mestrando em Direito Constitucional na Universidade de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)

Roberto Baptista Dias da Silva

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)

- Oferta obrigatória de planos de saúde individuais e familiares: livre iniciativa e direito fundamental à boa regulação

Célia Barbosa Abreu

Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil)

Dalton Robert Tibúrcio

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil)

Curitiba, maio de 2018.

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

Editor-Chefe da Revista de Investigações Constitucionais



A question to the President of the United States, Donald Trump: is it a travel ban, or a Muslim ban, or a travel Muslim ban?

Uma pergunta ao Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump: trata-se de uma proibição de viajar, de um banimento de muçulmanos ou de uma proibição de muçulmanos viajarem?

MOHAMED ARAFA*

Indiana University School of Law (United States of America)

Alexandria University Faculty of Law (Egypt)

marafa@iupui.edu

Recebido/Received: 18.04.2018 / April 18th, 2018

Aprovado/Approved: 25.04.2018 / April 25th, 2018

Abstract

Recently, the United States Supreme Court passed a victory to the current President Donald J. Trump by revitalizing parts of a travel ban on individuals from six Muslim-majority countries that he alleged is needed for national security and the interests of the United States but that adversaries criticize and claim as biased and discriminatory. The justices lessened the scope of lower court decisions that had entirely blocked crucial parts of a March 6, 2017 executive order that Trump had said was required to avert terrorism attacks, permitting his temporary ban to go into effect for folks with no strong ties to the United States. In this domain, the court issued its order on the last day of its current term and agreed to hear oral arguments again at a later stage, so it can

Resumo

Recentemente, a Suprema Corte dos Estados Unidos aprovou uma vitória do atual presidente, Donald J. Trump, revitalizando partes de uma proibição de viagem de indivíduos de seis países de maioria muçulmana que ele alegou ser necessária para a segurança nacional e os interesses dos Estados Unidos. Os adversários criticam e reivindicam como uma medida tendenciosa e discriminatória. Os juízes diminuíram o escopo das decisões de tribunais inferiores que haviam bloqueado totalmente partes cruciais de uma ordem executiva de 6 de março de 2017 que Trump afirmou ser necessária para evitar ataques terroristas, permitindo que sua proibição temporária fosse efetivada por pessoas sem vínculos fortes com a lei para os Estados Unidos. Neste domínio, o tribunal emitiu a sua ordem no último dia do

Como citar esse artigo/How to cite this article: ARAFA, Mohamed. A question to the President of the United States, Donald Trump: is it a travel ban, or a Muslim ban, or a travel Muslim ban? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 9-33, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.58990.

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

decide lastly whether the ban is legitimate in a foremost test of presidential powers and controls.

Keywords: travel ban; Muslims; US Supreme Court; human rights; immigration law.

atual mandato e concordou em ouvir os argumentos orais novamente numa fase posterior, pelo que pode decidir, por último, se a proibição é legítima em um teste de primeira linha dos poderes e controles presidenciais.

Palavras-chave: proibição de viajar; muçulmanos; Suprema Corte dos EUA; Direitos Humanos; Lei de imigração.

CONTENTS

1. Introduction and overview; 2. Donald Trump's immigration ban and Barak Obama's 2011 policy: any major differences? 3. The legitimacy of Trump's travel Muslim ban: is it constitutional and legal? 3.1. Literature Legal and Political Background; 3.2. But Was It Legal? What Are the Legal Arguments? 4. The Second Revised Executive Order (Travel Ban) and the Supreme Court's Stance; 5. A new gyration on why the travel ban is unconstitutional and the potential expectations of the U.S. Supreme Court on the Muslim ban case: conclusion; 6. References.

1. INTRODUCTION AND OVERVIEW

After his inauguration on January 20, 2017, President Donald J. Trump signed a controversial executive order on January 27, 2017 stumbling all refugee admissions and temporarily barring individuals from seven Muslim-majority countries.¹ The move glimmered several protests and legal challenges. After the issuance of that ban, a federal judge in Seattle suspended it nationally, permitting debarred visitors to travel to the US pending an appeal by the administration.² President Trump and his followers say the debatable executive order makes good on election promises to "Make America Great Again."³ But what is the order, labeled the "Muslim ban" by those standing against it, and

¹ GEORGE, Varghese K. Original Travel Ban Should Have Stayed, Says Donald Trump. **The Hindu**, June 5, 2017. Available at: <<http://www.thehindu.com/news/international/original-travel-ban-should-have-stayed-says-donald-trump/article18724064.ece>>. ("... Mr. Trump ratcheted up his rhetoric against terrorism soon after the London attack. He first criticized the city's Mayor Sadiq Khan. In another tweet, he said: "We must stop being politically correct and get down to the business of security for our people. If we don't get smart it will only get worse." ... "People, the lawyers and the courts can call it whatever they want, but I am calling it what we need and what it is, a TRAVEL BAN!") (last visited Sep. 20, 2017).

² REINL, James, Trump's Muslim Ban Comes into Effect ("As ban on visitors from six Muslim-majority countries kicks in, US-based families of those affected express resentment"). **Aljazeera**, June 29, 2017. Available at: <<http://www.aljazeera.com/news/2017/06/trump-muslim-ban-redefining-family-170629193344749.html>>.

³ FOSTER, Alice. What are the Countries Donald Trump is Banning Travel From? And What Are His Reasons? **Express**, June 27, 2017. Available at: <<http://www.express.co.uk/news/world/761087/Donald-Trump-immigration-ban-what-seven-countries-reasons-US-banning-Muslim-travellers>>. Last visited: 20 sept. 2017. "The US Supreme Court has revived parts of Donald Trump's ban immigration from six predominantly Muslim countries in the Middle East and Africa. But which countries does he want to ban and why?" ("In January, the new US President imposed a controversial 90-day ban on travelers from seven countries – Iran, Iraq, Libya, Somalia, Sudan, Syria and Yemen. But after the ban was lifted by the courts, Mr. Trump issued a new ban that removed Iraq from the list of countries affected by the travel ban. Federal judges blocked the new ban ... But the Supreme Court has now revived parts of the ban, allowing it to go into effect for travelers with no strong ties to the US. Donald Trump tweeted: "Great day for America's future Security and Safety, courtesy of the US. Supreme Court. I will keep fighting for the American people, & WIN!"").

who exactly does it affect? In a series of Twitter posts, Mr. Trump may have irreversibly destabilized his attorneys' efforts to convince the Supreme Court to reinstate his executive order restraining travel from six mainly Muslim countries, according to the major legal scholars.⁴ Saying he favored "the original Travel Ban, not the watered down, politically correct version" he had issued, Trump condemned both the Justice Department and the federal courts.⁵ Moreover, he contradicted his own advisers, who have recommended he was causing a pause in travel, by calling the order "what we need and what it is, a TRAVEL BAN!", as he said it would be executed on "certain DANGEROUS countries" and proposed that anything short of a ban "won't help us protect our people!"⁶ Professor Josh Blackman, a law professor at South Texas College of Law in Houston said that:

There is a reason lawyers generally insist that their clients remain quiet while their cases move forward. "Talkative clients pose distinct difficulties for attorneys, as statements outside the court can frustrate strategies inside the court," "These difficulties are amplified exponentially when the client is the president of the United States, and he continuously sabotages his lawyers, who are struggling to defend his policies in an already hostile arena. I do not envy the solicitor general's office." Even a lawyer with strong ties to the administration said Mr. Trump was hurting his chances in the Supreme Court and undercutting the work of the Justice Department's elite appellate unit [and] he wrote in his own Twitter post, referring to the Office of the Solicitor General and the Supreme Court of the United States. "Sad."

⁴ See: BBC. Trump Travel Ban: Questions About the Revised Executive Order. **BBC News**, July 14, 2017. Available at: <<http://www.bbc.com/news/world-us-canada-39044403>>. Last visited: 20. sept. 2017. "President Donald Trump's second attempt to ban refugees and immigrants from several mostly Muslim countries has faced months of legal to-and-fro. The US Supreme Court is allowing parts of the revised order to be implemented, before it considers the US government's case in full [...] The first executive order, which sparked mass protests and confusion at airports, was halted by the courts... Just hours before a revised version was due to go into effect ..., a judge in Hawaii suspended it nationwide, and it also hit stumbling blocks in several other states before the Supreme Court stepped in."

⁵ REINL, James. Trump's Muslim Ban Comes into Effect ("As ban on visitors from six Muslim-majority countries kicks in, US-based families of those affected express resentment"). **Aljazeera**, June 29, 2017. Available at: <<http://www.aljazeera.com/news/2017/06/trump-muslim-ban-redefining-family-170629193344749.html>>.

⁶ FOSTER, Alice. What are the Countries Donald Trump is Banning Travel From? And What Are His Reasons? **Express**, June 27, 2017. Available at: <<http://www.express.co.uk/news/world/761087/Donald-Trump-immigration-ban-what-seven-countries-reasons-US-banning-Muslim-travellers>>. Last visited: 20 sept. 2017.

⁷ EIVEN, Mitch. Trump Promised to Make America Great Again. May be He Will. Then Again? **Democracy Guardian**, Mar. 2, 2017. Available at: <<https://democracyguardian.com/trump-promised-to-make-america-great-again-may-be-he-will-then-again-6539d7cbe46d>>. "Campaign Promise—Ban all Muslims. Once Donald Trump became President, he switched the promise to Travel Ban and Extreme Vetting of Muslims: The campaign promise presupposes that a majority of Americans want Muslims banned from their nation. Opinion polls have consistently proven this supposition boldly inaccurate. Instead, the 'Muslim Ban' promise could only 'Make America Great Again', if a pending or an imminent threat made America less great. That threat, that fear, only existed in the mind of Donald Trump and the factless, paranoid, collective psyche of his handlers and the most fervent supporters. The rest of us felt pretty darn confident that the current eighteen to twenty-four month vetting process for refugees (from Muslim majority countries) was pretty effective. Factual media reporting and transparent government information seemed to confirm that reality. There simply has not been

David B. Rivkin Jr., an attorney in Ronald Reagan and George Bush's administrations said that some administration supporters said the court should not consider the tweets. While looking beyond the letter of the order might be suitable in domestic policy, the president has an abler hand in foreign policy.⁸ Taking the oath of the United States presidency marks a thoughtful transition from private life to the nation's uppermost public office, and establishes the singular responsibility and independent authority to protect the welfare of the nation that the Constitution reposes in the president.⁹ According to President Trump twitter' posts, he appeared to say that the latest executive order was of a piece with the former one, issued in January, and with his venerable positions.¹⁰ In calling the revised order "politically correct," Trump proposed that his purpose throughout had been to eliminate travelers based on religion and in calling the revised one "watered down," he made it harder for his lawyers to maintain that it was a clean break from the previous one, which had mentioned religion.¹¹ In his online posts, President Trump seemed to deceive a confusion of how two branches of the federal gover-

a terrorist attack on US soil by Muslim refugees. The vast majority of attacks since 9/11 were perpetrated by home grown, self-radicalized terrorists. If President Trump were to successfully "Make America Great Again", he would have promised (and implemented) a solution to a real life, terrifyingly dangerous reality; young people radicalized here at home. That's a much tougher nut to crack."

⁸ EIVEN, Mitch. Trump Promised to Make America Great Again. May be He Will. Then Again? **Democracy Guardian**, Mar. 2, 2017. Available at: <<https://democracyguardian.com/trump-promised-to-make-america-great-again-maybe-he-will-then-again-6539d7cbe46d>>. As a constitutional and legal matter, lawyers in the solicitor general's office filed polished briefs in the Supreme Court and they urged the justices to ignore incendiary statements from Trump during the presidential campaign, comprising a call for a "Muslim ban." Instead, the court should focus on the text of the revised executive order and statements from Mr. Trump after he had taken the inaugural oath to "preserve, protect, and defend the Constitution."

⁹ EIVEN, Mitch. Trump Promised to Make America Great Again. May be He Will. Then Again? **Democracy Guardian**, Mar. 2, 2017. Available at: <<https://democracyguardian.com/trump-promised-to-make-america-great-again-maybe-he-will-then-again-6539d7cbe46d>>.

¹⁰ See MARK, Michelle. It's Not a Muslim Ban: Trump Defends Controversial Executive Order on Refugees as Protests Erupt. **Business Insider**, Jan. 28, 2017. "President Donald Trump defended his executive order barring travelers from seven Muslim-majority countries from entering the US. "It's not a Muslim ban," Trump told reporters in the Oval Office as he signed several executive orders "It's working out very nicely. You see it at the airports, you see it all over . . . Trump's order halted refugee arrivals into the US for 120 days, and it barred citizens of Iraq, Iran, Sudan, Libya, Somalia, and Yemen for 90 days. The order was meant to "protect the United States from foreign nationals entering from countries compromised by terrorism" and implement "a more rigorous vetting process." But the new restrictions caused chaos and confusion at airports across the country, as refugees and even permanent residents of the US were detained by border agents."

¹¹ LING, Sin Yen. Make America Great Again—to the Exclusion of Muslims and Immigrants. **Clearinghouse Community**, May 6, 2017. Available at: <<http://poverty.org/clearinghouse/reruns/immigrants>>. "Donald J. Trump's election as president reminds those of us who identify as immigrants or people of color that America was built on slavery, racism, and white supremacy. No matter how many steps are made toward progress and inclusion, those who are not white are considered the "other" or "foreign." Today exclusionary policies apply not only to Muslims (see, e.g., President Trump's executive order on immigration, commonly known as the "Muslim ban" or the "travel ban") but also to Latinos as the president makes good on his threat to build a border wall and deport "bad hombres." The rhetoric of the Trump campaign and presidency demonizes an entire community. Muslims being characterized as terrorists after 9/11 is analogous to Mexicans being described as "rapists" and "drug dealers"—except that the term "Mexicans" is a stand-in for all noncitizens or immigrants. Trump's campaign slogan, "Make America Great Again," was easily read as making America white or culturally pure again."

nment work, as his harsh condemnation of the Justice Department was inappropriate, as he also recommended that the Justice Department could ask the Supreme Court to enforce a “much tougher version” of his executive order.¹²

Furthermore, insulting judges is also normally a poor litigation policy but he also posted that “the courts are slow and political!”¹³ Trump’s own staff members had insisted it was not a travel ban, for instance the White House press secretary, spent much time of one early briefing explaining reporters not to call it that: “It’s not a travel ban,” “When we use words like travel ban, that misrepresents what it is.” Meanwhile, the secretary of homeland security, John F. Kelly, also denied the phrase and recited “This is not a travel ban, this is a temporary pause that allows us to better review the existing refugee and visa vetting system.”¹⁴ Against this succinct backdrop, this article will examine in Part II, the difference between President Trump’s executive order(s) and President Obama’s executive order and his 2011 policy and its III section, it illustrates the legality of the ban from the legal and constitutional perspectives and will conclude in its final part by the expectations of what is the approach of the United States Supreme Court?

2. DONALD TRUMP’S IMMIGRATION BAN AND BARAK OBAMA’S 2011 POLICY: ANY MAJOR DIFFERENCES?

President Donald Trump defended his executive order momentarily banning citizens from seven majority-Muslim countries by raising a policy set by former President Barack Obama in 2011.¹⁵ He said, “My policy is similar to what President Obama did in 2011

¹² LING, Sin Yen. Make America Great Again—to the Exclusion of Muslims and Immigrants. **Clearinghouse Community**, May 6, 2017. Available at: <<http://povertylaw.org/clearinghouse/reruns/immigrants/>>. The Supreme Court has asked individuals and groups challenging the executive order to file their claims to the government’s briefs and those claims will almost definitely rely on Trump’s tweets in arguing that the justices should not resuscitate the order.

¹³ But the court’s role is restricted to evaluating the lawfulness of the current order. Omar Jadwat, a lawyer with the American Civil Liberties Union said, “It just adds to the mountain of already existing evidence that the government has had to ask the court over and over to ignore,” which represents folks and groups challenging the law. “Blinding the courts to a reality that everyone else is aware of is never an attractive position, but is especially problematic when you have to ignore in real time what’s being said by the president of the United States.” Neal K. Katyal, who represents Hawaii in a separate challenge to the order, said “there was a yawning gap between Mr. Trump’s tweets and his lawyers’ filings. The president’s statements, before, during and after his inauguration, continually demonstrate what his so-called travel ban is really about ... It’s not surprising his story and his tweets don’t match up with what the solicitor general has been trying to say in court.”

¹⁴ Trump’s posts came as Ms. Conway, one of Trump’s advisers went on NBC’s “Today” show and chastised the news media for focusing too much on the president’s Tweets, calling it an “obsession with covering everything he says on Twitter and very little of what he does as president.”

¹⁵ QIU, Linda. Why Comparing Trump’s and Obama’s Immigration Restrictions Is Flawed. **PolitiFact**, Jan. 30, 2017. Available at: <<http://www.politifact.com/truth-o-meter/statements/2017/jan/30/donald-trump/why-comparing-trumps-and-obamas-immigration-restri/>>. “President Donald Trump blamed the media for misreporting his controversial executive order and said it was an extension of former President Barack Obama’s policies. “My policy is similar to what President Obama did in 2011 when he banned visas for refugees from Iraq for six months. The seven countries named in the Executive Order are the same countries previously identified

when he banned visas for refugees from Iraq for six months," the statement said. "The seven countries named in the Executive Order are the same countries previously identified by the Obama's administration as sources of terror." On the other hand, advocates, legal experts, and former Obama administration officers have since criticized the comparison, arguing that the 2011 immigration boundaries, during which Obama's administration slowed its processing of Iraqi refugee applications, was essentially different in intent and logistics.¹⁶ In this regard, Trump's prohibition was much wider than the previous administrations and did not respond to a specific threat.¹⁷ It should be noted that the Obama administration established the policy subsequent to the finding that two men assumed or suspected of making bombs to target American troops in Iraq were living in Kentucky as refugees.¹⁸ And here are some differences between the two strategies raised by legal scholars.

Within the scope of the ban, Obama did not "ban visas for refugees from Iraq for six months," as Trump said – refugees don't travel on visas, but the Obama's administration intensely slowed the processing of refugee requests and "Special Immigrant Visas (SIV)" program launched, meant for Iraqi interpreters who helped US forces, while it extended its screening procedures.¹⁹ Moreover, the Obama government reexamined 58,000 Iraqi refugees who had already been admitted to the US, according to a 2012 congressional hearing.²⁰ In addition, Eric Schwartz, the former assistant secretary of state for population, refugees, and migration, also disputed Trump's comparison between the two policies, as he mentioned "For several months in 2011, there was a lower level of Iraqi resettlement, as the government implemented certain security enhancements [...] there was never a point during that period in which Iraqi resettlement was stopped, or banned, ..."²¹

by the Obama administration as sources of terror," Trump wrote in a Jan. 29 statement. "To be clear, this is not a Muslim ban, as the media is falsely reporting."

¹⁶ FINER, Jon. Sorry, Mr. President: The Obama Administration Did Nothing Similar to Your Immigration Ban. **Foreign Policy**, Jan. 30, 2017. Available at: <<http://foreignpolicy.com/2017/01/30/sorry-mr-president-the-obama-administration-did-nothing-similar-to-your-immigration-ban/>>. Last visited: 20 sept. 2017.

¹⁷ Idem. See also, QIU, Linda. Why Comparing Trump's and Obama's Immigration Restrictions Is Flawed. **PolitiFact**, Jan. 30, 2017. Available at: <<http://www.politifact.com/truth-o-meter/statements/2017/jan/30/donald-trump/why-comparing-trumps-and-obamas-immigration-restri/>>.

¹⁸ Idem. The Obama government conducted a review in 2011 of the vetting procedures implemented to citizens of a single country (Iraq) and then only to refugees and applicants for Special Immigrant Visas (SIVs), created by Congress to assist Iraqis (and later Afghans) who supported the United States in those conflicts.

¹⁹ Idem. Much has been made of Trump's call for "extreme vetting" for nationals of certain nations. The entire purpose of the Obama administration's 2011 review was to improve the already strict vetting to which refugees and SIV applicants were subjected. While many of the details are classified, those difficult procedures, which lead to waiting times of 18-24 months for many Iraqi and Syrian refugees, remain in place today and are continually reviewed by interagency officials.

²⁰ Idem. According to several data from the State Department's Refugee Processing Center, 6,339 Iraqi refugees arrived in the US in 2011, fewer than half the numbers admitted in 2010 and in 2012. Jon Finer, who served as chief of staff to Secretary of State John Kerry and was the director of policy planning at the State Department reported that, "While the flow of refugees slowed significantly during the Obama administration's review, refugees continued to be admitted to the United States during that time, and there was not a single month in which no Iraqis arrived here." *Id.*

²¹ Idem.

So, the 2011 policy intended a narrow group of folks: refugees and Special Immigrant Visa applicants from Iraq, but in contrast, Trump's ban targeted a wide net, excluding millions of individuals across seven countries from approximately every sort of accessible visa.²² In other words, it applies to seven countries with total population more than 130 million and to almost every category of immigrant other than diplomats, including tourists and business travelers.²³

Within the intent, the perspective underlying the two presidents' strategies is also a dramatic difference. The reasoning behind Trump's order was roughly described as to "protect the United States from foreign nationals entering from countries compromised by terrorism" and to impose "a more rigorous vetting process."²⁴ Thus, Trump's order seems *proactive*, anticipating a probable attack, while Obama's 2011 policy was *reactive*, responding to a precise threat: the two Iraqi refugees who had managed to resettle in Kentucky.²⁵ It should be noted that the Obama's strategy inclined to prioritize individuals who had been convicted of explicit and specific criminal offenses or about whom the US government had specific knowledge (intent) that proposed the person was a threat or about to commit an imminent harm and was not based on nationality.²⁶ Trump is correct, though, that the seven countries mentioned in his order had been previously identified by the Obama administration, but those countries – according to the Department of Homeland Security – were named in a 2015 law that revised the US visa-waiver program to "respond to the growing threat from foreign terrorist fighters."²⁷ In other words, while there were delays in processing, there was no absolute ban. Thus far, the Trump government has provided no evidence, nor even declared, that any

²² FINER, Jon. The Obama administration's review was conducted over unevenly a dozen deputies and principals committee meetings, including cabinet and deputy cabinet-level officers from all of the relevant departments and agencies, as the State, Homeland Security, and Justice departments, and the intelligence community. The Trump ban was supposedly drafted by White House politicians and then presented to the applying agencies a *fait accompli*.

²³ Idem

²⁴ Idem.

²⁵ The men had lied about previous terrorism ties on their paperwork for refugee status. In response, and according to the congressional hearing, the Obama government revised the correlated vetting procedures, comprising checking applicants and resettled refugees against certain databases and revising biographic and biometric information.

²⁶ MARK, Michelle. It's Not a Muslim Ban: Trump Defends Controversial Executive Order on Refugees as Protests Erupt. **Business Insider**, Jan. 28, 2017.

²⁷ PIEPER, Moritz. Donald Trump's Travel Ban and Barak Obama's Visa Restrictions Are Not the Same. **News-Week**, Feb. 1, 2017. Available at: <<http://www.newsweek.com/obama-trump-travel-ban-visa-restrictions-threat-us-551085>>. "Donald Trump's executive order on immigration, issued on January 27, 2017, indefinitely bars Syrian refugees from entering the U.S, suspends the admission of all refugees for 120 days and blocks citizens of seven Muslim-majority countries—Iran, Iraq, Libya, Somalia, Sudan, Syria and Yemen—from entering the country for 90 days. Introduced as a policy to "protect its citizens from foreign nationals who intend to commit terrorist attacks in the United States", the order has provoked a storm of protest worldwide. . . "But the plan did not ban the countries' citizens, it just required travelers who had visited those countries since 2011 to apply for a US visa before entering.

specific information or intelligence led to its draconian and bigotry or discriminating policy.

Therefore, there are several reasons to detest the Donald Trump administration's executive order on "Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry to the United States" that it's hard to know where to start. Scholars have already argued expressively about its brutality in singling out the most susceptible in society; its strategic folly in offending countries and individuals the United States needs to assist it fight terrorism (the apparent goal of the order in the first place); its cynical incoherence in using the September 11 attacks on the World Trade Center, as a justification and then exempting the attackers' countries of origin; its ham-handed execution and ever-shifting explanations for how, and to whom, it applies; and, thankfully, its legal weakness on a slew of soon-to-be-litigated grounds, as well as that it may breach the establishment and equal protection clauses of the U.S. Constitution.²⁸ This is not just bad policymaking practice; it led directly to the confusion, adjoining on chaos, that has attended application of the order by agencies that could only start asking questions (such as: "Does this apply to green card holders?") once the train had left the station.²⁹

Foreign governments reminded the U.S. president of his international commitments under international human rights law, and international humanitarian law, such as the Geneva Refugee Convention, of which the U.S. is a signatory.³⁰ One last thing at this point as a sort of background, Obama's "seven countries" taken out of context. Trump's entitled that the seven countries listed in the executive order came from the Obama government is suitably left unexplained. Soon after the December 2015 terrorist attack in San Bernardino, California, President Obama signed an amendment to the Visa Waiver Program, a statute that permits residents of 38 countries to travel to the United States without gaining visas and gives Americans reciprocal rights in those countries based on the general principles of private international law and reciprocity clauses.³¹ The amendment removed from the Visa Waiver Program dual nationals who were citizens of four countries (Iraq, Iran, Sudan, and Syria) or anyone who had lately

²⁸ In light of all that, Trump and his advisors, in order to justify and normalize the order, have made a series of false or misleading arguments regarding steps taken more than five years earlier by the Obama administration.

²⁹ Protests over the order erupted at John F. Kennedy airport – among many others as Chicago, Dallas, and San Francisco – after two Iraqi refugees who had been granted asylum and were carrying valid visas were detained by border agents and denied entry. Hundreds of protesters, wielding signs that read, "No ban, no wall," and, "Refugees welcome." It's unclear how many travelers have been affected by the ban so far, but refugee attorneys say they have been receiving reports of immigrants and refugees being detained at airports across the country.

³⁰ See UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). **The 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Its Relevance in the Contemporary Context**, Feb. 1999. Available at: <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3388.html>>. Last visited: 20 sept. 2017.

³¹ PIEPER, Moritz. Donald Trump's Travel Ban and Barak Obama's Visa Restrictions Are Not the Same. **News-Week**, Feb. 1, 2017. Available at: <<http://www.newsweek.com/obama-trump-travel-ban-visa-restrictions-threat-us-551085>>. Un High Commissioner for Refugees (UNHCR). **The 1951 Convention relating to the**

traveled to those countries and Obama's government added three more to the list (Libya, Somalia, and Yemen), bringing the total to seven.³² But this law did not ban anyone from coming to the United States, it's only required a moderately small percentage of individuals to obtain a visa first and to evade penalizing persons who obviously had good reasons to travel to the relevant countries, as this administration used a waiver provided by Congress for certain travelers, including reporters, journalists, aid workers, and officials from international organizations like the United Nations (diplomats).³³

Thus, the bottom line is that there is no immigration vetting system is excellent, no matter how "extreme." President Obama often said his uppermost priority was keeping Americans safe. In keeping with America's values and ideals, he also worked to create a vetting system that worked more fairly and professionally, mainly for refugees who are – by definition – in harm's condition. Glancing the criticism, now Trump points a finger at Obama. Consequently, President Trump should defend his attitude on its merits, if he can and he should not compare it to his predecessor's.

3. THE LEGITIMACY OF TRUMP'S TRAVEL MUSLIM BAN: IS IT CONSTITUTIONAL AND LEGAL?

In the light of all that, the question is who does travel ban affect?

3.1. Literature legal and political background

Visitors, students, scientists, family members, even permanent residents with green cards have been stopped at airports around the world, plunging customs and arrival zones into several chaos and disorder.³⁴ Former President Barack Obama publicly spoke out against the immigration ban, and acting attorney general Sally Yates was fired after having ordered officials not to enforce the new policy.³⁵ Legally speaking, the provocatively label-

Status of Refugees: Its Relevance in the Contemporary Context, Feb. 1999. Available at: <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3388.html>>. Last visited: 20 sept. 2017.

³² Idem.

³³ Idem.

³⁴ MARK, Michelle. It's Not a Muslim Ban: Trump Defends Controversial Executive Order on Refugees as Protests Erupt. **Business Insider**, Jan. 28, 2017.

³⁵ TAYLOR, Jessica. Obama Criticizes Trump's Travel Ban, Says 'Values Are At Stake'. **NPR**, Jan. 30, 2017. Available at: <<http://www.npr.org/2017/01/30/512487565/obama-criticizes-trumps-immigration-ban-heartened-by-protests>>. "Former President Barack Obama has criticized President Trump's immigration and travel ban issued . . . "heartened by the level of engagement" . . . in opposition to the action. "In his final official speech as President, he spoke about the important role of citizen[s] and how all Americans have a responsibility to be the guardians of our democracy — not just during an election but every day," . . . Citizens exercising their Constitutional right to assemble, organize and have their voices heard by their elected officials is exactly what we expect to see when American values are at stake." See also BOWERMAN, Mary Bowerman. Watch: Sally Yates and Ted Cruz Go Head-to-Head on Trump's Travel Ban. **USA Today**, May 9, 2017. Available at: <<https://www.usatoday.com/story/news/politics/onpolitics/2017/05/09/sally-yates-and-ted-cruz-go-head-to-head-trumps-travel-ban/314018001/>>

led “Visa Waiver Program Improvement and Terrorist Travel Prevention Act” of the December 2015 complicated the visa application process for citizens of Iran, Iraq, Sudan or Syria and made it more problematic for anyone who had visited any of these countries.³⁶

It should be noted that that act created discriminatory blocks for access to the U.S. for scholars, academics, persons with dual nationality, or tourists and while the December 2015 Act was not based on a presidential executive order, Obama could have *vetoed* that congressional piece of legislation, but didn’t.³⁷ The biased and arbitrary classification of these seven countries as “terror threats” stays the same and Saudi Arabia, or other countries with links to the 9/11 committers are not on the list, interpreting Trump’s recreation of the 9/11 terrorist attacks in the executive order vague at best.³⁸ Under the new norms, the U.S. government is detaining folks that have already experienced lengthy vetting procedures.³⁹ Implementing a blanket travel ban against entire nationalities not only transgresses the US commitments made under the umbrella of international law and is controversial constitutionally, it is also considered as irresponsible policy.⁴⁰ *Jihadists* and extreme Islamists groups like *Da’esh* (ISIS) are already celebrating the new travel ban as a propaganda success, strengthening their claim that the U.S. is waging a war on Islam, regardless of Trump’s attempts to emphasize that the travel ban is “not about religion.”⁴¹

“Yates was fired as acting attorney general for refusing to carry out the President’s first iteration of a travel ban . . . During a Senate hearing . . . , Cruz questioned Yates over her refusal to carry out the president’s travel ban on citizens from seven Muslim-majority countries. Cruz read a section of the Immigration and Nationality Act, which allows the president the power to bar immigrants from the country if it’s in the best interest of the country. “Would you agree that is broad statutory authorization,” Cruz asked. Yates fired back that she was familiar with the Immigration and Nationality Act (INA) and spouted out another statute. “I am also familiar with an additional provision of the INA, that says no person shall receive preference or be discriminated against in issuance of a visa because of race, nationality or place of birth,” she said. “That I believe was promulgated after the statute you just quoted and that’s been part of the discussion with the courts, with respect to the INA, was whether this more specific statute trumps the first one you just described.”

³⁶ The limitations intended to avert individuals with ties to countries thought to pose a terror threat from using the Electronic System for Travel Authorization to travel to the U.S. with minimal screening.

³⁷ In this respect, Yemen, Libya, and Somalia were added in February 2016 as “countries of concern” by the Department of Homeland Security, and it was this list of seven countries mentioned in Trump’s executive order.

³⁸ Neither are countries like Turkey or United Arab Emirates, in which the Trump Organization has done business.

³⁹ TAYLOR, Jessica. Obama Criticizes Trump’s Travel Ban, Says ‘Values Are At Stake’ **NPR**, Jan. 30, 2017. Available at: <<http://www.npr.org/2017/01/30/512487565/obama-criticizes-trumps-immigration-ban-heartened-by-protests>>.

⁴⁰ *Id.* BOWERMAN, Mary Bowerman. Watch: Sally Yates and Ted Cruz Go Head-to-Head on Trump’s Travel Ban. **USA Today**, May 9, 2017. Available at: <<https://www.usatoday.com/story/news/politics/onpolitics/2017/05/09/sally-yates-and-ted-cruz-go-head-to-head-trumps-travel-ban/314018001/>>.

⁴¹ ARAFA, Mohamed. Vive la République, Vive la France: Macron’s Foreign Policy in Muslim and Middle Eastern World. **Jurist Commentary**, June 22, 2017. Available at: <<http://www.jurist.org/forum/2017/06/Mohamed-Arafa-vive-la-republique.php>>. “He will never ever call for shutting down Muslims from entering France or mosques (other Islamic institutions) to fight what President Trump called “radical Islamic terrorism”, as he mentioned during his campaign that “Islam hates us” and he “called for a total and complete shutdown of Muslims entering the United States . . .”

Concerning Iran, the new rules have specific political implications. The U.S. committed itself to “refrain from any policy specifically intended to directly and adversely affect the normalization of trade and economic relations with Iran” as part of a nuclear agreement with Iran reached in July 2015. The December 2015 changes to the U.S. visa program had already been criticized as breaching the agreement’s spirit.⁴² As the order was drafted without inter-agency discussions with Homeland Security, the Justice, State, or Defense departments, it is not completely obvious whether the “incompetence mitigates the malevolence” or whether the political signals are deliberate. Law professors along with legal experts have already argued that Trump’s order, is “unconstitutional” and represent a huge “[v]iolation of international law.”⁴³

But what is the order, dubbed the “Muslim Ban” by those rallying against it, and who exactly does it affect? So, the first inquiry should be, what is the order? This first order brings in a suspension of the US Refugee Admissions Program for 120 days; an indefinite ban on Syrian refugees, and anyone arriving from seven Muslim-majority countries – Iraq, Syria, Iran, Libya, Somalia, Sudan, and Yemen – faces a 90-day visa suspension, but some visa categories, such as diplomats and the UN, are not included in the suspension.⁴⁴ Further, the order also introduces a cap of 50,000 refugees to be accepted in 2017, against a limit of 110,000 set by former President Barack Obama; priority will be given to religious minorities facing persecution in their countries (e.g. Christians in Syria as Trump singled out) and exceptions could be made on a case-by-case basis.⁴⁵ Under the same executive order, Green Card holders – permanent legal US residents – from the seven countries were originally subject to the same restrictions, causing widespread concern and confusion.⁴⁶ However, the legal counsel to the president, then issued a

⁴² With Iranian researchers, scholars, businessmen, and family members now stranded at airports and denied entry to the U.S, so the U.S. now is taking steps that destabilize initiatives made in the nuclear deal. It has reinforced Iranian critiques and toughened suspicions about the trustworthiness of U.S. obligations and in retaliation, Iran has already announced that it will ban U.S. visitors. So, in addition to the carefully prepared security argument, the new travel ban is also a strategy that weakens the agreement made with Iran and is hence in line with Trump’s criticism of “one of the worst deals” he has ever seen negotiated.

⁴³ CARASIK, Lauren. The Muslim Ban: Did Trump Really Win? The US Supreme Court’s Decision Does Not Put Trump’s Original Travel Ban Fully in Effect. Here is Why. *Aljazeera*, June 27, 2017. Available at: <<http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2017/06/muslim-ban-trump-win-170627090639940.html>>. “Until the Court issues its final decision, the ban “may not be enforced against foreign nationals who have a credible claim of a *bona fide* relationship with a person or entity in the United States.” That connection would allow those with familial ties and students and employees to enter. But for those who cannot satisfy the requisite connection, the Court held, “the balance tips in favor of the Government’s compelling need to provide for the Nation’s security.”

⁴⁴ See Executive Order No. 13769 in the *Federal Register*, Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States (signed by Donald J. Trump on January 27, 2017), The White House, The Office of Press Secretary, Jan. 27, 2017, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/27/executive-order-protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states> (last accessed Sep. 20, 2107).

⁴⁵ *Id.* See, e.g., *Everson v. Board of Ed. of Ewing Twp.*, 330 U.S. 1, 15 (1947).

⁴⁶ The Department for Homeland Security issued a statement saying that permanent legal residents would be determined on a case-by-case basis.

memo saying the travel ban did not apply to lawful permanent residents of the United States.⁴⁷ The government claimed over and over again that this order is not about religion but about terror and keeping the country safe, as there are over 40 various countries internationally that are majority Muslim that are not affected by this legitimate presidential order.⁴⁸

3.2. But was it legal? What are the legal arguments?

This is being passionately challenged through the US court system, with dozens of lawsuits filed, and the issue ended up in the Supreme Court. It began as a Seattle federal judge suspends the order nationwide, in response to a challenge by the Washington State attorney general, who argued that the executive order violated a clause in the US Constitution that prohibits the favoring of one religion over another.⁴⁹ Then and at later stage, a three-judge panel in the same court rules unanimously against reinstating the ban, after hearing arguments from lawyers from the Department of Justice and Washington State.⁵⁰

In the past, the US used to ban entrants from specific countries and entire regions. But in 1965, the US Congress enacted and passed the Immigration and Nationality Act which said that no person could be “discriminated against in the issuance of an immigrant visa because of the person’s race, sex, nationality, place of birth or place of residence.”⁵¹ So, the exclusion of all Syrians would be sufficient to challenge or remedy Trump’s order in the courts and the fact that they are all Muslim nations lends weight

⁴⁷ CARASIK, Lauren. The Muslim Ban: Did Trump Really Win? The US Supreme Court’s Decision Does Not Put Trump’s Original Travel Ban Fully in Effect. Here is Why. *Aljazeera*, June 27, 2017. Available at: <<http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2017/06/muslim-ban-trump-win-170627090639940.html>>. *supra* note 44. See 8 U.S.C. § 1182(f) & 8 U.S.C. § 1185(a).

⁴⁸ While announcing the plan, Trump cited the attacks of September 11, 2001. But none of the 19 hijackers who committed the attacks came from countries included in the suspension. They were from Saudi Arabia, the United Arab Emirates (UAE), Egypt, and Lebanon. Some pointed out that the list did not include countries where President Trump had business interests, like Saudi Arabia and other areas in the Gulf region.

⁴⁹ BAUMANN, Lisa. Seattle Judge Who Halted First Trump Travel Ban Not Ready to Rule on Second One Originally. *The Associated Press*, Mar. 11, 2017. Available at: <<http://www.seattletimes.com/seattle-news/seattle-federal-judge-not-ready-to-rule-on-blocking-new-travel-ban/>>. U.S. District Judge James Robert said in an order that motions or a complaint over the revised ban need to be filed before he can decide (“A federal judge in Seattle who issued the order temporarily halting nationwide implementation of President Donald Trump’s initial travel ban said . . . that because of procedural reasons he won’t immediately rule on whether his restraining order applies to the new travel ban [. . .] saying the new version discriminates against Muslims and raises the same legal issues as the original.” A request by Trump’s administration for an immediate reinstatement of the order is rejected by the 9th Circuit Court of Appeals in San Francisco, California).

⁵⁰ In a series of tweets since the Seattle ruling, Trump has criticized the suspension, saying the ruling came from a “so-called judge,” and that the courts were “making the job very difficult!” and later describing the courts as “so political.” After the San Francisco appeals court decision, he tweeted “SEE YOU IN COURT.”

⁵¹ See United States: Immigration and Nationality Act (*last amended* March 2004) [United States of America], June 27, 1952, X (8 U.S. Code Chapter 12: 8 U.S.C. § 1182(f)).

to the critics' argument that the order is "anti-Muslim."⁵² On the other hand, supporters of Trump's order mentioned the post-9/11 attacks and the ability of the administration to take measures to protect national security and they cited the president's powers curtailment from a 1952 law on "Inadmissible Aliens" to "suspend the entry" of "any class of aliens" "that he/[she] finds are detrimental to the interest of the US."⁵³ They also suggested that the US presidents can set aside the 1965 law and the most cited example is that of President Jimmy Carter who barred some Iranians during the 1980 hostage crisis.⁵⁴

4. THE SECOND REVISED EXECUTIVE ORDER (TRAVEL BAN) AND THE SUPREME COURT'S STANCE

President Donald Trump's second attempt to bar refugees and immigrants (or even non-immigrants) from several mostly Muslim countries has faced months of legal to-and-fro.⁵⁵ It should be noted that the US Supreme Court – recently – is permitting parts of the revised order to be applied, before it considers the US government's case in full.⁵⁶ The first executive order, which flashed mass demonstrations, confusion at airports, and polarized the nation deeply since a long while, was stopped by the courts.⁵⁷ The original

⁵² CARASIK, Lauren. The Muslim Ban: Did Trump Really Win? The US Supreme Court's Decision Does Not Put Trump's Original Travel Ban Fully in Effect. Here is Why. *Aljazeera*, June 27, 2017. Available at: <<http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2017/06/muslim-ban-trump-win-170627090639940.html>>. See also *Washington v. Trump*, 2017 WL 462040 at *2 (W.D. Wash. Feb.3, 2017).

⁵³ THE WHITE HOUSE. Executive Order No. 13769 in the Federal Register, Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States (signed by Donald J. Trump on January 27, 2017). **The Office of Press Secretary**, Jan. 27, 2017. Available at: <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/27/executive-order-protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states>>. Last accessed: 20 sept. 2017.

⁵⁴ Civil and human rights groups say Trump's order targeted Muslims because of their faith and that no refugees had been convicted of terrorism-related crimes. They also said that the most recent attacks in the US were carried out by US nationals or citizens from the countries not included in the travel ban. For instance, Fort Lauderdale airport shooting (January 2017): A US citizen; Orlando nightclub shooting (June 2016): A US citizen with Afghan parents; San Bernardino shooting (December 2015): A US citizen with Pakistani parents, and a Pakistani citizen; Chattanooga shootings (July 2015): A Kuwait-born US citizen; Charleston church shooting (June 2015): A US citizen, and Boston Marathon bombing (April 2013): Two Russian citizens with Chechen ethnicity.

⁵⁵ See THE WHITE HOUSE. Executive Order No. 13780 in the Federal Register, Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States (signed by Donald J. Trump on January 27, 2017). **The Office of Press Secretary**, Mar. 6, 2017. Available at: <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/27/executive-order-protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states>>. Last accessed: 20 sept. 2017.

⁵⁶ VOGUE, Ariane. Supreme Court Says Grandparents, Relatives Can Enter US Despite Travel Ban. *CNN*, July 19, 2017. Available at: <<http://edition.cnn.com/2017/07/19/politics/supreme-court-travel-ban-grandparents/index.html>>. "In a loss for the Trump administration, the Supreme Court [...] left intact a lower court opinion that temporarily exempts grandparents and other relatives from President Donald Trump's travel ban. The justices did give Trump a partial win on another issue by lifting an order exempting a category of refugees from the travel ban ... Three conservative justices, Samuel Alito, Clarence Thomas, and Neil Gorsuch, [...] they would have allowed the travel ban to remain in effect as it applies to grandparents, grandchildren, aunts, uncles, nieces, nephews, cousins, brothers-in-law and sisters-in-law."

⁵⁷ VOGUE, Ariane. Supreme Court Says Grandparents, Relatives Can Enter US Despite Travel Ban. *CNN*, July 19, 2017. Available at: <<http://edition.cnn.com/2017/07/19/politics/supreme-court-travel-ban-grandparents/index.html>>. "In a loss for the Trump administration, the Supreme Court [...] left intact a lower court opinion

travel ban included Iraq but an exception was made after it – in the second executive order – was pointed out to the administration that numerous interpreters and others who assisted US troops during the war would have been banded from entering the US along in assisting in fighting radical Islamists and defeating terrorist radical groups like ISIS.⁵⁸ Just hours before a reviewed version was due to go into effect, a judge in Hawaii suspended it nationwide, and it also hit stumbling blocks in several other states before the Supreme Court stepped in.⁵⁹ And now, the Supreme Court's fresh decision means that individuals from six mainly Muslim nations and refugees will be temporarily banned from the US unless they have a "credible claim of a *bona fide* relationship with a person or entity" in the country.⁶⁰ This offers a main exception to the ban that specialists say will significantly reduce the number of people who can be denied entry.⁶¹

Therefore, persons from Iran, Libya, Somalia, Sudan, Syria, and Yemen unable to validate the "*bona fide*" connection.⁶² In this respect, the Supreme Court has elaborated some explanation on what this means: "For individuals, a close familial relationship is required" and "as for entities, the relationship must be formal, documented, and formed in the ordinary course, rather than for the purpose of evading" the order.⁶³ In

that temporarily exempts grandparents and other relatives from President Donald Trump's travel ban. The justices did give Trump a partial win on another issue by lifting an order exempting a category of refugees from the travel ban . . . Three conservative justices, Samuel Alito, Clarence Thomas, and Neil Gorsuch, [...] they would have allowed the travel ban to remain in effect as it applies to grandparents, grandchildren, aunts, uncles, nieces, nephews, cousins, brothers-in-law and sisters-in-law."

⁵⁸ Idem

⁵⁹ See Hawaii Judge Dilutes Trump Travel Ban Further By Expanding Family List, **The Guardian**, July 15, 2017. Available at: <<https://www.theguardian.com/us-news/2017/jul/14/trump-travel-ban-family-members-derrick-watson>>. "The Trump administration has asked the supreme court to block a ruling by a federal judge in Hawaii that diluted his travel ban by vastly expanding the list of family relationships with US citizens that visa applicants can use to get into the country. US district judge Derrick Watson . . . ordered the government not to enforce the ban on grandparents, grandchildren, brothers-in-law, sisters-in-law, aunts, uncles, nieces, nephews, and cousins of people in the US. "Common sense, for instance, dictates that close family members be defined to include grandparents," Watson said in his ruling. "Indeed, grandparents are the epitome of close family members." Watson also ruled that the government may not exclude refugees who have formal assurance and promise of placement services from a resettlement agency in the US."

⁶⁰ SHEAR, Michael D.; LIPTAK, Adam. Supreme Court Takes Up Travel Ban Case, and Allows Parts to Go Ahead. **The N.Y. Times**, June 26, 2017. Available at: <<https://www.nytimes.com/2017/06/26/us/politics/supreme-court-trump-travel-ban-case.html>>. "The Supreme Court cleared the way . . . for President Trump to prohibit the entry of some people into the United States from countries he deems dangerous, but the justices imposed strict limits on Mr. Trump's travel ban while they examine the scope of presidential power over the border. Mr. Trump quickly hailed the court's decision to hear arguments on the travel ban [...] that the justices' temporary lifting of some of the legal roadblocks to his ban was a "clear victory" for national security. "As president, I cannot allow people into our country who want to do us harm," Mr. Trump wrote, calling his efforts to limit entry into the country a "suspension" instead of a ban. "I want people who can love the United States and all of its citizens, and who will be hardworking and productive." He later tweeted: "Very grateful for the 9-0 decision from the U.S. Supreme Court. We must keep America SAFE!"

⁶¹ Idem

⁶² Idem. See also VOGUE, Ariane. Supreme Court Says Grandparents, Relatives Can Enter US Despite Travel Ban. **CNN**, July 19, 2017. Available at: <<http://edition.cnn.com/2017/07/19/politics/supreme-court-travel-ban-grandparents/index.html>>.

⁶³ *Id.*

other words, the “*bona fide*” requirement and explained that when the plaintiff makes “an affirmative showing of bad faith” that is “plausibly alleged with sufficient particularity,” courts may “look behind” the challenged action to assess its “facially legitimate justification.” In the absence of such “affirmative showing,” courts have no choice but to defer to the government’s “facially legitimate” reason for the action.

This means a student registered at a US university, or a worker who had accepted an offer of employment in the US or someone invited to, for example, deliver a lecture as a visiting or adjunct professors and scholars would be allowed to enter.⁶⁴ Nevertheless, it also means that anyone trying to engineer a connection with a US organization would be banned, for instance, a non-profit group dedicated to immigration issues may not contact foreign nationals from the nominated countries, add them to client lists, and then secure their entry by requesting injury from their exclusion.⁶⁵ But the Trump government’s interpretation of “close familial relationships” was inadequate, and did not comprise grandparents, grandchildren, brothers-in-law, sisters-in-law, uncles, aunts, nephews, nieces and cousins.⁶⁶ Legal scholars and judges said that “common sense” would show that grandparents “are the epitome of close family members,” and ruled that the ban should not be enforced on all those family members listed above, as they are not terrorists.⁶⁷ Furthermore, those coming in on tourist visas are expected to face special scrutiny, as they unlike those on work, student or family visas, where the connection will be more evident will have to obviously establish a US relationship and refugees without

⁶⁴ See BBC. Trump Travel Ban: Questions About the Revised Executive Order. **BBC News**, July 14, 2017. Available at: <<http://www.bbc.com/news/world-us-canada-39044403>>. Last visited: 20. sept. 2017. “Grandparents, not terrorists’ Hawaii Attorney General Douglas Chin, who challenged both bans in court, said the Supreme Court ruling endorsed Hawaii’s position. “This confirms we were right to say that the Trump administration overreached in trying to unilaterally keep families apart from each other,” . . . The Supreme Court’s decision on the refugee ban could prevent the entry of up to 24,000 refugees connected to a US Resettlement Agency. Mr. Trump’s 50,000 cap on refugee admissions for the year, part of the executive order, has already been reached. This latest legal ruling is temporary while the Ninth Circuit Court of Appeals considers the government’s appeal against a lower court ruling that upheld Hawaii’s challenge to the ban. But Naureen Shah of Amnesty International USA said the decision “jeopardizes the safety of thousands of people across the world including vulnerable families fleeing war and violence.”

⁶⁵ SAMPATHKUMAR, Mythili. Muslim Travel Ban: US Supreme Court to Rule on Donald Trump’s Controversial Policy [Campaign promise hangs in balance after President suffers defeats in lower courts]. **Independent**, June 25, 2017. Available at: <<http://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-politics/us-supreme-court-donald-trump-muslim-travel-ban-ruling-a7807791.html>>. “The US Supreme Court is set to make a ruling on Donald Trump’s controversial travel ban on the last day of its current term. The executive order had put a halt to all travelers from six Muslim-majority countries – Syria, Libya, Iran, Somalia, Sudan, and Yemen – entering the US for 90 days. The Trump administration said the ban was in the best interests of national security. Mr. Trump repeatedly said on the campaign trail: “For a total and complete shutdown of Muslims ... until our country’s representatives can figure out what the hell is going on. We have no choice, we have no choice.” The White House said vetting processes for visas and those attempting to enter as refugees had to be reviewed and strengthened in those 90 days.”

⁶⁶ Idem

⁶⁷ Idem

US connections are also expected to face difficulties.⁶⁸ But the question is, how is the revised order different from the original order? The revised order removed Iraq from the list, after it agreed to boost co-operation with the US, and it also lifted the indefinite ban on Syrian refugees and makes it clear that visa and green card holders from the countries on the list will still be allowed entry, as will dual nationals travelling on a passport from a country not on the list.⁶⁹ Additionally, the revised order also says waivers can be granted on a case-by-case basis, in cases where denying entry would “cause undue hardship.”

The second executive order states that each of the six countries is either considered a state sponsor of terrorism by the US or “has been significantly compromised by terrorist organizations or contains active conflict zones” and this “diminishes the foreign government’s willingness or ability to share or validate essential information about individuals seeking to travel to the United States”, especially after the destruction in their institutional intelligence agencies (police and security enforcement apparatuses, courts, military) to exchange essential and vital information.⁷⁰ Opponents have noted that major attacks such as the 9/11 New York attacks, the Boston Marathon bombing, and the San Bernardino and Orlando nightclub attacks were carried out by people from countries not on the list, such as Saudi Arabia, Kyrgyzstan, and many others or by US-born attackers.⁷¹ And then, what is the Supreme Court doing next?

The US Supreme Court said it would hear arguments on the legality of the revised ban and the court is currently made up of four liberal and five conservative judges, including Trump’s new appointee Justice Neil Gorsuch.⁷² Judges who first suspended –

⁶⁸ SHEAR, Michael D.; LIPTAK, Adam. Supreme Court Takes Up Travel Ban Case, and Allows Parts to Go Ahead. **The N.Y. Times**, June 26, 2017. Available at: <<https://www.nytimes.com/2017/06/26/us/politics/supreme-court-trump-travel-ban-case.html>>. However, the US Committee for Refugees and Immigrants, a non-profit group, said that it was confident it had “an existing relationship with incoming refugees, certified and arranged through the Department of State.”

⁶⁹ Idem

⁷⁰ See U.S. Supreme Court Allows Partial Travel Ban to Take Effect Pending Appeals in October (90-day ban on travelers from 6 mostly Muslim nations stands, unless people can prove U.S. family connection), **The Associated Press**, June 26, 2017. Available at: <<http://www.cbc.ca/news/world/supreme-court-travel-ban-1.4177987>>. “In a statement, Trump called the unanimous decision a “clear victory for our national security,” adding that keeping Americans safe is his “number one responsibility.”

⁷¹ WOLF, Richard; GOMEZ, Alan. Supreme Court Reinstates Trump’s Travel Ban, But Only for Some Immigrants. **USA Today**, June 26, 2017. Available at: <<https://www.usatoday.com/story/news/politics/2017/06/26/supreme-court-reinstates-president-trumps-travel-ban/103134132/>>. “The Supreme Court agreed to let President Trump’s immigration travel ban go into effect for some travelers, reversing the actions of lower federal courts that had put the controversial policy completely on hold. The court also agreed to hear the case involving travelers from six predominantly Muslim countries and international refugees, leaving open the chance that it could reverse [...] verdict if challengers can prove the ban is illegal or unconstitutional.”

⁷² LIPTAK, Adam Liptak; FLEGENHEIMER, Matt, Neil Gorsuch Confirmed by Senate as Supreme Court Justice. **The N.Y. Times**, Apr. 7, 2017. Available at: <<https://www.nytimes.com/2017/04/07/us/politics/neil-gorsuch-supreme-court.html>>. “Judge Neil M. Gorsuch was confirmed by the Senate to become the 113th justice of the Supreme Court, capping a political brawl that lasted for more than a year and tested constitutional norms

and then upheld the suspension – of the first order cited several concerns, as the Justice Department had failed to show the executive order gave enough “notice and a hearing prior to restricting an individual’s ability to travel.”⁷³ Also, there was “no evidence that any alien from any of the countries named in the order” had committed a terrorist attack in the US.⁷⁴ The exclusion of Syrians in the first order was also problematic, as the Immigration and Nationality Act says no person can be “discriminated.” Legal experts said that these bans would cause “irreparable injury” by violating the First Amendment protections against religious discrimination based on the President and his administration’s intention was to ban people based on their religion (religious test), even though the administration says this is not the case and that consider a ban on Muslims and therefore unconstitutional.⁷⁵ So, the crucial question in that legal battle, is it a “Muslim Ban”?

In the same vein, a US district judge in Richmond, Virginia ruled the first order was unconstitutional as it had religious bias at its heart and an appellate court in the same state ruled along the same lines on the second travel ban too.⁷⁶ Also, the Hawaii court dismissed the government’s claim that the ban is *not* anti-Muslim, as it targets all individuals from the six countries, irrespective of religion, and the countries themselves represent only a small fraction of the world’s Muslim population.⁷⁷ The Court recited “The illogic of the government’s contentions is palpable. The notion that one can demonstrate animus toward any group of people only by targeting all of them at once is fundamentally flawed,” the court ruling said, highlighted that the countries’ populations were between 90% and 99% Muslim.⁷⁸ The court also cites statements made by

inside the Capitol’s fraying upper chamber. The moment was a triumph for President Trump, whose campaign appeal to reluctant Republicans . . . rested in large part on his pledge to appoint another committed conservative to succeed Justice Antonin Scalia, who died in February 2016. “As a deep believer in the rule of law, Judge Gorsuch will serve the American people with distinction as he continues to faithfully and vigorously defend our Constitution.”

⁷³ Idem

⁷⁴ WOLF, Richard; GOMEZ, Alan. Supreme Court Reinstates Trump’s Travel Ban, But Only for Some Immigrants. **USA Today**, June 26, 2017. Available at: <<https://www.usatoday.com/story/news/politics/2017/06/26/supreme-court-reinstates-president-trumps-travel-ban/103134132/>>.

⁷⁵ Then, lawyers said and questioned the legality of the move, suggesting the Trump administration cannot override the initial ban with a fresh executive order. Others argued that it is “a Muslim ban by another name”; new ban “remains a discriminatory and unconstitutional attempt to make good on his campaign promise to implement a Muslim ban”; [that] “order is an attack on people based on their religion or national origin”, and “We remain unconvinced [the ban] has more to do with national security than it does with effectuating the President’s promised Muslim ban.”

⁷⁶ SHEAR, Michael D.; LIPTAK, Adam. Supreme Court Takes Up Travel Ban Case, and Allows Parts to Go Ahead. **The N.Y. Times**, June 26, 2017. Available at: <<https://www.nytimes.com/2017/06/26/us/politics/supreme-court-trump-travel-ban-case.html>>

⁷⁷ Idem

⁷⁸ WOLF, Richard; GOMEZ, Alan. Supreme Court Reinstates Trump’s Travel Ban, But Only for Some Immigrants. **USA Today**, June 26, 2017. Available at: <<https://www.usatoday.com/story/news/politics/2017/06/26/supreme-court-reinstates-president-trumps-travel-ban/103134132/>>.

President Trump, such as a 2015 press release calling for “a total and complete shut-down of Muslims entering the United States.”⁷⁹

5. A NEW GYRATION ON WHY THE TRAVEL BAN IS UNCONSTITUTIONAL AND THE POTENTIAL EXPECTATIONS OF THE U.S. SUPREME COURT ON THE MUSLIM BAN CASE: CONCLUSION

When judges blocked Donald Trump’s second attempt to limit travel from a handful of Muslim-majority countries, the 45th president of the US said the rulings were made “for political reasons” and promised to appeal them “all the way to the Supreme Court.”⁸⁰ In this regard, the President faced an uphill battle and complicated situation in both tribunals: the Ninth Circuit which is commonly described as the most liberal and moderate in America; and with six recent Barack Obama appointees, the Fourth Circuit is no longer a bastion of conservatism or textualism.⁸¹

“Judicial Restraint” is often in the eye of the beholder; and the labels liberal and conventional don’t always fit nicely when it comes to determining cases and the context of Judicial Restraint, Justice Antonio Scalia’s brand of originalism/textualism had a philosophical impact on the American jurisprudence, most remarkably in his 2008 Heller decision, his most imperative decision and one in which he used his originalism or textualism perspective.⁸² Justice Scalia found in the Second Amendment not just a collective right but an individual right to bear arms, the Supreme Court’s most vital statement on one of the most controversial matters of our times.⁸³

⁷⁹ ARAFA, Mohamed. *Vive la République, Vive la France: Macron’s Foreign Policy in Muslim and Middle Eastern World*. **Jurist Commentary**, June 22, 2017. Available at: <<http://www.jurist.org/forum/2017/06/Mohamed-Arafa-vive-la-republique.php>>. But the Justice Department says that a distinction should be made between things said as a candidate and as president. In a bid to address religious discrimination issues, the second order removes a section that said refugees “claims should be prioritized on the basis of religious-based persecution, provided that the religion of the individual is a minority religion in the individual’s country of nationality.”

⁸⁰ SAMPATHKUMAR, Mythili. *Muslim Travel Ban: US Supreme Court to Rule on Donald Trump’s Controversial Policy [Campaign promise hangs in balance after President suffers defeats in lower courts]*. **Independent**, June 25, 2017. Available at: <<http://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-politics/us-supreme-court-donald-trump-muslim-travel-ban-ruling-a7807791.html>>. See Int’l Refugee Assistance Project v. Trump, 857 F.3d 554, 572 (4th Cir., 2017); 9th Circuit in California in State of Hawaii v. Trump.

⁸¹ Idem. Justice Scalia called his judicial approach (judicial activism) to the Constitution “originalism” or “textualism.” The idea of Originalism/Textualism is that the Constitution means no more or less than what it meant to those who originally wrote and ratified it. This is a counter-approach to the “living Constitution” idea where the text is interpreted in light of current times, culture and society. The Constitutional principle is Judicial Restraint. As expressed by Justice John Marshall (1801-1835), a central job of the Court, now known as judicial review, is to say what the law is. No Justice, liberal or conservative, not even Justice Scalia’s textualism, sees the Court’s interpretive function as simple, robotic application of crystal clear rules to crystal clear facts.

⁸² See generally SIEGEL, Jonathan R. Siegel. *The Inexorable Radicalization of Textualism*. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 158, n. 1, p. 117-178, dec. 2009.

⁸³ Idem

But as the courts prepare for these hearings, a group of constitutional scholars opposed to Trump's travel restrictions from Iran, Libya, Somalia, Sudan, Syria, and Yemen are urging judges to consider the order in a somewhat different light. The new spin is designed to put the challenge on sounder footing at the circuit courts – and to ready it for a NOT decent trip to the Supreme Court.⁸⁴ Legal scholars filed briefs and memorandums arguing that Trump's executive order is precluded by “the long-settled prohibition on governmental acts based on animus toward a particular religious group.”⁸⁵ The evidence that the travel boundaries are rooted in the president's hostile approach, Xenophobic, Islamophobic, and religiously intolerant public statements toward Muslims is nothing new: both rulings on appeal catalogued a host of public statements in which he promised, as, a “total and complete shutdown of Muslims entering the United States” as signal that the executive order far from evolving a legitimate national security interest primarily targets Muslims and thus violates the First Amendment rule barring the “establishment of religion.”⁸⁶

Legal specialists argues that the lower courts' approach of the executive order is “independently supported” by precedents interpreting the First Amendment's establishment and free-exercise clauses and the Fourteenth Amendment's guarantee of equal protection that have nothing to do with *Lemon* or *McCreary*.⁸⁷ In *Town of Greece v. Galloway*, a 2014 case involving public prayer at town-board meetings, Justice Anthony Kennedy drew the line at supplications that “signal disfavor toward nonparticipants or

⁸⁴ BEYDOUN, Khaled. Donald Trump: The Islamophobia President (Trump rose to power with an Islamophobic campaign and Islamophobia now will become his official policy). *Aljazeera*, Nov. 9, 2016. Available at: <<http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2016/11/donald-trump-islamophobia-president-161109065355945.html>>. “Islamophobia won resoundingly tonight. Instead of the first female president, the United States got its first Islamophobia president. From start to finish, the 2016 presidential election vividly revealed that Islamophobia is alive, and potent and politically resonant as ever. Scapegoating Islam and vilifying Muslims was far more than merely campaign messaging; for Donald Trump, it was a winning strategy. Trump's full-blown Islamophobia resonated deeply with voters. Moreover, it mobilized more than just a fringe or rabid demographic, but a sizable segment of the American polity to cast votes in his favor. Instead of “Islam is peace”, Trump declared that, “Islam hates us”, giving disaffected bigoted voters exactly what they wanted.”

⁸⁵ JOHNSON, Jenna; HAUSLOHNER, Abigail. ‘I Think Islam Hates Us’: A Timeline of Trump's Comments About Islam and Muslims. *The Washington Post*, May 20, 2017. Available at: <https://www.washingtonpost.com/news/post-politics/wp/2017/05/20/i-think-islam-hates-us-a-timeline-of-trumps-comments-about-islam-and-muslims/?utm_term=.dc6b9f635ea1>. Last visited: 20 sept. 2017.

⁸⁶ BEYDOUN, Khaled. Donald Trump: The Islamophobia President (Trump rose to power with an Islamophobic campaign and Islamophobia now will become his official policy). *Aljazeera*, Nov. 9, 2016. Available at: <<http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2016/11/donald-trump-islamophobia-president-161109065355945.html>>.

⁸⁷ But the Hawaii and Maryland prevented orders were grounded in *Lemon v. Kurtzman* and *McCreary v. ACLU*, Supreme Court precedents the scholars acknowledge “remain provocative”. Chief Justice John Roberts and Justices Samuel Alito, Anthony Kennedy, and Clarence Thomas have all stated doubts about *Lemon*; in 1993, the late Antonin Scalia likened the 1971 decision to a “ghoul in a late-night horror movie.” As a judge on the Tenth Circuit court in 2009, Justice Gorsuch noted that lower courts had “jettison[ed]” *Lemon* and the Supreme Court “seemed to eschew it”. So, it would seem to be a planned necessity, as the legal challenge to Trump's travel ban is tuned for the higher courts, to sketch an alternative case for its unconstitutionality.

suggest that their stature in the community was in any way diminished.”⁸⁸ Likewise, in the same case, Justice Alito noted that “discriminatory intent” may turn an otherwise acceptable prayer into a violation of the establishment constitutional clause.⁸⁹

According to George Washington’s scholarly writings, speaking out against religious “bigotry”, Thomas Jefferson saying, the constitution protects “the Jew and the Gentile, the Christian and Mahometan, the Hindoo and infidel”, and James Madison criticizing a law that “degrades from the equal rank of citizens all those whose opinions in religion do not bend to those of the legislative authority”, the Supreme Court’s rejection of official acts expressing religious animus is “of ancient lineage.”⁹⁰ Constitutional and legal scholars argues that the travel ban’s anti-Muslim temperament is apparent in “a review of only post-election and post-inauguration statements by the president and his senior advisors.” For example, when he signed the first executive order in January, Trump read its title (“Protecting The Nation From Foreign Terrorist Entry Into The United States”) and remarked, “we all know what that means.” And after his second order was halted by Judge Watson in Hawaii, Trump called it “a watered-down version of the first order” and said, “I think we ought to go back to the first one.” Even if part of the motivation behind the ban is valid, mixing that interest “with forbidden animus”, the brief explains, “corrupt[s] and distort[s] it.”⁹¹

Leah Litman, a law professor at the University of California, Irvine, thinks the brief may “bear fruit” if the justices “fairly read and apply precedent according to its best reading.” Joshua Matz – the attorney who wrote the brief against President Trump in cooperation with scholars Corey Brettschneider, Micah Schwartzman and Nelson Tebbe – has crafted a persuasive and skillfully targeted argument. In navigating clear of Lemon, citing conservative justices and scholars and prominently quoting the likely swing justice, Kennedy (for whom he clerked), Mr. Matz says that “the rebranding of the case is no mere tactic to attract a Supreme Court majority”, “Justices and jurists of

⁸⁸ See *Galloway v. Town of Greece*, 681 F.3d 20, 22 (2d Cir. 2012). In the case of *Kerry v. Din*, 135 S. Ct. 2128 (2015), the Supreme Court elaborated on the “*bona fide*” requirement and explained that when the plaintiff makes “an affirmative showing of bad faith” that is “plausibly alleged with sufficient particularity,” courts may “look behind” the challenged action to assess its “facially legitimate justification.”

⁸⁹ *Idem*. In their appeal, the plaintiffs dropped the intentional discrimination argument. Thus, the only issue considered by the Second Circuit was whether the town’s prayer practice had the effect of establishing religion.

⁹⁰ And the questions is, does Mr. Trump’s travel ban represent animus toward Muslims? On the surface, the executive order is not hostile to any specific religion: Judge Alex Kozinski of the Ninth Circuit, lamenting that his colleagues did not vote to reconsider his court’s three-judge panel decision against the president’s first executive order. He mocked the approach as an “evidentiary snark hunt.” A candidate for office says, “many things on the campaign trail” that are often “contradictory or inflammatory”, but “the poor shrub’s only intention is to get elected.”

⁹¹ BEYDOUN, Khaled. Donald Trump: The Islamophobia President (Trump rose to power with an Islamophobic campaign and Islamophobia now will become his official policy). *Aljazeera*, Nov. 9, 2016. Available at: <<http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2016/11/donald-trump-islamophobia-president-161109065355945.html>>.

all methodological and ideological views agree that the government cannot act on the basis of animus toward any particular religion”, “This policy squarely offends that rule.” Thus, if the Supreme Court abides by its own long-standing principles, “Trump’s order cannot stand.” As a result, for a law to be found unconstitutional, it generally must be facially discriminatory. Stated another way, the words of the order must evince discriminatory intent. In this case, the Plaintiffs did not dispute that the second travel ban is “facially neutral in terms of religion.” According to the Government, because the travel ban is facially neutral, and it applies in the immigration framework, the “Mandel test”, from the case of *Kleindienst v. Mandel* should apply.⁹² The Mandel test holds that “when the Executive exercises [the power to exclude an alien] on the basis of a facially legitimate and *bona fide* reason, the courts will neither look behind the exercise of that discretion, nor test it by balancing its justification against the [plaintiffs’] First Amendment interests.”⁹³ Because Trump’s remarks regarding his incentives for the travel ban leak with religious fanaticism, prejudice, and animus towards Muslims, it is hard to imagine that the Supreme Court would uphold the travel ban. For the Supreme Court to hold otherwise would be to permit government administrators to make clear and express statements regarding their unconstitutional intentions in passing a statute, only to be able to deny those declarations and assert immunity from judicial review because (1) the courts are unable to know precisely what the politician meant when they made a specific statement; and (2) the court is not even permitted to ask or inquire into what they meant.

Trump’s opinions are obnoxious and hateful to logic and human experience. Trump’s speeches, declarations, and comments cannot be elapsd or ignored and perhaps now is as good a time as any for the current President to absorb the age-old concept that a person’s uncontrolled statements can come back to haunt them. The debate over the Trump White House’s attitude toward Muslims is more than merely academic. Previous presidents have gone out of their way to say their problems are not with Islam as a faith, if only to serve as a public counterbalance to their use of US military power in or against Muslim nations. “The face of terror is not the true faith of Islam,” President George W. Bush said shortly after the 9/11 attacks, “that’s not what Islam is all about. Islam is peace.” President Obama has made comparable remarks, noting that “it’s very important for us to align ourselves with the 99.9% of Muslims who are looking for the same thing we’re looking for, order, peace, prosperity.” Expectations are that the U.S. Supreme Court may decide soon whether to stay the injunctions blocking President Donald Trump’s Muslim Ban.

⁹² See, e.g., *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972).

⁹³ *Idem*.

There's an old saying, "One bad apple spoils the bunch." This holds true when we discuss both the historical and current general perspective of Americans or Westerns towards Arabs and Muslims. Why have I stated Arabs and Muslim throughout this essay? They are separate and diverse peoples. Not every Arab is a Muslim and not every Muslim is an Arab. What have we seen by tracking U.S. immigration policy throughout history? We have seen that the general attitudes of the U.S. towards non-white, non-Christian people to be extremely negative and highly deserving of the word "animus." U.S. courts of the past adopted and supported these same points of view. Animus against Arabs and Muslims was very obvious in the opinions of U.S. courts who classified them among the "undesirables." This facial or *prima facie* animus existed until the reforms of U.S. immigration policy in 1965 with the end of national origin quotas and removal of race/whiteness as a consideration for immigration.

However, the policy changes of 1965 were more in response to geopolitical necessity than to actual changes in attitudes towards Arabs and Muslims. While the animus of the 1900's may be lessened, it is still present today. Western communities have a generally negative view of Arab and Muslim people compared to other immigrant and population groups. In time, this animus may have subsided completely, but a few bad apples – Mir Qazi, Ramzi Yousef, Saddam Hussein, Osama bin Laden, *al-Q'aeda*, and the like have spoiled the basket. Their acts have aided in the rebirthing and maintaining of animus towards Arabic and Muslim peoples. They are not alone in this spoilage. The U.S. must accept some of the blame for allowing these radical groups to promulgate and commit the terrorist acts against humanity which have stricken so much fear and distrust into western society.

Is U.S. immigration policy in the Arab region necessary policy or racial animus? I think it is a combination of both – but the animus is winning right now. The "extreme" tactics and rhetoric promulgated by President Trump and his supporters is a complete showing of animus guised in the veil of legitimate policy. However, given that these groups do exist and that they are a real threat to all persons – not just westerners – legitimate, intelligent policies must be in play to minimize the damage they cause until humanity learns to live with itself peacefully. These policies must be consistent across all races, faiths, and classes of immigrant. The "extreme vetting" of persons from certain states only serves the message of extremists – the U.S. is racist beast that disdains all non-white, non-Christians.

The U.S. is a beautiful place to live with so much promise. When American or westerners call themselves the "Melting Pot," They must ask if they mean this sincerely or not. Do really, they welcome all faiths and races or only those that conform to their certain points of view? In other words, must one assimilate to be part of the melting pot or will they forget animus of the past? I hope so. The world is a much more beautiful place when there is a plethora of colors, shapes, ideas, beliefs, and points of views.

6. REFERENCES

ARAFA, Mohamed. Vive la République, Vive la France: Macron's Foreign Policy in Muslim and Middle Eastern World. **Jurist Commentary**, June 22, 2017. Available at: <<http://www.jurist.org/forum/2017/06/Mohamed-Arafa-vive-la-republique.php>>.

BAUMANN, Lisa. Seattle Judge Who Halted First Trump Travel Ban Not Ready to Rule on Second One Originally. **The Associated Press**, Mar. 11, 2017. Available at: <<http://www.seattletimes.com/seattle-news/seattle-federal-judge-not-ready-to-rule-on-blocking-new-travel-ban/>>.

BBC. Trump Travel Ban: Questions About the Revised Executive Order. **BBC News**, July 14, 2017. Available at: <<http://www.bbc.com/news/world-us-canada-39044403>>. Last visited: 20. sept. 2017.

BEYDOUN, Khaled. Donald Trump: The Islamophobia President (Trump rose to power with an Islamophobic campaign and Islamophobia now will become his official policy). **Aljazeera**, Nov. 9, 2016. Available at: <<http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2016/11/donald-trump-islamophobia-president-161109065355945.html>>.

BOWERMAN, Mary Bowerman. Watch: Sally Yates and Ted Cruz Go Head-to-Head on Trump's Travel Ban. **USA Today**, May 9, 2017. Available at: <<https://www.usatoday.com/story/news/politics/onpolitics/2017/05/09/sally-yates-and-ted-cruz-go-head-to-head-trumps-travel-ban/314018001/>>.

CARASIK, Lauren. The Muslim Ban: Did Trump Really Win? The US Supreme Court's Decision Does Not Put Trump's Original Travel Ban Fully in Effect. Here is Why. **Aljazeera**, June 27, 2017. Available at: <<http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2017/06/muslim-ban-trump-win-170627090639940.html>>.

EIVEN, Mitch. Trump Promised to Make America Great Again. May be He Will. Then Again? **Democracy Guardian**, Mar. 2, 2017. Available at: <<https://democracyguardian.com/trump-promised-to-make-america-great-again-maybe-he-will-then-again-6539d7cbe46d>>.

FINER, Jon. Sorry, Mr. President: The Obama Administration Did Nothing Similar to Your Immigration Ban. **Foreign Policy**, Jan. 30, 2017. Available at: <<http://foreignpolicy.com/2017/01/30/sorry-mr-president-the-obama-administration-did-nothing-similar-to-your-immigration-ban/>>. Last visited: 20 sept. 2017.

FOSTER, Alice. What are the Countries Donald Trump is Banning Travel From? And What Are His Reasons? **Express**, June 27, 2017. Available at: <<http://www.express.co.uk/news/world/761087/Donald-Trump-immigration-ban-what-seven-countries-reasons-US-banning-Muslim-travellers>>. Last visited: 20 sept. 2017.

GEORGE, Varghese K. Original Travel Ban Should Have Stayed, Says Donald Trump. **The Hindu**, June 5, 2017. Available at: <<http://www.thehindu.com/news/international/original-travel-ban-should-have-stayed-says-donald-trump/article18724064.ece>>.

JOHNSON, Jenna; HAUSLOHNER, Abigailr. 'I Think Islam Hates Us': A Timeline of Trump's Comments About Islam and Muslims. **The Washington Post**, May 20, 2017. Available at: <https://www.washingtonpost.com/news/post-politics/wp/2017/05/20/i-think-islam-hates-us-a-timeline-of-trumps-comments-about-islam-and-muslims/?utm_term=.dc6b9f635ea1>. Last visited: 20 sept. 2017.

LING, Sin Yen. Make America Great Again—to the Exclusion of Muslims and Immigrants. **Clearinghouse Community**, May 6, 2017. Available at: <<http://povertylaw.org/clearinghouse/reruns/immigrants>>.

LIPTAK, Adam Liptak; FLEGENHEIMER, Matt, Neil Gorsuch Confirmed by Senate as Supreme Court Justice. **The N.Y. Times**, Apr. 7, 2017. Available at: <<https://www.nytimes.com/2017/04/07/us/politics/neil-gorsuch-supreme-court.html>>.

MARK, Michelle. It's Not a Muslim Ban: Trump Defends Controversial Executive Order on Refugees as Protests Erupt. **Business Insider**, Jan. 28, 2017.

PIEPER, Moritz. Donald Trump's Travel Ban and Barak Obama's Visa Restrictions Are Not the Same. **NewsWeek**, Feb. 1, 2017. Available at: <<http://www.newsweek.com/obama-trump-travel-ban-visa-restrictions-threat-us-551085>>.

QIU, Linda. Why Comparing Trump's and Obama's Immigration Restrictions Is Flawed. **PolitiaFact**, Jan. 30, 2017. Available at: <<http://www.politifact.com/truth-o-meter/statements/2017/jan/30/donald-trump/why-comparing-trumps-and-obamas-immigration-restri/>>.

REINL, James. Trump's Muslim Ban Comes into Effect ("As ban on visitors from six Muslim-majority countries kicks in, US-based families of those affected express resentment"). **Aljazeera**, June 29, 2017. Available at: <<http://www.aljazeera.com/news/2017/06/trump-muslim-ban-redefining-family-170629193344749.html>>.

SAMPATHKUMAR, Mythili. Muslim Travel Ban: US Supreme Court to Rule on Donald Trump's Controversial Policy [Campaign promise hangs in balance after President suffers defeats in lower courts]. **Independent**, June 25, 2017. Available at: <<http://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-politics/us-supreme-court-donald-trump-muslim-travel-ban-ruling-a7807791.html>>.

SHEAR, Michael D.; LIPTAK, Adam. Supreme Court Takes Up Travel Ban Case, and Allows Parts to Go Ahead. **The N.Y. Times**, June 26, 2017. Available at: <<https://www.nytimes.com/2017/06/26/us/politics/supreme-court-trump-travel-ban-case.html>>.

SIEGEL, Jonathan R. Siegel. The Inexorable Radicalization of Textualism. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 158, n. 1, p. 117-178, dec. 2009.

TAYLOR, Jessica. Obama Criticizes Trump's Travel Ban, Says 'Values Are At Stake'. **NPR**, Jan. 30, 2017. Available at: <<http://www.npr.org/2017/01/30/512487565/obama-criticizes-trumps-immigration-ban-heartened-by-protests>>.

THE WHITE HOUSE. Executive Order No. 13769 in the Federal Register, Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States (signed by Donald J. Trump on January 27, 2017). **The Office of Press Secretary**, Jan. 27, 2017. Available at: <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/27/executive-order-protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states>>. Last accessed: 20 sept. 2017.

U.S. Supreme Court Allows Partial Travel Ban to Take Effect Pending Appeals in October (90-day ban on travelers from 6 mostly Muslim nations stands, unless people can prove U.S. family connection). **The Associated Press**, June 26, 2017. Available at: <<http://www.cbc.ca/news/world/supreme-court-travel-ban-1.4177987>>.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). **The 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Its Relevance in the Contemporary Context**, Feb. 1999. Available at: <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3388.html>>. Last visited: 20 sept. 2017.

VOGUE, Ariane. Supreme Court Says Grandparents, Relatives Can Enter US Despite Travel Ban. **CNN**, July 19, 2017. Available at: <<http://edition.cnn.com/2017/07/19/politics/supreme-court-travel-ban-grandparents/index.html>>.

WOLF, Richard; GOMEZ, Alan. Supreme Court Reinstates Trump's Travel Ban, But Only for Some Immigrants. **USA Today**, June 26, 2017. Available at: <<https://www.usatoday.com/story/news/politics/2017/06/26/supreme-court-reinstates-president-trumps-travel-ban/103134132/>>.





Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment*

Controle de Convencionalidade e a Emenda Constitucional nº 95/2016: Um caso brasileiro de emenda constitucional inconstitucional

YANIV ROZNAI**

Radzyner Law School (Israel)
yaniv.roznai@gmail.com

LETÍCIA REGINA CAMARGO KREUZ***

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

Recebido/Received: 25.01.2018 / January 25th, 2018

Aprovado/Approved: 24.04.2018 / April 24th, 2018

Abstract

This article presents reflections on Brazilian Constitutional Amendment 95/2016, which established the New Tax Regime and consequently the ceiling of public spending in Brazil for a period of twenty years, which has serious consequences for Brazilian public services. The hypothesis defended in the study is that Amendment 95/2016 is an unconstitutional constitutional amendment, since it violates the essence of the Social State present in the original text of the 1988 Constitution and has direct influences on the guarantee of fundamental rights, which constitute stone clauses (*cláusulas pétreas*). Thus, the study starts with the technical analysis of the Amendment. Next, the concept and content of the stone clauses in the Brazilian constitution are analyzed to propose the

Resumo

O presente artigo apresenta reflexão acerca da Emenda Constitucional n. 95/2016, que estabeleceu o Novo Regime Fiscal e, com ele, o teto de gastos públicos no Brasil pelo período de vinte anos, o que traz consequências graves aos serviços públicos brasileiros. A hipótese defendida no estudo é de que a EC n. 95/2016 é uma emenda constitucional inconstitucional, uma vez que viola a essência de Estado Social presente no texto original da Constituição de 1988 e tem influências diretas na garantia de direitos fundamentais, que constituem cláusulas pétreas. Assim, parte-se da análise técnica da referida Emenda. Em seguida, são analisados o conceito e o conteúdo das cláusulas pétreas na constituição brasileira para se propor a possibilidade de controle de convencionalidade como alternativa, com foco no Pacto de

Como citar esse artigo/How to cite this article: ROZNAI, Yaniv; KREUZ, Letícia Regina Camargo. Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 35-56, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.57577.

* The authors would like to thank Bárbara Mendonça Bertotti for assistance with this study.

** Senior Lecturer at Radzyner Law School, Interdisciplinary Center (IDC) (Herzliya, Israel). PhD in Law from the London School of Economics and Political Science (London, United Kingdom). E-mail: yaniv.roznai@gmail.com.

*** PhD candidate at the Federal University of Paraná School of Law (Curitiba-PR, Brazil). Master in Law from the Federal University of Paraná. E-mail: leticiakreuz@gmail.com.

possibility of conventionality control as an alternative, focusing on the Interamerican Convention on Human Rights, UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. It is concluded that conventionality control of the Amendment is imperative. The methodology used is the bibliographic analysis on the themes, as well as the projection of data on the economic and social effects of Amendment 95/2016.

Keywords: conventionality control; Brazilian Constitutional Amendment 95/2016; ceiling of public spending; stone clauses; unconstitutional constitutional amendment.

San José da Costa Rica, Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Conclui-se pela necessidade de controle de convencionalidade da Emenda. A metodologia empregada é a análise bibliográfica sobre os temas, bem como da projeção de dados sobre os efeitos econômicos e sociais da EC n. 95/2016.

Palavras-chaves: controle de convencionalidade; Emenda Constitucional n. 95/2016; teto de gastos; cláusulas pétreas; emenda constitucional inconstitucional.

CONTENTS

1. Introduction; 2. Amendment 95 and the “New Tax Regime” in Brazil; 3. *Cláusulas Pétreas* – the Brazilian unamendability clauses; 4. Conventionality control as an alternative; 5. Conclusion; 6. References.

1. INTRODUCTION

The project established by the Brazilian Constitution of 1988 is of a social State, focused on the guarantees of fundamental rights and the protection of human dignity. Indeed, thanks, *inter alia*, to the social demands of many organized groups of civil society during the constitution-making,¹ the Constitution ensures a broad commitment to social rights. We learn this from the Preamble, from the fact that “social values” is one of the constitution’s fundamental principles (art. 1, IV); for the constitution’s central purpose “to eradicate poverty and substandard living conditions and to reduce social and regional inequalities” (art. 3, III); and from the broad constitutional entrenchment of social rights (Title I, Ch. II) and the constitutional regulation of the state’s social order in which everyone is granted, among others, the right to public health care, to education and to social assistance and security (Title VIII). Through the original constitutional text, the structure of the State compromises to an ideal of providing public services and attention to the citizen. It has also imposed a number of unamendability clauses, called *cláusulas pétreas*, that constrain the Legislative’s power to formally change the Constitution by establishing certain themes that cannot be abolished from the original text.²

¹ BENVINDO, Juliano Zaiden. The Forgotten people in Brazilian constitutionalism: Revisiting behavior strategic analyses of regime transitions. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n. 2, p. 332-357, 2017. p. 352.

² DALY, Tom Gerald. **The Alchemists: Questioning our Faith in Courts as Democracy-Builders**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 185-186. On constitutional unamendability, more generally, see ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

However, Constitutional Amendment 95 of December 2016 has changed such characteristics. Establishing a New Tax Regime, the amendment imposes a ceiling on public expenditures and prevents the expansion of investments in sectors such as health and education for twenty years. In other words, until the year 2036, public spending on public services will be frozen in Brazil. Beginning in 2017, the maximum possible variation for public spending corresponds to inflation for the year.

The present study aims to demonstrate that the Amendment 95 is an unconstitutional constitutional amendment and, as an alternative, intends to defend that it can be the object of conventionality control. On the basis of international human rights conventions to which Brazil is a signatory, in particular the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Inter-American Convention on Human Rights (Pact of San Jose, Costa Rica), the intention is to demonstrate that the amendment in question violates not only the Brazilian constitutional project, but also international commitments ratified by the country. Therefore, these constitutional changes can be the object of conventionality control as an alternative to the ordinary constitutionality control.

The structure of the research is divided as follows: initially, we analyse Amendment 95, and briefly review the changes it brings about for public spending in Brazil; then we examine the amendment vis-à-vis the formal constitutional unamendability of the *cláusulas pétreas*, and argue how Amendment 95/2016 violates these clauses and can therefore be considered “unconstitutional”; finally, we propose an alternative to the constitutional scrutiny based upon control of the conventionality of the amendment.

7. AMENDMENT 95 AND THE “NEW TAX REGIME” IN BRAZIL

Brazil approved the Amendment 95 in December 2016, giving the Act of Transitional Constitutional Provisions a new writing: from that moment on, the country declared a “New Tax Regime” and all public expenses were frozen for 20 years. On the one hand, as the amendment violates the principles of prohibition on social setbacks, it is arguably an unconstitutional constitutional amendment. On the other hand, Amendment 95’s main purpose is to limit the public expenses as a way to balance the government’s funds and to relax the consequences of the economic malfunction effects (diagnosed as endemic) in the Federal Administration.³

The consequences of this Constitutional Amendment reach all the Powers of the Union and the federal agencies with administrative and financial autonomy, members

³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Novo Regime Fiscal, autonomia financeira e separação de poderes: uma leitura em favor de sua constitucionalidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 227-258, jan./abr. 2017. p. 234. For a recent collection of studies on the political economy of Brazil see, SCHNEIDER, Ben Ross (Ed.) *New Order and Progress: Development and Democracy in Brazil*. Oxford and New York: Oxford University Press, 2016.

of the Fiscal Budget and of the social security. The idea is to limit the primary expenses of an exercise to the value of the previous year, corrected by the variation of the National Extended Consumer Price Index (IPCA, in Portuguese). This new tax regime will last 20 years, starting in 2017, with the possibility of an Executive's amendment of the method of correcting the limits as of the 10th fiscal year. It is important to note that the government makes two types of expenditures: the primary and the payment of interest and the amortization of public debt. The primary ones are those spent on health, education, welfare, social assistance, culture, national defense, etc. The amendment only considers primary expenditure as the adjustment variable. The expenses with interest payments and public debt amortization have been left out of the limitation.⁴

The new regime fixed until the year of 2036 the ceiling of the state's expenses. The total budget for 2017 corresponds to the available budget for the expenses of 2016, plus the inflation that year. For expenses related to education and health the Amendment will start operating in 2018 and the base year is 2017 (meaning that the expenses for 2018 can be up to 2017's budget plus the year's inflation). Any change in the rules can only be made in a ten-year time from the Amendment's writing and shall be limited to the amendment of the annual correction index. This measure aims to keep Brazil under a permanent state of economic exception.⁵

For each year there is an individualized limit for total primary expenses of the Executive, Judiciary and Legislative Powers, as well as other public offices (such as the Public Defender's Office). State's social security budgets are also affected by the Amendment. This means that for each tributary exercise, individual limits for primary expenditure are set out. The only change that can be granted between one year and the next is the inflation correction. The opening of additional or special credit to expand the total amount of primary expenditure is prohibited, unless there are cuts on other areas to compensate for these changes.

Therefore, the new regime's rules do not allow the growth of the government's expenses above inflation, not even if the economy is doing well. This is what differentiates the Brazilian case from other foreign experiences that adopted the limitation of public spending. It will only be possible to increase investments in one area if other areas make cuts on their budgets. The new rules disregard rates of economic growth, as well as demographic growth rates for the next twenty years, which could lead to the scrapping of social policies, especially in the areas of health and education.⁶ For example,

⁴ ROCHA, Flávia Rebecca Fernandes; MACÁRIO, Epitácio. O impacto da EC 95/2016 e da PEC 287/2016 para a Previdência Social brasileira. **SER Social**, Brasília, v. 18, n. 39, p. 444-460, jul.-dez./2016. p. 447.

⁵ MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. p. 259.

⁶ SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de. The right to health in Brazil: A Constitutional guarantee threatened by fiscal austerity. **Journal of Public Health Policy**, vol. 38, n. 4, p. 493-502, nov. 2017. p. 493-502. On the

it is predicted that the amendment will bring about a reduction of public spending *per capita* on health care, from 519 reais per person in 2016 to 411 reais per person in 2036 (taking into account that in 2036 it is predicted that the elderly population with double itself).⁷ It privileges the payment of public debts over the maintenance of public policies and social programs, in an antidemocratic economic structure.⁸

For proponents of its constitutionality, Amendment 95 would be a temporary discipline, aimed at facing a moment of fiscal crisis. The major problems of the new tax regime lie in the possibility of payment of interest and amortizations of the public debt, which may freely increase – these expenses were not excluded from the ceiling.⁹

The new art. 103 of the Transitional Constitutional Provisions Act further provides that, in the event of non-compliance with the expenditure limit, the following measures will be applied to the power or body in the following financial year: a) to the granting of an advantage, increase or readjustment of remuneration, except those derived from a judicial decision or from a legal determination prior to the new tax regime; b) the creation of a position, job or function that implies an increase in expenses; c) the change of career structure that implies an increase in expenses; d) the admission or hiring of personnel, except for the replacement of managerial and management positions that do not entail an increase in expenses and those resulting from vacancies of effective positions; and (e) public procurement. In addition, the granting of tax exemptions will be prohibited.

The beginning of this regime lies on the political incapacity of the post-neoliberal governments of Lula and Dilma to break with the cycle of interest payments and public debt amortization, subordinated to the interests of financial capital. The consequence is that the 1988 constitutional project of the Welfare State found its limit in the system of

protection of the right to health in Brazil, see: MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Modalidades de judicialização da saúde: análise na jurisprudência do STF. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 149-167, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.355; PINTO, Élica Graziane; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; SANTOS, Lenir. O financiamento da saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 209-237, out./dez. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i66.366; DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. A juridicidade do Estado-administração na concretização de políticas públicas de saúde – Um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 211-238, jan./mar. 2016.

⁷ BERTOTTI, Bárbara Marianna de Mendonça Araújo. **Constitutional amendment 95/2016 and the limit for public expenses in Brazil: amending or dismemberment?**. Presented at the “Constitutionalism in a Plural World” Conference, Universidade Católica Portuguesa, Porto. November 22, 2017 (copy with authors).

⁸ MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. p. 261.

⁹ MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. p. 266.

public debt, which today is a constraint on the Constitution and on public services. The Amendment 95/2016 is a translation and a deepening, therefore, of this debt system.¹⁰

The Amendment 95/2016 is consequently a measure of fiscal adjustment that meets the logic imposed by the neoliberal consensus for underdeveloped or developing nations, which can be synthesized on the tripod “primary surplus, inflation target and floating exchange rate”, whose result is already known: deepening social inequality and economic recession and generating exclusive and exorbitant profits for very few.¹¹

This constitutional change represents, after all, the reaction of the conservative political and economic sectors of Brazilian society, who never accepted a constitution that intended to establish a Social State in Brazil, determining the social function of property, the intervention of the State in the economic and social spheres. In fact, they have never accepted the role of the country in the strategic exploitation of its natural resources, as demonstrated by the successive approvals to Bill No. 4567/16, by José Serra, the current Minister of Foreign Affairs.¹²

Aimed at imposing a limit on primary expenditures, the amendment aims to garner funds for services of interest to the most vulnerable sections of the population in order to guarantee resources for the payment of interest on debt, which, by the way, is the true origin of the Brazilian budget deficit. This measure goes hand in hand with maintaining one of the highest interest rates in the world - which favors the financial sector and, above all, holders of public debt securities.¹³

8. CLÁUSULAS PÉTREAS – THE BRAZILIAN UNAMENDABILITY CLAUSES

The Brazilian Constitution was the result of a process of plurality and disputes.¹⁴ It states the possibility of constitutional amendments with a simple procedure: the proposal has to be approved in two rounds by the Two Houses (Senate and Chamber of

¹⁰ MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. p. 261.

¹¹ MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. p. 267.

¹² MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. p. 276.

¹³ ROCHA, Flávia Rebecca Fernandes; MACÁRIO, Epitácio. O impacto da EC 95/2016 e da PEC 287/2016 para a Previdência Social brasileira. *SER Social*, Brasília, v. 18, n. 39, p. 444-460, jul.-dez./2016. p. 447.

¹⁴ On the process of the constitution-drafting, see ROSENN, Keith S. Brazil's New Constitution: An Exercise in Transient Constitutionalism for a Transitional Society. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 38, n. 4, 773-802, autumn. 1990. p. 775-777.

Deputies) with a qualified quorum (3/5 of each).¹⁵ However, it is impossible to change the constitutional core: the so-called *cláusulas pétreas*, or stone clauses. These clauses give a list of unamendable themes. Article 60, paragraph 4, states that

“No proposal of amendment shall be considered which is aimed at abolishing: I – the federative form of State; II – the direct, secret, universal and periodic vote; III – the separation of the Government Powers; IV – individual rights and guarantees.” There are basic constitutional principles of the Brazilian constitutional order. As Prof. Salgado notes, “These entrenched clauses represent the essence of a hard constitutionalism. They reflect the heart of political decisions that demanded a new constitutional moment, a refounding of the state. (...) The permanence of the immutable spine in the constitution depends on the respect for the rules of constitutional reforms, normally ensured by judicial review.”¹⁶ In addition to assuring the immutability of certain values, as well as preserving the identity and continuity of the constitutional project, these clauses also share the inalterable essence of this project. To eliminate a concrete clause means diminishing the basic principles guaranteed by the original constituent power.¹⁷ The stone clauses are an expression of self-commitment, whereby popular sovereignty limits its power in the future to protect democracy against the destructive effect of passions, interests and temptation.¹⁸ The *cláusulas pétreas* – meaning ‘stone clauses’ or ‘petrous clauses’ – to express their rigidity, cannot block or limit extra-constitutional changes by a completely new constitution-making process since, as one of us written elsewhere “even rocks cannot withstand the volcanic outburst of the primary constituent power.”¹⁹ However, they can block constitutional amendments. And in Brazil, like in several other countries, the unamendable provision is enforced through substantive judicial review of constitutional amendments, aimed to ensure that the constitutional amendment power does not exceed its limits.²⁰ True, while the Constitution does not entrench an

¹⁵ On the constitutional amendment procedure in Brazil, see MAIA, Luciano. The Creation and Amending Process in the Brazilian Constitution. In: ANDENAS, Mads (Ed.). **The Creation and Amendment of Constitutional Norms**. London: The British Institute of International and Comparative Law, 2000. p. 54- 86.

¹⁶ SALGADO, Eneida Desiree. Brazilian Legislators at Work: Constitutional Amendments as Electoral Strategy. **Election Law Journal**, Vol. 16, Num. 2, p. 325-333, jun. 2017. p. 328.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 123.

¹⁸ On the expressive and functional aims of unamendable provisions see ALBERT, Richard. Constitutional Handcuffs. **Arizona State Law Journal**, vol. 42, num. 3, p. 663-715, 2010, p. 663; ALBERT, Richard. The expressive function of constitutional amendment rules. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 7-64, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43100>; ROZNAI, Yaniv. Unamendability and the Genetic Code of the Constitution. **European Review of Public Law**, vol. 27, num. 2, summer 2015. p. 775-825.

¹⁹ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers**. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 129.

²⁰ On judicial review of constitutional amendments in Brazil, see MENDES, Conrado Hübner, Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court. **Florida Journal of International Law**, Vol. 17, num. 3, dec.2005. p. 449-461. For a comparative and theoretical exploration of judicial enforcement of

explicit authority of judicial review of constitutional amendments, as the Supreme Federal Court's power goes only as far as the authority to invalidate "federal or state law or normative acts" (Article 102, I, a), since 1993 the Court itself declared that it has an inherent power to review the constitutionality even of constitutional amendments approved by Congress.²¹ This can be done after an amendment has been promulgated, in concrete cases, by any judge, and also by the Supreme Court in an abstract control through direct action of unconstitutionality.²²

Since Article 60, paragraph 4 protects general constitutional principles that are open to varied interpretations, when analysing the constitutionality of constitutional amendments one has to define what is the protected content of the immutable clauses; "The mainstream answers usually consist of extensive interpretations of these restriction clauses, and depending on the conception of democracy they are based on, they can be detrimental to democracy itself."²³

Does Amendment 95/2016 violate the stone clauses? If appears that in the analyzed case, there are two clauses that are allegedly violated by the amendment: State's federalist form and fundamental rights. As the tax changes influence the autonomy of the government and can mean a great cutback on Brazilian's investments on public policies, these two *cláusulas pétreas* are at risk of being infringed.

To be considered invalidated by a violation of the material limit to the constitutional amendment power, an amendment will have to affect the essential nucleus of the federative principle, depriving the state entity of substantive powers, depriving it of autonomy or impeding its participation in the formation of the federal will.²⁴ In other words, if the amendment gravely infringes division of powers between the parts of the Federation, the autonomy of each one of them or participation in the formation of the will of this entity, it would violate the characterization of federalism – and therefore violates the unamendable clauses.

The ultimate meaning of the immutability clauses is to prevent an "erosion" process of the Constitution.²⁵ In view of that, the Constitution prohibits not only amend-

unamendability see ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers**. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 179-225.

²¹ SALGADO, Eneida Desiree. Brazilian Legislators at Work: Constitutional Amendments as Electoral Strategy. **Election Law Journal**, Vol. 16, Num. 2, 2017. p. 329.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 126.

²³ SALGADO, Eneida Desiree. Brazilian Legislators at Work: Constitutional Amendments as Electoral Strategy. **Election Law Journal**, Vol. 16, Num. 2, 2017. p. 328. On the idea of democracy, see: SALGADO, Eneida Desiree. Essay on the constitutional promises of democracy and republic. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 3. p. 85-100, set./dez. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i3.54373.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 193.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 123.

ments that expressly state they aim to abolish one or more of the clauses of Article 60, but also any amendment that modifies a conceptual element of these clauses. Accordingly, if the amendment derogates from the States their capacity of self-organization, self-government and self-administration, for example, it would violate federalism and accordingly, would be considered as violating a *cláusula pétrea*.²⁶

Concerning the violation of fundamental rights, it can be said that *prima facie* Amendment 95/2016 is an unconstitutional change to the Brazilian Constitution. Following the same standard as the violation of Federalism, Article 60, paragraph 4, prohibits proposing constitutional amendments that aim at abolishing individual rights and guarantees. Title II of the Constitution provides a long list of fundamental rights and guarantees, within which chapter I lists individual and collective rights, chapter II lists social rights, chapter III concerns nationality, and chapter IV lists political rights (chapter V concerns political parties). Through its jurisprudence, the Brazilian Constitutional Court extended the unamendability protection of right to almost all constitutional rights that protect or advantage individual to also include socio-economic rights. As Justice Carlos Velloso stated: "Individual rights and guarantees ... are spread through the Constitution. ... It is known today that the doctrine of fundamental rights is not restricted to individual rights and guarantees but also social rights and guarantees relatively to nationality and political rights. Today we do not speak only about individual rights or first generation rights. We speak about first, second, third and even fourth generation of rights."²⁷

The unamendability prohibits abolishing rights. Thus, if the amendment aims to include more fundamental rights or improve the protection of existing rights there is no violation of *cláusulas pétreas*. On the examined case, what happens is the opposite: reducing considerably the amounts of public spending on social programs and public policies leads inevitably to a stage of violation of fundamental rights and, consequently, violates these clauses.

Now, not every violation of an unamendable principle or right would be considered as unconstitutional: "Unamendability is not aimed at preventing minor changes that contradict unamendable principles or deviate from them. Its main function is to preserve the constitutional order and protect against revolutionary changes. Also, it ensures that amendments do not destroy the constitution so that it is replaced with a new one. Unamendability thus applies to those extraordinary and exceptional circumstances in which the constitutional change strikes at the heart of the constitution's basic principles, depriving them of their minimal conditions of existence. The impact

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 67.

²⁷ ADI 939/93 DF, p. 275. cited in MOHALLEM, Michael Freitas. Immutable clauses and judicial review in India, Brazil and South Africa: expanding constitutional courts' authority. **The International Journal of Human Rights**, vol. 15, n. 5, p. 765-786, jun. 2011. p. 773.

of the conflict between the amendment and the unamendable basic principle must be of such intensity, and to such an extent, that it modifies the principle's essence."²⁸ It must be considered as not merely affecting the unamendable right but fundamentally abandoning it.

Indeed, it appears that this amendment is not a mere minor contradiction of protected fundamental rights but a deliberative disassemble of one of the constitution's elemental parts. Richard Albert describes this phenomenon as a 'constitutional dismemberment'. As he writes particularly with regard to Amendment 95/2016: "Brazil...has recently completed a successful effort to dismember a constitutional right. ... The realization of social rights is likely to be severely compromised with the spending cap now in force. This is not a change of modest proportion; it will impact an entire generation and its effects could reverberate far beyond that period. ... The impact of this Public Spending Cap Amendment on the next generation of social rights enjoyment in Brazil combined with how directly it undermines the Constitution's founding and continuing commitment to the social rights suggests that it may be more than a simple amendment. Its purpose and effect suggest that it should instead be called a constitutional dismemberment."²⁹ The gravity of the violation appears to one that the test of fundamental abandonment of the previously protected rights.

For those who consider Amendment 95/2016 as constitutional, it is seen as a consequence of the democratic principle. The ones that agree with the basis of the Amendment believe that the change is in accordance with the Brazilian stone clauses and that it can give a balance in public expenses. Since the public funds are limited, so should be the public spending – and the Amendment would work on this matter, insuring that the amount of money the State puts into its activities does not exceed its incomes. Moreover, the process of approval of the Amendment observed due process of law and is therefore legitimate. The observance of the principle of equilibrium of the public spending is also constitutional value, therefore the aprioristic imputation of problems in the proposition of limits for the public expenses cannot be considered as valid.³⁰

Advocates of the amendment also understand that assuming as premise that the construction of the budget can be uncompromising with the fiscal balance enter a frontal collision with the principle of balanced budget. It is necessary to take into account both the stone clauses and the balanced budget that also has symbiotic relations with the democratic principle as a guarantee of transparency and legitimacy in relation

²⁸ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers**. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 222.

²⁹ ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, vol. 43, forthcoming 2018, <https://ssrn.com/abstract=2875931>

³⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Novo Regime Fiscal, autonomia financeira e separação de poderes: uma leitura em favor de sua constitucionalidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 227-258, jan./abr. 2017. p. 251-252.

to the *sensu lato* State action programs. For these constitutionalists, transparency and balance of public spending are as important as the stone clauses.

Given the unequivocal finiteness of public resources, the ones that argue for the constitutionality of the Amendment believe that social programs can only be assured considering the amount of the State's incomes. The public spending – even if it aims to guarantee fundamental rights – cannot exceed the amount of earnings.³¹

The new article 105 of the Transitional Constitutional Provisions Act establishes a prohibition on any legal disputes arising from the new tax regime, providing that prohibitions introduced by the new tax regime will not constitute an obligation of future payment by the Union or the rights of others on the treasury. This provision is contrary to the constitutional principle of infeasibility of judicial control, which also constitutes a stone clause, written in article 5, XXXV, of the Brazilian Constitution.³²

The Brazilian Supreme Court, when considering the request for injunction in MS 34.448-MC/DF (writ of mandamus), which objected to the suspension of the procedure of the former Proposal of Constitutional Amendment 241, denied the precautionary protection. The grounds of the decision were summarized denial of injury to the separation of powers, guaranteed voting, secret, direct, universal and periodic and the right of access to the Judiciary for the purpose of preserving the remuneration structure of public servants. The Court has not yet considered the merits of the proposal.

Although there are defenders of the Amendment 95, it is important to recognize that a supposed balance in public spending cannot be a reason for violating the Constitution. A research conducted by Institute of Applied Economic Research (IPEA) shows that the current rule of application of resources in actions and public health services by the federal government establishes that in 2016 the minimum application should be 13.2% of the current net income, up to 15.0% of the current net income by 2020. Assuming that this rule was valid as from 2003, and the amount equivalent to 13.2% of 2002 to calculate the minimum for that year, the loss between 2003 and 2015 would have been R\$ 257 billion compared to the application made in the period.³³ It is clear that health care will be precarious over the next twenty years in Brazil.

Regarding the public assistance for persons with disabilities, the Brazilian government created a program called “Benefício de Prestação Continuada”, or BPC, (translated as “Uninterrupted Provision Benefit”). This program aims to cover the necessities of disabled ones, providing them with a monthly minimum wage – so they can live in

³¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Novo Regime Fiscal, autonomia financeira e separação de poderes: uma leitura em favor de sua constitucionalidade., Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 227-258, jan./abr. 2017. p. 255.

³² Art. 5, XXXV of the Brazilian Constitution provides that “the law shall not exclude any injury or threat to a right from the consideration of the Judicial Power.”

³³ VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci Sá e. **Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Brasília: IPEA, 2016. (Nota Técnica 28).

dignity. As the social security's budget will also be affected because of the changes promoted by the Amendment, this spending will suffer with the consequences of the New Tax Regime as well. Brazil has ratified the UN Convention on the rights of persons with disabilities and has approved its entering on the legal system on the same basis as a Constitutional Amendment. This issue will be analysed in the following section.

The BPC program is of a great importance for people with disabilities, as it guarantees a minimum of dignity and a regular income despite if they are working or not, meaning they can live without the instability of lost of jobs and other problems caused by economic crises. With the reduction of the program, many of these people will be left without State's assistance. This social regression is counter to the Brazilian legal system's implicit clause of non-regression (or non-retrogression). The principle of non-regression, according to the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, obliges the authorities of the state not to adopt measures, policies or rules that would reduce, unjustifiably, the level or status of social rights and benefits granted to the public.³⁴ Surely, if one considers the principle of non-regression as absolute, this amendment, which has a profound retrogressive effects on social order, would be considered inadmissible. However, even if one considers the principle of non-regression to be of a relative nature – as we believe it is ought to be construed – Amendment 95/2016 would not result in a “minor setback”, allowed on exceptional circumstances, but in a major disproportionate harm.³⁵

After analyzing the content of the Amendment 95/2016 and Brazilian legal system, it appears clear that this new provisions violate the original Constituents' project and represent a setback on fundamental rights, in contrast with the guarantees of the *cláusulas pétreas*. Aside the legal question, there is also the question of political decisions whether a vice-president elevated to the status of president by an impeachment could then impose a new fiscal regime that represents, as Amendment 95/2016 does, a political-constitutional reform diametrically opposed to the original constitutional project of 1988.³⁶

9. CONVENTIONALITY CONTROL AS AN ALTERNATIVE

In this section we would like to suggest an alternative for evaluating the constitutional amendment through a 'conventionality control', i.e., evaluating whether a

³⁴ SCHWARZ, Rodrigo Garcia. On Social Rights: Some Premises for a New Approach. *American International Journal of Social Science*, vol. 15, n. 1, p.20-30, feb. 2016, p. 28.

³⁵ On Absolute and relative perspectives of the “non-regression” principle see MAIA, Matheus Medeiros; MOURA, Rafael Soares Duarte. Analysis of the (Im)Possibility of Social Retrogression in the Brazilian Constitutional Order. *Sociology Study*, vol. 5, n. 11, p. 875-882, nov. 2015, p. 878.

³⁶ MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017, p. 279-280.

constitutional or sub-constitutional norm is in accordance with international commitments to which the country is obliged. This evaluation seems adequate since even if limitations on constituent power from the perspective of constitutional law are problematic, from the perspective of international law they are trite.³⁷

Regarding international law and their entry into the Brazilian legal order, article 5 paragraph 3 of the Constitution states that international treaties and conventions on human rights approved in each House of the National Congress in two rounds, by three fifths of the votes of the respective members, shall be equivalent to constitutional amendments. In other words, they carry a constitutional status.

An important part of Brazilian legal theorists dictates that the human rights foreseen in international conventions would configure not only norms of constitutional value, but also concrete clauses. At first, this thesis did not obtain adhesion of the Brazilian Federal Supreme Court as several times rejected constitutional status to the individual rights foreseen in conventions such as the Pact of San José. Constitutional Amendment 45/2004 changed it by stating that the international conventions on human rights approved in each House of the Brazilian National Congress in two rounds, for three fifths of the votes of the respective members, shall be equivalent to the Constitutional Amendments. Thus, the Supreme Court started to admit this constitutional status of international conventions on human rights.³⁸

Brazil has ratified the UN Convention on the rights of persons with disabilities following the procedure of article 5 paragraph 3 of the Constitution. This means that the Convention integrates Brazilian law on the same level as a Constitutional Amendment and has the same hierarchy as constitutional law. Article 19 of the Convention is especially relevant to the matter. It states the necessity of living independently - which relates to the BCP strategy. Also, Article 28 protects an adequate standard of living and social protection, considering it necessary to ensure access to assistance from the State, including financial assistance, to people with disabilities.

Moreover, as Professor Philip Alston, the current UN Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, remarked, the Amendment 95/2016 violates the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights as it “has all the characteristics of a ‘deliberately retrogressive measure’” and “will undoubtedly result in retrogression with regard to the realization of economic and social rights.”³⁹ Alston notes that auste-

³⁷ CAHIN, Gérard. Limitation du pouvoir constituant: le point de vue de l'internationaliste. *Civitas Europa*, Vol. 32, p. 55-79, 2014.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 130.

³⁹ ALSTON, Philip. **Some reflections on Brazil's approach to promoting austerity through a constitutional amendment**. Remarks prepared for presentation at a colloquium on constitutional austerity, p. 1, São Paulo, October 3, 2017. Available at: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/Austeritystatement_Alston3Oct2017.pdf>. Access on: 30.12.2017.

riety measure must be of a temporary nature to the duration of a crisis only and that the government had not satisfactory showed that it comprehensively examined alternative measures and that the proposed measure is necessary and proportionate.⁴⁰

The country is obliged on a regional level by the American Convention on Human Rights (the Pact of San José, Costa Rica). This international compromise puts Brazil into the Inter-American Court of Human Rights' jurisdiction, and also obliged the country to respect the rights protected in the Convention, such as human dignity and the necessity of progressive development. Both of those provisions are clearly being infringed by Amendment 95/2016.

The Inter-American Court has recognized the possibility of conventionality control of countries' norms that violate regional conventions.⁴¹ Conventionality control is as a highly effective tool for the respect, assurance and enforcement of the rights described in the Convention.⁴² It guarantees compatibility of local norm with international norms.⁴³

As previously shown, the Brazilian New Tax Regime violates compromises ratified by the country not only on a global level, but also on a regional one. The judicial control of conventionality advocated by the Inter-American Court appears as a legal mechanism by which judges invalidate rules of hierarchy inferior to the convention,

⁴⁰ ALSTON, Philip. **Some reflections on Brazil's approach to promoting austerity through a constitutional amendment**. Remarks prepared for presentation at a colloquium on constitutional austerity, p. 4, Sao Paulo, October 3, 2017. Available at: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/Austeritystatement_Alston3Oct2017.pdf>. Access on: 30.12.2017.

⁴¹ See generally OSWALDO, Ruiz-Chiriboga. The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America. **Inter-American and European Human Rights Journal**, vol 3, n. 1 & 2, p. 200. 2010; DULITZKY, Ariel E. An inter-american constitutional court the invention of the conventionality control by the inter-american court of human rights. **Texas International Law Journal**, vol. 50, n. 1, p. 45-94. 2015; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights. **American Journal of International Law Unbound**, vol 109. p. 93. 2015; CONTESSÉ, Jorge. The International Authority if the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**. forthcoming 2018.

⁴² SAGÜES, Nestor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, ano 8, n. 1, p. 117-136, 2010. Available at: <http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_ano8_1_2010/articulo_4.pdf>. Access on: 18.11.2017; SAGÜES, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Victor Rafael. El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 137-168, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44532>.

⁴³ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2017. DOI: [10.5380/rinc.v4i1.48212](http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v4i1.48212); ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015; SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 267-282, out./dez. 2016. DOI: [10.21056/aec.v16i66.369](http://dx.doi.org/10.21056/aec.v16i66.369).

which have not been dictated in conformity with it, taking into account not only the Convention itself, but interpretation made by the Inter-American Court.⁴⁴ Since the Amendment 95/2016 violates not only the Brazilian *cláusulas pétreas*, but also international law, it should be considered in incongruity with the international compromises taken by the country regarding both the Inter-American Convention and the UN Convention on the rights of persons with disabilities.

Brazil, as any other state, must comply with its international law obligations and cannot absolve itself from its international legal obligations by reference to its domestic constitutional law. This is a matter of customary international law as reflected in Art. 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. From the perspective of international law, clearly it is superior domestic law, even constitutional law. Accordingly, supranational law may pose limitations to constitutional amendments.⁴⁵ Not only that, but international human rights may act as a supra-constitutional reference in judicially reviewing constitutional norms as it is clear, precise, has effective judicial review mechanisms through supra-national human rights bodies, and is even procedurally accessible by often allowing individual petitions.⁴⁶

However, the challenge is that the principle of the superiority of supranational law over domestic constitutional law only means that constitutional norms cannot be a ground for excusing a state's responsibility. Therefore, in a conflict between an international standard and an internal constitutional standard, the latter can be declared unenforceable and the state can be found responsible. Nevertheless, such unenforceability only applies in the international sphere but the constitutional norm would still be valid under domestic national law.⁴⁷ As André Nollkaemper writes, "the claim to supremacy of international law is confined to the international level. It is at that level that states cannot invoke domestic law to justify the non-performance with an international obligation and it is at that level that international courts, by virtue of their establishment under international law, have to give precedence to international law over domestic law. This has no necessary legal consequences domestically ... The general understanding is that international law cannot itself realize supremacy at the domestic level."⁴⁸ However, what can be the role of domestic courts?

⁴⁴ SCHEPIS, Marcelo. La influencia de los tratados internacionales en el derecho interno. El control de convencionalidad. **XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal**. Buenos Aires, 11-13 nov. 2009. Available at: <<http://www.procesal2009bsas.com.ar/ponencias-consti-proceso.html>>. Access on: 18.11.2017.

⁴⁵ ROZNAI, Yaniv. The Theory and Practice of 'Supra-Constitutional' Limits on Constitutional Amendments. **International and comparative Law Quarterly**, vol. 62, n. 3, p. 557-597, 2013. p. 577-580.

⁴⁶ GARLICKI, Lech; GARLICKA, Zofia A. External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference. **Israel Law Review**, vol. 44, n. 3, p. 343-368, 2011. p. 359-363.

⁴⁷ GÖZLER, Kemal. La Question de la Supériorité des Normes de Droit international sur la Constitution. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, vol. 46, n. 1-4, p. 195-211, 1996, p. 200.

⁴⁸ NOLLKAEMPER, Andre. **National Courts and the International Rule of Law**, Oxford University Press, 2012, p. 199-200.

Domestic courts can assume an important role “to review the legality of national acts in the light of international obligations and to ensure rule-conformity”.⁴⁹ They can, in other words, ‘domesticate’ the supremacy of international law. As developed by the Inter-American Court of Human Rights, control of conventionality should be conducted by domestic judges would become guardians of the convention: “when a State has ratified an international treaty ... the judges are also subject to it; this obliges them to ensure that the effect utile of the Convention is not reduced or annulled by the application of laws contrary to its provisions, object and purpose. In other words, the organs of the Judiciary should exercise not only a control of constitutionality but also of ‘conventionality’ ex officio between domestic norms and the American Convention.”⁵⁰

The obvious problem of course is that when an international obligation contradicts the constitution itself, courts would tend to defer to the national constitution.⁵¹ As a constituted organ, the judiciary must abide by the national constitution, the ‘supreme law of the land’. That is especially when the contradiction is may explicit at the constitutional level.⁵²

However, arguably, governed by the principle of *pro homine* domestic courts *should* prioritize instruments of international human right law even over explicit national constitutions when the former are more favorable to human beings and provide a better protection to persons.⁵³ As Ximena Fuentes Torrijo stated, “if international law does not provide tools for preventing States from enacting norms incompatible with treaties, then, the solution should be sought within domestic law ... domestic legislation should not be allowed to untie what have been tied through the incorporation of international law into domestic law. In order to achieve this, rules contained in international treaties had to be placed somewhere beyond the reach of domestic law. How can this be accomplished? By placing international treaties at a higher level

⁴⁹ NOLLKAEMPER, Andre. **National Courts and the International Rule of Law**, Oxford University Press, 2012, p. 10.

⁵⁰ IACtHR, Case of the Dismissed Congressional Employees (Aguado-Alfaro et al.) v. Peru, Judgment (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 24 November 2006, para. 128; cited in NEGISHI, Yota. The Pro Homine Principle’s Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control. **European Journal of International Law**, vol. 28, n. 2, p. 457-482, 2017, p. 458.

⁵¹ See e.g. the Rafael Chavero Gazdik case, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia no. 1942/2013, 13 November 2003, in which the Supreme Court of Venezuela held that if international court decisions contradict the national constitution they should not be executed. Cited in NEGISHI, Yota. The Pro Homine Principle’s Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control. **European Journal of International Law**, vol. 28, n. 2, p. 457-482, 2017, p. 462.

⁵² See SCJN, Sentencia 293/2011, Contradicción de Tesis 293/2011, 3 September 2013, at 64–65, in which the Mexican Supreme Court held that in such cases the Constitution has the priority; cited in NEGISHI, Yota. The Pro Homine Principle’s Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control. **European Journal of International Law**, vol. 28, n. 2, p. 457-482, 2017, p. 475.

⁵³ NEGISHI, Yota. The Pro Homine Principle’s Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control. **European Journal of International Law**, vol. 28, n. 2, p. 457-482, 2017, p. 474.

internally.”⁵⁴ Judicial prioritization of certain international human rights rules that protect and advance rights better than the constitution would provide such international obligations a supra-constitutional status. It would materialize the understanding of “convention rights as minimum constitutional guarantees” which limit constitutional rule-making.⁵⁵

This seems particularly feasible in light of the ‘stone clause’. True, when national courts are asked to enforce international law vis-à-vis a contradictory constitutional amendment, they face “mixed loyalties”, in which case the national judge will usually prefer the national constitutional law over international law. It is here, that the constitutional unamendability can strengthen judicial enforcement of international law. When the constitution protects individual rights and guarantees through an unamendable stone clause, this could provide the national judge with domestic anchoring and the legal legitimacy in order to protect international human rights obligation and prioritize it over conflicting constitutional amendments. In other words, “limitations within the constitution itself may be used in order to render supranational standards valid limitations on the amendment powers.”⁵⁶ In that respect, taking together the *cláusulas pétreas* and international human rights conventions to which Brazil is obliged strengthen the claim that the Amendment is unconstitutional/unconventional and that domestic court can invalidate it. The whole is greater than the sum of its parts.

10. CONCLUSION

Our analysis shows that the Brazilian Constitution of 1988 is a result of a democratic process that is committed with human dignity, fundamental rights and the provision of a number of public policies by the State. The constituent power imposed a number of pre-compromises – the *cláusulas pétras* – stipulated in article 60 paragraph 4 of the Constitution. State’s federalism; direct, secret, universal and periodic vote; separation of powers; and individual rights and guarantees are the protected themes. Any change made on Brazilian Constitution cannot tend to abolish any one of those.

Despite this provision, the country’s Legislative has approved Amendment 95/2016, stating a New Tax Regime, freezing public spending and imposing a difficult situation for public managers, since the only variation on the expenses will be the

⁵⁴ TORRIJO, Ximena Fuentes. International and Domestic Law: Definitely and Odd Couple. **Revista Jurídica UPR**, vol.77, n. 2, p. 483-505, 2008, p. 491.

⁵⁵ ALTWICKER, Tilmann. Convention Rights as Minimum Constitutional Guarantees? The Conflict between Domestic Constitutional Law and the European Convention on Human Rights. In: BOGDANDY, Armin von; SONNEVEND, Pál (Eds.). **Constitutional Crisis in the European Constitutional Area - Theory, Law and Politics in Hungary and Romania**. Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2015. p. 344–363.

⁵⁶ ROZNAI, Yaniv. The Theory and Practice of ‘Supra-Constitutional’ Limits on Constitutional Amendments. **International and comparative Law Quarterly**, vol. 62, n. 3, p. 557-597, 2013. p. 596.

economic inflation for the year. From 2017 to 2036, Brazilian's public policies will not be able to grow – which means a great recession and a decrease of social programs and State's actions.

This Amendment disrespects both the *cláusula pétrea* regarding State's federalist form (since it imposes an amount of spending and does not give the states the necessary autonomy on instituting their own public programs) and fundamental rights (because public policies focused on these rights will be unable to grow for 20 years).

Brazil has international commitments of human rights on a regional level, having ratified the Inter-American Convention on Human Rights, and also on an international one. It is important to consider that, on an exception economic state, the first ones to suffer are the ones who need more. The BPC, provision payed to people with disabilities to ensure a minimum of dignity, is a program risking to be severely affected by these expense cuts. Since Brazil has signed the UN Convention on the right of persons with disabilities – and that it specifically states the need of financial aid for these people – it is evident that the Amendment 95/2016 violates this international commitment. Furthermore, its retrogressive effect on the realization of economic and social rights infringes the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Accordingly, Amendment 95/2016 is unconventional considering the Conventions mentioned previously. Moreover, the New Tax Regime violates an explicit provision of the Pact of San Jose, that is, the prohibition of social setbacks. Thus, an alternative for solving the unconstitutionality of que Amendment is conventionality control – even by domestic judges.

The *cláusula pétrea* taken together with international obligations lead to the conclusion that Amendment 95/2016, a political decision taken by a government without democratic legitimacy (since it ascended to power through an impeachment and introduced a different government program), is unconstitutional for its attempt to change the Constitutional project of a Social State and its disregard for the country's international human rights obligations.

11. REFERENCES

ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. **Yale Journal of International Law**, vol. 43, forthcoming 2018, <https://ssrn.com/abstract=2875931>.

ALBERT, Richard. The expressive function of constitutional amendment rules. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 7-64, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43100>.

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

ALSTON, Philip. **Some reflections on Brazil's approach to promoting austerity through a constitutional amendment**. Remarks prepared for presentation at a colloquium on constitutional austerity, Sao Paulo, October 3, 2017. Available at: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/Austeritystatement_Alston3Oct2017.pdf>. Access on: 30.12.2017.

ALTWICKER, Tilmann. Convention Rights as Minimum Constitutional Guarantees? The Conflict between Domestic Constitutional Law and the European Convention on Human Rights. In: BOGDANDY, Armin von; SONNEVEND, Pál (Eds.) **Constitutional Crisis in the European Constitutional Area** - Theory, Law and Politics in Hungary and Romania. Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2015. p. 344–363.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BENVINDO, Juliano Zaiden. The Forgotten people in Brazilian constitutionalism: Revisiting behavior strategic analyses of regime transitions. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 15, n. 2, p. 332-357, 2017.

BERTOTTI, Bárbara Marianna de Mendonça Araújo. **Constitutional amendment 95/2016 and the limit for public expenses in Brazil: amendemnt or dismemberment?**. Presented at the "Constitutionalism in a Plural World" Confernece, Universidade Católica Portuguesa, Porto. November 22, 2017.

CONTESSÉ, Jorge. The International Authority if the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. *The International Journal of Human Rights*. forthcoming 2018.

DALY, Tom Gerald. **The Alchemists: Questioning our Faith in Courts as Democracy-BUILDER**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 185-186.

DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. A juridicidade do Estado-administração na concretização de políticas públicas de saúde – Um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 211-238, jan./mar. 2016.

DULITZKY, Ariel E. An inter-american constitutional court the invention of the conventionality control by the inter-american court of human rights. **Texas International Law Journal**, vol. 50, n. 1, p. 45-94. 2015.

GARLICKI, Lech; GARLICKA, Zofia A. External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference. **Israel Law Review**, vol. 44, n. 3, p. 343-368, 2011.

GÖZLER, Kemal. La Question de la Superiorité des Normes de Droit international sur la Constitution. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. Vol. 45, n. 1-4, p. 195-211, 1996.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Victor Rafael. El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 137-168, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44532>.

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

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights. **American Journal of International Law Unbound**, vol 109, p. 93. 2015.

MAIA, Luciano. The Creation and Amending Process in the Brazilian Constitution. In: ANDENAS, Mads (Ed.). **The Creation and Amendment of Constitutional Norms**. London: The British Institute of International and Comparative Law, 2000. p. 54-86.

MAIA, Matheus Medeiros; MOURA, Rafael Soares Duarte. Analysis of the (Im)Possibility of Social Retrogression in the Brazilian Constitutional Order. **Sociology Study**, vol. 5, n. 11, p. 875-882, nov. 2015.

MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Modalidades de judicialização da saúde: análise na jurisprudência do STF. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 149-167, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.355.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

MENDES, Conrado Hübner. Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court. **Florida Journal of International Law**, Vol. 17, num. 3, dec.2005. p. 449-461.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOHALLEM, Michael Freitas. Immutable clauses and judicial review in India, Brazil and South Africa: expanding constitutional courts' authority. **The International Journal of Human Rights**, vol. 15, n. 5, p. 765-786, jun. 2011.

NEGISHI, Yota. The Pro Homine Principle's Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control. **European Journal of International Law**, vol. 28, n. 2, p. 457-482, 2017.

NOLLKAEMPER, Andre. **National Courts and the International Rule of Law**. Oxford University Press, 2012.

OSWALDO, Ruiz-Chiriboga. The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America. **Inter-American and European Human Rights Journal**, vol 3, n. 1 & 2, p. 200. 2010.

PINTO, Élda Graziane; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; SANTOS, Lenir. O financiamento da saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental

por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 209-237, out./dez. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i66.366.

ROCHA, Flávia Rebecca Fernandes; MACÁRIO, Eptácio. O impacto da EC 95/2016 e da PEC 287/2016 para a Previdência Social brasileira. **SER Social**, Brasília, v. 18, n. 39, p. 444-460, jul.-dez./2016.

ROSENN, Keith S. Brazil's New Constitution: An Exercise in Transient Constitutionalism for a Transitional Society. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 38, n. 4, 773-802, autumn. 1990.

ROZNAI, Yaniv. Unamendability and the Genetic Code of the Constitution. **European Review of Public Law**, vol. 27, num. 2, summer 2015. p. 775-825.

ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

ROZNAI, Yaniv. The Theory and Practice of 'Supra-Constitutional' Limits on Constitutional Amendments. **International and comparative Law Quarterly**, vol. 62, n. 3, p. 557-597, 2013.

SAGÜES, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>.

SAGÜES, Nestor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, ano 8, n. 1, p. 117-136, 2010. Available at: <http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano8_1_2010/articulo_4.pdf>. Access on: 18.11.2017.

SALGADO, Eneida Desiree. Brazilian Legislators at Work: Constitutional Amendments as Electoral Strategy. **Election Law Journal**, Vol. 16, Num. 2, 2017.

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

SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 267-282, out./dez. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i66.369.

SCHEPIS, Marcelo. La influencia de los tratados internacionales en el derecho interno. El control de convencionalidad. **XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal**. Buenos Aires, 11-13 nov. 2009. Available at: <<http://www.procesal2009bsas.com.ar/ponencias-consti-proceso.html>>. Access on: 18.11.2017.

SCHNEIDER, Ben Ross (Ed). **New Order and Progress: Development and Democracy in Brazil**. Oxford and New York: Oxford University Press, 2016.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. On Social Rights: Some Premises for a New Approach. **American International Journal of Social Science**, vol. 15, n. 1, p.20-30, feb. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de. The right to health in Brazil: A Constitutional guarantee threatened by fiscal austerity. **Journal of Public Health Policy**, vol. 38, n. 4, p. 493-502, nov. 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Novo Regime Fiscal, autonomia financeira e separação de poderes: uma leitura em favor de sua constitucionalidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 227-258, jan./abr. 2017.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci Sá e. **Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Brasília: IPEA, 2016.



Vote value disparity and judicial review in Japan

Disparidade do valor do voto e revisão judicial no Japão

YUICHIRO TSUJI*

University of Tsukuba (Japan)
gobear007@gmail.com

Recebido/Received: 18.04.2018 / April 18th, 2018
Aprovado/Approved: 26.04.2018 / April 26th, 2018

Abstract

This study aims to propose a discussion on vote value disparity and judicial review in Japan. The starting point of this analysis is the 2015 ruling by the Japanese Supreme Court on the disparity in the number of members in the House of Representatives following the general elections of December 2014. According to the Japanese Constitution, the value of the votes should be equal to the total number of voters. It was requested to the Supreme Court that the results of the 2014 elections for the House of Representatives were considered null and void. The article analyses the current Diet, the Japanese electoral system, the Japanese judicial review and the relation between representatives and voters. Then, it focuses on *Iken-Jotai* doctrine on “unconstitutional state or condition”, about the irregularities with the process, as well as the 2015 reform and the Supreme Court’s decision. It concludes, amongst other things, that the analyzed decision used the political question theory, and that the autonomy and discretion of the cabinet should have been considered. The methodology of the study is bibliographic and jurisprudential analysis on the theme.

Keywords: vote value disparity; judicial review; Japanese election; *Iken-Jotai* doctrine; Japanese Supreme Court.

Resumo

Este estudo tem como objetivo propor uma discussão sobre a disparidade do valor do voto e a revisão judicial no Japão. O ponto de partida desta análise é a decisão de 2015 do Supremo Tribunal japonês sobre a disparidade no número de membros na Câmara dos Representantes após as eleições gerais de dezembro de 2014. De acordo com a Constituição japonesa, o valor dos votos deve ser igual ao número total de eleitores. A Suprema Corte japonesa foi demandada para que os resultados das eleições de 2014 para a Câmara dos Representantes fossem considerados nulos e sem efeito. O artigo analisa o atual regime, o sistema eleitoral japonês, a revisão judicial japonesa e a relação entre representantes e eleitores. Em seguida, enfoca a doutrina Iken-Jotai sobre “estado ou condição inconstitucional”, sobre as irregularidades com o processo, bem como sobre a reforma de 2015 e a decisão da Suprema Corte. Conclui, entre outras coisas, que a decisão analisada utilizou a teoria das questões políticas e que a autonomia e discricção do gabinete deveriam ter sido consideradas. A metodologia do estudo é a análise bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema.

Palavras-chave: *disparidade de valor de voto; revisão judicial; eleição japonesa; doutrina Iken-Jotai; Suprema Corte do Japão.*

Como citar esse artigo/How to cite this article: TSUJI, Yuichiro. Vote Value Disparity and Judicial Review in Japan. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 57-89, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.58989.

* Associate Professor at Graduate School of Humanities and Social Science (legal major) at the University of Tsukuba (Tsukuba, Japan). Juris Doctor at University of California, Berkeley Scholl of Law J.S.D Program. Member of Japanese Public Law Association, I-Con and Asian Law Institute. E-mail: gobear007@gmail.com.

CONTENTS

1. Introduction. **2.** The constitutional drafting period and organization of the current Diet. **2.1.** The amendment of the Meiji Constitution. **2.2.** General elections under the Meiji Constitution and the current Diet. **3.** Electoral system. **3.1.** The Tomabechi case and the House of Representatives. **3.2.** Reform of the House of Representatives. **3.3.** The purpose of the House of Councillors. **3.4.** Reform of the House of Councillors. **4.** Major decisions and judicial review. **4.1.** Japanese judicial review and elections. **4.2.** The 2009, 2012, and 2014 decisions for the House of Councillors. **4.3.** The 2011, 2013, and 2015 decisions for the House of Representatives. **5.** The representative and the voters. **5.1.** The mission of the representative. **5.2.** Political party control and discipline. **6.** *Iken-Jotai* doctrine in Japan. **6.1.** The beginning of *Iken-Jotai* in a 1976 decision. **6.2.** The 2005 decision for voting rights outside of Japan. **6.3.** The 2015 reform and the Supreme Court decision. **7.** Conclusion. **8.** References.

1. INTRODUCTION

In November 2015, the Japanese Supreme Court ruled that there was disparity in the number of members in the House of Representatives following the general elections of December 2014. The plaintiff argued that the results of the 2014 elections for the House of Representatives were null and void. The value of the votes should be equal to the total number of voters, according to Articles 14 and 44 of the Japanese Constitution. The vote value disparity has created controversy through several cases since the Japanese Constitution was established.

The Japanese Supreme Court has repeatedly used a rather obscure doctrine called *Iken-Jotai*, or an “unconstitutional state or condition,” which explains that, although an election is effective, it is nevertheless an illegal and unconstitutional process at the time of election as per the equality before the law doctrine of Articles 14 and 44 of the Japanese Constitution. This unconstitutional status prevents disorder in case all members of the Diet lose their eligibility by judicial decision. The doctrine urges the Diet to reform the allocation of the number of members in the constituency, without stipulating a specific period of time in which to do so. A message of caution from the Japanese Supreme Court might not be heeded by the Diet, as it is a dysfunctional branch of government.

In Japan, constituency reform is overseen by members of the parliament. An electoral district-fixing council is established in the parliament after judicial decisions, and the majority of the ruling party may modify its council advice. An electoral system with the single-seat constituency system of the House of Representatives was introduced by the Diet in 1994. This system is advantageous to sitting members of the ruling party. The elimination of seats in its electoral district by reform means that members of the Diet lose the support of groups in their district.

A parliamentary system of government was adopted into the Japanese Constitution in 1947, which was strongly influenced by the Allied Powers. Although the

Constitution does not state that the prime minister can dissolve the House of Representatives, this occurred in a landmark precedent, the *Tomabechi* case in 1960. Constitutional scholars argue that in some cases, the House of Representatives was dissolved without solving pertinent political issues for the Japanese people. The *Tomabechi* case requires further research by Japanese Constitutional law scholars.

The Japanese Supreme Court might have adopted a different judicial review system in cases of election of the Diet. Japanese judicial review requires disputes on matters of law to be brought to court. The Public Officer Election Act provides exceptions that allow voters to argue that an election is null and void. Recently, some lower courts have changed their approach to voting on value disparity cases, and have held these cases to be unconstitutional without using the unconstitutional state doctrine. The Supreme Court might change in the future as a result of discussions among Japanese constitutional law scholars.

The purpose of this paper is to initiate domestic discussion among Japanese constitutional law scholars regarding vote value disparity and judicial review in Japan.

2. THE CONSTITUTIONAL DRAFTING PERIOD AND ORGANIZATION OF THE CURRENT DIET

2.1. The amendment of the Meiji Constitution

The Japanese Constitution was amended from the Meiji Constitution, the Constitution of the Empire of Japan. Accepting the Potsdam Declaration issued on July 26, 1945, or the Proclamation Defining Terms for Japanese Surrender, the Meiji government surrendered and was subjected to the will of the General Headquarters (GHQ). The General of the United States army, MacArthur Douglas, was the Supreme Commander for the Allied Powers.

MacArthur ordered the Joji Matsumoto Committee to draft the new Constitution. On February 1, 1945, the Mainichi newspaper published its draft, which surprised MacArthur, as it still remained a conventional constitution with only minor changes.

MacArthur thus ordered the drafting of a new constitution with three principles¹ and established a task force on February 3, 1946.² The GHQ submitted the draft of the new constitution. Just before February 8, 1946, the Matsumoto Committee submitted his draft to the GHQ, called *the Tentative Revision of the Constitution*, with his supplementary explanations.³

Matsumoto prepared two types of drafts. The submitted draft provided that the Emperor was the head of the state, and could dissolve the House of Representatives. The Emperor was prohibited from dissolving the House of Representatives twice on the same grounds. Furthermore, the draft proposed two houses for the Diet.

The Matsumoto Committee draft was rejected on February 13, 1945, and the GHQ showed its draft to the Japanese government. The Japanese government and the GHQ worked together to amend the draft from February 27 to April 17 as the Draft for a Revised Constitution.

MacArthur's draft on February 12 provided that the Emperor was a symbol of the Japanese people, and "[T]he Diet shall consist of *one* house of elected representatives with a membership of not less than 300, nor more than 500."⁴

The current Japanese Constitution outlines two houses in its parliament, or the Diet, as it's called in Japan: the House of Representatives and the House of Councillors.⁵ The main result of MacArthur's draft was the abolishment of the Emperor's sovereign-

¹ TSUJI, Yuichiro. Article 9 and the History of Japan's Judiciary: Examining Its Likeness to American and German Courts. *Tsukuba Journal of Law and Politics*, Tsukuba, vol. 68, p. 35-78, oct. 2016. The origin and history of the Japanese Constitution in English. Birth of the Constitution of Japan [English]. < <http://www.ndl.go.jp/constitution/e/index.html> >. (last visited on February 26, 2016). HALEY, John. *The Spirit Of Japanese Law*. Athens: University of Georgia Press, 2006. RAMSEYER, Mark; RASMUSEN, Eric. *Measuring Judicial Independence: the political economy of judging in Japan*. Chicago: University of Chicago Press, 2003. p. 21. Ramseyer showed LDP control over the General Secretary of the Supreme Court in malapportionment cases before judicial reform in 1990s. TANAKA, Hideo. A History of the Constitution of Japan of 1946. In: TANAKA, Hideo; SMITH, Malcolm (Eds.). *The Japanese Legal System*. Tokyo: University of Tokyo Press, 1976. p. 653. BEER, Lawrence. Peace in Theory and Practice under Article 9 of Japan's Constitution. *Marquette Law Review*, Milwaukee, vol. 81, n. 3, p. 815-830, mar./may 1998.

² I. The Emperor is the head of the State and his succession is dynastic. His duties and powers will be exercised in accordance with the constitution and he is responsible to the basic will of the people as provided therein.

II. War as a sovereign right of the nation is abolished. Japan renounces it as an instrumentality for settling its disputes and even for preserving its own security. It relies upon the higher ideals that are now stirring the world for its defense and its protection. No Japanese army, navy, or air force will ever be authorized and no right to the belligerence will ever be conferred upon any Japanese force. III. The feudal system of Japan will cease. No rights of peerage except those of the Imperial Family will extend beyond the limits of those now existent. No patent of nobility will from this time forth embody within itself any national or civic power of government. The budget will be modeled after the British system.

³ Prof. Toshiyoshi Miyazawa at Tokyo University helped Matsumoto with the constitutional draft.

⁴ TSUJI, Yuichiro. Article 9 and the History of Japan's Judiciary: Examining Its Likeness to American and German Courts. *Tsukuba Journal of Law and Politics*, Tsukuba, vol. 68, p. 35-78, oct. 2016.

⁵ NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUTION], Art.42. The Diet shall consist of two Houses, namely the House of Representatives and the House of Councillors.

ty and the House of Peers. The Japanese government proposed the idea of a bicameral legislature. However, the GHQ objected to two houses since Japan did not have a federal system, stating “disputes would arise over the weight of authority between the two houses.”⁶ Nevertheless, the Japanese persuaded the GHQ, and two houses were established in the Draft for a Revised Constitution (March 6 draft) in 1946. The House of Councillors was created to mitigate the decision-making power of the lower house. However, clear divisions and differences between the House of Councillors and the lower house were not clearly stipulated in the Japanese Constitution.⁷

2.2. General elections under the Meiji Constitution and the current Diet

Voting rights were granted to men in 1925 under the Meiji Constitution; women's suffrage was provided by the revised House of Representatives Election Law and a general election was held on April 10, 1946. Imperial parliament under the Meiji Constitution was opened on May 16, 1946. Thus, this election had implications for the drafting of the new Japanese Constitution.

The Imperial Parliament deliberated the draft of the Japanese Constitution. It passed the House of Representatives and the House of Peers. During this plenary session, a small committee made several modifications. This Constitution adopted the three principles suggested by MacArthur. The Japanese Constitution was promulgated on November 3, 1946, and came into force on May 3, 1947.

The Japanese government submitted two drafts on March 2 and March 5 in 1946, both of which named the Emperor as the symbol of the nation, and proposed two Houses in the Diet.⁸

⁶ TSUJI, Yuichiro. Article 9 and the History of Japan's Judiciary: Examining Its Likeness to American and German Courts. *Tsukuba Journal of Law and Politics*, Tsukuba, vol. 68, p. 35-78, oct. 2016. See also, The origin and history of the Japanese Constitution. Birth of the Constitution of Japan [English]. <<http://www.ndl.go.jp/constitution/e/index.html>>. (Last visited on 26 March, 2016). “Milo E. Rowell, Judicial Affairs Officer in Government Section, GHQ, indicated in “Report of preliminary studies and recommendations of the Japanese Constitution.” The comment of [Report of preliminary studies and recommendations of the Japanese Constitution] that either a unicameral or bicameral legislature would be acceptable, as long as all the legislators were elected. On top of that, the U.S. Government also recommended that the legislative body be fully representative of the electorate in Reform of the Japanese Governmental System (SWNCC 228). The comment of [Reform of the Japanese Governmental System (SWNCC 228) comment], sent to MacArthur for his “information.”

⁷ KATO, Kazuhiko. Sangi-in no Isikika sareta Genzo Keisei. *Tokyo Keizai Law Review*, Tokyo, vol. 30, p. 199-?, 2016.

⁸ Some private drafts written for the Japanese Constitution suggested a presidential system and the abolishment of the Emperor, such as that written by the leader of the Constitution Investigation Association, Iwasaburo Takano. Takano wrote his own draft of the Constitution in which he proposed a presidential system with two Houses in the Diet and the elimination of the Emperor system. At that time, the abolishment of Emperor was a very sensitive issue.

Article 43(2) of the Japanese Constitution states “[B]oth Houses shall consist of elected members, representative of all the people. The number of the members of each House shall be fixed by law.” The number of both Houses was established in the Public Officer Election Act [*Koushoku Senkyo Hou*]. Article 4 of the Public Officer Election Act⁹ stated that the total number of seats in the House of Representatives was 475, and that of the House of Councillors was 242.¹⁰

Article 45 of the Japanese Constitution¹¹ states that the term of office for the House of Representatives is 4 years, and 6 years for the House of Councillors. Article 46¹² of the Japanese Constitution stipulates that an election for half the members shall take place once every three years. The Public Officer Election Act was amended in 2015, and the suffrage age was changed to 18 years old beginning from the July, 2016 election for the House of Councillors.¹³ Article 10 of the Public Officer Election Act provides that a person of 25 years of age or older may run as a candidate to become a member of the House of Representatives, and 30 years of age or older for the House of Councillors.¹⁴ The reason for a 5-year difference between the two Houses is not clearly stated in the Japanese Constitution, nor is the unique function of the House of Councillors.

3. ELECTORAL SYSTEM

3.1. The Tomabechi case and the House of Representatives

The House of Representatives adopted an electoral system comprised of single-seat constituencies and proportionally represented, multiple-seat constituencies (*Shou Senkyoku Hirei Daihyou Heiritsu*).¹⁵ A total of 290 members were selected from single-seat constituencies as of 2016.¹⁶ The voter states one candidate's name on the ballot paper at the polling place for a single-seat constituency (*Shou Senkyoku*). The remaining 180 members are selected from proportionally represented, multiple-seat constituencies (*Hireidaihyou*).¹⁷ Japan is divided into 11 districts, and voters state the

⁹ Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art.4. (Japan).

¹⁰ See *id.* Art. 4.

¹¹ NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUTION], Art.45. The term of office of members of the House of Representatives shall be four years. However, the term shall be terminated before the full term is up in case the House of Representatives is dissolved.

¹² *Id.* Art. 46. The term of office of members of the House of Councillors shall be six years, and election for half the members shall take place every three years.

¹³ Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art.9 (Japan).

¹⁴ See *id.* Art. 10.

¹⁵ *Id.* Art. 12.

¹⁶ *Id.* Art. 12, 13, Appendix 2.

¹⁷ *Id.* Art. 13 (2), Appendix 2.

name of a political party on the ballot paper. The list is submitted by the political party beforehand, and this decides the elected representatives from the top name of the list (*Kousoku*).

In the allocation of parliamentary seats in a proportional representation system, the d'Hondt formula was used.¹⁸

The House of Representatives may be dissolved by a non-confidence resolution against the cabinet under Article 69¹⁹ of the Japanese Constitution. The Japanese Constitution has a parliamentary system. Although the core of the parliamentary system is not clear,²⁰ the cabinet and legislature are expected to work together.²¹ The cabinet stands on the confidence of the legislature. Article 69 of the Constitution stipulates that the House of Representatives must pass a non-confidence resolution, or reject a confidence resolution; the Cabinet shall resign en masse, unless the House of Representatives is dissolved within 10 days. In the case of dissolution, all members of the House of Representatives lose their office and must run for the next general election.

Impliedly, Article 7²² of the Japanese Constitution has been used by the cabinet to dissolve the House of Representatives. Chapter I of the Japanese Constitution outlines the role of the Emperor. Under the Japanese Constitution, sovereignty belongs to the people of Japan, not the Emperor. The Emperor's role is ritual and formal without any political authority. Each paragraph of Article 7 provides that the Emperor acts in matters of the state on behalf of the people. These acts shall be performed with the advice and approval of the cabinet.²³

Paragraph 3 of Article 7 of the Constitution deals with the dissolution of the House of Representatives. The cabinet has used this Article to dissolve the House of Representatives even in cases without a non-confidence resolution. Under the Japanese parliamentary system, the prime minister is also usually the head of the political party that has the majority of seats in the Diet.²⁴ The Japanese prime minister is selected from

¹⁸ Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art. 95(2) (Japan).

¹⁹ NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUTION], Art.69. If the House of Representatives passes a non-confidence resolution, or rejects a confidence resolution, the Cabinet shall resign en masse, unless the House of Representatives is dissolved within 10 days.

²⁰ One position understands that in the parliamentary system, the cabinet and the parliament oppose each other equally. The other position understands that the cabinet stands on the trust of the parliament, and both work together. This difference in positions on the parliamentary system would lead the cabinet's power to dissolve the House of Representatives.

Kazuiki Takahashi, *Kokumin Naikaku sei Sairon* [Nation Cabinet again, vol.2] 1137 Jurist 93-95 (1998).

²¹ SATO, Koji. **Kenpo [Constitution]**. Tokyo: Seibundo, 2011. p. 476.

²² NIHONKOKU KENPO[KENPO][CONSTITUTION], Art.7(3). The Emperor, with the advice and approval of the Cabinet, shall perform the following act in matters of state on behalf of the people: dissolution of the House of Representatives.

²³ *Id.*

²⁴ In Japanese political history, the prime minister was selected from the coalition parties. In this case, the prime minister was not head of the party that occupied the majority in the House of Representatives.

the members of each House of the Diet, according to Article 67²⁵ of the Constitution. However, according to convention, the prime minister has usually been selected from the House of Representatives, not the Councillors, as the House of Representatives is more popular among voters, as it can be dissolved and the term of office is shorter.²⁶

Interpretation of Article 7 on dissolution is based on the well-known *Tomabechi* case. The third Shigeru Yoshida cabinet dissolved the House of Representatives using Article 7 in August, 1952. Concluding the San Francisco Treaty²⁷ in 1951, the occupation of the GHQ was completed. Those who were exiled from public offices by the GHQ returned to the government. One of those exiled was Ichiro Hatoyama, a political rival of Yoshida in the Liberal Party,²⁸ who demanded the resignation of Shigeru Yoshida's cabinet.²⁹ Yoshida dissolved the Cabinet on August 28, 1952; this decision was secretly decided by a small group, who aimed to prepare for the election in order to oppose Hatoyama. This is called a surprising unannounced dissolution (*Nukiuchi Kaisan*).

Gizo Tomabechi, a member of the House of Representatives and of the National Democratic Party, lost seats in this election.³⁰ He took legal action arguing that the dissolution based on Article 7 was null and void without Article 69. The Supreme Court³¹ denied Tomabechi's appeal.³² It held that its dissolution was too political and outside the jurisdiction of the judiciary. This is called a political question theory in Japan (*Touchi Koui*). The three opinions explained that the judiciary could review the dissolution, and in 1952, the dissolution became legal and effective.

Justice Katsushige Kotani, joined by Kenichi Okuno, believed that the dissolution was under judicial review. Dissolution by Article 7 was a political action that was transformed by cabinet advice and approval into ritual conduct of the Emperor. The district court approved the advice and approval of the cabinet; thus, the dissolution was constitutionally effective.

²⁵ NIHONKOKU KENPO[KENPO][CONSTITUTION], Art.67. The prime minister shall be designated from among the members of the Diet by a resolution of the Diet. This designation shall precede all other business.

²⁶ NONAKA, Toshihiko; NAKAMURA, Mutsuo; TAKAHASHI, Kazuyuki; TAKAMI, Katsutoshi. **Kenpo II [Constitution II]**. Tokyo: Yuhikaku, 2012. p. 180.

²⁷ Treaty of Peace with Japan (Sept. 8, 1951).

²⁸ The Liberal Democratic Party in Japan was formed in 1955.

²⁹ Yoshida and Hatoyama promised that Yoshida would hand over leadership of the Liberal Party to Hatoyama in 1946 when he was purged by the GHQ.

³⁰ Tomabechi was a member of the group that went to sign the San Francisco Treaty in 1951. It took effect in 1952. Article 7 dissolution was

³¹ Saiko Saibansho [Sup. Ct.] June 8, 1960, Showa 30(0) no.96, 14(7) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 1206 (Japan).

³² The Tokyo district court held that dissolution without advice and consent of the cabinet was unconstitutionally null and void. Tokyo Chiho Saibansho [Tokyo Dist.Ct.] October 19, 1953, Showa 27 (Gyou) no. 156, 14(7) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 1251 (Japan). The Tokyo high court held that the cabinet advised the dissolution, which was constitutional. Tokyo Koto Saibansho [Tokyo High Ct.] September 22, 1954, Showa 28 (ne) no. 2010. 14(7) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 1265 (Japan).

Justice Daisuke Kawamura noted that an intrinsic limitation of the judiciary theory was against Article 81³³ of the Constitution. The judiciary's mission is to protect people's rights, and should not refrain from judicial review in the name of abstaining or for overly political concerns. In this case, Article 7 granted the cabinet the power to dissolve the House of Representatives. The advice and approval provided in Article 7 is indistinguishable. In this case, the advice and approval was legal and effective.

Justice Shuichi Ishida noted two issues in this case. One was that the cabinet could dissolve the Diet, which was outside of the judiciary's jurisdiction. The other was the advice and approval of the cabinet, which was under judicial review.

There are several differences between the cases of *Tomabechi* and *Sunagawa*,³⁴ the latter of which occurred 6 months before *Tomabechi*. Sunagawa used the political question theory for the defense and security treaty³⁵ concluded between Japan and the United States in September 1951.³⁶

First, the *Tomabechi* case's justification for the Article 7 dissolution relied on legislative discretion. Second, the words "clearly obvious unconstitutionality or invalidity" in *Sunagawa* were not used in *Tomabechi*.³⁷ It is not clear what factors were used to determine something to be an example of "clearly obvious unconstitutionality or invalidity". Thus, the political question theory might not be required in *Tomabechi*, for the judiciary to review the dissolution by the cabinet.

Second, the political question doctrine in the *Tomabechi* case was doubtful. The Supreme Court could have used the autonomy and discretion of the cabinet decision because the political question doctrine is not provided in text of the Japanese Constitution. It is based on the people's intrinsic sovereignty, but its scope should be clearly limited.³⁸

³³ NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUTION], Art.81. The Supreme Court is the court of last resort with power to determine the constitutionality of any law, order, regulation, or official act.

³⁴ Saiko Saibansho [Sup. Ct] Dec. 16, 1959, Showa 34(a) no.710, 13 Saiko Saibansho Keiji Hanreishu [Keishu] 3225.

³⁵ Kyu Nihonkoku to Amerika Gasshukoku to no aidano anzen hoshou jouyaku [The old security treaty between Japan and the United States], Japan-U.S., 28 April 1952, Treaty no. 6, 1952.

³⁶ TSUJI, Yuichiro. Constitutional Court in Japan. *Tsukuba Journal of Law and Politics*, Tsukuba, vol. 66, p. 65-87, mar. 2016. p. 84. See also, KAMATA, Taisuke. Adjudication and the Governing Process; Political Questions and Legislative Discretion. In: LUNEY, Percy; TAKAHASHI, Kazuyuki (Eds.). *Japanese Constitutional Law*. Tokyo: University of Tokyo Press 1993. p. 156-157.

³⁷ NONAKA, Toshihiko; NAKAMURA, Mutsuo; TAKAHASHI, Kazuyuki; TAKAMI, Katsutoshi. *Kenpo II [Constitution II]*. Tokyo: Yuhikaku, 2012. p. 280. SATO, Koji. *Kenpo [Constitution]*. Tokyo: Seibundo, 2011. p. 641.

³⁸ NONAKA, Toshihiko; NAKAMURA, Mutsuo; TAKAHASHI, Kazuyuki; TAKAMI, Katsutoshi. *Kenpo II [Constitution II]*. Tokyo: Yuhikaku, 2012. p. 18. ASHIBE, Nobuyoshi. *Kenpo [Constitution]*. 6. ed. Tokyo: Iwanami Shoten, 2015. This book is still being edited by Prof. Kazuyuki Takahashi after Prof. Ashibe passed away.

Nobuyoshi Ashibe noted several conditions for dissolution by the cabinet.³⁹ First, an important bill submitted by the cabinet is not passed in parliament, or the cabinet shelves the bill. Second, the fundamental nature of the cabinet is changed by political realignment. Third, there is a need to deal with new important issues that have not arisen in the general elections. Fourth, the cabinet changes its fundamental policy drastically. Fifth, the term of the members of the House of Representatives is nearly complete, in which case arbitrary dissolution is prohibited.⁴⁰

Koji Sato believes that acts based on Article 7 are political, which are transformed into ritual through cabinet decision. He agreed with Ashibe that arbitrary dissolution by the cabinet should be limited, and the question of whether dissolution based on Article 7 is justified depends on the cabinet decision.⁴¹ Both agree that the constituent body should review its dissolution by voting under the name of the people's sovereignty.

3.2. Reform of the House of Representatives

In 1984, the elections to the House of Representatives used to be based on an electoral district system called a "medium" electoral district system (*Chu Senkyo Ku*), beginning in the Meiji Constitution period. The name "medium" was used in Japan, but it is the major constituency system that chooses three to five representatives in one constituency. The constituency was fixed by the size of the population and the geographical size in the Meiji Constitution period. The first general election in 1947 utilized the major constituency system, the medium electoral district system for the new Japanese Constitution.

The allocation of members was based on the population at that time. The Public Officer Election Act provided that the allocation would be looked over by the national census every 5 years.⁴² The allocation system was not overhauled; however, partial adjustments were made several times.

In 1994, the medium electoral district system was changed to an electoral system comprised of single-seat constituencies (*Shou Senkyoku*) and proportionally represented, multiple-seat constituencies (*Hirei Daihyo*). The election in 1996 introduced the current system.⁴³

³⁹ ASHIBE, Nobuyoshi. **Kenpo [Constitution]**. 6. ed. Tokyo: Iwanami Shoten, 2015. p. 335. Sato thinks it is problematic that the cabinet decision is beyond judicial review. SATO, Koji. **Kenpo [Constitution]**. Tokyo: Seibundo, 2011 p. 497.

⁴⁰ TSUJI, Yuichiro. Amendment of the Japanese Constitution – A Comparative Law Approach. **Nanzan Review of American Studies**, Aichi, vol. 37, p. 51-70, 2015.

⁴¹ SATO, Koji. **Kenpo [Constitution]**. Tokyo: Seibundo, 2011 p. 452, 477, 503, 519.

⁴² Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art. 203, 204 (Japan).

⁴³ MATSUI, Shigenori. **Kenpo [Constitution of Japan]**. Tokyo: Yuhikaku, 2007.

The Japanese Constitution has not provided clear details outlining the electoral districts and methods for election. Article 14⁴⁴ of the Constitution provides equal protection under the law, and Article 44⁴⁵ prohibits discrimination based on race, creed, sex, social status, family origin, education, property, or income in order to qualify as a member of both Houses and their electors. Japanese Constitutional scholars believe that the one vote per person principle and equality are requirements of the Constitution.⁴⁶

The district-fixing council⁴⁷ (*Senkyo Kukaku Shingi Innkai*) for the House of Representatives was established under the cabinet office. The seven members are chosen from among experts, and their job is to advise the prime minister. Based on this advice, the government may submit a bill to parliament to amend the Public Officer Election Act, based on Article 72⁴⁸ of the Constitution.

The district-fixing council is not included in the Constitution, and its opinion is advisory with no binding power; that is to say that its advice does not bind the cabinet. The council's autonomy to fix the electoral districts might be constitutionally required if the judiciary declares that voting disparity has been unequal under unconstitutional conditions or states (*Iken-Joutai*).⁴⁹ The Supreme Court may reflect the council's importance in writing its *Iken-Jotai* decisions.

The choice of this electoral system contains both advantages and disadvantages. In constitutional law studies in Japan, this issue is reviewed in terms of the relationship between voters and representatives. This issue is reviewed in Chapter III.

⁴⁴ NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUTION], Art.14. All of the people are equal under the law and there shall be no discrimination in political, economic, or social relations because of race, creed, sex, social status, or family origin.

⁴⁵ See *id.* Art. 44. The qualifications of members of both Houses and their electors shall be fixed by law. However, there shall be no discrimination because of race, creed, sex, social status, family origin, education, property, or income.

⁴⁶ NONAKA, Toshihiko; NAKAMURA, Mutsuo; TAKAHASHI, Kazuyuki; TAKAMI, Katsutoshi. **Kenpo II [Constitution II]**. Tokyo: Yuhikaku, 2012. p. 18-. See also, ASHIBE, Nobuyoshi. **Kenpo [Constitution]**. 6. ed. Tokyo: Iwanami Shoten, 2015. p. 42.

⁴⁷ Shugin Giin Senkyoku Kakutei Shingikai Sechi Hou [The Act for electoral district-fixing committee for the House of Representatives], Law No. 95 of 2012 (Japan).

⁴⁸ NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUTION], Art.72. The Prime Minister, representing the Cabinet, submits bills, reports on general national affairs and foreign relations to the Diet, and exercises control and supervision over various administrative branches.

⁴⁹ TOMATSU, Hidenori. Equal Protection of the Law. In: LUNEY, Percy; TAKAHASHI, Kazuyuki (Eds.). **Japanese Constitutional Law**. Tokyo: University of Tokyo Press, 1993. p. 195. Tomatsu translated Iken Joutai to circumstances decision. HALEY, John. **The Spirit Of Japanese Law**. Athens: University of Georgia Press, 2006. p. 182. John Haley argues that "the Japanese judiciary may seem in these cases weak and impotent".

3.3. The purpose of the House of Councilors

The bicameral system in Japan means that the two Houses of the Diet manage their business independently and equally. During the drafting of the Japanese Constitution, the Japanese government explained to the GHQ that an upper House would prevent arbitrary parliamentary decision-making by the lower House, and “a change in government to a unicameral system might pose the threat of radical shifts in government policy, and a bicameral system would promote stability and continuity in government policies.”⁵⁰ Japanese Constitutional law scholars explain further that the House of Councillors prevents hasty decision-making by the House of Representatives, and mitigates collision between the House of Representatives and the cabinet. By using two different voting systems in two Houses, various opinions are reflected in parliament. However, as the power of political party was strong, the House of Councillors has been criticized as being a copy of the House of Representatives, with no unique function.

When the two Houses collided in four cases, the decision of the House of Representatives was deemed superior to that of the House of Councillors, in matters related to bills, treaties, budgeting, and the nomination of the prime minister. The purpose of these specific conditions in the Japanese Constitution is to promote the decision-making power of the Diet. In addition, the House of Representatives is closer to the voters, and a stable and strong cabinet is maintained.

The House of Councillors does not have a “general” election, in that only half of the members are selected every 3 years. Thus, 121 councillors are selected every 3 years. Out of 242 members, 96 members are selected through proportional representation, which covers all territories in Japan. On ballot papers, voters state the name of the candidate, or the name of the political party. The election system, called the Electoral District System (*Senkyoku-Senkyo*), selects the remaining 146 members (73 seats every 3 years) of the House of Councillors. Unlike the proportionally representative election of the House of Representatives, the fixed list of candidate names is not prepared by the political party. It is called *Hi-Kousoku Meibo* in Japanese. In the proportionally representative election (*Hirei Daihyo*),⁵¹ 96 seats (48 seats every 3 years) are given, and voters can choose to write the name of the candidate or the political party. Two routes are used to decide the chosen representatives.

First, the political party obtains votes with the name of the party and the name of party’s candidate. Then, the number of the seats the party acquires is fixed.

⁵⁰ HALEY, John. **The Spirit Of Japanese Law**. Athens: University of Georgia Press, 2006. TSUJI, Yuichiro. Article 9 and the History of Japan’s Judiciary: Examining Its Likeness to American and German Courts. **Tsukuba Journal of Law and Politics**, Tsukuba, vol. 68, p. 35-78, oct. 2016.

⁵¹ Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art.12 (Japan).

Second, the ballot papers received by each candidate are counted. The candidate name list is then prepared and ordered according to those who obtain the most votes. It is not prepared beforehand. The allocation follows the d'Hondt formula.⁵²

It has been controversial whether the House of Councillors is regionally representative. The drafting history of the Japanese Constitution does not show clear evidence of efforts to have Japanese regional differences reflected in the House of Councillors.

Koji Sato is concerned⁵³ about the extensive influence of the House of Councillors in parliament; the Houses of the Diet are controlled by opposing parties (*Nejire Kokkai*). In the Japanese parliamentary system, the prime minister is selected from the House of Representatives after dissolution. When the majority of the members of the House of Councillors are from opposite parties, the prime minister must uphold public commitments. He emphasizes effective management of the Conference Committee of both Houses (*Ryoin Kyougi Kai*).⁵⁴

Sato explains that the core of the parliamentary system varies from time to time and country to country, and the constituent body shall be centralized in the Japanese parliamentary system; the parliament and cabinet seek support from the constituent body under the people's sovereignty.⁵⁵

Kazuyuki Takahashi explains that the single constituency system expects two large political parties in the Diet; the Diet and the cabinet are equally in conflict with each other, as the parliamentary motion of non-confidence against the cabinet and the dissolution of the House of Representatives by the cabinet leave no reservation. In addition, parliament and the cabinet engage the will of the voters. Both parliament and the cabinet have the "weapons" to destroy each other in general elections. In the worst scenario, both reflect the voters' will.⁵⁶

Toshiyuki Munesue explains two characteristics of the Japanese parliamentary system. One is that the House of Representatives is in equal conflict with the cabinet as an Article 7 dissolution asks for the voter's judgment in general elections; and the House of Representatives review "conducts affairs of state" and shape higher policies

⁵² Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art. 86(3) (Japan).

⁵³ SATO, Koji. **Kenpo [Constitution]**. Tokyo: Seibundo, 2011. p. 439-444.

⁵⁴ Kokkai Hou [The Diet Act] Law No. 86 of 2014, Art 83(2)- (Japan).

⁵⁵ SATO, Koji. **Kenpo [Constitution]**. Tokyo: Seibundo, 2011. p. 439.475-479.

⁵⁶ TAKAHASHI, Kazuyuki. **Rikkenshugi To Nihonkokukkenpo [Constitutionalism and the Constitution of Japan]** Tokyo: Yuhikaku, 2013.; TAKAHASHI, Kazuyuki. Contemporary Democracy in a Parliamentary System. In: LUNEY, Percy; TAKAHASHI, Kazuyuki (Eds.). **Japanese Constitutional Law**. Tokyo: University of Tokyo Press, 1993. He focuses on party behavior in parliamentary system. NONAKA, Toshihiko; NAKAMURA, Mutsuo; TAKAHASHI, Kazuyuki; TAKAMI, Katsutoshi. **Kenpo II [Constitution II]**. Tokyo: Yuhikaku, 2012. TAKAHASHI, Kazuyuki. **Rikkenshugi To Nihonkokukkenpo [Constitutionalism and the Constitution of Japan]** Tokyo: Yuhikaku, 2013. p. 172-173.

by the cabinet in Article 73(1).⁵⁷ Second, the House of Councillors should seek cabinet accountability for the “faithful administration of law” in Article 73(1), and cooperate and work together with the cabinet.⁵⁸

3.4. Reform of the House of Councillors

The current electoral system was adopted in 1982 and 1994 by the amended Political Officer Election Act. From 1947 to 1982, the election for the House of Councillors has utilized a national constituency electoral system (*Zenkoku Ku*) in all territories of Japan as one electoral zone for 100 members. Its purpose was once explained in 1947 that occupational ability must be reflected.⁵⁹

Japanese Constitutional scholars explain that a candidate can become a representative of the territories of Japan⁶⁰ once he or she has been chosen under Article 43 of the Japanese Constitution. Campaign spending by candidates for the House of Councillors under the system of *Zenkoku Ku* was excessive and criticized.⁶¹

The Constitutional Research Committee (*Kenpo Chousa Kai*), established in 1956, argued that the two Houses of the Diet should be maintained and the character and organization of the House of Councillors was discussed. Since 1946, private committees have submitted advisory opinions to the cabinet.

Originally, the members of the House of Councillors were expected to be specialists such as university professors or vocational representatives. The House of Councillors used to be the House of Lords under the Meiji Constitution. Under the new Japanese Constitution, labor unions, religious organizations, and interest groups could send candidates with huge financial backing, and celebrities had an advantage even though their representatives were sparse and living remotely. Regional and vocational representatives in the House of Councillors are now decreasing due to political party domination.

In this election, 50 members were selected to be representatives. This system adopted the single, non-transferable vote in which voters could write only the name of a single candidate. Extra votes were wasted.

⁵⁷ NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUTION], Art.73(1). Article 73. The Cabinet, in addition to other general administrative functions, shall perform the following functions: administer the law faithfully; conduct affairs of state.

⁵⁸ Toshiyuki Munesue, *Niin Sei no Igi narabini Sangiin no dokujisei* [Meaning of bicameral system and uniqueness of the House of Councillors], Reference 1- 19 (2015 April).

⁵⁹ In drafting history, Tetsu Katayama, leader of the Japanese Socialist Party, which drafted its own Japanese Constitution, noted the House of Councillors aims to reflect occupations.

⁶⁰ NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUTION], Art.43. Both Houses shall consist of elected members, representative of all the people.

⁶¹ NONAKA, Toshihiko; NAKAMURA, Mutsuo; TAKAHASHI, Kazuyuki; TAKAMI, Katsutoshi. **Kenpo II [Constitution II]**. Tokyo: Yuhikaku, 2012.

From 1983 to 1988, the House of Councillors started using proportional representation with a fixed name list (*Kousoku Siki Hirei Daihyo*). This changed into a non-fixed list (*Hi-Kousoku Meibo*) beginning with the 2001 election. The number of seats was changed in 1994, 2000, 2006, and 2015 by amending the Public Officer Election Act.⁶²

For the 2016 election of the House of Councillors, two seats in Shimane and two seats in Tottori were combined and reduced to just two seats for the single district of Shimane and Tottori prefectures. Two seats in Tokushima and two seats in Kochi were combined and reduced to just two seats as one district of Tokushima and Kochi prefectures. Hokkaido, Tokyo, Aichi, Hyogo, and Fukuoka prefectures increased by two seats each. Miyagi, Niigata, and Nagano prefectures decreased by two seats each. Two seats were also removed from Niigata, Miyagi, and Nagano prefectures.⁶³

The Conference of Reforming the House of Councillors (*Sangiin Kaikaku Kyogikai*) has discussed reform of the electoral system since 2005. One of several proposals advocated reform of the Electoral District System (*Senkyoku-Senkyo*) in 2005. Its purpose was to prevent voting disparity four times. The Diet did not agree, and accepted an alternative proposal, which advocates four plus four minus seats.

4. MAJOR DECISIONS AND JUDICIAL REVIEW

4.1. Japanese judicial review and elections

The Japanese Constitution has one chapter related to the judiciary, and clearly provides judicial review in Article 81⁶⁴ of the Constitution. Japanese judicial review is a substantive judicial review, which is exercised in all legal disputes, not an abstract review without disputes in matters of law. The requirement is provided in Article 3 of the Court Act.⁶⁵ A plaintiff needs to prove the injury was in fact caused by the defendant, and is saved by the remedy of the court. This is called subjective litigation (*Shukan Soshou*).⁶⁶ The validity of an election is not within the jurisdiction of subjective litigation because generalized grievances do not provide standing at the court.

The Japanese Constitution allows some exceptional litigation called objective litigation (*Kyakkan Soshou*) that does not require standing.⁶⁷ The purpose of objective

⁶² Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art.4 (Japan).

⁶³ *Id.* Art. 5-3 to 6.

⁶⁴ NIHONKOKU KENPO[KENPO][CONSTITUTION], Art.81.

⁶⁵ Saibansho hou [The Court Act], Law No. 48 of 2013. (Japan), Art.3(1). Courts shall, except as specifically provided for in the Constitution of Japan, decide all legal disputes, and have such other powers as are specifically provided for by law.

⁶⁶ Gyousei Jiken Soshou Hou [Administrative Case Litigation Act], Law No. 59 of 2015, Art. 8, 9, 39 (Japan).

⁶⁷ *Id.* Art. 42.

litigation is to prevent illegal activity of the administrative agency and ensure that the administrative agency conforms to the law.⁶⁸ In Japan, people's litigation (*Minshu Soshou*, citizen action)⁶⁹ and litigation between agencies by statutes (*Kikan Soshou*, interagency action) fall under Article 5 and 6 of the Administrative Case Litigation Act, *Gyousei Jiken Soshou Hou*.⁷⁰ The people's litigation includes residential litigation (*Jumin Soshou*)⁷¹ and electoral litigation (*Senkyo Soshou*).⁷²

The Public Officer Election Act allows voters to bring suit over the validity of the election. A voter may bring suit to contest the validity of the election, which is provided in the Public Officer Election Act.

The purpose of this litigation is for the judiciary to intervene and correct the dysfunctional channel between the Diet and the people, and to protect voting rights under Articles 14 and 44 of the Japanese Constitution. The election sends the voter's message to the Diet.⁷³ The Supreme Court has held as unconstitutional the allocation of the number of members in the two Houses of the Diet several times.

4.2. The 2009, 2012, and 2014 decisions for the House of Councillors

In the 2009 decision⁷⁴ concerning the election of 2007 in relation to disparity in the House of Councillors, however, the Supreme Court accepted a 4.86 disparity.

In 2014, the Supreme Court held⁷⁵ that the election for the House of Councillors in July 2013 was unconstitutional (*Iken-Jotai*). In the July 2013 election, the disparity was 4.77 times between Hokkaido and Shimane prefectures in the Electoral District System (*Senkyoku-Senkyo*). The 2014 Supreme Court held that it was a remarkably unequal condition.

⁶⁸ NONAKA, Toshihiko; NAKAMURA, Mutsuo; TAKAHASHI, Kazuyuki; TAKAMI, Katsutoshi. **Kenpo II [Constitution II]**. Tokyo: Yuhikaku, 2012. p. 276, 296. NONAKA, Toshihiko; NAKAMURA, Mutsuo; TAKAHASHI, Kazuyuki; TAKAMI, Katsutoshi. **Kenpo II [Constitution II]**. Tokyo: Yuhikaku, 2012; SATO, Koji. **Kenpo [Constitution]**. Tokyo: Seibundo, 2011. p. 585, 587.

⁶⁹ *Gyousei Jiken Soshou Hou* [Administrative Case Litigation Act], Law No. 59 of 2015, Art. 5 (Japan). The term 'citizen action' as used in this Act means an action seeking correction of an act conducted by an agency of the State or of a public entity which does not conform to laws, regulations, and rules, which is filed by a person based on his/her status as a voter or any other status that is irrelevant to his/her legal interest.

⁷⁰ *Id.* Art. 5, 6.

⁷¹ *Chihou Jichi Hou* [Local Autonomy Act], Law No. 67 of 1947, Art. 242-2.

⁷² *Koshoku senkyo Hou* [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art. 203, 204, 207, 211 (Japan).

⁷³ SATO, Koji. **Kenpo [Constitution]**. Tokyo: Seibundo, 2011. p. 339.

⁷⁴ Saiko Saibansho [Sup.Ct.] Sep. 30, 2009, Heisei 20 (gyo tsu) 209, 63(7) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 1520 (2009).

In this case, Justice Tokiyasu Fujita wrote concurring opinion which reasonable time limit should not be used for excuse for legislative inaction.

TOKIYASU FUJITA, *SAIKOUSAI KAISOUROKU* [Memory of the Supreme Court] 301-306 (Yuhikaku 2012).

⁷⁵ Saiko Saibansho [Sup.Ct.] Nov. 26, 2014, Heisei 26 (gyo tsu) 155, 68(9) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 1363 (2014).

In the 2014 decision, only nine months after the prior election and the Diet discussions on reforming of electoral districts, the Supreme Court avoided declaring the system unconstitutionally null and void. The 2014 decision warned that the electoral district system based on prefectures should be revised, and expected the Diet to implement immediate reform. The Supreme Court advised the Diet to consider integrating a revised plan for reform.

In 2012, the Supreme Court held as unconstitutional the electoral conditions of the House of Councillors in July 2010. The disparity was 5.0 times at the time of the election. The Supreme Court repeated *Iken-Jotai* twice in the two most recent elections for the House of Councillors, so that the 2012 and 2014 decisions encouraged reform of electoral system.

The text of the Japanese Constitution does not outline anything regarding the character of the House of Councillors in terms of the regional or prefectural representativeness of its members. The 2012 decision failed to properly represent regional prefectures, noting the population concentration in large cities and the large disparity in population was increasing; moreover, in an electoral district system based on regions or prefectures it is difficult to achieve voting equality.

Before the Diet revised the Public Officer Election Act, the Liberal Democratic Party (LDP) and the Democratic Party (Minshu)⁷⁶, the largest opposing parties, insisted that the regional representative system in the House of Councillors should be maintained. The Komeito Party and Ishin Party argued that electoral districts based on prefectures should be abolished, and regional districts should be newly established. These discussions point to the advantage of the electoral strategy of larger political parties.

4.3. The 2011, 2013, and 2015 decisions for the House of Representatives

In March 2011, the Supreme Court held that the 2009 election of the House of Representatives was unconstitutional, using *Iken-Jotai*. In the 2009 election, the disparity was a maximum of 2.30 in the election of a single-seat constituency system. In 2009, the LDP lost seats in the election of the House of Representatives, and the Democratic Party came to power. The 2011 decision considered 17 months after the Public Officer Elections Act was revised, and the advisory committee reviewed the electoral system, using the *Iken-Jotai* doctrine.

The 2011 decision was declared in order to keep the system called "*Hitori Bet-suwaku Housiki*," meaning one representative per prefecture regardless of its population.

⁷⁶ The Democratic party was dissolved in 2016, and the Minshin Tou (The Democratic Party) was established.

Since there are 300 single-seat constituencies in the House of Representatives, in this system, one representative is given to 47 prefectures, then 253 representatives are allocated as long as the disparity does not exceed 2.0 times. At that time, the total seats of the House of Representatives was 480.

The purpose of this system is to provide representatives to prefectures with small populations. This makes it more difficult for the legislature to dissolve disparity. For example, the population of Tottori prefecture is very small, but one seat was given. Tottori kept two seats by the *Hitori Betsuwaku* system.

In this 2011 decision, Justice Yuki Furuta noted the importance of regional opinion in the development of the country. *Hitori Betsuwaku* maintained reasonableness, and as compared with the precedent, the disparity in this case was still constitutional. According to Furuta, a reasonable time limit did not pass.

Justice Mutsuo Tabara wrote a dissenting opinion. He regarded *Hitori Betsuwaku* as unconstitutional because it did not reflect the voice and opinion of under populated areas. Even previous cases questioned the system; the legislature did not embark on reconsideration for revision of the electoral system, and a reasonable time limit had passed.

Justice Koji Miyagawa also wrote a dissenting opinion, and criticized *Hitori Betsuwaku*, which led to a disparity, and did not reflect the opinion of under populated regions. The decision should have been declared as an illegality of the election. If the Diet did not abolish it rapidly, the judiciary might declare future elections as unconstitutional.

After the 2011 decision, five seats of the House of Representatives were reduced by an amendment of the Public Officer Election Act from 480 to 475. Five prefectures, Yamanashi, Fukui, Tokushima, Kochi, and Saga prefectures, were reduced by one seat to create single-seat constituencies.

In the meantime, in 2012 the House of Councillors removed four seats and added four others. Fukushima and Gifu prefectures lost two seats, while Osaka and Kanagawa prefectures received two seats. The total number of seats is still 242.

The district-fixing council submitted advice for this reform.⁷⁷ Political compromise distorted its proposal. Originally, the council advised 21 reductions and 21 increases in the House of Representatives, but only a five-seat reduction plan was achieved. This reform did not take place in time for the December 2012 election of the House of Representatives, which Prime Minister Yoshihiko Noda dissolved by Article 7.

In November 2013, the Supreme Court announced as unconstitutional condition or situation in the election of 2012. Its disparity was 2.42. In December 2012, Prime

⁷⁷ Shugiin Giin Senkyoku Kakutei Singikai Secchi Hou [The Act for Electoral District-Fixing Committee for the House of Representatives], Law No. 95 of 2012, Art.5 (Japan). When the council advises the prime minister, it shall report to the Diet.

Minister Yoshihiko Noda dissolved the House of Representatives by Article 7 immediately following discussion with Shinzo Abe, the head of the LDP. Shinzo Abe and Yoshihiko Noda agreed to reform the electoral districts after the election in December 2012. This was the issue that the Abe administration faced in the 2016 Diet. The 2013 decision did not declare the election as unconstitutional, but noted a small reservation. The legislature is obligated to follow the Supreme Court declaration as an unconstitutional state or condition.

In the 2015 decision for the 2014 election of the House of Representatives, the disparity was 2.12 times. One of the high courts declared this as unconstitutionally illegal,⁷⁸ and some high courts announced an unconstitutional state in March 2015.⁷⁹ The Supreme Court was asked to decide on a uniform decision for inferior courts.

In the 2015 decision, attorneys in favor of electoral reform argued that the majority decision under a distorted parliamentary electoral system is not the people's decision, and seats should be allocated by population exactly. The election management committee argued that designing an electoral system is under legislative discretion.

The 2015 decision avoided a clear unconstitutional announcement. *Hitori Betsuwaku* was abolished, and the five seats were reduced from 480 to 475. Following the national census, disparity should be under two times. The 2015 Court explained that even though the Diet removed five seats, in thirteen electoral districts disparity is over two times. It was thus still an unconstitutional state. The Court noted that following the 2011 decision for election of the House of Representatives in 2009, the legislature made some efforts. Only 17 months after the amendment of the Public Officer Election Act for a five-seat reduction, the reasonable time limit did not pass for legislature to correct it.

The revised, 2016 Public Officer Election Act will reduce the number of members in the House of Representatives from 475 to 465 in 2017. This reform confronted strong objection from members chosen from under populated regions where conservative parties have traditionally been supported. Political parties are influential in ushering in reform by overcoming internal opposition. The next challenge will be who will be the official candidate in the electoral district endorsed by major political parties. Despite these reforms, *Hitori Betsuwaku* will remain in part. By Adam's method, electoral regions will get at least one seat no matter how small the population is, due to a function of rounding up digits after the decimal point to form an integer.

⁷⁸ Hiroshima Koto Saibansho, Okayama branch [Hiroshima High Ct.] March 26, 2013, Heisei 24(Gyo ke) No.6, D1-Law.com no.28214274.

Nagoya Koto Saibansho, Kanazawa branch [Nagoya High Ct.] March 18, 2015, Heisei 24 (Gyo ke) No.1, D1-Law.com no. 28210933.

⁷⁹ Fukuoka Koto Saibansho, Naha branch [Fukuoka High Ct.] March 26, 2015, Heisei 24(Gyo ke) No.1, D1-Law.com no. 28220585.

Tokyo Koto Saibansho [Tokyo High Ct.] March 6, 2015, Heisei 24 (wa) No.21, 2184 HANREI TAIMUZU [HANTA] 3.

5. THE REPRESENTATIVE AND THE VOTERS

5.1. The mission of the representative

Under Article 43⁸⁰ of the Japanese Constitution, members of the Diet are “the representatives of *all* the people,” not simply the representatives of their own electoral zones. Constitutionalism requires that the ruler and the ruled must match, and deliberation of the Diet must reflect the voices of minorities who are far removed from politics.⁸¹

Under the Meiji Constitution, the relationship between the voter and the representative was considered to be similar to a legal agent of the Civil Code, under which the representative reflected the voices of people with mental disabilities.⁸² This opinion was criticized, as such people were regarded as defective or imperfect. During a democratic movement under the Meiji Constitution, called the *Taisho democracy*, some Constitutional scholars maintained that the purpose of the Imperial Parliament was to act as an agent of the people. The Supreme ruler was not the people, but the Emperor under the Meiji Constitution. The Meiji government banned some books and theories of Constitutional law scholars.⁸³

Isao Sato explained that political representatives, following the notion provided by the 1791 French Constitution, were not legally bound by the voters. This idea reflected the ideas of the French Revolution, and is criticized as elitism.⁸⁴

Nobuyoshi Ashibe⁸⁵ modified Isao Sato's idea. We, the people, work through political representatives, not legally, and such institutions politically reflect the will of the people. The representative works to consolidate various people's opinions. The opinions of the ruler and the ruled, the people and the Diet, the voter and representative, collide in some cases.

Ashibe analyzed that in political representative systems, the people work through their representatives. The electoral body reflects the will of the people; the

⁸⁰ NIHONKOKU KENPO [KENPO] [CONSTITUTION], Art. 43.

⁸¹ ASHIBE, Nobuyoshi. **Kenpo [Constitution]**. 6. ed. Tokyo: Iwanami Shoten, 2015. p. 42-43; 292-294.

⁸² TATSUKICHI, Minobe. **Kenpo Teiyō [Constitution]**. 5. ed. Tokyo: Yuhikaku, 1932; SOUICHI, Sasaki. **Nihon Kenpō Youron [The main theory of Constitution]**. 3. ed. [s.l.]: Kanasashi Houryudou, 1933.

⁸³ The most famous case was prohibition of a book written by professor Minobe Tatsukichi at Tokyo University in 1935. He resigned a member of the House of Peers.

⁸⁴ SATO, Isao. **Pokeet Kenpo [Pocket Constitution]**. vol. 1. Tokyo: Yuhikaku, 1983. p. 14-15; SATO, Isao. **Pokeet Kenpo [Pocket Constitution]**. vol. 2. Tokyo: Yuhikaku, 1984. p. 683; NONAKA, Toshihiko; NAKAMURA, Mutsuo; TAKAHASHI, Kazuyuki; TAKAMI, Katsutoshi. **Kenpo II [Constitution II]**. Tokyo: Yuhikaku, 2012. p. 56.

⁸⁵ ASHIBE, Nobuyoshi. **Kenpo to Gikaisei [Constitution and Parliamentary system]**. Tokyo: Tokyo University Press, 1971

NONAKA, Toshihiko; NAKAMURA, Mutsuo; TAKAHASHI, Kazuyuki; TAKAMI, Katsutoshi. **Kenpo II [Constitution II]**. Tokyo: Yuhikaku, 2012

representative pluralistically combines the wills of the people. The opinion between the people and the legislature, the voter and the representative, and the ruler and the ruled usually conflict. The political representative sees the political process as a dynamic communication between the voters and the electoral body. The political representative understands that his work is based on his own beliefs, which nevertheless sounds elitist. In some cases, the will of the voter and that of the representative might successfully match.

Sociological representatives are similar to political representatives in that a sociological representative is independent of the will of the voters and the collective will of society, and social forces balance to be reflected accurately in the legislature.

Semi-representatives developed in France imported by Japanese Constitutional researchers⁸⁶ believe that it is better to reflect people's opinions in politics, which relates directly to democracy. It overlaps with sociological representation.

Influenced by French Constitutional studies, some Japanese Constitutional researchers understand the Japanese Constitution as a representation of "people power," as in the 1794 French Constitution. Some people approve the *mandat impératif*, the modification of the privilege of exemption from liability, and demand a recall system for representatives in the Japanese Constitution.

5.2. Political party control and discipline

The term "political party" was not included in the Japanese Constitution. The political party was protected under freedom of association stipulated in Article 21 of the Constitution. According to a classification made by Professor Heinrich Triepel, Japanese Constitutional scholars explain that the Japanese Constitution takes the third stage, legalization and control by statute, not having yet reached the fourth stage of constitutionalization.

The political party receives subsidies under the Political Party Funding Law (*Seito Josei Hou*). A political party comprising more than five members of the Diet is eligible to receive subsidies. Its resources are derived from taxes paid by the population based on the national census multiplying one politician by 250 yen.⁸⁷ The subsidy is subject to the number of members in a political party. The power of the political parties is stronger than individual representatives in terms of political campaigns. Although not written in the Japanese Constitution, Japanese scholars explain that representatives make public

⁸⁶ *Ashibe*, *supra* note 38, at p. 292-294; TSUJIMURA, Miyoko. **Simin Shuken no Kanousei [Possibility of citizen sovereignty]**. Tokyo: Yushindo, 2002. p. 175-176; TSUJIMURA, Miyoko. **Note sur la theorie du "mandat impératif"**. [s.l.]: Hitotsubashi Kenkyu, 1977. Tsujimura develops people's sovereignty to citizen one. HIGUCHI, Youichi. **Hikaku Kenpo [Comparative Constitution]** 3. ed. [s.l.]: Seirin Shoin, 1992; TADANO, Masahito. **The Right to vote and equality of value of vote**. [s.l.]: Zenkoku Kenou Kenkyukai, 2015.

⁸⁷ *Seitou Josei Hou* [Political Party Funding Law], Law No.69 of 2014, Art.7 (Japan).

commitments to voters through political parties. Unlike the German Basic Law,⁸⁸ which includes parties in its constitution, the conflict between representatives and parties does not occur so often except in the following case.⁸⁹

A political party may require its members to adhere to party decisions. The representative selected through proportional representation is chosen under the name of their political party. The representative selected shall be the representative of the people under Article 43 of Japanese Constitution.⁹⁰

The Diet Act and the Public Officer Election Act provide that the person selected by proportional representation in an election of the House of Representatives or Councillors, loses his or her seat when he or she changes the political party he or she belongs to.⁹¹ However, the members elected through the electoral district system do not lose seats. Japanese Constitutional scholars question this provision as the will of the representative is neglected.⁹²

6. IKEN-JOTAI DOCTRINE IN JAPAN

The Japanese Supreme Court has repeatedly used the *Iken-Jotai* doctrine since the Constitution was established. This doctrine might include several uniform characters for Constitutional analysis outside Japan.

6.1. The beginning of Iken-Jotai in a 1976 decision

In 1976, the Supreme Court held the allocation of the number of members in the House of Representatives as unconstitutional.⁹³ This was the beginning of the *Iken-Jotai* doctrine.

Equality under the law, Article 14 (1),⁹⁴ demands the equal value of votes. The allocation of members of the Houses of the Diet depends on the discretion of the legislature. As the Diet was beyond the reasonable judgment of equality, taking some circumstances into consideration, the Court held this as unconstitutional in 1976. In

⁸⁸ Basic Law for the Federal Republic of Germany (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland), Art. 21(Artikel 21).

⁸⁹ NONAKA, Toshihiko; NAKAMURA, Mutsuo; TAKAHASHI, Kazuyuki; TAKAMI, Katsutoshi. **Kenpo II [Constitution II]**. Tokyo: Yuhikaku, 2012. p. 63.

⁹⁰ NIHONKOKU KENPO[KENPO][CONSTITUTION], Art.43.

⁹¹ Kokkai hou [The Diet Act] Art. 109-2 (Japan).

Koshoku senkyo hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015. (Japan), Art.99-2 (Japan).

⁹² NONAKA, Toshihiko; NAKAMURA, Mutsuo; TAKAHASHI, Kazuyuki; TAKAMI, Katsutoshi. **Kenpo II [Constitution II]**. Tokyo: Yuhikaku, 2012. p. 64-66.

⁹³ Saiko Saibansho [Sup.Ct] April 14, 1976, Showa 49 (gyo tsu) no.75, 30 (3) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 223.

⁹⁴ NIHONKOKU KENPO[KENPO][CONSTITUTION], Art.43.

this case, the disparity of one to five (1 to 4.99) was unconstitutional under Article 14 of the Constitution.

The Supreme Court stated that even though it was unconstitutional, the outcome of the election would not be unconstitutional immediately. Exact equality was not feasible, and under Article 43 (2) and Article 47, electoral districts, methods of voting, and other matters pertaining to the method of election of members of both Houses would be fixed by law.

The appendix of the Public Officer Election Act provides allocation of the members of the Houses, and is inseparable from other provisions, and unconstitutional as a whole.

The factors to be considered included the existing achievement of the election, unity as an electoral district, administrative ward of municipalities, size of area, population density, resident configuration, transportation conditions, and geographical circumstances. It would be held unconstitutional if corrective action was not implemented within "a reasonable period."

The 1976 Court adopted for the first time the *Iken-Jotai* condition doctrine ruling by invoking Article 31(1)⁹⁵ of the Administrative Case Litigation Act in case of action for revocation of administrative decision. It is an application by analogy. It is called *Jijo Hanketsu*. The 1976 decision neglected that Article 219 of the Public Officer Election Act clearly prohibited application of Article 31(1) of the Administrative Case Litigation Act.

According to the Supreme Court, although Article 31(1) was prohibited from applying to the election litigation in Article 219 of the Public Officer Election Act,⁹⁶ by applying the fundamental principle implied in the Administrative Case Litigation Act, an unfair election outcome would be avoided.

Statutes ruled as unconstitutional were declared null and void. Members chosen by an unconstitutional election were non-members in the beginning. The statutes according to which this member joined would be questioned in terms of their effectiveness. The existence of members would be subject to public election suits in many districts.

Supremacy provision in Article 98 (2) of the Constitution did not allow this interpretation in cases that had such significant unconstitutional defects. Declaring this election unconstitutional did not correct the unconstitutional condition and unsuitable outcomes would arise.

⁹⁵ Gyousei Jiken Soshou Hou [Administrative Case Litigation Act], Law No. 59 of 2015 (Japan), Art.31 (Japan). In an action for the revocation of an administrative disposition, the court may dismiss a claim with prejudice on the merits in cases where the original administrative disposition or administrative disposition on appeal is illegal but the revocation thereof is likely to seriously affect public welfare, if the court, having considered the extent of any possible damage to be suffered by the plaintiff, the extent and method of compensation for or prevention of such damage and all other circumstances concerned, finds that the revocation of the original administrative disposition or administrative disposition on appeal is not in line with public welfare. In this case, the court shall declare the illegality of the original administrative disposition or administrative disposition on appeal in the main text of the judgment of dismissal.

⁹⁶ Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art.219 (Japan).

In 1985, the Supreme Court held unconstitutional the disparity of the members of the House of Representatives under Article 14 and 44 of the Constitution. Its disparity was 1 to 4.40. Invoking the 1976 decision, the outcome of the election was unconstitutional, but held as valid.

The 1976 and 1985 decisions have raised several important issues. First, the 1976 and 1985 decisions illustrated several factors for judicial review, such as the existing achievement of elections, unity as an electoral district, the administrative wards of municipalities, sizes of areas, population density, resident configuration, transportation conditions, and geographical circumstances. It is not clear which factor was emphasized. The Supreme Court left some legislative discretion. The 1976 decision limited the wide discretion of the legislature, but later decisions might have endorsed a rather wide discretion.⁹⁷ These decisions illustrate the distress of the judiciary. Its decisions are based on the large rural-urban shift of population for economic growth in Japan.⁹⁸

Second, the reasonable period is unclear. It encourages the Diet to implement a revision of the electoral district. The explanation is so vague that the legislature would only make small modifications and reforms, rather than drastic overhauls.

Committees in the Houses of the Diet act as advisory bodies, with no legal binding power over the legislature, which is the sole and “the highest organ of state power, and shall be the sole law-making organ of the State,” under Article 41 of the Constitution.

Third, the representative may feel the duty to revise electoral districts in line with decisions made by the Supreme Court, but the political party is financially strong enough to influence candidates in campaigns, and the party may force its members to follow the party’s decisions. The party may change its platform after an election, and some representatives may believe that this is a betrayal to voters.

Fourth, the existing electoral system works to the advantage of incumbents.⁹⁹

Fifth, the prime minister’s leadership advances reform of the electoral district. The leadership of the prime minister who is also head of the ruling party is strong. The national census is taken every 10 years,¹⁰⁰ and the district-fixing council of the House of Representatives uses this data.¹⁰¹ Usually a revision of the number of members is based on its data.

⁹⁷ WATANABE, Yasuyuki. Rippousha niyoru Seido Keisei to sono Genkai. **Hosei kenkyu or Journal of law and politics**, Fukuoka, vol. 76, n. 3, 2009.

⁹⁸ MAKI, John. Pacifism, Popular Sovereignty, and Human Rights. In: LUNEY, Percy; TAKAHASHI, Kazuyuki (Eds.). **Japanese Constitutional Law**. Tokyo: University of Tokyo Press, 1993.

⁹⁹ MATSUI, Shigenori. **Kenpo [Constitution of Japan]**. Tokyo: Yuhikaku, 2007. p. 53. He focuses on limitation if the campaigning.

¹⁰⁰ Toukei Hou [Statistics Act], Law No. 53 of 2007, Art.2, 5, 8 (Japan).

¹⁰¹ Shugiin Giin Senkyoku Kakutei Singikai Secchi hou [Law for establishment of electoral district-fixing council for the House of Representatives], Law No. 95 of 2012, Art.3 (Japan).

After the national census in 2000, former prime minister Junichiro Koizumi followed a proposal of five plus five minus by the district-fixing council¹⁰² of the House of Representatives, and submitted to the Diet a revision of the Public Officer Election Act. His leadership was effective.

In February 2016, in the budget committee in the House of Representatives, Yoshihiko Noda, the former prime minister who lost in the election of 2012, mentioned to Prime Minister Abe that electoral reform was a condition of the dissolution of the House of Representatives in December 2012, which Abe has not yet achieved. Abe answered that the reform should be achieved by the end of 2016. Several members of the LDP opposed Abe's answer, but his leadership went on for reform. This is because in the Japanese parliamentary system, the prime minister has the power to appoint a minister under Article 68 of the Constitution. This power will work for the prime minister's leadership unless a strong political faction prevents it inside the ruling political party.

Sixth, the district-fixing council is an autonomous third party panel, independent of the legislature. The autonomy of this council might be constitutionally required, and the Supreme Court may emphasize its constitutional importance in its decision before making a declaration of unconstitutionality. The composition of this council may lack legitimacy compared to the legislature chosen directly by voters.

Seventh, equality under Article 14 of the Japanese Constitution requires one to less than two disparities. Constitutional scholars believe that the judiciary is required to achieve this standard. Inferior courts in Japan have the power of judicial review under Article 81 in the National Police Reserve case in 1953.¹⁰³ Before the 2015 Supreme Court decision for voting disparity, some inferior courts rendered disparity as unconstitutional. The Hiroshima High Court held that its unconstitutional decision would take effect after a certain time. Usually unconstitutional decisions are retroactive. The Hiroshima High Court limited the scope of the unconstitutional decision in time base.¹⁰⁴

The Supreme Court has a duty to render uniform decisions by examining inferior court decisions. Frustrated decisions by inferior courts might induce the Supreme Court to be more positive these days. By emphasizing the autonomy of the council to fix electoral districts in judiciary decisions, the Supreme Court still has room to encourage legislative movement. Otherwise, it may declare legislative decisions unconstitutional.

Lastly, the 1976 decision based on reform of the House of Councillors was not enacted in 1982 nor 1994. Thus, the scope of the 1976 decision was narrow.

¹⁰² Five plus and five minus, and reformed 68 electoral districts in 20 prefectures.

¹⁰³ Saiko Saibansho [Sup.Ct] Oct.8, 1952, Showa 27 (ma) no.23, 6 (9) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Mins-hu]783.

¹⁰⁴ Hiroshima Koto Saibansho [Hiroshima High Ct.] March 25, 2013, Heisei 24 (Gyo ke) no. 4, 2185 HANREIJI-HOU [HANJI] 36.

6.2. The 2005 decision for voting rights outside of Japan

One of the obstacles for an unconstitutional decision for voting disparity is legislative discretion to amend electoral districts through statutes. The council advice has no legal force. Emphasizing the value of voting rights over the electoral system or institution by legislature means that basic principles of voting rights may tighten legislative discretion.

The Supreme Court admitted that voting rights are limited as long as it is necessary to achieve fairness in elections. In the case that the right to vote is an issue for subjective litigation (*Shukan Soshou*), the judiciary may narrow legislative discretion. In the case of disparity in voting rights in objective litigation (*Kyakkan Soshou*), the judiciary will wait for the legislature to work.

The 2005 Supreme Court decision¹⁰⁵ did not use the term legislative discretion. Before the 2005 decision, the Public Officer Election Act¹⁰⁶ completely precluded Japanese citizens who were residing abroad with no address in any area of a municipality in Japan from voting in national elections at the time of the general election for members of the House of Representatives held on October 20, 1996. Japanese people brought suit against the government according to the State Redress Act (*Kokka Baishou Hou*).¹⁰⁷

In 2005, the Supreme Court held that ex-Article 21(2) and Article 8 of the Supplementary Provisions of the Public Officer Election Act was in violation of Article 15(1) and (3), Article 43(1), and Article 44 of the Constitution for the reason that “limits, for the time being, the applicability of the system for allowing Japanese citizens who were residing abroad and had no address in any area of a municipality in Japan to vote in national elections of Diet members under the proportional representation system will, at least at the time of the first general election of members of the House of Representatives or regular election of members of the House of Councillors to be held after this judgment is handed down, be in violation of Article 15(1) and (3), Article 43(1), and the proviso of Article 44 of the Constitution.”¹⁰⁸

This 2005 decision allowed legal suit to seek declaration on legal relations under public law that “Japanese citizens who are residing abroad and have no address in any area of a municipality in Japan are eligible to vote in an election of members under the single-seat constituency system in the next general election of members of the House of Representatives and in an election of members under the constituency system in the

¹⁰⁵ Saiko Saibansho [Sup.Ct] September 14, 2005, Heisei 13 (Gyo tsu) no.82, 83, (Gyo Hi) no.76, 77, 59(7) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 2087.

¹⁰⁶ Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 47 of 1998, Art.21(2), 42, 8 of the supplementary provisions (Japan).

¹⁰⁷ Kokka Baishou Hou [The State Redress Act], Law No. 125 of October 27, 1947, Art.1 (Japan).

¹⁰⁸ *supra* note 104.

next regular election of members of the House of Councillors on the grounds that they are listed on the overseas electoral register.”¹⁰⁹

The 2005 decision shows the following reservations for disparity cases. First, voting rights and disparity are based on different articles of the Constitution. For disparity cases and the equal protection provision, Articles 14 and 44 of the Japanese Constitution arose. In the 2005 decision, the Court applied Article 15(1), 15(3), and 43(1) of the Constitution. Disputes regarding equality principles do not always end in rights-based litigation. One explanation is that equality of voting rights is peripheral in Article 14 of the Constitution, and is subject to wider legislative discretion, and rational review may work.¹¹⁰ The basic principle of voting rights binds legislative discretion.

Second, these cases had different types of litigations. For disparity cases, the objective litigation (*Kyakkan Soshou*) legislatively afforded a party to bring suit. For the 2005 case, the Japanese citizens bought suit to seek damages. The promising point in the 2005 decision is that the Supreme Court held the government liable, and was asked to amend the Public Officer Election Act to extend voting rights to Japanese citizens living abroad. The Japanese Supreme Court rarely admits inaction of the legislature to pass the statutes, as the legislature is the highest organ to pass law under Article 41 of the Constitution.¹¹¹ The 2005 decision focused on more than 10 years. In the disparity case, the reasonable time limit did not show a specific period.

Third, the dissenting opinions of Justice Tokuji Izumi in the 2007 decision for political campaign activity in elections for the House of Representatives in 2005 and the 2015 decision regarding the Political Official Election Act were helpful to limit legislative discretion.¹¹² He attempted to explain the 2007 constitutional decision that held the limitation of political campaign for electing the House of Representatives in 2005 as unconstitutional.

In the 2015 decision regarding the Political Official Election Act limiting Japanese citizen living abroad, Justice Tokuji dissented with the majority, which admitted damage under the State Redress Act.¹¹³ Emotional distress is not appropriate for monetary damage in voting disparity cases. When voting rights of Japanese citizens are

¹⁰⁹ *supra* note 104..

¹¹⁰ SHISHIDO, Joji. **Kenpo Kaishaku Ron No Ouyou To Tenkai [Development and application of theory of constitutional interpretation]**. 2. ed. Tokyo: Nihonhyouronsha, 2014.

¹¹¹ Saiko Saibansho [Sup. Ct] November 21, 1985, Showa 53 (o) No.1240, 39(7) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 1512 (Japan). SATO, Koji. **Kenpo [Constitution]**. Tokyo: Seibundo, 2011. p. 636-638.

¹¹² Saiko Saibansho [Sup. Ct] June 13, 2007, Heisei 18(gyo tsu) No.176, 61(4) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 1617 (Japan). (Tokuji Izumi, J., dissenting). TOKUJI, Izumi. **Watashi No Saikousaibansho Ron [My perspective on the Supreme Court]**. [s.l.]: Nihonhyouronsha, 2013. See also, TOMATSU, Hidenori. Equal Protection of the Law. In: LUNEY, Percy; TAKAHASHI, Kazuyuki (Eds.). **Japanese Constitutional Law**. Tokyo: University of Tokyo Press, 1993. He argues that by using Iken Jotai doctrine of the Supreme Court led confusion in the high court decisions. MATSUI, Shigenori. **Kenpo [Constitution of Japan]**. Tokyo: Yuhikaku, 2007. p. 44.

¹¹³ Kokka Baishou Hou [The State Redress Act], Law No. 125 of October 27, 1947, Art.1 (Japan).

indiscriminately infringed upon, the judiciary must provide a remedy to correct and restore operation of the democratic political process as much as possible.

The litigation for the State Redress Act in this case was supplementary, and the plaintiff Japanese citizens sought the judiciary to recognize the statute as unconstitutional in its reasoning, and encourage the legislature indirectly to restore voting rights. In this case, the plaintiffs were concerned that the primary litigation might be denied, and included the additional argument of the State Redress Act. Nominal damage is not provided in the Japanese State Redress Act; thus, its argument is inappropriate. If the court accepts monetary claims in this case, the judiciary must accept monetary claims in disparity cases in the future.

In disparity of electoral districts, Article 204 of the Public Office Election Act provides litigation and remedy for voters. Thus, in this case, the plaintiff did not have to bring a damage claim under the State Redress Act if the judiciary accepted claims. The judiciary shall engage with legislative inaction for voting rights causing discrimination. If the judiciary accepts monetary claims, the damages would spread and the burden on taxpayers would increase. Free from this anxiety, the judiciary must correct the disparity of voting rights.

6.3. The 2015 reform and the Supreme Court decision

The Supreme Court has announced the *Iken-Jotai* decision every year since 2011 in the House of Representatives and the House of Councillors.

In 2015, the district-fixing council in the House of the Representatives proposed to use Adams' system to allocate members. With the exception of the Socialist (*Shamin*) and Communist parties (*Kyosan*), the opposite parties accepted its advisory opinion of removing ten seats from the House of Representatives. The number of the members of the House of the Representatives will be from 475 to 465.

In a discussion between Prime Minister Abe and former Prime Minister Noda in the budget committee in 2016, Abe insisted that rapid reform would be achieved under Adams' approach by the 2020 national census during the 2016 session. Abe told the Secretary General of the LDP, Sadaguchi Tanigaki¹¹⁴, to make proposals within the LDP. It has been difficult to build consensus within the LDP as it represents a majority party in the Diet.

In February 2016, the LDP proposed three plans. First, under the 2015 simple national census, a six-seat will be reduced in single-seat constituencies, and a four-seat reduced in proportionally represented. Second, reform of the electoral district will start

¹¹⁴ Taniguchi got injured by bicycle, and resigned post of the Secretary-General of the Liberal-Democratic Party in 2016.

after the 2020 formal national census. Detailed measures for reduction were not mentioned in this proposal.¹¹⁵

These proposals show that the ruling party impedes reform of the electoral districts since the ruling party has the highest number of incumbent members. The Supreme Court decision seeking abolishment of *Hitori Betsuwaku* has not come to fruition, as its proposal does not coordinate prefectural disparity. Adams' approach met with strong opposition.

In 2016, the Public Officer Election Act was revised to reduce the number of the members from 475 to 465, reduced the number of single-seat constituencies from 295 to 289, and reduced the number of proportionally represented, multiple-seat constituencies by 4 (*Hirei Daihyo*). These changes will come into effect in 2017.

The new Adams' method will be adopted from the 2020 national census onwards. It aims to increase members of the House of Representatives in large cities, and decrease them in under populated areas. The national census may require 9 increases in the single-seat constituencies, and 15 decreases in the proportionally represented, multiple-seat constituencies.

Prime Minister Abe is currently considering amending the Japanese Constitution. The election of the House of Councillors in July 2015 targeted the issue of Japanese Constitutional amendment. Disparity between the Houses of the Diet remain an important concern for Japanese Constitutional law scholars.

7. CONCLUSION

After the Meiji Constitution was amended, the electoral constituencies remained the same. Dialogue between the GHQ and the Japanese government concluded to abolish the House of Lords and privileges of the peers under Article 14 of new Constitution. In spite of a lack history of a federal system, the House of Councillors was established with the intention to limit the power of the lower house. The role of the House of Councillors and the difference between these two Houses were not clearly stipulated in the Japanese Constitution. The Public Officer Election Act provides the details of the electoral system. The Constitution stipulates one vote per person, which was intended to fix the voting disparity.

The *Tomabechi* decision shows that under the parliamentary system of the new Constitution, the cabinet has the power to dissolve the House of Representatives with Article 7, regarding the Emperor's ritual conduct.

This decision used the political question theory, which is criticized by constitutional researchers. Even though political question theory might be intrinsic to

¹¹⁵ Jimin to Minshin Shuin Senkyo Seido Houan wo sorezore Teishutu [LDP and Minshin party submitted bill for reform of election of the House of Representatives], NHK News Web (April 15, 2016).

democracy, in that voters should be the judges of the cabinet and parliament, the scope and conditions should be clear. In the case of the dissolution of the House of Representatives, unlike the *Sunagawa* decision, the autonomy and discretion of the cabinet should have been considered.

There should be some clear conditions that stipulate when the dissolution of the House of Representatives is necessary, such as important bills being shelved, fundamental changes occurring in the cabinet, etc. Moreover, whether dissolution of the cabinet can be approved by voters via election is another matter in the Japanese Constitution that needs to be clarified.

There have been several electoral reforms made under the Japanese Constitution. Under the Japanese Constitution, judicial review is concrete, not abstract. However, the litigation for voting disparity is an exception that the Public Officer Election Act allows to stand.

The Constitution requires the government to fix the voting disparity. In Japan, the two Houses of the Diet have introduced their own reform.

It is very unique to review the technique of *Iken-Jotai*, or an “unconstitutional state or condition,” which is an obscure doctrine used by the Japanese Supreme Court in 1976. It explained that, although an election is valid, it is nevertheless an illegal and unconstitutional process as per the equality doctrine of Articles 14 and 44 of the Japanese Constitution. The 1976 decision showed the large movement in Japan from rural areas to large cities and tried to limit legislative discretion.

The Supreme Court has held *Iken-Jotai* five times since 2009, three times to the House of Councillors and two times to House of Representatives. These decisions allow legislative discretion to modify the allocation of seats in the Diet. Some reform was made, but not thorough because of the strong objection from parliament.

The factors that limit the wide discretion of the legislature were displayed in these decisions, but it is not clear which factors are critical, such as the existing achievement of elections, unity as an electoral district, the administrative ward of municipalities, the size of an area, population density, resident configuration, transportation conditions, and geographical circumstances.

The reasonable time limit for reform should encourage the legislature to make drastic reform, not endorse small modifications to preserve incumbent seats. Members of the Houses of the Diet may lose electoral regions if reforms are enacted.

The political party is strong enough to enforce some electoral reform because members can make their public commitment along with their party agenda in the Japanese parliament. Emphasis on the political party may enforce party commitment among members while sacrificing the unique character of the House of Councillors, the purpose of which is not written in the text of the Japanese Constitution. The House of Councillors had no political party involvement because its aim used to be regional and

vocational representation in the beginning of current constitution. Nowadays, the political party is the dominant voice in the two Houses of the Diet even though this is not clearly written in the Constitution. The political party may disguise its agenda through distractions such as tax cuts in its campaign.

For reform of electoral regions, the prime minister's leadership would be helpful, but its exercise depends on political fighting with opposition parties and even within his own party.

In order to understand the Japanese parliamentary system, Sato emphasized that the constituency is at the center of the relationship between the cabinet and the parliament under the people's sovereignty. Takahashi viewed the dissolution of the House of Representatives as a weapon for the parties to destroy each other. Munasue required the House of Councillors to seek accountability from the cabinet.

Representatives in the Japanese parliament are required to consider minority opinion, and deliberate to reflect pluralistic perspectives of the people. The different election system aims to achieve this in both Houses of the parliament.

The district-fixing council (*Senkyo Kukaku Shingi Iinkai*) for the House of Representatives was established under the cabinet office. It is not provided in the Constitution, and its opinion is advisory, with no binding power; that is to say that its advice does not bind the cabinet. The council's autonomy to fix the electoral district might be constitutionally required if the judiciary declares that voting disparity has been unconstitutionally unequal under unconstitutional conditions or states (*Iken-Joutai*). The judiciary can reflect district council opinion in writing its decisions.

One alternative solution for the judiciary to encourage reform by legislature is the rights-based approach mentioned in the 2005 decision. In this case, the Supreme Court allowed legal suit seeking declaration of legislative inaction under public law for those who live outside of Japan and are unable to vote. Although this decision didn't use the term "legislative discretion," the basic principle of voting right might bind legislative discretion in voting disparity cases.

Justice Tokuji's dissenting opinion in the 2007 decision admitted damage under the State Redress Act. Emotional distress is not appropriate for monetary damage in voting disparity cases. When voting rights of Japanese people are indiscriminately infringed upon, the judiciary must provide a remedy to correct and restore operation of the democratic political process as much as possible.

The litigation for the State Redress Act in this case was supplementary, and the plaintiff Japanese citizens sought the judiciary to recognize the statute as unconstitutional in its reasoning, and indirectly encourage the legislature to restore voting rights.

These voting disparity decisions show the core of the parliament, the constitutionality of the dissolution of the House of Representatives, the constitutional control for electoral reform, and the relationship among the judiciary, legislature, and cabinet.

The rights-based approach might limit the wide discretion of the legislature. The unique roles of the House of Councillors and political parties were not stipulated in the Japanese Constitution. These factors are now vital in analyzing the *Iken-Jotai* doctrine in the Japanese Constitution.

8. REFERENCES

- ASHIBE, Nobuyoshi. **Kenpo [Constitution]**. 6. ed. Tokyo: Iwanami Shoten, 2015.
- ASHIBE, Nobuyoshi. **Kenpo to Gikaisei [Constitution and Parliamentary system]**. Tokyo: Tokyo University Press, 1971.
- BEER, Lawrence. Peace in Theory and Practice under Article 9 of Japan's Constitution. **Marquette Law Review**, Milwaukee, vol. 81, n. 3, p. 815-830, mar./may 1998.
- HALEY, John. **The Spirit Of Japanese Law**. Athens: University of Georgia Press, 2006.
- HIGUCHI, Youichi. **Hikaku Kenpo [Comparative Constitution]** 3. ed. [s.l.]: Seirin Shoin, 1992.
- KAMATA, Taisuke. Adjudication and the Governing Process; Political Questions and Legislative Discretion. In: LUNEY, Percy; TAKAHASHI, Kazuyuki (Eds.). **Japanese Constitutional Law**. Tokyo: University of Tokyo Press 1993.
- KATO, Kazuhiko. Sangi-in no Isikika sareta Genzo Keisei. **Tokyo Keizai Law Review**, Tokyo, vol. 30, p. 199-7, 2016.
- MAKI, John. Pacifism, Popular Sovereignty, and Human Rights. In: LUNEY, Percy; TAKAHASHI, Kazuyuki (Eds.). **Japanese Constitutional Law**. Tokyo: University of Tokyo Press, 1993.
- MATSUI, Shigenori. **Kenpo [Constitution of Japan]**. Tokyo: Yuhikaku, 2007.
- NONAKA, Toshihiko; NAKAMURA, Mutsuo; TAKAHASHI, Kazuyuki; TAKAMI, Katsutoshi. **Kenpo II [Constitution II]**. Tokyo: Yuhikaku, 2012.
- RAMSEYER, Mark; RASMUSEN, Eric. **Measuring Judicial Independence: the political economy of judging in Japan**. Chicago: University of Chicago Press, 2003.
- SATO, Isao. **Pokeet Kenpo [Pocket Constitution]**. vol. 1. Tokyo: Yuhikaku, 1983.
- SATO, Isao. **Pokeet Kenpo [Pocket Constitution]**. vol. 2. Tokyo: Yuhikaku, 1984.
- SATO, Koji. **Kenpo [Constitution]**. Tokyo: Seibundo, 2011.
- SHISHIDO, Joji. **Kenpo Kaishaku Ron No Ouyou To Tenkai [Development and application of theory of constitutional interpretation]**. 2. ed. Tokyo: Nihonhyouronsha, 2014.
- SOUICHI, Sasaki. **Nihon Kenpou Youron [The main theory of Constitution]**. 3. ed. [s.l.]: Kanasashi Houryudou, 1933.
- TADANO, Masahito. **The Right to vote and equality of value of vote**. [s.l.]: Zenkoku Kenou Kenkyukai, 2015.

TAKAHASHI, Kazuyuki. Contemporary Democracy in a Parliamentary System. In: LUNEY, Percy; TAKAHASHI, Kazuyuki (Eds.). **Japanese Constitutional Law**. Tokyo: University of Tokyo Press, 1993.

TAKAHASHI, Kazyuki. **Rikkenshugi To Nihonkokukenpo [Constitutionalism and the Constitution of Japan]** Tokyo: Yuhikaku, 2013.

TANAKA, Hideo. A History of the Constitution of Japan of 1946. In: TANAKA, Hideo; SMITH, Malcolm (Eds.). **The Japanese Legal System**. Tokyo: University of Tokyo Press, 1976.

TATSUKICHI, Minobe. **Kenpo Teiyō [Constitution]**. 5. ed. Tokyo: Yuhikaku, 1932.

TOKUJI, Izumi. **Watashi No Saikousaibansho Ron [My perspective on the Supreme Court]**. [s.l.]: Nihonhyouronsha, 2013.

TOMATSU, Hidenori. Equal Protection of the Law. In: LUNEY, Percy; TAKAHASHI, Kazuyuki (Eds.). **Japanese Constitutional Law**. Tokyo: University of Tokyo Press, 1993.

TSUJI, Yuichiro. Amendment of the Japanese Constitution – A Comparative Law Approach. **Nanzan Review of American Studies**, Aichi, vol. 37, p. 51-70, 2015.

TSUJI, Yuichiro. Article 9 and the History of Japan's Judiciary: Examining Its Likeness to American and German Courts. **Tsukuba Journal of Law and Politics**, Tsukuba, vol. 68, p. 35-78, oct. 2016.

TSUJI, Yuichiro. Constitutional Court in Japan. **Tsukuba Journal of Law and Politics**, Tsukuba, vol. 66, p. 65-87, mar. 2016.

TSUJIMURA, Miyoko. **Note sur la theorie du "mandat imperatif"**. [s.l.]: Hitotsubashi Kenkyu, 1977.

TSUJIMURA, Miyoko. **Simin Shuken no Kanousei [Possibility of citizen sovereignty]**. Tokyo: Yushindo, 2002.

WATANABE, Yasuyuki. Rippousha niyoru Seido Keisei to sono Genkai. **Hosei kenkyu or Journal of law and politics**, Fukuoka, vol. 76, n. 3, 2009.





Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do *bis in idem*

Corruption: causes, perspectives and the discussion about the bis in idem principle

CRISTINA FORTINI*

Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)
crisfortini@uol.com.br

ARIANE SHERMAM**

Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)
arianesmv@gmail.com

Recebido/Received: 29.01.2018 / January 29th, 2018

Aprovado/Approved: 23.04.2018 / April 23rd, 2018

Resumo

O presente trabalho aborda as dificuldades conceituais que cercam o tema da corrupção, bem como as causas do fenômeno, com o fim de compreender o cenário em que se inserem as leis anticorrupção, em seu conjunto, e de torná-las mais efetivas. Parte-se do estudo dos pontos de aproximação entre a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção, ambos diplomas legais inseridos no contexto maior de controle da corrupção no país, bem como das possíveis incongruências entre as respectivas disciplinas. Enquanto a Lei de Improbidade visa coibir agentes públicos que praticam condutas definidas como ímprobas, a Lei Anticorrupção se volta

Abstract

The present paper addresses the conceptual difficulties surrounding the topic of corruption, as well as the causes of the phenomenon, aiming to understand the context in which the anticorruption laws, as a whole, are inserted and to make them more effective. It begins with critical analysis of the points of approximation between the Law of Administrative Improbability and the Anti-Corruption Law, both legal diplomas inserted in the greater context of corruption control in the country, as well as the possible inconsistencies between the said disciplines. While the Law of Improbability aims to curb public agents who practice conducts defined as misconduct, the Anti-Corruption Law turns to the

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do *bis in idem*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 91-112, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.57614.

* Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte-MG, Brasil). Doutora em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Visiting Scholar na George Washington University com apoio da Capes, onde realizou pesquisa sobre Corrupção nas licitações e contratações públicas (Washington, Estados Unidos da América). Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Ex-Controladora Geral e Ex-Procuradora Geral Adjunta de Belo Horizonte. Advogada. E-mail: crisfortini@uol.com.br.

** Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte-MG, Brasil). Assessora contratada de Conselheiro no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCMG). E-mail: arianesmv@gmail.com.

à responsabilização objetiva, administrativa e cível, das pessoas jurídicas que praticam as condutas nela proibidas. Em ambas as leis, entretanto, se admite a coautoria ou participação de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, na realização das infrações tipificadas. Entende-se, portanto, que o cauteloso exame dos regimes de ambas as leis no que tange aos sujeitos ativos, condutas vedadas e sanções cominadas é necessário para afastar a possibilidade de dupla responsabilização. Quer-se evitar, assim, o *bis in idem* na aplicação das leis em comento. A pesquisa teórica, de cunho jurídico-dogmático, utilizou-se principalmente de dados diretos, primários e secundários, visando contribuir para a interpretação e aplicação mais adequada à finalidade de interesse coletivo que é o controle da corrupção.

Palavras-chave: controle da corrupção; Lei de Improbidade; Lei Anticorrupção; sujeitos ativos; sanções.

*administrative and civil objective responsibility of the legal entities that practice the conducts it prohibits. In both laws, however, co-authoring or participation of third parties, individuals or corporations, is allowed in the execution of the typified infractions. It is understood, therefore, that the cautious examination of the regimes of both laws with respect to the active subjects, prohibited conducts and penalties is needed to avoid the possibility of double responsibility. The goal is to avoid the *bis in idem* in the application of the laws in question. The theoretical research, of legal-dogmatic nature, resorted mainly of direct, primary and secondary data, aiming to contribute to the most appropriate interpretation and application of the collective interest purpose that is the control of the corruption.*

Keywords: control of corruption; Law of Improbability; Anti-corruption Law; active subjects; sanctions.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Leis de controle da corrupção e a necessidade de sua aplicação sistemática; 3. Uma análise dos sujeitos ativos das Leis de Improbidade e da Lei Anticorrupção; 4. Breves considerações sobre o princípio do *Ne Bis in idem*; 5. Em busca de uma solução; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da corrupção atrai cada vez mais a atenção de estudiosos das mais diversas ciências preocupados em indicar suas origens, encontrar ferramentas capazes de identificar sua ocorrência, punir os envolvidos e, com alguma dose de utopia, debelá-la.

Não se trata de ambição jurídica apenas, inclusive porque a contribuição que o Direito é capaz de fornecer é limitada. Leis são impotentes para redesenhar a índole ou apagar tradições. O mero recrudescimento estatal, com a intensificação de sanções, não bastará.

Ainda que possa tornar menos atraente a prática corrupta, introduzindo o elemento custo, como, por exemplo, estabelece indiretamente a Lei n. 12.846/13, Lei Anticorrupção, ao fixar pena de multa às entidades infratoras, e ainda que instrumentos como o da colaboração premiada possam auxiliar as investigações e desestabilizar associações criminosas, a corrupção persistirá enquanto voltarmos às costas ao perfil de sociedade onde ela se solidifica.

Não por outra razão os estudos de historiadores, cientistas políticos e sociólogos - além de juristas - adicionam explicações e avaliações que devem ser consideradas quando do tratamento do tema.

Citamos como exemplo o trabalho de Luís Roberto Barroso, que recupera traços do processo da colonização brasileira em que se realçam o patrimonialismo, o oficialismo e a desigualdade, tudo a contribuir para a edificação do “jeitinho brasileiro”, a antagonizar com a observância da ordem jurídica.¹

Fernando Filgueiras e Leonardo Avritzer, por sua vez, destacam o caráter eminentemente político da corrupção, que supera em muito suas implicações econômicas, haja vista sua capacidade de influenciar a legitimidade dos governos, sua capacidade de governar e até mesmo a percepção da população sobre o país.²

Em face desse cenário, é preciso reconhecer que a corrupção, por sua intrínseca complexidade e caráter multifacetado, não pode ser analisada apenas por um ou outro viés. A perspectiva econômica, por exemplo, em voga na atualidade, ao destacar os altíssimos custos financeiros da corrupção e focar as condutas individuais de agentes na busca pela rentabilidade a qualquer custo, deve ser aliada a outras visões do fenômeno. Só assim será possível combatê-lo com o máximo de efetividade.

Podemos dizer, ainda no que toca ao enfoque econômico, que realça comportamentos individuais, que há uma verdadeira personalização da corrupção. Essa se manifesta na associação do fenômeno à atuação de específicos governantes e, de modo geral, a determinados agentes públicos, o que tem sido usual na realidade brasileira.³

Tal associação contribuiria para o tratamento preferencial da corrupção no âmbito da responsabilização penal, como se corrupção se resumisse quase que inteiramente aos crimes contra a Administração Pública. Esse destaque é feito, em tom crítico, por Lucas Rocha Furtado.⁴ De fato, a redução do fenômeno da corrupção a uma ou poucas manifestações repercute nas ferramentas e instrumentos selecionados para combatê-la: uma abordagem enviesada acaba por refletir nos meios e modos de tratamento do problema; quanto mais pontuais eles forem, pior para a coletividade.

Nesse sentido, discutir o que a sociedade brasileira e o Estado consideram como corrupção é relevante.

No Brasil, a ordem jurídica associa a corrupção ao Estado, compreendendo-se que sua existência envolve o agente público.

¹ BARROSO, Luís Roberto. Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim? Palestra proferida na Brazil Conference. Harvard University, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/leia-integra-palestra-barroso-jeitinho-brasileiro>>. Acesso em: 08 de set. 2017.

² AVRITZER, Leonardo. FILGUEIRAS, Fernando. Corrupção e controles democráticos no Brasil. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Estado, instituições e democracia: república**. Brasília: IPEA, 2010. p. 499.

³ CARVALHO, José Murilo de. **Passado, presente e futuro da corrupção brasileira**. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Orgs.). **Corrupção: Ensaio e Crítica**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008.

⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro**. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 27.

Mesmo nos casos em que se repudia legalmente determinado comportamento que não envolve diretamente o Estado, detecta-se, indiretamente, a sua presença.

Vejamos, por exemplo, os casos descritos no art. 5º da Lei n 12.846/13, alíneas “c” e “e”. Ali são relatados comportamentos privados que, a despeito de não demandarem a participação de agente público, afetam a esfera estatal, vítima do mal feito particular. Logo, 1) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo ou 2) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo são ações empreendidas por particulares. Não há agente público necessariamente envolvido e ainda assim a lei considera o ato corrupto. Mas ainda assim são ações que afetam a seara estatal.

Nosso ordenamento jurídico, ainda que se considere a maior abrangência do conceito de corrupção para fins da responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas atingidas pela Lei n 12.846/13, em muito superior ao conceito de corrupção ativa de que cuida o art. 333 do Código Penal,⁵ não rechaça várias posturas antiéticas.

Trata-se de uma opção cujas consequências nos parecem graves.

Isso porque a maior tolerância estatal perpetua um ambiente em que a falta de ética não ocasiona sanção. E a “reserva de espaço” no qual se aceitam certos comportamentos dificulta imensamente o combate à corrupção no ambiente em que ela é legalmente refutada. Queremos com isso reiterar que a luta contra a corrupção há de ser combatida em frentes diversas e não apenas quando se alguma forma a esfera estatal se faz atingida.⁶

Em verdade, mais do que a ausência de rótulos negativos, condutas eticamente reprováveis levadas a efeito por particulares, sem qualquer contato com o mundo estatal, são por vezes silenciosamente aplaudidas. Oferecer presentes valiosos a professores de escolas privadas infantis e presentear líderes de setores de compras de grandes empresas são exemplos de situações cotidianas que espelham as nossas contradições. A despeito de questionáveis, as condutas mencionadas, no máximo, podem atingir regras internas da escola ou da empresa, mas não necessariamente traduzem ilícito nos termos da ordem jurídica brasileira.

Assim, apesar da efervescência legislativa e normativa brasileira sobre o tema da corrupção, sua abordagem ainda se restringe ao espaço estatal, de forma direta ou indireta.

⁵ Corrupção ativa: Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

⁶ Há autores que sugerem tratar os diferentes mecanismos de combate à corrupção sob o rótulo de “Direito Corruptivo”. BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

O cenário narrado – qual seja: o do caráter multifacetado e complexo da corrupção e, ao mesmo tempo, o da associação do fenômeno à esfera estatal – contribui para que alguns estudiosos se recusem a formular um conceito para a corrupção e passem a identificar sua ocorrência com base na presença de alguns marcadores.

É o que faz Lucas Rocha Furtado, ao delinear como características dos atos de corrupção: 1) o abuso de posição, em outros termos, a transgressão de regras funcionais; 2) a violação de dever previsto em sistema normativo; 3) a expectativa de obtenção de benefício “extrapositional”, ou seja, a probabilidade de recebimento de vantagem indevida, que pode ter natureza pecuniária ou não; 4) o sigilo, pois a corrupção ocorre na penumbra, longe dos “holofotes” da transparência.⁷

O exame desses marcadores reforça a já citada e comum associação da corrupção ao Estado e a seus agentes e deixa de fora condutas ilícitas que não ocorrem na esfera pública, ainda que possam ser categorizadas como corruptas, em sentido mais amplo.

Daí que outras propostas de conceito e delineamento de características são feitas. Leonardo Avritzer e Fernando Filgueiras afirmam que “O critério para definir se uma ação é corrupta ou não é [...] o da sua ilegitimidade frente aos valores e às normas expressos em determinada concepção de interesse público”.⁸ A vantagem do critério exposto, notadamente mais amplo, é a de permitir a comparação de condutas face a determinada ordem normativa, de modo a evitar a frequente generalização e tratamento inadequadamente uniforme que a associação da corrupção ao Estado e aos agentes públicos propicia.

Para além do problema conceitual, é necessário tratar, também, das causas da corrupção, principalmente em uma conjuntura como a brasileira, que aparenta ser irremediavelmente permissiva a esse tipo de conduta.

Há na realidade política, econômica e social brasileira uma questão primordial que alimenta a corrupção. Trata-se da patente desigualdade. É esse o fator que potencializa a corrupção e, ao mesmo tempo, cria um aparente paradoxo, em que os cidadãos reconhecem sempre aos outros, em especial, à classe política, como corruptos, mas quase nunca a si mesmos como transgressores.⁹

Célia Regina Jardim Pinto entende, nesse contexto, que a modernidade brasileira, na qual a corrupção cumpre um papel estruturante, abarca dois princípios

⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro**. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 41-42.

⁸ AVRITZER, Leonardo. FILGUEIRAS, Fernando. Corrupção e controles democráticos no Brasil. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Estado, instituições e democracia**: república. Brasília: IPEA, 2010. p. 504.

⁹ FRAGA, Erica. Estudos revelam como a corrupção prospera e funciona. **Folha de São Paulo**, 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/05/1773117-estudos-revelam-como-a-corruptao-prospera-e-funciona.shtml>>. Acesso em: 20 de jul. 2016.

“perversos”: 1) ninguém se sente constrangido a cumprir as leis; 2) todos se sentem desiguais.¹⁰

Na sociedade brasileira, profundamente marcada por desigualdades históricas, a hierarquia permeia todos os níveis sociais e se revela não só nas relações entre Estado e particulares, como também nas relações dos particulares entre si. Essa seria a situação ideal para o enraizamento da corrupção, por propiciar um ambiente de não adesão às normas, em que todos parecem ter razões superiores para não as cumprir e não se sentem iguais uns aos outros.¹¹

Nesse cenário, Célia Regina Jardim Pinto faz um alerta que parece muito salutar diante da efusão legislativa que acomete o país e que, dada a sua importância, merece ser transcrito: “[...] não quer dizer que a corrupção faz parte da natureza da modernidade brasileira ou que ela é essencial na democracia no país, mas sim que é um elemento muito bem articulado, que necessita mais do que indignação sincera ou midiática para ser superada”.¹²

Não se pode, portanto, ceder à aparente facilidade das explicações culturais e históricas que naturalizam a corrupção, relegando a uma hipotética, profunda e longínqua modificação social o papel de indutora da transformação do quadro de corrupção sistêmica. Ao mesmo tempo, não se pode concordar que alterações legislativas sejam capazes de, por si só, promover as mudanças necessárias à qualificação da burocracia e à diminuição da corrupção, mormente em sua faceta pública.

Temos que reconhecer, de outro turno, que as modificações legislativas, acompanhadas da inserção de novas práticas e instrumentos de controle da Administração brasileira, em especial a partir da primeira década do século XXI, alinham-se a uma maior intolerância da população com a corrupção. Visualizamos, portanto, uma evolução social, que, porém, não pode se esgotar na mera indignação. O acompanhamento da cobertura midiática dos casos de corrupção, em especial daqueles de grande vulto, revela a atenção com que a sociedade se volta ao tema e ao mesmo tempo realimenta a intolerância com os desvios.

Também não se pode desconsiderar que, a despeito da necessária luta contra a corrupção, a demandar um esforço contínuo e uma incessante discussão sobre as

¹⁰ PINTO, Célia Regina Jardim. **A banalidade da corrupção**: uma forma de governar o Brasil. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2011. p. 32.

¹¹ As discussões levantadas por Célia Regina Jardim Pinto acerca da desigualdade histórica brasileira e sua influência sobre a corrupção remetem às considerações de Daron Acemoglu e James Robinson sobre a riqueza de algumas nações e a pobreza de outras, onde o fator diferencial seriam as instituições: nos países pobres, ao contrário dos mais ricos, se destacam as instituições excludentes, que, instrumentalizadas por um elite política, reproduzem círculos viciosos, com vistas à perpetuação do poder e em detrimento da população. A propósito, ver ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹² PINTO, Célia Regina Jardim. **A banalidade da corrupção**: uma forma de governar o Brasil. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2011. p. 36.

opções políticas a esse respeito, a provocar pesquisas sobre suas origens e seus contornos, há uma guerra a ser travada dentro da ordem jurídica.

Condutas estatais divorciadas da ordem jurídica, ainda que ambicionadas a travar ou punir atos corruptos, são também nocivas.

Vale dizer, igualmente maléfica atuação estatal que, entusiasmada pelo apelo social, desloque-se da ordem jurídica.

Em matéria de aplicação de sanções há que se considerar que sua legalidade se atrela não apenas à presença de respaldo em dado texto legal, mas a uma harmonia superior em que inexistam violações a princípios.

Daí ser necessário abordar o princípio do *bis in idem* e sua aplicação no tema da corrupção diante do que dispõem várias leis, todas irmanadas, em alguma medida, no combate à corrupção.

Em face de todo esse contexto e no que toca ao objeto deste artigo, que é o de tratar da Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/92, em comparação com a Lei Anticorrupção, Lei n. 12.846/13, observamos que ambos os diplomas normativos estabelecem sanções aplicáveis diante da revelação de comportamentos considerados nocivos. As duas leis são respostas legislativas a períodos de aumento da intolerância social com a corrupção, sobretudo a Lei Anticorrupção, e, em tese, reforçam uma à outra. Trata-se de diplomas normativos que subsidiam e, ao mesmo tempo, são alimentados pelo ideário de que a corrupção se restringe à esfera estatal (ou, pelo menos, predomina nesse âmbito).

Feitas essas considerações iniciais, passamos ao exame específico das leis em comento, de modo a verificar seus pontos de aproximação e de possíveis incongruências, visando à efetiva concretização de seus comandos, bem como a evitar que sua aplicação resulte, na situação concreta, em *bis in idem*.

2. LEIS DE CONTROLE DA CORRUPÇÃO E A NECESSIDADE DE SUA APLICAÇÃO SISTEMÁTICA

Reafirmamos que o tema da corrupção adentrou irremediavelmente a agenda pública, em especial após a adesão do Estado brasileiro ao movimento internacional de controle da corrupção, que vem produzindo como resultado, principalmente a partir dos anos 2000, diversos diplomas legais cuja finalidade é prevenir ou combater o fenômeno, de modo mais ou menos direto.¹³

¹³ Em outros ordenamentos jurídicos e no cenário global, ver: BUTELER, Alfonso. Corrupción, globalización y Derecho Administrativo. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 1, n. 1, p. 39-62, ene./jun. 2014; BUTELER, Alfonso. Los sistemas para el control de la corrupción pública en el orden global. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 239-261, set./dez. 2017; BUTELER, Alfonso. El control de la corrupción en el Derecho Comparado: los casos de Argentina, Brasil y España. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 23-43, jul./set. 2013;

Portanto, em atenção aos compromissos firmados com organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Brasil tem editado leis que buscam combater, tanto na esfera administrativa como na penal, a corrupção – que, como já ressaltamos, pode ser entendida, entre outras acepções, como o uso de posições públicas para a obtenção de vantagens privadas.¹⁴

No campo do direito administrativo, citamos diplomas relativamente recentes como a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.257/11) e a Lei de Conflito de Interesses (Lei 12.813/13), que, ao promoverem a transparência e a moralidade administrativa, visam coibir desvios potencialmente caracterizadores de atos de corrupção, antes mesmo de sua materialização.¹⁵

Talvez o caso mais emblemático de legislação editada com a finalidade de controle da corrupção seja a Lei 12.846/13, também chamada de Lei de Responsabilização Objetiva de Pessoas Jurídicas ou simplesmente Lei Anticorrupção. Nessa Lei, o foco se volta para as pessoas jurídicas corruptoras, entidades que pratiquem as condutas definidas em lei como infrações. A suposta novidade reside na natureza objetiva da

OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. Instrumentos de la lucha contra la corrupción en Colombia: de la ultima ratio a la ausencia de razón. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 67-91, jan./mar. 2016.

¹⁴ Sobre o papel das convenções editadas por organismos internacionais como ONU e OCDE na concepção de diplomas legais brasileiros, como a Lei Anticorrupção e a Lei das Empresas Estatais (Lei n. 13.303/2016), que ressaltam o papel da governança no combate à corrupção, recomendamos a leitura de artigo de nossa lavra: FORTINI, Cristiana; SHERMAN, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

¹⁵ É expressiva a interligação entre as ideias de transparência, de acesso à informação e de combate à corrupção. A temática tem sido bastante discutida no Direito brasileiro: MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 127-146, abr./jun. 2014; FERREIRA, Alessandro Fonseca; MAZZEI, Marcelo Rodrigues; GERAIGE NETO, Zaiden. O direito coletivo de acesso à informação pública: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a colombiana. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 177-194, jul./set. 2013; VALIM, Rafael. El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño. **Revista de Investigaciones Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 169-181, jan./abr. 2016; PERLINGEIRO, Ricardo. A codificação do direito à informação na América Latina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 209-227, abr./jun. 2014. O tema também é objeto de atenção em outros sistemas jurídicos: SCHIAVI, Pablo. Régimen jurídico de la acción de acceso a la información pública en el Uruguay. **Revista de Investigaciones Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 137-168, maio/ago. 2015; SCHIAVI, Pablo. Información pública en clave de neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 13-45, jul./set. 2014; PERLINGEIRO, Ricardo; DÍAZ, Ivonne; LIANI, Milena. Principios sobre o direito de acesso à informação oficial na América Latina. **Revista de Investigaciones Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 143-197, maio/ago. 2016; BELLOCHIO, Lucía. Access to public information in Argentina with particular reference to personal and institutional data protection. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 39-51, jul./set. 2016; BUTELER, Alfonso. La transparencia como política pública contra la corrupción: aportes sobre la regulación de derecho de acceso a la información pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, v. 14, n. 58, p. 61-106, out./dez., 2014.

responsabilidade das infratoras nas esferas administrativa e cível, a qual prescinde da demonstração de culpa.

Diz-se “suposta novidade”, pois a Lei que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência, Lei n. 12.529/11, já previa, antes da entrada em vigor do diploma anticorrupção, a responsabilidade objetiva administrativa. Ou seja: apesar de ser tratada como uma inovação no campo do direito administrativo, a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas delineada na Lei 12.846/13 sucede legislação que já disciplinava o tema na Administração Pública.

Lado outro, deve ser recordada a existência de hipóteses de sancionamento do comportamento de entidades antes da Lei anticorrupção. A Lei n. 8.666/93 (Lei Geral de Licitação e Contratos Administrativos) e a Lei 10.520/02 (Lei do Pregão), por exemplo, preveem a repulsa administrativa a atuações eticamente reprováveis, aplicando-se reprimendas relevantes como a declaração de inidoneidade e a suspensão do direito de contratar com a Administração. Quer-se com isso dizer que alguns dos comportamentos repudiados pela Lei 12.846/13 já poderiam, antes de sua edição, justificar a punição da entidade na esfera administrativa. Basta pensar que a entidade poderia ser declarada inidônea, por exemplo, somando-se a essa sanção outra de natureza pecuniária - multa - com fulcro no art. 87, II e IV, da Lei 8.666/93, diante de situações que se identificam com algumas das narradas no art. 5º da lei 12.846/13.

Assim, como a própria Lei Anticorrupção prevê, uma mesma conduta poderia provocar repulsa sob a disciplina das mencionadas leis de contratações públicas,¹⁶ e, claro, diante da Lei 12.846/13.¹⁷ São vários os âmbitos de responsabilização, portanto.

¹⁶ Vale observar que as contratações públicas representam um importante âmbito de manifestações de corrupção. Sobre o tema, conferir: FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016; FORTINI, Cristiana; YUKINS, Christopher; AVELAR, Mariana. A comparative view of debarment and suspension of contractors in Brazil and in the USA. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 61-83, out./dez. 2016; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan./abr. 2017; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. The principles of the global law of public procurement. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 13-37, jul./set. 2016; AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 31-41, jul./dic. 2015; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Self-cleaning in public procurement: operational potentiality and regulation in the European Union. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 25-44, out./dez. 2017; JURUENA, Cynthia Gruenling; FRIEDRICH, Denise Bittencourt. O cumprimento das informações acerca das licitações e contratos celebrados nos portais da transparência: uma análise qualitativa de municípios do Rio Grande do Sul. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 281-307, out./dez. 2017.

¹⁷ Sobre a referida lei, ver: GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015; GABARDO, Emerson; CASTELLA Gabriel Morettini e. La nueva ley anticorrupción brasileña: aspectos controvertidos y los mecanismos de responsabilización de las personas jurídicas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho**

Costuma-se ignorar, portanto, que o controle da corrupção já figurava como tônica reinante em leis editadas antes mesmo da recente mobilização em torno da integridade da (e na) Administração Pública.

É o caso da Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/92, que visa coibir, entre outras condutas desviantes, o enriquecimento ilícito de agentes públicos, uma vez realizadas as condutas descritas em seu bojo.

Nesse ponto é necessário destacar que a profusão legislativa pode comprometer a sistematicidade e a coerência que se entendem características da ordem jurídica. Obviamente, tal problemática repercute não só sobre o tema do combate à corrupção, como também sobre os mais diversos campos e modos de atuação do Estado, podendo reduzir sua eficácia e efetividade.

A esse respeito, retomamos as palavras de Jacques Chevallier, que credita ao advento do chamado “Estado Providência” o surgimento de um novo direito: o “direito intervencionista”, concebido como instrumento de ação do Estado e meio de realização de políticas públicas.¹⁸ Nessa nova configuração, o direito não mais se limitaria a codificar comportamentos, mas a alcançar determinados objetivos e a produzir determinados efeitos econômicos e sociais, finalidades típicas de um Estado regulador e interventor.

Como consequência dessa nova postura estatal, a atividade normativa foi, de certa forma, comprometida, na medida em que

Assim instrumentalizado, o direito perde os atributos de sistematicidade, generalidade e estabilidade, que o posicionavam totalmente na ordem da ‘racionalidade’. [...] enquanto os textos proliferam de maneira anárquica, cobrindo domínios cada vez mais distendidos da vida social, as normas se tornam parceladas e instáveis.¹⁹

A profusão de diplomas anticorrupção no Brasil se insere no contexto narrado. Embora nem todas as leis editadas possuam como objetivo específico e declarado o combate à corrupção na esfera pública brasileira, seus dispositivos, que se espraiam pelos mais diversos ramos jurídicos, como direito penal, direito econômico e da concorrência e direito administrativo, acabam por demandar um árduo trabalho de interpretação e sistematização por parte dos aplicadores.²⁰

Administrativo, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 71-88, ene./jun. 2015; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance: una perspectiva desde la Ley Brasileña nº 12.846/2013. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 257-281, ene./jun. 2015.

¹⁸ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 82.

¹⁹ Idem.

²⁰ A título de ilustração do que Jacques Chevallier denomina “inflação normativa”, que compromete, entre outros aspectos, a eficácia e a efetividade do direito, pesquisa realizada no Brasil revela que, desde a edição da Constituição da República de 1988, foram editadas mais de 5, 4 milhões de normas, o que corresponde a 769 normas por dia útil, provenientes de todas as esferas político-administrativas. Ver, a respeito: CONJUR. **Brasil**

Portanto, o estudo comparado da Lei Anticorrupção e da Lei de Improbidade Administrativa lança luzes sobre aspectos importantes, que, talvez paradoxalmente, também sejam as razões para possíveis incongruências na interpretação e aplicação das disposições desses diplomas, haja vista a ausência de sistematicidade no tratamento legislativo do combate à corrupção.

Entre os diversos aspectos que poderiam ser abordados quando do estudo comparativo dessas leis, um em especial se sobressai: em tese, poderia uma pessoa jurídica ser enquadrada e devidamente penalizada por infringir, ao mesmo tempo, as disposições da Lei Anticorrupção e da Lei de Improbidade Administrativa?

Apesar de parecer retórica, tendo em vista o disposto no art. 30, inciso I, da Lei Anticorrupção,²¹ a pergunta formulada remonta a disposições de ambas as Leis – Lei 12.846/13, arts. 1º e 3º e Lei n. 8.429/92, arts. 2º e 3º, entre outros – que abrem margem para possíveis conflitos na aplicação de seus ditames.

Nesse sentido, realizamos pesquisa teórica, na vertente jurídico-dogmática, com acesso a dados direitos, primários e secundários, com o fim de buscar formular uma resposta para o questionamento acima levantado. Como hipótese, afirmamos que não há, a princípio, a possibilidade de dupla responsabilização, considerando as respectivas finalidades e sujeitos ativos preferenciais das Leis Anticorrupção e de Improbidade Administrativa.

3. UMA ANÁLISE DOS SUJEITOS ATIVOS DAS LEIS DE IMPROBIDADE E DA LEI ANTICORRUPÇÃO

Em atenção ao princípio da moralidade administrativa, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988 como um dos princípios regentes da Administração Pública brasileira, a Lei n. 8.429/92 visa resguardar uma forma qualificada de moralidade, qual seja, a probidade.²² A promulgação da Lei de Improbidade decorre do disposto no art. 37, §4º, da Constituição, onde se lê: “Art. 37 [...] § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

editou 5,4 milhões de normas desde a Constituição de 1988, diz estudo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-30/brasil-editou-54-milhoes-normas-1988-estudo>>. Acesso em: 24 de set. 2017.

²¹ Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; [...].

²² LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

A Lei n. 8.429/92 foi editada em período de turbulência política no Brasil. Seus primeiros meses de vigência coincidiram com o transcorrer dos fatos que resultaram na instauração do processo de *impeachment* e posterior renúncia do então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, justamente por fatos categorizados como corruptos. O contexto de instabilidade política e social pode ser comparado ao da edição da Lei Anticorrupção, esta fortemente marcada pelos protestos populares de junho de 2013, que, embora tenham coberto uma variedade de temas e demandas, foram associados às reivindicações de transparência e moralidade na Administração Pública.

Assim, para cumprir sua finalidade, a Lei de Improbidade rechaça uma série de condutas agrupadas em três categorias, correspondentes aos seus arts. 9º, 10, 10-A e 11: atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam dano ao erário e atos que atentam contra os princípios da administração pública.

Segundo o art. 1º da Lei de Improbidade são sujeitos ativos das infrações descritas em seu bojo os agentes públicos, servidores ou não,²³ que atentem contra a Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como contra entes que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público ou para cuja criação e custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Para os fins deste trabalho, previsão importante é a do art. 3º da Lei 8.429/92, que estende as disposições da Lei de Improbidade àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra à prática do ato de improbidade ou dele se beneficie de forma direta ou indireta.

É reconhecido pela doutrina que o terceiro de que trata o citado art. 3º pode ser uma pessoa jurídica. Em outras palavras, em sede da Lei de Improbidade, o terceiro infrator não atua sozinho, mas sempre “acompanhado” por um agente público, haja vista o núcleo conceitual dos verbos “induzir”, “concorrer” e “beneficiar-se”.

A Lei n. 12.846/13 (Lei Anticorrupção), por sua vez, estabelece a responsabilidade objetiva administrativa e cível de pessoas jurídicas²⁴ que pratiquem as condutas previstas nos incisos do seu art. 5º, contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

A leitura conjunta das condutas tipificadas como infrações na Lei Anticorrupção e na Lei de Improbidade desperta dúvidas sobre a possibilidade de se somarem as sanções, haja vista a real possibilidade de uma mesma conduta ser rechaçada em ambas as leis.

²³ Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

²⁴ O alcance subjetivo da Lei é foco de discórdia. Há os que vislumbram maiores teias diante do *caput* do art. 1º e há os que compreendem que a lista de entidades destinatárias da lei é taxativa, decorrente do parágrafo único do mesmo artigo.

Nos termos do art. 5º da Lei Anticorrupção, são atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas de que trata a legislação, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra os princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, desde que se encaixem nos incisos do mesmo dispositivo.²⁵

Desde já o núcleo conceitual do *caput* do art. 5º revela uma aproximação com as infrações tipificadas na Lei de Improbidade Administrativa, já que os arts. 9º, 10, 10-A e 11 desta Lei tipificam atos que importam enriquecimento ilícito (auferir vantagem patrimonial indevida em razão de exercício de cargo, emprego, mandato ou função), causam lesão ao erário (perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres) ou atentam contra princípios da administração pública, violando deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade para com a Administração Pública.

Mas a leitura dos “tipos” torna a aproximação ainda mais cristalina.

Vejam, por exemplo, a conduta tipificada no inciso VIII do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, segundo o qual constitui ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário: “frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente”. Como já se viu, o sujeito ativo de tal conduta é necessariamente um agente público, que, por outro lado, pode ter sido induzido por um terceiro ou atuado em conjunto com ele, pessoa jurídica inclusive. Esta pessoa também responderá às sanções legais.

A conduta transcrita no parágrafo anterior remete à aquela prevista na alínea d do inciso IV do art. 5º da Lei Anticorrupção, qual seja, “fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente”.²⁶ Nessa lei, o sujeito ativo será a pessoa jurídica, o que não impede, por outro lado, que as pessoas físicas envolvidas na infração também sejam penalizadas.²⁷ Esse não é o foco da lei, contudo.

Suponhamos que uma pessoa jurídica atue em conluio com um agente público visando manipular o resultado de um processo licitatório. Qual regime legal incidirá, o da Lei de Improbidade Administrativa ou o da Lei Anticorrupção, haja vista que a conduta realizada é tipificada em ambas as leis?

²⁵ A lista há de ser entendida como taxativa sob pena de propiciar-se enorme insegurança jurídica. Além disso a própria redação do dispositivo conduz à essa conclusão.

²⁶ A conduta tipificada na alínea d do inciso IV do art. 5º, por sinal, parece abarcar, por mais genérica, outras infrações previstas no mesmo inciso, quais sejam: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo.

²⁷ Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

A busca por uma resposta deve levar em consideração a natureza dos sujeitos ativos visados por cada lei, bem como o tipo de responsabilização incidente. Nesse ponto, a Lei de Improbidade Administrativa se assenta sobre a responsabilidade subjetiva, ou seja, demanda a demonstração de culpa, em sentido amplo, para que a penalização tenha lugar. Por outro lado, a Lei Anticorrupção estabelece a responsabilidade objetiva, que é mais gravosa, uma vez que prescinde da culpa e exige apenas a demonstração do nexo causal.

Além do tipo de responsabilidade cominada em cada lei é importante visualizar, também, as sanções definidas em cada um dos diplomas, em especial, aquelas de natureza judicial.

O art. 12 da Lei de Improbidade estipula como sanções para as diferentes condutas rechaçadas, entre outras, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, a multa civil e a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Essas sanções são muito semelhantes àquelas cominadas no art. 19 da Lei Anticorrupção, atinente ao processo judicial de responsabilização, em especial, a de perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. Em princípio, portanto, o risco do *bis in idem* existe.

Também não se pode esquecer que o art. 20 da Lei 12.846/13 estabelece a possibilidade de, na ação judicial, se solicitar a aplicação das sanções do art. 6º, vocacionadas ao processo administrativo de responsabilização, se tiver havido omissão das autoridades públicas competentes para o citado PAR. Ou seja, há de se considerar, ainda, a possibilidade de se multar a entidade e se determinar a publicação de notícia sobre seu mal feito, como o art. 6º estabelece.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

A Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica - foi ratificada pelo Brasil em 1992. Segundo ali disposto, assegura-se que “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Interpretação literal conduz ao limitado alcance da norma, protegendo apenas parcialmente, seja por mencionar o absolvido e não o condenado, seja por prever a não submissão a novo processo e não à nova sanção, seja por mencionar o trânsito em julgado.²⁸

²⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do “*ne bis in idem*” e a constituição brasileira de 1988. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, n. 16, v. 4, 2005.

Analisado sob a ótica da Constituição de 1988, o princípio há de ser considerado como reflexo do Estado Democrático de Direito e da centralidade da pessoa humana. A ausência de contornos para a atividade sancionatória do Estado situaria o cidadão como refém do poder estatal, geraria profunda instabilidade que antagonizaria com a ideia de segurança jurídica, baluarte de um Estado de Direito.

O princípio da proporcionalidade, a constranger os agentes públicos a adotarem condutas ajustadas ao interesse público, vedados os excessos (assim como as omissões), também se entrelaça com o princípio do *ne bis in idem*.

Logo, seja sob a vertente formal, a inibir a instauração de novo processo diante do mesmo fato, seja sob o ângulo material, a afastar a punição dupla, na mesma esfera, diante do mesmo fato, é possível afirmar a validade do citado princípio no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal coleciona inúmeros julgados sobre o tema, tendo editado a Súmula n. 19/STF, segundo a qual: “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”.

No mesmo sentido, há entendimento do Superior Tribunal de Justiça em caso no qual se nega a possibilidade da dupla punição a servidor público na esfera administrativa, conforme ementa a seguir, a qual, por ilustrativa da relevância que o princípio do *ne bis in idem* assume na ordem jurídica brasileira, merece ser transcrita em sua integralidade:

ADMINISTRATIVO PROCESSO DISCIPLINAR. INOCÊNCIA PROCLAMADA. CONDENAÇÃO EM PROCESSO PENAL. NOVO PAD. FATOS QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO COMPREENDIDOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTERIOR. BIS IN IDEM. SEGURANÇA CONCEDIDA. HISTÓRICO DA DEMANDA. 1. O impetrante respondeu a Processo Administrativo-Disciplinar instaurado em 2002, em que foi absolvido por decisão prolatada no mesmo ano. Posteriormente, veio a ser condenado em processo criminal que teve curso na 3ª Vara Federal de Porto Velho/RO, com início também em 2002, mas cuja sentença foi proferida em 2008. Em decorrência da condenação penal, cuja sentença transitou em julgado, em 2010 a Administração instaurou novo PAD, em que o servidor foi demitido. 2. O ex-servidor sustenta que não poderia ser condenado pelos mesmos fatos pelos quais já havia sido absolvido no PAD de 2002 e prescrição. A Administração, por sua vez, alega que não há bis in idem, pois o objeto do novo PAD não são as irregularidades apuradas no processo anterior, mas a condenação penal transitada em julgado que lhe foi imputada, além de que o fato apurado no processo criminal seria diverso daquele apurado no primeiro processo disciplinar. Quanto à prescrição, a Administração sustenta que seu termo inicial seria a data em que ela teve conhecimento da condenação penal transitada em julgado. O QUE SE PUNE NÃO É O FATO DO SERVIDOR SER CONDENADO CRIMINALMENTE, MAS AS CONDUTAS QUE LEVARAM A ESSA CONDENAÇÃO. 3. O art. 132, I, da Lei 8.112/90 não determina que ser condenado por

crime contra a Administração Pública é uma irregularidade administrativa, mas que as infrações praticadas contra a Administração que também constituam crime devem ser necessariamente punidas com a pena de demissão. 4. Entendimento em contrário levaria a que, por ter praticado uma determinada conduta, o servidor poderia receber uma penalidade administrativa e, após ser condenado penalmente, receber uma segunda punição administrativa. VEDAÇÃO ABSTRATA À EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM 5. O STJ entende que, julgado um Processo Administrativo Disciplinar instaurado contra servidor público federal, a revisão da conclusão só poderá acontecer em duas hipóteses: a) existência de vício insanável no PAD, que o torne nulo; e b) surgimento de fatos novos que justifiquem o abrandamento da penalidade ou a declaração da inocência do servidor. 6. O art. 174 da Lei 8.112/90 só prevê a revisão do PAD “quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada” e o parágrafo único do art. 182 é explícito em que “da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade”. 7. nesse sentido: MS 17.370/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, Dje 10/09/2013; MS 10.950/DF, Rel. Ministro O Fernandes, Terceira Seção, Dje 01/06/2012. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM NO CASO CONCRETO 8. Procede a alegação de bis in idem, pois as infrações pelas quais o servidor foi condenado criminalmente e que seriam a base da demissão aplicada no PAD instaurado em 2010 estavam compreendidas no objeto do PAD anterior, de 2002, em que o impetrante havia sido absolvido. 9. A própria Controladoria-Geral da União reconheceu a identidade de fatos, afirmando que “a leitura da sentença condenatória permitiu verificar que os acusados foram condenados pelos mesmos fatos apurados por meio do PAD nº 172/AER/CAC/2002”. PRESCRIÇÃO 10. Ainda que não houvesse o bis in idem, teria ocorrido a prescrição. Sendo a infração administrativa capitulada como crime, a prescrição rege-se pelas regras do Direito Penal e, no caso, seria de 8 anos, por aplicação do art. 109, IV, do Código Penal, já que a pena-base aplicada foi de 3 anos e 8 meses de reclusão. Tendo o primeiro PAD sido instaurado em 17.4.2002, nesta data ocorreu a interrupção do prazo prescricional que, todavia, voltou a correr após 140 dias (STF, RMS 23.436/DF), tendo termo final em 2010, antes da aplicação da penalidade, que só ocorreu em 2011. CONCLUSÃO 11. Segurança concedida para anular o ato de demissão do impetrante, com pagamento da remuneração devida desde a data do ajuizamento. (MS 17.994/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 17/04/2017)

Deve se considerar que um mesmo ato pode redundar na aplicação de sanções oriundas de esferas diversas. Assim, um servidor poderá ser sancionado na esfera administrativa e judicial.

Da mesma forma, há de se reconhecer que as leis podem prever reprimenda dupla aplicável ao mesmo fato na mesma oportunidade. É o que a Lei n. 8.666/93

estabelece em seu art. 87 ao prever que a multa, inciso II, pode ser aplicada em conjunto com as demais sanções distribuídas nos demais incisos. A Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade igualmente possibilitam a conjugação de sanções.

Diferente a situação quando a mesma esfera - administrativa ou judicial- pretende exercer duplo juízo, proveniente de autoridades distintas em momentos diversos. Assim, segundo entendemos, a aplicação de pena judicial em dado momento por ofensa à probidade, seguida de nova sanção judicial pelo mesmo fato, não pode prosperar.

Imaginar que uma empresa responda judicialmente em face de determinado comportamento inaceitável à luz do art. 5º da Lei 12.846/13 e esse mesmo comportamento venha a ser novamente, após aplicadas as punições, objeto de nova demanda agora com base na Lei 8.429/92 parece desproporcional, ainda que que a essa conclusão se chegue segundo dispõe o art. 30 da Lei Anticorrupção.

Excessos punitivos, agravados quando as sanções são de mesma natureza, como ocorre com a multa duplamente referenciada nas duas leis, não podem ser enaltecidos porque sequer prestigiam o interesse público.²⁹

Nesse ponto, considerando o *status* constitucional do princípio do *ne bis in idem*, recorremos às lições de Márcio Luís de Oliveira, segundo o qual os direitos, garantias e deveres fundamentais refletem a evolução jurídica de um povo; justamente por isso, compõem seu sistema constitucional.³⁰ A própria concepção sobre os limites da atividade punitiva do Estado evoluiu, vedando-se, hoje, por exemplo, a possibilidade de a pena ultrapassar a pessoa do condenado (Constituição, art. 5º, inciso XLV) e a pena capital (Constituição, art. 5º, inciso XLVII, alínea a). Mais do que compor formalmente os diferentes sistemas jurídicos, tais transformações, verdadeiras conquistas historicamente construídas, delineiam a própria identidade jurídica dos povos que as obtiveram.³¹

Portanto, a pretexto de garantir a afetividade do combate à corrupção, não se pode compactuar com retrocessos no sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais. Se nem ao constituinte é facultada a possibilidade de fazer o Direito retroceder, haja vista a necessidade de respeito ao acervo jurídico já conquistado pela sociedade,³² que o dirá o legislador infraconstitucional tomado por um afã punitivo.

²⁹ A propósito dos malefícios do excesso de punição, recomenda-se a consulta ao seguinte artigo de nossa lavra: FORTINI, Cristiana. Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público. **Conjur**, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>>. Acesso em: 13 de set. 2017.

³⁰ OLIVEIRA, Márcio Luís. **A Constituição juridicamente adequada**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 431.

³¹ Idem. p. 433.

³² OLIVEIRA, Márcio Luís. **A Constituição juridicamente adequada**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 464.

5. EM BUSCA DE UMA SOLUÇÃO

A solução do impasse deve passar pelo entendimento da finalidade de cada uma das leis, já que, a princípio, sujeitos ativos, condutas e sanções não se diferenciam ao ponto de divisarmos regimes jurídicos com contornos tão claramente definidos.

Já dissemos que a Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade estão inseridas no contexto de combate à corrupção. A Lei n. 8.429/92 visa resguardar a probidade na Administração Pública, penalizando, para isso, agentes públicos e terceiros que de alguma forma, e nos termos da lei, estão envolvidos com a conduta discutível. O foco está, portanto, no agente público, que pode atuar isoladamente ou não. A presença do terceiro nesse regime é contingente. Assim, a natureza da responsabilidade da pessoa física, que é, por lei, subjetiva, impõe-se ao terceiro que concorre para as condutas rechaçadas, seja ele também pessoa física ou uma pessoa jurídica.

A Lei n. 12.846/13, por sua vez, expressamente encampa a responsabilidade objetiva, cível e administrativa. A finalidade, nesse caso, é coibir condutas desviantes de particulares em suas tratativas com a Administração Pública. A previsão da responsabilidade objetiva, mais gravosa para o infrator, está em consonância com o clamor social por punições mais duras para os atos de corrupção, bastante presente no contexto de edição da Lei.

Logo, diante das considerações até aqui tecidas, considerando uma mesma conduta rechaçada simultaneamente pela Lei de Improbidade e pela Lei Anticorrupção, devemos perquirir se o sujeito ativo da conduta é agente público e/ou pessoa jurídica. Se presente apenas o agente público, será aplicado o regime da Lei de Improbidade, existentes os demais requisitos para sua incidência. Se o sujeito ativo for pessoa jurídica, o regime aplicável será o da Lei Anticorrupção.

No caso de autoria compartilhada entre agente público e pessoa jurídica, nos moldes do que dispõe o art. 3º da Lei n. 8.429/92, diante das distintas naturezas das responsabilidades previstas na Lei de Improbidade e na Lei Anticorrupção, bem como de suas repercussões na maior ou menor gravidade do processo de responsabilização, a presença do agente público atrairá a aplicação da Lei n. 8.429/1992, cujo regime é talhado para coibir atos de improbidade praticados por pessoas físicas contra a Administração Pública. Essa pode ser uma solução que hoje nos parece possível.

Pode-se pensar, também, na possibilidade de responsabilização do agente público sob a égide da Lei de Improbidade e da pessoa jurídica coautora ou partícipe – para utilizar a terminologia do direito penal – na esfera da Lei Anticorrupção. Prevalece, nesse caso, o critério da especialidade, já que a Lei Anticorrupção é especificamente talhada para a responsabilização da pessoa jurídica.

Assim, também fica preservada a eficácia do disposto no art. 3º da Lei n. 12.846/13, segundo o qual “A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade

individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito". As pessoas físicas de que trata o dispositivo podem ser agentes públicos ou não. Quando o forem, aplicar-se-á a Lei de Improbidade. Nessa hipótese, a natureza da responsabilidade será subjetiva e não objetiva (como prescreve a Lei Anticorrupção).

Conclusão em sentido semelhante é expressada por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, que, após explicitar o conteúdo das expressões induzir, concorrer e beneficiar-se, contidas no art. 3º da Lei de Improbidade, focam na conduta do terceiro que se beneficia direta ou indiretamente do ato ímprobo, asseverando que:

Assim, constatado que o terceiro tinha conhecimento da origem ilícita do benefício auferido – pois a admissibilidade da responsabilidade objetiva, além de não ter amparo legal, em muito comprometeria a segurança das relações jurídicas – estará ele passível de sofrer as sanções cominadas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992.³³

Prevalece, portanto, o entendimento quanto à excepcionalidade da responsabilidade objetiva, em contraposição à responsabilidade subjetiva como regra geral.

As conclusões acima, inspiradas nos focos de cada uma das leis, também se prestam a afastar o risco de *bis in idem*, sem criar embaraços de outra ordem. Assim, poderá haver a responsabilização da pessoa jurídica e não haver da pessoa física (e, eventualmente, vice-versa), porque a apreciação do fato ocorrerá em processos distintos, com base em leis distintas.

São caminhos a se estudar, porque não há hoje escolhas maduras. O pequeno intervalo de tempo desde a edição da Lei 12.846/13, os desafios de compreendê-la e a falta de casos que tenham levado o Poder Judiciário a apreciar o problema explicam a razão para o assunto não ter recebido a importância devida.

Mas o tempo irá demandar o exame do problema com maior intensidade. Apenas se espera que a conclusão homenageie o princípio do *ne bis in idem*, porque o combate à corrupção há de ocorrer com suporte na ordem jurídica³⁴ e não dela apartado.

6. REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AVRITZER, Leonardo. FILGUEIRAS, Fernando. Corrupção e controles democráticos no Brasil. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Estado, instituições e democracia: república**. Brasília: IPEA, 2010.

³³ GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 366-367.

³⁴ Como se disse, não se acredita que o Direito resolva tudo.

AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 31-41, jul./dic. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim? Palestra proferida na Brazil Conference. Harvard University, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/leia-integra-palestra-barroso-jeitinho-brasileiro>>. Acesso em: 08 de set. 2017.

BELLOCHIO, Lucía. Access to public information in Argentina with particular reference to personal and institutional data protection. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 39-51, jul./set. 2016.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

BLANCHET, Luiz Alberto; MARIN, Tâmera Padoin Marques. A corrupção como violação de direitos humanos e a necessária efetividade da Lei nº 12.846/13. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 267-294, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.930.

BUTELER, Alfonso. Corrupción, globalización y Derecho Administrativo. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 1, p. 39-62, ene./jun. 2014.

BUTELER, Alfonso. El control de la corrupción en el Derecho Comparado: los casos de Argentina, Brasil y España. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 23-43, jul./set. 2013.

BUTELER, Alfonso. La transparencia como política pública contra la corrupción: aportes sobre la regulación de derecho de acceso a la información pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, v. 14, n. 58, p. 61-106, out./dez., 2014.

BUTELER, Alfonso. Los sistemas para el control de la corrupción pública en el orden global. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 239-261, set./dez. 2017.

CARVALHO, José Murilo de. Passado, presente e futuro da corrupção brasileira. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Orgs.). **Corrupção: Ensaios e Crítica**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CONJUR. **Brasil editou 5,4 milhões de normas desde a Constituição de 1988, diz estudo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-30/brasil-editou-54-milhoes-normas-1988-estudo>>. Acesso em: 24 de set. 2017.

FERREIRA, Alexsandro Fonseca; MAZZEI, Marcelo Rodrigues; GERAIGE NETO, Zaiden. O direito coletivo de acesso à informação pública: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a

colombiana. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 177-194, jul./set. 2013.

FORTINI, Cristiana. Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público. **Conjur**, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>>. Acesso em: 13 de set. 2017.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

FORTINI, Cristiana; SHERMAN, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

FORTINI, Cristiana; YUKINS, Christopher; AVELAR, Mariana. A comparative view of debarment and suspension of contractors in Brazil and in the USA. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 61-83, out./dez. 2016.

FRAGA, Erica. Estudos revelam como a corrupção prospera e funciona. **Folha de São Paulo**, 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/05/1773117-estudos-revelam-como-a-corupcao-prospera-e-funciona.shtml>>. Acesso em: 20 de jul. 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro**. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GABARDO, Emerson; CASTELLA Gabriel Morettini e. La nueva ley anticorrupción brasileña: aspectos controvertidos y los mecanismos de responsabilización de las personas jurídicas. **Revista Euro-latinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 71-88, ene./jun. 2015.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JURUENA, Cynthia Gruenling; FRIEDRICH, Denise Bittencourt. O cumprimento das informações acerca das licitações e contratos celebrados nos portais da transparência: uma análise qualitativa de municípios do Rio Grande do Sul. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 281-307, out./dez. 2017.

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do “ne bis in idem” e a constituição brasileira de 1988. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, n. 16, v. 4, 2005.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 127-146, abr./jun. 2014.

OLIVEIRA, Márcio Luís. **A Constituição juridicamente adequada**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.

OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. Instrumentos de la lucha contra la corrupción en Colombia: de la ultima ratio a la ausencia de razón. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 67-91, jan./ mar. 2016.

PERLINGEIRO, Ricardo. A codificação do direito à informação na América Latina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 209-227, abr./jun. 2014.

PERLINGEIRO, Ricardo; DÍAZ, Ivonne; LIANI, Milena. Princípios sobre o direito de acesso à informação oficial na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 143-197, maio/ago. 2016.

PINTO, Célia Regina Jardim. **A banalidade da corrupção: uma forma de governar o Brasil**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance: una perspectiva desde la Ley Brasileña nº 12.846/2013. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 257-281, ene./jun. 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan./abr. 2017.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Self-cleaning in public procurement: operational potentiality and regulation in the European Union. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 25-44, out./dez. 2017.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. The principles of the global law of public procurement. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 13-37, jul./set. 2016.

SCHIAVI, Pablo. Información pública en clave de neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 13-45, jul./set. 2014.

SCHIAVI, Pablo. Régimen jurídico de la acción de acceso a la información pública en el Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 137-168, maio/ago. 2015.

VALIM, Rafael. El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 169-181, jan./abr. 2016.



Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução

Budget planning and public policies: exploring an alternative of reconciliation by induction

VANICE LÍRIO DO VALLE*

Universidade Estácio de Sá - UNESA (Brasil)

vanicevalle@gmail.com

Recebido/Received: 15.09.2017 / September 15th, 2017

Aprovado/Approved: 28.04.2018 / April 28th, 2018

Resumo

Cláusulas constitucionais exigem que planejamento e provisão orçamentária precedam as escolhas públicas. Apesar disso, políticas públicas no Brasil são raramente traduzidas de maneira adequada no orçamento, determinando descontinuidade e ineficiência. Este texto propõe o uso de técnicas indutivas, ao invés da coerção, como ferramenta para reconciliar planejamento e orçamento na Administração Pública. Como ferramenta indutiva, o texto apresenta a deferência às escolhas precedidas de planejamento e orçamento. A deferência é traduzida numa prática com três estágios, a ser implementada pelos controladores: 1) conhecer as escolhas públicas, seus componentes e relações matriciais; 2) verificação de que a ação está se desenvolvendo de acordo com o planejado; e 3) crítica direcionada especificamente aos dados e argumentos de justificação da Administração. Adequação das escolhas públicas, identificada pela aplicação do critério da deferência, pode incentivar a adesão ao reclamo constitucional de políticas públicas suportadas por planejamento e orçamento.

Palavras-chave: planejamento; orçamento; políticas públicas; deferência; controle público.

Abstract

Constitutional clauses requires that planning and budgetary provisions should precede public choices. Despite that, public policy in Brazil is seldom properly translate into budget, leading to discontinuity and inefficiency. This paper proposes the usage of induction, instead to coercion as a tool to reconcile budgeting and planning in Public Administration. As an inductive tool, this paper presents deference into public choices preceded by planning and budgeting. Deference in translate into a tree steps practice to be implemented by controllers: 1) awareness of public choices, its components and matrix relations; 2) verification that acting is in accordance with planning; and 3) criticism addressing specifically Public Administration data and justification arguments. Adequacy of public choices, identified by application of the deference criteria can incentive adhesion to the constitutional requirement of a planned and budget supplied public policy.

Key-words: planning; budgeting; public policy; deference; public control.

Como citar esse artigo/How to cite this article: VALLE, Vanice Lírio do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 113-134, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.55250.

* Professora Permanente do PPGD da Universidade Estácio de Sá – UNESA (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho (Rio de Janeiro, Brasil). Visiting Fellow junto ao Human Rights Program da Harvard Law School (USA). Pós-doutorado em Administração pela EBAPE – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas (FGV/Rio). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Procuradora do Município do Rio de Janeiro. E-mail: vanicevalle@gmail.com.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Dissociação entre planejamento orçamentário e políticas públicas; **2.1** Elementos normativos e culturais a favorecerem a dissociação; **2.2** Novos influxos no cenário da segmentação entre políticas públicas e sua projeção orçamentária; **3.** Uma primeira opção estratégica: indução, mais do que coerção; **4.** Construindo um acordo semântico: o que se entenda por deferência e seus efeitos; **4.1** O sentido tradicional da deferência como padrão de conduta no exercício do controle da Administração; **4.2** Deferência como signo orientador do processo de deliberação no exercício do controle da Administração Pública; **5.** Indução pelo viés pragmático: como atrair o gestor público à lógica do planejamento que engloba a expressão orçamentária; **6.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

Aberto o campo do controle substantivo das políticas públicas inclusive em sede judicial, apresenta-se mais intensamente o problema da translação dos programas de ação para o orçamento por seus formuladores ou mesmo dos efeitos sobre essa mesma dimensão financeira da decisão fiscalizadora.

Inobstante a intuitiva relação entre políticas públicas e planejamento orçamentário, e a clara sinalização constitucional nesse mesmo sentido, seja pela alusão à eficiência na moldura principiológica posta à Administração, seja pelo contido no art. 167 CF; fato é que não se tem no agir dos entes públicos a interdependência lógica entre estes dois componentes que seria de se desejar. O rompimento dessa reciprocidade usualmente deitará graves efeitos no tema da continuidade da ação pública.

O objeto do presente texto é o apontamento de possíveis razões que conduzem a essa dissociação entre planejamento orçamentário e políticas públicas; tudo com o intuito de explorar a alternativa da adoção do critério de deferência para com as escolhas administrativas empreendidas e executadas sob o signo do prévio planejamento e repercussão orçamentária como mecanismo indutor desse desejável alinhamento. A hipótese é de que a adoção do critério de deferência como orientador do controle externo induza a reconciliação entre os dois componentes, favorecendo à eficiência e materialização dos resultados desejados pela Constituição.

O texto se desenvolverá em 5 partes, a primeira delas se dedicando às questões de ordem metodológica. Na parte 2, empreende-se ao mapeamento de causas da segmentação verificada entre planejamento orçamentário e políticas públicas, num esforço de localizar quais sejam os elementos factuais que estejam contribuindo para a erosão de uma simbiose que a rigor, deveria defluir diretamente da literalidade da Constituição. A parte 3 expõe as razões pelas quais as ferramentas de indução – e não as de coerção – possam se revelar mais efetivas na reconciliação entre planejamento de ação e sua expressão financeira. A proposição se alinha com uma investigação que aposta na potencialização das capacidades institucionais, criando um ambiente que valoriza o resultado da ação de cada qual dos poderes.

A deferência é objeto de cogitação específica na parte 4, onde se explora alguns dos seus sentidos mais tradicionais, para enfim propor uma compreensão que torna essa mesma aproximação um parâmetro para a objetivação do exercício do controle sobre a Administração Pública. Finalmente, na parte 5 tem-se a demonstração das razões que permitem afirmar possa a aplicação da deferência funcionar como mecanismo indutor à reaproximação entre planejamento e orçamento.

O texto se desenvolve a partir do método crítico dialético, fundado em pesquisa bibliográfica. A proposição que se apresenta tem por objetivo auxiliar no aperfeiçoamento dos mecanismos de controle da ação pública, seja a partir da perspectiva de seu desenho e implementação, seja no viés do exercício do controle objetivo do poder.

2. DISSOCIAÇÃO ENTRE PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Não consiste novidade a afirmação de que se tenha consolidado no Brasil, uma dissociação entre planejamento orçamentário e políticas públicas.¹ Manifestação mais clara dessa segmentação se tem nas incontáveis notícias originárias de autoridades executivas e de agentes do controle em relação a descontinuidades em ações públicas, frequentemente creditadas a dificuldades de ordem orçamentária – ausência ou insuficiência de previsão de recursos específicos; frustração ou desvios na execução desse mesmo orçamento quando existente a provisão. Ponto de partida para a superação dessa patologia é a diagnose das causas que determinaram esse apartamento.

2.1 Elementos normativos e culturais a favorecerem a dissociação

Se é verdade que o comando constitucional de eficiência já determinava a necessária qualificação da ação pública pelo signo do planejamento²; não é menos certo que outros elementos desse mesmo contexto normativo colidem com esse alinhamento. Primeiro deles é o ciclo alcançado pelo instrumento de perfil temporal mais alongado da tríade orçamentária, a saber, o plano plurianual (quatro anos). É certo que o art. 165, § 9º, I CF remetia à lei complementar a disciplina da vigência do plano plurianual, permitindo em tese alongar esse interstício, compatibilizando-o com as iniciativas mais

¹ Em alguma medida, esse distanciamento reflete uma dissociação identificada igualmente na literatura de políticas públicas, segunda a qual o planejamento (ou formulação) se tenha muitas vezes por segregado das condições de implementação; o primeiro de caráter eminentemente técnico, e o segundo orientado a problemas de cariz operacional (PUPPIM DE OLIVERIA, José Antonio. Desafios do planejamento em políticas públicas: diferentes visões e práticas. **Revista de Administração Pública-RAP**, Rio de Janeiro, vol. 40, n. 2. p. 273-288, mar./abr. 2006.). Se disponibilidade dos recursos orçamentários e financeiros se apresenta como condição *sine qua non* da implementação das políticas públicas traçadas, tem-se aqui o ponto comum na compreensão do indesejável afastamento entre as duas dimensões sob estudo.

² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 225.

longeas da Administração Pública. Essa matéria não se revelou capaz de incentivar a deliberação legislativa, sem que se tenha até hoje editada a referida lei complementar.

Registre-se ainda que embora seja real o descompasso originário do plano normativo, fato é que ele não se revela por si só suficiente para justificar a referida partição entre o processo de desenho das políticas públicas e a sua tradução no plano do direito financeiro. Mais ainda, essa separação se verifica mesmo no campo das ações públicas de curto prazo, o que convida à busca de outras alternativas justificadoras.

Um dos vieses explicativos envolve, em alguma medida, razões históricas. Como se sabe, a década de 70 associou ao ideário de planejamento e planificação (especialmente no campo econômico) uma carga semântica negativa, identificada com tendências ideológicas centralizadoras e autoritárias.³ Assim, não obstante o prestígio ao ideal de planejamento traduzido no Decreto-Lei 200/87⁴; fato é que esse traço não se disseminou pelas organizações públicas, que seguem ainda hoje, mais reativas do que programadas nas suas linhas de ação.

Outro elemento relevante é a falta de cultura de planejamento, perversamente alimentada no último quartil do século XX, pelo processo inflacionário sempre presente, e que tornava os mecanismos de orçamentários mais simbólicos do que reais. De outro lado tem-se um traço característico da sociedade brasileira, afeita a uma perspectiva mais imediatista das coisas, o que leva à secundarização do olhar prospectivo. Não se pode negar a cultura de valorização do improviso, como se a capacidade de ofertar alternativas sob o calor do momento fosse um atributo importante do brasileiro, apto a socorrer-lo em quaisquer situações – ainda que isso se dê no plano da gestão da coisa pública.

Interfere igualmente na segmentação sob estudo, o próprio desenho institucional de operação da Administração Pública. Isso porque a lógica de prestígio à especialização funcional reclama a descentralização da atividade fim; mas no campo da atividade financeira, tem-se a centralização, não só na montagem em si dos instrumentos de planejamento orçamentário, mas também (se não principalmente) na sua execução. Evidente que macro decisões de gestão financeira pressupõe uma visão do todo em relação a elementos como qual o real comportamento da receita estimada, qual a capacidade de gasto de cada qual dos múltiplos atores desse mesmo processo, etc. Esse reclamo pode justificar a opção pela centralização da gestão financeira. De outro lado, as decisões relacionadas às prioridades e intensidade da ação pública a ser desenvolvida, são urdidas pelos órgãos técnicos, e, portanto, tendem à segmentação. Convivendo

³ MINDLIN, Betty. Introdução – o conceito de planejamento. In: _____. (Org.). **Planejamento no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 9-28.

⁴ Em verdade, o planejamento constitui o princípio dominante da reforma administrativa empreendida pelo Decreto-Lei 200/67 (WAHRLICH, Beatriz. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas: uma apreciação geral. **Revista de Administração Pública - RAP**, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 1. p. 49-59, 1984. p. 52).

estímulos à centralização e à descentralização, o resultado no campo da gestão financeira é a perda da sinergia entre essas duas visões, com a prevalência usual, dada a permanente escassez de recursos, do critério do órgão central de gestão financeira.⁵

Terceiro elemento que contribui para o desmembramento entre planejamento e políticas públicas é a competição estabelecida entre os interessados (agentes públicos executores de políticas públicas), uma vez mais, seja na elaboração do planejamento orçamentário, seja na sua execução. Nessa disputa de recursos escassos, muitas vezes vencerá quem tenha maior prestígio pessoal, ou responda por área de atuação que diga mais de perto às prioridades políticas daquela específica gestão. Efeito ainda perverso será a circunstância de que nesta contenda, a linguagem que se apresentará como comum a todos os participantes é aquela do dinheiro; de quanto de gasto público se tem em discussão. Os critérios de decisão do órgão central de planejamento orçamentário gravitam igualmente nesse campo: quais são as aplicações obrigatórias? Qual a capacidade de gasto de cada qual dos *stakeholders* em contenda? Com isso, tem-se secundarizado o debate quanto às políticas públicas que possam vir a sofrer efeitos deletérios com o contingenciamento ou remanejamento de recursos em disputa. Confiam-se os recursos àquelas iniciativas que tem a si associadas dispêndios obrigatórios, ou àquele que tem real capacidade de gasto – ainda que não se tenha nesse campo o desenvolvimento pleno de uma política pública revestida de especial prioridade, ou cuja interrupção ou reconfiguração por problemas de financiamento gere efeitos sociais graves.

Quarto elemento no cenário do afastamento entre planejamento orçamentário e políticas públicas, é a aversão dos agentes políticos aos efeitos vinculantes da ação planejada. Num cenário de incertezas econômicas, políticas ou sociais, o gestor por vezes não deseja se comprometer com a enunciação de programas detalhados, eis que sua enunciação constringe sua conduta posterior, que se espera coerente com esse mesmo plano de ação. Isso tem ainda por reflexo a diminuição da margem de negociação política do administrador, que terá mais dificuldades em descontinuar um curso de ação claramente definido para acomodar demandas políticas supervenientes. A par disso, a ação planejada exige um esforço maior de argumentação e construção racional; ela refoge do conforto da decisão automática ditada por regras de experiência, e incrementa o ônus de justificação da escolha pública.⁶

⁵ Esse tema já foi apontado em trabalho anterior que aludia ao problema do uso de recursos comuns – onde se percebe os recursos a partir de uma visão do todo, e os gastos a partir da perspectiva de parte, o que leva sempre à impressão, de parte de quem disputa por verbas, de que os recursos existem (no todo); eles só não estão a seu alcance (na parte). (VALLE, Vanice Regina Lirio do. Função administrativa e orçamento: o espaço negligenciado de efetividade dos direitos fundamentais. In: GUERRA, Sérgio; FERREIRA JR., Celso Rodrigues (Orgs.). **Direito Administrativo**. Estudos em homenagem ao Professor Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 398-418).

⁶ Para uma ampla exposição acerca da preferência humana acerca da deliberação orientada pelo chamado “modo automático”, influenciado predominantemente por expedientes lógicos construídos a partir de experiências pretéritas, reprodução de práticas sociais generalizadas e outros mecanismos – tudo em oposição do

No campo específico da execução orçamentária, é de se sublinhar outros traços limitadores de nosso sistema constitucional no que toca à integração em si das atividades de planejamento e sua dimensão financeira. A lógica de nossa constituição é de que o administrador formule as políticas públicas que pretende pôr em curso; isso se traduza em estimativa de despesas refletida no orçamento que é depois executado. É certo que há intempéries que se põe ao longo da execução: a estimativa de receita pode se revelar equivocada, e, portanto, não se tem cobertura financeira para o conjunto de despesas planejadas; é possível que surja uma necessidade específica não prevista decorrente de desastres naturais ou outros fenômenos; um conjunto de fatores podem se apresentar que exijam alguma reconfiguração do planejamento. Destaque-se que essas contingências são normais, e não expressam em si qualquer vício na formulação do desenho original de ação. Cenários de instabilidade política e econômica aumentam a probabilidade da recalibragem orçamentária ao longo do exercício.

Fato é que sobrevivendo a intercorrência e imponível a reconfiguração da expressão financeira do planejamento, os mecanismos ofertados pelo texto constitucional são rígidos, e não se mostram desprovidos de custo político. A abertura de créditos especiais tem o custo político de nova submissão ao legislativo, e tem ainda o custo-oportunidade, eis que a decisão parlamentar nem sempre acontece com a velocidade que se deseja. A par disso, a reconfiguração de que se cogita acontece ao longo da execução, e não dispõe do tempo necessário para que se estabelecesse uma ampla discussão em torno de qual política pública deverá ser destinatária de cortes, ou mesmo de paralisação. O tempo aqui corre contra a decisão mais refletida, e as soluções muitas vezes são arbitrárias – ou a redução uniforme de “x”, sem qualquer avaliação da repercussão desse corte linear nos programas de ação em curso; ou a simples descontinuidade desse ou daquele programa.

A diagnose, portanto, até agora, é de que temos uma dupla segmentação: 1) fratura entre o planejamento inicial da política pública e a sua tradução nos instrumentos de programação financeira; e 2) dissociação entre o planejamento orçamentário e a sua execução, que pode ser colhida por intercorrências que redefinam opções iniciais. Ambos os efeitos são nocivos. Uma política pública, ainda que formulada em padrão de excelência, se não for refletida inicialmente no orçamento, resultará em inexecução total, ou execução em condições precárias, com inevitável comprometimento do resultado. De outro lado, reconfigurações da execução orçamentária podem ser definidas de maneira aleatória, afetando componentes centrais de uma ação pública sem que esse efeito deletério tenha sequer sido considerado.

chamado modo reflexivo de decisão – consulte-se THALER. Richard H.; SUNSTEIN, Cass. **Nudge**: Improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 293.

2.2 Novos influxos no cenário da segmentação entre políticas públicas e sua projeção orçamentária

Primeira mudança no quadro é a instituição do novo regime fiscal, trazido ao plano federal por força da Emenda 95, e em vias de se espalhar no plano estadual, ao menos em relação àqueles entes federados que se venham a aderir ao chamado Regime de Recuperação Fiscal estatuído pela Lei Complementar 159/17. Essa inovação traz como consequência imediata a consolidação da lógica de que o primeiro passo no desenho da ação pública passa a ser a delimitação dos recursos (em tese) disponíveis, e a partir disso dá-se a construção do planejamento. Isso não é em si um mal, mas define sentido específico à relação entre planejamento e orçamento.

Outra circunstância que se reflete nesse mesmo quadro de dissociação entre planejamento orçamentário e políticas públicas é a ampliação do tempo da ação estatal sem correspondência no perfil temporal desses mesmos instrumentos. Esse fenômeno, particularmente manifesto no segmento da infraestrutura, revela-se preocupante pelo que pode determinar de instabilidade das relações contratuais estabelecidas pela Administração. Afinal, esses elementos de incerteza que entram no cenário do agente privado que contrata com a Administração vão ter o seu impacto na precificação.

Ainda no conjunto de novos vetores trazidos ao problema em debate, tem-se a ampliação da lógica da construção por iniciativa da União, de “sistemas” relacionados à efetivação de direitos fundamentais, com a consequente criação de deveres de agir unilateralmente direcionados a todos os entes federados integrantes desta mesma estrutura. A expressão “sistema” vem sendo utilizada indistintamente, seja para aludir a uma base de dados informacional, seja para identificar um conjunto de ações públicas cometidas a diversos entes federados, coordenadas por um ente central – normalmente a União. A opção estratégia de constituição desses “sistemas” tem se materializado seja com a edição de emenda constitucional⁷, seja por normatividade infraconstitucional⁸, e já se tem por presente em diversas áreas, tematizando inclusive qual seja o regime de responsabilidade dos entes federados que se articulam, especialmente no regime de cooperação do art. 23 da CF.⁹ Embora o discurso de justificação seja a construção de ações articuladas, como manifestação inclusive do federalismo de cooperação, fato

⁷ Essa foi a opção adotada no âmbito da cultura, com a edição da Emenda Constitucional 71/12, que no tema específico, acrescentou o art. 216-A que inaugura o chamado Sistema Nacional de Cultura.

⁸ A título de mera ilustração desta tendência, indica-se a Lei 12.305 de 12 de agosto de 2010, que instituindo a Política Nacional de Resíduos Sólidos alude a vários “sistemas”; e ainda a Lei 12.608 de 10 de abril de 2012, que outras providências, cria o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil.

⁹ É de Bercovici a explicitação de que no regime de cooperação preconizado pelo art. 23 CF, tem-se a exigência de ação conjunta de todos os entes federados, que devem colaborar para a execução das tarefas determinadas pela Constituição (BERCOVICI, Gilberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco. O artigo 23 da Constituição de 1988 e as competências comuns. *Revista brasileira de estudos constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, Ano 2, nº 6. p. 49-65, abr./jun. 2008).

é que tais sistemas muitas das vezes põem integrantes do “sistema”, deveres de agir que não se tinha antes formalmente assentados, e que podem não guardar perfeita sintonia com as políticas públicas em curso em cada qual dos entes federados que são compulsoriamente incluídos. Dá-se aqui portanto, mais uma fratura entre o planejamento orçamentário e as políticas públicas em curso, agora não por fatores internos à organização, mas pela intervenção centralizadora da União.

Último elemento a compor o quadro de análise do tema proposto, é a curva crescente de controle judicial da Administração e os seus efeitos, seja no desenho das políticas públicas, seja do planejamento orçamentário. Como se sabe, resta assentado pelo Supremo Tribunal Federal a ideia de que é possível – ainda que em caráter excepcional – o controle judicial de políticas públicas¹⁰, especialmente em hipóteses onde se tenha por inexistente ou claramente ineficaz as ações públicas em curso. Se em momento primeiro dessa abertura ao controle judicial das políticas públicas, a eventual repercussão em sede orçamentária se revelava como um elemento de contenção da Corte; fato é que a vulgarização do argumento da reserva do possível culminou por levar o Judiciário a afirmar que o manejo dessa cláusula de bloqueio não poderia se dar sem a adequada demonstração de que os recursos efetivamente não existem, e não podem ser remanejados sem grave prejuízo a outras atividades.¹¹

Cumprir destacar a especial relevância desse último componente – a possível intervenção judicial controladora de políticas públicas com repercussão no orçamento – no tema sob análise. Isso porque, primeiramente, a decisão judicial tende a ser de caráter pontual, e, portanto, aprecia os eventuais efeitos práticos sob as finanças públicas a partir de uma visão segmentada, desconsiderando um provável efeito multiplicador. De vez que os recursos são inequivocamente limitados (quando menos pela previsão de receita), a criação de nova despesa por ordem judicial implica na constrição ou cessação de alguma outra ação pública, que não é considerada quando da sentença. Aqui, tem-se o paradoxo da centralização/descentralização já antes analisado sob a perspectiva interna da Administração levado ao seu extremo – as decisões judiciais condenatórias são descentralizadas, e o cumprimento é centralizado.

¹⁰ Para um percurso da evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, consulte-se VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direitos fundamentais, políticas públicas e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

¹¹ Essa compreensão se teve por sintetizada na tese de repercussão geral adotada no julgamento do RE 592.581, assim enunciada: É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

A par disso, não se pode desconsiderar que a judicialização do tema do orçamento e dos gastos públicos, seja por intermédio de demandas individuais ou coletivas, seja pela via do controle abstrato, pode permitir a captura do debate. Ilustra essa afirmação, dentre outras, a ADI 5633¹², que tem por objeto a Emenda Constitucional 95, instituidora do chamado Novo Regime Fiscal, impugnada pelas Associação dos Juizes Federais do Brasil, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, Associação dos Magistrados Brasileiros – todas suscitando a suposta vulneração às garantias institucionais do Poder Judiciário dela decorrentes e a consequente inaplicabilidade ao Judiciário desses mesmos limites. É certo que em debate desse jaez, a decisão trará como consequência inafastável, um *trade off* que acontecerá para a viabilização das medidas de ajuste, sendo previsível a redução dos gastos públicos tidos como incompressíveis, a saber, custeio e programas sociais. Esse efeito não se tem por discutido no curso do processo.¹³

Esse quadro de complexidade evidencia a urgência em se resgatar a importância da sintonia entre planejamento orçamentário e políticas públicas, seja para fins de incrementar a probabilidade de efetiva concretização das ações delineadas, seja para evitar efeitos deletérios de se ter como aceitável essa segmentação. Mas como avançar nesse propósito?

3. UMA PRIMEIRA OPÇÃO ESTRATÉGICA: INDUÇÃO, MAIS DO QUE COERÇÃO

O exercício exploratório de alternativas de enfrentamento da noticiada dissociação entre ação pública e o dever de planejamento (especialmente o orçamentário), se propõe seja exercido com ênfase nos mecanismos de indução – ao revés do caminho aparentemente mais fácil da coerção. Isso se propõe por várias razões.

Primeiro, no campo repressivo, os mecanismos já existem, com distintas arquiteturas normativas e com baixo índice de resolutividade. A Lei 8429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) optou, por exemplo, pela incorporação de uma tipificação aberta, em especial na cláusula contida em seu art. 11, o que se supunha ampliaria o espectro de condutas alcançáveis pela qualificação de improbidade, otimizando o potencial de coibição de desvios de conduta administrativa.¹⁴ No tema em discussão, parece claro

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5633, Relatora a Min. Rosa Weber – ainda em processamento, sem decisão proferida.

¹³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Novo Regime Fiscal, autonomia financeira e separação de poderes: uma leitura em favor de sua constitucionalidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 227-258, jan./abr. 2017.

¹⁴ O uso generalizado de cláusulas abertas na legislação orientada ao exercício do controle é sublinhado por Marques e Palma, destacando ainda o quanto isso implica em aumento do grau de subjetividade do controlador (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Os sete impasses do controle da

que a dissociação entre planejamento orçamentário e políticas públicas é prática que entra em linha de contraste, pelo menos, com o princípio da eficiência – o que poderia em tese atrair o enquadramento da conduta como improbidade. Não há notícia, todavia, de que a repressão a essa prática nefasta do agir voluntarista e reativo do gestor se dê nessa via, e menos ainda, com êxito.

A Lei Complementar 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal) optou por outra estratégia, com a indicação expressa de elementos formais relacionados à elaboração e execução orçamentária que haveriam de ser atendidos¹⁵, elementos esses que em tese reforçam a simbiose entre planejamento orçamentário e políticas públicas. Também por essa via não se parece ter avançado muito no resgate da desejada sintonia.

Nem sempre o instrumento de coerção será aquele mais adequado para obter o aprimoramento desejado na ação estratégica do administrador. Afinal, as estratégias orientadas à coerção oportunizam de outro lado, intenso debate quanto à exigibilidade do elemento subjetivo da conduta, e da estrita observância das garantias de ampla defesa, o que culmina por enfraquecer o exercício do controle. E porque o instrumento de indução pode se revelar mais acertado para o resultado que aqui se busca? Porque o bom planejamento, aquele que enfrenta as situações de complexidade e diversidade que vivemos hoje exige um ânimo de investigação, de exploração de alternativas, de inovação – e o ambiente da repressão não favorece isso. Não há como estimular pela via da coerção, o desenvolvimento de soluções criativas, que otimizem os recursos existentes e criem a desejável sinergia entre as estruturas administrativas. A contrário, a ênfase nesse viés coercitivo levará a um planejamento formulado puramente para atendimento ao requisito formal – sem compromisso maior com o desejável esforço de inovação, ou mesmo com a sua execução.¹⁶

Para que o planejamento se incorpore efetivamente à ação da Administração Pública, não obstante todos os obstáculos referidos no item 2 acima, é preciso que se

administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Forum, 2017. p. 21-38.)

¹⁵ O detalhamento dos anexos de metas e riscos, desenhado pelo art. 4º da Lei Complementar 101/00 investe no fortalecimento do cenário prospectivo, reverente ao viés de prudência preconizado na definição empreendida pelo mesmo instrumento legislativo em seu art. 1º, Parágrafo Único, do que seja gestão fiscal responsável. Na mesma linha, a exigência contida no art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal de que aumento de despesa se revista de adequação para com a lei orçamentária anual e os demais instrumentos da tríade orçamentária robustece o dever de harmonização entre ação pública e planejamento.

¹⁶ O bloqueio à inventiva do administrador e o predomínio das fórmulas já testadas é apontado por Mascarenhas como decorrência de uma cultura do medo, instaurada pela ameaça permanente de uma ação de controle descomprometida com a prévia compreensão do quadro fático e de constrições que efetivamente se ponha à ação do gestor público (MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o ato administrativo. **Revista Direito do Estado**. nº 289, Ano 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em: 01 set. 2017.).

lhe reconheça valor jurídico substantivo¹⁷, especialmente quando se syndica a juridicidade de sua conduta no âmbito da ação de controle. É necessário que a sua realização confira à ação precedida de planejamento, efeitos jurídicos perceptíveis, distintos daqueles conferidos à ação meramente reativa, e que transformem esse modelo de atuação naquele preferencial ao gestor público.

Investir no caminho da indução ao planejamento envolve recepcionar a ideia de que realidades não experimentadas reclamam valores novos. Assim, num universo de crescente complexidade como aquele em que opera a Administração Pública, a diversidade de estratégias, o experimentalismo, o abdicar da lógica de uma única solução possível são elementos que hão de ser abarcados como admissíveis – desde que num contexto de ação planejada, a revelar tenha sido fruto de deliberação racional e de ponderação de riscos. O estímulo ao agir programado tende ainda a reforçar a continuidade nos programas de ação como um valor a ser protegido, desde que arrimada na avaliação e beneficiada pelo aprendizado por agregação proporcionado exatamente por este *continuum*.

Cabe assinalar que a ênfase na coerção como meio de *enforcement* pela Administração Pública de suas próprias determinações já não se põe em suas relações para com a sociedade como única alternativa. O uso da consensualidade como estratégia na construção de acordos com vistas à satisfação de interesses públicos tem-se hoje por internalizado no Direito Administrativo: “a face imperativa do Poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável”.¹⁸ A par da necessária atuação do Estado no campo do fomento, tem-se ainda a referência a uma função sua de incitação; um Estado que renuncia à coerção para exercer uma influência sobre os comportamentos, uma “pilotagem indireta”, que apoia a auto-organização da sociedade.¹⁹

A pergunta que se põe é: se a Administração Pública pode valer-se de técnicas de incitação nas suas relações externas, com a cidadania e os usuários de seus serviços; porque não aplicar essa mesma perspectiva quando se cuida, no âmbito do controle, do delineamento dos atributos exigíveis de sua ação?

¹⁷ O tema foi desenvolvido por Sundfeld, como pressuposto para incorporação da inovação na ação da Administração Pública na palestra “Inovações em Direito Público” no Congresso de mesmo nome, havido na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (SUNDFELD, Carlos Ari. Inovações em Direito Público, disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=pttTPjiNbtw&t=521s>>. Acesso em: 18 ago. 2017).

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas**. Em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 177.

¹⁹ MORAND, Charles Albert. **Le droit néo-moderne des politiques publiques**, Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1999. p. 159.

Não se está com isso recuando na afirmação de que exista um dever de planejamento²⁰, nem se deseja esvaziar de conteúdo essa mesma cláusula. A proposta, ao contrário, é associar à ação planejada e executada conforme esse mesmo planejamento, uma valoração adicional, com efeitos jurídicos substantivos. Esse signo adicional se traduziria na aplicação, no âmbito do controle, do critério da deferência – conduta que como exposto abaixo, se crê tenha relevante potencial indutor da reconciliação entre ação administrativa e seu dever de planejamento, com a indispensável tradução na dimensão das finanças públicas.

4. CONSTRUINDO UM ACORDO SEMÂNTICO: O QUE SE ENTENDA POR DEFERÊNCIA E SEUS EFEITOS

Da vedação à sindicabilidade as escolhas discricionárias à admissibilidade do controle irrestrito destas mesmas opções, tem-se um vasto leque de soluções intermediárias, inclusive aquelas que preconizam o uso da deferência como critério limitador do espectro de controle. O sentido que aqui se oferece a essa mesma expressão (deferência) apresente contornos distintos daquele presente na literatura mais frequente, que merecem ser aclarados.

4.1 O sentido tradicional da deferência como padrão de conduta no exercício do controle da Administração

O termo “deferência”, no seu sentido comum, relaciona-se a uma atitude de respeito e consideração, frequentemente associada a uma assimetria entre aquele que é deferente, e o merecedor da deferência. Há outro sentido igualmente ofertado à palavra ainda na linguagem coloquial, que mais se aproxima daquilo de que aqui se cogita, a saber: interesse pelos assuntos alheios, atenção para com o ponto de vista do outro.

Na interseção entre Administração Pública e o Judiciário como agente de controle externo, tem-se a utilização do termo deferência para expressar aproximação por estes últimos em relação à ação pública controlada: “adoção pelos tribunais de uma postura auto-restritiva no controle que operam sobre as decisões administrativas”²¹. Observe-se que a inclinação auto-restritiva não impede o exercício do controle, mas restringe aquilo que seja objeto de consideração. Neste sentido, tem-se na adoção da deferência, um ponto de partida para a delimitação do âmbito de escrutínio da ação

²⁰ Em verdade, a afirmação de um dever constitucional de planejamento, traduzido na formulação de políticas públicas, é tema que já foi objeto de consideração anterior em VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e autovinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 82. p. 7-19, 2007.

²¹ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 50.

administrativa, com reflexos inclusive no ônus argumentativo exigível para fins de re-provação dessa mesma conduta.

O tema da deferência como conduta possível (ou exigível) de parte do Judiciário no controle da Administração Pública tem intensa aplicação igualmente no cenário estadunidense. No ainda hoje discutido caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*,²² a Suprema Corte afirmou que em hipóteses onde não tenha o legislador disposto especificamente sobre determinado tema, ou em cláusulas legais onde se possa verificar ambiguidades, o crivo judicial é de se dar a partir de uma perspectiva de deferência para com a escolha regulatória.²³ Independente das especificidades do debate norte-americano, útil é a enunciação empreendida por Scalia do conceito de deferência: prática que importa em reconhecer como valor constitucional a consideração do ponto de vista externado pela Administração com atenção e respeito, antes de proceder-se à sua rejeição.²⁴

Em verdade, as duas conceituações até aqui declinadas guardam relação de complementariedade: o agente controlador (Judiciário, ou qualquer outra das estruturas de controle) restringe sua própria ação de escrutínio quanto à ação investigada, porque se reconhece valor constitucional à interpretação empreendida pela Administração Pública acerca dos seus deveres e possibilidades na matéria.²⁵ O fundamento para essa mesma conclusão pode repousar no argumento mais restritivo da *delegation doctrine*, ou ainda naquele debate mais amplo do respeito às capacidades institucionais próprias a cada uma das estruturas de poder a desenvolverem a função administrativa.²⁶

Numa ou n'outra hipótese, a deferência estará a envolver um padrão de comportamento de parte do controlador fixado a partir da simples presença de uma estrutura administrativa revestida de capacidades institucionais próprias e que nessa condição, empreende à interpretação constitucional e formula escolhas quanto a seus programas de ação. Essa mesma inspiração se poderia encontrar, no sistema brasileiro, na presunção de legalidade e veracidade dos atos administrativos, decorrente também ela, de um critério de pertinência subjetiva – porque a ação é desenvolvida pela Administração Pública, e porque ela se rege pelos princípios constitucionais enunciados,

²² UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

²³ O tema dos limites da decisão *Chevron*, como se disse, são tremendamente controvertidos, havendo quem sustente âmbitos de incidência mais estreitos para a aplicação do critério de deferência.

²⁴ SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, Durham, n. 3. p. 511-521, jun. 1989. p. 514.

²⁵ O tema da relevância da interpretação constitucional (e por via de consequência, das escolhas públicas formuladas segundo essa mesma interpretação) é abordado de forma mais ampla em VALLE, Vanice Regina Lirio do. PULCINELLI, Eliana; MANEIRO, Renata de Marins Jaber (Coord). **Contestação, persuasão e consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

²⁶ Nessa linha, o conhecido trabalho de SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. **Michigan Law Review**, Michigan, vol. 101, n. 4. p. 885-951, 2003.

em especial, no art. 37, *caput* CF, tem-se a presunção. De outro lado, eis que relativa a *praesumptio*, seu efeito jurídico imediato será a inversão do ônus da prova – deixando aberto o espaço de debate em torno do que se tenha por suficiente para demonstrar a violação a qualquer dos princípios retores da Administração.

4.2 Deferência como signo orientador do processo de deliberação no exercício do controle da Administração Pública

O reclamo da deferência no sentido proposto neste texto não se põe como um *prius* de adequação da conduta da Administração, decorrente da sua simples pertinência subjetiva. O critério se propõe ampliar, para compreender um controle substantivo do processo de formação da escolha, pela simples circunstância de que a opção constitucional em subordinar finalisticamente o poder à concretização dos objetivos fundamentais da República e dos direitos fundamentais determina uma investigação quanto à observância dos critérios objetivos de legitimação do poder.

A deferência de que aqui se cogita, é estratégia procedimental aplicável ao exercício do controle por qualquer de suas estruturas, que direciona a análise da escolha administrativa ao prestígio àquela que foi precedida do devido processo de planejamento – da construção da política pública, até a sua projeção orçamentária. A lógica é de que o percurso do *iter* necessário à materialização do planejamento, nisso se incluindo sua tradução na dimensão orçamentária, permita a formação de um juízo de adequação da escolha pública que a um só tempo direcione o debate judicializado, e torne objetiva a discussão em torno do (des)valor da escolha pública.

Essa mesma técnica traduzir-se-á em três distintos estágios que hão de estar presentes no exercício do controle: 1º) conhecer a ação pública em curso e suas razões determinantes; 2º) avaliar se a ação pública em curso está se desenvolvendo segundo o desenho do planejamento; e 3º) promover ao diálogo entre as razões da Administração, e as objeções do agente controlador. A prática da deferência emancipa-se do critério do agente, que requer tão-somente a presença do sujeito Administração, para compreender o conjunto de vetores que orientaram e se traduziram na sua opção por determinados programas de ação, escolha essa que há de se revelar vocacionada a transpor o *gap* entre planejamento e dimensão financeira, reconciliando os dois vetores.

Conhecer a ação pública em curso (primeiro vetor exigível para a aplicação da deferência) envolve não só o conjunto material de atos que tenha determinado a eventual impugnação judicial, mas saber qual seja a sua inserção no planejamento maior da Administração. Importante conhecer suas relações de interconexão com outros programas públicos em curso (no âmbito da Administração controlada, ou mesmo em relação de coordenação ou cooperação com outros entes federados), bem como sua tradução nos instrumentos de direito financeiro. Tem-se já aqui uma substantiva modificação no

modo de relação a se travar entre judiciário controlador, e Administração controlada. Afinal, no mais das vezes, estes elementos não se conterão em instrumentos normativos, e só podem ser alcançados em diálogo direto com os agentes públicos incumbidos da concretização da ação controlada. É possível igualmente que o “conhecer” a atividade sob crivo, nos termos da deferência que se está a propor, exija o desenvolvimento de uma linguagem comum, para que as peculiaridades da realidade sobre a qual incide a ação administrativa sob crivo sejam compreensíveis para o controlador.²⁷

O segundo componente da deferência que se está propondo permitirá a aferição da aderência entre planejamento, orçamentação e prática. Isso porque o descompasso pode ser originário, conforme demonstrado no subitem 2; mas também pode ser superveniente, com o abandono pela Administração das estratégias que ela mesma propusera a si, ou ainda pela reconfiguração de seu agir ditada por restrições orçamentárias que bloqueiem o resultado originalmente cogitado.

Evidente que quando se tem em conta a avaliação da execução da ação pública, é de se recepcionar algum grau de flexibilidade à Administração executora, de vez que é no campo da implementação das políticas públicas que por vezes se identificam as erronias do planejamento e a necessidade de inovação.²⁸ Excessivo rigor na aferição deste segundo atributo requerido para a outorga do signo da deferência (adesão ao planejamento) implicaria uma vez mais em retroalimentar a vagueza e indeterminação dos planos para evitar a imputação de desvio. A virtude residirá no meio-termo, com a incorporação de algum grau de flexibilidade em favor da Administração no plano da aplicação, maleabilidade essa que terá por contrapartida o dever de plena documentação das razões que levaram ao ajuste do plano original.

Presentes os dois atributos acima referidos, a deferência para com a escolha administrativa precedida de planejamento integral, com projeção na dimensão orçamentária, é de determinar uma presunção de adequação da escolha pública, que operaria em favor da continuidade da ação pública que já se tenha em curso.

Finalmente, o terceiro componente – crítica à ação controlada a partir de uma dialética com as razões da Administração declinadas no planejamento – permite uma reorientação da atividade do controle para o campo objetivo. O dissenso expresso por quem provoca seu exercício segue possível, mas a censura judicial da escolha administrativa passa a exigir um exercício racional acerca da inadequação da escolha do Estado, contraditando objetivamente suas razões, agora já conhecidas por exigência do primeiro componente proposto para a deferência. Sem dúvida, a presunção é *juris*

²⁷ Abre-se aqui espaço para tornar o controlador um pensador prático do Direito Administrativo, identificado por Sundfeld como aquele “pensa em uma organização concreta, que conhece a partir das normas e da realidade” (SUNDFELD, Carlos Ari. Crítica à doutrina antiliberal e estatista de direito administrativo. In: _____. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. p. 113-144)

²⁸ RATTNER, Henrique. **Planejamento e bem-estar social**. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 9.

tantum, mas é de se operar efetivamente, revertendo-se a lógica cultural segundo a qual o Estado escolhe sempre mal, e age errado.

Este terceiro estágio da deferência resulta, a rigor, do signo de adequação, e pretende superar uma busca (utópica) da solução ótima, a partir de uma perspectiva puramente subjetiva do controlador. O que se investiga, portanto, não é o alinhamento da visão da Administração com aquele de quem lhe controla; mas a aferição em concreto da adequação da escolha. Objetiva-se o controle do poder porque ele passa a ser exercido, não a partir de categorias abstratas manejadas puramente no plano da argumentação, mas sim a partir de uma escolha em concreto, que deu resposta a um cenário de problema definido, e que tem compromisso com o alcance de um resultado específico. A aplicação da deferência envolve não um debate acerca da superioridade da opção do controlador sobre aquela da Administração – porque esse debate, a rigor, pertence ao plano da política ou da discricionariedade. O que se cogita na presente proposta, é reconduzir o juízo crítico à ação pública planejada, a um exercício dialético com o cenário e os motivos indicados pelo gestor público, intensificando o ônus argumentativo de quem movimenta o controle, seja na demonstração das falhas da Administração, seja na apresentação de uma alternativa que ação que não traduza aqueles mesmos equívocos.

Importante ter em conta que uma das razões para o ceticismo em terra *brasilis* relação à deferência no modelo estadunidense, fundada no argumento das capacidades institucionais, repousa na circunstância de que por vezes essa superior aptidão institucional em abstrato não se revela presente na atuação da estrutura ou órgão público por distorções decorrentes da prática.²⁹ O sentido que aqui se propõe à deferência, de outro lado, corrobora a ideia de que a capacidade institucional originalmente concebida quando do desenho daquela estrutura se tem por efetivamente traduzido enquanto prática institucional – seja com o planejamento adequadamente desenvolvido até a sua transposição para a Lei de Meios; seja com a implementação desse mesmo programa de ação nos termos em que ele foi concebido.

A ampliação dessa lógica da capacidade institucional, do plano da sua proclamação em abstrato como premissa em favor do sujeito, para uma constatação em concreto, autoriza a já indicada presunção de adequação da escolha, o que incrementalmente a chance de continuidade da ação estatal adequadamente planejada e executada. O resultado é maior estabilidade às linhas de ação planejada, intensificando as

²⁹ Embora a referência se tenha dado em relação à percepção no cenário nacional, cumpre registrar que a desconfiança para com as escolhas administrativas e o debate em torno da amplitude do controle judicial se identifica igualmente em terras estadunidenses, onde se cunhou a categoria Estado Administrativo (SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. The Unbearable Rightness of “Auer”. *The University of Chicago Law Review*, Chicago. p. 297-321, 2017. p. 298).

oportunidades de aprendizado incremental pela prática mais longa de uma determinada política pública.

Em síntese, reconcilia-se normatividade e gestão³⁰, com o crivo judicial acontecendo a partir de um cenário enriquecido não só pela interpretação antes empreendida pela Administração, como também com os dados factuais relacionados aos resultados da conduta sindicada.

A proposta ganha particular relevância no cenário de complexidade e incertezas em que se desloca a Administração Pública nessa segunda década do século XXI. Se planejar é um reclamo constitucional, e se a ação pública deve ter oportunidade no exercício desse desenho de ação de experimentar, no exercício da incorporação de valores novos; é preciso que a refutação dessas estratégias inovadoras se dê em bases mais objetivas – e não a partir da percepção subjetiva de um agente controlador que, crendo ser capaz de antever todo o leque de possibilidades de ação postas à Administração Pública, imagina-se capaz de indicar uma única e totalmente certa linha de conduta.

Igualmente relevante será o emprego da deferência para neutralizar um outro risco, que é a tendência a identificar na paralisação pura e simples da Administração, uma virtude. Nessa manifestação patológica, o controlador, mais modesto que na hipótese anterior, não sabe exatamente qual seja a conduta desejável da Administração – mas ele tem íntimo convencimento do desacerto daquela ação pública sobre a qual recaiu a escolha do gestor. A certeza aqui não é positiva, mas negativa – qualquer outra solução será melhor do que a existente. O resultado pode ser ainda pior no que toca ao interesse público, eis que se paralisa a ação pública planejada em curso, sem que nada se ofereça como alternativa de ação.

Alinhados possíveis benefícios da aplicação da estratégia da deferência para o exercício do controle da Administração Pública, resta indagar: como isso instrumentaliza de maneira mais direta, a superação da problemática que provocou o presente texto, a saber, aquela da dissociação entre planejamento e orçamento?

5. INDUÇÃO PELO VIÉS PRAGMÁTICO: COMO ATRAIR O GESTOR PÚBLICO À LÓGICA DO PLANEJAMENTO QUE ENGLOBA A EXPRESSÃO ORÇAMENTÁRIO

Afirmou-se no item 3 acima, a crença de que as ferramentas de indução têm expressivo papel a desenvolver no fortalecimento da lógica de que o reclamo

³⁰ Em torno do tema da deferência, analisando especificamente a relevância dessa reconciliação entre normatividade e gestão tem-se VALLE, Vanice Regina Lirio do. Administração e políticas públicas: deferência como efeito jurídico da ação pública planejada. In: LEITE, George Salomão, STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson (Coords.). **Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

constitucional de planejamento deva compreender a tradução dos programas de ação nos instrumentos legais aplicáveis no campo do direito financeiro. Nessa perspectiva, a proposta da outorga do signo de deferência para com as escolhas públicas antecedidas e executadas segundo o planejamento. Mas quais os elementos que permitem supor que o efeito preconizado (deferência) seja capaz de gerar maior adesão ao dever de planejamento em seu sentido mais amplo, compreendendo sua tradução no plano das finanças públicas?

O caráter de incentivo que se está aqui afirmando repousa na circunstância de que, na perspectiva do gestor público, dois riscos lhe despertam temor: a descontinuidade de suas ações, e a responsabilização.

A descontinuidade preocupa, porque muitos dos programas públicos se pretende figurem, por si como uma “marca” daquele gestor; ou ainda sua execução na íntegra é desejável para veicular uma imagem de gestor eficiente, que manteve a máquina funcionando. A par disso, descontinuidade em programas públicos, na perspectiva do gestor pode determinar a perda de *timing* econômico, político ou financeiro – e com isso, frustrar um relevante objetivo de governo; uma política pública na qual ele firmemente acredita socialmente eficaz.

Suspensões ou interrupções de programas públicos tem possíveis efeitos matriciais adversos sobre outras políticas públicas – o que pode gerar um desastroso efeito dominó no conjunto de ações em curso. Existe ainda o inequívoco custo financeiro da paralisia de iniciativas já em andamento. Descontinuidade é o pesadelo do gestor público no exercício do mandato.

De outro lado, a responsabilização – que se porá com mais frequência depois do término da gestão, quando até mesmo o acesso aos dados materiais pode ser mais difícil – é igualmente um fantasma, especialmente com a intensificação dos controles públicos, com o alcance de patrimônio pessoal, e ainda, inelegibilidades.

A incorporação da lógica da deferência como aqui se propõe, com a presunção de adequação reforçando a lógica da continuidade – e não no bloqueio – mitiga o risco de interrupção, o que permite identificar um primeiro impulso de indução em favor da ação planejada no seu todo, com o devido reflexo orçamentário. Mesmo particulares virtualmente envolvidos em determinada iniciativa pública podem ter interesse em concorrer para o aperfeiçoamento do planejamento, na medida em que também a eles interessa incrementar o grau de estabilidade da relação que se venha eventualmente a desenvolver com a Administração.

Mas é no campo da prevenção à responsabilização que a deferência pode se apresentar como poderoso elemento de indução à ação planejada.

Cenários de alta complexidade como este em que se desloca a Administração Pública envolvem necessariamente maior risco, intensificando o dilema entre a ação (potencialmente reprovável) e a letargia.

Mais ainda, em tempos de incerteza, e na seara de relações de longo prazo, o foco no resultado é decerto relevante – mas este resultado pode exigir tempo para sua concretização, e com isso tem-se por sujeito a um maior número de contingências. A par disso, especialmente em se cuidando da Administração Pública, os fins não devem justificar nem tampouco condenar os meios – ambos os vetores da conduta administrativa são igualmente relevantes na perspectiva estritamente constitucional. A lógica de que a Administração Pública disponha de uma única “bala de prata”, que deve matar o monstro que ameaça o interesse público desconsidera o muito que pode se interpor entre o petardo e o seu destino.

Deferência para com a escolha administrativa precedida de planejamento e executada segundo essa mesma premissa valoriza o exercício de racionalidade administrativa, mas deixa espaço ainda para a experimentação; compromete o gestor com o desenho de ação que ele mesmo traça e induz um exercício de controle dialógico, que tem por subproduto, ainda nas hipóteses em que a conclusão final seja pelo reprocho à ação administrativa, o aperfeiçoamento dessa mesma atividade. Isso porque se o exercício crítico é de se fazer à luz das razões e métrica apresentadas pela Administração, o juízo de reprovação evidenciará para esse mesmo aparato, onde se teve uma avaliação fática ou jurídica inadequada, e permitirá a reconfiguração para futuro.

É certo que a incorporação da lógica da deferência propõe como pauta reflexiva, a determinação dos atributos da ação administrativa que permitam qualifica-la como planejada. Esse será por excelência, campo para a contribuição criadora dos órgãos de controle – mas a partir de uma perspectiva que veja essa mesma função como sistema, operando de maneira articulada³¹, e não concorrencial.

A lógica constitucional, relacionando planejamento e finanças públicas, externa um compromisso não só com a eficiência, mas também com a controlabilidade objetiva do agir do poder. Esse o objetivo almejado com a proposição da reconciliação entre planejamento e orçamento, pela via da deferência para com as escolhas administrativas a eles reverentes. A presença da Administração Pública por si só, não parece suficiente para sustentar inteiramente, a legitimidade de uma escolha pública – mas ela tampouco pode ser o bastante para atrair sobre ela, o signo da suspeita.

6. REFERÊNCIAS

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

³¹ É de Dromi a indicação de que a modernização do controle público aponta para uma responsabilidade compartilhada, que reclama articulação entre as ações e instância de controle, de molde a que possam elas igualmente se ajustarem às regras de eficácia, transparência e economia na gestão da coisa pública (DROMI, R. **Modernización del control público**. Madrid-México: Hispania Libros, 2005. p. 43.).

BERCOVICI, Gilberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco. O artigo 23 da Constituição de 1988 e as competências comuns. **Revista brasileira de estudos constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, Ano 2, nº 6, p. 49-65, abr/jun 2008.

BRASIL. Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. “Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências”, publicado no DOU de 27.2.1967.

BRASIL. Lei 12.305 de 12 de agosto de 2010, de 2 de agosto de 2010. “Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências”, publicado no DOU de 3.8.2010.

BRASIL. Lei 12.608 de 10 de abril de 2012. “Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PN, PDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil – SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil – CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nos 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências”, publicado no DOU de 11.4.2012

BRASIL. Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000. “Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências”, publicada no DOU de 5.5.2000.

BRASIL. Lei Complementar 159 de 19 de maio de 2017. “Institui o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal e altera as Leis Complementares no 101, de 4 de maio de 2000, e no 156, de 28 de dezembro de 2016”, publicado no DOU de 22.5.2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5633, Relatora a Min. Rosa Weber – ainda em processamento, sem decisão proferida.

DROMI, Roberto. **Modernización del control público**. Madrid-México: Hispania Libros, 2005.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21-38.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o ato administrativo. **Revista Direito do Estado**. nº 289, Ano 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em: 01 set. 2017.

MINDLIN, Betty. Introdução – o conceito de planejamento. In: _____. (Org.). **Planejamento no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

MORAND, Charles Albert. **Le droit néo-moderne des politiques publiques**, Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas**. Em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PUPPIM DE OLIVERIA, José Antonio. Desafios do planejamento em políticas públicas: diferentes visões e práticas. **Revista de Administração Pública-RAP**, Rio de Janeiro, vol. 40, n. 2, p. 273-288, mar./abr. 2006.

RATTNER, Henrique. **Planejamento e bem-estar social**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, Durham, n. 3, p. 511-521, jun. 1989.

SUNDFELD, Carlos Ari. Crítica à doutrina antiliberal e estatista de direito administrativo. In: _____. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, Michigan, vol. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. The Unbearable Rightness of “Auer”. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, p. 297-321, 2017.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. **Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness**. New Haven & London: Yale University Press, 2008.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Função administrativa e orçamento: o espaço negligenciado de efetividade dos direitos fundamentais. In: GUERRA, Sérgio e FERREIRA JR., Celso Rodrigues (orgs.). **Direito Administrativo**. Estudos em homenagem ao Professor Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 398-418.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e auto-vinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 82, p. 7-19, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. PULCINELLI, Eliana; MANEIRO, Renata de Marins Jaber (Coord). **Contestação, persuasão e consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Administração e políticas públicas: deferência como efeito jurídico da ação pública planejada. In: LEITE, George Salomão, STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson (Coords.).

Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Novo Regime Fiscal, autonomia financeira e separação de poderes: uma leitura em favor de sua constitucionalidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 227-258, jan./abr. 2017.

WAHRLICH, Beatriz. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas: uma apreciação geral. **Revista de Administração Pública - RAP**, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 1, p. 49-59, 1984.



Teoria dos princípios e função jurisdicional *The theory of principles and the jurisdictional function*

RICARDO MARCONDES MARTINS*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
ricmarconde@uol.com.br

Recebido/Received: 04.11.2017 / November 4th, 2017

Aprovado/Approved: 23.04.2018 / April 23rd, 2018

Resumo

Este estudo tem por objeto a teoria dos princípios jurídicos voltada ao exercício da função jurisdicional. Após diferenciar a discricionariedade da interpretação, defende a incompatibilidade entre a primeira e a jurisdição. Princípios jurídicos, hoje, possuem dois significados principais: são elementos estruturantes do sistema normativo e valores positivados. Os dois significados foram propostos como resposta à teoria da discricionariedade jurisdicional. Ambos os significados de princípios podem ser utilizados como instrumento para violação do direito positivo e para fuga do dever de motivar. O antídoto é o ônus argumentativo imposto ao magistrado quando da invocação de um princípio.

Palavras-chave: princípios jurídicos; discricionariedade; função jurisdicional; valores; norma jurídica.

Abstract

The subject of this paper is the theory of legal principles as it applies to the exercise of the jurisdictional function. After differentiating discretion from interpretation, this study defends the incompatibility between discretion and jurisdiction. Today, legal principles have two main meanings: they are elements that make up the structure of the normative system and they also constitute asserted values [under positivism]. Both meanings have been proposed as an answer to the theory of jurisdictional discretion. Both meanings of principles can be used as an instrument to violate positive law and to depart from the duty to recite the grounds. The antidote lies in the argumentative burden imposed on the magistrate when invoking a principle.

Keywords: legal principles; discretion; jurisdictional function; values; legal norm.

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 135-164, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.56183.

* Professor de Direito Administrativo da Graduação, do Mestrado e do Doutorado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). E-mail: ricmarconde@uol.com.br.

SUMÁRIO

1. Breve introdução; 2. Função jurisdicional e discricionariedade; 3. Teoria dos princípios jurídicos; 4. Princípios e valores; 5. Princípios e normas; 6. Princípios materiais e formais; 7. Fórmula do peso; 8. Deturpações da teoria dos princípios; 9. Conclusões; 10. Referências.

1. BREVE INTRODUÇÃO

Debateu-se, nas últimas duas décadas, à exaustão, o conceito de *princípio*. A teoria dos *princípios jurídicos* tornou-se um assunto da moda. Contemporaneamente, afirma-se que a aplicação do direito não se restringe à *subsunção*, método de aplicação de regras, mas abrange a *ponderação*, método de aplicação de princípios. Nesse sentido, o §2º do artigo 489 do novo Código de Processo Civil (Lei Federal 13.105/15) exige que o magistrado explicita a “ponderação efetuada”, no caso de “colisão de normas”. O tema é tormentoso: muitos afirmam que a ponderação e a teoria dos princípios são, na verdade, uma nova terminologia para a prática do arbítrio. Ao invés do governo das leis, vivencia-se, segundo muitos, o governo dos juízes, no qual o magistrado, por meio da manipulação retórica de princípios, impõe sua vontade com desprezo pelo Direito. Pretendo, neste estudo, apresentar, do modo mais didático e direto possível, uma teoria sobre os princípios jurídicos com atenção especial para esse problema. Examinarei os princípios e a ponderação à luz do exercício da *função jurisdicional*. Para cumprir esse objetivo, como ponto de partida, faz-se necessária breve análise conceitual da discricionariedade e da função judicante.

2. FUNÇÃO JURISDICIONAL E DISCRICIONARIEDADE

O artigo de Ronald Dworkin intitulado *The model of rules*, publicado originariamente em 1967, e republicado no Capítulo 2 da obra “Levando o direito a sério”¹, é o principal marco teórico sobre a atual problemática dos *princípios jurídicos*. Trata-se de uma crítica à obra “O conceito de direito” de Herbert Hart². Dworkin rebate três teses por ele extraídas dessa obra, assim resumidas: 1) o direito é formado por um conjunto de regras identificadas por regras secundárias, identificação chamada por Dworkin de “teste de pedigree”; 2) o Direito se restringe a esse conjunto de regras e supostamente é aplicado apenas por subsunção; 3) muitas vezes, a aplicação do direito depende da *discrição* do magistrado. Dworkin nega as três teses: 1) o direito seria formado por regras e por princípios, e estes não são identificados pelo “teste de pedigree”; 2) os princípios não seriam aplicáveis por subsunção; 3) o magistrado não possuiria discricionariedade

¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23-72.

² HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

no exercício da função jurisdicional. Das três teses, interessa-me neste estudo a terceira. Na verdade, esta, a meu ver, diz respeito ao problema que levou Dworkin a formular sua teoria dos princípios, sendo as outras apenas desdobramentos da resposta dada por ele a esse problema. Trata-se de uma questão central da Teoria Geral do Direito, qual seja: quando decide uma questão, o magistrado possui *discrecionarietà*? Dworkin esforçou-se à exaustão para justificar a resposta negativa.

O tema exige definir o significado de “discrecionarietà”. Dworkin diferencia três sentidos para essa palavra: num primeiro sentido, que ele chama de fraco, a palavra é empregada para se referir às decisões em que os padrões não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar; num segundo, também chamado, por ele, de fraco, a palavra é empregada para se referir aos casos em que um agente é habilitado a dar a última decisão, sem possibilidade de revisão; num terceiro sentido, que ele chama de forte, a palavra é empregada para se referir aos casos em que o agente não é limitado por qualquer padrão jurídico³. A discriminação revela a complexidade do problema.

Os dois primeiros sentidos nada têm a ver com o sentido técnico de discrecionarietà. Toda decisão jurídica envolve “sensibilidade para as questões humanas” e, por isso, é incompatível com uma operação mecânica. Como bem observa Carlos Ayres Brito, parafraseando Tobias Barreto, a decisão jurídica pressupõe um ato de pensar e um ato de sentir⁴. Logo, mesmo a decisão proferida no exercício de competência vinculada é incompatível com uma operação mecânica. Por outro lado, as decisões do Supremo Tribunal Federal seriam, no segundo sentido, discrecionárias. Conforme aqui será defendido, regra geral, não o são. O fato de não caber revisão da decisão em nada interfere em seu caráter vinculado. O terceiro sentido, chamado de forte, aproxima-se mais do sentido técnico, mas só pode ser adotado com severas ressalvas.

Valho-me de uma figura de linguagem para explicar a discrecionarietà: a personificação ou prosopopeia, consistente em atribuir qualidades humanas a seres inanimados⁵. Supondo-se que o ordenamento jurídico brasileiro possua uma vontade, quando essa vontade admite apenas uma única decisão (por exemplo: “x”), configura-se a *competência vinculada*, quando admite duas ou mais decisões (por exemplo, “x” ou “y”), configura-se a *competência discrecionária*. E por que o ordenamento admite duas ou mais decisões? Por força do *pluralismo político*. Explico: em certas hipóteses, mesmo levando em consideração as pressuposições impostas ao intérprete⁶, bem

³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério...** Op. Cit. p. 51-52.

⁴ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 75.

⁵ GUIMARÃES, Hélio de Seixas; LESSA, Ana Cecília. **Figuras de linguagem: teoria e prática**. 14. ed. São Paulo: Atual, 2003. p. 54.

⁶ Adoto duas teorias sobre a interpretação jurídica. A **teoria do legislador racional**, formulada por Carlos Santiago Nino, segundo a qual o intérprete deve pressupor que o agente normativo seja único, imperecível,

como o peso das competências estabelecidas no sistema normativo⁷, não é possível dizer que, *objetivamente*, uma decisão é melhor do que outra. Há, nesses casos, uma impossibilidade de valoração objetiva: a escolha entre uma alternativa e outra é ditada pela opinião de cada um⁸, a valoração é subjetiva e não objetiva. O que faz o Direito nesses casos? Imputa a escolha ao agente competente, constituindo uma competência discricionária.

Há, porém, uma diferença conceitual relevante entre a escolha realizada no âmbito da *liberdade* e a escolha realizada no âmbito da *discricionariedade*. No primeiro caso, ao contrário do que ocorre no segundo, ela pode basear-se apenas no *livre-arbítrio*. Na discricionariedade o agente público deve escolher a alternativa que, segundo suas convicções, melhor realiza o interesse público. Perceba-se: mesmo na competência discricionária, o Direito impõe uma série de condicionamentos à escolha do agente competente; a escolha dá-se em decorrência da convicção subjetiva de que, dentre as alternativas admitidas, a eleita é a melhor para a realização do interesse público; não se fundamenta numa escolha livre, arbitrária, baseada, enfim, no livre-arbítrio. Justamente, por isso, com pena de ouro, observou Caio Tácito que a competência discricionária não é um cheque em branco⁹. Em resumo: sempre que, no exercício da função pública, o Direito aceita como válidas duas ou mais alternativas, imputa a escolha ao agente competente, que deve escolher a partir de sua convicção subjetiva sobre a melhor forma de realizar o interesse público.

Com absoluto acerto, Afonso Rodrigues Queiró observa que a discricionariedade só ocorre após cessada a interpretação¹⁰. De fato, só após a constatação de qual o sentido e o alcance das normas incidentes, e a “descoberta” de que o direito aceita duas

consciente, onisciente, operante, justo, coerente, onicompreensivo e preciso (SANTIAGO NINO, Carlos. **Introdução à análise do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 386-387); e a **teoria da interpretação criativa**, formulada por Ronald Dworkin, segundo a qual o intérprete deve pressupor dois princípios de integridade política, um imposto ao editor normativo e outro ao aplicador normativo, segundo os quais o Direito deve ser tomado como um todo moralmente coerente (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 213).

⁷ O respeito às competências estabelecidas é ditado pelos chamados **princípios formais**, retomados adiante. Sobre eles vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. In: FERNANDES, Felipe Gonçalves (org.). **Temas atuais de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 01-37.

⁸ Foi o que reconheceu com absoluta precisão Edmund Bernatzik, nos termos expostos por Afonso Rodrigues Queiró: “na aplicação do direito, como também em qualquer outra esfera de actividade lógica do espírito, há um limite além do qual terceiras pessoas deixam de poder avaliar da justeza da conclusão obtida. Por conseguinte, essas terceiras pessoas podem ser de outra opinião, mas não podem legitimamente pretender que só elas tenham uma opinião justa e que a das outras pessoas seja falsa: se o pretendessem, não teriam a generalidade a dar-lhes razão”. (BERNATZIK, Edmund. **Rechtsprechung und materielle Rechtskraft**, 1886. p. 1-46 *apud* QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O poder discricionário da administração**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1948. p. 121).

⁹ TÁCITO, Caio. O abuso de poder administrativo no Brasil. In: TÁCITO, Caio. **Temas de direito público: estudos e pareceres** – v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 52.

¹⁰ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 6. p. 41-78, 1946. p. 67.

ou mais alternativas como válidas, é que surge a competência para “escolher” entre uma alternativa e outra. Insisto: a discricionariedade só ocorre após a interpretação.

Apresentado o conceito de discricionariedade, passo a examiná-la em relação a cada uma das funções estatais. Ela está presente no exercício da *função legislativa* e no exercício da *função administrativa*: o sistema normativo imputa, em diversas hipóteses, tanto ao Legislador como ao Administrador Público a prerrogativa de escolher entre duas ou mais alternativas. Há, porém, três diferenças entre a *discricionariedade legislativa* e a *discricionariedade administrativa*, uma *quantitativa* e duas *qualitativas*. A quantitativa é de fácil visualização: o Legislador tem seu âmbito decisório restringido pelas normas constitucionais, o Administrador Público tem seu âmbito decisório restringido pelas normas constitucionais e legais. Se uma lei posterior é incompatível com uma lei anterior, há a revogação da lei anterior (Decreto-lei 4.657/42, art. 2º, §2º); se um ato administrativo posterior é incompatível com a lei anterior, o ato é, regra geral, inválido¹¹. Em termos técnicos: o exercício da discricionariedade é garantido no sistema normativo por um *princípio formal*, pelo princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador (“Pfl”) e pelo princípio formal que dá primazia às ponderações do Administrador (“Pfa”). O “Pfl” restringe o “Pfa”, mas a recíproca não é verdadeira; noutras palavras: as decisões legislativas restringem a discricionariedade administrativa, mas nem as decisões legislativas nem as administrativas, regra geral, restringem a discricionariedade legislativa. Logo, o âmbito discricionário do Legislador é bem mais alargado do que o âmbito discricionário do Administrador — diferença *quantitativa*.

Quando o sistema normativo imputa ao Administrador Público a escolha de um meio de concretização de um valor (de um princípio, conforme adiante explicado), o Administrador deve escolher a *melhor* medida de concretização, é o que impõe o chamado *princípio da boa administração*. Esse dever, de escolher a melhor medida, restringe sensivelmente o âmbito da discricionariedade administrativa. Ao revés, o sistema normativo não impõe ao Legislador a escolha da melhor medida: a medida legislativa é válida desde que seja proporcional, ainda que exista outra, no plano abstrato ou no plano concreto, melhor. Trata-se de uma diferença *qualitativa* entre a competência legislativa e a administrativa, decorrente da incidência, apenas sobre a última, do princípio da boa administração¹².

Finalmente, na discricionariedade administrativa, vícios de vontade do agente competente interferem na validade do ato. No caso de dolo — de escolha baseada em móvel espúrio —, há *presunção absoluta* de vício de finalidade ou de contentorização; no caso de erro — de escolha baseada em móvel não espúrio —, há *presunção relativa*

¹¹ Ressalva-se o afastamento da lei pela ponderação de princípios. Cf.: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 202 *et seq.*

¹² Sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. **Revista Internacional de Direito Público** (RIDP), Belo Horizonte, ano 2, n. 2. p. 09-33, jan./jun. 2017.

de vício de finalidade ou de contentorização¹³. No primeiro caso, configura-se o *desvio de poder*. No exercício da função legislativa, o sistema normativo despreza os vícios de vontade do agente competente, o dolo e o erro são, mesmo no exercício de competência discricionária, irrelevantes para a validade do ato¹⁴. Trata-se, também, de uma diferença *qualitativa* entre o exercício da discricionariedade legislativa e da administrativa: na primeira, ao contrário do que ocorre na segunda, os vícios de vontade do agente normativo não interferem na validade da norma editada.

Fixadas essas diferenças, passo, finalmente, a examinar a relação entre a função jurisdicional e a discricionariedade. Como regra geral, há incompatibilidade conceitual entre ambas. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello qualificou o Judiciário como “oráculo da Constituição”¹⁵. Celso Antônio Bandeira de Mello realizou uma extensão muito apropriada: o Judiciário é o “oráculo do Direito”¹⁶. É o órgão habilitado a dar a última palavra, para o caso concreto, sobre a interpretação jurídica. Coerentemente, só a norma jurisdicional é dotada do atributo da coisa julgada. A função típica do Poder Judiciário é exercer a *jurisdição* no sentido etimológico da palavra, ou seja, “dizer o Direito”, estabelecer, de modo definitivo, para o caso concreto a interpretação jurídica correta. Não cabe ao Poder Judiciário realizar *escolhas* entre *indiferentes jurídicos*, entre alternativas que, num primeiro momento, sejam igualmente válidas.

Darei um exemplo para aclarar o tema. Suponha-se um pedido de antecipação de tutela. Haveria discricionariedade se, para o Direito, fosse, num primeiro momento, válido tanto deferir a antecipação (“x”) como indeferi-la (“y”); admitidas as duas alternativas como juridicamente válidas, caberia ao agente competente, a partir de sua *vontade* (ato volitivo), simplesmente *escolher* entre uma alternativa e outra. O juiz, nesse caso, estaria habilitado a escolher a partir de seu íntimo, vale dizer, de suas convicções sobre a melhor forma de realizar o Direito. Conceitualmente, porém, essa não é a explicação correta do fenômeno jurídico. Não cabe ao magistrado escolher, mas interpretar. Ele deve procurar descobrir qual a “vontade” do Direito: o sistema normativo vigente *exige* que seja deferida a liminar ou que seja indeferida. Trata-se de apurar qual é a *correta* interpretação — ato cognitivo e não volitivo —, competência vinculada e não discricionária.

¹³ Sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo...** Op. Cit. p. 198 et seq.

¹⁴ A inconstitucionalidade da lei não pode fundamentar-se no desvio de poder subjetivo, apenas no objetivo. Por todos: SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **O desvio de poder na função legislativa**. São Paulo: FTD, 1997. p. 97-98.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p. 89-93.

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Juízo liminar: poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria. **Revista trimestral de direito público**, São Paulo, n. 3. p. 106-116, 1993. p. 114; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. **Revista de direito público**, São Paulo, ano 22, n. 92. p. 55-61, out./dez. 1989. p. 58.

Só há uma exceção de exercício de discricionariedade na função jurisdicional. O inciso LXXI do art. 5º. da CF/88 assegura a concessão de mandado de injunção para viabilizar o exercício de um direito constitucional sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Nesse caso, por expressa disposição constitucional, compete ao Poder Judiciário regulamentar o direito para o caso concreto. Muitas vezes, o sistema normativo aceitará duas ou mais possibilidades de regulamentação, abrindo-se a possibilidade de decisão discricionária no exercício da jurisdição.

3. TEORIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Em sentido diametralmente contrário ao aqui sustentado, no Capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen defendeu a existência de uma ampla discricionariedade jurisdicional¹⁷. A norma jurídica seria sempre uma *moldeira* abarcante de várias interpretações, sendo a escolha de uma delas uma decisão política do agente competente. Consequentemente, toda decisão judicial, segundo Kelsen, seria fruto do exercício de uma competência discricionária. Hart foi menos radical, distinguindo os casos paradigmáticos, simples ou claros dos casos difíceis: nos primeiros, há uma resposta certa, inexistindo discricionariedade quando da decisão judicial; nos últimos, em decorrência da textura aberta da linguagem, não haveria como afirmar qual é a resposta correta, configurando-se um autêntico poder discricionário¹⁸. Como já antecipado, Dworkin tomou como base para sua teoria o texto de Hart.

Antes de examinar a teoria dos princípios de Dworkin, é mister perceber que a expressão “princípio jurídico” é *ambígua* na Ciência do Direito. Genaro R. Carrió discriminou, em trabalho originalmente publicado em 1970, onze empregos diferentes¹⁹. No artigo 4º. da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/42), a expressão “princípios gerais do direito” é utilizada para se referir a uma técnica de integração: quando os textos legais forem omissos, o juiz está autorizado a resolver o problema jurídico valendo-se da “analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito”. O dispositivo faz supor que os princípios jurídicos só têm serventia diante de lacunas, entendidas como inexistência de uma resposta expressa na literalidade dos textos normativos. Nada mais equivocado. De todos os significados atribuídos, no Direito, à palavra princípio, destaco três. Como se apresentaram numa sucessão cronológica, qualifico-os como “fases” do conceito.

¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 469-471.

¹⁸ HART, H. L. A. **O conceito de direito...** *Op. Cit.* p. 137-168.

¹⁹ CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. 2. reimpr. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 1998. p. 209-212.

Na primeira, foi utilizada no Direito tendo em vista o sentido da palavra na linguagem comum ou natural: como princípio significa origem, início, foi utilizada para se referir às questões gerais de uma dada disciplina, aos temas que devem ser apresentados a quem inicia seu estudo. Foi nesse sentido que a palavra foi empregada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e por Ruy Cirne Lima no título de suas obras mestras.²⁰ Essa *primeira fase* está hoje absolutamente superada: ninguém mais emprega, na Teoria do Direito, a expressão com esse significado.

Na segunda, a palavra foi dissociada do sentido comum ou natural e passou a ser empregada em sentido técnico para identificar apenas as ideias chave, as vigas mestras, os alicerces do sistema normativo. Princípios jurídicos são, nesse sentido, os *elementos estruturantes* do sistema normativo. Trata-se de um conceito da Teoria Geral dos Sistemas: os sistemas possuem uma parte-dirigente e tendem a centralizar-se ao redor dela.²¹ Na doutrina brasileira, a segunda fase foi difundida por Celso Antônio Bandeira de Mello²² e por Geraldo Ataliba.²³

Se apresentarmos todos os Códigos para um leigo e solicitarmos a ele que leia os textos normativos, não tardará muito para que se perca. Será surpreendente se chegar ao trigésimo artigo. Não é assim que um estudante de Direito lida com os Códigos: mais do que aprender os textos dos milhares de dispositivos, o estudante aprende, no curso de Direito, os elementos *aglutinadores* das normas, que dão racionalidade, coerência, ao todo. Ele aprende os *princípios jurídicos*, no significado consagrado pela aqui chamada *segunda fase*.

Essa fase foi uma importante resposta à tese da discricionariedade judicial. No difundido conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio é uma “disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência”²⁴. Logo, não se abre ao magistrado a prerrogativa de “escolher” entre uma ou outra interpretação. Ele deve eleger a mais afinada com os princípios jurídicos, que são “vetores para soluções interpretativas”²⁵.

Ronald Dworkin propõe um novo significado para a palavra “princípio”, dando início à terceira fase. A expressão “princípio jurídico” passa a ser utilizada para

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo** – v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007; CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

²¹ Cf. BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**. Tradução de Francisco M. Guimarães. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 103.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano IV, v. 15. p. 284-288, jan./mar. 1971; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 53-54.

²³ ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 4-21.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**... *Op. Cit.* p. 54 e 990-991,

²⁵ CARRAZZA, Roque. **Curso de direito constitucional tributário**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 35.

denominar as normas jurídicas que apenas estabelecem uma razão para uma decisão. Diz Dworkin: as regras se submetem à “regra do tudo ou nada”, pois, caso inexistir outra regra superior que as invalide (critério hierárquico) ou outra regra posterior que as revoque (critério cronológico) ou outra regra que as excepcione (critério da especialidade), elas devem, se ocorrido o fato descrito em sua hipótese (subsunção), ser aplicadas; já os princípios possuem diferentes *pesos* e, por isso, não se submetem à regra do tudo ou nada, podendo num caso serem aplicados e no outro não, sem perder sua vigência e sua validade²⁶.

Robert Alexy, no capítulo terceiro de sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, a partir da proposta de Dworkin, propõe conceitos mais técnicos: as regras são *determinações* no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas, os princípios são *mandados de otimização* no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas²⁷. Em trabalho específico sobre o tema, Alexy observa que a *regra do tudo ou nada* não funciona como aparentemente parece funcionar. Uma regra pode não ser aplicada e continuar vigente e válida apesar de inexistir outra regra superior, posterior ou especial. Isso porque por trás de toda regra está um princípio e este pode colidir com princípios opostos levando ao afastamento da regra. Dessarte: a ponderação de princípios pode levar ao estabelecimento de uma exceção implícita à regra; logo, regras não são afastadas apenas por outras regras, mas também pela ponderação de princípios²⁸.

Um dos traços fundamentais da distinção entre regras e princípios, proposta na terceira fase, é que os *princípios* positivam um valor a ser concretizado, sem definir o meio de concretização, enquanto as regras estabelecem o meio de concretização de um valor. Trata-se da famosa distinção de Niklas Luhmann entre *programação finalística* e *programação condicional*²⁹. Um exemplo: suponha-se a intenção de que um local seja limpo. Pela programação finalística, própria da normatização por princípios, exige-se a limpeza do local, na maior medida possível, deixando-se em aberto a escolha dos meios para realização da empreitada; pela programação condicional, própria da normatização por regras, fixa-se uma série de procedimentos, que devem necessariamente ser adotados, com a convicção de que, se cumpridos, o local restará limpo.

A terceira fase do conceito de princípio também foi uma importante resposta à teoria da discricionariedade jurisdicional. O Direito deixa de ser compreendido como

²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério...** Op. Cit. p. 39 et seq.

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

²⁸ ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 163-198.

²⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 27-34. Sobre ela vide: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 109.

um conjunto de imputações alicerçadas apenas na vontade dos agentes competentes; assume-se que o conjunto de normas pressupõe um conjunto de valores e a missão do Direito é concretizá-los na maior medida possível. Retomo a relação entre os *princípios* e os *valores* adiante. O modo como a terceira fase contribui para o afastamento da discricionariedade é visualizado pela forma como os princípios são aplicados, tema também retomado adiante.

São correntes dois equívocos desastrosos em relação ao tema. Primeiro: desprezar a ambiguidade e tratar os conceitos da segunda e da terceira fase como se tivessem a mesma referência.³⁰ Enfatiza-se: trata-se de conceitos distintos. Princípios na *segunda* fase dizem respeito aos elementos estruturantes do sistema (ou subsistema) normativo; na terceira, dizem respeito às normas que exigem a realização máxima de um valor. Certos princípios da segunda fase não são princípios na terceira e vice-versa: o princípio da anterioridade tributária e o princípio da motivação, por exemplo, são dois elementos estruturantes, respectivamente, do regime jurídico tributário e do administrativo, mas não são mandados de otimização e, sim, determinações no âmbito fático e jurídico, autênticas regras jurídicas. Por outro lado, o princípio da proteção à intimidade é um típico mandado de otimização — proteja-se a intimidade na maior medida possível —, mas não é indicado como um elemento estruturante do direito privado.

O segundo equívoco, também bastante comum, é mais grave: desprezar um dos conceitos, como se o outro não tivesse préstimo científico. Quem nega o conceito da segunda fase, nega a existência de uma Ciência do Direito: sem os elementos estruturantes, o conjunto normativo deixa de ser um “ordenamento” e passa a ser um mero amontoado de normas. Sem sistema, não há ciência, é a velha lição de Immanuel Kant.³¹ Por outro lado, a correta aplicação do Direito dá-se pela ponderação e pela subsunção, de modo que, quem nega o conceito da terceira fase, restringe a aplicação à subsunção e, assim, a uma aplicação jurídica equivocada. Por isso, há que se manter a ambiguidade na linguagem jurídica: as duas referências são indispensáveis e, infelizmente, são denominadas pelo mesmo rótulo.

Adotados os dois significados e, portanto, superado o segundo equívoco, impende fazer a seguinte observação: quem se vale da expressão “princípio jurídico” deve, para evitar o primeiro equívoco mencionado, caso o contexto não deixe claro, indicar em que sentido a emprega.

³⁰ O equívoco é criticado tanto por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo... Op. Cit.*, Cap. I-rodapé 35. p. 54), como por Virgílio Afonso da Silva (*A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36).

³¹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 492.

4. PRINCÍPIOS E VALORES

O Tribunal Constitucional Alemão, no famoso caso Lüth (BVerfGE 7, 198), afirmou: “a Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, [...] também estabeleceu, na seção dedicada aos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores”³². Em assonância com esse entendimento da Corte, Robert Alexy afirma que os princípios só diferem dos valores tendo em vista o *plano* em que se encontram: valores estão no plano axiológico, referem-se ao que é bom ou ruim; princípios estão no plano deontológico, referem-se ao que é devido ou indevido³³. No mais, valores e princípios equiparam-se integralmente. Perceba-se: *princípios*, na terceira fase, são *valores* positivados no ordenamento jurídico.

A percepção de que princípios (no sentido da terceira fase) e valores se equiparam, ressalvada apenas a diferença de plano, é importante por força do seguinte desdobramento: as características dos valores estendem-se integralmente aos princípios. Destaco *seis* atributos³⁴. 1) Os valores — e, pois, os princípios — são *relativos*: a importância do valor depende sempre das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto³⁵. 2) Os valores são *históricos*: surgem e desaparecem ao longo do tempo, de modo que algo que era valorizado no passado, não é valorizado hoje e vice-versa³⁶. Por consequência, novos princípios são descobertos, outros são considerados superados. 3) Os valores são *precários*: até por decorrência de sua historicidade, desaparecem com o tempo. 4) Os valores são *indeterminados*: são insuscetíveis de uma discriminação exaustiva. Em relação aos princípios, a indeterminação é reforçada pela assunção na ordem constitucional do *pluralismo político* como fundamento do Estado brasileiro. O pluralismo consiste na pressuposição de que as pessoas têm diferentes visões de mundo, todas igualmente respeitáveis. A Constituição exige, por isso, que o catálogo de valores constitucionais esteja sempre em aberto, pois, do contrário, estar-se-ia consagrando a visão de mundo de quem estabeleceu a discriminação. Por conseguinte, sempre há a possibilidade de, pela argumentação jurídica, alguém demonstrar a existência de um princípio constitucional implícito, ainda não antevisto pela comunidade jurídica. 5) Os valores são *imbricativos*: implicam-se reciprocamente, no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir na realização dos demais³⁷. Por isso, os princípios estão sempre em

³² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**... *Op. Cit.* p. 154. Sobre o caso Lüth vide: SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 381-394; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 75 *et seq.*

³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**... *Op. Cit.* p. 153.

³⁴ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**... *Op. Cit.* p. 298-306; **Abuso de direito e constitucionalização do direito privado**... *Op. Cit.* p. 35-38.

³⁵ Sobre a relatividade dos valores vide, por todos: REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 189.

³⁶ *Idem.* p. 208.

³⁷ *Idem.* p. 189.

conflito. É fácil perceber o caráter conflitivo nos casos paradigmáticos como o direito à informação e a proteção da privacidade, mas toda decisão jurídica pressupõe a escolha de um valor em detrimento de outro. 6) Os valores são insuscetíveis de uma ordenação hierárquica fixa, mas admitem uma ordenação hierárquica branda³⁸. Se fosse possível uma ordenação rígida e, pois, a afirmação de que um princípio sempre prevalece sobre outro, configurar-se-ia uma *tiranía dos valores* e, pois, a visão de mundo de quem estabeleceu a ordenação. Isso não significa que seja impossível estabelecer, no plano abstrato, uma ordenação branda. Deveras, a ordem constitucional não estabelece o mesmo peso para todos os princípios. Basta um exemplo: a dignidade da pessoa humana não possui, no plano abstrato, o mesmo peso da economicidade. Daí a existência de uma ordenação branda dos princípios, “branda” porque a superioridade de peso no plano abstrato deve ser confirmada no caso concreto, pois é perfeitamente possível que, nas circunstâncias do caso, a ordem se inverta.

Ainda sobre os valores jurídicos e os princípios faço duas observações. Primeira: há quem defenda que a dignidade da pessoa humana seria um princípio absoluto. Em 2008 dei um exemplo para demonstrar o desacerto dessa tese: afirmei que o sistema prisional brasileiro violava a dignidade da pessoa humana³⁹. Muitos anos depois, no julgamento da Medida Cautelar da ADPF 347, o STF me deu razão: o sistema carcerário brasileiro ofende a dignidade e configura um “estado de coisas inconstitucional”⁴⁰. Ora, nenhum jurista considera que, diante da violação da dignidade, deve-se liberar todos os presos, independente da periculosidade. Como a reforma penitenciária, por mais eficiente que seja, leva algum tempo para ser realizada, todos admitem uma provisória violação da dignidade. Logo, não existem princípios absolutos, o peso de cada princípio depende sempre da análise das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Segunda observação: a *relatividade dos princípios* não implica a *subjetividade da valoração*. Para Kelsen, por exemplo, as valorações seriam sempre subjetivas, inerentes ao *pluralismo político* e, por conseguinte, a definição do que é certo e do que é errado, do ético ou do não ético, depende sempre da opinião de cada um⁴¹. Basta um singelo exemplo para demonstrar o desacerto dessa tese: ainda que alguém considere correto aprisionar judeus em campos de concentração, isso é errado. Há valorações objetivas, que independem da opinião de cada um, próprias do exercício de competência

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**... *Op. Cit.* p. 160 *et seq.*

³⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**... *Op. Cit.* p. 301.

⁴⁰ STF, ADPF 347 MC/DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j.09.09.15, DJe-031, divulg. 18.02.16. Constatou da ementa: “Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’”.

⁴¹ Cf. Kelsen, Hans. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 69-71; **Teoria pura do direito**... *Op. Cit.* p. 100-101.

vinculada, e valorações subjetivas, que dependem da opinião de cada um, próprias do exercício de competência discricionária.

5. PRINCÍPIOS E NORMAS

A pergunta que se faz é: princípios são normas jurídicas? Na segunda fase, princípios não eram considerados normas, mas *vetores* para interpretação das normas. De fato, tanto Geraldo Ataliba como Celso Antônio diferenciavam os princípios das normas⁴²: o sistema normativo seria um conjunto de normas presidido pelos princípios, cuja missão é fazer com que o conjunto normativo não seja apenas uma soma de normas, mas um ordenamento, um sistema, vale dizer, um todo harmônico e coerente. Na terceira fase, princípios passam a ser considerados uma espécie de norma jurídica. Contudo, para saber se princípio — na terceira fase — é ou não norma jurídica, deve-se fixar o significado desta. Como todo conceito básico da Teoria Geral do Direito, o conceito de norma jurídica é problemático, há diversas propostas teóricas.

Robert Alexy, por exemplo, adota um conceito semântico de norma: é o significado de um enunciado normativo⁴³. Concordo parcialmente. De acordo com uma diferenciação já consagrada, a norma jurídica não se confunde com o texto normativo⁴⁴. Apesar de aceitar essa diferenciação, discordo da Escola Genovesa: a norma não é estabelecida pelo intérprete a partir da leitura do texto normativo, ela é “descoberta” pelo intérprete⁴⁵. Do contrário, o editor normativo seria o intérprete e não o agente competente. Quem produz a norma é o editor, quando da enunciação do texto. A norma “está” no texto e precisa ser “descoberta” pelo intérprete.

Norma, para mim, é uma *padronização*, por meio da abstração, da ocorrência de determinado fenômeno. Ela sempre obedece a um esquema lógico, em que o consequente é condicionado a um antecedente: se a hipótese, deve ser a consequência (H → C)⁴⁶. Nas normas naturais a consequência é associada a hipótese por um vínculo de

⁴² Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Criação de secretarias municipais... *Op. Cit.* p. 285. Nas palavras de Geraldo Ataliba: “sistema normativo é o conjunto unitário e ordenado de normas, em função de uns tantos princípios fundamentais, reciprocamente harmônicos, coordenados em torno de um fundamento comum”. (**Sistema constitucional tributário brasileiro...** *Op. Cit.* p. 19).

⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.* p. 54.

⁴⁴ Por todos: GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 34-36; GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 39-41.

⁴⁵ Sobre a posição da Escola Genovesa, por todos: GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas...** *Op. Cit.* p. 136-138; GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes...** *Op. Cit.* p. 41; CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008. p. 129-131.

⁴⁶ Sobre o conectivo lógico “condicional” vide, por todos: ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. 6. reimpr. Buenos Aires: Astrea, 2002. p. 56-62. Sobre a estrutura lógica da norma jurídica vide, por todos: VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 95 *et seq.*

causalidade, em decorrência de uma imposição da Natureza; trata-se de um vínculo ôntico, próprio do ser (se a hipótese, é a consequência). Nas de comportamento a consequência é associada à hipótese por um vínculo de imputação, em decorrência da atuação humana; trata-se de um vínculo deôntico, próprio do dever-ser (se a hipótese, deve ser a consequência)⁴⁷. As normas morais, religiosas, jurídicas são normas de comportamento. O que distingue as jurídicas das demais? Acolho a proposta de Goffredo Telles Junior: normas jurídicas são imperativos autorizantes⁴⁸, pois, ao contrário das demais normas de comportamento, que também são imperativas, elas autorizam alguém a obter de um órgão estatal o cumprimento forçado⁴⁹. Na feliz expressão de Paulo de Barros Carvalho, a norma jurídica é a “expressão irreduzível de manifestação do deôntico”⁵⁰.

Fixado o conceito de norma, retomo o problema: princípios, na terceira fase, são normas, mas para entender essa assertiva deve-se atentar para duas classificações das normas jurídicas, didaticamente apresentadas por Norberto Bobbio. Observa o aclamado jusfilósofo que a restrição das normas às gerais e abstratas baseia-se num pre-conceito ideológico: como a abstração garante a segurança e a generalidade garante a igualdade, difundiu-se a restrição⁵¹. Contudo, as normas podem ter: destinatário universal (gerais); destinatário singular (individuais); prescrição com ação universal (abstratas); prescrição com ação singular (concretas)⁵². Leis, sentenças, atos administrativos,

⁴⁷ Sobre a diferença entre o princípio da causalidade e o princípio da imputação vide, por todos: Kelsen, Hans. Causalidade e imputação. In: Kelsen, Hans. O que é a Justiça? Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 323-348.

⁴⁸ TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985. p. 347.

⁴⁹ A estrutura lógica da norma jurídica desdobra-se em duas partes: a *norma primária*, em que no antecedente está previsto um fato ou um conjunto de fatos e no consequente está prevista, configurada no mundo fenomênico a hipótese, a instituição de duas *situações jurídicas* (efeito unilateral da norma) e de uma relação entre elas (efeito bilateral da norma); e a *norma secundária*, em que no antecedente prevê-se a violação da norma primária e no consequente a relação processual em que se pleiteia ao órgão estatal a coação necessária para que a norma seja cumprida. Sobre o conceito de situação jurídica vide, por todos: PERLINGIERI, Pietro. **Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 105 et seq. A relação jurídica não consiste apenas na ligação entre um direito subjetivo e um dever ou obrigação, ao contrário do que se pensava no passado. Segundo bem ensina Perlingieri, “a relação sob o perfil estrutural é uma relação entre situações complexas”. (*Idem*. p. 116).

⁵⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 17. Para o autor as duas normas que compõem a norma completa estão vinculadas pelo conectivo lógico includente. Nas palavras dele: “As duas entidades que, juntas, formam a norma completa, expressam a mensagem deôntica-jurídica na sua integralidade constitutiva, significando a orientação da conduta, juntamente com a providência coercitiva que o ordenamento prevê para o seu descumprimento. Em representação formal: $D\{(p \rightarrow q) \vee [(p \rightarrow q) \rightarrow S]\}$. Ambas são válidas no sistema, ainda que somente uma venha a ser aplicada ao caso concreto. Por isso mesmo, empregamos o disjuntor includente (“v”) que suscita o trilema: uma ou outra ou ambas. A utilização desse disjuntor tem a propriedade de mostrar que as duas regras são simultaneamente válidas, mas que a aplicação de uma exclui a da outra”. (**Direito tributário**: linguagem e método... *Op. Cit.* p. 139).

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001. p. 182. A restrição é, de fato, bastante difundida. Apenas a título de exemplo, Riccardo Guastini impõe às normas a generalidade e a abstração. GUASTINI, Riccardo. **Las fuentes del derecho: fundamentos teóricos**. Traducción César E. Moreno More e Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Raguel, 2016. p. 52-53.

⁵² *Idem*. p. 179.

contratos privados são veículos introdutórios de normas gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas, individuais e concretas⁵³. Ademais, Bobbio classifica as normas jurídicas em dois grupos: as normas de comportamento e as normas de estrutura (também chamadas de normas de competência ou normas secundárias): as primeiras disciplinam a conduta, as últimas disciplinam a produção das normas⁵⁴. Como bem observa Paulo de Barros Carvalho, em rigor ambas são normas de comportamento, pois as de estrutura disciplinam a conduta dos agentes normativos⁵⁵.

Expostas resumidamente as duas classificações, antes de explicar a estrutura normativa dos princípios, faz-se, ainda, necessário observar o seguinte: os princípios, na terceira fase, são valores positivados; logo, toda regra concretiza um ou mais valores, vale dizer, um ou mais princípios. Em síntese: por trás de toda regra ("R") existe um princípio ("P"). Trata-se da aplicação da teoria do círculo hermenêutico à compreensão do fenômeno normativo⁵⁶. Mais precisamente, trata-se da chamada teoria da concretização constitucional, segundo a qual todo o fenômeno jurídico dá-se em prol da concretização dos princípios constitucionais, de modo que as normas estão dispostas numa ordem hierárquica tendo em vista, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, sua abertura semântica: princípios constitucionais estruturantes ↔ princípios constitucionais gerais ↔ princípios constitucionais especiais ↔ regras constitucionais ↔ regras legislativas ↔ regras administrativas e jurisdicionais⁵⁷. Uso o bicondicional para indicar que as normas estão num "processo biunívoco de esclarecimento recíproco"⁵⁸, vale dizer, as normas mais abertas são concretizadas pelas mais fechadas e compreendidas à luz delas e as normas mais fechadas concretizam as mais abertas e são compreendidas à luz delas.

Com essa explicação, é possível apresentar a estrutura normativa dos princípios. Eles, de fato, na terceira fase, são *normas jurídicas* e, portanto, apresentam a estrutura

⁵³ Sobre a teoria dos veículos introdutórios vide: MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2011. p. 133 et seq.; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo...** Op. Cit. p. 105 et seq.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília 1999. p. 45.

⁵⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência...** Op. Cit. p. 35.

⁵⁶ A teoria do *círculo hermenêutico* foi inicialmente elaborada por SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Tradução de Celso Reni Baida. 4. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003. p. 47. Foi aprofundada por: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 72 et seq. E estendida ao direito por LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 285-293, 452 e 621.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.1139. A teoria da concretização constitucional foi pioneiramente desenvolvida por: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida et al. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 108-109.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição...** Op. Cit. p. 1139.

"H $\rightarrow$ C"⁵⁹. Há, contudo, que distinguir: no Direito Público, os princípios são *normas de estrutura* de *dupla estrutura*; no Direito Privado, os princípios também possuem *dupla estrutura*, mas são *normas de estrutura* e *normas de conduta*.

No Estado de Direito, nenhuma atuação estatal é válida se não consistir na consequência de uma *norma jurídica*, seja uma *norma abstrata*, seja uma *norma concreta*. O Estado não possui *liberdade*; consequentemente, os agentes públicos não podem atuar com fundamento no livre-arbítrio⁶⁰. A atuação de quem exerce uma função estatal — seja a função legislativa, seja a administrativa, seja a jurisdicional — deve dar-se sempre em cumprimento de uma norma jurídica. Por isso, afirmo: os princípios são, no Direito Público, quer dizer, no âmbito da atuação estatal, sempre *normas de estrutura*, eles disciplinam a edição de *regras*. São normas de estrutura de *dupla estrutura*⁶¹.

Primeira estrutura da norma princípio no Direito público: a hipótese é a edição de uma regra — seja ela qual for — e a consequência é uma relação jurídica entre o editor da regra e os destinatários, sendo que a norma princípio impõe ao editor o dever de levar em consideração o peso do respectivo princípio concretizado pela regra, realizar uma *ponderação* entre ele e os princípios colidentes e levar em consideração o resultado dessa ponderação no conteúdo da regra editada. Perceba-se: sempre que o Legislador for editar uma norma legislativa — introduzida, regra geral, pelo veículo introdutor da lei — deve realizar uma prévia ponderação; sempre que o Administrador Público editar uma norma administrativa — introduzida, regra geral, pelo veículo introdutor do ato administrativo —, deve realizar uma prévia ponderação; e sempre que o magistrado editar uma norma jurisdicional — introduzida, regra geral, pelo veículo introdutor da sentença —, deve realizar uma prévia ponderação. O exercício das funções estatais dá-se pela edição de normas e estas pressupõem a realização da ponderação em decorrência da imposição da norma do respectivo princípio. Ao contrário do que supunha Kelsen, a edição de uma regra não pode alicerçar-se apenas na opinião do agente competente, ela deve fundamentar-se, sempre, na ponderação dos princípios constitucionais.

Segunda estrutura da norma princípio no Direito público: a hipótese refere-se a certas circunstâncias que atribuem ao princípio um peso tal que leve à incidência da norma princípio; a consequência é uma relação jurídica entre o agente público e o destinatário em que o agente tem o dever de editar uma regra que concretize o respectivo princípio e o destinatário o direito de exigir a edição dessa regra. A hipótese na primeira estrutura é relativamente fechada: o fato da edição de uma regra jurídica.

⁵⁹ Marcelo Neves também atribui aos princípios a estrutura ou "caráter proposicional": NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 122-124.

⁶⁰ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 106 et seq.

⁶¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo...** *Op. Cit.* p. 30-33.

Ao revés, a hipótese na segunda estrutura é aberta: são circunstâncias fáticas que façam com que o princípio tenha um peso tal que leve à sua incidência, impondo ao agente competente o dever de editar uma regra que concretize o princípio. Dou o seguinte exemplo: imagine-se o fato de uma pessoa estar jogada ao relento, num logradouro público, e que inexistia uma regra abstrata que exija da Administração Pública o asseguramento a essa pessoa de um teto, um albergue; o fato de ela não ter, por sua conta, condições de arrumar um teto dá ao princípio constitucional do direito à habitação um peso tal que impõe ao Administrador Público a edição de uma regra, no caso, um ato administrativo, que concretize esse princípio, assegurando ao administrado o direito ao teto⁶².

Os particulares, ao contrário dos agentes públicos, possuem *liberdade*: uma esfera de condutas facultadas, em que é permitido fazer e é permitido não fazer, deixando-se a escolha ao livre-arbítrio. Nesse âmbito, a conduta do particular não decorre do cumprimento de uma norma jurídica, a norma nem lhe obriga, nem lhe proíbe a conduta⁶³. Ademais, o direito permite que os particulares editem normas jurídicas privadas, introduzidas, em geral, pelos contratos; porém, como os particulares não estão, entre si, numa relação de supremacia, mas, sim, numa relação horizontal, a validade das normas privadas exige a aquiescência ou concordância dos destinatários⁶⁴. Tendo em vista essas particularidades do espaço privado, os princípios, no Direito Privado, são normas de estrutura, quando disciplinam a edição de normas privadas, e são normas de conduta, quando disciplinam a realização da conduta privada (diversa da edição de normas). São, portanto, também normas de dupla estrutura⁶⁵.

Primeira estrutura da norma princípio no Direito privado: de modo equivalente à primeira estrutura da norma princípio no Direito público, a hipótese refere-se à edição de uma regra jurídica pelos particulares — e, por isso, trata-se de norma de estrutura —; a consequência é a relação jurídica entre o particular que edita a regra e os demais, em que o editor tem o dever de levar em consideração o peso do respectivo princípio concretizado pela regra, realizar uma ponderação entre ele e os princípios colidentes e levar em consideração o resultado dessa ponderação no conteúdo da regra editada. Há uma aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações privadas e, por força dela, o dever imposto aos particulares de realizar uma ponderação sempre que

⁶² A Constituição exige do Estado brasileiro a proteção do mínimo vital, independentemente da vontade dos agentes competentes. Trata-se, pois, de competência vinculada e não de discricionária. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade...** Op. Cit. p. 152-154.

⁶³ Sobre o espaço privado vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade...** Op. Cit. p. 37 et seq.

⁶⁴ *Idem*. p. 48 et seq.

⁶⁵ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e constitucionalização do direito privado...** Op. Cit. p. 94-99.

celebrem um contrato⁶⁶. A ponderação indicará se subsiste a liberdade ou se os princípios opostos afastam-na, impondo um dever de não fazer ou, excepcionalmente, um dever de suportar. A ponderação de princípios, por si, sem prévia ponderação legislativa, não pode resultar na imposição de uma obrigação de fazer⁶⁷.

Segunda estrutura da norma princípio no Direito privado: a hipótese é a realização de uma conduta (diversa da edição de uma norma privada), a consequência é o dever imposto ao agente de realizar uma ponderação entre o princípio restringido pela conduta e o princípio material da liberdade, e levar em consideração o resultado dessa ponderação. Esta indicará se subsiste ou não o âmbito da atuação facultada ou se os princípios colidentes impõem uma obrigação de não fazer ou, excepcionalmente, uma obrigação de suportar.

6. PRINCÍPIOS MATERIAIS E FORMAIS

Robert Alexy divide os princípios — no sentido, por evidente, da terceira fase — em dois grupos: materiais e formais⁶⁸. Os materiais dividem-se em princípios relativos a direitos subjetivos e princípios relativos a bens coletivos⁶⁹, ambos se referem a um valor específico positivado no sistema. Exemplo de princípio relativo a direito subjetivo é a intimidade e exemplo de princípio relativo a bem coletivo é o meio ambiente; exigem que se proteja na maior medida possível, respectivamente, a intimidade e o meio ambiente. Os princípios formais não se referem a um valor específico, mas a uma decisão: exigem que seja respeitada, na maior medida possível, a decisão adotada, seja ela qual for.

A teoria dos princípios formais é envolta em controvérsias⁷⁰. Extravasa os limites deste estudo examiná-las. Restringir-me-ei aqui a associá-la ao exercício da *função jurisdicional*. Certos princípios formais — que chamo de *fundamentais*⁷¹ — têm a importante missão de assegurar o respeito ao exercício da competência discricionária dos agentes públicos e da liberdade dos particulares. Assim, por exemplo, quando

⁶⁶ Sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e constitucionalização do direito privado...** *Op. Cit.* p. 74 *et seq.*; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade...** *Op. Cit.* p. 81-98.

⁶⁷ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e constitucionalização do direito privado...** *Op. Cit.* p. 109-115; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 480 *et seq.*

⁶⁸ ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes *et al.* (Org.). **Princípios formais** e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 3-36.

⁶⁹ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Traducción Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 179 *et seq.*; Direitos individuais e bens coletivos. In: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 176-198.

⁷⁰ Sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais... *Op. Cit.*

⁷¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado...** *Op. Cit.* p. 40 *et seq.*

o Legislador adota uma decisão, o princípio material concretizado por sua decisão é acrescido de um peso, decorrente do princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador ("P1 + Pfl"). Do mesmo modo, quando o Administrador Público adota uma decisão, o princípio material concretizado por sua decisão é acrescido de um peso adicional, decorrente do princípio formal que dá primazia às ponderações do Administrador ("P1 + Pfa"). Como o Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, não exerce competência discricionária, não há que se falar em princípio formal que dá primazia às ponderações do Poder Judiciário. Há, porém, um princípio formal — que chamo de especial⁷² — que acresce um peso ao princípio material concretizado pela decisão judicial: trata-se do princípio do respeito ao *precedente*.

Um exemplo facilitará a compreensão do tema. Compete ao Legislador realizar o programa constitucional e, para tanto, ele deve verificar quais princípios (valores positivados) estão expressa ou implicitamente previstos na Constituição, escolher um deles para realizá-lo por meio do estabelecimento, no plano abstrato, de um meio de concretização. Suponhamos que o Legislador resolva concretizar o princípio de proteção ao meio ambiente ("P1"). Para tanto, edita uma lei determinado aos proprietários de veículos automotores que instalem um filtro em seu veículo, sob pena de apreensão pela Administração Pública. Para editar essa lei, o Legislador teve que realizar uma ponderação, no plano abstrato, entre o princípio da proteção ao meio ambiente ("P1") e os princípios colidentes, como a proteção da propriedade privada, da liberdade, do direito de ir e vir (identificados aqui como "P2"). No caso concreto, deve a Administração verificar se apreende ou não o veículo. Ao se deparar com um veículo sem filtro, ela deve fazer uma nova ponderação, mas não entre "P1" e "P2", mas entre "P1 + Pfl" e "P2". Regra geral, cumprirá a lei, tendo em vista o peso de "Pfl". Suponha-se, porém, que o veículo sem filtro seja uma ambulância, que esteja levando alguém ao hospital. Nesse caso, o veículo não deverá ser apreendido, pois o princípio da proteção à vida é mais pesado, no caso concreto, que o princípio da proteção ao meio ambiente, mesmo considerando o peso adicional dado pelo princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador ("P2 > P1 + Pfl").

Mesmo quando inexistente lei, incide o princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador, pois há uma decisão deste em prol do princípio material da liberdade. Noutras palavras: na falta da lei, o princípio material da liberdade ("P1"), concretizado pela inação estatal, é acrescido do peso adicional do princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador ("Pfl"). Por isso, na falta de lei, regra geral, a Administração está proibida de atuar. Excepcionalmente, porém, um princípio oposto pode afastar o peso de "P1 + Pfl", justificando a edição de um ato administrativo; nesse

⁷² MARTINS Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado...** Op. Cit. p. 52 et seq.

caso a atuação administrativa fundamentar-se-á não na lei, mas no princípio mais pesado ("P2").

Perceba-se: a ponderação legislativa não é restringida pelo peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador, mas tanto a ponderação administrativa como a jurisdicional são restringidas por ele. Ademais, a ponderação administrativa não é restringida pelo peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do Administrador, mas a ponderação jurisdicional é restringida por ele. Quer dizer: o magistrado não pode realizar a ponderação de princípios com desprezo às competências constitucionais. Deve, pois, levar em consideração o peso dos respectivos princípios formais.

Como antecipado, para função jurisdicional, não há um princípio formal fundamental, próprio da competência discricionária e da liberdade, mas há um especial. Se o magistrado decidir num caso de uma maneira, não pode, logo em seguida, decidir caso similar de outra. Haveria evidente violação da igualdade. Mesmo não havendo vinculação formal do precedente — que exige, na *Civil Law*, expressa previsão nos textos normativos, como ocorre, por exemplo, com as súmulas vinculantes do STF —, há vinculação material: para afastar um precedente, impõe-se ao magistrado um ônus argumentativo, deve demonstrar, na motivação, ou que as circunstâncias do caso são diferentes, ou que houve erro *in judicando* quando da prolação da decisão anterior. Esse ônus é imposto pelo *princípio formal* que exige o respeito, na maior medida possível, à decisão jurisdicional anterior⁷³.

7. FÓRMULA DO PESO

A teoria da ponderação vem sendo acusada, por muitos, de ser *irracional*⁷⁴. Seria uma forma de legitimar decisões arbitrárias do Poder Judiciário, adotadas com desprezo ao direito positivo. Tratar-se-ia da consagração do “governo dos juízes” ou, mais apropriadamente, da “tirania do judiciário”. Os textos normativos passariam a ter préstimo algum, pois, a partir de sua íntima convicção sobre a ponderação de valores, o juiz decidiria o conflito a ele submetido com total desprezo às ponderações do Constituinte, do Legislador e do Administrador público.

Como resposta a essas críticas, no intuito de atribuir o máximo possível de racionalidade à ponderação, tornando-a passível de pleno controle, Robert Alexy propôs a *fórmula do peso*⁷⁵. Peso em alemão é *Gewicht*, sendo útil, em português, utilizar a letra

⁷³ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais... *Op. Cit.* p. 30-33.

⁷⁴ Sobre o tema vide: ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 105-116.

⁷⁵ Sobre o tema vide: ALEXY, Robert. A fórmula do peso. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 131-153; **Teoria dos direitos fundamentais**... *Op. Cit.*, Posfácio. p. 393 *et seq.*

"G", e não "P", para que não haja confusão com "princípio". Alexy se refere à "Gi,j", para indicar o *peso concreto* do Princípio "i" (que prefiro chamar de "P1") tendo em vista o princípio "j" (que prefiro chamar de "P2"). A fórmula evidencia que o *peso concreto* de um princípio nunca é apurado de modo isolado, sempre tem em vista o princípio colidente. A fórmula é uma formalização da chamada, por ele, *lei da ponderação*: "quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação do princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro"⁷⁶.

Alexy explica que a reação entre "P1" e "P2" não é compatível com a "fórmula da diferença" ($P1 - P2$) e sim com a "fórmula do cociente" ($P1/P2$)⁷⁷. Ele propõe uma escala triádica: leve, médio e grave. Assim, a realização do princípio "P1" pode ser leve, média e intensa e, da mesma forma, a afetação do princípio oposto, "P2", pode ser leve, média e grave. É intuitivo, observa Alexy, que os intervalos entre os graus devem ser maiores. Por isso, propõe os valores: $2^0 2^0 (= 1)$; $2^1 2^1 (= 2)$ e $2^2 2^2 (= 4)$ para simbolizar "l", "m" e "g"⁷⁸. Logo, a fórmula do peso, por força dessa progressão geométrica, exige a fórmula do cociente, e não a fórmula da diferença, que seria compatível com a progressão aritmética.

Alexy observa que os princípios possuem diferentes pesos no *plano abstrato* e essa diferença deve ser levada em consideração no plano concreto. Como já afirmado aqui, a dignidade da pessoa humana não tem o mesmo peso, na Constituição, que a economicidade. Os pesos abstratos são simbolizados por "G1" e "G2". Assim, não há que se confundir: o peso concreto de P1 tendo em vista P2 ($G_{P1,P2} G_{P1,P2}$) com o peso abstrato de P1 ($G_{P1} G_{P1}$). Se os pesos abstratos de ambos os princípios forem iguais, eles se anulam na fórmula⁷⁹.

O aclamado jurista também concluiu que o Direito não admite o exercício da competência discricionária apenas quando há *certeza* das circunstâncias fáticas e jurídicas. O Direito admite que decisões sejam tomadas mesmo na falta de certeza, daí a *segunda lei da ponderação*: "quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia"⁸⁰. Basta um exemplo para evidenciar o acerto dessa lei doutrinária: suponha-se que um edifício ameace ruir; na vida real, os engenheiros não dizem à Administração que às tantas horas do dia tal o edifício ruirá; dizem que há grande probabilidade de o edifício ruir. Em tutela da segurança pública e privada, deverá a Administração interditar o edifício e, dependendo do caso, até mesmo demoli-lo. Perceba-se: quanto maior a probabilidade, mais legitimada será a interdição, quanto menor a probabilidade, me-

⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...* Op. Cit. p. 167 e 604.

⁷⁷ ALEXY, Robert. A fórmula do peso... Op. Cit. p. 145-146.

⁷⁸ *Idem. Ibidem.*

⁷⁹ *Idem.* p. 148-149.

⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...* Op. Cit. p. 618.

nos legitimada será a interdição. A incerteza pode dizer respeito às *premissas fáticas* ou *empíricas* e às *premissas jurídicas* ou *normativas*. Alexy utiliza a letra “S” da palavra “segurança” em alemão (*Sicherheit*) para simbolizar o grau de certeza na fórmula do peso. Enuncia, então, a equação da certeza para se referir a ambas: grau de certeza empírica do princípio “P1” multiplicado por grau de certeza normativa do princípio “P1”⁸¹.

A fórmula do peso completa indica os três fatores referidos: 1) o grau de intervenção da medida concreta em P1 e P2; 2) o peso abstrato de P1 e P2; 3) o grau de certeza das premissas empíricas e normativas de P1 e P2⁸². Há três possibilidades. 1) O resultado da fórmula pode ser positivo, ou seja, igual ou superior a 1. Nesse caso, “P1” deve, nas respectivas circunstâncias fáticas do caso, prevalecer sobre “P2”: “P1 > P2”. 2) O resultado da fórmula pode ser negativo, ou seja, igual ou inferior a -1. Nesse caso, “P2” deve, nas respectivas circunstâncias fáticas, prevalecer sobre “P1”. 3) O resultado da fórmula pode ser igual a zero, significando que a competência é discricionária, vale dizer, para o Direito, tanto é válida a concretização de “P1” como é válida a concretização de “P2”. Nesse caso, o Judiciário deve respeitar a decisão legislativa, administrativa ou privada. Nos dois primeiros casos, há *vinculação* e, pois, a possibilidade de *substituição jurisdicional*: no primeiro, se concretizado “P2” pelo Legislador e/ou pelo Administrador, cabe ao Judiciário, quando provocado, invalidar a decisão e determinar a concretização de “P1”; no segundo, se concretizado “P1”, cabe ao Judiciário invalidar a decisão e determinar a concretização de “P2”. No terceiro caso, a substituição da decisão legislativa e/ou administrativa pelo Judiciário configura violação da separação de poderes, típico ativismo judicial violador da Constituição⁸³.

8. DETURPAÇÕES DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Carlos Ari Sundfeld faz uma crítica contundente à teoria dos princípios: eles seriam “armas de espertos e de preguiçosos”⁸⁴, no sentido de que quando o direito positivo contraria os interesses do jurista, os princípios são uma eficaz ferramenta para obter uma decisão contrária ao direito positivo — “arma de espertos” —; ademais, diante da preguiça de buscar argumentos, os princípios são um argumento “fácil”, uma forma de contornar o dever de motivar — “arma de preguiçosos”. Concordo integralmente com a crítica: por mais que esteja convencido da imprescindibilidade científica da teoria dos

⁸¹ ALEXY, Robert. Principios formales: algunas respuestas a los críticos. In: PORTOCARRERO QUISPE, Jorge. **Ponderación y discrecionalidad**. Tradução de Jorge Portocarrero Quispe. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. p. 23-57; Principios formais... *Op. Cit.* p. 03-36.

⁸² ALEXY, Robert. A fórmula do peso... *Op. Cit.* p. 152-153.

⁸³ Sobre a substituição jurisdicional na competência vinculada e discricionária, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**... *Op. Cit.* p. 586-591.

⁸⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 205-229.

princípios, não tenho como negar que, de fato, na realidade doutrinária e jurisprudencial brasileira, princípios tornaram-se um perigoso expediente de espertos e perigosos. Na minha leitura, o ínclito publicista refere-se ao conceito próprio da segunda-fase — princípio como elemento estruturante —, mas sua crítica pode ser perfeitamente estendida ao conceito da terceira fase — princípio como valor positivado.

Carlos Ari, ao menos nesse texto, não volta sua crítica ao instituto dos princípios, mas ao uso que deles se faz. *In verbis*: “o problema não está neles, mas na comodidade que podem oferecer para os espertos e para os preguiçosos”⁸⁵. Tanto a *teoria dos princípios da segunda fase*, como a *teoria dos princípios da terceira fase* dão ao intérprete um grande poder. Perceba-se: diante da estrutura hierárquica do sistema normativo, considerando que as vigas mestras do sistema — ao menos boa parte delas — e os valores positivados — ao menos boa parte deles — estão expressos ou implícitos na Constituição, tanto os *princípios* da segunda fase como os princípios da terceira fase são dotados de *supremacia* em relação às demais normas do sistema. Assim, leis, atos administrativos, contratos e condutas privadas podem ser considerados ilícitos porque violadores dos alicerces do sistema jurídico (princípio na segunda fase) ou da proporcionalidade, e, pois, do peso dos valores positivados (princípio na terceira fase). Daí o risco percebido por Carlos Ari: a possibilidade de os princípios serem incorretamente invocados para afastar decisões válidas. Trata-se do “governo dos Juízes”, do “arbitrio jurisdicional”, do desprezo, por meio da teoria dos princípios, aos textos normativos vigentes.

O segundo risco é tão grave quanto o primeiro. Direito não costuma ser levado a sério, infelizmente. A teoria dos princípios é valiosa para quem não leva o Direito a sério. Explico: ao invés de buscar os argumentos corretos para uma decisão, invoca-se um princípio — v.g., da dignidade da pessoa humana — como uma “expressão mágica”. Não há que examinar os textos normativos, basta invocar a expressão mágica para fundamentar uma sentença. Tanto a utilização “esperta” como a utilização “preguiçosa” dos princípios importam no fim do Estado de Direito.

A solução não está no sepultamento da teoria. O próprio Carlos Ari Sundfeld dá a resposta: tudo se resolve pelo *ônus argumentativo*⁸⁶. Aliás, é a mesma resposta dada por Robert Alexy: a teoria dos direitos fundamentais pressupõe a teoria da argumentação jurídica. Nas palavras dele: “uma ponderação é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ela conduz, pode ser fundamentado de forma racional”⁸⁷. Quem se vale da teoria dos princípios — seja a teoria da segunda fase, seja a da terceira

⁸⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 215.

⁸⁶ *Idem*. p. 215.

⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.* p. 165. O tradutor desse texto preferiu a palavra “sopesamento” à “ponderação”. Prefere-se, nesse ponto, a tradução de Ernesto Garzón Valdés (**Teoría de los derechos fundamentales**. 1. ed. 3. reimpr. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 159).

fase — tem um grande *ônus argumentativo*. Vigora, em relação aos princípios, a regra do §1º, II, do artigo 489 do CPC/2015: não se considera fundamentada a decisão que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. Tanto o conceito de princípio da primeira fase como o da segunda são indeterminados para os fins dessa regra. Não basta, pois, invocar um “princípio” para motivar uma decisão.

Em relação ao conceito da segunda fase, deve-se sempre levar em consideração o aqui já referido processo biunívoco de esclarecimento recíproco: não apenas as normas semanticamente fechadas devem ser compreendidas à luz das semanticamente abertas, mas estas devem ser compreendidas à luz daquelas. Assim, a invocação de um princípio estruturante não dispensa o intérprete de examinar, com cuidado, as razões pelas quais normas mais semanticamente fechadas devem, eventualmente, ser afastadas. Insisto: quando uma lei contraria um princípio, não basta a invocação deste para ser adotada decisão contrária ao texto da lei; faz-se necessário explicitar as razões pelas quais a lei não deve ser aplicada.

Em relação ao conceito da terceira fase, impõe-se a explicitação das razões pelas quais um princípio prevalece sobre os outros. Faz-se necessário observar o grau de concretização do princípio, o grau de afetação dos demais, os respectivos pesos abstratos, o grau de certeza das premissas fáticas e jurídicas. E principalmente: o peso dos *princípios formais*. Não pode o magistrado desprezar a incidência dos princípios formais e desconsiderar as competências estabelecidas no sistema. Justamente por força dessa última assertiva, o *texto normativo* deve ser levado a sério. O afastamento de um texto normativo exige cuidado redobrado⁸⁸.

9. CONCLUSÕES

1. Discrecionariedade é a competência para escolher, a partir de convicções subjetivas sobre a melhor forma de realizar o interesse público, entre duas alternativas igualmente admitidas pelo Direito. É um ato volitivo que pressupõe a interpretação, ato cognitivo. Há uma diferença quantitativa entre a discrecionariedade legislativa e a administrativa, pois a segunda, ao contrário da primeira, é restringida pelas decisões legislativas. Há duas diferenças qualitativas: só na administrativa, por força do princípio da boa administração, impõe-se a escolha da melhor medida para o interesse público; só na administrativa os vícios de vontade fazem presumir a invalidade.

2. A discrecionariedade é — excetuado o mandado de injunção — incompatível com o exercício da função jurisdicional. O Judiciário é, pois, o oráculo do Direito, o órgão encarregado de dar a última palavra sobre as interpretações jurídicas. Não compete a

⁸⁸ Para uma teoria hermenêutica respeitante do texto normativo vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2010. Cap. 1. p. 41-71.

ele realizar escolhas sobre indiferentes jurídicos, mas dizer, quando provocado, qual é a vontade do Direito.

3. A teoria dos princípios jurídicos passou por três fases: na primeira, superada, eram assim chamados todos os assuntos gerais de uma dada disciplina; na segunda, princípios são os elementos estruturantes do sistema normativo; na terceira, são os valores jurídicos positivados. Tanto a segunda como a terceira fase, não superadas, foram importantes reações à tese da discricionariedade jurisdicional. Pelo conceito da segunda fase, ao magistrado não se abre a possibilidade de escolher entre uma ou outra interpretação: deve escolher a interpretação mais coerente com os princípios jurídicos. Pelo conceito da terceira fase, as decisões jurídicas não são fruto do arbítrio, mas resultado da ponderação dos valores constitucionais.

4. Princípios na terceira fase são valores positivados. Logo, as características dos valores — relatividade, historicidade, precariedade, indeterminabilidade, imbricação, não suscetibilidade à ordenação hierárquica rígida — estendem-se aos princípios. A relatividade não implica a subjetividade da valoração. Há valorações objetivas, que independem da opinião de cada um, próprias da competência vinculada; e há valorações subjetivas, dependentes da opinião de cada um, próprias da competência discricionária.

5. Na segunda fase, princípios não eram considerados normas jurídicas, mas vetores de interpretação das normas. Na terceira, são espécies de normas. Estas possuem a estrutura lógica “ $H \rightarrow C$ ”; princípios, como toda norma, também possuem essa estrutura. No Direito público, são normas de estrutura de dupla estrutura. No direito privado também possuem dupla estrutura, mas são normas de estrutura e de conduta.

6. Na terceira fase os princípios classificam-se em materiais e formais. Os últimos determinam que uma decisão, seja ela qual for, seja respeitada na maior medida possível. O exercício da discricionariedade e da liberdade assenta-se num princípio formal fundamental. Como o Poder Judiciário não exerce discricionariedade, não há um princípio formal fundamental a respaldar suas decisões. Há, contudo, um princípio especial, que impõe o respeito ao precedente.

7. Diante das críticas à teoria dos princípios na terceira fase, propõe-se a fórmula peso como expediente a tornar a ponderação de princípios mais racional e controlável. A fórmula leva em consideração três fatores: a) o grau de intervenção sobre os princípios incidentes; b) o peso abstrato dos princípios incidentes; c) o grau de certeza sobre as premissas fáticas e jurídicas que o envolvem.

8. A teoria dos princípios, tanto na segunda fase como na terceira, pode ser arma de espertos e de preguiçosos. No primeiro caso, é utilizada para violação do direito positivo; no segundo para violação do dever de motivar. A teoria, em ambos os casos, é mortal para o Estado de Direito.

9. O antídoto está no ônus argumentativo. Sempre que o magistrado invocar um princípio para a prolação de uma decisão judicial, impõe-se uma motivação específica. No conceito da segunda fase, deve explicar a razão pela qual normas semanticamente mais fechadas são afastadas; no conceito da terceira fase, deve explicitar as razões pelas quais atribuiu o respectivo peso ao princípio prevalente e ao colidente, bem como examinar os fatores que interferem na fórmula do peso; em ambos os casos, deve atentar para os princípios formais.

10. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 163-198.

ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes *et al.* (Org.). **Princípios formais** e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 3-36.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Traducción Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

ALEXY, Robert. Direitos individuais e bens coletivos. In: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 176-198.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 105-116.

ALEXY, Robert. A fórmula do peso. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 131-153.

ALEXY, Robert. Principios formales: algunas respuestas a los críticos. In: PORTOCARRERO QUISPE, Jorge. **Ponderación y discrecionalidad**. Tradução de Jorge Portocarrero Quispe. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. p. 23-57.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 1. ed., 3. reimpr. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Juízo liminar: poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria. **Revista trimestral de direito público**, São Paulo, n. 3. p. 106-116, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. **Revista de direito público**, São Paulo, ano 22, n. 92. p. 55-61, out./dez. 1989.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano IV, v. 15. p. 284-288, jan.-mar. 1971.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **Princípios gerais de direito administrativo** – v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**. Tradução de Francisco M. Guimarães. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília 1999.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARRAZZA, Roque. **Curso de direito constitucional tributário**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. 2. reimpr. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 1998.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. 6. reimpr. Buenos Aires: Astrea, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Las fuentes del derecho**: fundamentos teóricos. Traducción César E. Moreno More e Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Raguel, 2016,

GUIMARÃES, Hélio de Seixas; LESSA, Ana Cecília. **Figuras de linguagem**: teoria e prática. 14. ed. São Paulo: Atual, 2003.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida *et al.* São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. Causalidade e imputação. In: KELSEN, Hans. **O que é a Justiça?** Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 323-348.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. In: FERNANDES, Felipe Gonçalves (org.). **Temas atuais de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 01-37.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. **Revista Internacional de Direito Público** (RIDP), Belo Horizonte, ano 2, n. 2. p. 09-33, jan./jun. 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O poder discricionário da administração**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1948.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 6. p. 41-78, 1946.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Introdução à análise do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Tradução de Celso Reni Braida. 4. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **O desvio de poder na função legislativa**. São Paulo: FTD, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 205-229.

TÁCITO, Caio. O abuso de poder administrativo no Brasil. In: TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**: estudos e pareceres – v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 39-70.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.



Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana

Euthanasia in Brazil: between the Criminal Code and the dignity of the human person

GABRIELLA SOUSA DA SILVA BARBOSA*

Universidade Federal do Maranhão (Brasil)
gssbarbosa@gmail.com

FEDERICO LOSURDO**

Universidade Federal do Maranhão (Brasil)
federico.losurdo@unirb.it

Recebido/Received: 03.05.2017 / May 3rd, 2017

Aprovado/Approved: 18.12.2017 / December 18th, 2017

Resumo

No Brasil o atual Código Penal não tipifica a prática da eutanásia, alocando a conduta no art. 121, §1º, homicídio privilegiado. A “morte piedosa” começa a ser tratada pelas legislações e jurisprudência estrangeiras sem que o debate atinja maior destaque nos âmbitos legislativo e judiciário brasileiro. Entre a garantia da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III/CF-88, e a proteção à vida, art. 5º, caput/CF-88, há uma nítida colisão de princípios. Tendo-se por base o direito comparado e por plano de fundo o julgamento

Abstract

The Brazilian Penal Code does not typify the practice of euthanasia, by qualifying this conduct as “manslaughter” (Article 121, first paragraph). The foreign legislation and Tribunals have started to discipline the “mercy killing”, while such debate did not achieve prominence in the Brazilian Legislative and Judicial Branches. Indeed, between the guarantee of human dignity (art.1º, cl. III, Brazilian Constitution) and the protection of the right to life (art. 5º, caput, Brazilian Constitution) emerges a clear collision of principles. With a comparative approach and having as background the

Como citar esse artigo/How to cite this article: BARBOSA, Gabriella Souza da Silva; LOSURDO, Federico. Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 165-186, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.52151.

* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – UFMA (São Luís-MA, Brasil). Graduada em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, São Luís-MA, Brasil. Email: gssbarbosa@gmail.com.

** Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – UFMA (São Luís-MA, Brasil). PhD em Direito pela Universidade de Urbino (Itália), pela Universidad del País Vasco (Espanha), pela Università degli Studi di Catania (Itália) e pela Deutscher Akademischer Austauschdienst (Alemanha). Doutor em Direito pela Universidade de Urbino (Itália). Habilitado em Itália como Professor Associado de Direito Constitucional e Direito público. E-mail: federico.losurdo@unirb.it.

da ADI 3.510 pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro e do Projeto de Lei nº 236/12 – Novo Código Penal –, o qual tipifica a prática da eutanásia, analisa-se a possibilidade de não imputação de pena ao agente da eutanásia frente à interpretação constitucional.

decision in the ADI 3.510 of the Brazilian Supreme Court and the Project of Law n. 236/12 (the new Penal Code project), which typifies the practice of euthanasia, we analyze the possibility of not charging the euthanasia agent, in accordance with a constitutional interpretation.

Palavras-chave: eutanásia; vida; dignidade; novo Código Penal; Constituição Federal.

Key-words: euthanasia; life; dignity; new Penal Code; Brazilian Constitution

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Conceituações eutanásicas; 3. Novo Código Penal e a tipificação da conduta de eutanásia no Brasil e no direito estrangeiro; 4. ADI 3.510 e a absolutização da vida; 5. Eutanásia: entre a dignidade da pessoa humana e o direito à vida sob a Constituição Federal de 1988; 6. Considerações Finais; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Consta do juramento de Hipócrates, raiz deontológico-moral da prática médica no mundo ocidental moderno, que “eu não darei qualquer droga fatal a uma pessoa, se me for solicitado, nem sugerirei o uso de qualquer uma deste tipo”¹. Outrossim, diante das situações fáticas do exercício da medicina, não raros são os casos em que tais profissionais se veem entre os apelos de interrupção da vida de pacientes acometidos por dores incessantes, de familiares de enfermos que já perderam a esperança na recuperação destes ou mesmo de pessoas cujas condições atuais de saúde não lhes permitem um cotidiano condizente com suas aspirações e seus entendimentos quanto ao que seria uma vida digna.

É nesse diapasão em que surgem as deliberações quanto à eutanásia nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Prática comum desde os povos mais pretéritos², a “morte boa” – do grego *eu*, boa, e *thanatos*, morte – tem sido corriqueira em diversas culturas, variando suas concepções e motivações de acordo com a valoração da vida em cada comunidade³.

A eutanásia se fez presente no curso da história. Nas primeiras comunidades humanas percebem-se conceituações seletivas mais utilitaristas, em que a ausência da medicina e a necessidade de labuta constante para sobrevivência forçavam a

¹ GOLDIM, José Roberto. Breve histórico da eutanásia. Núcleo Interinstitucional de Bioética - UFRGS, 2000. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm>>. Acesso em: 13 de jul. de 2016. p. 1.

² ASUA, Luis Jimenez de. **Libertad de Amar y Derecho a Morrir – ensayos de un criminalista sobre eugenesia, eutanasia, endocrinologia**. Madrid: Historia Nueva, 1929. p.122.

³ GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Eutanásia** – Novas considerações penais. 2008. 360 f. Tese (Doutorado do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 14.

eliminação dos idosos, doentes e deficientes. Quanto aos povos celtas se via a obrigação dos filhos em dar morte boa a seus pais, assim também, na Idade Média, podem-se citar os golpes de misericórdia aos feridos nas batalhas. Já na América do Sul era constantes as eliminações dos deficientes feitas pelos povos indígenas⁴.

Chega-se, nesse ínterim, aos interesses mais economicistas de eliminação de enfermos custosos ao Estado, ou mesmo práticas eugênicas de “purificação racial”, como no exemplo nazista, erroneamente chamado de eutanásia⁵. Diante disso, o termo eutanásia ganhou uma amplitude de significações as quais dificultam um debate mais asséptico de sua possibilidade jurídica frente aos ordenamentos contemporâneos⁶.

Compreendida como ação omissiva ou comissiva de terceiro que cessa a vida de pacientes acometidos por graves doenças físicas ou psíquicas⁷, a eutanásia, enquanto morte piedosa, encontra como um dos principais obstáculos a sua legalização o *status* sacralizado do direito à vida, em uma reaproximação entre direito e moral nos ordenamentos pós-positivistas atuais⁸.

Ocorre que, diante do caráter fundamental do direito à vida e preservação desta nos casos de solicitação da prática eutanásica opõem-se não apenas a liberdade de escolha do paciente e/ou seus representantes legais, mas também a integridade física daquele que não mais suporta intervenções curativas em seu corpo, redundando primordialmente em atentado à dignidade do sujeito paciente enquanto pessoa humana.

É nesse diapasão que o presente trabalho busca compreender, frente ao ordenamento jurídico brasileiro e diante da colisão dos princípios supramencionados, a possibilidade de não imputação penal aos agentes da eutanásia à luz de uma interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, sob a análise de ordenamentos estrangeiros, assim também das concepções sobre dignidade da pessoa humana e direito à vida do Supremo Tribunal Federal, em especial a ADI 3.510, além da tipificação da conduta presente no Projeto de Lei nº 236/2012, o Projeto de Novo Código Penal.

⁴ ASUA, Luis Jimenez de. **Libertad de Amar y Derecho a Morrir – ensayos de un criminalista sobre eugenesia, eutanasia, endocrinologia**. Madrid: Historia Nueva, 1929. p. 122.

⁵ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia – Novas considerações penais**. 2008. 360 f. Tese (Doutorado do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 14-15.

⁶ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 235-274, 2010. p. 238.

⁷ GOLDIM, José Roberto. Breve histórico da eutanásia. Núcleo Interinstitucional de Bioética - UFRGS, 2000. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm>>. Acesso em: 13 de jul. de 2016. p.1.

⁸ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 235-274, 2010. p. 247.

2. CONCEITUAÇÕES EUTANÁSICAS

A fim de delimitação das práticas analisadas no presente trabalho, importante que se distingam uma série de condutas comumente caracterizadas como eutanásicas, mas que com esta guardam apenas similitudes. Inicialmente, importa destacar que a chamada boa morte ou morte piedosa em nada se assemelha com as práticas eugênicas, a exemplo das levadas a cabo no regime nazista, responsáveis em parte pela negatividade contemporânea atribuída ao termo eutanásia, como rememora Marcello Ovidio Lopes Guimarães⁹:

*A despeito da nomenclatura, é certo que o programa de “eutanásia” nazista consistia em franca arbitrariedade, promovendo morte indiscriminada de portadores de deficiência físicas ou mentais, o que evidentemente não se confunde com a eutanásia propriamente dita.*¹⁰

Ora, a busca pela purificação racial através do genocídio nazista não se coaduna com a finalidade benigna da eutanásia, uma vez que nesta o que se busca é a eliminação da dor física ou psicológica do paciente, logo, o que motiva a conduta é a compaixão¹¹, ao passo que naquela se ultrapassa o limite da benignidade, objetivando a eliminação étnica.

É nesse sentido que a prática nazista configura-se enquanto eugenia, termo introduzido por Francis Galton, em 1883 em seu livro *Inquiries into human faculty and its development*, sendo:

*[...] uma doutrina hostil à reprodução dos “pobres e indolentes”, pensada como um obstáculo ao aumento numérico dos “homens superiores” [...] propunha uma seleção artificial das novas gerações, demonstrando o caráter hereditário das qualidades intelectuais, fazendo total abstração dos fatores educativos e culturais na formação dos indivíduos. Assim, surge a idéia e a recomendação de medidas institucionais de intervenção corretora e compensadora tendo como finalidade restaurar a qualidade biológica do grupo pela introdução duma seleção artificial aplicada a seus membros.*¹²

⁹ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia** – Novas considerações penais. 2008. 360 f. Tese (Doutorado do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 14.

¹⁰ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia** – Novas considerações penais. 2008. 360 f. Tese (Doutorado do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 14.

¹¹ MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (Orgs). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 171-192. p. 183.

¹² MENEGAT, Carla. Os pensadores que influenciaram a política de eugenia do nazismo. **Revista A MARGem**, Uberlândia, Minas Gerais, ano 1, n. 2, p. 66-73, jul./dez. 2008. p. 67.

Eliminada, portanto, a alcunha eugênica, passa-se à análise mais detalhada das práticas relacionadas a uma morte por benignidade. Primeiramente, a fim de evitar confusões polissêmicas cabe precisar o entendimento hodierno da eutanásia, cujo aparecimento na história moderna é atribuído a Francis Bacon, 1623, em seu livro *Historia vitae et mortis*¹³.

Tomando por base os ensinamentos de Leonard M. Martin¹⁴ pode-se compreender a eutanásia como uma abreviação direta da vida do paciente com intenção eliminadora, por meio de ação ou omissão movida pela compaixão. Mais adiante, para o autor são quatro os elementos fundamentais para diferenciá-la das demais modalidades de abreviação da vida com as quais comumente é confundida. Sendo eles: o resultado provocado, a intenção ou motivação para praticar o ato, a natureza deste e as circunstâncias em que é praticado¹⁵.

Acima analisados a intenção de abreviar o sofrimento do paciente, assim como a natureza benigna da conduta¹⁶, restam apenas os outros dois elementos. Tem-se por resultado da conduta eutanásica a morte antecipada de modo suave e sem dor, a chamada morte doce, cujo “grande objetivo é proteger a dignidade da pessoa”¹⁷. É nesse sentido que a mesma se distingue da chamada distanásia, uma vez que esta se configura pela medicalização constante do paciente em vias de morrer, o uso exacerbado das, cada vez mais crescentes, tecnologias médicas, de modo a prolongar o quadro terminal de pacientes sem cura¹⁸.

Importante ressaltar que a distanásia é prática comum do atual paradigma médico – técnico-científico e comercial-empresarial¹⁹ –, a qual vem sendo aplicada de modo contínuo nas Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) do país, posto que se preza pela continuidade da vida a todo custo diante do avanço tecnológico e dos ganhos empresariais do aumento do uso de tais tecnologias em equipamentos²⁰.

¹³ GOLDIM, José Roberto. Breve histórico da eutanásia. Núcleo Interinstitucional de Bioética - UFRGS, 2000. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm>>. Acesso em: 13 de jul. de 2016. p.1.

¹⁴ MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (Orgs). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 183.

¹⁵ MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (Orgs). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 180.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida** – Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003 p.1.

¹⁷ MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (Orgs). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 181.

¹⁸ DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio. Morrer com dignidade: um direito fundamental. In: CAMARANO, Ana Amélia. **Os Novos Idosos Brasileiros: Muito Além dos 60**. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 130.

¹⁹ MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (Orgs). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 187

²⁰ SANTANA, Júlio César Batista; RIGUEIRA, Ana Cláudia de Melo; DUTRA, Bianca Santana. Distanásia: reflexões sobre até quando prolongar a vida em uma Unidade de Terapia Intensiva na percepção dos enfermeiros. **Revista Bioethikos**, Minas Gerais, Centro Universitário São Camilo, ano 4, vol. 4, 2010. p. 402-411.

Nesse sentido, clarificam o conceito os autores supracitados:

*A distanásia trata-se de um neologismo de origem grega: o prefixo dys significa ato defeituoso, afastamento e o sufixo thanatos designa morte. Na sua origem semântica, distanásia significa morte lenta, com muita dor ou prolongamento exagerado da agonia, do sofrimento e da morte de um paciente, não respeitando a dignidade do morrente.*²¹

Quanto às circunstâncias em que se pratica a eutanásia, importante para os fins deste estudo a distinção entre a eutanásia ativa – cuja ação de terceiro ocasiona a morte – da modalidade passiva, alcançada pela omissão, assim também a chamada eutanásia indireta, cuja ação não objetivava a morte do paciente, sendo o resultado uma consequência²².

Do mesmo modo, cumpre destacar, a fins de análise quanto à autonomia do paciente, a diferença entre eutanásia voluntária, não-voluntária e involuntária. Segundo as lições de Terrance McConnell²³, a primeira caracteriza-se pelo consentimento expresso e informado do paciente quanto ao desejo de abreviação de sua vida; a modalidade não-voluntária, por sua vez, acontece quando não há o conhecimento da vontade do paciente, a exemplo de enfermos em estado de coma profundo, os quais nunca manifestaram sua vontade quanto à interrupção da vida em situações de enfermidade ou estado terminal; enquanto a involuntária é aquela realizada contra a vontade do paciente.

Por fim, cabe ainda o entendimento quanto à ortotanásia. Tal modalidade de morte piedosa diferencia-se das anteriores, uma vez que não atua de modo direto para interromper a vida, nem intenta o prolongamento da mesma, tal qual se observa na distanásia, mas pretende o oposto: respeitar o processo natural do viver e o curso da morte, aplicando ao paciente apenas medidas paliativas, a fim de amenizar os sintomas advindos deste processo, tornando o momento da morte mais humanizado possível àquele paciente²⁴.

É nesse sentido que Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel²⁵ falam que a ortotanásia “Trata-se da morte em seu tempo adequado, não combati-

²¹ SANTANA, Júlio César Batista; RIGUEIRA, Ana Cláudia de Melo; DUTRA, Bianca Santana. Distanásia: reflexões sobre até quando prolongar a vida em uma Unidade de Terapia Intensiva na percepção dos enfermeiros. **Revista Bioethikos**, Minas Gerais, Centro Universitário São Camilo, ano 4, vol. 4, 2010. p. 403.

²² BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 235-274, 2010. p. 239.

²³ McCONNELL, Terrance. **Inalienable rights: the limits of consent in medicine and the law**. Oxford: Oxford University, 2000. p. 88.

²⁴ MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (Orgs). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 190.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 235-274, 2010. p. 240.

da com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia”.

3. NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E A TIPIIFICAÇÃO DA CONDUTA DE EUTANÁSIA NO BRASIL E NO DIREITO ESTRANGEIRO

No Brasil, contrariando-se tendência recente de despenalização da prática do dito homicídio piedoso ou homicídio eutanásico, o atual Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40) em nada explícita ou mesmo despenaliza a prática da morte por benignidade, alocando todas as condutas analisadas no item supra como sendo facetas de um mesmo crime, o homicídio tipificado no art. 121 do referido Código.

Ora, causa estranhamento o arrojo punitivo do Estado brasileiro no Código Penal atual quanto ao homicídio eutanásico em comparação ao código anterior – a Consolidação das Leis Penais de 1932 –, o qual repetiu as disposições de seu antecessor, Código Penal do Império, de 1890, que propunha em seu artigo 295, parágrafo 2º:

[...] que se a morte resultar não da verificação de um mal mortal, mas sim por ter o ofendido deixado de observar o regime médico-higiênico reclamado pelo seu estado, a reprimenda cominada ao agente sofre aguda redução em relação ao homicídio simples, sendo graduada de dois a oito anos de prisão celular.

Inegável que no referido parágrafo aloca-se a eutanásia em sua forma omissiva. Outrossim, o mesmo diploma é explícito em seu artigo 24, quanto à não criminalidade e justificação da conduta criminosa nos casos em que “[...] ações ou omissões contrárias à lei penal que não forem cometidas com intenção criminosa, não resultarem de negligência, imprudência ou imperícia, não serão passíveis de pena”.

Tal entendimento vê-se reforçado quando da combinação deste dispositivo com o artigo 32, parágrafo 1º do mesmo Código Penal Imperial, que explícita que a conduta não será criminosa caso o crime tenha sido para evitar “mal maior”, facilmente subsumindo-se à conduta do homicídio por piedade, quando o agente realiza o homicídio visando evitar a degradação psicológica e física de pacientes em estado de largo sofrimento.

Indubitável, portanto, que as mencionadas codificações penais antecessoras do atual Código Penal foram além da percepção deste quanto ao paradigma da benignidade presente em um homicídio piedoso. Nesse sentido, condizentes são as lições de Marcello Ovidio Lopes Guimarães²⁶:

²⁶ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia** – Novas considerações penais. 2008. 360 f. Tese (Doutorado do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 77.

A possibilidade de se justificar uma conduta provocadora da morte, ligando-a a uma prática eutanásica, com base na interpretação do que consta da lei penal, foi, assim, reduzida ou inviabilizada. Antes, já poderia não ser aceitável uma interpretação nesse sentido, do ponto de vista cultural, mormente para a época em que vigoravam os códigos anteriores, ainda que a lei concedesse, em primeira análise, mais amplitude para a defesa de uma justificação nesses casos. Agora, ao contrário, mesmo que possa não haver um quase intransponível impedimento sócio-cultural (sic) como outrora, é a lei penal que, ao menos pelo seu texto expresso, não traz maior subsídio para uma justificação criminal da conduta eutanásica.²⁷

Com a alteração da parte geral do atual Código Penal, Lei nº 7.209/84, acrescentou-se a causa de diminuição de pena do homicídio privilegiado, artigo 121, parágrafo 1º, cujo conteúdo vem sendo utilizado na prática jurídica para casos de homicídio eutanásico, uma vez que prevê a possibilidade de redução da pena pelo magistrado de um sexto a um terço, em casos de crimes praticados por motivo de relevante valor social ou moral.

Uma vez que a garantia dada ao agente da eutanásia não é a despenalização, mas sim a remota possibilidade de que o juiz entenda o homicídio piedoso enquanto homicídio privilegiado e apenas reduza a pena do autor, os profissionais de saúde no país acabam por temer as hipóteses de negligência caso não optem pelas reanimações ou medidas curativas de pacientes terminais, mesmo sem o consentimento dos mesmos, prolongando a vida com procedimentos distanásicos²⁸.

Assim sendo, tanto a eutanásia quanto a ortotanásia – aí compreendida a limitação do tratamento constituiriam hipóteses de homicídio. [...] A existência de consentimento não produziria o efeito jurídico de salvaguardar o médico de uma persecução penal. Em suma: não haveria distinção entre o ato de não tratar um enfermo terminal segundo a sua própria vontade e o ato de intencionalmente abreviar-lhe a vida, também a seu pedido. [...] Essa postura legislativa e doutrinária pode produzir consequências graves, pois, ao oferecer o mesmo tratamento jurídico para situações distintas, o paradigma legal reforça condutas de obstinação terapêutica e acaba por promover a distanásia. Com isso, endossa um modelo médico paternalista, que se funda na autoridade do profissional da medicina sobre o paciente e descaracteriza a condição de sujeito do enfermo.²⁹

²⁷ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia** – Novas considerações penais. 2008. 360 f. Tese (Doutorado do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 77.

²⁸ SANTANA, Júlio César Batista; RIGUEIRA, Ana Cláudia de Melo; DUTRA, Bianca Santana. Distanásia: reflexões sobre até quando prolongar a vida em uma Unidade de Terapia Intensiva na percepção dos enfermeiros. **Revista Bioethikos**, Minas Gerais, Centro Universitário São Camilo, ano 4, vol. 4, 2010. p. 402-411.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 235-274, 2010. p. 8-9.

Nesse diapasão, percebe-se que a opção legislativa brasileira vai de encontro a muitas legislações e jurisprudências estrangeiras, não apenas europeias, como também americanas. É de se destacar o exemplo uruguaio, considerado o primeiro país do mundo a legislar sobre o homicídio eutanásico, cujo Código Penal de 1934 trouxe em seu artigo 37 a exclusão de imputação de pena a agentes que cumpram três requisitos: ter antecedentes honráveis, ser realizado por motivo piedoso; e mediante reiteradas súplicas do sujeito passivo da conduta.³⁰

Ainda, na América Latina emblemático o exemplo colombiano. Fortes eram os debates sobre a eutanásia no país desde 1979 com o Movimento pelo Direito a Morrer com Dignidade e com os constantes incentivos deste para a elaboração de testamentos vitais pela população – documentos em que o indivíduo deixa explícita sua vontade quanto ao uso ou não de terapias e ressuscitações em um futuro hipotético em que não possuam capacidade ou condições para expressar tal vontade – até que no ano de 1997 fora trazida à deliberação da Corte Constitucional Colombiana, pelo magistrado Carlos Gaviria, a confrontação entre o homicídio piedoso e o artigo 326 do código penal do país³¹.

Com uma vitória de seis votos a três, a Corte Constitucional Colombiana decidiu pela exclusão de penalidade aos médicos que praticassem a eutanásia em sua modalidade omissiva e voluntária, ou seja, aquela em que se retira ou não se usa o tratamento a pedido do paciente, a fim de lhe possibilitar uma morte digna³².

La Constitución no sólo protege la vida como un derecho sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y para los particulares. La Carta no es neutra frente al valor vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida. Sin embargo, tal y como la Corte ya lo mostró en anteriores decisiones, el Estado no puede pretender cumplir esa obligación desconociendo la autonomía y la dignidad de las propias personas. Por ello ha sido doctrina constante de esta Corporación que toda terapia debe contar con el consentimiento informado del paciente, quien puede entonces rehusar determinados tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con sus más hondas convicciones personales. Sólo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo es ella deseable y compatible con la dignidad humana. Y si los derechos no son absolutos,

³⁰ GOLDIM, José Roberto. Eutanásia – Uruguai. Núcleo Interinstitucional de Bioética - UFRGS, 1997. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanuru.htm>>. Acesso em: 13 de jul. de 2016. p.1.

³¹ GOLDIM, José Roberto. Eutanásia – Uruguai. Núcleo Interinstitucional de Bioética - UFRGS, 1997. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanuru.htm>>. Acesso em: 13 de jul. de 2016. p.1.

³² DINIZ, Débora. A despenalização da eutanásia passiva: o caso colombiano. **Série Anis**, Brasília, n.13, Letras Livres, p. 1-3, 2000. p.1.

*tampoco lo es el deber de garantizarlos, que puede encontrar límites en la decisión de los individuos, respecto a aquellos asuntos que sólo a ellos les atañen.*³³

Ainda na seara do direito comparado, muitos são os ordenamentos jurídicos contemporâneos a autorizar, ao menos a forma omissiva do homicídio piedoso. Na Holanda a legislação atual sobre o tema remonta de 1993, na qual a forma omissiva é fato atípico, enquanto a forma comissiva é excludente de ilicitude na conduta de homicídio, desde que observados os requisitos de: capacidade mental do doente – pessoas entre doze a dezesseis anos podem obter a eutanásia, desde que haja a concordância dos pais –; que o paciente tenha reiterado de modo voluntário seu pedido; e que esteja acometido por doença incurável com sofrimento agonizante atestado por um médico. A Bélgica adota a mesma linha holandesa desde 2002.

Na Espanha, o novo Código Penal despenaliza a eutanásia passiva e a ativa indireta, desde que presentes a vontade séria e inequívoca do paciente³⁴. Já na China a prática está autorizada desde 1998, cabendo ao médico determiná-la sob a única condição de terminalidade do paciente. Nos Estados Unidos, os estados da Califórnia, Oregon, Massachussets e Connecticut possibilitam as condutas omissivas ou de interrupção do suporte vital³⁵.

Apesar destas revisões nas legislações ou mesmo em jurisprudências que passam a possibilitar o alcance da morte piedosa sem aplicação de pena a seus agentes, importante acrescentar que, segundo os apontamentos de Guilherme Gouveia Pícolo³⁶:

*A corrente de pensamento dominante na legislação penal mundial é a do tratamento da eutanásia como homicídio privilegiado, tendo a pena reduzida e equiparada, como no caso da Argentina, à do crime correspondente ao de instigação e auxílio ao suicídio previsto em nossa legislação. É possível observar esta realidade no artigo 116 do Código Penal costa-riquenho e no artigo 157 do código peruano. Adotam este entendimento também Noruega, Polônia e Suíça. Outros países preferem tratar a eutanásia como um tipo penal próprio diferenciado do homicídio: é o que acontece em Cuba, na Áustria e na Grécia. Nestes casos, no entanto, o espírito da lei também é o de manter a conduta como crime, mas oferecendo um tratamento punitivo mais brando.*³⁷

³³ COLOMBIA, Sentença C-239/97.

³⁴ ARZAMENDI, José Luis de La Cuesta. A eutanásia no direito comparado. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, ano V, n. 114, out. 2001. p. 15.

³⁵ PÍCOLO, Guilherme Gouvêa. O direito de morrer: eutanásia, distanásia e ortotanásia no direito comparado. **Revista Investidura**, Florianópolis – Santa Catarina, ano 4, vol. 18, p. 16-21, mar./abr. 2012. p. 17.

³⁶ PÍCOLO, Guilherme Gouvêa. O direito de morrer: eutanásia, distanásia e ortotanásia no direito comparado. **Revista Investidura**, Florianópolis – Santa Catarina, ano 4, vol. 18, p. 16-21, mar./abr. 2012. p. 19.

³⁷ PÍCOLO, Guilherme Gouvêa. O direito de morrer: eutanásia, distanásia e ortotanásia no direito comparado. **Revista Investidura**, Florianópolis – Santa Catarina, ano 4, vol. 18, p. 16-21, mar./abr. 2012. p. 19.

Aliado a este segundo entendimento, com a criação de um tipo penal próprio para a eutanásia, está o Projeto de Lei 236/12, de autoria do Senador José Sarney, também chamado de Projeto de Novo Código Penal. O texto trata não apenas da conduta da eutanásia, aplicando-lhe uma pena mais branda, como também inclui em seu parágrafo segundo a exclusão de ilicitude para a ortotanásia³⁸:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena de prisão de dois a quatro anos.

§1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

§2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

A tipificação da conduta no Projeto do Novo Código Penal, sem dúvidas, coaduna-se mais com os ordenamentos contemporâneos progressistas do que a postura atual do Código Penal, contudo, se a intenção fora encerrar o debate quanto à eutanásia, a ousadia e, talvez, precipitação, de sua proposta, acaba por gerar uma série de dúvidas quando confrontada com o ordenamento jurídico pátrio: diante da concepção que vem sendo dada pelo Supremo Tribunal Federal à vida, caberia o abrandamento de pena ao agente da conduta? É realmente possível, em conformidade com os princípios fundamentais do país, a excludente de ilicitude à ortotanásia? É a resposta a estes questionamentos que se buscará nos itens que se seguem.

4. ADI 3.510 E A ABSOLUTIZAÇÃO DA VIDA

As questões referentes à vida e à morte indubitavelmente estão impregnadas de fatores religiosos, culturais, morais e filosóficos, o que acaba, não somente por acalorar os debates, como também a dificultar a assepsia do trabalho de juristas, uma vez que é impossível demarcar de modo hermético onde se encerra a técnica

³⁸ SOUZA, Ana Victoria de Paula. Algumas considerações acerca das inovações propostas no novo Código Penal. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados – MS, v. 15, n. 29, p. 67-82, jan./jul. 2013. p. 74.

jurídica e onde se iniciam as concepções pessoais e pré-compreensões de quem julga ou legisla³⁹.

Nesse sentido, a fim de facilitar minimamente o debate quanto à vida e sua possível sacralização no direito pátrio, importa aclarar o que este vem entendendo pelo momento da morte. É com a Lei nº 9.434/97 e suas alterações trazidas pela Lei nº 10.211/01 que o direito brasileiro vem utilizando as determinações desta quanto ao momento da morte⁴⁰. A referida lei, que dispõe sobre a remoção de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento fala que:

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Percebe-se, portanto, que a lei, ao tratar da retirada dos tecidos, órgãos ou partes do corpo humano após a morte encefálica autoriza a remoção destes devido à compreensão de que se chegara ao termo final da vida.

Depreende-se, portanto, que para a lei existe morte a partir da cessação plena e não reversível das funções cerebrais. Contrário sensu, entende-se que mesmo não tendo ainda havido a “morte cardíaca”, isto é, não tenha ocorrido total parada cárdio-respiratória, ainda que seja ela iminente, a norma legal permite considerar já morto o indivíduo com total ausência das funções encefálicas, após haver sido tal situação devidamente constatada por médicos, na forma estabelecida pela própria lei.⁴¹

De modo inverso, possivelmente pela maior diversidade em variados campos e pelas consequências de sua conceituação em temas controversos como o aborto, o início da vida ainda não possui conceituação jurídica, segundo interpretação do Supremo Tribunal Federal, uma vez que “o Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa”⁴².

O debate trazido pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 de maio de 2005, que trata sobre a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança (nº 11.105/2005), mesmo sem chegar a um consenso quanto ao início da vida

³⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 328.

⁴⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 578.

⁴¹ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia** – Novas considerações penais. 2008. 360 f. Tese (Doutorado do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 56.

⁴² BRASIL.STF. ADI 3.510/2008, ementa, p. 3.

– primeiramente tratado como conceito fundamental para o debate e posteriormente descartado pelo plenário –, é rico nas acepções do Supremo Tribunal Federal quanto ao valor da vida dado pela Constituição Federal de 1988, assim também como da dignidade da pessoa humana e mesmo da autonomia dos indivíduos, sendo ponto fulcral para a interpretação da possibilidade de eutanásia no país.

O artigo posto em cheque quanto à sua constitucionalidade trata da utilização de células tronco-embrionárias de embriões *in vitro*, os quais serão descartados pelos doadores do material genético. Com um resultado de seis votos favoráveis à constitucionalidade do artigo contra cinco parcialmente desfavoráveis, percebem-se nos votos dos ministros uma pluralidade de concepções quanto à vida e sua inviolabilidade.

Como aponta a professora Naara Luna⁴³, nos votos dos ministros Carlos Ayres Britto, Carmen Lúcia e Ricardo Lewandowski a argumentação quanto à inviolabilidade da vida, assim como a referência à Declaração da UNESCO sobre Genoma Humano e sua proposição quanto à intangibilidade do material genético, acabam por sacralizar a natureza biológica, apontando o indivíduo como valor. Tal aproximação entre o sagrado e o direito se vê de forma nítida nos dizeres do ministro Carlos Britto, segundo o qual o “sagrado na religião corresponde ao inviolável no direito”⁴⁴.

Em contrapartida, observam-se nos votos vencedores dos ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa, assim como do ministro Gilmar Mendes, argumentações relevantes quanto à não absolutização do direito à vida e as dimensões da dignidade da pessoa humana e da autonomia em seus entendimentos.

Como bem clarificado na ementa do acórdão supra, preza-se, na visão do ministro Celso de Mello, por uma dimensão da vida baseada na solidariedade, compaixão e fraternidade, uma vez que:

*[...] longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões “in vitro”, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desprezam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células tronco-embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade.*⁴⁵

É nítido que a percepção de solidariedade e da busca de alento aos que vivem à margem do exercício concreto dos direitos de felicidade e de viver com dignidade mais se aproxima de um paradigma benéfico, da eutanásia voluntária, ou seja, a

⁴³ LUNA, Naara. O direito à vida no contexto do aborto e da pesquisa com células-tronco embrionárias: disputas de agentes e valores religiosos em um estado laico. *Revista Religião e Sociedade*, v. 33, n. 1, p. 71-97, 2013. p. 81.

⁴⁴ BRASIL. STF. ADI 3.510/2008, Voto Ministro Carlos Britto, p. 28.

⁴⁵ BRASIL. STF. ADI 3.510/2008, ementa, p. 3.

pacientes que não se consideram detentores de uma vida digna e solicitam a prática, do que a extensão da vida para além da vontade de quem sofre, como na distanásia.

Nesse mesmo sentido, o ministro Joaquim Barbosa é literal em seu voto quanto ao caráter não absoluto do direito à vida:

[...] segundo nosso ordenamento jurídico o direito à vida e a tutela do direito à vida são dois aspectos de um mesmo direito, o qual, como todo direito fundamental, não é absoluto, nem hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental.⁴⁶

Por fim, cabe ainda trazer à baila os dizeres de Gilmar Ferreira Mendes, que ao considerar temas como aborto, eutanásia e utilização de embriões humanos para fins de pesquisa como “tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos da moral, política e religião”⁴⁷, aborda a necessidade de utilização do princípio da responsabilidade estatal frente a decisões de tamanha complexidade, aduzindo que:

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (Schutzpflicht des Staats).⁴⁸

Ora, imputar pena a profissionais da saúde que não prolonguem a vida por meios artificiais de pacientes terminais é, a *contrario sensu*, incentivá-los a ignorar a vontade dos doentes, inclusive com intervenções corporais contra suas vontades, nítidas agressões físicas e também psicológicas.

É nesse diapasão que afirmam Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel⁴⁹ quanto à jurisprudência do STF a existência das seguintes formulações recorrentes do tribunal, as quais figuram como consensos sobrepostos, ou seja, pontos de consenso político aceitos por indivíduos ou grupos que não partilham as mesmas crenças. São eles: a não instrumentalização dos seres humanos, da liberdade humana e das garantias constitucionais da liberdade; a preservação da integridade física e moral dos indivíduos; e a proibição da tortura, da imposição de tratamento desumano ou degradante e da crueldade.

A fim de exemplificação dos consensos acima expostos, cabe mencionar a proibição da redução de ser humano à condição análoga a de escravo quanto à garantia

⁴⁶ BRASIL. STF. ADI 3.510/2008, voto ministro Joaquim Barbosa, p. 2.

⁴⁷ BRASIL. STF. ADI 3.510/2008, voto Ministro Gilmar Ferreira Mendes, p.2.

⁴⁸ BRASIL. STF. ADI 3.510/2008, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 12.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 235-274, 2010 p. 30.

constitucional de liberdade e da não instrumentalização do ser humano⁵⁰; a impossibilidade de realização de exame de DNA compulsório para comprovação de paternidade como *leading case* da preservação da integridade física⁵¹; assim como do crime de tortura contra crianças e adolescentes⁵².

Ocorre que, diante de tal concepção, cabe, ainda, a questão: seria a Corte Constitucional Brasileira – Supremo Tribunal Federal – o guardião da constituição e, portanto, aquele que deve dar tal interpretação ao texto constitucional? Ou estaria o Tribunal indo além de sua função e superando, de modo ilegítimo, as atribuições do legislador pátrio, aquele efetivamente votado pelo povo?

Faz-se indubitável a percepção de que, frente ao neoconstitucionalismo vivido pelo direito contemporâneo, a força da jurisprudência e, consequentemente, a centralidade adquirida pelo Poder Judiciário diante da crise de representatividade do Poder Legislativo em várias nações⁵³, como a brasileira, reforçam a percepção de que, sim, o Supremo Tribunal Federal apresenta-se como legítimo para tal interpretação constitucional.

Nesse aspecto, Cynara Monteiro Mariano, explicita o deslocamento de preponderância qualitativa do Legislativo ao Judiciário:

[...] É preciso que se diga que uma das causas, talvez a maior de todas, que influenciaram a expansão da jurisdição constitucional foi a perda paulatina de efetividade do processo político em virtude das omissões do próprio Legislativo no desempenho de suas funções, que são ofuscadas pela preponderância dos vícios intrínsecos às lutas partidárias pela continuidade no poder, enquanto que as questões políticas e jurídicas que interessam ao povo ficam em segundo plano. Assim, a razão pela qual o Legislativo tenha perdido terreno na tarefa de concretizar os direitos fundamentais é justamente o distanciamento da classe política do povo e o seu enclausuramento, cada vez mais notório, às disputas internas de poder.

É, pois, na fase atual do direito, marcada pela complexidade social e dinamicidade de tais relações, que a contribuição do legislador ao direito faz-se apenas de modo parcial, cabendo mais aos juízes, em contato constante com o caso concreto, valorar e interpretar a conformidade de sua sentença ao texto constitucional⁵⁴.

⁵⁰ BRASIL. STF. HC nº92.604-5/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008.

⁵¹ BRASIL. STF. HC nº71.373-4/RS. 22/11/1996.

⁵² BRASIL. STF. HC nº70.389-5 /SP. 10/08/2001.

⁵³ LOSURDO, Federico. O guardião da Constituição e a crise institucional brasileira. In: CARVALHO, Márcia Haydée Porto de, FIGUEIREDO, Marcelo (Orgs.). **Direitos Fundamentais, Pluralismo e Democracia na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, São Luís: UFMA, 2017. p. 9.

⁵⁴ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil** – Ley, derecho, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 150.

Acaba por recair aos juízes, e à Corte Constitucional como sua máxima expressão, a guarda do texto constitucional, não como letra estática, mas com uma interpretação que consiga, diante da situação concreta, fazer a coexistência entre a lei, o direito e a justiça, como bem leciona Gustavo Zagrebelski⁵⁵:

*Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exatadamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derecho y justicia.*⁵⁶

Diante disso que se coaduna a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte Constitucional pátria, em realizar interpretações valorativas do texto constitucional, a exemplo do valor à vida e mesmo dignidade da pessoa humana, analisadas no presente trabalho. Perceba-se, que, o que se apresenta nestas breves linhas não é a advocacia de supremacia do Poder Judiciário frente ao Legislativo, apenas uma análise de que, diante da crise de representatividade deste último em relação aos anseios populares, acabam por, no mundo prático, recair determinados casos de grande anseio popular às mãos do Judiciário, o qual não se pode negar a responder às demandas que lhe são colocadas.

Superado este ponto, o que propõe é o estudo sobre a possibilidade ou não de autorização da eutanásia no país, frente a uma interpretação conforme a Constituição Federal de 1988 e balizado pelas valorações aos princípios fundamentais dadas pela Corte Constitucional.

5. EUTANÁSIA: ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À VIDA SOB A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Na atual fase da normatividade dos ordenamentos, pós-positivista, a reaproximação entre direito e moral acentua o caráter valorativo das jurisprudências. Não apenas, é nesta fase que os princípios, agora positivados nos textos constitucionais, adquirem caráter basilar e axiológico de todo o sistema jurídico.⁵⁷

Considerados normas jurídicas, assim como as regras, os princípios também se formulam por expressões deontológicas fundamentais, sendo neste caso mandados ou mandamentos de otimização. Em outras palavras, enquanto as normas jurídicas do tipo

⁵⁵ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil** – Ley, derecho, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 153.

⁵⁶ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil** – Ley, derecho, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 153.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional** – Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 306.

regras são determinações, definitivas, no plano fático e diante do que é juridicamente possível, devendo ou ser aplicadas ou abandonadas e substituídas por outra que melhor se subsuma ao caso concreto, os princípios realizam-se na maior medida possível, podendo, inclusive, ser aplicados em graus distintos a depender da situação real⁵⁸.

Nesse sentido, é clara a lição de Paulo Bonavides⁵⁹:

*[...] Uma diferença separa a norma legal da norma principal: a primeira é uma norma desenvolvida em seu conteúdo e precisa em sua normatividade: acolhe e perfila os pressupostos de sua aplicação, determina com detalhe o seu mandato, estabelece possíveis exceções; o princípio, pelo contrário, expressa a imediata e não desenvolvida derivação normativa dos valores jurídicos: seu pressuposto é sumamente geral e seu conteúdo normativo é tão evidente em sua justificação como inconcreto em sua aplicação. É aqui que o princípio, ainda quando legalmente formulado, continua sendo princípio, necessita por isso de desenvolvimento legal e de determinação casuística em sua aplicação judicial.*⁶⁰

Ora, elencados a *status* constitucional e diante da hierarquia deste texto em relação às demais normas dos ordenamentos jurídicos, os princípios passam a encabeçar o sistema, influenciando e fundamentando a construção e interpretação das demais normas⁶¹. É nesse sentido que analisar a constitucionalidade da não imputação de pena a agentes da eutanásia, assim também como do possível acerto ou erro do Projeto de Lei nº 326/12 (Novo CP) frente ao sistema jurídico pátrio, necessita, indubitavelmente, da percepção quanto aos princípios fundamentais da vida e dignidade da pessoa humana positivados na Constituição Federal de 1988.

Inicialmente quanto à vida, a mesma encontra-se no *caput* do artigo 5º da CF-88, constando a inviolabilidade da mesma enquanto um direito fundamental. Tal direito, segundo entendimento de André Ramos Tavares⁶², pode ser traduzido em duas vertentes: o direito ao indivíduo permanecer existente e o direito a um nível de vida adequado.

É nesse último ponto que repousa a tese favorável à eutanásia. Quando conflitadas ambas as esferas do direito à vida, como nos casos de solicitação da morte piedosa, é inegável que a insistência no permanecer vivo aos que desejam morrer acoi-ma o referido nível de vida adequado. É, portanto, quando o exercício do direito de

⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 291.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 291.

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 292.

⁶² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 575.

viver esbarra na vida adequada, ou seja, minimamente digna, que vale questionar se viver é um direito ou passa a ser um dever do cidadão.

Entende-se a dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁶³

É nesse diapasão que a positivação da dignidade da pessoa humana na CF-88, artigo 1º, inciso III, a transforma em norma de valoração base aos demais direitos fundamentais. Ademais, coadunando-se com o entendimento do ministro Joaquim Barbosa em seu voto na ADI 3.510⁶⁴, deve-se compreender que assim como a Constituição tutela a vida, trata igualmente enquanto direito fundamental a inviolabilidade da liberdade – artigo 5º, *caput*.

Há que se entender nesse ponto que a dita liberdade não possui apenas uma faceta positiva, mas também um caráter negativo, como ensina Norberto Bobbio⁶⁵: “Por ‘libertad negativa’ se entiende, em el lenguaje político, la situación en la cual um sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos.”

Ora, é em face da equiparação do direito à vida aos demais direitos fundamentais que não cabe ao Estado impedir ao indivíduo a liberdade de renunciar ao viver quando tal condição lhe implica degradação física ou psicológica, uma vez que:

[...] a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido de sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito.⁶⁶

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

⁶⁴ BRASIL. STF. ADI 3.510/2008, voto ministro Joaquim Barbosa, p. 2.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **Igualdad y Libertad**. Barcelona: Paidós I.C.E./U.A.B, 1993. p. 97.

⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 235.

Uma vez que o atual Código Penal não explicita a conduta de eutanásia e vê-se presente a polissemia quanto a sua criminalização no ordenamento pátrio, cabe a utilização do princípio da interpretação conforme a constituição a fim de se obter um entendimento unívoco no homicídio piedoso, resguardando profissionais da saúde, parentes e pacientes.

Utilizado enquanto uma forma de controle de constitucionalidade interpretativa⁶⁷, o princípio da interpretação conforme assegura um entendimento de determinanda norma infraconstitucional em obediência ao sistema axiológico presente no texto constitucional.

É diante da análise supra quanto à possibilidade de se renunciar a um direito fundamental, assim também da equiparação entre vida e liberdade e do caráter basilar da dignidade da pessoa humana dado pelo ordenamento que, fazendo-se uma interpretação conforme a CF-88, é nítida a inconstitucionalidade presente na analogia jurisdicional entre o homicídio piedoso e o homicídio privilegiado, posto que naquele prevalecem a benignidade, a liberdade negativa do paciente em renunciar à vida, assim também como o paradigma da fraternidade, o que não ocorre em um homicídio egoístico motivado por valores morais ou fortes emoções.

A tipificação da conduta no projeto do Novo CP e a imputação de pena, mesmo que mais branda, seguem a mesma linha de inconstitucionalidade acima analisada, ressaltando-se, contudo, o acerto do mesmo em não criminalizar a ortotanásia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É perceptível que a boa morte, o homicídio eutanásico, deve se ver libertado das acepções pejorativas que recebeu em meados do século XX, uma vez que diferentemente dos extermínios eugênicos, cujo ápice fora percebido na Segunda Guerra Mundial com as práticas nazistas, a conduta é movida pela compaixão, a fim de libertar o indivíduo, por meio de ação ou omissão, de sofrimento físico ou psíquico que o mesmo considere insuperável.

Nesse sentido, percebendo-se a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao direito fundamental à vida quando do julgamento da ADI 3.510, passa-se a compreender a mesma não apenas enquanto um direito a permanecer vivo, como também, baseado pela fraternidade, um direito a viver de modo adequado, sendo o mesmo equiparado a todos os demais direitos fundamentais positivados na CF-88 e, portanto, passível de renunciabilidade.

Diante disso, considerando-se a dignidade da pessoa humana enquanto valor basilar aos demais direitos e deveres fundamentais e a faceta negativa da liberdade individual, que se apreende a possibilidade, em uma interpretação conforme a

⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 229.

constituição, de não imputação de pena ao agente da conduta de eutanásia. Observe-se que a vida é renunciável e cabe ao sujeito detentor do direito decidir em continuar o curso natural da morte ou permitir a obstinação terapêutica, o que não vem sendo aplicado nos hospitais do país, posto que, temendo imputação penal caso não insistam no tratamento de paciente terminal, os médicos, inclusive contra a vontade do sujeito, insistem em tratá-lo.

Nesse diapasão e diante do caráter de controle de constitucionalidade presente no princípio da interpretação conforme, se vê a inconstitucionalidade em tratar de modo igualitário o homicídio privilegiado, como vem acontecendo na prática judiciária brasileira, e a conduta eutanásica.

Do mesmo modo, o legislador infraconstitucional equivoca-se no Projeto de Lei nº 236/12, Novo Código Penal, ao imputar pena ao agente do homicídio eutanásico, legislando conforme a Constituição Federal apenas no parágrafo 2º do artigo 122 do mesmo projeto, posto que isenta de pena o praticante da ortotanásia.

Por fim, cabe ressaltar que tal qual acontecido na maioria dos países que despenalizaram a conduta, a exemplo da Colômbia, se faz necessário um amplo debate político, a fim de que o texto que trate sobre a despenalização da eutanásia disponha de modo claro sobre os requisitos necessários para a comprovação da motivação benéfica da conduta, como no Uruguai, de modo a possibilitar o resguardo tanto dos direitos fundamentais à vida, quanto a liberdade e dignidade da pessoa humana.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ASUA, Luis Jimenez de. **Libertad de Amar y Derecho a Morrir – ensayos de un criminalista sobre eugenesia, eutanasia, endocrinologia**. Madrid: Historia Nueva, 1929.

ARZAMENDI, José Luis de La Cuesta. A eutanásia no direito comparado. **Revista Jurídica Consu-lex**, São Paulo, ano V, n. 114, out. 2001.

BOBBIO, Norberto. **Igualdad y Libertad**. Barcelona: Paidós I.C.E./U.A.B, 1993.

DIAS, Roberto. Disponibilidade do Direito à vida e Eutanásia. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Paulo, ano 14, n. 16, p. 182-206, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 235-274, 2010.

COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Ementa sentença 329/97. Demanda de inconstitucionalidade contra o artigo 326 do decreto 100 de 1980-Código Penal. Demandante: José Eurípi-des Parra Parra. Magistrado Proponente: Dr. Carlos Gaviria Diaz, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

DINIZ, Débora. A despenalização da eutanásia passiva: o caso colombiano. **SérieAnis**, Brasília, n.13, Letras Livres, p. 1-3, 2000.

DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio. Morrer com dignidade: um direito fundamental. In: CAMARANO, Ana Amélia. **Os Novos Idosos Brasileiros: Muito Além dos 60**. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 121-134.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida** – Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOLDIM, José Roberto. Breve histórico da eutanásia. Núcleo Interinstitucional de Bioética - UFRGS, 2000. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm>>. Acesso em: 13 de jul. de 2016.

GOLDIM, José Roberto. Eutanásia – Uruguai. Núcleo Interinstitucional de Bioética - UFRGS, 1997. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanuru.htm>>. Acesso em: 13 de jul. de 2016.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Eutanásia** – Novas considerações penais. 2008. 360 f. Tese (Doutorado do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

LOSURDO, Federico. O guardião da Constituição e a crise institucional brasileira. In: CARVALHO, Márcia Haydée Porto de, FIGUEIREDO, Marcelo (Orgs.). **Direitos Fundamentais, Pluralismo e Democracia na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, São Luís: UFMA, 2017.

LUNA, Naara. O direito à vida no contexto do aborto e da pesquisa com células-tronco embrionárias: disputas de agentes e valores religiosos em um estado laico. **Revista Religião e Sociedade**, v. 33, n. 1, p. 71-97, 2013.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (Orgs.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 171-192.

McCONNELL, Terrance. **Inalienable rights: the limits of consent in medicine and the law**. Oxford: Oxford University, 2000.

MENEGAT, Carla. Os pensadores que influenciaram a política de eugenia do nazismo. **Revista A MARGem**, Uberlândia, Minas Gerais, ano 1, n. 2, p. 66-73, jul./dez. 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SANTANA, Júlio César Batista; RIGUEIRA, Ana Cláudia de Melo; DUTRA, Bianca Santana. Distanásia: reflexões sobre até quando prolongar a vida em uma Unidade de Terapia Intensiva na percepção dos enfermeiros. **Revista Bioethikos**, Minas Gerais, Centro Universitário São Camilo, ano 4, vol. 4, 2010. p. 402-411.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional** – Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SOUZA, Ana Victoria de Paula. Algumas considerações acerca das inovações propostas no novo Código Penal. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados – MS, v. 15, n. 29, p. 67-82, jan./jul. 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PÍCOLO, Guilherme Gouvêa. O direito de morrer: eutanásia, distanásia e ortotanásia no direito comparado. **Revista Investidura**, Florianópolis – Santa Catarina, ano 4, vol. 18, p. 16-21, mar./abr. 2012.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil** – Ley, derecho, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 2011.



Reflexões críticas sobre a declaração de inconstitucionalidade de ofício

Critical reflections on the “ex officio” declaration of unconstitutionality

NICOLA TOMMASINI*

Universidade de São Paulo (Brasil)
nicola.i.tommasini@gmail.com

ROBERTO BAPTISTA DIAS DA SILVA**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
rdiasdasilva@pucsp.br

Recebido/Received: 30.03.2017 / March 30th, 2017

Aprovado/Approved: 23.04.2018 / April 23rd, 2018

Resumo

Este artigo pretende expor os diferentes argumentos e posições quanto à possibilidade da declaração de inconstitucionalidade *ex officio*. Procuraremos demonstrar que a questão esconde complexidades que não podem ser ignoradas quando do tratamento do tema. Propomos, nesse sentido, que é possível cogitar a criação de um modelo que considere as diversas implicações de se proibir ou obrigar o controle de constitucionalidade de ofício. O trabalho utiliza a metodologia analítica, pois, através de estudos da doutrina e da jurisprudência, nacional e estrangeira, desenvolve os argumentos que hoje se colocam, estabelecendo (i) um panorama para a criação de um modelo capaz de absorver as diversas implicações da questão e (ii) uma base para uma crítica construtiva

Abstract

This article intends to explore the arguments for and against the possibility of the declaration of unconstitutionality of norms ex officio. It intends to demonstrate that the problem at hand hides several complexities that cannot be ignored when the subject is broached. It proposes that it is possible to think of an adequate model that considers the numerous implications that stem from the prohibition or obligation of the ex officio control. The research employs an analytical methodology, given that, through careful examination of national and foreign jurisprudence and doctrine, it intends to develop on arguments that are currently asserted, establishing (i) a panorama for the creation of a model capable of absorbing the ramifications of the problem and (ii) a base for future constructive criticism of the models that currently

Como citar esse artigo/How to cite this article: TOMMASINI, Nicola; SILVA, Roberto Baptista Dias da. Reflexões críticas sobre a declaração de inconstitucionalidade de ofício. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 187-208, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.51445.

* Mestrando em Direito Constitucional na Universidade de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Bolsista FAPESP. Bacharel pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: nicola.i.tommasini@gmail.com.

** Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil) e do Curso de Administração Pública da Escola de Administração de Empresas da FGV (São Paulo-SP, Brasil). Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: rdiasdasilva@pucsp.br.

dos modelos que hoje se impõem. Ao final, concluímos que, de fato, o tema merece ser repensado no âmbito da doutrina e da jurisprudência brasileiras, pois se trata de problemática de alta relevância e complexidade, cujas implicações se observam na separação e equilíbrio entre os poderes.

reign supreme. It concludes that the possibility of ex officio judicial review does in fact deserve reconsideration in Brazilian doctrine and jurisprudence, because of its accentuated relevance, complexity and implications in the separation and balance between Powers.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade de ofício; declaração de inconstitucionalidade de ofício; *iura novit curia*; princípio da congruência; matéria de ordem pública.

Keywords: *judicial review ex officio*; declaration of unconstitutionality *ex officio*; *iura novit curia*; principle of congruence; matter of public policy.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Conceito e critério para a atuação do Judiciário, sem provocação, no controle da constitucionalidade; 3. Entre argumentos contra e favor do controle de ofício; 3.1. Os argumentos pela obrigatoriedade e importância do controle de ofício; 3.1.1. A inconstitucionalidade enquanto matéria de ordem pública; 3.1.2. “*iura novit curia*”; 3.1.3 As consequências positivas da possibilidade do controle de ofício; 3.2. Os argumentos pela impossibilidade; 3.2.1. Violação do princípio da congruência; 3.2.2. Violação da separação de poderes; 3.2.3. Violação da presunção de constitucionalidade; 3.2.4. As consequências negativas da obrigatoriedade; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A possibilidade de controlar judicialmente a constitucionalidade de normas de ofício – ou seja, sem pedido das partes, mas no âmbito de um processo judicial –, apesar de muito pouco discutida no Brasil, tem gerado muitas controvérsias no exterior.

Na Argentina, por exemplo, o assunto tem suscitado calorosos debates¹, especialmente considerando a ausência de norma expressa a permitir ou desautorizar tal hipótese². Como reconhece Maraniello, “no controle de constitucionalidade, um dos temas mais controvertidos é, sem dúvida, a incorporação da declaração de

¹ Ver PLINER, Adolfo. **Inconstitucionalidad de Las Leyes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961. LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004; MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidad de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011; LAPLACETTE, José Carlos. Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina. **La Ley**, Buenos Aires. p.1-29, ago. 2015.

² Algumas Constituições disciplinam a questão. A da Espanha, por exemplo, em seu art. 163 informa que: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”. Também a Constituição da Grécia de 1975, em seu art. 93, parágrafo IV, dispõe que “os tribunais estão obrigados a não aplicar uma lei cujo conteúdo seja contrário à Constituição” (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 46). As Constituições do Brasil e da Argentina, contudo, são silentes. MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidad de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 302, tradução livre.

inconstitucionalidade de ofício”³. Isso porque os múltiplos princípios e argumentos envolvidos no tema têm gerado interpretações variadas sobre questão, inclusive e especialmente na própria Suprema Corte argentina, que oscilou entre a proibição e a admissão da necessidade de controlar atos sem pedido das partes⁴, tudo o que demonstra a inequívoca complexidade do tema.

No Brasil, há amplo apoio doutrinário à tese de que seria obrigatória a declaração de inconstitucionalidade de normas de ofício⁵, quando pertinente ao caso *sub judice*. O Supremo Tribunal Federal também, em alguns casos, já constatou que o ordenamento jurídico brasileiro permite esse tipo de controle⁶. De acordo com esta corrente, em sede de uma determinada causa em controle concreto de constitucionalidade, deve o magistrado verificar a compatibilidade de todas normas aplicáveis ao caso com a Constituição independentemente de pedido das partes⁷.

Ver BAZÁN, Victor. El control de constitucionalidade de ofício em la jurisprudência de la Corte Suprema de Justicia Argentina. **Revista de Derecho Político**, n. 60. p. 385-423, 2004.

³ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de ofício. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011.

⁴ Ver BAZÁN, Victor. El control de constitucionalidade de ofício em la jurisprudência de la Corte Suprema de Justicia Argentina. **Revista de Derecho Político**, n. 60. p. 385-423, 2004.

⁵ Vale conferir as seguintes passagens das obras de alguns autores brasileiros. Mendes e Branco (**Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1068), citando Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, afirmam que a “questão de constitucionalidade deve ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida *ex officio* pelo juiz ou tribunal”. Sarlet, Marinoni e Mitidiero também afirmam que o “juiz e os tribunais têm poder de declarar a inconstitucionalidade da lei ainda que as partes ou o Ministério Público calem sobre a questão” (**Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 816). Barroso não diverge desse entendimento ao explicar que o juiz ou o tribunal, de ofício, podem suscitar o controle a inconstitucionalidade da norma aplicável ao caso, “quando tenham as partes silenciado a respeito” (**O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006). Silva, no entanto, diagnostica a orientação brasileira central de forma contrária: “E no sistema brasileiro? Aqui, tem-se entendido que o juiz não pode conhecer de ofício da questão de constitucionalidade. Sustenta-se que, nessa matéria, também vigora o princípio *ne iudex sine parte*. Diz-se que há uma presunção de constitucionalidade a sustentar, em princípio, a validade das leis” (Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n.6. p. 9-19, jan.-dez. 2002. p. 12-13). Pela investigação aqui realizada, no entanto, trata-se de diagnóstico equivocado. O autor não cita fontes, de modo que não se sabe a quais trabalhos especificamente estava a se referir.

⁶ Cf. RE 264289, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJ 14/12/2001 (“Controle de constitucionalidade: possibilidade de declaração de ofício, no julgamento do mérito de RE, da inconstitucionalidade de ato normativo que o Tribunal teria de aplicar para decidir a causa, posto não prequestionada a sua invalidez”). Embora a questão também admita reflexões no âmbito do controle abstrato, nossas considerações neste artigo estão restritas à hipótese de controle concreto.

⁷ Ver BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 113; MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. t. I. São Paulo: ERT, 1967. p. 392; VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 42; SILVA, José Afonso da. Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n.6. p. 9-19, jan.-dez. 2002. p. 12-13; STRECK, Luis Lênio. **Juridição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002. p. 365; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 816-819; MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1068.

Muito embora o poder de declarar inconstitucionalidades *ex officio* mereça, por sua relevância, estudos mais aprofundados, as manifestações doutrinárias brasileiras sobre o tema, em geral, não oferecem maiores detalhamentos ou problematizações. Indicam os autores brasileiros simplesmente que se trata de “matéria de ordem pública”, ou que a inconstitucionalidade integra o “direito”, ou que é tarefa do juiz aplicar a lei diante dos fatos e, portanto, deve controlar a constitucionalidade das leis sem a limitação da arguição de inconstitucionalidade por uma das partes ou pelo Ministério Público. Portanto, a questão deve ser apreciada de ofício, contanto que circunscrita a um caso concreto. No entanto, à luz do debate argentino, destaca-se a necessidade de um olhar mais atento à questão, na medida em que o exercício extrapolado ou injustificadamente restritivo deste poder implica ou uma violação da separação de poderes, ou um comprometimento da própria atuação judicial e da função jurisdicional. Daí porque se mostra imperioso encontrar um adequado ponto de equilíbrio.

Com efeito, o presente artigo volta-se à análise da inconstitucionalidade de ofício, pretendendo levantar alguns argumentos favoráveis e contrários à tese da irrestrita atuação judicial quanto ao controle não provocado, tão difundida em âmbito nacional. Com sorte, alertará para a relevância da temática examinada e o relativo des-caso com que vem sendo tratada no Brasil. Para tanto, buscamos auxílio na rica literatura estrangeira, na qual se pode vislumbrar um arcabouço teórico mais desenvolvido a respeito da matéria.

Nesse sentido, iniciaremos a discussão delimitando o que se entende por controle de ofício e as diferentes respostas que podem ser dadas ao problema (Tópico 1); em seguida, abordaremos os diferentes argumentos pela obrigatoriedade do controle de ofício (Tópico 2.1) e depois pela sua impossibilidade (Tópico 2.2); ao final, concluiremos com algumas notas sobre a importância de se repensar o controle não provocado no Brasil.

2. CONCEITO E CRITÉRIO PARA A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO, SEM PROVOCAÇÃO, NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

O controle de ofício aqui cogitado sempre se dá no âmbito de um processo judicial já instaurado: não se trata da hipótese do Poder Judiciário, rompendo completamente com sua inércia, averiguar, em abstrato, sem um caso concreto submetido à sua apreciação, a constitucionalidade de normas. Trata-se de saber se, *existindo processo*, pode o juiz declarar a inconstitucionalidade de uma norma sem que, nesse mesmo processo, haja pedido expresso das partes ou do Ministério Público pela inconstitucionalidade.

Assim, a “declaração de inconstitucionalidade de ofício” pode ser definida como o reconhecimento judicial, no âmbito de um processo judicial, de que dada norma é

incompatível com a Constituição independentemente de requerimento das partes envolvidas, isto é, por iniciativa do magistrado (*motu propria*)⁸, que tem obrigação de analisar a constitucionalidade das leis que aplica. Costuma-se afirmar que esse controle se dá quando da análise de uma norma aplicável ao caso concreto, eliminando, teoricamente, sua incidência no controle abstrato de normas⁹. Pode ocorrer tanto nos juízos singulares quanto nos Tribunais, dispensando-se, neste último caso, o pré-questionamento¹⁰, mesmo porque “não teria sentido excluir da Corte incumbida de tutelar a Constituição o poder conferido a todo e qualquer juiz”¹¹⁻¹².

Questiona-se no debate argentino supracitado os limites e, em alguns casos, a própria possibilidade da declaração de ofício. Para esse problema existem dois critérios de resolução possíveis¹³. Pode (i) o próprio juiz da causa introduzir e resolver a questão constitucional, declarando a inconstitucionalidade ou constitucionalidade, ou (ii) não deve sequer conhecer da questão constitucional, se não houver sido aventada, limitando-se àquilo que foi pedido pelas partes. No primeiro caso, contudo, questão processual ainda se coloca quanto à extensão da participação das partes na discussão da questão constitucional¹⁴, dada a importância de incluí-las nessa discussão.

Esses critérios, como demonstram as correntes formadas na Argentina, podem ser aplicados a depender do caso concreto (no sentido de que diferentes critérios podem ser aplicados a diferentes situações). Portanto, embora seja possível defender a impossibilidade ou a obrigatoriedade absoluta desse controle, é igualmente plausível

⁸ A proposta conceitual assemelha-se à de PLINER, Adolfo. **Inconstitucionalidad de Las Leyes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961. p. 49-50.

⁹ SILVA, José Afonso da. Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n.6, jan.-dez. 2002. p. 13.

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 297.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 817-819.

¹² Ver, também, RE 264289, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJ 14/12/2001. p. 2505: “Ora, em hipóteses que tais, até ao STJ, na instância de recurso especial, seria dado declarar incidentalmente, e de ofício, a inconstitucionalidade da lei ordinária que, se válida, teria de aplicar. Seria paradoxal que, em situação similar, não o pudesse fazer o Supremo Tribunal, *guarda da Constituição*, porque não prequestionada sua invalidade” (grifo no original). Contudo, comparar com RE 117805, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 04/05/1993, DJ 27/08/1993. p. 17022: “Na instância extraordinária, é de se receber com temperamentos a máxima de que, no sistema de controle incidente, o juiz de qualquer grau deve declarar de ofício a inconstitucionalidade de lei aplicável ao caso: assim, quando nem a decisão objeto do recurso extraordinário, nem o recorrente hajam questionado a validade, em face da Constituição, da lei aplicada, mas se hajam limitado a discutir a sua interpretação e consequente aplicabilidade ou não ao caso concreto, a limitação do juízo do RE, de um lado, ao âmbito das questões constitucionais enfrentadas pelo acórdão recorrido e, de outro a fundamentação do recurso, impede a declaração de ofício de inconstitucionalidade da lei aplicada, jamais arguida pelas partes nem cogitada pela decisão impugnada”.

¹³ LAPLACETTE, José Carlos. Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina. **La Ley**, Buenos Aires. p.1-29, ago. 2015. p. 9.

¹⁴ LAPLACETTE, José Carlos. Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina. **La Ley**, Buenos Aires. p.1-29, ago. 2015. p. 14.

conformar um modelo que preveja quando (em quais circunstâncias) é possível a declaração de inconstitucionalidade *motu propria*. Afinal, a complexidade do problema exige um modelo que leve em conta os variados elementos da questão.

Não pretendemos, contudo, aqui, elaborar esse modelo abstrato, nem mesmo posicionarmo-nos a respeito dos modelos que já existem (no Brasil ou no exterior). O objetivo deste artigo é apenas expor algumas das complexidades do tema, inclusive e especialmente no que tange às diferentes normas implicadas na questão e os argumentos que se se colocam contra e a favor do controle de constitucionalidade de ofício.

3. ENTRE ARGUMENTOS CONTRA E A FAVOR DO CONTROLE DE OFÍCIO

A declaração de inconstitucionalidade de ofício põe em choque diferentes princípios que disciplinam e limitam a atividade jurisdicional. Laplacette, nesse sentido, bem enquadra a questão como uma situação em que o juiz se depara com “uma antinomia de normas secundárias, relativas, (...) à conduta do juiz enquanto órgão autoritário”¹⁵, isto é, entre normas de igual hierarquia (constitucionais) reguladoras da conduta e atuação judicial¹⁶. Portanto, a construção de um modelo adequado para o enfrentamento do questionamento aqui proposto passa pela mediação desse conflito.

Contudo, além disso, devemos considerar as consequências de se adotar uma ou outra interpretação, especialmente por se tratar de ponto sensível e limítrofe na separação de poderes. Assim, ademais do confronto entre normas, o que se coloca é uma série de argumentos favoráveis e uma outra série de argumentos contrários ao controle de ofício.

Desse modo, os argumentos a favor e contra a declaração de ofício são, resumidamente, os seguintes:

- (i) A favor (argumentos pela ampliação da atuação judicial): o princípio do *iura novit curia*; tratar-se a inconstitucionalidade de matéria de ordem pública (especialmente privilegiado pela doutrina brasileira); e as consequências positivas da adoção desse controle.
- (ii) Contra (argumentos pela limitação da atuação judicial): o princípio da congruência; a separação de poderes; a presunção de constitucionalidade das leis; e as consequências negativas da adoção do controle de ofício.

¹⁵ LAPLACETTE, José Carlos. Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina. **La Ley**, Buenos Aires. p.1-29, ago. 2015. p. 8, tradução livre.

¹⁶ LAPLACETTE, José Carlos. Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina. **La Ley**, Buenos Aires. p.1-29, ago. 2015. p. 8-9.

Apenas examinando todos esses diferentes elementos é que um modelo adequado pode ser elaborado. A seguir, pretendemos destrinchar esses argumentos que atuam a favor e contra a declaração de inconstitucionalidade de ofício. Na exposição dos diferentes fundamentos aproveitaremos a oportunidade para incluir, também, algumas críticas que os põem em dúvida, de modo a problematizar todas as implicações de aceitar certo argumento em detrimento de outros.

3.1. Os argumentos pela obrigatoriedade e importância do controle de ofício

3.1.1. A inconstitucionalidade enquanto matéria de ordem pública

Em primeiro lugar, podemos citar aqueles que entendem que “não existe matéria de ordem pública mais relevante do que a inconstitucionalidade de uma lei”¹⁷ e, portanto, deve a compatibilidade sempre ser verificada *motu propria* pelo juiz, contanto que tenha “conexão com o objeto da demanda, quando tal é imprescindivelmente necessário ao julgamento do pleito”¹⁸.

Embora se possa encontrar diferentes conceitos para ordem pública – que variam, inclusive, entre os diferentes ramos do direito¹⁹ –, vale mencionar a definição de Bidart Campos, que resume bem o sentido da expressão no contexto aqui investigado, para o qual “o direito da Constituição é ‘direito público’ e é de ordem pública, tudo o que significa direito imperativo e forçoso, não disponível nem derogável por ninguém”²⁰. Por isso, conclui Vanossi que:

(...) o reconhecimento da Constituição como norma de ordem pública é o principal argumento para a explicação racional da necessidade de mecanismos que assegurem o controle de constitucionalidade com relação às normas e atos inferiores: sem esse controle se tornaria ilusória a supremacia constitucional com norma de ordem pública, já que os órgãos

¹⁷ STRECK, Luis Lênio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002. p. 365.

¹⁸ STRECK, Luis Lênio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002. p. 365. Observe-se, contudo, a explicação de Mendes e Branco (**Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1086): “mesmo antes da adoção do instituto da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, –ao contrário do que se verifica adequado nas demais instâncias, que só poderão declarar a inconstitucionalidade de norma que deva ser aplicada à causa – emitia juízo de validade quanto à validade da norma, ainda que esta se mostrasse dispensável à solução da controvérsia”.

¹⁹ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 328.

²⁰ *Apud* MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 328, tradução livre. No original: “el derecho de la constitución es derecho «público» y es de orden público, todo lo cual significa derecho imperativo y forzoso, no disponible ni derogable por nadie”.

de aplicação e os particulares poderiam “dispor” dos conteúdos constitucionais, que perderiam, assim, a nota de imperatividade que é própria de sua hierarquia normativa”²¹.

Assim, a matéria de ordem pública relaciona-se, para esses autores, com a própria supremacia da Constituição, pois, para eles, se os direitos constitucionais fossem disponíveis, perderiam o caráter imperativo e, conseqüentemente, a Constituição deixaria de ser norma superior e suprema do ordenamento jurídico.

Contudo, há quem questione que todas as controvérsias constitucionais são de ordem pública. Esses críticos²² explicam que é possível a renúncia a direitos constitucionais e fundamentais – não necessariamente a direitos “como um todo”, mas específicas posições jurídicas de direitos²³ – relativizando, assim, a caracterização da Constituição como de “ordem pública” em todas as hipóteses: “Uma resposta alternativa [à corrente majoritária] é aquela que entende que a Constituição Nacional obriga o juiz, salvo em situações excepcionais, a respeitar a vontade das partes de rejeitar a questão constitucional, do mesmo modo que deve fazê-lo com qualquer outra renúncia ou convenção que os indivíduos realizem a respeito de seus direitos”²⁴.

Nesse sentido, indicam que está incluída na esfera de liberdade dos indivíduos a escolha de renunciar a algumas posições de direitos fundamentais. Para esses autores²⁵, é devida a proteção da esfera de autonomia individual, vedando-se a caracterização generalizada de que todos os direitos constitucionais são indisponíveis e, portanto, de ordem pública²⁶. A partir disso, concluem que a falta de pedido implica renúncia tácita, salvo se o direito for irrenunciável. Pliner bem ilustra a hipótese:

²¹ VANOSSE, Jorge Reinaldo. El control de constitucionalidad ‘de oficio’ y el control de convencionalidad. (Una de cal y una de arena), **La Ley**, s.l., s.n., 2013. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3826>>. p. 37.

²² Cf. LAPLACETTE, José Carlos. Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina. **La Ley**, Buenos Aires. p.1-29, ago. 2015. p. 16-18 e PLINER, Adolfo. **Inconstitucionalidad de Las Leyes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961. p. 67-69.

²³ Para distinção esta distinção entre direitos como um todo e posições jurídicas específicas de direitos fundamentais, ver, ALEX, Robert. **Teoria de Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 184. Sobre a renúncia a posições jurídicas de direitos fundamentais, ver NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, 218-219. Este último autor argumenta que “a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido da sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 235). Vale dizer que, pensar de modo diverso, é transformar o direito em um dever.

²⁴ LAPLACETTE, José Carlos. Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina. **La Ley**, Buenos Aires. p.1-29, ago. 2015. p. 16. No original: “Una respuesta alternativa a la misma, es aquella que entiende que la Constitución Nacional obliga al juez, salvo situaciones excepcionales, a respetar la voluntad de las partes de desestimar la cuestión constitucional, del mismo modo que debe hacerlo con cualquier otra renuncia o convención que los individuos realicen respecto de sus derechos”.

²⁵ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

²⁶ Cf. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 138: “(...) ninguém tem o dever de se conduzir da forma descrita na Constituição em referência

*Se para a mais completa satisfação de suas pretensões não se opõe uma lei contrária à Constituição e não se reclama de sua ineficácia, não há a renúncia a um direito de ordem pública, nem ocorre a cumplicidade com a violação a uma norma de direito fundamental: só renunciou a um direito que interessa à sua pessoa ou a seu patrimônio, um interesse de que pode dispor livremente, e que o juiz não pode obrigá-lo a exercer ou manter. Por isso, a renúncia – ainda que tácita – a impugnar a validade de uma lei é perfeitamente lícita, e o juiz não pode se substituir ao renunciante questionando uma matéria que não integra a relação processual*²⁷.

Esse argumento ganha força se pensarmos que a renúncia ao direito de obter a declaração de inconstitucionalidade pode se revelar como importante exercício de um outro direito fundamental da parte: o direito de defesa. Não exercer o direito de suscitar o controle da constitucionalidade de uma norma aplicável ao caso concreto discutido perante o Judiciário pode ser uma estratégia legítima de defesa do direito defendido judicialmente.

Mesmo que se considere imprópria a possibilidade de renúncia direitos constitucionais, ressalte-se que a indisponibilidade desses direitos não é condição autossuficiente que possa excluir outras normas ou argumentos. Sim, pois se outras normas lhe forem antinômicas ou se as consequências que advêm da declaração de inconstitucionalidade de ofício forem muito severas, é plenamente aceitável, ao menos no plano teórico, que se conclua por uma exceção – ou mesmo uma regra geral – que indique a impossibilidade de controle *apesar* de sua caracterização como matéria de ordem pública.

Assim, parece-nos insuficiente fundamentar a obrigação de declarar a inconstitucionalidade de ofício exclusivamente na sua condição de “ordem pública”.

3.1.2. “*Iura Novit Curia*”

O *iura novit curia* baseia-se na assertiva de que “o juiz pode corrigir ou suprir o direito erroneamente invocado ou não citado pelas partes. (...) E a declaração de inconstitucionalidade não é uma questão de fato mas uma questão de direito”²⁸. Desse modo, o *iura novit curia* guarda estreita relação com a locução latina do “*Da mihi factum, dabo tibi ius*”, que pode ser assim traduzida: “Dê-me o fato, que te darei o

a um direito fundamental. Na maioria dos direitos fundamentais, há o livre-arbítrio de exercer ou não o direito outorgado. A liberdade decorrente de direito fundamental é, em toda a regra, dispositiva, sendo somente o Estado obrigado a justificar suas ações/omissões em face da liberdade outorgada, não sendo o indivíduo obrigado a justificar o seu não exercício”.

²⁷ PLINER, Adolfo. **Inconstitucionalidad de Las Leyes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961. p. 68-69.

²⁸ VANOSSI, Jorge Reinaldo. El control de constitucionalidad ‘de oficio’ y el control de convencionalidad. (Una de cal y una de arena), **La Ley**, s.l., s.n., 2013. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3826>>. p. 557.

direito”²⁹. Assim, busca-se separar as funções do julgador com as das partes: “No controle incidental, a decretação de inconstitucionalidade, sempre que necessária para o julgamento da causa, deve ser feita de ofício pelo juiz. Aplica-se a regra geral de que questões de direito – de que é exemplo, evidentemente, saber se uma norma é constitucional ou não – sempre podem ser conhecidas por iniciativa oficial, independentemente de terem sido suscitadas pelas partes”³⁰.

Luis F. Lozano, em livro dedicado ao tema³¹, bem dissecou o argumento que conclui pela obrigatoriedade do controle sem petição das partes a partir do *iura novit curia*. Nesse sentido, destaca que existem três versões do “princípio”:

a) em sua primeira e literal acepção, o *iura novit curia* estabelece que “o juiz não se apoia nos esforços das partes para conhecer a ordem jurídica e, mais ainda, muito provavelmente conhece-a com muito maior amplitude e profundidade”³². Com isso, trata-se de “garantia contra os erros de apresentação em que podem incorrer os litigantes a quem o direito vigente dá razão ainda que não a apresente do modo mais adequado”³³.

b) em segundo lugar, o *iura novit curia* anuncia que “o juiz pode suprir a parte que omite invocar o direito aplicável. Esta segunda versão enfatiza o fato que o juiz não está limitado pelo que disse a parte acerca do conteúdo do direito objetivo e pode suprir a omissão com seu próprio conhecimento”³⁴.

c) em terceiro e, na visão de Lozano, a mais apropriada “descrição da realidade a que aponta o princípio do *iura novit curia*”³⁵, afirma que “as partes não têm a faculdade de dispor sobre quais são as regras do direito objetivo que aplica o juiz, escolhendo que parte do direito objetivo deve aplicar e qual não”³⁶. Assim, embora as partes possam delimitar, até certo ponto, os fatos apresentados em juízo, não podem excluir normas do sistema jurídico postas para mediar em juízo o conflito. Tal perspectiva:

²⁹ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidad de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 329.

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 112, nota 2.

³¹ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

³² LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 32, tradução livre.

³³ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 34, tradução livre.

³⁴ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 34, tradução livre.

³⁵ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 34, tradução livre. No original: “(...) llegamos a una formulación que no es habitual pero que parece más cercana a una descripción de la realidad a que apunta el principio *iura novit curia*”.

³⁶ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p.34, tradução livre.

(...) em lugar de pôr ênfase nos conhecimentos dos magistrados, (...) ou assumir a possibilidade de que esse conhecimento exceda a argumentação das partes em que aplica as normas que devem ser empregadas para decidir uma causa, põe ênfase no ponto crucial do monopólio da identificação das regras com base nas quais o aparato estatal, do qual o juiz faz parte, deve resolver as controvérsias³⁷.

Com base nesta última versão, se se afirmar que a inconstitucionalidade é uma questão exclusivamente de direito³⁸, conclui-se que o magistrado tem a obrigação de dizer quais leis não podem ser aplicadas por inconstitucionalidade³⁹ – não porque tem maiores conhecimentos, mas porque cabe exclusivamente a ele identificar as regras jurídicas aplicáveis em juízo⁴⁰.

Mas há exceções universalmente reconhecidas ao *iura novit curia*. Por exemplo, cabe à parte invocar lei estrangeira e consuetudinária, não podendo o magistrado dela conhecer sem que ocorra a alegação dos envolvidos⁴¹. Também, não pode o juiz (como regra geral), com base no *iura novit curia*, suprir eventual omissão nas pretensões das partes, de modo que se caracteriza como direito subjetivo da parte e não faculdade do julgador. Assim, as partes ainda retêm certa escolha no que tange ao direito aplicável e os limites da atuação jurisdicional. É dizer: não se trata de princípio absoluto. Comporta diversas exceções, apenas algumas das quais se citou acima. Seria a inconstitucionalidade mais uma delas? Tudo se resume aos critérios que informam o que está a cargo do juiz e o que está sob responsabilidade exclusiva das partes⁴².

Contudo, o mais forte argumento contra o *iura novit curia* como fundamento para o controle de constitucionalidade de ofício diz respeito à qualificação da inconstitucionalidade como “questão normativa” ou “exclusivamente de direito”. Afinal, sendo o *iura novit curia* aplicável apenas às questões de direito, torna-se não incidente o princípio (ao menos em parte) se a declaração de inconstitucionalidade tiver que abordar também questões de fato.

³⁷ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 35-36, tradução livre.

³⁸ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidad de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 313; VANOSSE, Jorge Reinaldo. El control de constitucionalidad ‘de oficio’ y el control de convencionalidad. (Una de cal y una de arena), **La Ley**, s.l., s.n., 2013. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3826>>. p. 557.

³⁹ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidad de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 313.

⁴⁰ Em sentido similar HARO, Ricardo. **Poder, Constitución y Control**. México: Universidad Autónoma de México, 2002. p. 235-236.

⁴¹ No Direito brasileiro, cf. art. 376 do Código de Processo Civil de 2015: “A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se o juiz assim determinar”.

⁴² LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 41.

A caracterização da questão constitucional como “de fato” ou “de direito” não é trivial. Pelo contrário, como indagou Canotilho:

As questões de inconstitucionalidade são apenas e só questões de direito ou serão, simultaneamente, questões de facto e questões de direito? (...) Esta questão (...) é uma das mais complexas do direito processual constitucional, pois ainda hoje não é líquido o sentido da “questão de constitucionalidade”, como questão de facto e questão de direito.⁴³

Não obstante a afirmação de que a inconstitucionalidade é questão de puro direito⁴⁴, grande parte dos juristas já caminham no sentido de reconhecer um aspecto fático no juízo de inconstitucionalidade. Ainda que em controle abstrato, prevalece hoje a concepção acertada de que as questões constitucionais se abrem também para fatos concretos, como explica Tavares, ilustrando a questão com uma referência histórica:

A desmistificação da concepção tradicional de que a questão de ordem constitucional representa pura questão exclusivamente jurídico-normativa remonta ao começo do Século XX, nos Estados Unidos da América do Norte, no caso Muller vs. Oregon (1908), com o memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no qual havia duas páginas destinadas às questões jurídicas e outras noventa e cinco destinadas aos efeitos (reais), sobre a mulher, da longa duração da jornada de trabalho⁴⁵.

Também “o direito constitucional brasileiro marchou, significativamente, para a superação da ideia clássica de inconstitucionalidade conceitualmente preconcebida no âmbito da cognição por operações meramente formal-dedutivas de premissas normativas”⁴⁶. Na mesma nota, consoante observou Mendes, o Supremo Tribunal Federal não mais adere à visão que tende ao compartimento estanque “dos elementos fáticos e normativos envolvidos”⁴⁷.

Infelizmente, a complexidade da questão é impeditivo maior para que ela seja cuidadosamente desenvolvida neste artigo⁴⁸, que objetiva coisa diversa. Para os fins

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

⁴⁴ HARO, Ricardo. Uma consolidada abertura em el control judicial de constitucionalidad argentino. In: FERRE MAC-GREGOR POISOT, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Orgs.). **La ciencia del derecho procesal constitucional**: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. III, Jurisdicción y control constitucional, Cidade de México: 2008. p. 259.

⁴⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1037.

⁴⁶ HERANI, Renato Gugliano. **A Prova da Inconstitucionalidade das Leis na Justiça Constitucional Brasileira**. São Paulo, 2012. 463 f. Tese de Doutorado, Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 18.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Diálogo Saber**, Salvador, n. 3. p. 1-24, jun. 2001.

⁴⁸ Maiores detalhamentos podem ser vistos em HERANI, Renato Gugliano. **A Prova da Inconstitucionalidade das Leis na Justiça Constitucional Brasileira**. São Paulo, 2012. 463 f. Tese de Doutorado, Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

desta análise, relevante é notar a evolução da doutrina no sentido de reconhecer, cada vez mais, a importância dos fatos na questão de constitucionalidade. O próprio direito brasileiro, ao admitir as audiências públicas, indica a necessidade, em alguma medida, de influxo factual no juízo de compatibilidade com a Constituição. Por isso tudo, é de se suscitar um possível contrassenso no que diz respeito ao enquadramento da questão constitucional no princípio do *iura novit curia*: este (exclusivamente relacionado ao direito) não deveria se aplicar àquela (pois constitui uma combinação de questões de fato e de direito).

Enfim, se o controle da constitucionalidade envolve, também, questões de fato, o conhecimento da inconstitucionalidade pelo Judiciário, sem provocação de uma das partes, poderá abalar a inércia da jurisdição e, com isso, afetar a imparcialidade do juiz.

3.1.3. As consequências positivas da possibilidade do controle de ofício

Autores que defendem a obrigatoriedade do controle de ofício também frequentemente enfatizam os aspectos positivos que derivam de aceitar essa tese. Em primeiro lugar, afirma-se que o controle de ofício agrega mais força à Constituição ao instituir um sistema robusto que não permite a aplicação de leis inconstitucionais. Garantia, dessa forma, a supremacia da Constituição⁴⁹.

Em segundo lugar, afirmam também que o controle de ofício pode assegurar os direitos constitucionais, garantindo que a proteção se estenderá também àquele que cometeu equívocos ou omissões não intencionais na apresentação do caso. Nesse sentido, o juiz não deixará de aplicar o direito só porque a apresentação do caso foi deficiente⁵⁰. Aqueles que aderem à posição que obriga o controle não peticionado argumentam que tal posição aprimora o controle difuso, pois “velam pelo respeito da Constituição sem estar atado a construções erráticas e lúgubres que as partes façam do direito”⁵¹.

Além disso, a constante vigilância quanto à constitucionalidade evitaria sentenças desiguais e contraditórias: conforme Haro, sem o controle de ofício, “(...) chegaremos a situações absurdas pois pode dar-se o caso que, frente a um pedido da parte, a Corte Suprema ou qualquer tribunal, declarará inconstitucional uma norma, e por isso não a aplicará como válida, contradizendo manifestamente sua jurisprudência e

⁴⁹ VANOSSÍ, Jorge Reinaldo. El control de constitucionalidad ‘de oficio’ y el control de convencionalidad. (Una de cal y una de arena), **La Ley**, s.l., s.n., 2013. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?1=3826>>. p. 557.

⁵⁰ O argumento retira do *iura novit curia* no seu segundo sentido, que age como “garantia contra os erros de apresentação em que podem incorrer os litigantes a quem o direito vigente dá razão ainda que não a apresente do modo mais adequado” (LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p.36, tradução livre).

⁵¹ MARANIELLO, Patrício Alejandro. La declaración de inconstitucionalidad de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 333, tradução livre.

ocasionando um escândalo jurídico incompreensível”⁵². Também Maraniello conclui que o controle de ofício “evita sentenças contraditórias por falta de uma adequada defesa constitucional”⁵³.

Por fim, Maraniello afirma que o controle de ofício “robustece o poder judicial com maior independência não somente frente aos outros poderes do Estado, mas também aos limites normativos das partes”⁵⁴. Isso porque não estaria o Poder Judiciário à mercê das partes, podendo, sempre no intuito de resolver o caso concreto, declarar a inconstitucionalidade, reafirmando seu compromisso com a Constituição.

3.2. Argumentos pela impossibilidade

3.2.1. Violação do princípio da congruência

O princípio da congruência⁵⁵ indica que o juiz decida a lide nos limites do postulado pelas partes. Nesse sentido, veda o julgamento *ultra*, *extra* ou *infra petita*. Por isso, “o princípio da congruência, em princípio, proíbe que o juiz vá além do requerido pelas partes no processo e como justamente a inconstitucionalidade de ofício é efetuada sem que as partes hajam peticionado, resulta de vital importância sua análise pormenorizada”^{56/57}.

Como se viu, contudo, pode-se concluir que os autores brasileiros não consideram o princípio aplicável, especialmente porque, para eles, trata-se de matéria de ordem pública que prescinde de pedido da parte para reconhecimento de ofício⁵⁸ - exceção à congruência.

Ademais, para alguns, se a inconstitucionalidade for declarada como questão prejudicial do processo, não há que se falar em violação da congruência: “(...) contanto que o juiz se limite às questões levantadas no processo, e para elucidar a lide, somente

⁵² HARO, Ricardo. **Poder, Constitución y Control**. México: Universidad Autónoma de México, 2002. p. 236, tradução livre. No original: “(...) Llegaremos a situaciones absurdas, pues podrá darse el caso que frente a un pedido de parte, la CSJN o cualquier tribunal, declarará inconstitucional una norma, y por ende no la aplicará como válida, contradiciendo manifiestamente su jurisprudencia y ocasionando un escándalo jurídico incompreensible”.

⁵³ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 333, tradução livre.

⁵⁴ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 333, tradução livre.

⁵⁵ Há diferentes nomenclaturas que são empregadas: “princípio da correlação entre ação e sentença”, “princípio da adstrição”, “princípio da proibição do julgamento *extra*, *infra* ou *ultra petita*”, entre outros.

⁵⁶ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 325.

⁵⁷ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 325, tradução livre.

⁵⁸ Ver Tópico 2.1.1.

está sujeito à seleção do direito aplicável à sua concordância com a Lei Fundamental. Tudo isso sem esquecer que o controle de constitucionalidade não é uma concessão graciosa conferida aos juízes, mas um dever que recai sobre eles”⁵⁹.

De fato, não se trata de princípio absoluto. Diversas são as matérias que o ordenamento permite que o juiz verifique de ofício – inclusive e especialmente, as próprias matérias de ordem pública. Por tudo isso, sua invocação não resolve o problema debatido aqui, mas certamente contribui para a tese de que é impossível o controle de ofício, porque o julgador está, em regra, preso aos pedidos das partes. Por isso, o princípio da congruência se contrapõe à caracterização da inconstitucionalidade como matéria de ordem pública, demandando resultado oposto.

Também aqui se repete a importante discussão, aventada acima, que diz respeito à disponibilidade dos direitos constitucionais e a possibilidade de renunciar a eles tacitamente, quando ausente arguição de inconstitucionalidade pelas partes. Isso porque é inaplicável o princípio da congruência para os direitos indisponíveis, mas plenamente aplicável àqueles que são passíveis de renúncia.

3.2.2. *Violação da separação de poderes*

É recorrente na discussão a respeito da possibilidade do controle de ofício a invocação da separação de poderes. Já se viu, acima, que alguns consideram que aceitar esse controle fortalece a independência do Judiciário⁶⁰. Contudo, há quem utilize a separação de poderes como argumento contrário ao controle de ofício, argumentando que, na verdade, a sua adoção implica a violação desse fundamental sistema de controle do poder⁶¹.

Nesse sentido, a deferência ao Poder Legislativo, derivada da separação de poderes, para Lozano, significa que o Poder Judiciário não deve “assumir aspecto algum do Poder Legislativo”⁶². Por essa perspectiva, é preciso que o Poder Judiciário mantenha suas próprias características e não se aproprie de características da função legislativa.

Nesse sentido, consoante Cappelletti, embora a função jurisdicional contenha, por sua própria natureza, características substanciais da função legislativa⁶³, um dos aspectos diferenciadores da atividade judicial reside no modo com que forma o direito:

⁵⁹ CARNOTA, Walter Fabián; MARANIELLO, Alejandro Patricio. **Derecho constitucional**. Buenos Aires: La Ley, 2008. p. 59.

⁶⁰ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 333.

⁶¹ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 85-89.

⁶² LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 86, tradução livre.

⁶³ Nesse sentido, afirmou Cappelletti que “(...) do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são ‘law-making processes’” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 75).

“o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal”⁶⁴. Com essa diretriz em mente, seria possível concluir que a atuação sem pedido descaracteriza esse modo diferenciado de “criar o direito”: tratar-se-ia de ato de “índole legislativa”⁶⁵ que invade a esfera legítima do Poder Legislativo, estarecendo a separação de poderes.

Refutando essa tese, Haro enfatiza que:

*O princípio da divisão e equilíbrio de poderes se quebra se um tribunal declara a inconstitucionalidade fora de uma causa judicial, mas de modo algum quando tal declaração se formula dentro da mesma, ainda que não exista petição da parte, com apenas efeitos inter partes e, em consequência, sem consequências genéricas nem derogatórias. Se os juízes devem aplicar o direito válido, é dizer, o ditado pela Constituição Nacional, não parece razoável que a mera ausência de pedido da parte possa impedi-los sob o pretexto de estar quebrantando a divisão e equilíbrio dos poderes*⁶⁶.

De todo modo, o argumento pela violação da separação de poderes não acaba por aí. Lozano também argumenta que a declaração de inconstitucionalidade, quando emitida com pedido da parte, já consubstancia remédio excepcional para situação igualmente excepcional⁶⁷. Ampliar essa competência também para os casos em que não há pedido de modo a “estender os choques entre juiz e legislador a situações em que não havia vontade do titular de obter proteção para seu direito, é em si mesmo aumentar injustificadamente o número e intensidade dos choques”⁶⁸.

Ademais, segue o autor enfatizando que isso não apenas aumentaria a quantidade de choques, como também modificaria a própria postura do juiz “quando se vê impelido a decidir sobre a conformidade de cada lei aplicada com a Constituição”⁶⁹: deixaria de abordar a inconstitucionalidade enquanto “impacto da lei em certo direito subjetivo”, para aproximá-la como mero confronto entre duas normas de caráter geral⁷⁰, abandonando as peculiaridades do caso concreto.

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 73.

⁶⁵ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 87.

⁶⁶ HARO, Ricardo. **Poder, Constitución y Control**. México: Universidad Autónoma de México, 2002. p. 262, tradução livre.

⁶⁷ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 87.

⁶⁸ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 88, tradução livre.

⁶⁹ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 88, tradução livre.

⁷⁰ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 88, tradução livre.

3.2.3. Violação da presunção de constitucionalidade

A “presunção de constitucionalidade” admite, tradicionalmente, diferentes sentidos⁷¹. No contexto do controle de ofício, três possíveis significados podem, *prima facie*, ser levantados como argumentos pela impossibilidade da atuação do Judiciário sem pedido das partes.

Em primeiro lugar, pode aplicar-se a tradicional lição, atribuída à presunção de constitucionalidade, de que “a lei é constitucional até que sobrevenha decisão que lhe declare incompatível com a Constituição”⁷². O argumento pela impossibilidade de controle, baseado nesse sentido da presunção, depende de uma extensão desse comando: que o Judiciário apenas pode declarar a inconstitucionalidade de leis se provocado expressamente, dado que, em respeito ao Poder Legislativo, a atuação judicial deve ser pautada a partir de rigorosos requisitos subjetivos e objetivos (dentre os quais se inclui a necessidade de pedido). Nesse sentido é a opinião de Sérgio Petracchi, citada por Maraniello: “Não é lícito que os juízes se pronunciem de ofício sobre a validade de outros poderes do Estado, e em especial, das leis e regulamentos nacionais. Tal princípio reconhece por fundamento a presunção de validade dos atos estatais e a necessária limitação da faculdade judicial de invalidá-los aos supostos da existência de uma causa e um peticionário cujos direitos se encontram afetados”⁷³.

Por seu turno, esse argumento sofre críticas pelo fato que a declaração de inconstitucionalidade de ofício se dá no âmbito de um processo judicial e para o único e exclusivo fim de decidir o caso em tela, dado tratar-se de questão prejudicial no caso concreto. Além disso, pode-se citar a crítica de Vanossi, o qual explicita que se trata de uma presunção *juris tantum*, que, por isso, pode ser derrotada tanto com ou sem pedido das partes⁷⁴. Assim, “por que a validade deve depender somente da vontade das partes, de sua petição ou não, quando o próprio juiz está comprovando a ilegitimidade do ato?”⁷⁵. Aqui novamente surge, contudo, o questionamento a respeito da extensão da participação das partes na arguição de inconstitucionalidade.

⁷¹ Ver BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 301.

⁷² BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 301.

⁷³ *Apud* MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 331, tradução livre.

⁷⁴ VANOSSI, Jorge Reinaldo. El control de constitucionalidad ‘de oficio’ y el control de convencionalidad. (Una de cal y una de arena), **La Ley**, s.l., s.n., 2013. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?1=3826>>. p. 557.

⁷⁵ TAVARES, André Ramos, TOMMASINI, Nicola. Graduando a presunção de constitucionalidade. **Revista Fórum Jurídico**, v. 7. p. 66-69, 2016.
HARO, Ricardo. **Poder, Constitución y Control**. México: Universidad Autónoma de México, 2002. p. 234, tradução livre.

Em segundo, há a regra derivada da presunção que indica que cabe àquele que alega a inconstitucionalidade o ônus de demonstrá-la⁷⁶. Assim, seria possível argumentar que não tendo qualquer das partes obtido êxito em demonstrar a inconstitucionalidade – justamente porque a inconstitucionalidade nem sequer foi suscitada –, impossível seu conhecimento de ofício.

Contudo, é importante ressaltar que o juiz constitucional não está adstrito, no Brasil, às considerações das partes, podendo, no que tange à inconstitucionalidade, lançar mão de outros argumentos (inclusive no controle concreto), o que se convencionou chamar *causa petendi* aberta no controle da constitucionalidade. Daí porque esta regra da presunção de constitucionalidade das normas pode ser relativizada, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade não depende inteiramente dos argumentos das partes.

Em terceiro, também é possível afirmar que a presunção ordena que o Poder Judiciário seja deferente ao Poder Legislativo, preferindo a constitucionalidade da lei, a não ser que “não haja nenhum argumento razoável pela constitucionalidade da norma”⁷⁷. Se tal comando for, de fato, plenamente aplicável no Brasil, devemos aceitar que a regra de deferência generalizada indicaria a necessidade de o Judiciário, a princípio, escolher a opção conservadora, o que, nesse caso, implica não conhecer da inconstitucionalidade de ofício.

Quanto a este último significado da presunção, não é tarefa difícil questionar sua validade no ordenamento constitucional brasileiro. A orientação, que na verdade expressa um nível constantemente alto de presunção, não se coaduna com a Justiça Constitucional brasileira, de modo que já se encontra quem aponte para a necessidade de sua graduação⁷⁸, de modo a permitir a auto regulação mais acurada da atuação judicial:

(...) a presunção de constitucionalidade deve ser construída, portanto, respeitando o sistema majoritário, mas presando, para fins de equilíbrio, pelos direitos e objetivos fundamentais de cada Constituição positiva (...) Assim, se determinado direito for suficientemente relevante, a teoria exposta sugere que uma lei restritiva deve presumir-se constitucional em menor grau, sendo necessária uma vigilância mais estreita a fim de

⁷⁶ Nesse sentido, SOUZA NETO, Claudio Pereira, SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 460; SILVA, José Afonso. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 880.

⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 301. Essa orientação deriva dos ensinamentos de THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of American Constitutional Doctrine. **Harvard Law Review**, v. VII, n. 3. p. 13-156, out.1893.

⁷⁸ Ver TAVARES, André Ramos, TOMMASINI, Nicola. Graduando a presunção de constitucionalidade. **Revista Fórum Jurídico**, v. 7. p. 66-69, 2016; COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Estudios Constitucionales, 1997; SOUZA NETO, Claudio Pereira, SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

analisar-se sua compatibilidade com a Constituição. Em outras palavras, a lei passa por um processo de “justificação constitucional” mais rigoroso⁷⁹.

Desse modo, há relevantes razões para não apoiar a vedação do controle de ofício na presunção de constitucionalidade.

3.2.4 As consequências negativas da obrigatoriedade

Lozano destaca consequências negativas que decorrem da permissão do controle de constitucionalidade de ofício⁸⁰. Em primeiro lugar, ao impor que o juiz se debruce sobre a constitucionalidade de todas as leis que aplica, é necessário consequentemente admitir que todas as leis aplicadas são, na visão daquele que as aplica, constitucionais: aplicação = constitucionalidade⁸¹. A aplicação é uma declaração de constitucionalidade tácita. Daí porque, sob pena de descumprimento da obrigação de verificar de ofício a constitucionalidade das normas, todas as vezes que uma lei é aplicada, cria-se um posicionamento – uma espécie de “precedente” em sentido amplíssimo –, naquele juízo ou Tribunal, pela constitucionalidade da lei. Essa consequência traz consigo alguns problemas:

(i) Primeiro, é importante analisar se é mesmo desejável que um posicionamento tão relevante quanto aquele sobre a constitucionalidade de uma norma seja fixado nesses termos. Não seria mais adequado que o juiz se debruçasse especificamente sobre o tema? Ademais, não é também importante saber a justificativa, os argumentos, que levaram à conclusão pela constitucionalidade – argumentos esses inexistentes uma vez que a aplicação da norma não necessita deles? Não é sequer possível, neste cenário, avaliar a congruência interna da decisão de constitucionalidade, de modo que não pode ser corretamente avaliada ou mesmo futuramente questionada.

(ii) Segundo: é factível exigir que o juiz elabore um juízo de constitucionalidade sobre as dezenas (às vezes centenas) de normas que podem incidir num só caso? A bem da verdade, esta ficção de que o juiz ponderou a respeito da constitucionalidade de todas as normas pressupõe, equivocadamente, que todas questões constitucionais são de simples e fácil resolução.

(iii) A equação aplicação = constitucionalidade atua em detrimento da constatação de que não há nada mais relevante e grave do que o Judiciário se debruçar sobre a constitucionalidade das leis – pelo menos da perspectiva de separação de poderes. Isso porque caracteriza essa competência do Poder Judiciário, ainda que implicitamente,

⁷⁹ TAVARES, André Ramos, TOMMASINI, Nicola. Graduando a presunção de constitucionalidade. **Revista Fórum Jurídico**, v. 7. p. 66-69, 2016. p. 67-68.

⁸⁰ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 47-50.

⁸¹ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 48.

como algo simples, ordinário, recorrente, usual. É possível argumentar, assim, que a questão constitucional deixa de ser uma questão, relevante, rara e delicada, já que qualquer aplicação pressupõe um juízo prévio de constitucionalidade.

Ademais, a declaração de ofício pode atropelar legítimas renúncias a posições específicas de direito fundamentais e constitucionais⁸². Assim, se se considerar possível a renúncia – como nós entendemos ser viável –, e que tal renúncia não precisa ser expressa ou ter forma específica, a atuação de ofício pode ferir a vontade e o direito à renúncia da parte, que fica impossibilitado de legitimamente exercê-la.

4 CONCLUSÃO

A habitual aceitação da tese do controle de constitucionalidade de ofício no Brasil pode até ser correta, mas os argumentos que hoje são desenvolvidos para sustentá-la nos parecem insuficientes, dado que (i) sequer se reconhece a existência de elementos que apontem no sentido de sua incorreção, tratando a problemática com certa simplicidade, e (ii) não se medem as consequências (positivas e negativas) da adoção de tal entendimento.

Por isso, o objetivo deste ensaio, mais do que apontar soluções para o intrincado problema do controle da constitucionalidade de ofício, foi trazer outros argumentos que tanto fortalecem quanto enfraquecem a tese da possibilidade de tal atuação do Judiciário. Enfim, buscamos, neste espaço, demonstrar que a temática é multifacetada e que uma análise rigorosa sobre o controle de ofício da constitucionalidade merece o enfrentamento de uma série de argumentos polêmicos que indicam que o assunto não é singelo, como poderia parecer inicialmente.

5. REFERÊNCIAS

- ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria de Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

⁸² LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 48.

- CANOTILHO, José Joaquin Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARNOTA, Walter Fabián; MARANIELLO, Alejandro Patricio. **Derecho constitucional**. Buenos Aires: La Ley, 2008.
- COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Estudos Constitucionales, 1997.
- DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- HARO, Ricardo. **Poder, Constitución y Control**. México: Universidad Autónoma de México, 2002.
- HARO, Ricardo. Uma consolidada abertura em el control judicial de constitucionalidad argentino. In: FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Orgs.). **La ciencia del derecho procesal constitucional**: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. III: Jurisdicción y control constitucional, Cidade de México: 2008. p. 257-272.
- HERANI, Renato Gugliano. **A Prova da Inconstitucionalidade das Leis na Justiça Constitucional Brasileira**. São Paulo, 2012. 463 f. Tese de Doutorado, Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- LAPLACETTE, José Carlos. Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina. **La Ley**, Buenos Aires, p. 1-29, ago. 2015.
- LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid, p. 301-336, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Diálogo Saber**, Salvador, n. 3, p. 1-24, jun. 2001.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. t. I. São Paulo: ERT, 1967.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.
- PLINER, Adolfo. **Inconstitucionalidad de Las Leyes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

SARMENTO, Daniel, SOUZA NETO, Cláudio Pereira da. **Direito Constitucional: Teoria História e métodos de trabalho**. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SILVA, José Afonso da. Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n.6, p. 9-19, jan.-dez. 2002.

SILVA, José Afonso. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Luis Lênio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos, TOMMASINI, Nicola. Graduando a presunção de constitucionalidade. **Revista Fórum Jurídico**, v. 7, p. 66-69, 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of American Constitutional Doctrine. **Harvard Law Review**, v. VII, n. 3, p. 13-156, out.1893.

VANOSSE, Jorge Reinaldo. El control de constitucionalidad 'de oficio' y el control de convencionalidad. (Una de cal y una de arena), **La Ley**, s.l., s.n., 2013. Disponível em <<http://biblio.juridcas.unam.mx/libros/libro.htm?1=3826>>.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.



Oferta obrigatória de planos de saúde individuais e familiares: livre iniciativa e direito fundamental à boa regulação

Mandatory offer of individual and family healthcare plans: free enterprise and fundamental right to good regulation

CÉLIA BARBOSA ABREU*

Universidade Federal Fluminense (Brasil)
celiababreu@terra.com.br

DALTON ROBERT TIBÚRCIO**

Universidade Federal Fluminense (Brasil)
daltonrobert2014@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-3594-279X>

Recebido/Received: 29.07.2017 / July 29th, 2017

Aprovado/Approved: 24.10.2017 / October 24th, 2017

Resumo

O artigo analisa o dever de atuação da Agência Reguladora para corrigir a falha de mercado da coletivização do processo de compra dos planos de assistência privada à saúde. Para tanto, o texto enfrenta a questão constitucional atinente à restrição ao direito de livre iniciativa e desenvolve a categoria do direito fundamental à boa regulação. A partir da revisão bibliográfica e jurisprudencial e da análise de dados disponíveis, o artigo identifica que a atividade privada de assistência à saúde está sujeita a um regime constitucional diferenciado, por força da necessidade de prévia autorização para o seu desenvolvimento, o que viabiliza o estabelecimento da

Abstract

The article analyzes the duty of the regulatory agency to correct the market failure of the collectivization of the process of purchasing private health care plans. To do so, the text addresses the constitutional issue of restricting the right to free initiative and develops the category of the fundamental right to good regulation. Based on the bibliographical and jurisprudential review and the analysis of available data, the article identifies that the private health care activity is subject to a differentiated constitutional regime, due to the need for prior authorization for its development, which makes it feasible to establish of the obligation to offer individual and family plans. In its conclusions, the article

Como citar esse artigo/How to cite this article: ABREU, Célia Barbosa; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Oferta obrigatória de planos de saúde individuais e familiares: livre iniciativa e direito fundamental à boa regulação. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 209-233, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.54197.

* Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil). Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional PPGDC/UFF (Niterói-RJ, Brasil). Pós-Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ, na linha de pesquisa em Direito Civil. E-mail: celiababreu@terra.com.br.

** Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil). Especialista em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Procurador Federal em atuação junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar. E-mail: daltonrobert2014@gmail.com.

obrigatoriedade de oferta de planos individuais e familiares. Em suas conclusões, o artigo aponta que embora o regulador possua discricionariedade para escolher os meios mais adequados ao enfrentamento do problema, a persistência do quadro de desequilíbrio na oferta dos tipos de planos de saúde exige uma atuação clara e motivada da Agência Reguladora, na busca por garantir o direito à livre escolha do consumidor, assegurado pelo direito fundamental à boa regulação.

points out that although the regulator has the discretion to choose the most adequate means to face the problem, the persistence of the disequilibrium in the supply of types of health plans requires a clear and motivated action of the Regulatory Agency in the search for guaranteeing the right to free choice of the consumer, guaranteed by the fundamental right to good regulation.

Palavras-chave: saúde suplementar; ordem econômica; boa regulação; livre iniciativa; contratação individual.

Keywords: *supplementary health; economic order; good regulation; free initiative; individual contracting.*

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. O direito fundamental à boa regulação; 3. Os serviços de assistência privada à saúde; 4. A técnica da autorização de funcionamento como meio de atuação do regulador frente à dificuldade de acesso aos serviços de saúde suplementar; 5. A restrição ao direito fundamental à livre iniciativa; 6. Discricionariedade regulatória e o seu controle; 7. Conclusões; 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o direito fundamental à saúde é efetivado pela prestação de serviços públicos pelo Sistema Único de Saúde e também por meio do oferecimento de serviços privados de assistência à saúde pelo mercado privado de saúde suplementar.

O mercado brasileiro de planos de assistência privada à saúde tem apresentado uma discrepante predominância de contratos coletivos. A doutrina especializada denomina esse fenômeno de “coletivização do processo de compra de planos de saúde”¹. Os Dados Consolidados da Saúde Suplementar², elaborados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, atualizados em 12 de maio de 2017, apontam a seguinte gradação no número de beneficiários de planos de assistência médica por tipo de contratação do plano, no período entre março de 2000 e março de 2017: (i) planos coletivos empresariais: de 6,1 para 31,6 milhões de beneficiários; (ii) planos individuais ou familiares: de 4,7 para 9,3 milhões de beneficiários; (iii) planos coletivos por adesão: de 3,0 para 6,5 milhões de beneficiários. Somando-se os beneficiários dos planos coletivos empresariais com os dos coletivos por adesão, chega-se em março de 2017 ao quantitativo de 38,1 milhões de beneficiários, em confronto com os 9,3 milhões de beneficiários dos planos individuais e familiares.

¹ SANTOS, Fausto Pereira dos. **A Regulação Pública da Saúde no Brasil: o caso da Saúde Suplementar**. Campinas, 2006. 227f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas. p. 169.

² BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Consolidados Saúde Suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

A análise dos dados ano a ano indica que há uma acentuada diferença entre a taxa de crescimento de beneficiários dos planos coletivos empresariais, de um lado, e a taxa de crescimento dos planos individuais e familiares e coletivos por adesão, de outro lado. É certo que os Dados Consolidados da Saúde Suplementar dizem respeito ao quantitativo de beneficiários, ou seja, se referem aos contratos já celebrados. De toda forma, a acentuada diferença na taxa de crescimento³ de beneficiários conforme o tipo de contratação é um forte indicativo da existência de um provável problema na oferta de planos individuais e familiares.

A forma de contratação coletiva exige a intermediação de uma pessoa jurídica contratante, diferentemente da oferta individual e familiar, em que o consumidor estabelece o seu vínculo contratual diretamente com a operadora de planos de saúde. Assim, o processo de “coletivização” da compra dos serviços privados de assistência à saúde tem restringindo o direito de livre escolha do consumidor quanto às formas de contratação desses serviços de relevância pública.

O presente artigo pressupõe, para fins argumentativos, a premissa fática da existência ou de um prognóstico de desequilíbrio na oferta de planos individuais e familiares, com a finalidade de avançar na investigação quanto à possibilidade e os meios de atuação da Agência Reguladora frente a este problema. Em síntese, o artigo pretende responder as seguintes indagações: a Agência Nacional de Saúde Suplementar pode instituir a obrigatoriedade de comercialização do plano individual e familiar por ato infralegal, mesmo não havendo essa obrigatoriedade expressa na Lei nº 9.656/98? Isso viola a livre iniciativa?

Após desenvolvermos a categoria do direito fundamental à boa regulação, pretendemos demonstrar que o direito à livre iniciativa não impede que a Agência Reguladora, após a constatação da ineficiência dos meios indutivos de solução da falha de mercado, adote a medida mais gravosa de instituição da obrigatoriedade de oferta de planos individuais e familiares, como forma de correção do processo de coletivização da contratação de planos de saúde, mesmo diante da ausência da previsão expressa dessa obrigatoriedade na Lei que rege a atividade de operação de planos de saúde.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA REGULAÇÃO

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada pelo Parlamento Europeu no ano 2000, consagrou, em seu art. 41, o direito fundamental à boa

³ Os Dados Consolidados da Saúde Suplementar apontam que somente a partir de março de 2015 a taxa de crescimento do número de beneficiários se inverteu, refletindo os efeitos da crise econômica no mercado de saúde suplementar. A queda no número de beneficiários se fez sentir em todas as formas de contratação, mas foi maior nos beneficiários dos contratos coletivos empresariais, os quais estão mais sujeitos à variação da taxa de emprego formal.

administração. A doutrina nacional⁴ reconhece a existência do referido direito fundamental, a partir das normas constitucionais que regem a Administração Pública. O direito fundamental à boa administração pode ser entendido como o direito à Administração Pública “eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”⁵. Em síntese: “boa administração é aquela que sempre atua a serviço objetivo do interesse geral”⁶.

O reconhecimento da existência do direito fundamental ao bom governo representa uma mudança de prisma do Direito Administrativo, que deixa de estar centrado nas prerrogativas da autoridade pública e passa a ter a pessoa, o ser humano, como objeto central. A ótica da impessoalidade, da eficiência, da motivação, da finalidade e da publicidade revela a perspectiva da Administração; já o reconhecimento do direito fundamental à boa administração é uma visão com centralidade na posição jurídica do cidadão: o cidadão tem um direito básico fundamental a que a Administração sirva com objetividade o interesse geral. Chevallier denomina esse fenômeno de *ciudadania administrativa*⁷.

A partir dessa noção, propomos pensar o reconhecimento de um direito fundamental à boa *regulação*.

Especialmente após o processo de liberalização econômica, com a quebra de monopólios e privatização, ocorrida tanto na Europa quanto na América Latina, na década de 1990, a intervenção estatal direta é substituída pela técnica da supervisão da atividade dos particulares, em um ambiente de abertura ao investimento privado. A delegação de serviços públicos a particulares e a qualificação de atividades econômicas privadas como de interesse público assumem especial importância para o atendimento às necessidades coletivas dos cidadãos. Nesse contexto, a boa governança se confunde com a boa regulação, como meio para a fruição de outros direitos fundamentais: o direito à saúde, o direito à educação, o direito à locomoção, o direito ao meio ambiente sadio etc.

Entendemos por regulação uma das atividades próprias da função administrativa⁸, que se caracteriza pela intencionalidade do Estado em intervir de forma indireta

⁴ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 28-30; VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Direito Fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011; FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

⁵ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 21.

⁶ RODRÍGUEZ-ARANHA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 136.

⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 263-264.

⁸ As atividades próprias da função administrativa são o serviço público, o fomento, a polícia administrativa, a intervenção na propriedade e a regulação.

no cenário econômico, ordenando o comportamento dos agentes privados em prol de interesses coletivos, corrigindo falhas de mercado e buscando a eficiência econômica. Regulação é um conceito fluido, de difícil formulação abstrata, mas que se concretiza pelo uso: a edição de normas legais e infralegais para condicionar os agentes econômicos, a autorização e a fiscalização do exercício de atividades privadas, a adjudicação de direitos individuais por meio do julgamento de demandas envolvendo prestadores de serviços e usuários, tudo isso realizado na busca do objetivo mais amplo de levar o sistema econômico a um estado ideal de equilíbrio e eficiência⁹.

O direito fundamental à boa regulação propõe perceber a dimensão instrumental tanto da Administração Pública como também da exploração das atividades econômicas, na medida em que são instrumentos de promoção das potencialidades humanas. O direito fundamental à boa regulação combate tanto a lógica do poder pelo poder como o fundamentalismo econômico¹⁰.

A instrumentalidade da Administração Pública impõe que o regulador esteja atento à correção das falhas do mercado e também em “neutralizar os males do voluntarismo governamental ou do omissivismo, com os riscos inerentes de captura em ambos os casos”¹¹. A boa regulação deve estar atenta também às falhas de governo, evitando-se a asfixia regulatória pelo excesso de normas e o paternalismo estatal que reduza significativamente a autonomia individual¹².

Por sua vez, a determinação do conteúdo normativo da ordem econômica revela a instrumentalidade da exploração das atividades econômicas. A Constituição Econômica não é autônoma, pois ela “só ganha sentido se embutida dentro da Constituição em sentido amplo, em função da qual se torna inteligível e compreensível”¹³. Não há, portanto, ordem econômica desprendida e independente das demais normas constitucionais e também das normas dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e dos direitos econômicos, sociais e culturais. A ordem econômica, a partir de um viés humanista, deve ser entendida como “o adensamento dos direitos humanos na regência da ordem jurídica da economia”¹⁴. Assim, o direito econômico deve ser visto

⁹ Sobre a formulação de um conceito de regulação, cf. SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 26-33.

¹⁰ Cf. RODRÍGUEZ-ARANHA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 137.

¹¹ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 146.

¹² Cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal**: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 139-140.

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. Existe efetivamente uma Constituição Econômica? In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Direito constitucional**: constituição financeira, econômica e social. (Coleção doutrinas essenciais. vol. 6). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 331.

¹⁴ MATSUSHITA, Thiago. Verificação da atividade privada na ordem econômica constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 14, v. 56. p. 290-291, out./dez. 2013.

como “um direito difuso, que busca atender a dignidade planetária, sendo a atividade econômica privada mais um instrumento para o alcance deste objetivo, enquanto a coletividade se encontra inserida numa ordem econômica capitalista”¹⁵.

Boa regulação, portanto, rejeita a crença de que a economia de mercado corrige a si mesma de forma suficiente. Essa é uma leitura fundamentalista da livre iniciativa. Não negamos a existência de grande divergência, mesmo na literatura econômica especializada, quanto ao grau desejável de intervenção estatal na economia. Basta citar a controvérsia entre economistas como Minisky¹⁶, continuadores do pensamento de Keynes¹⁷, que defendem um relevante papel dos gastos públicos e da regulação do mercado financeiro para o desenvolvimento do capitalismo e o combate às suas crises, em confronto com as posições dos pensadores neoliberais, como Friedman¹⁸, que criticam a expansão estatal sobre a economia e a regulação minuciosa sobre os bancos. No entanto, fato é que um modelo de *capitalismo irrestrito* não passa de uma visão ingênua do liberalismo, há muito abandonada: “o sistema do *laissez-faire* há muito tempo que desapareceu da face da terra”¹⁹. Sunstein ressalta que o livre mercado, no fundo, não passa de um mito, uma vez que sua operacionalidade sempre dependerá da normatização jurídica, ao menos para definir o sistema de propriedade e os contornos da liberdade contratual, pelo que devemos entender o mercado como uma construção jurídica e assim avaliá-lo segundo a sua aptidão para promover os interesses humanos e não como um elemento da ordem natural das coisas²⁰.

A regulação está longe de significar uma menor presença do Estado na vida econômica. A substituição da intervenção direta pela via regulatória é acompanhada da ampliação do controle e da fiscalização estatal sobre a iniciativa privada, que sofre um processo de publicização: “os particulares tornam-se, em certa medida, instrumentos de realização dos fins públicos específicos”²¹. Embora o dever do Estado de realizar políticas públicas não seja transferido ao particular, a boa regulação busca o equilíbrio ótimo entre de um lado a garantia da viabilidade econômica da atividade e de outro lado a promoção dos fins de interesse público na exploração privada da atividade.

¹⁵ MATSUSHITA, Thiago. Verificação da atividade privada na ordem econômica constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 14, v. 56. p. 290-291, out./dez. 2013.

¹⁶ MINISKY, Hyman. A hipótese da instabilidade financeira. **Oikos**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2. p. 314-320, dez. 2009.

¹⁷ KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996.

¹⁸ FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

¹⁹ POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tomo 2. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1987. p. 147.

²⁰ Cf. SUNSTEIN, Cass R. **Free Markets and Social Justice**. New York: Oxford University Press, 1997. p. 5.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 30.

A complexidade da vida em sociedade impõe o dever de intervenção estatal nas relações econômicas privadas, a fim de controlar os efeitos colaterais não desejados das decisões de produção e consumo. Essa realidade, que já era válida no contexto de privatização de serviços públicos, adquire maior evidência no campo da regulação da saúde, em que as falhas de mercado, os interesses coletivos, os critérios de justiça social e de equidade de acesso ao serviço evidenciam a necessidade da firme atuação regulatória estatal²².

Dessa forma, embora os agentes públicos devam avaliar de maneira cuidadosa os efeitos de suas ações regulatórias, também uma postura de abstenção (omissiva) pode resultar em grandes estragos aos interesses gerais²³. A omissão pode ser uma escolha regulatória legítima. No entanto, da mesma forma que a ação, a omissão precisa ser motivada e justificada de forma razoável. O direito fundamental à boa regulação rejeita tanto uma postura omissiva baseada em uma falsa neutralidade, quanto uma postura excessivamente invasiva e aniquiladora da autonomia básica dos agentes econômicos.

A boa regulação exige que se assegure o direito do usuário a serviços públicos e de interesse geral de qualidade e o direito de escolha dos serviços de interesse geral de sua preferência²⁴. Para tanto, o regulador deve enfrentar eventuais falhas de mercado que restrinjam o acesso dos consumidores a serviços de interesse público, fornecidos pela iniciativa privada.

3. OS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE

No Brasil, a iniciativa privada atua na assistência à saúde de distintas formas. Profissionais liberais exercem a medicina privada. Hospitais e clínicas privadas complementam os serviços públicos do Sistema Único de Saúde, por meio de contratos ou convênios administrativos celebrados nos termos da Lei nº 8.080/90. Por fim, seguradoras e outras sociedades mercantis, entidades de autogestão, entidades filantrópicas e cooperativas médicas ou odontológicas operam ou comercializam planos privados de assistência à saúde, regidos pela Lei nº 9.656/98, constituindo o mercado de saúde suplementar. Entre nós, o direito fundamental à saúde é assegurado tanto pelo acesso ao mercado privado de saúde suplementar como pela prestação de serviço público pelo Sistema Único de Saúde, nos termos do sistema eleito pela Constituição brasileira de 1988.

²² Cf. PÓ, Marcos. Institucionalidade e desafios da regulação na área de saúde no Brasil. In: SANTOS, Nelson Rodrigues dos; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (org.). **Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2010. p. 243-266.

²³ Cf. FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 147.

²⁴ Cf. RODRÍGUEZ-ARANHA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 173.

Os contratos de assistência à saúde “representam interesses sociais, pois regulam as relações entre a iniciativa privada e a sociedade, dispondo sobre direitos zelados pela Constituição Federal nos dispositivos que têm por escopo garantir valores sociais fundamentais”²⁵. A intervenção do Estado sobre a atividade de assistência suplementar à saúde, portanto, tem por fundamento a garantia dos valores sociais consagrados na Constituição e deve atender aos parâmetros do Direito Constitucional Econômico de viés humanista.

Os serviços privados de saúde e de educação são atividades que desafiam as classificações estabelecidas pelo Direito Econômico. A dificuldade decorre do tratamento constitucional a elas reservado, que eleva a saúde e a educação à categoria de direitos sociais, prevendo que essas atividades sejam prestadas pelo Estado e ao mesmo tempo permite que sejam desenvolvidas pela iniciativa privada. Há autores que postulam que essas atividades sejam compreendidas como serviços públicos compartilhados, de modo que se exploradas pelos particulares, “seriam serviços públicos impróprios ou, melhor dizendo, atividades econômicas de interesse geral [...], e quando exploradas pelo Poder Público seriam serviços públicos *tout court*, ressalvada a peculiaridade de não corresponderem a uma reserva da titularidade estatal”²⁶. Outros autores, por sua vez, sustentam que as referidas atividades são serviços públicos, embora não privativos do Estado, uma vez que a Constituição, ao dispor que essas atividades são livres à iniciativa privada, admitiria a prestação pelo setor privado independente de concessão ou permissão, afastando a incidência do art. 175 para a saúde e a educação²⁷. De acordo com essa segunda visão, a prestação de serviços de saúde e educação por particulares seria, portanto, hipótese de serviço público mediante autorização.

Essa controvérsia chegou se manifestar, de forma lateral, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no debate entre os ministros Eros Grau e Ayres Britto, por ocasião do julgamento da ADI nº 1646, em 02 de agosto de 2006, que tinha por objeto o questionamento de lei do estado de Pernambuco que dispunha sobre o cumprimento de normas obrigacionais no atendimento médico-hospitalar por prestadores de saúde. O Ministro Ayres Britto afirmou que “a própria Constituição qualifica às expressas essas atividades como de relevância pública. Uma coisa é serviço público propriamente dito, outra é uma atividade de relevância pública como são, parece-me, as ações e os serviços de saúde”. Já o Ministro Eros Grau reafirmou sua posição doutrinária, defendendo

²⁵ LAZZARINI, Andrea; LEFÈVRE, Flávia. Análise sobre a possibilidade de alterações unilaterais do contrato e descredenciamento de instituições e profissionais da rede conveniada. In.: MARQUES, Claudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 105.

²⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 175.

²⁷ Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 120.

que “Não posso imaginar algo que seja e ao mesmo tempo não seja uma determinada coisa: uma atividade que seja considerada serviço público, quando prestada pelo Estado, e não seja, quando prestada pelo particular”.

Adotamos, no presente artigo, o entendimento de que os serviços de assistência privada à saúde são atividades privadas de interesse público, não se confundindo, portanto, com serviços públicos. As atividades privadas de interesse público, sujeitas à autorização ordenadora, são de titularidade dos particulares, enquanto que os serviços públicos delegados aos particulares, mediante concessão, permissão ou autorização, são de titularidade do Estado. Há, portanto, ao menos a co-titularidade dos serviços de saúde e educação entre o Estado e os particulares. Ademais, as atividades privadas de interesse público estão, de regra, sujeitas à concorrência e à liberdade de mercado, muito embora sob forte regulação estatal, enquanto que nos serviços públicos delegados a competição não é a regra²⁸. É verdade, porém, que a doutrina tem destacado que “a oposição radical entre *atividades privadas* e *serviços públicos* vem se relativizando com o tempo, na medida em que vão se assemelhando, em muitos casos, as regulações incidentes sobre aquelas e sobre estes”²⁹.

O conceito de atividades econômicas privadas de interesse público aproxima-se da noção de serviços de interesse econômico geral, introduzida no contexto de quebra dos monopólios estatais na Europa na década de 1990, em que se buscou “dar um tratamento econômico a atividades que sempre foram consideradas serviços públicos, sobretudo mediante a inserção da concorrência nestas atividades”³⁰. No entanto, no caso brasileiro há considerável controvérsia doutrinária na interpretação do art. 21, XI e XII da Constituição, em definir se a norma constitucional, ao prever hipótese de autorização para a prestação de determinados serviços, teria verdadeiramente desqualificado a atividade como serviço público - situação em que se poderia cogitar de um serviço de interesse econômico geral³¹. De toda forma, deve-se ter em vista que nas atividades econômicas privadas de interesse público a autorização não é forma de delegação de serviço público e sim meio de liberação do exercício da atividade já de titularidade do particular.

Observemos que a atuação do Estado sobre a economia, por meio da adoção de medidas de polícia sobre os agentes privados remonta ao início da formulação jurídica do princípio da liberdade econômica. Historicamente, desde o século XVIII, o direito de

²⁸ Cf. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 151-152.

²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 23.

³⁰ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 216.

³¹ Cf. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **O direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 214-227; MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de serviços públicos: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 58-70.

liberdade econômica jamais foi consignado em termos absolutos, pois medidas de polícia sempre foram impostas, mesmo quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações³². Essa forma de atuação do Estado, por meio de um poder de polícia de imposição de obrigações negativas (de não fazer), corresponde à noção clássica do Estado Liberal do século XIX. Ocorre que “a concepção claramente liberal e passiva do poder de polícia não é suficiente para atender às necessidades de sistemas econômicos com tantas imperfeições estruturais como são as modernas economias capitalistas”³³.

Assim, além de submeterem-se à fiscalização típica do poder de polícia tradicional, que tem por objetivo evitar que o particular viole o interesse público em geral ou prejudique direito de terceiros, as atividades privadas de interesse público submetem-se à intervenção ordenadora do Estado, por meio do exercício do poder de polícia que seja “funcionalizado em razão dos interesses públicos a serem atendidos pelas atividades privadas, em relação às quais o Poder Público pode, observados os limites legais, dimensionar de maneira dinâmica o conteúdo e a extensão”³⁴.

4. A TÉCNICA DA AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO COMO MEIO DE ATUAÇÃO DO REGULADOR FRENTE À DIFICULDADE DE ACESSO AOS SERVIÇOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Para a adequada compreensão do problema analisado, vejamos que os produtos de planos de saúde, quanto ao regime ou ao tipo de contratação, são classificados em: (i) individual ou familiar; (ii) coletivo empresarial; e (iii) coletivo por adesão (Lei nº 9.656/98, art. 16, VII e art. 19, § 2º, V).

O plano individual/familiar é aquele em que a contratação ocorre diretamente entre a operadora e o beneficiário. Nos termos do art. 3º da RN-ANS nº 195/2009, “plano privado de assistência à saúde individual ou familiar é aquele que oferece cobertura da atenção prestada *para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar*”. Já no plano coletivo, seja o empresarial ou o por adesão, o tipo da contratação exige a intermediação de uma pessoa jurídica, seja o empregador ou outra pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial, que mantenha vínculo com a população a ser atendida pelo plano coletivo. Nos contratos coletivos, a contratação se dá entre a operadora e a pessoa jurídica, seja diretamente ou com a participação de administradora de benefício (RN-ANS nº 195/2009, art. 23).

³² Cf. GRAU, Eros Roberto. Comentários ao art. 170, *caput*. In.: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1792.

³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 26.

³⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 36.

Além da forma da contratação, os planos individual/familiar e coletivo empresarial ou por adesão, diferem em relação ao regime jurídico, especialmente no que toca: (i) à cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária, em caso de doenças ou lesões preexistentes, admitida apenas para o individual/familiar e para o coletivo por adesão, assim como para o coletivo empresarial com número de participantes inferior a 30 beneficiários (RN-ANS nº 195/2009, art. 4º, 7º, 12); (ii) à possibilidade de rescisão unilateral, admitida apenas para o coletivo empresarial e por adesão, mesmo sem o cumprimento dos requisitos do art. 13, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/98 e desde que prevista no contrato e que a rescisão se opere em relação ao contrato como um todo (art. 17, parágrafo único da RN-ANS nº 195/2009); (iii) e à necessidade de prévia aprovação da ANS para o reajuste das contraprestações pecuniárias, prevista na Lei nº 9.656/98 apenas para o individual/familiar (art. 35-E, § 2º)³⁵.

A diferença de regimes instituída pela Lei nº 9.656/98 funcionou como um desincentivo à comercialização dos planos individuais e familiares. A coletivização do processo de compra de planos de saúde, assim, além de restringir o direito de livre escolha dos consumidores quanto à forma de acesso aos serviços de assistência privada à saúde, leva ao esvaziamento das garantias legais para os planos individuais e familiares: do que adiantam as proteções legais conferidas aos planos individuais se os consumidores não têm acesso à contratação individual?

O desequilíbrio de oferta de planos individuais e familiares é um problema regulatório. Devemos, portanto, verificar quais os meios disponíveis à Agência Reguladora para corrigi-lo. Especificamente, devemos analisar a possibilidade de a Agência, por norma regulatória, estabelecer a obrigatoriedade de oferta de planos individuais e familiares como forma de correção do processo de coletivização da contratação de planos de saúde.

Nesse ponto, vejamos que diante da ausência de indicação explícita na Lei da obrigatoriedade de oferta da contratação individual e familiar, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, ao exercer sua capacidade normativa de conjuntura, entendeu que as condições mercadológicas admitiam uma maximização da liberdade de empresa, optando por permitir o registro de produto apenas na modalidade de contratação coletiva. A estratégia regulatória utilizada, até o momento, tem sido a de aguardar que o próprio mercado corrija a escassez de oferta. No entanto, a alteração do quadro mercadológico pode ensejar uma mudança de política regulatória, de forma a que a Agência Reguladora reavalie a necessidade de imposição da obrigatoriedade de comercialização de planos individuais e familiares.

³⁵ A diferenciação de regimes jurídicos entre planos coletivos e individuais/familiares decorre das garantias mínimas conferidas pelo legislador. No entanto, não pretendemos analisar, no presente artigo, a possibilidade de que a Agência Reguladora amplie, por ato infralegal, as garantias dos consumidores dos planos coletivos.

A Lei nº 9.656/98 não estabelece explicitamente a obrigatoriedade de comercialização de planos individuais e familiares, o que não exclui, a princípio, a possibilidade de construção, a partir do texto normativo, de uma norma implícita nesse sentido. Para essa construção de sentido, o intérprete deve observar que os direitos dos consumidores são resguardados de forma mais intensa no plano individual e familiar, o que torna esse tipo de produto menos atrativo para as operadoras. Assim, não é adequado entender que a Lei, ao regular a atividade de operação de planos de assistência privada à saúde, tenha a intenção de permitir que as operadoras livremente decidam se ofertarão ou não o plano individual e familiar. Por outro lado, a Lei nº 9.656/98, em seu art. 10, § 2º, ao dispor sobre a obrigatoriedade de oferta do plano-referência, faz suscitar considerável dúvida hermenêutica quanto à obrigatoriedade de comercialização do plano individual³⁶.

Ainda que se entenda que a Lei nº 9.656/98 nada definiu sobre a obrigatoriedade de oferta de produtos quanto à forma de comercialização, observemos que a Lei nº 9.961/2000 conferiu poder normativo à ANS para estabelecer normas para a concessão, manutenção e cancelamento do registro dos produtos a serem comercializados.

A operação de planos privados de assistência à saúde, mesmo sendo uma atividade econômica privada, consiste em uma exceção à liberdade de empresa, uma vez que sua exploração depende de prévia autorização, conforme estabelecido pela Lei nº 9.656/98, com base na restrição legislativa explícita prevista no parágrafo único do art. 170 da Constituição, que dispõe: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, *salvo nos casos previstos em lei*”. A autorização para o exercício da atividade consiste no instrumento jurídico pelo qual o órgão regulador efetua o controle do ingresso no segmento regulado e mantém o contínuo acompanhamento da atividade, para ordená-la de acordo com os interesses públicos a serem atendidos.

A transposição da técnica da autorização para o campo das atividades econômicas produziu uma crise conceitual do instituto que evoluiu para a distinção entre, de um lado, a autorização simples (em que se exerce meramente uma função de fiscalização) e a autorização por operação (em que a relação entre o poder público e o autorizatário é episódica, sem a criação de nenhum vínculo estável entre eles) e, de outro lado, a *autorização operativa* ou *de funcionamento*, em que a finalidade de tutela do interesse público impõe a vinculação permanente com a administração, “admitindo-se [...] a possibilidade de modificação do conteúdo da autorização para adaptá-lo,

³⁶ A possibilidade de extrair da obrigatoriedade da comercialização do plano-referência também a obrigatoriedade implícita de comercialização de planos individuais demanda outros estudos, que excedem o objeto do presente artigo. De toda forma, independente de uma análise exploratória das possibilidades interpretativas da Lei nº 9.656/98 sobre o tema, a Agência Reguladora pode atuar para corrigir eventuais falhas de mercado, por meio de suas competências regulatórias conferidas pela Lei nº 9.961/2000.

constantemente, à dita finalidade, durante todo o tempo em que a atividade autorizada seja exercida³⁷. A autorização operativa “possibilita ao particular o exercício da atividade [e] investe o Poder Público de uma série de poderes de direção sobre a atividade sem que a titularize”³⁸.

A autorização de funcionamento incide sobre atividades próprias dos particulares, mas sobre as quais existe uma proibição geral prévia de exercício, de maneira que “antes da expedição do ato o particular não tem como exercer a atividade visada”³⁹. Vale dizer, “a autorização é o título jurídico habilitante do exercício de um direito do particular, o título que outorga uma legitimação à atuação do particular”⁴⁰. Para as atividades sujeitas à prévia autorização dos órgãos públicos somente a autorização “reintegra o direito individual no estado de liberdade, [pois ela é] essencial para transformar o direito potencialmente válido em uma situação jurídica plenamente eficaz”⁴¹. A autorização de funcionamento, portanto, é o título jurídico que habilita o particular ao exercício lícito da atividade e que confere à Administração os poderes para o controle permanente sobre o desenvolvimento da atividade.

No caso da operação de planos de saúde, estão sujeitas à prévia autorização tanto o funcionamento da operadora quanto o registro dos produtos a serem comercializados (Lei nº 9.961/2000, art. 4º, XVI). Assim, não é correto supor que na ausência de expressa determinação legal impondo a obrigatoriedade de comercialização de determinados produtos haveria a plena liberdade das operadoras em escolher a forma de comercialização. No campo das atividades reguladas, a autorização é o ato que reintegra o direito individual ao estado de liberdade, pois somente ela é capaz dar eficácia jurídica plena a um direito antes apenas potencialmente válido⁴².

Por sua vez, a lei pode conferir ao órgão administrativo os poderes para “baixar normas regulando as atividades do mercado [e para] permitir, na medida do interesse público, que [...] o direito potencial se torne atual”⁴³. Dessa forma, a lei pode legitimamente delegar à autoridade administrativa a missão de estabelecer os requisitos técnicos necessários ao exercício da atividade econômica, ao definir os critérios

³⁷ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 165-166.

³⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 148.

³⁹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **O direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 206.

⁴⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 121.

⁴¹ TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. 2. vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1234-1235.

⁴² Cf. TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. 2. vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1234/1235

⁴³ TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. 2. vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1235-1236.

para a concessão e manutenção da autorização de funcionamento e de registro de produtos.

Concluimos que a obrigatoriedade de oferta de planos individuais e familiares pode ser estabelecida pela Agência como condição para a autorização e a manutenção do registro de produtos. O estabelecimento desse requisito é manifestação da regulação sobre a atividade privada de interesse público, sujeita à prévia autorização e à contínua fiscalização e direção da Agência, para que a sua exploração atenda às finalidades de interesse geral, definidas pelos princípios constitucionais, pelas leis setoriais (Leis nº 9.656/98 e 9.961/00), pelas diretrizes governamentais e pela política regulatória desenvolvida pela própria Agência. Analisemos, agora, como essa competência regulatória se adequa ao princípio da livre iniciativa.

5. A RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE INICIATIVA

Apenas uma doutrina abrangente de maximização da livre iniciativa e de mínima intervenção do Estado sobre a economia justifica a exigência de uma geral e absoluta reserva de lei para a fixação de todas as obrigações dos agentes econômicos.

A Constituição de 1988, ao consagrar a livre iniciativa como um dos vetores da ordem econômica - ao lado da valorização do trabalho humano; da soberania nacional; da propriedade privada; da função social da propriedade; da livre concorrência; da defesa do consumidor; da defesa do meio ambiente; da redução das desigualdades regionais e sociais; da busca do pleno emprego; do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País -, não superou o *fato do pluralismo*, isto é, a característica inerente às sociedades democráticas da existência de uma pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis e conflitantes⁴⁴. Assim, o princípio constitucional da legalidade deve ser concretizado por meio da linguagem da razão pública, isto é, pela utilização de argumentos que possam ser razoavelmente aceitos pelos demais cidadãos, independente de suas convicções abrangentes⁴⁵ (o filtro da reciprocidade⁴⁶).

Essa não é uma tarefa simples, tendo em vista que “a democracia exige um ‘consenso conflituoso’: consenso sobre os valores ético-políticos de liberdade e igualdade para todos, e dissenso a respeito da interpretação desses valores”⁴⁷. A construção de consensos racionais, portanto, esbarra na dimensão antagonística constitutiva do político, uma vez que “o direito, a política e a democracia são dramáticos e qualquer

⁴⁴ Cf. RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 522.

⁴⁵ Cf. RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 250 ss.

⁴⁶ Cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 149.

⁴⁷ MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 121.

tentativa de eliminar os conflitos, as ambiguidades, os paradoxos e as aporias que lhes constituem sacrificar-lhes-ia totalmente⁴⁸.

A ordem econômica não é um conceito metafísico, cujo conteúdo possa ser acessado em um ambiente não conflituoso. Anota doutrina que “o que a Constituição garante é a livre iniciativa como fórmula genérica, mas seus espaços de construção de abrangência são necessariamente polêmicos, e, portanto, políticos”⁴⁹. Recordemos que “nos sistemas políticos democráticos estáveis, em geral, o quadro partidário é estruturado em função da maneira pela qual cada corrente vê a intervenção do Estado em matéria econômica”⁵⁰. Dessa forma, exceto quando essas visões político-partidárias possam colocar em risco as bases democráticas, o direito de participação política, devemos ser deferentes com as escolhas das maiorias na definição dos rumos da ordenação da economia, por força do respeito ao direito ao autogoverno e à igual dignidade política dos cidadãos.

O intérprete não deve extrair do princípio da livre iniciativa regras jurídicas consagradoras de visões de mundo próprias de uma dada corrente política e filosófica abrangente, por meio de uma leitura excessivamente abstrata e fundamentalista da ordem econômica⁵¹. Uma correta leitura da Constituição - que não seja uma mera derivação de uma específica doutrina abrangente, como exige a razão pública -, deve reconhecer que a dependência da lei para a atuação da Administração admite graduações, que são fixadas pelo próprio legislador⁵².

A exacerbação do princípio da legalidade, sob o argumento de proteção à livre iniciativa, significaria, em essência, a negação do poder normativo da Agência Reguladora. No entanto, é inegável que a ANS, no exercício de sua capacidade normativa, fixa obrigações aos agentes regulados que embora tenham *base na Lei*, não estão inteiramente *previstas na Lei*. São exemplos dessa atuação: a elaboração do rol de procedimentos, a instituição da portabilidade de carências, o esclarecimento dos requisitos

⁴⁸ CHUEIRI, Vera Karam de. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia (radical). In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 351.

⁴⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões**: estudos de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 173.

⁵⁰ RAMOS, Elival da Silva. O Estado na Ordem Econômica. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Direito constitucional**: constituição financeira, econômica e social. (Coleção doutrinas essenciais. vol. 6). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 349.

⁵¹ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões**: estudos de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 166-167.

⁵² Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 157/160.

para o exercício do direito de permanência no Plano de Saúde coletivo empresarial por aposentados e demitidos (art. 30 e 31 da Lei nº 9.656/98), a definição dos critérios para a comercialização dos contratos coletivos etc.

A restrição ao direito fundamental à livre iniciativa exige base legal, mas não significa que todas as obrigações impostas às operadoras sejam taxativamente previstas em lei. A remissão às normas infralegais, por meio da atribuição de competência normativa às Agências, também é uma das formas de se atender ao princípio da legalidade⁵³. Para que o exercício dessa competência seja compatível com o Estado Democrático de Direito é exigido, apenas, que exista uma densidade normativa mínima das leis delegantes do poder normativo à Administração Pública⁵⁴.

Por outro lado, a necessidade de detalhamento e de interpretação das normas legais pode ser o fundamento para o exercício da competência normativa. Em tema de regulação das atividades econômicas, em que o legislador intencionalmente se vale de uma linguagem mais lacunosa e finalística⁵⁵, os eventuais espaços vazios da Lei devem ser entendidos como um campo legítimo para a atuação integradora da Administração. Assim, por exemplo, a incompletude da Lei 9.656/98, ao dispor no art. 10, § 2º e no art. 12, § 2º sobre a obrigatoriedade de oferta do plano-referência sem esclarecer a modalidade da contratação abrangida por esta obrigatoriedade deve ser compreendida como uma intencional abertura à atuação normativa complementar da ANS sobre a matéria.

A Lei nº 9.656/98, em seu art. 10 e 12, estabelece a obrigatoriedade de oferta do plano-referência e assegura às operadoras a faculdade de oferta de plano ambulatorial, plano hospitalar, plano hospitalar com atendimento obstétrico e plano odontológico. No entanto, a Lei 9.656/98 não prevê o direito das operadoras de escolher o tipo da contratação que irão comercializar. A Lei apenas enuncia os tipos de contratação (art. 16, VII e art. 19, § 3º, V), mas não estipula – diferentemente do que faz no art. 12 – a *faculdade de oferta* de planos individual e familiar, coletivo empresarial e coletivo por adesão. Não há na Lei nº 9.656/98 qualquer dispositivo que assegure o direito das operadoras de ofertar apenas planos coletivos. Essa possibilidade é estabelecida pelas atuais regras editadas pela Agência Reguladora sobre as condições para o registro de produtos, estando, portanto, sujeita à reavaliação de sua conveniência em face dos interesses regulatórios.

A Lei não predefiniu o tipo da contratação a ser obrigatoriamente ofertado porque esse é um assunto afeto à análise regulatória e ao poder normativo da Agência.

⁵³ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 127/128.

⁵⁴ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 236. p. 51-64, abr./jun. 2004.

⁵⁵ Cf. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 409.

Essa abertura à complementação infralegal decorre da necessidade de predomínio de escolhas técnicas, que avaliem de forma periódica, geográfica, quantitativa e qualitativamente a necessidade de oferta dos produtos nas modalidades previstas no inciso VII do art. 16 da Lei nº 9.656/98.

A possibilidade de fixação de um requisito para o exercício da atividade, que resulte na imposição de uma obrigação positiva aos agentes regulados - no caso, a oferta de planos individuais e familiares - é fruto da ordenação da atividade sujeita ao dirigismo do Poder Público, em consonância com os aspectos administrativos e normativos da função regulatória. Essa atuação ordenadora é típica da regulação das atividades privadas de interesse público, que se sujeitam à autorização prévia e ao constante acompanhamento do Poder Público. Vemos, assim, que a regulação levou à superação da clássica doutrina liberal, que sustenta a atuação mínima do Estado, baseada no poder de polícia meramente negativo, em favor de uma ordenação positiva da atividade econômica⁵⁶.

6. DISCRICIONARIEDADE REGULATÓRIA E O SEU CONTROLE

Vimos que a Agência Reguladora tem meios para obrigar a comercialização de planos individuais e familiares, não se sustentando a alegação de que a instituição desse dever por norma infralegal seria inconstitucional por ofender a livre iniciativa. No entanto, consoante destaca Juarez Freitas, uma regulação constitucionalmente orientada deve buscar o ponto ótimo entre indução e controle, uma vez que “não se mostra suficiente operar com simples alertas, tampouco se afigura correto apostar demais no comando e controle, salvo como último recurso de contenção”⁵⁷. A imposição da obrigatoriedade de comercialização é uma medida fortemente interventiva sobre a liberdade negocial, que se justifica apenas quando outros meios menos invasivos se mostrarem insuficientes para solucionar o problema na oferta de planos individuais e familiares. Assim, a medida mais gravosa é legítima quando se mostrar indispensável a assegurar que a exploração da atividade econômica seja compatível com a adequada promoção do interesse público específico de garantir o direito dos consumidores de livre escolha da forma de contratação dos planos de assistência privada à saúde.

Para assegurar a racionalidade e a proporcionalidade de sua atuação, o regulador deve adotar um procedimento ordenado que leve em conta os possíveis efeitos da decisão. Segundo a doutrina, essa análise de impacto regulatório deve ser desenvolvida por meio das seguintes etapas: “(i) a delimitação de objetivos e meios pretendidos pela decisão a ser tomada, (ii) o mapeamento dos prováveis impactos, a (iii) análise dos

⁵⁶ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 23.

⁵⁷ FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63. p. 93-105, jan./mar. 2016. p. 97.

custos e benefícios de cada uma das medidas vislumbradas e (iv) o monitoramento dos efeitos após sua implementação⁵⁸. A análise de custos e benefícios da decisão é especialmente relevante diante de uma mudança de política regulatória. O valor da estabilidade das regras regulatórias exige a devida consideração quanto às expectativas legítimas dos agentes participantes do mercado, geradas pelo comportamento reiterado do regulador ao longo do tempo. No caso em questão, muitas operadoras de planos de saúde já realizam decisões de investimento em seus programas de negócio considerando a possibilidade da comercialização exclusiva de planos coletivos, de maneira que a mudança desse parâmetro deve ser feita de forma gradual e permitindo a adaptação dos agentes ao novo cenário regulatório.

O regulador, portanto, deve observar o princípio da proporcionalidade, dando preferência sempre às medidas menos gravosas para o particular e que garantam, com intensidade semelhante, a realização do objetivo regulatório. Para tanto, deve desenvolver estudos sobre o mercado para analisar o modo mais adequado, necessário e eficiente para a adoção da obrigatoriedade de oferta de planos individuais e familiares, se os meios indutivos falharem na solução do problema. Por outro lado, caberá ao regulador construir os canais de diálogo com os agentes regulados para reforçar sua legitimidade decisória.

A qualificação da boa regulação como direito fundamental intensifica a possibilidade do controle judicial sobre as escolhas regulatórias⁵⁹. No entanto, o controle judicial sobre a atuação da Agência deve ter o cuidado de não desarticular o funcionamento do sistema regulatório instituído pelas leis setoriais, atribuidoras de competências com alto grau de discricionariedade e tecnicismo.

Na história administrativa brasileira houve algumas experiências de autarquias com funções regulatórias, tais como o Instituto do Alcool e do Açúcar (criado pelo Decreto 22.789/33), o Banco Central do Brasil (criado pela Lei nº 4.595/64) e a Comissão de Valores Mobiliários (criada pela Lei nº 6.385/76), mas elas não eram dotadas de independência frente ao Poder Executivo para o exercício de suas competências⁶⁰. Assim, a função regulatória do Estado brasileiro sempre foi majoritariamente desenvolvida diretamente pelas entidades integrantes do Poder Executivo central, ao menos até a introdução, a partir de 1996, do modelo de agências reguladoras independentes, na sequência do programa de reforma do Estado para a implantação de uma Administração

⁵⁸ VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. A análise de impacto como mecanismo de controle do tabaco. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70712>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

⁵⁹ Cf. VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Direito Fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 77.

⁶⁰ Cf. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 265.

Pública gerencial⁶¹. A instituição de agências dotadas de um maior grau de independência, embora não seja o único modelo regulatório possível, exige, para o seu adequado funcionamento, que as instituições, sejam do Legislativo, do Executivo central ou do Judiciário, tenham a devida consideração pelo elevado grau de discricionariedade e especialização técnica com que a lei define as competências dos órgãos reguladores. Em troca de maior estabilidade institucional e credibilidade, indispensáveis à garantia do investimento privado, o Legislativo e o Executivo central delegam parte de seus poderes em favor de órgãos especializados e descentralizados, dotados de maior autonomia e distante das disputas políticas⁶². Esse modelo regulatório, por representar uma mudança significativa na tradição do direito administrativo brasileiro, tem sofrido as vicissitudes das naturais resistências à perda do poder de decisão por parte tanto do Poder Executivo central como do próprio Poder Legislativo⁶³. Também o Poder Judiciário tem colaborado para a ineficiência do modelo regulatório, na medida em que continua a exercer o controle sobre os atos das Agências Reguladoras sem considerar as mudanças institucionais introduzidas pela Reforma do Estado dos anos 1990.

A decisão quanto à oportunidade e à forma de implantação da obrigatoriedade de comercialização dos planos individuais e familiares depende da avaliação dos impactos dessa medida para o mercado de saúde suplementar. Essa ponderação exige um instrumental técnico-profissional do qual normalmente não dispõe o Judiciário. A existência da Agência Reguladora é justificada precisamente pela necessidade de construção de um corpo burocrático capaz de realizar as avaliações mercadológicas refinadas necessárias para a identificação do interesse geral a ser perseguido⁶⁴. Assim, o grande desafio para a estruturação de um sistema regulatório saudável é “o encontro de um ponto de equilíbrio entre o controle da Administração Pública garantido consti-

⁶¹ Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 21-38.

⁶² Cf. SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 21.

⁶³ O mais recente exemplo de indefinição dos Poderes Executivo e Legislativo quanto à confiança no modelo regulatório por Agências Reguladoras independentes se manifestou na edição pelo Congresso Nacional, com a sanção presidencial, de Lei liberando medicamentos que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária reputa prejudiciais à saúde. Cf. BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Medicamentos liberados por lei trazem risco à saúde**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/rss/-/asset_publisher/Zk4q6UQCj9Pn/content/id/3423626>. Acesso em: 25 jun. 2017.

⁶⁴ É verdade, no entanto, que a comparação das capacidades institucionais exigiria o levantamento de dados que revelassem não só as limitações do Judiciário (por exemplo, a ausência de corpo técnico especializado e o número excessivo de demandas a serem julgadas), mas também as limitações reais das Agências Reguladoras, como a diminuição de sua autonomia decisória, o contingenciamento de recursos orçamentários pelo Executivo e a influência de grupos de interesse, a incrementar o risco de captura. A dificuldade na obtenção desses elementos fáticos lança dúvidas sobre a operacionalidade do argumento das capacidades institucionais (cf. LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de *capacidades institucionais*. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (Coord.). **Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 565-578).

tucionalmente [...] e a preservação das margens de discricionariedade das autoridades reguladoras”⁶⁵.

Dessa forma, a postura deferente do Poder Judiciário não é necessariamente contrária à efetividade do direito à boa regulação. De fato, a maior intervenção judicial sobre a regulação, ao invés de garantir o bom funcionamento do sistema regulatório como um todo, pode gerar ineficiências, tais como: a preferência da proteção de direitos na esfera individual em detrimento da dimensão coletiva; a substituição da discricionariedade do regulador pela discricionariedade do julgador; a falta de consideração de todas as variáveis envolvidas no processo regulatório; a pouca efetividade das decisões adjudicatórias de direitos, por não considerarem devidamente os custos envolvidos⁶⁶.

Especificamente sobre o tema objeto do presente artigo – a garantia de manutenção da oferta de planos individuais e familiares –, a autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Rio de Janeiro (PROCON/RJ) propôs ação coletiva de consumo em face da ANS com pedido para que a Agência Reguladora seja condenada a assegurar a comercialização de planos individuais e familiares. Na referida ação, a 8ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁶⁷, reconheceu um espaço para o exercício da discricionariedade técnica do órgão regulador para assegurar o incontroverso direito do consumidor de contratar plano de saúde em regime individual ou familiar.

A decisão judicial em questão entendeu como não demonstrada a omissão do órgão regulador, especialmente porque o quadro fático ainda aponta a existência da comercialização dos planos de saúde individual e familiar, inclusive com incremento no número de beneficiários desses planos ao longo do tempo⁶⁸. A decisão judicial ressaltou que a ANS tem adotado medidas, dentro de sua competência discricionária, para regular a comercialização de planos individuais e familiares, como a instituição de Grupo de Trabalho intersetorial para diagnóstico e estudo de mecanismos de incentivo

⁶⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out./dez. 2013. p. 263-264.

⁶⁶ Cf. ISONI, Ananda Tostes. **O papel do poder judiciário no estado regulador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 51-54; CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 50; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100. p. 7-30, abr. 2010.

⁶⁷ TRF2 – 8ª TURMA ESPECIALIZADA; AC 01366840620134025101; Relator do Acórdão: GUILHERME DIFEN-THAELE; Data da decisão: 24/08/2016; Data da publicação: 30/08/2016.

⁶⁸ O exato dimensionamento do quadro de problema na oferta de planos individuais e familiares não deve se basear, apenas, em números absolutos, uma vez que variáveis geográficas, qualitativas e comparativas seriam necessárias para revelar o exato dimensionamento do quadro de oferta desses planos. De toda forma, ao longo deste artigo se optou pela pressuposição da questão fática da existência de um problema de oferta de planos individuais e familiares, com a finalidade de avançar na questão jurídica atinente à possibilidade de instituição da obrigatoriedade de oferta de planos individuais e familiares, por ato infralegal, em confronto com o direito à livre iniciativa e à boa regulação.

para comercialização desses planos. Além desse aspecto fático, a decisão ressaltou a necessidade de deferência judicial em relação à autonomia técnica-científica das Agências Reguladoras, sob pena de violação à separação de poderes.

O direito fundamental à boa regulação exige que o regulador considere, com a devida seriedade, as dificuldades para a efetivação do direito de livre escolha dos planos de saúde pelos consumidores, especialmente nas contratações individuais e familiares. No enfrentamento do problema, o regulador não pode se esquivar do exercício de suas competências regulatórias, sob o argumento de ausência de meios adequados para corrigir as falhas de oferta dos planos individuais e familiares. O presente artigo demonstrou que mesmo a medida mais incisiva de instituição da obrigatoriedade de oferta de planos individuais e familiares é uma opção legítima disponível ao regulador. Por ora, o Judiciário tem adotado uma salutar postura deferente, aguardando que o regulador exerça sua discricionariedade para solucionar as deficiências de oferta de planos individuais e familiares. No entanto, a persistência da falha de mercado, sem que o regulador consiga demonstrar que se desincumbiu de maneira suficiente de seu ônus de garantir o direito de livre escolha dos consumidores, pode levar a uma postura de maior interferência do Judiciário no espaço deixado pela eventual omissão injustificada do regulador.

7. CONCLUSÃO

Aos cidadãos devem ser garantidos o acesso, a qualidade e a liberdade de escolha dos serviços públicos e das atividades privadas de interesse público, como desdobramento do direito fundamental à boa regulação. Como a adesão a um plano coletivo pressupõe um vínculo associativo ou profissional, a restrição de oferta de plano individual e familiar dificulta o acesso dos consumidores a esses serviços, discrimina os cidadãos não vinculados a uma determinada pessoa jurídica e vulnera o propósito da Lei nº 9.656/98 de maior proteção do consumidor no plano individual e familiar (controle de preços e proibição de rescisão unilateral). Dessa forma, o processo de coletivização da contratação de planos de saúde no Brasil, indicativo de um quadro de problema na oferta de planos individuais e familiares, vulnera o direito fundamental à boa regulação.

O presente artigo demonstrou, especialmente em função do direito fundamental à boa regulação, a possibilidade jurídica de que a Agência Nacional de Saúde Suplementar ajuste seus atos normativos sobre a concessão e a manutenção dos registros de produto às novas circunstâncias mercadológicas, avaliando a melhor estratégia para enfrentar o problema na oferta de planos individuais e familiares. A necessidade de correção da falha de mercado, vista à luz do direito fundamental à boa regulação, faz surgir o dever de atuação do órgão regulador, para garantir a livre escolha dos consumidores. O estabelecimento da obrigatoriedade de comercialização de planos individuais

e familiares por ato infralegal é compatível com a livre iniciativa, compreendida por meio da linguagem da razão pública. A livre iniciativa reclama que a sua restrição tenha base legal, mas não exige que todas as obrigações dos agentes regulados estejam detalhadas em lei.

A Agência deve, evidentemente, observar o princípio da proporcionalidade na escolha da medida mais adequada e menos custosa para a realização do objetivo regulatório. De toda forma, ainda que se reconheça o alto grau de discricionariedade inerente ao exercício das competências regulatórias, o direito fundamental à boa regulação impõe que a opção regulatória seja clara, motivada e adequada a enfrentar com presteza o problema de oferta de planos individuais e familiares.

8. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 236, p. 51-64, abr./jun. 2004.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **O direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. Existe efetivamente uma Constituição Econômica? In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social**. (Coleção doutrinas essenciais. vol. 6). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Consolidados Saúde Suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Medicamentos liberados por lei trazem risco à saúde**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/rss/-/asset_publisher/Zk4q6UQCj9Pn/content/id/3423626>. Acesso em: 25 jun. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHUEIRI, Vera Karam de. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia (radical). In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 93-105, jan./mar. 2016.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRAU, Eros Roberto. Comentários ao art. 170, *caput*. In.: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

ISONI, Ananda Tostes. **O papel do poder judiciário no estado regulador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996.

LAZZARINI, Andrea; LEFÈVRE, Flávia. Análise sobre a possibilidade de alterações unilaterais do contrato e descredenciamento de instituições e profissionais da rede conveniada. In.: MARQUES, Claudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de *capacidades institucionais*. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 565-578.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

MATSUSHITA, Thiago. Verificação da atividade privada na ordem econômica constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 14, v. 56, p. 277-293, out./dez. 2013.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

MINISKY, Hyman. A hipótese da instabilidade financeira. **Oikos**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 314-320, dez./2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de serviços públicos**: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal**: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 21-38.

PÓ, Marcos. Institucionalidade e desafios da regulação na área de saúde no Brasil. In: SANTOS, Nelson Rodrigues dos; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (Org.). **Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2010. p. 243-266.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tomo 2. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1987.

RAMOS, Elival da Silva. O Estado na Ordem Econômica. In.: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional**: constituição financeira, econômica e social. (Coleção doutrinas essenciais. vol. 6). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

RODRÍGUEZ-ARANHA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

SANTOS, Fausto Pereira dos. **A Regulação Pública da Saúde no Brasil**: o caso da Saúde Suplementar. Campinas, 2006. 227f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, p. 249-274, out./dez. 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO,

Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões**: estudos de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

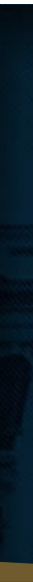
SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SUNSTEIN, Cass R. **Free Markets and Social Justice**. New York: Oxford University Press, 1997.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. 2. vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. A análise de impacto como mecanismo de controle do tabaco. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70712>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito Fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.





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

English version available at: <http://revistas.ufpr.br/rinc/about/submissions>. In the right menu, in the field IDIOMA, select "English".

Versión en Español disponible en: <http://revistas.ufpr.br/rinc/about/submissions>. En el menú a la derecha, en el campo IDIOMA, seleccionar "Español".

tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

4. IDIOMAS

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

5. APRESENTAÇÃO DO TEXTO E ELEMENTOS PRÉ-TEXTUAIS

5.1. Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

5.1. As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

5.2. No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

5.3. Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

5.4. No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

5.5. A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

5.5.1. Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

5.5.2. Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

5.5.3. Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

5.5.4. Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

5.5.4.1. Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

5.5.4.2. Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

5.5.4.3. Indicação de endereço de e-mail para contato.

5.5.4.4. Recomenda-se aos autores que informem o número de identificação ORCID (para maiores informações **clique aqui**). O identificador ORCID pode ser obtido no **registro ORCID**. Você deve aceitar os padrões para apresentação de iD ORCID e incluir a URL completa (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>). Nesse caso, tal informação deverá constar logo abaixo da indicação do e-mail de contato.

5.5.4.5. Os quatro elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

5.5.4.6. Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-curriculum, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-curriculum do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

5.5.5. Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

5.5.6. Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

5.5.7. Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

5.5.8. Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

5.5.9. Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

5.5.10. Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

5.5.11. Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

5.5.12. Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

5.6. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

5.7. Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

6. METODOLOGIA CIENTÍFICA

6.1. As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

6.1.1. O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

6.1.2. Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

6.1.3. As referências deverão constar da seguinte forma:

6.1.3.1. Livros: SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

6.1.3.2. Capítulos de livros coletivos: SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem negrito. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto e vírgula (Org. ou Coord.). **Título da obra ou coletânea em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de “p.”].

Exemplo: SALGADO, Eneida Desiree; COUTO, Mariele Pena de. Uma proposta para o controle social: um olhar prospectivo sobre a transparência e a probidade. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas**: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 149-164.

6.1.3.3. Artigos em revistas: SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem negrito. **Título da Revista em negrito**, cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil’s administrative justice system in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014.

6.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação: SOBRENOME, Nome. **Título do trabalho em negrito**: subtítulo sem negrito. Cidade, ano. número de folhas seguido de “f”. Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

6.1.4. Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

6.1.4.1. Autor: SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

6.1.4.2. Edição: deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e “ed.”. Exemplo: 2. ed.

6.1.4.3. Ano: grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

6.1.5. Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

6.1.5.1. Ausência de cidade: substituir por [s.l.].

6.1.5.2. Ausência de editora: substituir por [s.n.].

6.1.5.3. Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

6.2. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores.

6.2.1. Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

6.2.2. Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

6.2.3. Fica vedado o uso do op. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

6.2.4. Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

7. REDAÇÃO

7.1. Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

7.2. No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

7.3. As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

8. ARTIGOS RESULTANTES DE PESQUISAS FINANCIADAS

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deveram indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

9. DECLARAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

9.1. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

9.2. Autores mantêm os direitos autorais e concedem à *Revista de Investigações Constitucionais* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a **Licença Creative Commons Attribution** que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

9.3. Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer

ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver **O Efeito do Acesso Livre**).

10. RESPONSABILIDADE DOS AUTORES

10.1. Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

10.2. Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

10.3. No momento da submissão os autores deverão enviar, juntamente com a proposta de artigo, declaração de autoria assinada e digitalizada.

10.4. Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

10.5. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

11. CONFLITO DE INTERESSES

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

11.1. É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

11.2. Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avaliação de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

11.3. Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.

11.4. Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

11.5. Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

11.6. Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não-qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

11.7. No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista *ad hoc*.

11.8. Se os autores não tiverem certos do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar a secretaria editorial da Revista.

11.9. Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

12. OUTRAS INFORMAÇÕES

12.1. Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

12.2. Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

12.3. Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

12.3.1. Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

12.3.2. O arrazoado escrito deverá ser enviado para o e-mail: <revista@ninc.com.br>.

12.3.3. O recurso será analisado pelo Conselho Editorial no prazo de 30 (trinta) dias.